

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA
GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO

DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO COMPARADO

LISBOA

1998

BOLETIM DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO

Director

Procurador-Geral da República

Proprietário

Ministério da Justiça

Editor

Gabinete de Documentação e Direito Comparado

Rua do Vale de Pereiro, 2

1269-113 LISBOA

Tel. 382 03 00 — Fax 382 03 01

Condições de assinatura anual

Portugal e PALOP 6500\$00

Estrangeiro 8000\$00

Composição em processo informático

Paula Cintra Reis

Revisão gráfica

Carlos Lacerda

Impressão

Rainho & Neves, L.^{da}

4520 Santa Maria da Feira

Depósito legal n.º 127 561/98

ISSN 0870-7138

Tiragem

4200 exemplares

DIREITO COMUNITÁRIO

PEDRO CABRAL

*Assistant du Département d'Études Juridiques
du Collège d'Europe, à Bruges*

RÉGLEMENTATIONS ÉTATIQUES ANTICONCURRENTIELLES:

L'activité normative
des États membres de la Communauté Européenne
face aux articles 3 g), 5 et 85 du Traité *

* Cette étude correspond pour l'essentiel au mémoire présenté par l'auteur, en Mai 1997, dans le cadre du Séminaire de "Droit de la Concurrence, secteur public", coordonné par M. le Professeur M. Merola, en vue de l'obtention du Diplôme d'Études Juridiques Européennes Approfondies du Collège d'Europe, Bruges. Ce travail a obtenu la classification de 17 valeurs et la mention "Excellent" du Collège d'Europe. Quelques petites corrections et notes d'actualisation ont été introduites de manière à donner à la présente étude une dimension plus pratique.

L'auteur veut remercier particulièrement Mlle. Patrícia N. Silveira da Cunha pour son aide unique dans les commentaires d'une version préliminaire de cet article et dans la relecture du même, M. Carlos Botelho Moniz pour la vigueur qu'il a employé pour la promotion de sa publication et, Mme. Eliane Noiret pour le perfectionnement linguistique de celui-ci.

Undoubtedly the winds of change blowing in Europe have finally reached plateau Kirchberg in Luxembourg. Facing growing concern among Member States about «unreasonable» restrictions of their freedom to regulate in the — purported — public interest, the Court of Justice, in what could be seen as an act of judicial self-restraint, decided to adopt a lower profile regarding restrictive state practices. Winds do not, however, blow constantly in one direction.

A. BACH, Case-note on *Meng, Ohra and Reiff*, *CMLR*, 1994, p. 1357, at p. 1374.

TABLE DES MATIÈRES

ABRÉVIATIONS

A. INTRODUCTION

B. ENCADREMENT GÉNÉRAL DE LA PROBLÉMATIQUE DES RÉGLEMENTATIONS ÉTATIQUES RESTRICTIVES DE LA CONCURRENCE

I. Les bases du droit économique européen

II. Enonciation des principes de base en la matière — La «formule *Van Eycke*»

C. ENCADREMENT JURISPRUDENTIEL

I. L'approche initiale de la Cour de Justice

1. Un pas timide en avant — l'arrêt *INNO/ATAB*
2. Deux pas arrière — le retour à la jurisprudence traditionnelle

II. Une phase d'incertitude

1. Un premier courant jurisprudentiel — l'exigence d'un lien avec un comportement d'entreprise
 - a) L'arrêt *BNIC/Clair*
 - b) L'arrêt *Asjes*
 - c) L'arrêt *Vlaamse Reisbureaus*
 - d) L'arrêt *BNIC/Aubert*

2. Un deuxième courant jurisprudentiel — une approche objective aux mesures étatiques restrictives de la concurrence

a) L'arrêt *Leclerc-carburants*

b) L'arrêt *Leclerc-livres*

III. La codification de la jurisprudence antérieure — L'arrêt *Van Eycke*

IV. Consolidation et clarification — De *Van Eycke* à *Meng, Ohra* et *Reiff*

1. Raison d'ordre

2. Considérations d'ensemble sur les arrêts *Meng, Ohra* et *Reiff*

3. Les affaires *Meng* et *Ohra*

a) Les conclusions de l'avocat général M. Tesouro

b) Les jugements de la Cour

4. L'affaire *Reiff*

V. La confirmation de la jurisprudence

D. CONCLUSION

BIBLIOGRAPHIE

ARRÊTS

ABREVIATIONS

- aff. — affaire
- art. — article
- att. — attendu
- c. — contre
- CDE — Cahiers de Droit Européen
- CE — Communauté Européenne
- CEE — Communauté Économique Européenne
- cf. — confronter
- Chron. — Chronique
- CJCE — Cour de Justice des Communautés Européennes
- CMLR — Common Market Law Review
- DPCI — Droit et Pratique du Commerce International
- ECLR — European Competition Law Review
- ELR — European Law Review
- JO — Journal Officiel
- JT — Journal des Tribunaux
- LIEI — Legal Issues of European Integration
- op. cit. — opere citata
- p. — page
- para. — paragraphe
- Rec. — Recueil
- RMC — Revue du Marché Commun
- RTDE — Revue Trimestrielle de Droit Européen
- s. — suivants
- v. — voir

A. INTRODUCTION

Dans ce travail nous nous proposons d'esquisser une analyse la plus complète possible de la problématique du contrôle des réglementations étatiques de caractère économique face aux règles communautaires de la concurrence.

Il s'agit d'un domaine relativement inexploré du droit communautaire sur lequel il n'y a pas des études vraiment exhaustives. Cette limitation nous a conduit à envisager un examen essentiellement descriptif de notre objet, tenant compte du rôle absolument central de la jurisprudence de la Cour de Justice en la matière. Une analyse détaillée de cette jurisprudence constituera donc l'aspect le plus important de ce travail.

Si la dimension descriptive sera certainement privilégiée dans notre étude, elle ne sera pas totalement privée d'une dimension critique. À ce propos, nous essayerons d'apporter nos remarques personnelles sur les questions fondamentales en discussion, tout en rappelant, chaque fois que nécessaire, les observations des voix les plus autorisées de la doctrine en cette matière¹.

La structure de ce travail est la suivante: après ces considérations introductives (A), nous examinerons dans une deuxième partie de notre étude

¹ Parmi la littérature existante à propos des réglementations étatiques anticoncurrentielles, v. en particulier: G. MARENCO, "Le Traité CEE interdit-il aux États membres de restreindre la concurrence?", *CDE*, 1986, p. 285; D. WAELBROECK, "Application des règles de concurrence du Traité de Rome à l'autorité publique", *RMC*, 1987, p. 25; R. JOLIET, "Réglementations étatiques anticoncurrentielles et droit communautaire", *CDE*, 1988, p. 363; L. GYSELEN, "State Action and the Effectiveness of the EEC Treaty's Competition Provisions", *CMLR*, 1989, p. 33; *id.*, "Anti-Competitive State Measures under the EC Treaty: Towards a Substantive Legality Standard", *ELR*, 1994, p. CC 55; A. B. HOFFMAN, "Anti-Competitive State Legislation Condemned under Articles 5, 85 and 86 of the EEC Treaty: How Far Should the Court Go After *Van Eycke*", *ECLR*, 1990, p. 11; B. VAN DER ESCH, "Loyauté Fédérale et subsidiarité à propos des arrêts du 17 novembre 1993 dans les affaires C-2/91 (Meng), C-245/91 (Ohra) et C-185/91 (Reiff)", *CDE*, 1994, p. 523; D. TRYANTAFILLOU, "Les règles de concurrence et l'activité étatique y compris les marchés publics", *RTDE*, 1996, p. 57.

les problèmes théoriques principaux qui se posent par rapport aux mesures étatiques ayant une incidence sur les conditions de concurrence (B). La troisième partie qui constitue le coeur de ce mémoire sera centrée, comme nous l'avons déjà souligné, dans un examen exhaustif de la jurisprudence de la Cour de Justice depuis les années 70 jusqu'à présent, tout en essayant de mettre en relief les lignes essentielles de son évolution et de clarifier quels sont les critères dont elle s'est basée à chaque moment pour examiner la compatibilité de ces mesures avec les règles de concurrence du Traité (C). Finalement, dans les conclusions (D), nous nous proposons de donner une perspective d'ensemble des grandes questions concernant la problématique objet de notre étude et de signaler quel est, à notre avis, l'état actuel du droit communautaire en la matière.

B. ENCADREMENT GÉNÉRAL DE LA PROBLÉMATIQUE DES RÉGLEMENTATIONS ÉTATIQUES RESTRICTIVES DE LA CONCURRENCE

I. Les bases du droit économique européen

Il s'ensuit des articles 3 c) et 3 g) ² du Traité que les activités de la Communauté comportent l'établissement d'un marché intérieur caractérisé par la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux et par l'existence d'un régime de concurrence non-fauscée.

Tous les obstacles concernant les quatre libertés fondamentales sont interdits par des dispositions spécifiques du Traité s'adressant aux États membres et tenant en compte, en particulier, de son activité normative. Ces dispositions exigent de leurs destinataires d'abolir les restrictions à la libre circulation des marchandises (articles 9 à 36), des personnes (articles 48 et s. et 52 et s.), des services (articles 59 à 66) et des capitaux (articles 73B et s.).

Par contre, les dispositions sur la concurrence, exception faite aux règles sur les aides d'État (articles 92 à 94), concernent directement les comportements des entreprises (v. le sous-titre de la section 1 du Chapitre 1 du Titre V de la Première Partie du Traité), interdisant les ententes susceptibles d'affecter le commerce intracommunautaire et qui ont pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence dans le marché commun (v. l'art. 85), ainsi que l'exploitation abusive de toute position dominante (v. l'art. 86), ne faisant aucune

² Avant le Traité de Maastricht art. 3 f). Pour raisons de rigueur juridique, dans notre exposition, nous nous rapporterons à l'art. 3 g) pour toutes les considérations de nature introductoire ou générale ainsi que pour les affaires postérieures au Traité sur l'Union Européenne et à l'art. 3 f) pour tout ce qui lui est antérieur.

mention à l'activité normative de l'État ayant une incidence sur les conditions de concurrence dans le marché.

Même si son article 90 envisage le comportement de l'État par rapport aux entreprises qu'il contrôle ou privilégie, c'est-à-dire, les entreprises publiques et les entreprises bénéficiaires de droits exclusifs ou spéciaux, en lui imposant l'obligation de ne pas fausser la concurrence, ni d'empêcher la libre circulation des biens et services³, le Traité reste, néanmoins, silencieux en ce qui concerne les réglementations étatiques ayant une incidence sur le comportement des entreprises privées.

L'application directe des articles 85 et 86 à l'État semble impossible dans la mesure où ce sont des règles s'adressant, par définition, aux entreprises et lesquelles ne présentent aucun rapport avec l'action des États membres. Cependant, comme l'on verra, la Cour de Justice arriverait, par voie d'une construction jurisprudentielle s'inspirant dans une lecture d'ensemble des dispositions générales des articles 3 g) et 5 du Traité et de celles concernant spécifiquement la concurrence, à une conclusion bien différente.

Rappelons ce qui est établi par l'article 5:

“Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission.

Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité”.

Étant donné que parmi ces buts l'on peut trouver, comme le démontre l'article 3 g), «un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur», la Cour de Justice conclut que les États membres doivent s'abstenir de toute mesure susceptible de produire cet effet.

Le raisonnement est clair: il serait inutile de sanctionner les comportements anticoncurrentiels des entreprises et en même temps de permettre aux États d'encourager ou favoriser d'une manière ou d'une autre de tels comportements.

³ Comme le souligne, D. TRYANTAFILLOU, “Les règles de concurrence et l'activité étatique y compris les marchés publics”, *RTDE*, 1996, p. 57. à la p. 59, “les auteurs du Traité ont dû vouloir s'assurer par là que ni l'État ni ses différents démembrements, dépendances ou délégataires n'emprunteront des comportements contraires aux règles du Traité, et notamment celles concernant la concurrence”.

Cette idée d'application indirecte des règles de la concurrence à la puissance publique a été affirmée à plusieurs reprises par la Cour de Justice ⁴.

Dans la présente étude nous ne traiterons que de la matière concernant l'applicabilité de l'article 85 aux réglementations étatiques, en laissant de côté l'analyse de la problématique parallèle portant sur l'article 86, laquelle demanderait un examen très approfondi de toute une série de questions dans une large mesure complètement différentes de celles qui se posent en ce qui concerne la première des dispositions citées. L'application de l'article 86 aux mesures étatiques incitant ou renforçant des abus de position dominante pourrait constituer elle-même l'objet d'un autre commentaire de fond, dans lequel il serait nécessaire de traiter non seulement les aspects concernant la conjugaison entre cette disposition et les articles 3 g) et 5, mais également de discuter en quelque détail les problèmes qui se posent par rapport aux entreprises publiques ou privilégiées. Comme le souligne L. Idot ⁵, «l'admissibilité d'une application cumulée de l'article 86 et de l'article 5 pour l'examen d'une réglementation nationale est rare. On le sait, l'article 86 est plus souvent associé à l'article 90». Par conséquent, il nous semble qu'une analyse de l'articulation entre ces deux dispositions impliquerait certainement un examen approfondi d'une quantité pas négligeable de jurisprudence ⁶, laquelle soulève de très vastes questions interprétatives, qu'il n'y a pas lieu de traiter dans le cadre de notre étude ⁷.

⁴ À l'origine de tous les développements jurisprudentiels se trouve l'arrêt *GB-INNO BM c. ATAB*, (CJCE 16 novembre 1977, aff. 13/77, Rec. p. 2115), où la Cour a considérée, par la première fois, qu'il résultait des articles 3 f) et 5, al. 2 du Traité que les États membres seraient prohibés d'édicter ou de maintenir en vigueur toutes les mesures susceptibles de mettre en péril l'effet utile des dispositions du Traité portant spécifiquement sur la concurrence.

⁵ L. IDOT, "Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence? À propos de quelques développements récents ...", *Europe*, janvier 1996, Chron. 1, p. 1, à la p. 5.

⁶ Entre les jugements les plus importants en la matière, on peut certainement inclure ceux qui ont été proférés dans les affaires *Hofner* (CJCE 23 avril 1991, aff. C-41/90, Rec. p. I-1979), *Merci Convenzionale Porto Di Genova SpA* (CJCE 10 décembre 1991, aff. C-192/90, Rec. p. I-5889), *RTT c. GB-INNO BM* (CJCE 13 décembre 1992, aff. C-18/88, Rec. p. I-5941), *Corbeau*, (CJCE 19 mai 1993, aff. C-320/91, Rec. p. I-2563 et *Banchemo* (CJCE 14 décembre 1995, aff. C-387/93, Rec. p. I-4663).

⁷ Pour une brève vision générale de la question des rapports entre l'art. 86 du Traité et l'activité réglementaire étatique v. L. GYSELEN, "Anti-Competitive State Measures under the EC Treaty: Towards a Substantive Legality Standard", *ELR*, 1994, p. CC 55, à la p. CC 74 et s. Plus spécifiquement, sur la problématique des mesures étatiques conduisant des entreprises publiques ou privilégiées à des abus de position dominante, v. C. M. CHUNG, "The Relationship between State Regulation and EC Competition Law: Two Proposals for a Coherent Approach", *ECLR*, 1995, p. 87. V. aussi: C. BRIGHT, "Article 90, Economic Policy and the duties of Member States", *ECLR*, 1993, p. 263; R. GIESEN, "Statutory Monopolies and EC Competition Law: The Belgian Post Monopoly Case", *ECLR*, 1993, p. 279. Egalement exclue de notre analyse sera la possibilité nouvelle, soulevée par D. TRYANTAFILLOU, *op. cit.* à la note 3, à la p. 69 et s. de transposer dans le domaine des marchés publics la jurisprudence de la Cour sur l'activité réglementaire étatique fondée dans les articles 3 g), 5, 85 et 86.

II. Enonciation des principes de base en la matière — La «formule Van Eycke»

Il faut, tout d'abord, se concentrer sur les problèmes qui se posent par rapport à l'application de l'article 85 du Traité aux États membres de la Communauté. Il convient de rappeler à ce propos les principes fondamentaux en la matière, tels qu'ils ont été énoncés et synthétisés à l'attendu 16 de l'arrêt *Van Eycke* ⁸:

“Il résulte ... d'une jurisprudence constante que l'article 85, lu en combinaison avec l'article 5 du Traité, impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises. Tel est le cas, en vertu de cette même jurisprudence, lorsqu'un État membre soit impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 85 ou renforce les effets de telles ententes, soit retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique”.

De cette formule nous pouvons déduire un principe fondamental à deux volets ⁹: le premier comporte l'interdiction faite à l'État d'imposer, de favoriser ou de renforcer des comportements anticoncurrentiels des entreprises, ce qui implique une action positive de l'État, ou si on veut, l'existence de mesures étatiques ayant pour objet une sorte d'appropriation des comportements restrictifs de la concurrence convenus par des opérateurs privés. Le deuxième volet se traduit par une interdiction de délégation de sa responsabilité en matière économique. Si la première hypothèse suppose l'existence d'une entente entre entreprises et d'un lien entre celle-ci et la réglementation étatique il en va autrement dans la seconde, où ce lien paraît être dispensable à cause du fait que la délégation de compétences détermine la perte même du caractère étatique de la mesure en cause.

C'est à la lumière de cette distinction clé qu'il faut examiner la jurisprudence de la Cour de Justice sur l'application de l'ensemble normatif constitué par les articles 3 g), 5 et 85 à l'État, laquelle, nous pensons, peut être divisée en cinq étapes fondamentales, correspondantes à un égal nombre d'approches de la Cour à ce problème.

⁸ CJCE 21 septembre 1988, *Van Eycke c. ASPA*, aff. 267/86, Rec. p. 4769.

⁹ Ce que nous désignerons dorénavant par «formule *Van Eycke*».

C. ENCADREMENT JURISPRUDENTIEL

I. L'approche initiale de la Cour de Justice

1. Un pas timide en avant — l'arrêt INNO/ATAB

La jurisprudence sur l'application des articles 85 et 86 à l'État a été inaugurée avec l'arrêt *INNO/ATAB*¹⁰, dans lequel le débat portait sur une disposition belge qui imposait aux détaillants, lors de la vente des tabacs manufacturés, le respect du prix inscrit sur la bandelette fiscale. La règle en cause, édictée le 3 juillet 1969, avait rendu inutiles divers cartels antérieurs par lesquels producteurs et grossistes de cigarettes essayaient d'imposer aux détaillants l'observation du prix figurant sur les bandelettes fiscales.

La Cour de Cassation de Belgique a posé quelques questions préjudicielles à la Cour de Justice, dont la première portait sur le point de savoir si cette loi était compatible avec les articles 3 f), 5, al. 2 et 86 du Traité¹¹ et la troisième sur l'éventuelle incompatibilité de la réglementation en cause avec les articles 30 et suivants. C'est l'examen que la Cour a fait du premier problème qui est certainement le plus intéressant par rapport aux objectifs de la présente étude.

Face à une législation ouvertement contraire aux objectifs des articles 85 et 86 du Traité, la Cour n'hésite pas à envisager le problème non seulement sous l'angle traditionnel des articles 30 et 34 mais profite de l'occasion que lui donne la Cour de Cassation de Belgique pour analyser la situation litigieuse sous la perspective du droit de la concurrence, même s'il s'agit, dans le cas d'espèce, d'une norme publique et non privée. Le considérant fondamental qu'il faut tenir en compte à ce propos est le numéro 33 où, après avoir rappelé l'obligation de loyauté découlant pour les États membres de l'article 5, la Cour souligne que malgré le fait que les articles 85 et 86 ne visent que les comportements des entreprises, «il n'est pas moins vrai aussi que le Traité impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des

¹⁰ Précité à la note 4. Avant ce jugement de 1977, la Cour, par système, examinait toutes les réglementations étatiques sous l'angle des articles 30 et suivants, en considérant que les articles 85 et 86 constituaient un cadre approprié seulement pour apprécier des comportements d'entreprises.

¹¹ La juridiction nationale a posé le problème sous la perspective de savoir si la législation en cause traduisait un encouragement de la part de l'État à l'exploitation abusive d'une position dominante par des opérateurs privés. Cela explique la référence à l'art. 86. À notre avis, la situation pourrait être mieux analysée à la lumière de l'art. 85 (lu ensemble avec les articles 3 f) et 5 car l'adoption de la mesure contestée avait été précédée d'ententes contraires à cette disposition et était due à l'initiative d'un parlementaire qui exerçait en même temps les fonctions de secrétaire d'une des associations parties à l'entente.

mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile...» de ces dispositions. Elle conclut ensuite que «les États membres ne sauraient édicter des mesures permettant aux entreprises privées de se soustraire aux contraintes imposées par les articles 85 à 94 du Traité».

Toutefois, pour ce qui concerne le cas concret, la Cour ne tire de ces observations aucune conséquence précise. En effet, après avoir énoncé ces principes de base, elle se limite à affirmer qu'une telle mesure sera de «toute manière normalement incompatible avec les articles 30 et 34 qui interdisent les restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation (...) ainsi que toute mesure d'effet équivalent»¹². L'affaire *INNO/ATAB* a, partant, essentiellement le mérite de représenter une première position de principe adoptée par la Cour, par laquelle elle admet la possibilité de contrôler les réglementations nationales au regard du droit communautaire de la concurrence.

2. Deux pas arrière — le retour à la jurisprudence traditionnelle

Cet arrêt est resté longtemps isolé. À plusieurs reprises, dans de multiples affaires postérieures, la Cour affirma exactement le principe inverse¹³. Appelée à se prononcer à propos de législations nationales relatives, notamment, au régime des prix et tarifs, elle a considéré tout simplement que celles-ci ne posaient aucun problème d'incompatibilité avec les articles 5 et 85 du Traité et qu'il y avait lieu seulement de les examiner sous l'angle de l'article 30¹⁴.

Cette approche restrictive était particulièrement visible dans une affaire strictement identique à l'affaire *INNO/ATAB*, où il s'agissait d'un problème concernant la loi néerlandaise sur les accises¹⁵. Dans cet arrêt, la Cour retourne encore une fois à sa jurisprudence traditionnelle et déclare que les dispositions des articles 85 et 86 ne sont applicables qu'aux entreprises et non aux États membres¹⁶. Digne de note a été la position adoptée par la Commission dans

¹² À l'art. 35.

¹³ La philosophie au derrière de cette approche de la Cour est bien illustrée par un commentaire de Y. GALMOT et J. BIANCARELLI, "Les réglementations nationales en matière de prix au regard du droit communautaire", *RTDE*, 1985, p. 269. En effet comme ces auteurs s'interrogent à la p. 293, "à quoi bon, dans ces conditions, instituer un nouveau cadre juridique de contrôle des réglementations nationales de prix (dispositions combinées des articles 3 f), 5, 85 et 86 du Traité), si le même résultat peut être obtenu par l'application de la jurisprudence traditionnelle relative à l'article 30?"

¹⁴ V. à ce propos, entre autres, l'arrêt du 24 janvier 1978, *Van Tiggele*, aff. 82/77, Rec. p. 25 et l'arrêt du 18 octobre 1979, *Hans Buys*, aff. 5/79, Rec. p. 3203.

¹⁵ CJCE 5 avril 1984, *van de Haar*, affaires jointes 177 et 178/82, Rec. p. 1797.

¹⁶ V. l'art. 24.

cette affaire en soulignant que s'il est, par définition, interdit aux États membres d'édicter des mesures permettant aux entreprises privées de se soustraire aux contraintes imposées par les articles 85 à 94 du Traité, ce principe ne s'appliquerait toutefois que lorsqu'il s'agit effectivement des accords visés par cet article. Il est donc clair que la Commission — implicitement suivie par la Cour — semble arriver à la conclusion que l'appréciation des mesures étatiques au regard des articles 3 f), 5, 85 et 86 du Traité dépend de l'existence d'un lien entre ces mesures et des comportements anticoncurrentiels imputables aux entreprises. Cependant, la jurisprudence ultérieure soulèvera quelques doutes en s'orientant en deux directions différentes et pas tout à fait cohérentes. On peut même parler, dans ce contexte, d'une bifurcation de la jurisprudence.

II. Une phase d'incertitude

Après une période de recul dans lequel, à la fin des années 70 et au début des années 80, la Cour avait retourné à l'examen des réglementations économiques des États membres strictement dans la perspective de la libre circulation, on assiste, à partir de 1985 à une nouvelle tentative de trancher la question sous l'optique de la concurrence. Cette fois-ci, la Cour explore deux voies possibles d'attaquer le problème, donnant origine à deux lignes de jurisprudence.

1. Un premier courant jurisprudentiel — l'exigence d'un lien avec un comportement d'entreprise

Ce premier courant jurisprudentiel confirme l'idée qu'on pouvait retirer d'une lecture d'ensemble des arrêts *INNO/ATAB*¹⁷ et *Van de Haar*¹⁸, celle de la nécessité d'un lien entre la réglementation étatique et le comportement anticoncurrentiel privé pour qu'on puisse considérer qu'il y a une violation des articles 3 f), 5 et 85 du Traité. En ce contexte, on doit faire référence à quelques arrêts fondamentaux.

a) L'arrêt *BNIC/Clair*¹⁹

Dans cette affaire la Cour a adopté une approche relativement timide vis-à-vis d'une réglementation nationale française qui étendait un accord

¹⁷ Précité à la note 4.

¹⁸ Précité à la note 15.

¹⁹ CJCE 30 janvier 1985, *BNIC c. Clair*, aff. 123/83, Rec. p. 391.

conclu au sein d'un organisme interprofessionnel à d'autres opérateurs économiques du secteur ²⁰.

L'organisme en question était composé de représentants des professions impliquées dans la production et commerce du produit en cause — le cognac. Leur choix était fait par le ministre de l'Agriculture (parmi les noms indiqués dans une liste élaborée par les organisations professionnelles intéressées), qui nommait encore le président et un commissaire du gouvernement pour y siéger. Les membres du BNIC étaient regroupés en deux catégories ou «familles», celle des négociants et celle des viticulteurs, lesquelles avaient la possibilité de conclure des accords qui pouvaient être étendus par arrêté ministériel à tous les membres des professions intéressées. Suivant la procédure prévue à la loi, les deux familles et le directeur du BNIC ont arrivé à la signature d'un accord fixant le prix minimum des eaux-de-vie, des vins de distillation et du cognac. Après approbation au sein du BNIC, cette convention a été étendue par le ministre à tous les opérateurs économiques des secteurs concernés.

La question de l'incompatibilité de cet accord et de l'intervention du ministre avec les règles de concurrence du Traité a été soulevée dans le cadre d'un litige opposant le BNIC à un négociant qui avait acheté à divers viticulteurs des eaux-de-vie à des prix inférieurs à ceux fixés par l'arrêté.

Dans le cas d'espèce, la Cour a estimé que l'accord en question constituait, indépendamment de l'intervention d'un acte de l'autorité publique destiné à lui conférer un effet obligatoire vis-à-vis des tiers, un accord entre entreprises ou associations d'entreprises et que comme tel l'article 85 l'était applicable de plein droit ²¹. À ce propos il convient de rappeler ce qu'elle a dit pour droit à l'attendu 19:

“L'article 85 doit être interprété comme visant un tel accord, dès lors qu'il a été négocié et conclu par des personnes qui, bien que nommées par l'autorité publique, avaient fait l'objet, à l'exception des deux nommés directement par le ministre, de propositions de désignation par les organisations professionnelles directement concernées et qui, par suite, devaient être regardées, en fait, comme représentant ces organisations lors de la négociation et de la conclusion de cet accord”.

²⁰ Pour un commentaire détaillé de cet arrêt, v. la note de J. E. DE COCKBORNE, *RTDE*, 1985, p. 396.

²¹ V. l'att. 17.

En pratique, la Cour s'est abstenue de se prononcer sur la mesure étatique litigieuse et s'est limitée à apprécier le problème sous l'angle du comportement des entreprises impliquées en considérant qu'il était contraire à l'article 85²².

b) L'arrêt *Asjes*²³

Dans cette affaire la Cour a eu l'occasion, pour la première fois, de préciser que l'obligation pour les États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles sur la concurrence est violée, notamment, «si un État membre impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 85 ou en renforce les effets»²⁴. C'est l'énonciation du principe de base qu'on pourrait trouver plus tard en tant que premier volet de la «formule *Van Eycke*»²⁵.

Il s'agissait, dans le cas d'espèce, d'une mesure nationale française homologuant des tarifs de navigation aérienne, lesquels avaient été préalablement l'objet d'un accord entre des opérateurs privés. Quelques compagnies aériennes et agences de voyages avaient vendu des billets à des prix inférieurs à ceux qui avaient été fixés et ont été poursuivies au pénal pour cela. Le tribunal criminel français a posé à la Cour de Justice une question très générale: est-ce que les tarifs en cause sont en conformité avec le droit communautaire?²⁶

La Cour a choisi de traiter le problème sous l'optique d'une éventuelle violation par l'État des articles 3 f), 5 et 85, mais en pratique, aucune réponse spécifique n'a été donnée en ce qui concerne le cas concret, car elle a estimé que, dans le domaine des transports aériens, à défaut de règlements d'application, le juge national ne pouvait appliquer l'article 85 directement: cette disposition ne pourrait être appliquée que par la Commission ayant pour base l'article 89 ou par les autorités nationales ayant pour base l'article 88.

La Cour a néanmoins conclu, à l'attendu 76, que «l'homologation des tarifs est une manière de renforcer une entente, s'il est constaté, sur la base de

²² V. l'att. 23, où la Cour considère que «l'intervention d'un acte de l'autorité publique (...) ne saurait avoir pour effet de soustraire celui-ci (l'accord restrictif de la concurrence) à l'application de l'art. 85, par. 1er».

²³ CJCE 30 avril 1986, *Asjes*, affaires jointes 209 à 213/84, Rec. p. 1425.

²⁴ À l'att. 72.

²⁵ V. *supra* à la p. 19.

²⁶ À l'att. 5.

l'article 88 ou de l'article 89, que ces tarifs sont établis à travers des concertations incompatibles avec l'article 85.»²⁷

c) L'arrêt *Vlaamse Reisbureaus*²⁸

Ici, il s'agissait d'un litige portant sur une réglementation qui interdisait aux agents de voyage en Belgique de céder à leurs clients une partie ou la totalité de la commission qui leur revenait comme résultat de l'exercice de leur activité professionnelle. La Cour a constaté que la réglementation étatique en cause reprenait le contenu d'un système d'accords précédemment existant entre des entreprises de ce secteur.

Même s'il n'était pas sûr que l'accord conclu en 1963 était encore en vigueur au moment du litige, la Cour a jugé suffisant qu'il était démontré que l'accord ait été à l'origine de la disposition en question. Concrètement, elle a trouvé que le texte de la loi belge satisfaisait ce critère, car il faisait référence expresse à l'interdiction préalablement convenue entre les agents de voyage. En synthèse, la Cour a considéré que la transformation d'une obligation purement contractuelle en une obligation légale avait pour effet de renforcer les accords préexistants et était comme telle contraire aux articles 5 et 85 du Traité.

d) L'arrêt *BNIC/Aubert*²⁹

Les faits de cette affaire sont très similaires à ceux qu'on a vus dans l'affaire *BNIC/Clair*: un organisme représentant des associations commerciales fixait des quotas de production, lesquels étaient postérieurement homologués par une mesure gouvernementale. L'organisme en cause était de nouveau le Bureau National Interprofessionnel du Cognac. Le litige avec Aubert dérivait du fait que celui-ci avait, dans sa production vinicole, excédé son quota.

La Cour a réaffirmé le principe établi dans l'arrêt *BNIC/Clair*³⁰, selon lequel l'accord entre les entreprises concernées était contraire à l'article 85,

²⁷ Décidée quelques mois après *Van Eycke*, l'affaire *Ahmed Saeed* (CJCE 11 avril 1989, aff. 66/86, Rec. p. 803), concernait également l'homologation par des autorités aéronautiques de tarifs convenus par des opérateurs économiques privés de manière contraire à l'art. 85. Dans cet arrêt, la Cour confirme le principe énoncé dans l'affaire *Asjes* en lui donnant une formulation encore plus explicite. En effet, la Cour dit pour droit, à l'attendu 49 de cet arrêt, que les autorités publiques ont l'obligation de «s'abstenir de toute mesure qui pourrait être considérée comme un encouragement aux compagnies aériennes à conclure des accords tarifaires contraires au Traité».

²⁸ CJCE 1 octobre 1987, *Vlaamse Reisbureaus*, aff. 311/85, Rec. p. 3801.

²⁹ CJCE 3 décembre 1987, *BNIC c. Aubert*, aff. 136/86, Rec. p. 4789.

³⁰ *BNIC/Clair*, précité à la note 19, à l'att. 19.

mais elle est allée plus loin, en précisant que la réglementation étatique qui étendait l'effet obligatoire de cet accord en face des tiers était elle-même incompatible avec l'ensemble normatif constitué par les articles 3 f), 5 et 85³¹. Cela étant certains auteurs concluent que, l'intervention de l'État, par voie d'une mesure conduisant à un comportement restrictif de la concurrence de la part des entreprises, étant elle-même illégale, n'exclut pas l'illégalité de l'action de ces entreprises³². À ce propos nous croyons qu'une distinction essentielle tenant compte du type de mesures étatiques en question s'impose. En effet, si la réglementation se traduit par une vraie imposition ou par une forte incitation de comportements anticoncurrentiels privés la liberté des entreprises concernées est si limitée que l'entente en cause ne correspond pas à un vrai souhait de leur part et il semble juste d'admettre que la mesure en cause puisse avoir l'effet de les soustraire à l'application de l'article 85. En ce qui concerne ce type de réglementations la solution proposée suit la jurisprudence existante en la matière, selon laquelle les entreprises ne peuvent pas être condamnées à des amendes par la Commission si le comportement qu'on leur reproche est en fait imposé par la puissance publique³³.

Par contre, ce principe d'immunité des entreprises en cas d'intervention de l'autorité publique ne se justifie plus, à notre avis, dans des situations comme celles des affaires *BNIC*, dans lesquelles l'initiative des accords était imputable aux opérateurs privés et le législateur s'est limité à confirmer cet accord. En appui de cette idée nous pouvons invoquer l'arrêt *VBVB-VBBB*³⁴, où la Cour a dit pour droit que «des pratiques d'entreprises privées, même tolérées ou approuvées par l'autorité publique d'un État membre (ne sauraient) s'imposer dans l'application des règles de concurrence du Traité»³⁵. La même

³¹ Aux attendus 22 à 24.

³² Dans ce sens, G. MARENCO, "Le Traité CEE interdit-il aux États membres de restreindre la concurrence?", *CDE*, 1986, p. 285 et s. et L. GYSELEN, *op. cit.* à la note 7, à la p. CC 62. Contre, C. PAULIS, "Les États peuvent-ils enfreindre les articles 85 et 86 du Traité CEE?", *JT*, 30 mars 1985, p. 209, qui semble partir de l'idée que dans un tel cas, seul l'État ou seule l'entreprise enfreint le Traité. Sur ce point, v. aussi: N. REICH, "The «November Revolution» of the European Court — *Keck, Meng and Audi Revisited*", *CMLR*, 1994, p. 459, à la p. 488.

³³ Le point de référence fondamental en cette matière est l'arrêt *Suiker Unie* (CJCE 16 décembre 1975, affaires jointes 40-48, 50, 54, 56, 111, 113 et 114/73, Rec. p. 1663), où la Cour a souligné l'importance dans l'appréciation de la gravité de l'infraction «du contexte réglementaire et économique du comportement incriminé». Ce principe a été réaffirmé postérieurement, notamment dans les arrêts *Van Landewijck e.a. c. Commission "Fedetab"* (CJCE 29 octobre 1980, affaires jointes 209-215 et 218/78, Rec. p. 3262), *SSI c. Commission* (CJCE 10 décembre 1985, affaires jointes 240-242, 261, 262, 268 et 269/82, Rec. p. 3831) et *NSO c. Commission* (CJCE 10 décembre 1985, aff. 260/82, Rec. p. 3801).

³⁴ CJCE 17 janvier 1984, affaires jointes 43/81 et 63/82, Rec. p. 19.

³⁵ À l'att. 40.

ligne de raisonnement est une constante dans la pratique décisionnelle de la Commission ³⁶.

2. Un deuxième courant jurisprudentiel — une approche objective aux mesures étatiques restrictives de la concurrence

Animée, peut-être, par le souci d'appréhender la plupart des mesures possibles comme étant en contradiction avec la combinaison des articles 3 f), 5 et 85, la Cour a essayé aussi, à un certain point, une approche objective à ce problème, faisant abstraction de l'existence d'un lien entre la mesure étatique critiquée et le comportement anticoncurrentiel privé. Nous faisons référence à la jurisprudence *Leclerc* de janvier 1985, laquelle se compose de deux jugements de grande importance en la matière: l'arrêt *Leclerc-livres* ³⁷ et l'arrêt *Leclerc-carburants* ³⁸. Nous proposons de commencer notre analyse par cette dernière affaire en laissant *Leclerc-livres* pour un moment postérieur.

a) L'arrêt *Leclerc-carburants*

Dans cette affaire, la réglementation étatique en cause prévoyait, comme nous l'avons déjà souligné, un prix minimum pour la vente de carburants aux consommateurs. L'imposition de ce genre de prix avait naturellement pour but de maintenir artificiellement en vie des stations d'essence marginales qui seraient incapables de survivre dans une situation de libre concurrence de prix sur le marché ³⁹.

Un Centre Leclerc se livrant à l'exploitation des stations d'essence dans le cadre de supermarchés a été assigné en justice pour avoir vendu des carburants à des prix inférieurs aux prix fixés par la réglementation. Il a suscité le problème de l'incompatibilité de cette législation avec le droit communautaire devant le tribunal national, qui a posé à la Cour de Justice une question préjudicielle

³⁶ V. à titre d'exemple la décision «assurance-incendie» du 5 décembre 1984, JO n° L 35 du 7 février 1985, p. 20.

³⁷ CJCE 10 janvier 1985, *Leclerc c. Au Blé Vert*, aff. 229/83, Rec. p. 1.

³⁸ CJCE 29 janvier 1985, *Cullet c. Leclerc*, aff. 231/83, Rec. p. 305.

³⁹ V. à ce propos G. MARENCO, *op. cit.* à la note 32, à la p. 287.

concernant les articles 3 f) et 5 du Traité ⁴⁰. L'argument soutenu par Leclerc était simple: si l'article 85 du Traité interdit aux entreprises de s'entendre pour arriver à la fixation des prix, est-ce que son effet utile ne sera tantôt compromis par une réglementation étatique aboutissant au même résultat? ⁴¹.

La Cour de Justice estime que la réglementation en cause ne visait pas à imposer la conclusion d'accords entre fournisseurs et détaillants mais, au contraire, qu'elle confiait «la responsabilité de fixer les prix aux autorités publiques». Pour le faire ces autorités devaient se baser sur une série d'éléments de différente nature, parmi lesquels figuraient les prix de reprises fixés par les fournisseurs. Toutefois, la Cour considère que ce facteur «ne prive pas une réglementation comme celle litigieuse en l'espèce de son caractère étatique et n'est pas susceptible d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises».

Elle conclut par la suite:

“Il s'ensuit que l'article 5, en combinaison avec les articles 3, sous f, et 85 du traité, n'interdit pas aux États membres de régler la fixation des prix de vente au détail d'une marchandise de la manière prévue par la réglementation litigieuse au principal. Il reste à apprécier une telle réglementation au regard des dispositions du traité concernant la libre circulation de marchandises” ⁴².

On arrive donc à la conclusion que l'effet utile de l'article 85 n'est pas compromis par des mesures étatiques produisant les mêmes effets d'une entente que si ces mesures représentent une sorte d'aval de la part de l'État aux pratiques interdites des opérateurs privés, comme il serait le cas si, par exemple, la mesure étatique constituait un encouragement à la conclusion d'une entente.

Cela étant, on ne peut pas oublier qu'au moins en théorie on pourrait concevoir un autre moyen d'attaquer ce type de réglementation (laquelle est,

⁴⁰ La Cour de Justice a également examiné le problème sous l'angle de l'art. 30, arrivant à ce titre, à trouver dans les critères de fixation des prix minima un motif d'incompatibilité avec le droit communautaire. Compte tenu du fait que cette partie de l'arrêt concerne une problématique différente de celle qui constitue l'objet de notre étude, il n'y a pas lieu ici de s'arrêter sur ce point. V. sur l'application de l'art. 30, P. MANIN, “Le prix de vente des carburants en France devant le juge européen”, *DPCE*, 1985, p. 637. Sur la question complexe de l'articulation entre le régime des articles 30 et s. et les articles 85/86 v. D. WAELBROECK, “Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE”, in: *Du droit international au droit de l'intégration, Liber Amicorum P. Pescatore*, 1987, p. 781.

⁴¹ V. l'att. 12.

⁴² À l'att. 16.

en fait, sans aucune doute, restrictive de la concurrence), en se fondant exclusivement sur le dispositif de l'article 3 f) ⁴³. Cependant, la Cour refuse de suivre cette voie en affirmant que cette disposition «fait partie des principes généraux du marché commun qui sont appliqués en combinaison avec les chapitres respectifs du traité destinés à mettre en oeuvre ces principes» et que l'objectif d'établissement d'un régime de concurrence non-fauscée qu'il énonce se trouve «explicité notamment par les règles de concurrence» ⁴⁴, c'est-à-dire, les articles 85 à 94 du Traité. Comme le souligne G. Marengo ⁴⁵, le principe est ainsi fixé pour l'avenir: «l'article 3 f) se limite à annoncer des règles spécifiques, parmi lesquelles on chercherait en vain une interdiction générale faite aux États membres de restreindre la concurrence».

b) L'arrêt *Leclerc-livres* ⁴⁶

Dans cette affaire, la législation française examinée par la Cour prévoyait pour les éditeurs ou les importateurs l'obligation de fixer pour chaque livre le prix de vente au détail à pratiquer par les libraires ⁴⁷. Encore une fois, l'objectif de la mesure était de protéger les petits détaillants de la concurrence impitoyable des grandes surfaces. Cependant, il faut signaler une différence fondamentale entre les faits de cette affaire et ceux de *Leclerc-carburants*: si pour l'essence, c'étaient les autorités publiques qui fixaient elles-mêmes les prix, le système était différent pour les livres et on pouvait y trouver une vraie délégation de compétence au profit des éditeurs ou importateurs qui restaient les seuls responsables pour la fixation des prix.

Leclerc a été assigné en justice pour avoir vendu des livres à un prix inférieur au prix minimum et a soutenu devant la Cour de Justice l'incompatibilité de la réglementation française avec les articles 3 f), 5 et 85 du Traité ⁴⁸.

La Commission, à son tour, soutenait qu'étant donné que l'article 85 ne visait que des comportements d'entreprises et non des mesures étatiques, ce type de mesures pourrait être considérées comme contraire aux articles 5 et 85

⁴³ En effet, la question du juge national ne mentionnait pas l'art. 85, mais seulement l'art. 3 f).

⁴⁴ À l'att. 10.

⁴⁵ *Op. cit.* à la note 32.

⁴⁶ Précité à la note 37.

⁴⁷ Des arguments très différents ont été invoqués par des parties intervenants dans le litige. Pour un ample et clair exposé de ceux-ci, v. Y. GALMOT et J. BIANCARELLI, *op. cit.* à la note 13, à la p. 297 et s.

⁴⁸ Selon M. Leclerc cette loi devrait être examinée au regard des règles de concurrence du Traité puisqu'elle instituait un régime collectif de prix imposés en contradiction manifeste avec celles-ci. V. l'att. 10.

seulement dans des circonstances exceptionnelles comme, par exemple, dans le cas où la réglementation étatique aurait pour objet spécifique de permettre aux opérateurs privés de se soustraire aux règles de la concurrence.

Il était évident que, dans ce cas, il n'existait aucune entente entre les opérateurs économiques en cause, mais tout simplement une fixation unilatérale de prix par les éditeurs ou importateurs. En conséquence, on ne pouvait pas dire qu'on était en présence d'une mesure visant à imposer, favoriser ou renforcer la conclusion d'accords préexistants car ceux-ci n'existaient pas. La Cour rappelle, en fait, que s'il est vrai que l'article 5 impose aux États membres l'obligation de ne pas porter atteinte à l'effet utile des règles de concurrence, cette disposition ne s'applique que dans les cas où une réglementation étatique prévoit un comportement interdit par le Traité. Dans le cas d'espèce, ce que la réglementation requiert est une action unilatérale et pas une forme quelconque de comportement interdit par l'article 85⁴⁹. Par conséquent, il n'est pas possible de considérer que la mesure litigieuse porte atteinte à l'effet utile de cette disposition du Traité⁵⁰.

Néanmoins, la Cour de Justice semble adopter une autre voie de raisonnement. Elle se demande si l'effet utile de l'article 85 ne serait pas compromis du seul fait que la mesure étatique rendait inutiles des comportements anticoncurrentiels des entreprises du secteur, en ayant elle-même et par elle-même un effet nocif sur la concurrence⁵¹. Par d'autres mots, la question est la suivante: est-ce qu'on peut dire que l'effet utile des règles de concurrence est compromis dans le cas des mesures nationales produisant des effets analogues à ceux qui résulteraient d'un accord ou d'un système d'accords entre les opérateurs économiques du secteur concerné, même si, en pratique, on ne peut pas identifier aucune entente dans le secteur en cause? On arriverait par cette voie à un contrôle des mesures nationales au seul regard des articles 3 f) et 5 du Traité, ce qui ne serait certainement pas sans conséquences très importantes sur tout le système de l'article 85⁵². Le simple fait que la Cour pose le problème

⁴⁹ À propos de ce raisonnement v. l'att. 14 et l'att. 15, 1ère partie.

⁵⁰ Les arguments de la Commission sont explicités à l'att. 12. Elle semble conclure que, dans le cas d'espèce, telles circonstances exceptionnelles ne se vérifient pas et qu'en conséquence, «la compatibilité d'une législation du type de celle litigieuse avec le traité serait donc à examiner dans le seul cadre des articles 30 et suivants». Du point de vue économique, on peut bien douter du bien fondé de cette idée, car il est évident que si le prix est fixé par l'éditeur/importateur la possible concurrence entre détaillants est éliminée et ce même résultat serait contraire à l'art. 85 s'il s'était produit par voie des accords verticaux.

⁵¹ V. la deuxième partie de l'att. 15.

⁵² Il ne serait plus nécessaire d'examiner les conditions présentes à l'art. 85, paragraphe 1er.

semble indiquer qu'elle serait prête à accepter cette possibilité, ce qui a été l'objet de sévères critiques de la part de quelques auteurs ⁵³.

Pendant, la Cour ne fournit pas dans cet arrêt une réponse à cette question en suivant dans la résolution de ce litige un chemin tout à fait différent. En effet, elle a trouvé des raisons pour ne pas mener à bout son raisonnement objectiviste, en considérant qu'en l'absence d'une politique communautaire de fixation des prix dans le marché du livre et étant donné le fait que dans d'autres pays de la Communauté il y avait des systèmes de prix imposés par des ententes privées, les obligations découlant pour les États membres de l'article 5 du Traité n'étaient pas suffisamment déterminées pour leur interdire d'édicter une législation du type concerné ⁵⁴.

Le principe fixé, ou tout au moins, implicitement accepté, par la Cour est, incontestablement, troublant. Il paraît maintenant suffisant, pour que la mesure puisse être considérée comme contraire au droit communautaire de la concurrence, d'établir une sorte de rapport de substitution entre la mesure étatique et une potentielle entente dans le secteur en cause, sans qu'aucun lien entre le comportement des entreprises et la réglementation nationale ou même l'existence de cette entente ne soient exigés. La Cour semble admettre la possibilité d'appliquer l'article 5 en combinaison avec l'article 3 f) à des réglementations étatiques en se fondant sur le simple fait qu'elles rendent inutile une entente interdite, même en l'absence d'un lien substantiel entre ces mesures et les comportements restrictifs de la concurrence imputables aux entreprises.

Interprété de façon large cet arrêt ouvre la voie à un alourdissement significatif des obligations des États membres au titre de l'article 5 du Traité. À la limite, on pourrait arriver à une situation où il y aurait lieu de considérer comme contraires au droit communautaire plusieurs mesures étatiques qui, ne visant pas spécifiquement la concurrence, ont des effets indirects sur ses conditions ⁵⁵. L'exemple d'école, comme le décrit D. Tryantafillou ⁵⁶, «serait la fixation des taux directeurs par la banque centrale qui obéit à des exigences de politique économique et monétaire et ne sert pas à légitimer des ententes privées, tout en rendant inutiles (voire, en se substituant à) ces dernières, puisque les banques privées doivent aligner les taux d'intérêt sur le taux directeur (sans qu'il y ait eu entente entre elles)».

⁵³ V. notamment G. MARENCO, *op. cit.* à la note 32.

⁵⁴ V. l'att. 20. La solution ainsi adoptée par la Cour est défendue par Y. GALMOT et J. BIANCARELLI, *op. cit.* à la note 13, à la p. 306.

⁵⁵ V. G. MARENCO, *op. cit.* à la note 32, à la p. 294.

⁵⁶ D. TRYANTAFILLOU, *op. cit.* à la note 3, à la p. 64. Cf. par le même auteur, *L'activité administrative de la Banque Centrale*, Paris, Litec, 1991, p. 19.

Une approche strictement objectiviste à ce type de mesures porte atteinte au cœur même de la souveraineté étatique en matière d'intervention économique ⁵⁷. Le raisonnement proposé par la Cour attribue à l'article 5 un rôle qui nous paraît clairement excessif: celui de reprocher aux États même des mesures qui ne figurent pas parmi celles qui sont interdites par les dispositions portant spécifiquement sur la concurrence, faisant abstraction de tout lien substantiel entre les réglementations étatiques et les comportements anticoncurrentiels privés.

La constatation des dangers inhérents à une telle construction raliée, peut-être, à la volonté de préserver la neutralité du Traité vis-à-vis des compétences réservées aux États en ce domaine, est à la base de la jurisprudence la plus récente sur les réglementations étatiques ayant une incidence sur les conditions de concurrence, laquelle se caractérise, au contraire des affaires *Leclerc*, par une énorme prudence.

Cette polémique subsisterait jusqu'à 1993, moment où la Cour finalement la trancherait par voie des arrêts *Meng* ⁵⁸, *Ohra* ⁵⁹ et *Reiff* ⁶⁰.

III. La codification de la jurisprudence antérieure — L'arrêt *Van Eycke*

Le cadre jurisprudentiel de base que nous venons de décrire est complété et dans une large mesure clarifié par l'arrêt *Van Eycke* ⁶¹, dans lequel, comme nous l'avons vu, la Cour codifie les deux courants jurisprudentiels susmentionnés et énonce les critères fondamentaux à suivre pour apprécier de la compatibilité d'une réglementation étatique avec l'ensemble normatif des articles 3 f), 5 et 85 du Traité.

Le litige concernait essentiellement une mesure étatique belge relative à une exonération fiscale en faveur de la rémunération tirée de dépôts d'épargne, mesure qui était intervenue dans un secteur où il existait des accords interbancaires destinés précisément à limiter les rémunérations de ces dépôts. M. Van Eycke, suivant la publicité faite par la banque ASPA, avait essayé de constituer un tel dépôt, ce qu'il n'a pu faire en vertu de la réglementation en

⁵⁷ V. *infra*, à la Conclusion, nos considérations sur la dimension constitutionnelle économique de la problématique en discussion.

⁵⁸ CJCE 17 novembre 1993, *Meng*, aff. C-2/91, Rec. p. I-5751.

⁵⁹ CJCE 17 novembre 1993, *Ohra*, aff. C-245/91, Rec. p. I-5851.

⁶⁰ CJCE 17 novembre 1993, *Reiff*, aff. C-185/91, Rec. p. I-5801.

⁶¹ Précité à la note 8. V. l'att. 19.

question. Il a assigné ASPA devant la justice belge en soutenant que la loi avait pour résultat de priver l'article 85 du Traité de son effet utile.

La Cour a examiné cette réglementation à la lumière des principes qu'elle avait fixés au considérant 16⁶², vérifiant à la fois, si la mesure en cause avait pour effet de favoriser, imposer ou renforcer les effets d'une entente, ou alternativement, si cette mesure se caractérisait par une délégation de responsabilité en matière économique au profit des opérateurs privés tellement étendue qu'elle perdait son caractère étatique⁶³.

Dans le cas d'espèce, la Cour a cependant conclu qu'il n'était pas établi que la réglementation en question ait un effet équivalent à un encouragement de la part de l'État à la conclusion d'accords restrictifs de la concurrence entre les institutions financières concernées, ou qu'elle ait pu «viser ou favoriser la conclusion de nouvelles ententes ou la mise en oeuvre de nouvelles pratiques», ni que la mesure incriminée se soit bornée à en renforcer les effets, en reprenant «totalement ou partiellement à son compte les éléments des accords intervenus entre opérateurs économiques tout en obligeant ou incitant ces opérateurs à en assurer le respect».

En plus, en ce qui concerne le deuxième critère, la Cour a exclu que la circonstance que ladite réglementation avait été adoptée après concertation avec les représentants du secteur était de nature à lui retirer son caractère de réglementation étatique. On ne pouvait pas dire qu'il y avait une délégation de compétences en matière économique au profit des opérateurs privés, car les autorités publiques avaient retenu le pouvoir de fixer elles-mêmes les rémunérations tirées des dépôts d'épargne⁶⁴.

Après *Van Eycke* le cadre légal est relativement clair et témoigne l'approche prudente que la Cour adopte maintenant en la matière. Elle subordonne invariablement la déclaration d'illégalité des réglementations nationales du type visé à la démonstration préalable de l'existence d'un lien entre ces mesures et les comportements anticoncurrentiels imputables aux entreprises. En pratique, cela signifie la confirmation de certains arrêts qu'on a examinés auparavant⁶⁵, où la Cour a indiqué qu'elle considérait que l'effet utile de l'article 85 était compromis en présence de deux conditions cumulatives: (1) l'existence d'une

⁶² V. *supra* à la p. 6.

⁶³ Ce deuxième volet de la «formule *Van Eycke*» s'inspire à la «State Action doctrine» développée dans le droit américain de la concurrence. Pour une analyse de cette doctrine, v. spécialement G. MARENCO, "Government Action and Antitrust in the United States: What Lessons for Community Law?", *LIEI*, 1987, p. 1. V. aussi A. B. HOFFMAN, *op. cit.* à la note 1.

⁶⁴ V. l'att. 19.

⁶⁵ Nous nous référons essentiellement aux arrêts *Asjes* (précité à la note 23), *BNIC Aubert* (précité à la note 29), *Vlaamse Reisbureaus* (précité à la note 28) et *Ahmed Saeed* (précité à la note 27).

entente contraire à l'article 85, paragraphe 1; (2) une mesure étatique imposant, favorisant ou renforçant les effets d'une telle entente. Pour ce qui concerne ce type de situations il semble donc que l'arrêt *Van Eycke* se limite à donner une expression plus nette à la jurisprudence déjà existante en la matière.

On peut, dans la ligne d'un des plus grands spécialistes en la matière, adresser quelques remarques critiques à la construction théorique de la «formule *Van Eycke*»⁶⁶. Ainsi, nous croyons que cette exigence d'un lien effectif avec un comportement interdit par l'article 85 peut originer des situations de traitement différent de restrictions de la concurrence substantiellement identiques. Il suffit d'imaginer l'hypothèse suivante: dans l'État membre A il y a une restriction de la concurrence basée sur un accord privé; dans l'État membre B, la même restriction est imposée par voie législative ou réglementaire. C'est évident qu'à la lumière de la jurisprudence examinée ci-dessus et en absence de ce lien entre la mesure étatique et l'entente, la Communauté ne peut pas intervenir dans la deuxième situation, ce que conduit inévitablement à des situations de très insouhaitable fragmentation du marché intérieur plaçant les entreprises des États plus interventionnistes dans une situation d'avantage compétitif vis-à-vis celles qui ont leur siège dans les pays dont les autorités tendent à n'exercer aucune influence sur les conditions de concurrence.

Il semble, toutefois, que la présence des deux conditions susmentionnées n'est plus exigée, dans l'hypothèse, qui est restée toujours au stade théorique, où un État membre délègue à des opérateurs privés la responsabilité d'adopter des décisions d'intervention en matière économique. La Cour estime, selon le deuxième volet de la «formule *Van Eycke*», que si l'État adopte une mesure qui donne aux opérateurs privés tous les pouvoirs pour réglementer librement les conditions de concurrence dans le marché, il prive cette même mesure de son caractère étatique et que, par conséquent, il met en danger l'effet utile de l'article 85 du Traité, lu en combinaison avec ses articles 3 f) et 5⁶⁷.

⁶⁶ L. GYSELEN, *op. cit.* à la note 7. Cet auteur se montre très sceptique en face des critères d'appréciation des mesures étatiques ayant une incidence sur la concurrence adoptés par la Cour dans cet arrêt. Il propose une méthode totalement différente de contrôle de ces mesures basée sur un test de légalité substantive. Pour une explication synthétique de ce test, v. *infra* à la p. 40.

⁶⁷ Également le deuxième volet de la «formule *Van Eycke*» est susceptible d'être critiqué, car il peut aussi conduire à des situations de traitement différent de restrictions de la concurrence tout à fait semblables. Il suffit de comparer les situations dont la Cour a été confrontée dans les arrêts *Leclerc-carburants* (précité à la note 38) et *Leclerc-livres* (précité à la note 37). Ainsi, tandis que dans la première de ces affaires c'étaient les autorités publiques que fixaient les prix compte tenu de la nature homogène des produits en cause, dans la deuxième situation cette compétence avait été vraiment transférée au profit des opérateurs privés en vertu du caractère hétérogène du produit en question. Cette différence de réglementation aurait eu pour conséquence, face aux critères définis dans *Van Eycke*, l'interdiction de la deuxième mesure et l'admissibilité de la première simplement à cause d'un élément parfaitement arbitraire – la nature du produit. V. à ce propos, L. GYSELEN, *op. cit.* à la note 7, à la p. CC 65.

La Cour n'est jamais, en face d'un litige concret, arrivée à une telle conclusion. En effet, elle a toujours considéré que l'État avait retenu l'essentiel de ses pouvoirs d'intervention en matière économique. Comme nous aurons l'opportunité de souligner⁶⁸, en présence d'une situation de délégation, il faudra encore caractériser cette délégation, ayant bien présent dans l'esprit la circonstance qu'aujourd'hui il est très commun, un peu partout dans les pays de la Communauté, de trouver des structures paraétatiques prévues par la loi qui décident des conditions de la concurrence⁶⁹. Ce phénomène impose, en effet, un examen au cas par cas du rôle de ces structures, visant à déterminer de sa nature suffisamment publique pour que l'effet utile des règles de concurrence du Traité ne soit pas compromis.

Malgré cet effort de clarification, on peut toujours mettre en doute quel traitement serait donné à une réglementation produisant le même effet qu'une entente en rendant celle-ci inutile. En fin de compte, la possibilité d'acceptation d'une approche purement objective aux réglementations étatiques restrictives de la concurrence suggérée par l'arrêt *Leclerc-livres*⁷⁰ reste, même après *Van Eycke*, apparemment ouverte⁷¹. Cette polémique subsisterait jusqu'à 1993, moment où la Cour finalement la trancherait par voie des arrêts *Meng*⁷², *Ohra*⁷³ et *Reiff*⁷⁴.

IV. Consolidation et clarification — de *Van Eycke* à *Meng*, *Ohra* et *Reiff*

1. Raison d'ordre

Le contenu concret de l'interdiction faite à l'État de ne pas éliminer l'effet utile de l'article 85 du Traité a été, comme nous l'avons décrit, précisé par la voie de plusieurs arrêts préjudiciels de la Cour de Justice⁷⁵ (et tout en

⁶⁸ V. *infra* à la p. 34.

⁶⁹ V. à ce propos le commentaire de D. TRYANTAFILLOU, *op. cit.* à la note 3, à la p. 66.

⁷⁰ Précité à la note 37.

⁷¹ Ce ne serait qu'en suivant implicitement les conclusions de son avocat général M. Tesauro dans les affaires *Meng* et *Ohra* que la Cour prendrait position sur ce point. V. *infra* à la p. 30 et s.

⁷² Précité à la note 58.

⁷³ Précité à la note 59.

⁷⁴ Précité à la note 60.

⁷⁵ Il convient de souligner que la Commission n'a pas encore engagé aucun recours en manquement contre un État au titre de l'art. 169 du Traité en raison d'une réglementation anticoncurrentielle. Elle semble se contenter de présenter des observations dans les procédures de renvoi préjudiciel.

particulier par *Van Eycke* ⁷⁶), l'analyse desquels nous permet de conclure que cet effet utile risque d'être éliminé dans deux types de situations:

- (1) Lorsqu'un État membre impose ou favorise la conclusion d'accords restrictifs de la concurrence ou en renforce les effets;
- (2) Lorsqu'il renonce à sa propre réglementation étatique, en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique.

Nous examinerons, par la suite, comment la Cour a appliquée ces critères dans des affaires plus récentes. Nous nous concentrerons en particulier sur trois arrêts fondamentaux — les arrêts *Meng*, *Ohra* et *Reiff*, du 17 novembre 1993, qui viennent confirmer et, dans une très large mesure, donner plus de clarté à la jurisprudence *Van Eycke*.

2. Considérations d'ensemble sur les arrêts *Meng*, *Ohra* et *Reiff*

Dans les deux premières affaires étaient en cause les réglementations allemande et néerlandaise interdisant aux intermédiaires d'assurances (dans le premier cas) et aux entreprises d'assurances (dans le deuxième) d'accorder des avantages spéciaux sous quelque forme que ce soit à leurs clients.

M. Meng avait cédé à ceux-ci la commission qui lui était versée par les assureurs relatives à six contrats d'assurance maladie et d'assurance défense et recours. Pour cela il a été poursuivi au pénal. La société d'assurances néerlandaise Ohra était elle aussi poursuivie pour avoir promis et offert des cartes de crédit aux clients qui auraient utilisé ses services.

L'affaire *Reiff* concernait une réglementation allemande sur les transports routiers de marchandises, laquelle faisait intervenir des commissions tarifaires composées d'experts dans la fixation des tarifs de ces transports. Reiff avait violé cette législation.

Dans les trois affaires, la Cour commence par rappeler les principes fondamentaux en la matière, tels qu'ils résultent de l'attendu 16 de l'arrêt *Van Eycke* ⁷⁷, en distinguant les deux hypothèses classiques d'incompatibilité des réglementations en cause avec les articles 3 g), 5 et 85 du Traité: soit les mesures étatiques favorisent ou renforcent les effets d'une entente, soit elles délèguent

⁷⁶ Précité à la note 8.

⁷⁷ V. *supra*, à la p. 6.

à des opérateurs privés le pouvoir de décision en matière économique. C'est à la lumière d'une application cumulative de ces deux critères que la Cour examine les réglementations en question, cherchant en même temps à clarifier la question de savoir s'il est toujours nécessaire d'établir l'existence d'un lien substantiel entre la mesure nationale et le comportement privé restrictif de la concurrence. Elle se préoccupe notamment de déterminer si les mesures étatiques litigieuses, une fois confirmée l'inexistence d'un tel lien, tombent ou non en dehors du champ d'application du deuxième critère de la «formule *Van Eycke*».

Examinons de plus près chacune de ces affaires, tenant en compte non seulement les jugements de la Cour de Justice mais aussi les conclusions des avocats généraux, M. Tesauro dans *Meng et Ohra*⁷⁸, et M. Darmon dans *Reiff*⁷⁹, assez claires en la matière. On peut même dire que c'est dans les conclusions de M. Tesauro que, pour la première fois, on identifie une réponse précise à la question controversée de savoir s'il est possible de sanctionner les États membres pour des réglementations nationales restrictives de la concurrence quand ces réglementations ne présentent aucun lien avec des comportements d'entreprises.

Compte tenu de la similitude des faits et de l'encadrement juridique des arrêts *Meng et Ohra* nous proposons de les examiner conjointement, commençant précisément par une analyse des conclusions particulièrement exhaustives de l'avocat général M. Tesauro.

3. Les affaires *Meng et Ohra*

a) Les Conclusions de l'avocat général M. Tesauro⁸⁰

Dans ses conclusions relatives à l'affaire *Meng*, M. Tesauro commence curieusement par exclure que la réglementation en cause puisse être reconduite au deuxième critère de la «formule *Van Eycke*». En effet, il considère que la mesure en cause, c'est-à-dire, l'interdiction de céder les commissions, conserve toujours son caractère étatique puisqu'en pratique il n'y a aucune délégation de compétences aux opérateurs privés en la matière. L'interdiction avait été adoptée par le *Bundesaufsichtsamt*, autorité administrative dans la dépendance

⁷⁸ Conclusions présentées le 14 juillet 1993 dans les affaires C-2/91 et C-245/91, Rec. 1993, p. I-5773. Ci-après, Conclusions de M. Tesauro.

⁷⁹ Conclusions présentées le 14 juillet 1993 dans l'affaire C-151/91, Rec. 1993, p. I-5801.

⁸⁰ Précitées à la note 78.

du ministre des Finances et, dans l'opinion de l'avocat général ⁸¹ (et aussi de la Cour ⁸²), elle se suffisait à elle-même.

En ce qui concerne le premier critère de la «formule *Van Eycke*», l'examen qu'il nous propose est plus développé, se concentrant sur la question fondamentale de savoir si, dans le cas d'espèce, il est ou non possible d'identifier un lien substantiel entre la réglementation allemande et les comportements anticoncurrentiels en cause.

L'analyse de M. Tesauro exclut *a priori* la possibilité d'accepter que les mesures litigieuses puissent être considérées comme visant à imposer ou faciliter la conclusion de nouveaux accords ou d'autres comportements privés restrictifs de la concurrence, ce qui n'est pas tout à fait remarquable dans la mesure où la Cour n'est jamais arrivée à la conclusion qu'une mesure étatique rentrait dans ce type de catégorie. En effet, l'application du premier principe de la «formule *Van Eycke*» a été toujours basée sur le critère du renforcement des effets d'une entente et pas sur l'idée que les mesures étatiques imposaient ou de quelque façon conduisaient à la conclusion de ce type de pratiques restrictives de la concurrence.

M. Tesauro se concentre par la suite sur l'examen du problème sous l'angle proposé par la Commission, selon laquelle la situation litigieuse pourrait être caractérisée, par analogie avec une affaire antérieure, comme un renforcement des effets anticoncurrentiels d'un accord préexistant ⁸³. Il arrive toutefois à une conclusion différente de celle-ci.

En fait, même si les accords intervenus dans le secteur des assurances avaient été conclus seulement dans la branche vie et pas dans les domaines maladie, défense et recours en question dans cette affaire, la Commission avait essayé de présenter la réglementation en cause comme une extension *ratione materiae* de l'entente existante dans la branche vie. L'avocat général a refusé de prendre cette direction, en vertu du fait que la mesure en question n'avait pas été adoptée simultanément pour tous les secteurs d'assurance. Le raisonnement de M. Tesauro est fondé sur l'idée qu'il serait tout à fait artificiel de considérer que les mesures étatiques adoptées en 1934 pour la branche maladie et en 1967 pour la branche défense et recours, auraient eu pour effet

⁸¹ Conclusions de M. Tesauro, précitées à la note 78, para. 19.

⁸² *Meng*, précité à la note 58, aux attendus 12 et 13.

⁸³ V. en ce sens l'arrêt *Vlaamse Reisbureaus*, précité à la note 28, où la Cour avait établi que la transformation d'une obligation purement contractuelle dans une obligation légale constituait un cas de renforcement des effets d'accords préexistants, mais que cette conclusion serait légitime uniquement après la constatation de l'existence d'un système d'accords dont la mesure étatique contestée avait repris le contenu.

de renforcer «un accord qui, se rapportant à la seule branche de l'assurance vie, a cessé d'exister — par définition — à partir du moment où il a été (substitué) par les mesures étatiques qui en ont repris le contenu, c'est-à-dire depuis le 10 août 1923»⁸⁴. Il serait absurde d'estimer que les réglementations en cause avaient renforcé les effets anticoncurrentiels d'un accord qui n'était plus en vigueur au moment de leur adoption⁸⁵.

Ecartée l'hypothèse «renforcement», il fallait naturellement conclure qu'il n'y avait aucun lien substantiel entre la réglementation en question et les accords intervenus entre les entreprises travaillant dans la branche vie⁸⁶. *Prima facie* donc, face à la jurisprudence classique en ce domaine, la mesure allemande était parfaitement compatible avec les règles communautaires de la concurrence. Cela n'empêcherait pas, toutefois, M. Tesauo de procéder à une analyse vraiment exemplaire de la problématique de l'éventuelle illégalité de mesures étatiques en l'absence d'un lien avec un comportement d'entreprises⁸⁷.

Il s'agissait, enfin, d'établir si l'obligation des États membres de ne pas priver les règles de concurrence du Traité de son effet utile était violée en présence d'une réglementation étatique qui produisait un effet équivalent à celui d'un accord interdit par l'article 85. Cette disposition n'étant pas applicable en vertu de l'inexistence d'une quelque sorte de pratique restrictive de la concurrence imputable aux entreprises concernées, l'avocat général va se concentrer sur une possible application autonome des articles 3 g) et 5 du Traité à ce type de situations.

La conclusion à laquelle il arrive n'est pas tout à fait surprenante, compte tenu de la nature très générale de ces dispositions. Ainsi, quant à l'article 5, M. Tesauo souligne, en reprenant une formule utilisée par la Cour dans une affaire de 1971⁸⁸, qu'il «énonce une obligation générale des États membres, dont le contenu concret dépend, dans chaque cas particulier, des dispositions du traité et, partant, en l'espèce, de l'article 85»⁸⁹. L'illégalité de mesures étatiques portant sur la concurrence ne peut pas être fondée sur une application isolée de

⁸⁴ Conclusions de M. Tesauo, précitées à la note 78, au para. 20.

⁸⁵ V. *infra*, à la p. 31, la position adoptée par la Cour à ce propos.

⁸⁶ Conclusions de M. Tesauo, précitées à la note 78, au para. 21. Il ajoute que, même si «les entreprises des autres branches d'assurance ont (poussé) pour obtenir l'adoption de la même interdiction que celle qui existait déjà pour la branche vie, (cette circonstance) ne suffit certainement pas pour établir que les mesures litigieuses sont liées à un comportement interdit par l'article 85 du traité».

⁸⁷ Après quelques remarques à propos de l'affaire *Ohra*, dans lesquels il a conclu avec grande simplicité que, dans l'espèce, il n'existait pas un accord auquel la mesure étatique en cause pourrait être rapportée. V. le para. 22.

⁸⁸ CJCE 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, aff. 78/70, Rec. p. 487.

⁸⁹ Conclusions de M. Tesauo, précitées à la note 78, au para. 24.

cet article. Le même type de raisonnement s'applique en ce qui concerne l'article 3 g), qui se limite à établir un principe/objectif de la Communauté, ensuite précisé dans plusieurs dispositions du Traité, à savoir, les articles 85 à 94 de celui-ci. Cela étant, M. Tesauro conclut que «les éventuels effets anticoncurrentiels de mesures étatiques adressées aux entreprises pourront être censurés, dans la mesure où ils compromettent l'effet utile de l'article 85, uniquement par rapport à la violation des interdictions que ce même article 85, paragraphe 1, impose aux entreprises»⁹⁰.

Finalement, après avoir souligné les inconvénients d'une solution fondée sur le seul effet anticoncurrentiel d'une mesure nationale⁹¹ et reconnu la possibilité de concevoir des situations où l'existence ou non d'une entente se réduit à un donné d'une importance purement formelle⁹², il conclut, en soutenant la jurisprudence classique en la matière, par le «caractère purement résiduel des cas dans lesquels il s'avérait nécessaire de recourir aux articles 3, sous f), 5 et 85, afin de constater l'illégalité d'une réglementation nationale ayant les mêmes effets qu'un accord interdit par l'article 85»⁹³. M. Tesauro adopte donc une attitude essentiellement traditionnaliste, suivant de très proche la position adoptée à plusieurs reprises par la Cour en la matière, laquelle se caractérise par une analyse des réglementations nationales de portée économique centrée dans les articles 30 et 59 du Traité. Il déclare que «l'application de l'article 30 ou de l'article 59 ne requiert pas une construction artificielle, puisqu'il s'agit des règles d'interprétation stricte s'adressant aux États membres et permettant un contrôle de la mesure étatique en question sur la base de critères clairs et précis»⁹⁴.

Il semble, par conséquent, raisonnable de conclure que l'application des articles 3 g), 5 et 85 du Traité à ce type de mesures se justifie seulement dans des situations particulières où leur contrôle à l'égard des dispositions portant sur la libre circulation est impossible. La méthode à suivre devra donc être la suivante:

- (1) Examiner si la réglementation étatique tombe dans le champ d'application des articles 30 et s. ou 59 et s. Si la réponse est positive, l'application des dispositions régissant la concurrence n'est pas nécessaire.

⁹⁰ V. Conclusions de M. Tesauro au para. 25.

⁹¹ V. le para. 27.

⁹² V. le para. 28.

⁹³ Au para. 30.

⁹⁴ Au para. 30.

- (2) Si les conditions d'applicabilité des dispositions concernant la libre circulation ne sont pas remplies, la mesure doit être examinée face à l'ensemble normatif des articles 3 g), 5 et 85, respectant les critères définis dans l'arrêt *Van Eycke* et concrétisés par la jurisprudence postérieure.

En suivant cette méthode et confirmant sa réjection d'une approche objective à ces réglementations dans la ligne de la jurisprudence *Leclerc*⁹⁵, M. Tesauro arrive à la conclusion que, dans les deux cas d'espèce devant lui:

“L'article 5, deuxième alinéa, lu en combinaison avec les articles 3, sous f), et 85, paragraphe 1, ne permet pas d'apprécier la compatibilité d'une mesure étatique en l'absence de tout lien avec des comportements anticoncurrentiels de personnes privées, quand bien même cette mesure produirait en elle-même et objectivement un effet équivalant à celui d'un accord interdit en vertu de l'article 85”⁹⁶.

b) Les jugements de la Cour

Dans ses arrêts la Cour a suivi les lignes de solution proposées par son avocat général mais a présenté un raisonnement beaucoup plus laconique, sinon même inexistant, pour y parvenir. Fondamentalement, elle s'est presque limitée à répéter, dans une et l'autre des affaires, les conclusions formulées par M. Tesauro, ce qui semble indiquer qu'elle était, au moins implicitement, d'accord avec la fondamentale juridique à la base de ces mêmes conclusions.

En synthèse, la Cour a estimé, par rapport au premier volet de la «formule *Van Eycke*», que les réglementations litigieuses ne pouvaient être considérées comme imposant ou favorisant des ententes car les interdictions qu'elles édictaient se suffisaient à elles-mêmes^{97, 98}. En plus, considérant qu'aucun

⁹⁵ V. les arrêts *Leclerc-carburants* (précité à la note 38) et *Leclerc-livres* (précité à la note 37).

⁹⁶ Au para. 33.

⁹⁷ *V. Meng*, précité à la note 58, à l'att. 15 et *Ohra*, précité à la note 59, à l'att. 11.

⁹⁸ Cette conclusion a été, dans la partie concernant l'affaire *Ohra*, l'objet de quelques critiques de la part de B. VAN DER ESCH, *op. cit.* à la note 1. Ainsi, cet auteur considère à la p. 536 que «cette réglementation donne à l'organisation néerlandaise des intermédiaires en assurances l'arme nécessaire pour discipliner un concurrent désagréable, et c'est donc sur plainte de cette organisation que les poursuites ont été entamées. Les intermédiaires ont dû s'entendre pour engager leur action». Nous sommes, pour l'essentiel, d'accord avec cette opinion, car nous pensons, comme cet auteur, que la Cour (et également l'avocat général) n'a pas convenablement examiné les arguments de *Ohra* dans cette matière et n'a pas vraiment démontré que la réglementation en cause n'avait pas, en fait, été précédée d'un accord.

accord n'était identifiable, en ce qui concerne les entreprises et les intermédiaires d'assurances, les mesures en cause ne pouvaient non plus être reconduites à la catégorie «renforcement des effets d'un accord préalable». Si ce point était évident dans l'affaire *Ohra*⁹⁹, il n'était pas aussi clair en ce qui concerne l'affaire *Meng*, car dans le secteur des assurances vie, un accord visant à interdire les commissions avait été conclu et la Commission avait soutenu, comme nous l'avons déjà souligné, qu'en rendant cet accord applicable à d'autres secteurs la réglementation litigieuse en avait renforcé la portée¹⁰⁰. La Cour a rejeté cette construction, en affirmant qu'il n'y a renforcement d'une entente par le législateur que lorsque celui-ci «se borne à reprendre les éléments d'une entente intervenue entre les opérateurs économiques (du) secteur»¹⁰¹.

La réponse de la Cour laisse entendre qu'elle exige maintenant une identité complète entre le contenu de la mesure étatique en appréciation et l'entente¹⁰² et est elle-même prête à constater l'existence ou l'absence de cette identité, ce qui va manifestement au-delà de la solution proposée dans *Van Eycke*, où la Cour avait tout simplement laissé au juge national de vérifier ce point, en faisant référence seulement à la nécessité d'une grande identité entre la réglementation étatique et l'accord¹⁰³.

En ce qui concerne le deuxième volet de la «formule *Van Eycke*», il faut rappeler qu'une réglementation étatique peut être mise en cause si elle perd son caractère étatique en raison de l'existence d'une délégation de compétences au profit d'opérateurs privés. Il était très clair qu'il n'y avait aucune délégation dans l'affaire *Meng*, car «la réglementation (formulait) elle-même l'interdiction d'accorder des avantages aux preneurs d'assurances et ne (déléguait) pas à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique»¹⁰⁴. La Cour arrive à la même conclusion dans l'affaire *Ohra*¹⁰⁵.

⁹⁹ V. la simplicité avec laquelle la Cour résout la question à l'att. 12.

¹⁰⁰ V. *supra* à la p. 27, l'opinion de M. Tesaro à ce propos.

¹⁰¹ *Meng*, à l'att. 19.

¹⁰² Selon B. VAN DER ESCH, *op. cit.* à la note 1, à la p. 538: «l'exigence d'une identité complète entre ententes préexistantes et mesures étatiques consécutives paraît naïve, puisqu'il suffit dorénavant à un État membre de modifier de façon marginale les paramètres de l'entente anticoncurrentielle pour faire échapper la mesure à une incompatibilité avec les obligations de l'article 5, CE. La loyauté fédérale (...) risque d'être minée par des interprétations restrictives de cette nature».

¹⁰³ V. *Van Eycke*, précité à la note 8, à l'att. 18.

¹⁰⁴ À l'att. 20.

¹⁰⁵ V. l'att. 13 de cet arrêt. Encore une fois la solution est critiquée par B. VAN DER ESCH, *op. cit.* à la note 1, à la p. 537, qui pense que le système en cause donne des pouvoirs significatifs d'intervention en matière économique aux opérateurs privés concernés.

Ecartée tant une comme l'autre possibilité admises par la jurisprudence classique en la matière de faire tomber les mesures en cause en raison de leur incompatibilité avec les règles communautaires de la concurrence, la Cour dit pour droit que les réglementations en cause ne portent pas atteinte à l'effet utile des articles 3 f), 5 et 85 du Traité ¹⁰⁶.

4. L'affaire *Reiff* ¹⁰⁷

Ici, nous sommes en présence d'une réglementation étatique fixant les tarifs des services de transports routiers de marchandises en Allemagne et interdisant aux transporteurs de s'écarter des prix ainsi déterminés. La particularité de la situation litigieuse consistait dans l'intervention, à la procédure de fixation de ces tarifs, d'une commission d'experts composée de représentants des branches intéressées du secteur de transport de marchandises.

La société *Reiff* n'a pas, à un certain moment, respecté les tarifs applicables, effectuant des transports à des prix inférieurs. Elle a été assignée en justice par l'office fédéral, en vue de l'obtention de la différence entre le prix payé au transporteur et le tarif. C'était dans le cadre de ce litige que la question de la compatibilité de cette procédure de fixation de tarifs avec les articles 3 g), 5 et 85 du Traité a été posée à la Cour de Justice ¹⁰⁸, qui a essayé d'examiner la réglementation allemande face aux deux critères de la «formule *Van Eycke*» ¹⁰⁹.

Ainsi, elle commence par analyser si, dans le cas d'espèce, il était possible d'établir que la mesure en cause se traduisait dans une imposition, favoritisation ou renforcement d'une entente au sens de l'article 85 du Traité. À la lumière de la jurisprudence *BNIC* ¹¹⁰, auquel la Cour fait référence au considérant 16, on pourrait penser que, compte tenu du fait que les tarifs étaient fixés par les commissions, la réponse à cette question serait de considérer cette mesure comme un renforcement d'un accord restrictif de la concurrence. Cependant, la Cour prend une direction tout à fait différente en suivant les conclusions de l'avocat général M. Darmon ¹¹¹.

¹⁰⁶ V. les dispositifs des deux arrêts.

¹⁰⁷ Précitée à la note 60.

¹⁰⁸ V. l'att. 9.

¹⁰⁹ V. l'att. 14.

¹¹⁰ *BNIC/Clair*, précité à la note 19; *BNIC/Aubert*, précité à la note 29.

¹¹¹ Précitées à la note 79. M. Darmon examine de façon détaillée la composition de ces commissions tarifaires, en soulignant les dissemblances entre les circonstances des deux affaires. Pour un exposé plus complet des arguments de l'avocat général, v. B. VAN DER ESCH, *op. cit.* à la note 1, à la p. 535.

Il faut effectivement signaler que, si dans les affaires du cognac, c'étaient vraiment les organisations professionnelles représentées au sein du BNIC qui négociaient et concluaient les accords, homologués par la suite par le ministre de l'Agriculture ¹¹², dans la présente affaire les membres des commissions tarifaires ne sont pas vraiment des représentants des catégories professionnelles intéressées. En effet, ces commissions sont composées d'experts tarifaires «qui ne sont pas liés par des ordres ou des instructions de la part des entreprises ou associations qui les ont proposés au ministre fédéral des Transports pour nomination. Ces commissions ne sauraient dès lors être considérées comme des réunions de représentants d'entreprises du secteur concerné» ¹¹³. Nous croyons que cette solution n'est pas, peut-être, la meilleure et que, indubitablement, elle n'est pas très réaliste. En fait, il nous semble d'une extrême naïveté de penser que le directeur d'une entreprise s'éloignera des intérêts que celle-ci poursuit à partir du moment où il a été nommé pour une commission de ce type ¹¹⁴.

En plus, en ce qui concerne le contenu des discussions de ces experts, la réglementation litigieuse ne permettait pas aux commissions tarifaires «de fixer les tarifs en fonction des seuls intérêts des entreprises ou associations d'entreprises de transports, mais leur (imposait) de tenir compte des intérêts du secteur agricole et des moyennes entreprises ou des zones économiquement faibles et mal desservies par les transports» ¹¹⁵. Cela étant, la Cour conclut qu'il n'y a pas un accord entre entreprises indispensable pour que la mesure puisse être jugée contraire aux articles 5 et 85 du Traité. Il semble donc qu'en face d'une commission constituée d'experts indépendants et agissant en fonction de considérations d'intérêt général, la jurisprudence *BNIC* n'est plus valable ¹¹⁶.

Il fallait encore examiner si les autorités publiques avaient délégué leurs compétences en matière d'intervention économique aux opérateurs privés. Encore une fois la réponse de la Cour était négative, en raison de tous les pouvoirs retenus par le ministre des Transports, parmi lesquels se trouvaient celui «d'établir les commissions tarifaires (...) décider de leur composition et de

¹¹² V. *supra* à la p. 10.

¹¹³ À l'att. 17.

¹¹⁴ V. dans ce sens, A. BACH, Case-note on *Meng, Ohra and Reiff*, *CMLR*, 1994, p. 1357, à la p. 1367.

¹¹⁵ À l'att. 18.

¹¹⁶ D. TRYANTAFILLOU, *op. cit.* à la note 3, à la p. 66, a bien appréhendé ce phénomène, en remarquant que l'attitude de la Cour amène «à une légitimation des structures associant les milieux intéressés, dans la mesure où les organes collectifs en cause agissent en fonction de l'intérêt général et leur action reste encadrée et surveillée par les représentants de l'État qui peuvent intervenir pour assurer précisément l'intérêt général».

leur structure (...) participer lui-même à leurs réunions» et, à la limite, «si les tarifs décidés par une commission tarifaire ne sont pas conformes à l'intérêt général (...) fixer lui-même les tarifs en se substituant à la commission tarifaire»¹¹⁷. Il n'y avait pas donc une délégation de compétences au sens du deuxième volet de la «formule *Van Eycke*»¹¹⁸.

V. La confirmation de la jurisprudence

La jurisprudence la plus récente se limite, pour l'essentiel, à confirmer la position prise par la Cour dans les arrêts qu'on vient d'examiner. Par exemple, la jurisprudence *Reiff* est pleinement confirmée par l'arrêt *Delta Schiffarts*¹¹⁹, lequel portait sur une réglementation allemande sur la fixation des tarifs en matière de transports fluviaux. Les éléments de fait dans cette affaire étaient très proches de ceux qu'on a vu dans *Reiff*¹²⁰, les tarifs étant fixés par des commissions de fret. L'analyse de la Cour est basée sur cet arrêt, toujours ayant comme référence les deux critères de la «formule *Van Eycke*» et une application cumulative de ceux-ci.

Ainsi, la Cour commence par examiner l'hypothèse imposition ou favoritisme de la conclusion d'une entente contraire à l'article 85, ou renforcement de ses effets, mais elle l'écarte rapidement, compte tenu de l'inexistence d'une entente dans le cas d'espèce¹²¹. Encore une fois, le facteur décisif qui permet à la Cour d'arriver à une telle conclusion est la composition des commissions. Étant donné que les membres de celles-ci ne sont pas vraiment des représentants des associations professionnelles concernées, elle n'a aucune difficulté de conclure que, dans la situation litigieuse, il n'y a pas un accord au sens de l'article 85 du Traité.

L'examen du scénario «délégation» ne conduit pas non plus à la constatation de l'incompatibilité de la mesure allemande avec les articles 3 g), 5 et 85. Même

¹¹⁷ À l'att. 22.

¹¹⁸ V. l'att. 23.

¹¹⁹ CJCE 9 juin 1994, *Delta Schiffarts*, aff. C-153/93, Rec. p. I-2517.

¹²⁰ V. les attendus 4 à 7.

¹²¹ En l'absence de la vérification d'une entente entre entreprises, les réglementations étatiques ne peuvent pas être contestées sur le terrain du droit de la concurrence. Ce principe est à la base de trois autres arrêts de 1994, où la Cour a considéré qu'il s'agissait de législations édictant des interdictions qui se suffisaient à elles-mêmes. Nous faisons référence aux arrêts *Tankstation't Heutske* (CJCE, 2 juin 1994, affaires jointes C-401 et 402/92, Rec. p. I-2199), *Matteo Peralta* (CJCE, 14 juillet 1994, aff. C-379/92, Rec. p. I-3453) et *Van Schalk* (CJCE, 5 octobre 1994, aff. C-55/93, Rec. p. I-4837).

si, dans la présente affaire, le ministre des transports ne bénéficie pas du droit de participer aux réunions des commissions de fret, il peut néanmoins, fixer lui-même les tarifs, ce qui est suffisant pour que la Cour considère qu'il n'y a aucune délégation de compétences au profit des opérateurs privés. Elle applique un raisonnement identique dans l'affaire *Tankstation 't Heutske*¹²², concernant les horaires d'ouverture des stations de service.

Aussi dans son très récent jugement dans l'affaire *Centro Servizi Spediporto*¹²³, concernant une loi italienne fixant les prix des transports routiers, la Cour réaffirme l'approche suivie dans *Meng, Ohra et Reiff*. En lignes générales, elle examine le cas d'espèce à la lumière des arrêts *Reiff*¹²⁴ et *Delta Schifffahrts*¹²⁵, dans le cadre desquels elle avait été confrontée avec des questions similaires portant sur la nature et le rôle d'une structure paraétatique dans la procédure de fixation des tarifs. Elle exclut qu'une «réglementation du type de celle en cause dans l'affaire au principal permet de conclure à l'existence d'une entente au sens de l'article 85 du traité»¹²⁶ pour deux raisons fondamentales: (1) la représentation minoritaire des associations des opérateurs économiques, face à la puissance publique dans la composition de ce comité¹²⁷; (2) les propositions du comité doivent suivre un certain nombre de critères d'intérêt public définis dans la loi.

En ce qui concerne le deuxième volet de la «formule *Van Eycke*» la Cour rappelle que le ministre des Transports conserve l'essentiel du pouvoir décisionnel en ce qui concerne la fixation de ces tarifs et il lui appartient d'approuver, rejeter ou modifier les propositions faites par le comité central¹²⁸. Même si la loi italienne en cause reconnaît la possibilité d'accords collectifs intervenant dans le secteur, la Cour considère que ceci «n'a pas pour effet de restreindre la concurrence, mais permet certaines dérogations aux tarifs obligatoires et est dès lors de nature à accroître les possibilités de concurrence»¹²⁹.

On peut bien s'interroger si c'était vraiment la solution la plus cohérente, car en fin de compte, si on accepte l'existence de tels accords on admet

¹²² Précité à la note antérieure.

¹²³ CJCE 5 octobre 1995, *Centro Servizi Spediporto*, aff. C-96/94, Rec. p. I-2883. V. aussi, pour des questions semblables, les arrêts *DIP SpA* (CJCE 17 octobre 1995, affaires jointes C-140, 141 et 142/94, Rec. p. I-3257) et *Esso Española* (CJCE 30 novembre 1995, aff. C-134/94, Rec. p. I-4423).

¹²⁴ Précité à la note 60.

¹²⁵ Précité à la note 119.

¹²⁶ À l'att. 22.

¹²⁷ V. l'att. 23.

¹²⁸ V. l'att. 27.

¹²⁹ À l'att. 29.

implicitement que l'État abdique de son pouvoir réglementaire en certaines situations et que ce pouvoir tombe, en fait, dans les mains des opérateurs privés concernés. La Cour ne donne aucune importance à cet aspect et conclut tout simplement, à l'attendu 30 que, dans le cas d'espèce, les pouvoirs publics n'ont pas délégué leurs compétences aux opérateurs du secteur.

D. Conclusion

La problématique des mesures étatiques anticoncurrentielles a, nous le croyons, une importance fondamentale pour l'ordre constitutionnel économique de la Communauté. Elle soulève des questions de fond en ce qui concerne l'équilibre souhaitable entre, d'un côté, les compétences communautaires en matière d'intervention dans l'économie et notamment sur les conditions de concurrence et, de l'autre côté, les pouvoirs retenus par les États membres en ce domaine ¹³⁰. Il s'agit, au bout de compte, de savoir si les États membres, dans l'exercice des pouvoirs qu'ils ont retenu en matière économique au sens large du terme, comprenant la politique monétaire, sociale, industrielle, environnementale, etc., doivent respecter non seulement les règles spécifiques du Traité en matière de libre circulation, mais aussi les règles de concurrence de celui-ci. En d'autres mots, il faut déterminer les limites du pouvoir réglementaire étatique dans le domaine économique.

Selon l'article 4 du Traité, «chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées par le présent traité». En lisant cette disposition et tenant en compte le fait que les États membres n'ont pas transféré à la Communauté l'essentiel de leurs pouvoirs en matière de politique économique ¹³¹, nous pourrions être très facilement amenés à conclure que la Commission n'aurait aucune compétence pour intervenir en ce domaine. Néanmoins, on a vu que les articles 3 g) et 5 imposent aux États l'obligation de tout faire pour assurer la réalisation des buts de la Communauté en ce qui

¹³⁰ La Cour a été bien consciente de la dimension constitutionnelle économique de ces problèmes quand elle a ordonné la réouverture de la procédure dans les affaires *Meng*, *Ohra* et *Reiff*, en invitant des Etats Membres et la Commission à se prononcer sur six questions de base concernant la recherche d'un cadre normatif de référence pour les mesures étatiques anticoncurrentielles. Ces questions et leur réponses sont synthétisés dans le Rapport d'audience de l'arrêt *Meng*. Pour une réflexion très elucidative à ce propos, v. A. BACH, *op. cit.* à la note 114.

¹³¹ Les États membres considèrent maintenant, selon la nouvelle rédaction de l'art. 103, paragraphe 1 du Traité, introduite à Maastricht, leurs politiques économiques comme une question d'intérêt commun, assumant l'obligation de les coordonner au sein du Conseil. Cela ne signifie pas qu'ils ont perdu leur souveraineté en ce domaine. Il y a plus de coordination au niveau communautaire mais ce sont toujours les États qui conduisent leurs politiques économiques. V. aussi l'art. 102 A.

concerne l'établissement d'un régime de concurrence non-fauscée, ce qui paraît conduire à une conclusion totalement opposée et investir la Commission dans un rôle d'une importance constitutionnelle primordiale, dans la mesure où il lui appartient d'exercer un contrôle rigoureux sur l'activité des États dans le domaine économique ¹³².

Une fois examinée la jurisprudence fondamentale en la matière, il faut aujourd'hui conclure que la méthode de contrôle de ces réglementations face au droit communautaire de la concurrence est maintenant appliquée de façon uniforme par la Cour, dans la ligne des arrêts *Meng, Ohra et Reiff*. Ainsi, premièrement, elle essaye de faire une évaluation de ces réglementations en face des règles concernant la libre circulation, notamment des articles 30 et s. et 59 et s. Il est seulement dans les situations où elle conclut par l'inapplicabilité de ces dispositions au cas d'espèce qu'elle s'engage dans un examen de la réglementation au regard du droit communautaire de la concurrence. Elle cherche à déterminer l'existence d'une éventuelle entente dans le sens de l'article 85 et, ensuite, la réponse étant positive, si elle présente un lien substantiel avec la mesure litigieuse. En cas de réponse négative, la Cour s'engage dans une analyse ayant pour objectif de déterminer si l'État a délégué la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique au profit des opérateurs privés.

Nous sommes d'accord avec B. Van der Esch, que «la Cour a fini par opter pour un lien clair et bien établi entre une entente et une mesure étatique sur le même objet comme condition *sine qua non* d'une violation de l'obligation de loyauté fédérale de l'article 5, paragraphe 2, CE» ¹³³. Cela étant, la théorie objective de restriction de la concurrence inhérente aux arrêts *Leclerc* ¹³⁴ peut être clairement écartée du champ des solutions acceptées par la Cour en ce qui concerne les réglementations étatiques de portée économique. Pour qu'on puisse les poursuivre, ces mesures doivent tomber sous une des catégories de la «formule *Van Eycke*», qui constitue encore, comme nous l'avons vu, la base essentielle de la jurisprudence de la Cour en la matière.

On peut bien douter si cette solution est vraiment la meilleure, car le régime de concurrence non-fauscée constitue un principe fondamental du marché commun et devrait être sauvegardé de toutes interventions nocives de la part

¹³² Dans ce sens, v. L. GYSELEN, "State Action and the Effectiveness of the EEC Treaty's Competition Provisions", *CMLR*, 1989, p. 33, à la p. 35.

¹³³ B. VAN DER ESCH, *op. cit.* à la note 1, à la p. 540.

¹³⁴ V. *Leclerc-carburants* (précité à la note 38) et *Leclerc-livres* (précité à la note 37).

non seulement des entreprises mais aussi des Etats membres ¹³⁵. À notre avis, les articles 3 g) et 5 du Traité constituent une base suffisante pour le contrôle des mesures étatiques anticoncurrentielles ¹³⁶. Nous pensons qu'en se basant sur ces dispositions la Cour de Justice pourrait ériger une méthode plus efficace pour assurer la neutralité des interventions étatiques du point de vue de la concurrence, fondée sur un test de proportionnalité similaire à celui qu'elle applique dans le contexte de l'article 30. Nous suivons donc la construction qui est proposée par L. Gyselen en cette matière ¹³⁷.

En effet, une panoramique d'ensemble du Traité CE révèle que les articles 30 et 85 sont des dispositions complémentaires ayant le même objectif: l'établissement d'un marché commun et l'élimination des distorsions de concurrence existantes à son intérieur. Cette circonstance soutient l'argument que toutes ces distorsions doivent être soumises au même type de test de légalité. On peut donc, en suivant l'auteur susmentionné, imaginer un test de proportionnalité de ces mesures en trois phases. Ainsi, leur contrôle face aux articles 3 g), et 5 se limitera aux réglementations ayant une incidence directe sur les paramètres essentiels de la concurrence, en laissant de côté les réglementations qui affectent les conditions de concurrence de façon purement incidentale et également celles qui, même interférant avec ces paramètres de façon directe, poursuivent des objectifs légitimes de politique économique ou monétaire. Finalement ces mesures devraient être encore soumises à un dernier test similaire au test de *Cassis de Dijon* ¹³⁸, selon lequel elles seraient acceptables dans la mesure où elles avaient pour but d'autres objectifs légitimes d'intérêt général et constituaient un instrument proportionnel pour les atteindre. En fournissant un cadre unique de référence pour examiner la compatibilité des réglementations étatiques avec le droit communautaire, cette construction est incontestablement beaucoup plus en harmonie avec l'importance constitutionnelle d'un régime de concurrence non-faussée. Cependant, la Cour, très soupçonneuse des réactions des Etats membres, n'a pas encore démontré aucune intention de suivre par cette voie.

¹³⁵ Ce principe doit être également respecté par les institutions communautaires. V. l'arrêt *Association de Défense des Brûleurs d'Huiles Usagées* (CJCE, 7 février 1985, aff. 240/83, Rec. p. 531).

¹³⁶ V. dans le même sens A. BACH, *op. cit.* à la note 114, à la p. 1372.

¹³⁷ L. GYSELEN, *op. cit.* à la note 7, à la p. CC 65 et s.

¹³⁸ V. CJCE 20 février 1979, *Rewe (Cassis de Dijon)*, aff. 120/78, Rec. p. 649.

BIBLIOGRAPHIE

- A. Bach, Case-note on *Meng, Ohra and Reiff*, *CMLR*, 1994, p. 1357.
- C. Bright, "Article 90, Economic Policy and the Duties of Member States", *ECLR*, 1993, p. 263.
- J. M. Campos, *Direito Comunitário*, vol. III, *O Ordenamento Económico*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1991.
- C. M. Chung, "The Relationship between State Regulation and EC Competition Law: Two Proposals for a Coherent Approach", *ECLR*, 1995, p. 87.
- V. Constantinesco, R. Kovar, J. P. Jacqué et D. Simon, *Traité instituant la CEE — Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1992.
- J. E. de Cockborne, note sur l'arrêt du 30 janvier 1985, *BNIC c. Clair*, affaire 123/83 (prix de commercialisation du cognac), *RTDE*, 1985, p. 396.
- Y. Galmot et J. Biancarelli, "Les réglementations nationales en matière de prix au regard du droit communautaire", *RTDE*, 1985, p. 269.
- R. Giesen, "Statutory Monopolies and EC Competition Law: The Belgian Post Monopoly Case", *ECLR*, 1993, p. 279.
- L. Gyselen, "State Action and the Effectiveness of the EEC Treaty's Competition Provisions", *CMLR*, 1989, p. 33.
- L. Gyselen, "Anti-Competitive State Measures under the EC Treaty: Towards a Substantive Legality Standard", *ELR*, 1994, p. CC 55.
- A. B. Hoffman, "Anti-Competitive State Legislation Condemned under Articles 5, 85 and 86 of the EEC Treaty: How Far Should the Court Go After *Van Eycke*?", *ECLR*, 1990, p. 11.
- L. Idot, "Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence? À propos de quelques développements récents ...", *Europe*, janvier 1996, Chron. 1, p. 1.

R. Joliet, “Réglementations étatiques anticoncurrentielles et droit communautaire”, *CDE*, 1988, p. 363.

V. Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Fifth Edition, London, Sweet and Maxwell, 1994.

P. Manin, “Le prix de vente des carburants en France devant le juge européen”, *DPCI*, 1985, p. 637.

G. Marengo, “Le Traité CEE interdit-il aux Etats membres de restreindre la concurrence?”, *CDE*, 1986, p. 285.

G. Marengo, “Government Action and Antitrust in the United States: What Lessons for Community Law?”, *LIEI*, 1987, p. 1.

A. Pappalardo, “Measures of the States and Rules of Competition of the EEC Treaty”, *Annual Proceedings of Fordham Corporate Law Institute*, 1984, p. 515.

C. Paulis, “Les Etats peuvent-ils enfreindre les articles 85 et 86 du Traité CEE?”, *JT*, 30 mars 1985, p. 209.

P. Pescatore, “Public and Private Aspects of Community Competition Law”, *Annual Proceedings of Fordham Corporate Law Institute*, 1986, p. 381.

N. Reich, “The ‘November Revolution’ of the European Court of Justice: *Keck, Meng and Audi Revisited*”, *CMLR*, 1994, p. 459.

D. Tryantafillou, *L’activité administrative de la Banque Centrale*, Paris, Litec, 1991, p. 19 et s.

D. Tryantafillou, “Les règles de concurrence et l’activité étatique y compris les marchés publics”, *RTDE*, 1996, p. 57.

B. Van Der Esch, “Loyauté Fédérale et subsidiarité à propos des arrêts du 17 novembre 1993 dans les affaires C-2/91 (Meng), C-245/91 (Ohra) et C-185/91 (Reiff)”, *CDE*, 1994, p. 523.

D. Waelbroeck, “Application des règles de concurrence du Traité de Rome à l’autorité publique”, *RMC*, 1987, p. 25.

D. Waelbroeck, “Les rapports entre les règles sur la libre circulation des marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE”, in: *Du droit international au droit de l’intégration, Liber Amicorum P. Pescatore*, 1987, p. 781.

ARRÊTS

CJCE 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, aff. 78/70, Rec. p. 487.

CJCE 16 décembre 1975, *Coöperatieve vereniging Suiker Unie UA e.a. c. Commission*, affaires jointes 40-48, 50, 54, 56, 111, 113 et 114/73, Rec. p. 1663.

CJCE 16 novembre 1977, *NV GB-INNO BM c. Vereniging van de Kleinhandelaars in Tabak (ATAB)*, aff. 13/77, Rec. p. 2115.

CJCE 24 janvier 1978, *Van Tiggele*, aff. 82/77, Rec. p. 25.

CJCE 20 février 1979, *Rewe c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, aff. 120/78, Rec. p. 649.

CJCE 18 octobre 1979, *Procureur Général c. Hans Buys*, aff. 5/79, Rec. p. 3203.

CJCE 29 octobre 1980, *Van Landewijck e.a. c. Commission (Fedetab)*, affaires jointes 209-215 et 218/78, Rec. p. 3262.

CJCE 17 janvier 1984, *VBVB-VBBB*, affaires jointes 63/81 et 43/82, Rec. p. 19.

CJCE 5 avril 1984, *van de Haar en Kaveka de Meern*, affaires jointes 177 et 178/82, Rec. p. 1797.

CJCE 10 janvier 1985, *Leclerc c. Au Blé Vert*, aff. 229/83, Rec. p. 1.

CJCE 29 janvier 1985, *Cullet c. Leclerc*, aff. 231/83, Rec. p. 305.

CJCE 30 janvier 1985, *Bureau National Interprofessionnel du Cognac (BNIC) c. Clair*, aff. 123/83, Rec. p. 391.

CJCE 7 février 1985, *Procureur de la République c. Association de Défense des Brûleurs d'Huiles Usagées*, aff. 240/83, Rec. p. 531.

CJCE 10 décembre 1985, *SSI c. Commission*, affaires jointes 240-242, 261, 262, 268 et 269/82, Rec. p. 3831.

CJCE 10 décembre 1985, *NSO c. Commission*, aff. 260/82, Rec. p. 3801.

CJCE 30 avril 1986, *Ministère public c. Asjes e.a.*, affaires jointes 209-213/84, Rec. p. 1425.

CJCE 1 octobre 1987, *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus c. Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, aff. 311/85, Rec. p. 3801.

CJCE 3 décembre 1987, *Bureau National Interprofessionnel du Cognac (BNIC) c. Aubert*, aff. 136/86, Rec. p. 4789.

CJCE 21 septembre 1988 *Van Eycke c. NV ASPA*, aff. 267/86, Rec. p. 4769.

CJCE 11 avril 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen c. Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs*, aff. 66/86, Rec. p. 803.

CJCE 23 avril 1991, *Hofner*, aff. C-41/90, Rec. p. I-1979.

CJCE 10 décembre 1991, *Merci Convenzionale Porto Di Genova SpA c. Siderurgica Gabrielli SpA*, aff. C-192/90, Rec. p. I-5889.

CJCE 13 décembre 1992, *Régie des Télégraphes et des Téléphones (RTT) c. SA GB-INNO BM*, aff. C-18/88, Rec. p. I-5941.

CJCE 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, Rec. p. I-2563.

CJCE 17 novembre 1993, *Meng*, aff. C-2/91, Rec. p. I-5751.

CJCE 17 novembre 1993, *Bundesanstalt für den Guterfernverkehr c. Reiff*, aff. C-185/91, Rec. p. 5801.

CJCE 17 novembre 1993, *Ohra Schadeverzekeringen NV*, aff. C-245/91, Rec. p. I-5851.

CJCE 2 juin 1994, *Tankstation't Heutske*, affaires jointes C-401 et 402/92, Rec. p. I-2199.

CJCE 9 juin 1994, *Delta Schiffahrts — und Speditiongesellschaft*, aff. C-153/93, Rec. p. I-2517.

CJCE 14 juillet 1994, *Matteo Peralta*, aff. C-379/92, Rec. p. I-3453.

CJCE 5 octobre 1994, *Van Schalk*, aff. C-55/93, Rec. p. I-4837.

CJCE 5 octobre 1995, *Centro Servizi Spediporto c. Spedizione Marittima del Golfo* aff. C-96/94, Rec. p. I-2883.

CJCE 17 octobre 1995, *DIP SpA e.a. c. Commune di Bassano del Grappa et Commune di Chioggia*, affaires jointes C-140, 141 et 142/94, Rec. p. I-3257.

CJCE 30 novembre 1995, *Esso Española c. Comunidad Autónoma de Canarias*, aff. C-134/94, Rec. p. I-4423.

CJCE 14 décembre 1995, *Banchemo*, aff. C-387/93, Rec. p. I-4663.

DIREITOS HUMANOS

MARTA SANTOS PAIS
*Vice-Presidente do Comité de Coordenação
do Projecto Políticas da Infância do Conselho da Europa
Relatora do Comité dos Direitos da Criança das Nações Unidas*

VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES *

* Seminário organizado, em 18 de Março de 1994, pela Universidade Católica, em colaboração com a Secretaria de Estado da Justiça, a Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres e o Clube Seroptimista Internacional de Lisboa.

1. O seminário de hoje aborda a temática dos direitos humanos e, de forma algo simbólica e paradoxal, enquadra neste domínio a questão da violência contra as mulheres.

A aparente conciliação de dois pólos contraditórios, ou seja, entre *o que é* o conjunto dos direitos e liberdades fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana, e o que constitui justamente *um paradigma de violação* desses mesmos direitos, permite evidenciar a constante dialéctica entre o sistema universal de protecção dos direitos humanos e a persistência de situações de desrespeito de tais direitos, reflectindo o debate vivo entre um ideal que a comunidade internacional se comprometeu a garantir, e o mundo real que, distante de tal ideal, apela ao nosso inconformismo e motiva a intervenção pela defesa dos direitos fundamentais.

O *simbolismo deste aparente paradoxo* não só sublinha a gravidade das situações de violência contra as mulheres, no seio da família, na esfera laboral ou no quadro da sua participação na vida pública, como revela a necessidade de adopção urgente de uma acção sistemática e concertada para *combater* este flagelo e, simultaneamente, *garantir o gozo efectivo* dos direitos humanos por todas as mulheres sem distinção alguma.

2. É interessante constatar que a questão da violência contra as mulheres tem merecido nos *últimos anos* uma atenção muito especial por parte de inúmeros Governos, bem como por organismos internacionais, como é o caso do Conselho da Europa ou das Nações Unidas. E esta reacção, que marca fundamentalmente a década de noventa, suscita um sentimento misto de surpresa e desapontamento.

Surpresa porque o interesse agora manifestado pode levar a crer que a violência contra a mulher é uma realidade recente, eventualmente provocada

pelas *alterações sociais* que caracterizam os dias de hoje, a que não será alheia a crescente participação da mulher no mundo do trabalho, bem como pela *degradação da situação económica* enfrentada pela generalidade dos países.

E, no entanto, a violência contra a mulher é reconhecida como uma manifestação da desigualdade **histórica** da relação de poder entre sexos, da **tradicional concepção** de subordinação e de inferioridade da mulher face ao homem, em suma como uma forma de discriminação.

Sentimento, também, de um certo desapontamento face à ineficácia ou insuficiência das acções desenvolvidas em favor da situação da mulher, que explicam a persistência de violações dos seus direitos.

3. Apesar disso, e para me situar de forma muito especial no quadro das Nações Unidas, já em 1945 a Carta da Organização, adoptada em S. Francisco, reafirmava no preâmbulo a sua fé na dignidade do valor da pessoa humana e na *igualdade de direitos dos homens e das mulheres*, englobando, entre os três objectivos essenciais da sua acção, a promoção e o respeito pelos direitos fundamentais para todos, sem distinção alguma, inclusive com fundamento no sexo.

Por outro lado, desde 1946 foi instituída, como Comissão Técnica do Conselho Económico e Social, a Comissão do Estatuto da Mulher, composta de *representantes de Estados*, cabendo-lhe formular recomendações e preparar relatórios tendentes a promover os direitos da mulher e o seu estatuto na vida familiar e social, nos domínios político, económico, cívico e pedagógico.

E a riqueza da sua acção é inegável! Bastará recordar a preparação de instrumentos jurídicos fundamentais, como a Declaração da Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, de 1967, ou a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1979, ratificada por Portugal, que instituiu um Comité de Peritos independentes — o Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, com a essencial função de apreciar os progressos verificados pelos Estados parte na aplicação da referida Convenção, à luz de relatórios periódicos apresentados para esse efeito.

Foi também a Comissão do Estatuto da Mulher o berço de importantes marcos na história da defesa e protecção dos direitos fundamentais da mulher — como a proclamação de 1975 como o Ano Internacional da Mulher, da subsequente Década das Nações Unidas em favor das Mulheres ou a organização das Conferências Mundiais sobre a Mulher (México em 1975, Copenhaga

em 1980 e Nairobi em 1985) — de que presentemente se prepara a quarta, a realizar em Pequim em 1995.

No quadro desta importante acção, tem sido naturalmente reafirmada a relevância da adopção de medidas, a nível nacional, regional e internacional, tendentes a garantir uma igualdade efectiva entre os direitos da mulher e do homem, bem como a combater a discriminação fundada no sexo.

Do mesmo modo se insiste na necessidade de sensibilizar a opinião pública em geral e as autoridades governamentais em particular para o facto de a marginalização, a exploração económica e a opressão de que a mulher é vítima se encontrarem profundamente ligadas a uma **situação crónica** de desigualdade e injustiça, tanto no quadro familiar, como comunitário, nacional, regional ou internacional.

Para fazer face a tal situação, sugere-se designadamente o lançamento de campanhas de informação, educação e formação, e sublinha-se a importância de instituir um sistema de assistência às vítimas.

4. Importante é sublinhar que

- a discriminação sexual, *de facto* e *de jure*, é identificada como o fundamental obstáculo à participação activa da mulher, designadamente na vida social e comunitária e no processo de desenvolvimento,
- bem como a causa essencial da perpetuação da violação dos seus direitos.

E deste modo se reconhece a urgência em identificar as práticas e atitudes tradicionais que constituem paradigma de tais violações — crimes violentos, crimes sexuais, danos psíquicos ou físicos atentatórios da dignidade humana da mulher, como as situações de mutilação genital feminina, incineração por viuvez ou casamento forçado.

Cedo se constata um relacionamento claro entre os conceitos de discriminação e de violência contra a mulher. Mas só no início da década de 90 esta realidade merece uma atenção privilegiada e ganha autonomia, constituindo doravante o essencial domínio motivador da acção das Nações Unidas na defesa dos direitos da mulher. Assim é que

- o VIII Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes aprova, em Setembro de 1990, uma Resolução sobre a Violência Doméstica;

- em 1992, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres adota uma *Recomendação* sobre Violência contra as Mulheres, no quadro da aplicação da Convenção de 1979 (Recomendação 19);
- em Junho de 1993, a Conferência Mundial de Direitos Humanos, segunda na história das Nações Unidas, sublinha a importância de estudar e eliminar as situações de violência contra as Mulheres, que qualifica de contrárias à dignidade e ao valor da pessoa humana (parágrafo 18);
- em Dezembro de 1993, a assembleia geral aprova, sob proposta inicial da Comissão sobre o Estatuto da Mulher, uma *Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres* (Resolução 48/104);
- e no início deste mês a Comissão de Direitos Humanos, reunida em Genebra, decide estabelecer um *Relator Especial sobre violência contra as Mulheres*, incluindo as suas causas e consequências (Resolução 1994/45).

5. Este número impressionante de decisões e de medidas adoptadas por tão distintas instâncias das Nações Unidas, é revelador de uma indiscutível convergência de interesses e evidencia a força inegável deste movimento contra a violência e pelo respeito da dignidade da mulher.

Poder-se-ia talvez perguntar se se não trata de um simples desejo de protagonismo, num domínio pacífico que conta com a adesão de Governos, associações privadas e organismos internacionais ... Mas a atitude de consenso que rodeou a sua aceitação significa igualmente que é *inquestionável* a validade desta mobilização, *incompatível* por isso, com *passividade ou indiferença* futura face à imperatividade de dar seguimento aos textos adoptados e mecanismos instituídos. O momento é assim de entusiasmo mas sobretudo de acção!

Além disso, como o sublinhou a Conferência Mundial de Direitos Humanos, há naturalmente que garantir uma coordenação das actividades no seio do sistema das Nações Unidas, neste campo dos direitos e do estatuto da mulher. Assim, se procurará impedir a duplicação de esforços, a dispersão de actividades ou a inutilidade de programas. Justamente neste sentido, o Centro dos Direitos do Homem, em Genebra, acaba de estabelecer um núcleo no Gabinete do Secretário-Geral Adjunto para os Direitos do Homem, especificamente para assegurar a articulação das políticas preconizadas pelos diferentes organismos e mecanismos competentes neste domínio dos direitos da mulher.

6. Valerá igualmente a pena ponderar a razão por que se terá julgado necessário, ou conveniente, autonomizar a questão da violência contra as mulheres, quando, desde a adopção da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, se reconhecia de forma inequívoca o valor essencial do direito a não ser sujeito a tortura, a outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Um direito inderrogável e que como tal deve ser protegido em todas as circunstâncias, mesmo em situações de excepção. Não será de subsumir a noção de violência no conceito internacionalmente definido de tortura, ou pelo menos de pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante?

Nesse sentido poderia mesmo argumentar-se que o próprio Relator Especial contra a Tortura, da Comissão dos Direitos do Homem, abordava já situações de violação ou agressão sexual contra as mulheres no quadro do seu mandato ... Realidades que agora constituirão objecto de apreciação pelo novo Relator Especial sobre Violência contra as Mulheres.

Muito embora esta questão não tenha sido aparentemente objecto de profundo debate, importa antes de mais sublinhar que o direito de a mulher não ser objecto de violência não pode ser visto em alternativa ao *direito fundamental* de não se ser sujeito a actos de tortura, penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Este constitui um direito *inalienável e inerente à dignidade da pessoa humana*.

Mas a consideração autónoma da violência permite abranger, de forma inequívoca, um espaço até aqui *à primeira vista* excluído do âmbito da definição do conceito de tortura, pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante — o do domínio da vida privada e designadamente dos actos praticados por actores privados — no seio da família ou na esfera laboral.

E deste modo, um campo tradicionalmente refugiado na área privada e escondido num silêncio impenetrável, passa a constituir um tema de debate público, exigindo uma intervenção decidida das autoridades governamentais.

7. Encontramo-nos hoje, assim, perante um quadro de referência normativa, inspirador da acção futura, delineado

- tanto de forma programática e não imperativa pela Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (de Dezembro último),
- como através de orientações específicas para os Estados parte na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, nos termos da Recomendação adoptada em 1992 pelo Comité instituído por aquela Convenção.

Por outro lado, o estabelecimento recente do Relator Especial da Comissão de Direitos Humanos decerto contribuirá para apresentar uma visão da situação existente no mundo no domínio da violência contra as mulheres, identificando causas e efeitos dessa mesma violência, propondo recomendações de ordem genérica para prevenir, investigar, punir, ressarcir e reabilitar situações de violência e manifestando de forma clara que se trata de um tema de direitos humanos.

Mas neste contexto prometedora há um desafio de fundamental importância que se coloca a todos nós — a falta de informação, de pesquisa, de dados precisos, fiáveis ou actualizados.

O conhecimento insuficiente da realidade ou a cortina de silêncio que sobre aquela se forma, leva mesmo a que se defenda, por vezes com evidente intuito político, a inexistência de situações de violência contra a mulher em determinadas sociedades — bastaria pensar em casos de *infanticídio de raparigas* em certos países asiáticos, ou na invisível situação de *joventes empregadas domésticas*, afastadas da família e do mundo, desconhecedoras do valor de ter direitos, sujeitas, sem controlo, à exploração económica quando não mesmo a abusos sexuais.

E no fundo, o desconhecimento da realidade e o silêncio construído sobre ela são a primeira forma de violência contra a mulher — a violência calada. Que impede o estudo aprofundado, que induz em conclusões incorrectas, que perpetua a própria tolerância face à violência.

8. Vejamos, a título de exemplo, o que se passa no quadro familiar. Trata-se naturalmente de uma área pouco conhecida, onde a barreira da privacidade tem limitado ou impedido a pesquisa.

A reacção tradicional é a de negação pura da existência do problema, temendo-se que o seu simples reconhecimento manifeste um atentado à integridade familiar.

As estatísticas existentes são deste modo **escassas**. Mas mesmo as que existem, fundam-se em relatórios de incidentes apresentados pela polícia, recolhidos em hospitais ou recenseados através de linhas de telefone SOS. E se é certo que permitem concluir pela *existência de situações de violência*, a verdade é que há uma evidente sub-representação do problema.

Com efeito, como se refere num estudo recente das Nações Unidas, as vítimas sentem uma evidente relutância em queixar-se — porque hesitam em expor o facto de terem sido violadas, porque temem vingança, porque atribuem um valor primordial à lealdade familiar, porque simplesmente subvaloram a

violência de que foram vítimas, envolvendo-se num processo crescente de culpabilização, humilhação e degradação.

Por outro lado, os dados coligidos, por se basearem fundamentalmente em situações trazidas ao conhecimento das autoridades oficiais, retratam em particular a vivência de grupos sociais com menor capacidade para se protegerem do escrutínio público. É assim que as casas-refúgio para situações de emergência ou os hospitais públicos, onde os dados são recolhidos, com maior frequência são procurados por famílias mais desfavorecidas as quais, por evidentes carências económicas ou até por insuficiente informação, não têm capacidade de se dirigir a centros onde os registos não estejam ao alcance dos investigadores.

A falta de dados não pode assim levar a concluir-se que a violência é apanágio exclusivo de um determinado grupo económico, social ou cultural. Infelizmente, a violência contra a mulher não conhece fronteiras!

9. É justamente com esta preocupação que os recentes textos aprovados pelas Nações Unidas enfatizam a necessidade de reunir informação e promover o estudo sobre a situação da mulher e, de forma muito particular, sobre a violência contra ela perpetrada. Indicadores e dados desagregados em razão do sexo têm assim sido solicitados:

- aos *comités convencionais* — sobre direitos civis e políticos, direitos económicos e sociais, tortura, direitos da criança;
- aos *mecanismos de protecção e defesa dos direitos humanos* — relatores especiais e grupos de trabalho sobre tortura, desaparecimentos, detenção arbitrária, intolerância religiosa, etc;
- bem como aos *Governos*, na informação a enviar às Nações Unidas, relativamente à situação *de jure* e *de facto* existente na sua jurisdição.

10. Como acima se sublinhava, o momento presente é de entusiasmo mas deve ser igualmente de acção. Encorajados pelos passos dados no seio das Nações Unidas, há que beneficiar do quadro orientador que nos é apresentado, considerando designadamente a elaboração de um plano de acção nacional para a promoção e protecção das mulheres contra a violência, em estreita colaboração entre autoridades oficiais e organizações não governamentais.

Um tal plano deverá naturalmente ter uma natureza multidisciplinar, garantir a afectação de recursos suficientes para pôr em prática os necessários programas e políticas e cobrir, de forma global, os domínios

- da prevenção (através de campanhas de informação, sensibilização e formação de grupos profissionais especialmente envolvidos neste domínio);
- da protecção, incluindo formas adequadas de queixa, investigação e reparação;
- e ainda de assistência e reabilitação das vítimas.

Permitam-me, finalmente, sublinhar que, em meu entender, a eliminação da violência e da discriminação contra a mulher, bem como o desrespeito pelos seus direitos, só serão efectivamente alcançados, quando e se a promoção e a sensibilização para os direitos humanos se iniciar numa tenra idade.

A acção junto das crianças, e em especial da rapariga, será decerto um meio eficaz de dar uma nova dimensão e garantir um sucesso mais profundo às campanhas de sensibilização em favor dos direitos e do estatuto da mulher.

A meu ver, só iniciando uma estratégia com a rapariga, considerada não na simples condição de filha, futura esposa ou jovem mãe, mas como uma pessoa com individualidade própria e inerentes direitos e liberdades fundamentais, se encontrará uma resposta adequada e duradoura para os abusos dos direitos da mulher, tema para cuja reflexão nos encontramos hoje aqui reunidos.

DIREITOS DA CRIANÇA

MARTA SANTOS PAIS
Director of the Division of Evaluation, Policy and Planning
UNICEF

**THE QUESTION OF CHILD LABOUR
IN A CHILD RIGHTS PERSPECTIVE ***

* International Conference on Child Labour, Oslo, October 1997.

1. Child labour is not a recent reality but has been for long tolerated with a mixture of indifference and apathy. Its wide practice made it part of the natural order of things against which it would be hard if at all necessary or valuable to fight. A natural solution for the survival of the poorest, an acceptable form of child's participation in social life, a learning experience for those who cannot afford to accede to or benefit from schooling, or an effective method to keep children away from criminal activities, all arguments have been tried to explain the intolerable or to justify passivity. Passivity so often associated with, and supported by, the invisibility surrounding the work performed by children, in illegal settings, in clandestine activities, in the private environment of the household or in family occupations which are not even considered as having social relevance to be identified as work.

It is true that some important steps have been taken in the past, including through the adoption of international standards to abolish slavery in all its forms or to suppress compulsory or forced labour. Although not necessarily drafted because of, or for children, such standards have nonetheless been invoked to protect them against drastic cases of economic exploitation.

ILO standards constitute an impressive reference in this regard. They have codified workers rights in general, to promote freedom of association, to ensure appropriate working conditions and compatible wages, to prevent discrimination and limit the involvement in dangerous activities. But children have frequently not been a distinct part of the agenda. Standards have addressed employment, but children were not a crucial element of the scenario ... And even when they are active in the working force, their presence has been denied in the programs of workers' organisations, and they have been excluded from their membership because of their young age.

It is true that the advances made have benefited children, but it has been almost by default, as if reality encompasses the child's presence but is not to be

modeled by it; as if any measure necessarily adjusts to children who are seen as no different in nature nor in needs from adult workers; as if the child is simply one more recipient and does not have a say in the design of policies to address his or her own situation.

Labour has been addressed, children have felled to be ...

2. In reality, it was only recently that child labour as such became highly visible in the political agenda of governments and organizations. Only since the last decade have we noted a movement against the economic exploitation of children and an evident change in social attitudes refusing its acceptance.

And the consideration of children as a distinct and priority concern in that same agenda is even more recent. In fact, it coincides with the adoption of the Convention on the Rights of the Child at the end of the 80's, a landmark in the history of the United Nations and a reference to all actions having an impact on children's lives.

3. Now that the Convention on the Rights of the Child has been ratified by virtually all countries of the world, the question of child labour, as well as any other related to the realization of children's rights, needs to be considered within the legal and ethical framework of this international legal instrument.

Above all, we cannot fail anymore to place children at the centre of our strategies and to be guided by their best interests!

We naturally recognise that child labour will not be eradicated by magic just because the Convention is so widely accepted. But the consensus built around this legal instrument reveals a determined willingness of the international community to promote cooperation and solidarity, to mobilise action towards the universal and effective enjoyment of children's rights and to the prevention of child rights violations. We cannot fail to seize such an opportunity!

In the context of the Convention, child labour becomes an emblematic reality. It allows to envisage the general situation of children, while challenging our real commitment to human rights and to the value of the child as a full citizen!

What the Convention tells us is that child labour is not simply a question of employment. It is rather a question which concerns children, children who become involved in activities incompatible with their human dignity, in work which is detrimental to their health, which compromises their education or their full and harmonious development. Work that challenges their fundamental right of being children.

4. The Convention calls for the consideration of a holistic and child centred approach. It recognises the fundamental rights of children and acknowledges the inherent synergism between all of them. With the Convention we realise the natural relationship between all measures adopted to ensure the realisation of children's rights, as well as the need for cooperation and coordination of activities between all bodies and mechanisms which are relevant to the life of children. In the light of the Convention, it is no longer sufficient to adopt dispersed or sectoral measures. A comprehensive and integrated agenda is required, based on an accurate assessment of the reality, guided by the best interests of the child.

The area of child labour is not an exception to this approach!

In the light of article 32 of the Convention, each and every child has the right to be protected from economic exploitation and from performing any work that is likely to be hazardous, to interfere with the child's education, to be harmful to child's health or to the child's development. Our efforts cannot therefore be limited to extreme forms of work in dangerous activities, in unhealthy environments or for excessive hours, like work in agriculture, in mines or in construction. Although they may constitute the most visible and urgent cases calling for the most pressing interventions, we need equally to address all other situations, at a first glance less serious, which nonetheless affect the right of the child to education and prevent a harmonious development.

Child work cannot be identified either with only those situations where there is a contractual relationship between employer and employee, where a payment is given for the activities performed. In fact, in the majority of cases, child labourers are not registered or envisaged as workers, written and signed contracts are non-existent and wages are rarely paid. In formal or informal contexts, inside or outside the home, in legal or illegal activities there may be room for abuse and exploitation. Our attention is therefore required in all these situations.

Article 32 of the Convention also illustrates the holistic approach of the Convention, the indivisibility of children's rights as well as the close relationship between measures designed to implement them. On the one hand, it specifically addresses the essential value of the rights to education, to health and to the full development of the child. On the other hand, it indicates the need for legislative reform to be combined with the adoption of administrative, educational and social measures. A comprehensive agenda needs therefore to be developed!

But the area of child labour cannot be *only* envisaged through the provisions of article 32 of the Convention. In fact, various other articles are relevant to the consideration of this reality. Can we question the value of the right to information,

to create awareness amongst children about their rights and the risks arising from hazardous work and to promote the safeguard of their fundamental rights in all circumstances? Can we deny the importance of the right to birth registration to ensure that children are recognised as persons, in their individuality and identity, and to prevent them from having an employment before the legal minimum age or from being abused and exploited in an invisible manner? Can we ignore the importance of the right to freedom of association, which allows children to create or join groups defending their rights, including trade unions? Would anyone hesitate on the value of the right to leisure and recreation, so important for the development of the creativity, imagination and self confidence of the child, in an environment free of the burden of responsibilities? Or can we ignore the decisive importance of international cooperation to foster the implementation of the Convention and support national initiatives designed to successfully promote the abolition of child labour?

5. The Convention has a special relevance in view of its binding nature. While setting an ethical behaviour towards children, this international instrument is not simply a moral reference. It is rather the source of specific legal obligations States are required to honour and fulfil. Thus, the agenda set up by the Convention cannot coexist with passivity or be simply perceived as a set of recommendations, which need vaguely to be taken into consideration when policies for children are designed or implemented.

It calls for action, for the adoption of all adequate measures to ensure the protection of children and to create the necessary conditions for the full enjoyment of their rights. It is an agenda which cannot be postponed or subject to compromise. Unfortunately, once missed, the opportunity for a child to develop through the stages of childhood has no chance to be recaptured.

Upon ratification of the Convention on the Rights of the Child, States parties endorse the recognition of the human rights of children. Both in law and in practice they cannot ignore such status or fail to provide adequate protection. For this reason States have a primary responsibility for the adoption of a national and comprehensive strategy to prevent the exploitation of children through labour, a strategy which fully harmonises their law and practice with the Convention and promotes action in accordance with its ethical values.

Let me address in more detail the areas of *legislation and education* to which this Conference will pay a particular attention.

6. National law needs to incorporate the right of the child to be protected from economic exploitation, from hazardous work and from the performance of harmful activities which may be detrimental to the health, education or development of the child. The national law is required to provide *at least* the same level of protection ensured by the Convention, in particular by article 32. But, in the light of article 41, it is further encouraged to introduce norms which are even more conducive to the realisation of the rights of the child than those agreed upon by this treaty.

Legislation safeguards children's rights, it echoes a clear message of what is wrong and right, of what is licit or unacceptable. It allows for all situations to be assessed against the same set of values, affirming the principle of equality before the law and preventing discrimination. It further places the authority of the State behind the protection of children and promotes the involvement of the civil society in a wider movement of promotion of their rights.

As in any other field, the law is further designed to prevent violations. For this reason, the Convention calls for a deterrent system of inspection, as well as of penalties and sanctions. But above all, it encourages behavioural change. Change towards a stage of universal respect for the individual child. Change to promote an increasing sense of social unacceptance of situations of child labour and which in turn will play a decisive preventive role.

National legislation needs further to be guided by, and ensure respect for, the general principles of the Convention, particularly non discrimination and the best interests of the child.

A) In fact, **article 2** of the Convention prohibits discrimination on any ground, including on the basis of the birth, property, national, ethnic or social origin of the child or of the child's parents. It calls on States to adopt all measures to ensure the protection of the child against all such forms of discrimination.

Yet, the majority of children exploited through labour belong to the poorest sectors of the population, to ethnic minorities, to illegal immigrants or to other disadvantaged groups of children. To a certain degree, this reality has helped maintaining the level of social indifference around situations of child labour. It has even led some to argue that the involvement of these children in working activities provides them with better conditions of living and brighter opportunities for the future than those they would ever enjoy, would they remain in their natural environment ...

In reality, it is the failure to recognise the fundamental value of children, with equal and inalienable rights, that has allowed to tolerate and to keep such a silence around situations which are incompatible with their human dignity and prevent the enjoyment of their fundamental rights.

- B) Pursuant to **article 3** of the Convention, the best interests of the child should be a primary consideration in all actions affecting children, not less in situations of child labour. When there is a conflict of interests between parents and the child, between employers and the child, the solution for the conflict should be determined in view of what is the best solution for the child, in the overall context of the Convention.

In this spirit, the law should forbid situations where children would be allowed to be engaged in an employment which may be detrimental to their education or development or below the minimum legal age, on the basis of the need or interests of the parents. In the light of the Convention, it is rather the best interests of the child that needs to provide guidance to our actions. The solution for the survival of the family cannot certainly be found in exploitative forms of child work. As the Convention recognises, however, other measures and incentives should be envisaged, including material assistance and support programmes in a broader context of human development.

In the legal area it becomes particularly important to set up a clear minimum age for admission to employment. A general minimum age which, as the Committee on the Rights of the Child has often stressed, should not be too low and should be brought to the same level of the age of the end of compulsory education.

In the light of the ILO Convention 138, which plays a decisive subsidiary role for the interpretation and implementation of the Convention on the Rights of the Child, such an age should not be lower than 15, or in special cases where the economy and educational facilities are insufficiently developed, less than 14. Below such an age, national laws may only permit light work, from which those below 12 should be excluded. Light work should not in any case be harmful to the health and development of the child or prejudice his or her attendance at school, or the child's capacity to benefit from the instruction received¹. Also in these cases, the law is required to regulate the duration and the conditions of employment, both to protect the child and prevent any form of abuse.

¹ ILO Convention 138, article 7.

But other minimum ages should be set in view of the special nature of activities performed. In the case of hazardous activities, it should not be less than 18 years ².

In a thematic discussion devoted to «the economic exploitation of children» the Committee on the Rights of the Child identified certain activities which should be strictly and clearly forbidden by law:

- Activities jeopardising the development of the child or being contrary to the child's dignity;
- those involving cruel, inhuman or degrading treatment, the sale of children or any form of servitude;
- those capable of jeopardizing the education of the child or being detrimental to the child's health;
- activities involving discrimination, particularly with regard to vulnerable and marginalised groups;
- activities performed under the minimum ages for employment, in the light of the Convention and relevant ILO standards;
- activities using the child for criminal acts, including drug trafficking.

It is very encouraging to note the strong convergence between that approach and the one reflected in the drafting process of the new ILO Convention and recommendation on the most intolerable forms of child labour. It clearly indicates the existence of a consensus on core areas, recognised as unacceptable and calling for their urgent elimination. To be consistent with such a consensus, there is need to clearly include hindering education amongst the extreme forms of child labour, both to honour the commitment to the Convention on the Rights of the Child, so widely ratified, and to confirm ILO standards previously adopted, from the Convention on agriculture, adopted in the early twenties, to Convention 138.

7. In addition to legal reform, the Convention on the Rights of the Child further calls for the adoption of educational measures by all States. As it has been stressed, it is imperative to prohibit any work that is detrimental to the education of the child, and at the same time to promote school enrolment and

² Hazardous activities in view of the *physical risks associated* with them, including in construction work, the use of pesticides or chemical agents in agriculture or the work in the mines; in view of the *psychological harm* provoked, like in situations of abuse, often taking place in domestic service; for *heavy work* of porters in armed forces; or for requiring *long hours* of work, often in unhealthy positions and in badly ventilated settings.

attendance, to prevent school drop-outs and to ensure that the child benefits from the instruction he or she receives.

We all know that children tend to be more ready to participate in labour activities when education is not available or when the available form of education does not meet the criteria of affordability, quality and relevance. Many children who work stop going to school altogether. For many of those who tend to combine school and work, their ability to learn is seriously affected, including as a result of their fatigue. The younger the child starts to work the more negative the impact will be! The less education the child receives, the less specialised he or she becomes, the sooner joblessness will be hindering.

For this reason, States parties to the Convention are required to make primary education compulsory and free for all, and to ensure that children effectively benefit from equal opportunities in their access to school, as well as in their ability to evolve in the education system.

It is important to recognise, however, that what is often labeled as «free education» may in fact still constitute a very expensive investment for a family, where the cost of books and school material, of uniforms and of transportation gain a very difficult dimension. This high cost is often multiplied by the several children in the family, becoming economically impossible and leading in many ways to a «natural» selection of those who *should* go to school and those who *may need it less*, once again raising the important question of discrimination against the most disadvantaged, many of whom are girls! Thus, in the spirit of the Convention, budgetary allocation for education needs to constitute a priority, both nationally and in the context of international cooperation. It is both consistent with the principle of the best interests of the child, and instrumental to the prevention of discrimination!

School curricula also need to be carefully revised, to become relevant and provide the child with an opportunity to gain life skills as a citizen and experience for his or her future professional life. Education needs to be perceived by children, their families and society as a rewarding investment, and not as an irrelevant alternative or a lost opportunity.

In reality, the education of the child cannot be reduced to a physical presence in school. It should rather aim at the full development of the child's personality, talents and abilities to their fullest potential, it should provide an opportunity to experience childhood while preparing the child for a responsible life in society and for making free and informed choices in life.

In this context, school is a privileged setting for the child to exercise the right to participation. To feel free to express views, to raise questions and be given answers, to argue and disagree, to understand that one may differ,

sometimes will be right while others will be wrong, and still be respected in one's own individuality.

In the child friendly environment of the school, children will evolve in their learning skills and will become increasingly mature, able and confident to assume greater responsibilities in the school, in the community and generally in life.

For this reason, education is also instrumental for the participation of children in a future working environment. It will form competent professionals, informed to make free decisions and to prevent becoming victims of situations of abuse and exploitation. Without education, there will be no space for true participation, only the illustration of tokenism!

This leads to emphasise once again the importance of ensuring that the age of completion of compulsory education coincides with the minimum age for admission to employment. As the Committee on the Rights of the Child has often stressed,

- when the age of completion of compulsory schooling is too low, children feel encouraged to join the labour force even in situations of clandestinity and unlawfulness,
- when the age of admission to employment is too low, it actively promotes school drop-outs and makes education be perceived as inadequate or simply useless ...

Like legislation, education is clearly not the only way to go if child labour is to be eradicated. But without education poverty will perpetuate between generations, marginalisation will grow, unemployment will persist. Without education, children will be left with the false option of becoming either badly paid or jobless adults ...

8. Legislation and education are only two major areas amongst many others the Convention on the Rights of the Child addresses to ensure the protection of children against exploitation, including through labour.

Strategies may differ from country to country, they will adjust to specific national realities. Some may achieve quicker results than others ... But they will promote progress and will encourage further success. With a clear political will and social movement, so forcefully reaffirmed by this Conference, and guided by the principles and provisions of the Convention on the Rights of the Child, we cannot but succeed in our endeavour! And we will honour our commitment to children!

ESTUDOS

**XV CONGRESSO INTERNACIONAL
DE
DIREITO COMPARADO**

RELATÓRIOS PORTUGUESES

RUI MANUEL MOURA RAMOS

Membre de l'Institut de Droit International

Professeur de la Faculté de Droit de l'Université de Coimbra

Juge au Tribunal de Première Instance des Communautés européennes

**DROIT INTERNATIONAL PRIVE
VERS LA FIN DU VINGTIEME SIECLE:
AVANCEMENT OU REcul?**

RAPPORT NATIONAL

SOMMAIRE

1. *Introduction*
2. *Le dilemme entre justice conflictuelle et justice matérielle*
3. *Le conflit entre l'objectif de l'harmonie internationale et la promotion des intérêts étatiques*
4. *La tension entre les objectifs de flexibilité et sécurité juridique*
5. *L'antagonisme entre, ou la coexistence d'approches multilatéral, unilatéral et substantive*
6. *L'antagonisme entre, ou la coexistence de règles et approches dans le domaine du conflit de lois*
7. *L'antagonisme entre, ou la coexistence de "jurisdiction selecting rules" et règles ou approches en fonction du résultat*
8. *Objectifs ou intérêts étatiques, "false conflicts" et catégories analogues*
9. *Développements concernant la doctrine du renvoi*
10. *Développements concernant la doctrine de l'ordre public*
11. *Développements concernant la qualification*
12. *Développements concernant le phénomène du dépeçage*
13. *Autres développements méritant une mention*
14. *Conclusion*

ABBREVIATIONS

- AcP — Archiv für die zivilistische Praxis
BFDUC — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BMJ — Boletim do Ministério da Justiça
Clunet — Journal de Droit International
NILR — The Netherlands International Law Review
Recueil des Cours — Recueil des Cours de l'Académie de Droit
International de La Haye
Rev. crit. dr. internat. privé — Revue critique de droit international privé
RDE — Revista de Direito e Economia
RIDC — Revue Internationale de Droit Comparé
RLJ — Revista de Legislação e de Jurisprudência
ZfRV — Zeitschrift für Rechtsvergleichung

1. Introduction

Le système portugais de droit international privé présente à la fin de notre siècle, pour ce qui est de son corpus, une différence majeure par rapport à la situation vécue à la fin du dix-neuvième: l'existence d'une codification cohérente et complète¹. Cette caractéristique mise à part, on pourrait dire que ses autres traits distinctifs se sont conservés presque immuables. En effet, même si la pénétration des règles conventionnelles s'est élargie², elle demeure malgré tout réduite surtout si on la compare à la situation existante dans la plupart des pays européens. D'autre part, la jurisprudence n'atteint pas une importance significative, n'arrivant même pas à développer toutes les possibilités offertes par les règles contenues dans les sources du droit écrit. Enfin, la doctrine

¹ Nous parlons du système de règles de conflit contenu dans le Code Civil de 1966, articles 14 à 65. Sur ses traits fondamentaux, voir Ferrer Correia, *O Novo Direito Internacional Privado Português (Alguns Princípios Gerais)* [Le Nouveau Droit International Privé Portugais. Quelques Principes Généraux], *BFDUC*, 48 (1972), p. 1 et s. et Inocencio García Velasco, *Concepción del Derecho Internacional Privado en el nuevo código civil portugués*, 1971, Universidad de Salamanca. Ce système a fait l'objet d'une réforme limitée, par le Décret-loi n° 496/77, du 25 novembre 1977. Sur les objectifs et la portée de cette réforme, voir Moura Ramos, "Portugal — Droit de la famille — Dispositions intéressant le droit international privé", *Rev. crit. dr. internat. privé*, 67 (1978), p. 598 et s., Ferrer Correia, "A reforma do Código Civil e o direito internacional privado" [La réforme du Code Civil et le droit international privé], *BMJ*, 283 (Février de 1979), p. 19 et s., Almeno de Sá, "A revisão do Código Civil e a Constituição" [La Révision du Code Civil et la Constitution], *RDE*, 3 (1977), p. 425, p. 443 à 445 et Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* [Cours de Droit International Privé], 2ème édition, Coimbra, 1982, Almedina, p. 404 et 422-426.

² Pour une perspective d'ensemble, bien que limitée aux Conventions de La Haye, sans doute les plus importantes, voir Moura Ramos, "The impact of the Hague Conventions on Portuguese Private International Law", *NILR*, 40 (1993), p. 79 et s.

maintient le rôle qui lui est toujours revenu dès l'origine de notre système: après avoir été à la genèse des solutions de nature légale, elle a été responsable de sa systématisation et de son développement, aussi bien que de la critique respective. On pourrait bien dire ainsi que la codification portugaise de droit international privé, loin de se présenter comme une *judge-made law*, comme cela arrive dans les pays de *common law* mais aussi dans certains de ceux de droit écrit³, apparaît plutôt comme un *Professorenrecht* où l'influence de la pensée juridique développée au Portugal s'est révélée essentielle⁴.

La présence d'un effort de codification, réalisé surtout dans les années soixante, est ainsi un autre trait fondamental du système, qui s'ajoute à l'importance qu'y revêt la doctrine et qu'en constitue d'une certaine façon un révélateur. Il faudra leur joindre, en partant de cette époque-là et jusqu'à l'actualité, et au-delà d'un renouveau de l'ouverture au droit conventionnel qui avait caractérisé l'aube de notre siècle⁵, l'essor de réglementations particulières de droit matériel souvent accompagnées de règles fixant leur propre domaine spatial d'application (et qui constituent donc des *self-limiting rules*⁶) et,

³ Nous pensons à la France et au rôle joué dans le développement du système de droit international privé de ce pays par la *Cour de cassation*. Voir à ce propos, déjà Henri Batiffol, "L'oeuvre constructive récente de la jurisprudence française en droit international privé", in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, 1965, Dalloz, p. 77 et s.

⁴ Wilhelm Wengler a souligné ("Der Entwurf für ein neues portugiesisches Zivilgesetzbuch", *AcP* 167 (1967), p. 65), à propos des dispositions concernant le droit international privé du projet qui a abouti au code civil de 1966, et qui se retrouvent presque dans leur totalité dans le texte finalement approuvé, la connaissance y révélée par ses auteurs des nouvelles doctrines scientifiques, notamment de la littérature allemande, qui en démontrerait une compréhension qui dépasserait celle qui aurait lieu dans la pratique allemande.

⁵ Voir à ce propos Moura Ramos, "A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: A Participação de Portugal e o papel da organização na codificação internacional do direito internacional privado" [La Conférence de La Haye de Droit International Privé: La Participation du Portugal et le rôle de l'organisation dans la codification internationale du droit international privé], in *España y la codificación internacional del derecho internacional privado*, Madrid, 1993, Eurolex, p. 17 et s.

⁶ Voir, par exemple, l'article 2 du Décret-loi n° 422/83, du 3 décembre 1983 sur la protection de la concurrence, l'article 33 du Décret-loi n° 446/85, du 25 octobre 1985, portant réglementation des conditions générales des contrats (aujourd'hui abrogé par l'article 2 du Décret-loi n° 220/95, du 31 janvier 1995 — sur la portée de cette modification législative, voir notre étude citée à la note suivante), l'article 38 du Décret-loi n° 178/86, du 3 juillet 1986, sur le contrat d'agence ou de représentation commerciale, l'article 36 du Décret-loi n° 248/86, du 25 août 1986, sur l'établissement commercial individuel à responsabilité limitée et l'article 20 du Décret-loi n° 359/91, du 21 septembre 1991, sur les contrats de crédit à la consommation.

Pour une version française des quatre premières dispositions citées, voir "Portugal — Dispositions intéressant le droit international privé", *Rev. crit. dr. internat. privé*, 77 (1988), p. 631 et s., et, pour un commentaire, Moura Ramos, "Aspects récents du droit international privé au Portugal", *ibidem*, p. 473 et s.

dernièrement, l'influence des solutions arrêtées, soit au niveau conventionnel soit par des actes de droit dérivé, au sein des Communautés Européennes ⁷.

Les considérations que nous ferons par la suite, et qui essaient de suivre la ligne proposée par notre Rapporteur général, tiendront à l'esprit ces caractéristiques générales du système et en seront d'une certaine façon un révélateur.

2. Le dilemme entre justice conflictuelle et justice matérielle

La contre-position dilemmatique entre une justice conflictuelle, se préoccupant notamment d'opérer le choix de l'ordre juridique le plus adéquat à régir un rapport de droit de nature hétérogène et une justice, disons matérielle ou substantielle, dont les coordonnées essentielles ne seraient pas du tout différentes de celles prévalant dans les autres branches du droit est bien connue de la doctrine portugaise de droit international privé, des positions différentes ayant été soutenues à son égard.

La spécificité de la perspective de la justice propre au droit international privé en tant que droit de conflits a surtout été soulignée au Portugal par Baptista Machado ⁸. Pour cet auteur, la justice prônée par le droit de conflits est une justice formelle où la conséquence juridique de la norme (la règle de conflits) n'est pas déterminée par le législateur par référence à la nature des faits à régler, mais par rapport à la localisation de ces faits relativement à un système de normes, ou par référence à la position d'un système de normes pour ce qui est de certains faits concrets.

Pour sa part, Ferrer Correia, l'auteur qui a le plus influencé la doctrine portugaise de droit international privé, dans la deuxième moitié de notre siècle, semble partager cette ligne d'orientation, lorsqu'il écrit ⁹ que la justice du droit

⁷ Sur l'influence de ces solutions dans un cas concret (la protection des consommateurs), voir Moura Ramos, "Remarques sur les développements récents du droit international privé portugais en matière de protection des consommateurs", in *E pluribus unum. Liber amicorum Georges A. L. Droz*, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, Kluwer Law International, p. 235 et s.

⁸ Voir surtout, dans les différents ouvrages de Baptista Machado, *Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis*, [Domaine d'efficacité et domaine de compétence des lois], Coimbra, 1970, Almedina, surtout p. 161-173, "Les faits, le droit de conflits et les questions préalables", in *Multitudo Legum. Ius Unum. Festschrift für Wilhelm Wengler*, v. II, Berlin, 1973, Interrecht, p. 443 et s., p. 444-450 et *Lições de Direito Internacional Privado* (cit. supra, note 1), p. 43 et s.

⁹ Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado* [Cours de Droit International Privé], 1973, Universidade de Coimbra, p. 38. Voir aussi "Les problèmes de codification en droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 145 (1975-II), p. 56 et s., p. 130 et "Le principe de l'autonomie du droit international privé dans le système juridique portugais", in *Festschrift Gerhard Kegel*, Stuttgart, 1987, Kohlhammer, p. 119 et s., p. 120 et s.

international privé est d'une nature éminemment formelle, son vrai but étant celui de "promouvoir et [d'] assurer la continuité des situations juridiques interindividuelles à rattachement multiple, dans la mesure où cette caractéristique rend difficile leur reconnaissance dans plusieurs pays". Mais si c'est le modèle traditionnel de la règle de conflit qui somme toute lui semble préférable¹⁰, il ne demeure pas moins vrai qu'il souligne le rôle que les critères de justice matérielle et la considération des buts visés par les normes en compétition sont appelés à jouer dans la résolution des conflits de lois¹¹. Et, dans la mesure où cette présence des valeurs matérielles se révèle dans le facteur de rattachement utilisé par une règle de conflit donnée, on pourra rapprocher de cette position celle de Madame Magalhães Collaço qui souligne à cet égard que la justice propre au droit de conflits s'exprime dans le facteur de rattachement¹². Bien qu'à l'intérieur de la même orientation générale, nous avons nous-même appelé que plutôt qu'une espèce distincte de justice, ladite justice conflictuelle ne serait rien d'autre que la forme dont la justice *tout court* (généralement appelée matérielle) se présente dans les situations à rattachement multiple¹³. Le différent profil révélé résulterait de la non coïncidence entre le milieu où se développent les rapports sociaux maîtrisés par le droit et l'unité qui peut imposer ou consensualiser l'accord sur les valeurs devant présider aux comportements humains. Les situations à rattachement multiple faisant intervenir, par définition, plusieurs systèmes juridiques, et donc plusieurs systèmes de valeurs, se proposant la réglementation des conduites sociales, la réalisation de la justice dans ces situations suppose l'accord sur l'ordre juridique dont la compétence devra, en chaque cas, être exercée.

On peut cependant remarquer que si la préférence pour une justice conflictuelle, spécifique aux rapports à caractère international, fait la règle au Portugal, cela n'exclut pas l'importance reconnue dans le système portugais de droit international privé au rôle joué par la justice matérielle proprement dite. Il suffit de prendre en considération les règles (à rattachement multiple alternatif) dont le but est de préserver la validité et l'efficacité de certains actes

¹⁰ "Les problèmes de codification en droit international privé" (*cit. supra*, note 9), p. 115.

¹¹ *Idem, ibidem*, p. 85 et s.

¹² Isabel Magalhães Collaço, *Da qualificação em direito internacional privado* [De la qualification en droit international privé], Lisboa, 1964, Editorial Império, p. 27.

¹³ Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* [De la loi applicable au contrat de travail international], Coimbra, 1990, Almedina, p. 256-257.

juridiques¹⁴, qu'on pourra considérer de vraies règles de conflit à rattachement matériel vu que la détermination de la compétence législative n'y est fonction d'aucune idée localisatrice mais plutôt de la recherche d'un but à caractère matériel. Et il arrive de même avec certaines dispositions qui s'intéressent en particulier à la protection de la partie faible au contrat. D'abord, et avec un caractère général, les numéros 2 et 3, de l'article 35 du Code Civil, d'après lesquels soit la valeur d'un comportement comme déclaration de volonté soit celle du silence doivent être appréciées d'après la loi de la résidence habituelle commune des contractants et, à défaut d'une telle résidence, respectivement, de la loi du lieu où le comportement a eu lieu et de celle du lieu où l'offre a été reçue, dans la mesure où ces solutions tendent à faire appliquer la loi de l'environnement juridique qui entoure un contractant donné¹⁵. Et, plus en particulier, l'article 38 du Décret-loi n° 178/86¹⁶ qui prévoit que dans les contrats de représentation commerciale dont l'exécution a lieu d'une façon exclusive ou prépondérante en territoire portugais, on n'appliquera une loi autre

¹⁴ Des exemples clairs de ce principe de *favor validitatis* on les retrouve aux articles 65, n° 1 (pour la forme des testaments) et 36, n° 2, (pour la forme des actes juridiques en général) du Code Civil: ces dispositions consacrent un choix de la loi en fonction du résultat, vu que la compétence des systèmes y indiqués découle du résultat (la validité formelle des actes en question) auquel amènera l'application de leurs dispositions.

¹⁵ Ces rattachements spéciaux ne doivent pas être utilisés que si la loi considérée compétente par le n° 1 (la loi qui serait applicable si le contrat ou la déclaration de volonté auraient été valables — la *lex hypothetici contractus*) permet d'affirmer l'existence d'un contrat dans des cas où les lois indiquées par les n°s 2 et 3 ne permettent pas de consacrer un tel résultat. Le veto négatif que ces dispositions imposent à l'application de la *lex hypothetici contractus* ne protège donc une partie qui serait nécessairement la plus faible, mais plutôt la partie qui a insuffisamment réagi (ou qui n'a pas réagi du tout) à une offre contractuelle et qui pourrait, d'après une telle loi, rester liée par son comportement (actif ou passif); comme cela arrive avec l'article 8, 2, de la Convention de Rome. Il y a donc un clair ingrédient de protection dans ces dispositions, même si une telle protection peut profiter à un contractant qui n'aura forcément pas une position plus faible par rapport à celle de sa contrepartie. Sur cette disposition, et dans ce sens, voir Erik Jayme, "O risco da diversidade linguística em direito internacional privado" [Le risque de la diversité linguistique en droit international privé], *Scientia Juridica*, 28 (1979), p. 17, Gerfried Fischer, *Verkehrsschutz im internationalen Vertragsrecht*, Köln, 1990, Carl Heymanns Verlag, p. 329, Manfred Kost, *Konsensprobleme im internationalen Schuldvertragsrecht*, Frankfurt am Main, 1995, Peter Lang, p. 139 et, dans la doctrine portugaise, Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (cit. supra, note 1), p. 351-352 et, dernièrement, Frada de Sousa, *Conflito de cláusulas contratuais gerais e consenso no comércio internacional* [Conflit de conditions générales des contrats et consensus dans le commerce international], Coimbra, 1996, thèse polycopiée, p. 136-145.

¹⁶ Cité supra, note 6.

que la loi portugaise, en matière de terminaison du contrat, qu'au cas où elle se révèle plus favorable au représentant ¹⁷.

3. *Le conflit entre l'objectif de l'harmonie internationale et la promotion des intérêts étatiques*

Il découle des considérations précédentes que l'harmonie internationale des décisions (ou harmonie juridique internationale) est vue par une partie significative de la doctrine portugaise (celle précisément qui prône l'idée d'une justice conflictuelle) comme un principe répondant à l'idée centrale du droit international privé, cette dernière étant celle d'assurer la continuité et l'uniformité de réglementation des situations issues du commerce juridique international ¹⁸. Les intérêts fondamentaux à la base de cette discipline seraient, dans ce sens, ceux tenant à la protection des expectatives des individus, de la stabilité et l'uniformité de la réglementation de leurs situations juridiques, ce qui nous ramène donc à des valeurs d'une justice formelle ¹⁹.

Cet accord pour ce qui concerne l'essentiel n'exclut cependant pas que l'insuffisance de cette idée-force en tant que critère de choix de la loi applicable aurait été reconnue et que la présence d'autres objectifs ait été signalée ²⁰. Au-delà de la référence à la justice matérielle ²¹, mention doit être faite, à ce propos, à la promotion des intérêts étatiques.

¹⁷ A propos de ces solutions, voir Moura Ramos, "Contratos internacionais e protecção da parte mais fraca no sistema jurídico português" [Contrats internationaux et protection de la partie la plus faible dans le système juridique portugais], in *Contratos: Actualidade e Evolução* [Contrats: Actualité et Evolution], Porto, 1997, Universidade Católica Portuguesa — Centro Regional do Porto, p. 331 et s., p. 343-349. Voir aussi Manuel Jorge, "Rattachements alternatifs et principe de proximité: les apports récents du droit international privé portugais", in *Droit International et Droit Communautaire*, Paris, 1991, Fondation Calouste Gulbenkian, p. 213 et s.

¹⁸ Ainsi Ferrer Correia, "Les problèmes de codification en droit international privé" (*cit. supra*, note 9), p. 131. Voir aussi, du même auteur, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, note 9), p. 39 et s.

¹⁹ Dans ce sens, Baptista Machado, "Les faits, le droit de conflits et les questions préalables" (*cit. supra*, note 8), p. 449. Pour des développements plus significatifs de la pensée de cet auteur, voir *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis* (*cit. supra*, note 8), p. 174-184 et *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, note 1), p. 46-51. Soulignant les liens entre une telle conception et la construction savignienne du droit privé, voir Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (*cit. supra*, note 13), p. 233 et s.

²⁰ Ainsi, par exemple, Ferrer Correia, "Les problèmes de codification en droit international privé", (*cit. supra*, note 9), p. 131.

²¹ Cfr. *supra*, n° 2.

Cette orientation ne nous apparaît cependant pas de la même façon qu'aux Etats Unis où des auteurs comme Brainerd Currie ²² l'ont transformée dans le seul critère pour la résolution des problèmes du droit international privé. Au contraire, dans la doctrine portugaise, la présence des intérêts étatiques et de leur promotion apparaît plutôt comme une considération exceptionnelle ou du moins à portée tendanciellement limitée, qui est cependant à la base du jeu d'une catégorie particulière de règles matérielles ²³ — les lois d'application immédiate dans la terminologie française — ou même d'une nouvelle méthode à laquelle on ne saurait contester l'autonomie à l'égard du procédé conflictuel ²⁴. Au vu de l'importance des intérêts qu'elles visent protéger, ces règles-là délimitent leur champ d'application sans prendre en compte les déterminations des règles de conflit, imposant donc leur application chaque fois que le but qu'elles poursuivent exige leur application au cas d'espèce.

On pourra citer à titre d'exemple l'article 1, n° 2, de la loi sur la défense de la concurrence ²⁵ qui prévoit son application aux pratiques restrictives de la concurrence qui ont lieu en territoire portugais ou qui peuvent y avoir des effets. Si cette règle n'écarte pas le jeu des règles de conflit (bilatérales) du for, il ne demeure pas moins vrai qu'elle impose l'application des dispositions du décret-loi en question chaque fois que la pratique restrictive de la concurrence a lieu en territoire portugais ou produit ses effets au Portugal. C'est donc l'importance de l'intérêt général dont la protection est en question (la défense de la concurrence) qui est à la base d'une détermination autonome du champ d'application des dispositions qui en ont pour but la sauvegarde.

On dira de même de la législation s'adressant au licenciement des travailleurs, à propos de laquelle la jurisprudence avait constaté qu'elle

²² Pour un exposé de cette doctrine et d'autres avec la même inspiration, voir Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (cit. supra, note 13), p. 592 et s. et Marques dos Santos, *As normas de aplicação imediata em direito internacional privado. Esboço de uma teoria geral* [Les normes d'application immédiate en droit international privé. Esquisse d'une théorie générale], Coimbra, 1991, Almedina, p. 332 et s.

²³ A ce propos, Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (cit. supra, note 13) p. 659 et s.

²⁴ Dans ce sens, Marques dos Santos, *As normas de aplicação imediata em direito internacional privado* (cit. supra, note 22), v. II, p. 964 et s.

²⁵ Décret-loi n° 371/93, du 29 octobre 1993 (*Diário da República*, 1ère Série-A, n° 254, du 29 octobre 1993).

s'appliquait (avant l'entrée en vigueur au Portugal de la Convention de Rome) chaque fois que le contrat de travail était exécuté au Portugal ^{26, 27}.

Enfin, la récente législation sur les contrats de crédit à la consommation ²⁸ prévoit aussi, à son article 20, qu'elle s'applique, indépendamment de la loi régissant ce contrat, chaque fois que le consommateur a sa résidence habituelle au Portugal dès que la conclusion du contrat ait été précédée d'une offre ou publicité faite au Portugal et le consommateur y ait émis sa déclaration de volonté.

Il faudra cependant souligner que cette attention aux intérêts étatiques et à leur promotion, bien qu'étant considérée comme une exception ou limitation au jeu du système conflictuel, se voit reconnaître une portée bien délimitée et en principe exceptionnelle.

4. *La tension entre les objectifs de flexibilité et sécurité juridique*

Comme cela arrive avec les systèmes de droit où les sources législatives jouent un rôle majeur, le droit international privé portugais s'inspire plutôt de la sécurité juridique, les règles de conflit étant surtout caractérisées par leur rigidité. Ceci étant, des clauses d'exception à caractère général ²⁹, assurant la flexibilité

²⁶ Voir l'arrêt du Tribunal da Relação do Porto [Cour d'appel de Porto] du 25 novembre 1991 (*in Colectânea de Jurisprudência* [Recueil de Jurisprudence], 1991, t. 5, p. 232-234).

²⁷ Pour d'autres exemples, voir Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (*cit. supra*, note 13), p. 659 et s. et Marques dos Santos, *As normas de aplicação imediata em direito internacional privado* (*cit. supra*, note 22), p. 898 et s.

Il arrive parfois, même si moins souvent, qu'une disposition donnée confirme qu'elle ne veut pas être vue comme un *overriding statute*, une règle dont le domaine d'application dépasserait la compétence du système auquel elle appartient. C'est ce qui se passe avec l'article 6 du Décret-loi n° 119/82, du 20 avril 1982 (*DR*, 1ère Série, n° 91, du 20 avril 1982), qui dispose que le régime particulier de suspension du droit de déclarer la résolution unilatérale d'un contrat que cet acte normatif impose dans certaines circonstances indiquées dans l'article 1er "ne peut pas être invoqué aux effets de l'article 22 du Code Civil (réserve de l'ordre public international) quand la loi applicable au contrat est, d'après les règles de conflit portugaises, une loi étrangère". La *ratio* de la disposition et la façon dont une telle possibilité est admise pouvant laisser des doutes à ce propos, le législateur a voulu précisément les écarter (voir Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, *cit. supra*, p. 679, note 648).

²⁸ Décret-loi n° 359/91, du 21 septembre 1991 (*in Diário da República*, 1ère Série-A, n° 218, du 21 septembre 1991, p. 4998 et s.).

²⁹ Sur cette figure, Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (*cit. supra*, note 13), p. 398 et s. et "Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions — Portugal", *in Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions — ou le principe de proximité* (préparé par D. Kokkini - Iatridou), Dordrecht, 1994, Martinus Nijhoff Publishers, p. 273 et s. et Marques dos Santos, *As normas de aplicação imediata em direito internacional privado* (*cit. supra*, note 22), p. 397 et s.

des règles de conflit, y étaient inconnues jusqu'à l'entrée en vigueur³⁰ de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Cela n'empêche pas, toutefois, que la doctrine portugaise ait depuis longtemps souligné le caractère subordonné de la règle de conflit à l'égard des valeurs qui en constituent le fondement et son rôle instrumental pour ce qui est de la réalisation des objectifs majeurs du droit international privé³¹: ce qui implique que son application doit être écartée lorsque la démarche proposée par une telle règle puisse mettre en danger la réalisation de ces valeurs-là³². Si les auteurs se disputaient à propos des mérites d'une clause d'exception à caractère général³³, son importance a été soulignée en particulier à propos de l'interprétation de la règle de conflit en matière de rapports entre les époux³⁴ et le système de droit international privé portugais connaît ce qu'on peut appeler des clauses d'exception spéciales fermées³⁵ en matière de responsabilité délictuelle.

Tout d'abord, une clause d'exception spéciale à l'article 45, n° 3, du Code Civil, qui amène à exclure l'application de la loi en principe compétente³⁶ lorsque, l'auteur et la victime ayant la même nationalité ou, à défaut, la même résidence habituelle, ils se trouvent occasionnellement en pays étranger. Dans ces circonstances, la loi applicable sera celle de la nationalité ou de la résidence habituelle communes, sans préjudice des dispositions de l'État du lieu qui doivent s'appliquer indistinctement à toutes les personnes.

³⁰ Le 1^{er} septembre 1994.

³¹ Voir en ce sens Moura Ramos, "Dos direitos adquiridos em direito internacional privado" [Sur les droits acquis en droit international privé], *BFDUC*, v. L (1974), p. 175-217 (211-214) et *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (*cit. supra*, note 13), p. 379-382 et Ferrer Correia, "Les problèmes de codification en droit international privé", (*cit. supra*, note 9), p. 114.

³² Ainsi Baptista Machado, *Lições de direito internacional privado* (*cit. supra*, note 1), p. 168-170.

³³ Voir, pour ce débat, Moura Ramos, "Les clauses d'exception en matière de conflit de lois et de conflit de juridictions — Portugal" (*cit. supra*, note 29), p. 279-281.

³⁴ On a parlé à ce propos de clause d'exception implicite. Voir José Cunhal Sendim, "Notas sobre o princípio da conexão mais estreita no direito internacional privado matrimonial português" [Notes sur le principe du rattachement plus étroit dans le droit international privé matrimonial portugais], *Direito e Justiça*, v. VII (1993), p. 311-375, p. 349-369.

L'article 52 du Code Civil soumettant les rapports entre époux à la loi nationale commune, à défaut à la loi de la résidence habituelle commune et à défaut à la loi présentant avec la vie familiale des rapports plus étroits, on a soutenu que les deux premiers rattachements fussent écartés lorsqu'il aura été démontré d'une façon non équivoque que la vie familiale présente les liens les plus étroits avec un autre ordre juridique.

³⁵ Clauses d'exception fermées parce que le mécanisme correcteur qu'elles contiennent n'amène pas le juge à découvrir la loi des liens les plus étroits mais lui fait suivre une autre direction choisie d'avance par le législateur.

³⁶ Celle de la loi de l'État où s'est réalisée l'activité principale qui a causé le préjudice — article 45, n° 1.

Par la suite, une clause spéciale fermée, mais ayant maintenant un but substantiel, écarte l'application de la loi du lieu du fait générateur en bénéfice de celle du lieu du dommage si cette dernière loi prévoit l'auteur comme responsable mais qu'il n'en soit pas de même de la première loi, si l'auteur aurait dû prévoir la production des dommages dans ce pays en tant que conséquence de son acte ou omission (article 45, n° 2).

Soit dans l'un ou autre des cas, la flexibilité se limite au pouvoir d'écarter l'ordre juridique en principe choisi (effet négatif), le juge devant alors suivre l'indication concrète du législateur et n'étant pas autorisé à déterminer la loi applicable au vu de son interprétation des exigences générales du système dans le cas d'espèce. Un tel pouvoir (il s'agit ici de la seule règle de conflit vraiment souple) n'existe qu'à l'égard des articles 52 (rapports entre époux) et 60, n° 2 (constitution de l'adoption par des époux ou par une seule personne lorsque l'adopté est l'enfant de son conjoint). Le recours à la loi ayant des liens les plus étroits avec la vie familiale semble se présenter comme découlant d'un vrai constat d'échec devant l'effort de trouver un rattachement qui puisse se référer à une donnée commune aux deux conjoints: c'est ce qui arrive lorsqu'ils n'ont ni la même nationalité ni la même résidence habituelle.

Dans ces conditions, on s'accordera à constater la primauté reconnue aux valeurs de sécurité juridique à l'égard de celles se rapportant à la flexibilité dans les règles de conflit. Une conclusion qui est encore renforcée par le refus, au Portugal, de tout abandon du système de la règle de conflit au profit d'une décision judiciaire à caractère casuistique, dans le sillage de David Cavers.

5. *L'antagonisme entre, ou la coexistence d'approches multilatéral, unilatéral et substantive*

La conception de justice (conflictuelle) dont la primauté est assurée au sein du droit international privé portugais est à l'origine, comme nous l'avons souligné ³⁷, du rôle dévolu au principe de l'harmonie juridique internationale dans ce système de droit. Il est également vrai que la réalisation de ce principe ne serait pas possible si les options du législateur portugais auraient été dans le sens d'une quelconque préférence pour l'application de la *lex fori*. Bien au contraire, l'orientation suivie à ce propos au Portugal s'inspire, ici comme à d'autres propos ³⁸, d'une idée d'égalité de traitement entre la loi du for et les

³⁷ *Supra*, n° 4.

³⁸ Sur ce point voir, plus en détail, Ferrer Correia, "Une codification nationale à l'épreuve du principe d'égalité: le Code Civil portugais de 1966 "revisited"", in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, v. IV, Milano, 1987, Giuffrè, p. 63 et s.

différentes lois étrangères. Ce n'est qu'un tel critère qui peut assurer l'universalisation des solutions de conflit, ce qui fait que la structure bilatérale de la règle de droit international privé soit la seule qui semble convenir aux buts que cette branche du droit se propose.

Ceci étant, il n'est pas surprenant du tout que l'ensemble de règles de conflit contenues dans le Code Civil Portugais se caractérise par sa fidélité à la méthode bilatérale, les cas de coexistence avec d'autres procédés étant rares ³⁹.

Cependant, une structure unilatérale a été adoptée par la règle de l'article 28, n° 1, du Code Civil, qui n'admet pas l'annulation, pour cause d'incapacité, d'un acte juridique pratiqué au Portugal par une personne incapable selon sa loi personnelle ⁴⁰ si la loi portugaise, au cas où elle serait compétente, considérerait cette personne comme capable ⁴¹. Mais cette dérogation à la compétence de la loi personnelle (et à la structure bilatérale du système de conflit) a une portée bien réduite: déterminée par les intérêts généraux de la protection du commerce juridique, elle fait elle-même l'objet d'une bilatéralisation, lorsque le numéro 3 du même article prescrit que si l'acte est pratiqué par un incapable dans un pays étranger, on appliquera la loi de ce pays-là qui comporte des règles identiques à celles prévues aux alinéas précédents.

Une autre règle de conflit unilatérale, celle de l'article 51, n° 2, impose que le mariage à l'étranger de deux portugais ou entre portugais et étranger, dans le cas où il est contracté devant les agents diplomatiques ou consulaires de l'État Portugais ou devant les ministres du culte catholique, soit toujours précédé d'une procédure de publications au cas où la loi portugaise ne la dispense pas.

Pour ce qui regarde maintenant l'adoption de solutions de droit matériel pour des situations privées internationales, rappelons que l'article 26, n° 2, règle le conflit de présomptions de survie par référence au critère substantiel de l'article 68, n° 2, du Code Civil, qui consacre une présomption de mort simultanée. Cette solution n'intervient cependant pas comme une règle de droit du système portugais mais plutôt comme un critère de droit matériel auquel le législateur fait recours dans l'hypothèse de l'article 26, n° 2, au lieu de préférer la solution d'une des différentes lois en présence (dont même la loi du for) chaque fois que les présomptions de survie y consacrées soient divergentes. De même,

³⁹ Pour ce qui est de la présence d'autres procédés ou de structures normatives s'écartant du principe de l'égalité de traitement hors du Code Civil, voir *supra*, n.ºs 2 et 3.

⁴⁰ Une telle loi étant, selon l'article 31, n° 1, la loi nationale.

⁴¹ Le numéro 2 du même article écarte la solution au cas où l'autre partie avait connaissance de l'incapacité ou, s'agissant d'un acte juridique qui est soit unilatéral, soit appartienne au droit de la famille ou des successions, soit concerne la disposition d'immeubles situés à l'étranger.

l'article 2223 du Code Civil conditionne aussi l'efficacité au Portugal d'un testament fait à l'étranger en accord avec les prescriptions de la loi étrangère compétente au respect d'une forme solennelle dans son établissement ou approbation ⁴².

Ces cas étant des exceptions à l'orientation générale suivie dans toutes les autres règles de conflit, on peut conclure par l'attachement majoritaire du système portugais de droit international privé à la méthode dite bilatérale ou multilatérale.

6. *L'antagonisme entre, ou la coexistence de règles et approches dans le domaine du conflit de lois*

Pour des raisons que nous avons déjà mentionnées ⁴³, on peut maintenant se borner à dire à ce propos que le système portugais de droit international privé donne très clairement la primauté à des règles de conflits rigides et à caractère localisateur, ne reconnaissant pas de place à d'autres approches qui se caractérisent par une hostilité à l'égard de règles préétablies et qui soulignent l'avantage de l'adoption de solutions plus ouvertes (*open-ended rules*) où le juge se limiterait à prendre en considération certains critères qui devraient le guider dans le choix de la loi à appliquer à une situation internationale donnée. Au-delà de la critique doctrinale qui s'est dressée à l'égard d'une telle voie de solution ⁴⁴, il faudra simplement mentionner que la réception au Portugal de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles ⁴⁵ a mis la pratique judiciaire portugaise en contact avec les règles de conflits à caractère souple ⁴⁶. En effet, et jusqu'à ce moment-là, la seule référence dans notre système de droit international privé à "l'application

⁴² Sur l'interprétation de cette disposition, voir, dernièrement, Guilherme de Oliveira, "Note sur l'arrêt du Supremo Tribunal de Justiça [Cour Suprême de Justice] du 12 mai 1992", in *RLJ*, v. 125 (1992-1993), p. 314 et s.

⁴³ Cfr. notamment *supra*, n° 4.

⁴⁴ Voir Ferrer Correia, "Les problèmes de codification en droit international privé" (*cit. supra*, note 9), p. 113.

⁴⁵ Voir *supra*, n° 4, et note 30.

⁴⁶ Sur ce système, dernièrement, Moura Ramos, "Previsão normativa e modelação judicial nas convenções comunitárias relativas ao direito internacional privado" [Prévision normative et développement juridictionnel dans les conventions communautaires de droit international privé], in *O Direito Comunitário e a Construção Europeia* [Le Droit Communautaire et la Construction Européenne], Coimbra, 1998, (en cours de publication).

de la loi du pays avec lequel la vie familiale se trouve le plus strictement liée”⁴⁷ était plutôt un constat d’impuissance qu’un choix méthodologique du législateur de droit international privé⁴⁸.

7. *L’antagonisme entre, ou la coexistence de “jurisdiction selecting rules” et règles ou approches en fonction du résultat*

Les remarques que nous avons fait jusqu’à présent semblent aller dans le sens d’une adhésion du système portugais de droit international privé au modèle des *jurisdiction-selecting rules*. En effet, nous avons déjà suggéré que le choix opéré par la règle de conflit est un choix entre ordres juridiques⁴⁹ et non pas, comme le soutenait David Cavers, entre dispositions de droit matériel. D’autre part, un tel choix obéissant surtout à des considérations de nature localisatrice, sauf dans la mesure citée où des considérations à caractère matériel sont prises en compte⁵⁰, il semble que le paradigme de la catégorie de règles citée est celui qui préside à la conception générale du droit international privé portugais.

Une telle conclusion serait cependant trop précipitée et laisserait certainement dans l’ombre des aspects importants qui ne peuvent être oubliés si l’on veut caractériser d’une façon correcte le modèle qui est derrière le système conflictuel portugais.

En effet, et même si on oublie les exemples de règles de conflit à rattachement matériel que nous avons citées ci-devant⁵¹, il faut rappeler que l’application, à une situation matérielle donnée, de n’importe quelle règle appartenant à l’ordre juridique dont la compétence a été établie par le système conflictuel, ne peut pas se passer du contenu et des objectifs prônés par ces normes. Cela découle très nettement, et avec un caractère tout à fait général, de la règle de l’article 15 du Code Civil qui, en matière de qualification, exige

⁴⁷ Articles 52, n° 2 (relations entre les conjoints) et 60, n° 2 (Adoption par des personnes mariées ou adoption d’un enfant du conjoint de l’adoptant) du Code Civil, dans la rédaction introduite par la Réforme de 1977 (*supra*, note 1). Auparavant, la loi applicable était celle de la nationalité du mari, rattachement qui a été abandonné pour avoir été considéré contraire au principe constitutionnel de l’égalité des conjoints. Sur ce problème, et au-delà des ouvrages cités *supra* à la note 1, voir Moura Ramos, *Direito Internacional Privado e Constituição* [Droit International Privé et Constitution], Coimbra, 1980, Coimbra Editora et *infra*, n° 13, b).

⁴⁸ Voir *supra*, n° 4, *in fine*.

⁴⁹ Cfr. *supra*, n° 5.

⁵⁰ Voir *supra*, n° 2, *in fine*, et n° 4.

⁵¹ Les articles 45, n° 2, du Code Civil, 36, n° 2, et 65, n° 1, du même Code et également, par exemple, l’article 38 du Décret-loi n° 178/86. Voir *supra*, n° 2, *in fine*, et n° 4.

que l'application de chaque norme matérielle ne soit pas dissociée à la fois de son contenu et de la fonction qu'elle remplit dans l'ordre juridique auquel elle appartient⁵². D'autre part, le contenu et les buts des normes de droit substantiel sont aussi décisifs dans le cadre des normes spatialement conditionnées ou autolimitées, pour décider de leur non-application lorsqu'il en découle une volonté d'exclure cette application aux situations se trouvant liées à l'ordre juridique auquel elles appartiennent par un rattachement donné⁵³.

On pourra donc prétendre que le droit international privé portugais, s'il n'adopte pas une *substantive-oriented* approche ne peut pas non plus être simplement classé du côté des systèmes se faisant l'écho d'une démarche du type *jurisdiction-selecting*.

8. Objectifs ou intérêts étatiques, "false conflicts" et catégories analogues

Comme nous l'avons souligné ci-devant⁵⁴, il y a à l'intérieur du système portugais de droit international privé des règles matérielles dont le domaine d'application dans l'espace dépend des précisions données par son libellé. Il s'agit des règles *autolimitées* (*spatially limited rules*; *normes fixant leur propre domaine d'application*; *selbstgerechte Sachnormen*; *Sachnormen mit abgrenzendem Tatbestandsmerkmal*) dont le domaine d'application dans l'espace (c'est-à-dire, leur application aux situations à rattachement multiple) dépend soit des indications fournies à cet égard par le législateur lui-même, soit de leur volonté d'application à ces situations qui peut être établie par l'interprète, compte tenu de la fonction jouée par ces dispositions à l'intérieur de l'ordre juridique. En principe l'existence de ces règles peut s'accommoder parfaitement avec le système conflictuel, si la fonction de ces dispositions, leur *ratio*, n'amène qu'à leur non-application à des situations à rattachement multiple pour lesquelles le droit portugais constituait l'ordre juridique compétent: c'est ce qui arrive notamment avec l'article 36 du Décret-loi n° 248/86 déjà cité⁵⁵. Cette règle restreint le domaine d'application dans l'espace du régime particulier établi par

⁵² Sur ce point, voir *infra*, n° 11.

⁵³ Voir, par exemple, et pour un cas où cette volonté de non-application se manifeste clairement, l'article 36 du Décret-loi n° 248/86, du 25 août 1986, concernant le régime de l'établissement commercial individuel à responsabilité limitée, d'après lequel ce statut particulier ne s'applique qu'au cas où un tel établissement sera constitué au Portugal et y aura son siège principal et effectif.

⁵⁴ *Supra*, n° 3.

⁵⁵ Voir *supra*, note 53.

le texte auquel elle appartient (la limitation de la responsabilité du commerçant individuel) aux situations où l'établissement sera constitué au Portugal et y aura son siège principal et effectif. D'après le système général de conflits, il suffisait que l'établissement soit situé au Portugal pour que la responsabilité du commerçant en question soit réglée par le droit portugais⁵⁶. Mais l'objectif de l'article 38 précité est de rendre clair que le régime spécial de responsabilité qu'il prévoit⁵⁷ ne peut être applicable aux situations à rattachement multiple que si le commerçant a également constitué au Portugal⁵⁸ son établissement individuel à responsabilité limitée. Dans ces conditions, la possibilité accordée par ce texte reste réservée aux commerçants ayant constitué leur établissement au Portugal, tous les autres restant assujettis aux règles générales⁵⁹.

Mais, dans d'autres cas, la *ratio* d'une règle légale, parfois explicitement révélée dans son libellé, peut exiger son application à des situations pour lesquelles l'ordre juridique portugais n'était même pas compétent d'après le système général de conflit de lois. Dans ces circonstances, la coexistence de cette approche avec l'ensemble des règles de conflits amène à une pluralité de méthodes ou de procédés à l'intérieur du système de droit international privé. C'est ce qui arrive avec les règles d'application nécessaire et immédiate⁶⁰ qui exigent leur application à des situations à rattachement multiple données, indépendamment de la compétence du système juridique portugais déterminée dans son ensemble par les règles de conflit. Dans ces situations, c'est la fonction de la règle elle-même (l'objectif qu'elle poursuit, l'intérêt étatique qui lui est sous-jacent) qui justifie leur application à des situations présentant un certain lien avec l'ordre juridique portugais, mais un lien qui n'est cependant pas suffisant pour fonder la compétence de cet ordre juridique d'après le système de conflits.

Cette construction, qui reconnaît l'existence de règles de droit matériel qui sont accompagnées d'une *Ausdehnungsnorm*, est partagée par l'ensemble de la doctrine portugaise de droit international privé, qui en a fait recours à propos

⁵⁶ Voir les articles 3 du Code des Sociétés Commerciales et 33, n° 2 du Code Civil.

⁵⁷ D'après le régime général, le commerçant répond avec tout son patrimoine pour les dettes qu'il a contractées dans son activité. Le Décret-loi n° 248/86 lui permet, par un processus déterminé, de limiter sa responsabilité à une partie de son patrimoine.

⁵⁸ En accord avec les dispositions du Décret-loi en question.

⁵⁹ Voir *supra*, note 53.

⁶⁰ Voir *supra*, n° 3.

de différentes réglementations de droit substantiel ⁶¹. Les objectifs (*policies*) des lois matérielles en compétition sont donc ouvertement pris en compte par le système de droit international privé portugais même si on parle à ce propos plutôt de la finalité de la règle en question que de l'intérêt étatique dans son application à une situation donnée.

Concernant maintenant l'idée d'un *false conflict*, dans le sens d'une situation où au moins l'un des États, avec lequel la situation présenterait des liens, ne serait pas intéressé par l'application de la loi respective, elle n'est pas, en tant que telle, connue de notre doctrine. En effet, en principe, si une des règles en question ne veut pas être appliquée, parce qu'il s'agit d'une norme autolimitée, cela ne remet pas en question la compétence de l'ordre juridique auquel telle norme appartient, puisqu'une telle compétence ne découle pas de la règle en question mais du système de conflits de lois. Si une règle matérielle ne veut pas s'appliquer, et puisque la compétence de l'ordre juridique portugais n'est pas mise en question, d'autres règles de cet ordre juridique seront applicables, le cas échéant. Savoir donc dans quelle mesure une autre règle serait applicable, c'est un problème d'interprétation du système juridique qui ne pourra être résolu que dans le cas d'espèce ⁶².

Si le rôle essentiel reconnu à la méthode conflictuelle dans le système portugais de droit international privé ⁶³ écarte donc la parution de situations de

⁶¹ Au-delà des auteurs et ouvrages cités *supra*, aux notes 23 et 24, cfr. Isabel de Magalhães Collaço, *Da Compra e Venda em Direito Internacional privado. Aspectos Fundamentais* [De la vente en droit international privé. Aspects fondamentaux], v. I, Lisboa, 1954, p. 315 et s., Baptista Machado, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das leis* (cit. *supra*, note 8), p. 269-280, Moura Ramos, *Direito internacional privado e constituição* (cit. *supra*, note 47), p. 112-123, "Aspects récents du droit international privé portugais" (cit. *supra*, note 6), p. 478-482 et "La protection de la partie contractuelle la plus faible en droit international privé portugais", in *Droit International et Droit Communautaire* (cit. *supra*, note 17), p. 97 et s., p. 118 et s., Marques dos Santos, "Les règles d'application immédiate dans le droit international privé portugais", *ibidem*, p. 187 et s. et "Le statut des biens culturels en droit international privé", in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional* [Etudes de Droit International Privé et de Droit de la Procédure Civile Internationale], Coimbra, 1998, Almedina, p. 166 et s., p. 194-197, Ferrer Correia, "A venda internacional de objectos de arte e a protecção do património cultural" [La vente internationale d'objets d'art et la protection du patrimoine culturel], Coimbra, 1994, Coimbra Editora, p. 52 et s. et Lima Pinheiro, *Contratos de Empreendimento Comum em Direito Internacional Privado* [Contrats de coopération d'entreprises en droit international privé], Lisboa, 1996, thèse polycopiée, p. 608-628.

⁶² Pour des exemplifications de ce raisonnement, voir Ferrer Correia, "Les problèmes de codification en droit international privé" (cit. *supra*, note 9), p. 114-115 et Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (cit. *supra*, note 13), p. 648-656 et Marques dos Santos, *As normas de aplicação imediata no direito internacional privado* (cit. *supra*, note 22), p. 843-886.

⁶³ Ce rôle est limité par l'existence de règles d'application nécessaire et immédiate et de règles de droit international privé matériel mais, dans les situations où de telles règles se présentent et veulent être appliquées on ne saura pas, tout au contraire, parler de *false conflict*.

false conflict, dans le sens cité, il faut dire que dans certaines situations on arrive à un résultat qui ne s'éloigne pas trop de celui-ci. L'existence d'un *false conflict* ayant été invoquée pour souligner l'absence de nécessité de recours à une règle de conflit de lois, il faut dire qu'il a été affirmé dans la doctrine portugaise qu'un problème de choix de la loi (*a choice-of-law problem*) ne se présente pas dans les situations dites relativement internationales⁶⁴, une fois que la situation n'ayant que des rattachements avec un seul système de droit étranger, celui-ci devra être appliqué eu égard à un principe universel de droit qui prescrit la reconnaissance des droits acquis et la protection de la continuité de la vie juridique des individus en garantissant leurs attentes légitimes⁶⁵. On n'a donc besoin d'aucune règle de conflit de lois, de même que dans les situations où les diverses lois en question sont d'accord pour ce qui est du droit applicable. Et, afin de souligner qu'on n'éprouve donc la nécessité d'une règle de conflit, il est également possible de parler de *false conflict*, si bien que dans un contexte qui ne sorte pas du cadre du système conflictuel.

9. Développements concernant la doctrine du renvoi

A propos de la question du renvoi, on doit remarquer que le Code Civil Portugais de 1966, s'appuyant sur la doctrine et la pratique judiciaire qui l'ont immédiatement précédé, a élaboré un ensemble cohérent de solutions qui présente une originalité certaine. Nous nous bornerons donc à ce système de solutions auquel la jurisprudence postérieure n'a d'ailleurs, jusqu'à présent, apporté des développements significatifs.

Les tribunaux portugais avaient déjà, depuis l'aube de notre siècle, et avec l'appui exprès d'une partie de la doctrine, utilisé la théorie du renvoi⁶⁶, cette utilisation s'étant prorogée jusqu'aux années soixante⁶⁷, même si la doctrine dans sa majorité lui demeurait hostile.

⁶⁴ Dans la terminologie de Jitta, on désigne de cette façon les situations qui ne présentent de rattachements qu'avec un seul ordre juridique étranger mais dont le juge du for (portugais dans notre cas) doit juger.

⁶⁵ Voir Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (cit. supra, note 1), p. 10-11 et "Autonomia do problema do reconhecimento dos direitos adquiridos em Machado Vilela e suas implicações" [Autonomie du problème de la reconnaissance des droits acquis chez Machado Vilela et ses conséquences], *Scientia Juridica*, 20 (1971), p. 398 et s., p. 402.

⁶⁶ Voir Veiga Beirão, "La théorie du renvoi devant les tribunaux portugais", *Clunet*, 35 (1908), p. 367 et s. et l'arrêt d'un tribunal de Lisbonne du 6 avril 1907 y cité.

⁶⁷ Voir les arrêts du Supremo Tribunal de Justiça [Cour Suprême de Justice] du 15 novembre 1921 (avec la note critique de Mário de Figueiredo), in *BFDUC*, 7 (1921-1923), p. 109 et s.), du

Au contraire, le Code Civil de 1966, qui dans le premier article où il a traité la question semble se placer apparemment dans la même ligne ⁶⁸, se range nettement plutôt, de par l'ampleur des exceptions (ou des déviations) qu'il consacre à cette règle générale, du côté de ceux qui prônent une position favorable au renvoi. Ainsi, les n° 1 des articles 17 et 18, qui s'adressent respectivement aux hypothèses de renvoi au deuxième degré (*Weiterverweisung*) et de renvoi au premier degré (*Rückverweisung*) acceptent expressément le renvoi dès que celui-ci permette d'atteindre l'harmonie juridique internationale ⁶⁹. Le Code adopte donc une position intermédiaire sur cette question, qui s'écarte soit de la théorie de la référence matérielle (*Sachnormverweisung*), soit de celle de la référence globale (*Gesamtverweisung*), soit de la *foreign court theory*. Au lieu de ces conceptions rigides, il préfère concevoir le renvoi comme un outil (*Rechtsbehelf*) auquel on fait recours chaque fois qu'il peut amener à un résultat souhaitable, celui de l'harmonie juridique internationale (*Entscheidungseinklang*) ^{70, 71}.

Toutefois, cette harmonie de solutions entre le système de la *lex fori* et celui d'une loi désignée par cette dernière n'est pas suffisante pour justifier le renvoi dans le domaine du statut personnel. En effet, le n° 2 de l'article 17 écarte le renvoi (qui serait admis par la règle du n° 1) chaque fois que la *lex domicilii* est la loi du for ou que cette même *lex domicilii* fait une référence

8 octobre 1935 (*in RLJ*, 68 (1935-1936), p. 284), du 4 décembre 1936 (*in Revista dos Tribunais*, 55 (1937), p. 23), du 28 octobre 1952 (*in RLJ*, 85 (1952-1953), p. 263 et s., avec note défavorable de Alberto dos Reis), du 1er mai 1953 (*BMJ*, 37 (juillet 1953), p. 293), du 23 janvier 1959 (*in BMJ*, 83 (février 1959), p. 393 et s.) et du 21 juin 1960 (*BMJ*, 98 (juillet 1960), p. 490).

⁶⁸ L'article 16 dispose, en effet, que "lorsqu'une règle de conflit déclare compétente une loi étrangère, cette déclaration ne détermine, sauf disposition contraire, que l'application du droit interne de cette loi".

⁶⁹ Dans la première situation, si la loi tierce accepte la compétence qui lui est dévolue et, dans le deuxième cas, si la loi que le système du for estime compétente fait à ce même système une référence matérielle. Cette approche du mécanisme du renvoi était déjà soutenue d'une façon claire dans notre doctrine par Ferrer Correia, "La question du renvoi dans le nouveau code civil portugais", *in Miscellany in honor of Charalambos Fragistas*, v. II, Thessaloniki, 1967, p. 339 et s., Isabel de Magalhães Collaço, *A devolução na teoria da interpretação e aplicação da norma de direito internacional privado* [La dévolution dans la théorie de l'interprétation et de l'application de la règle de droit international privé], Coimbra, 1959, Coimbra Editora, notamment p. 41 et s., et Vasco Taborda Ferreira, "La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Portugal", *Recueil des Cours*, 89 (1956-I), p. 605 et s., p. 622.

⁷⁰ Sur l'importance de cette valeur dans le système de droit international privé portugais, voir *supra*, n° 3.

⁷¹ Pour un exposé des solutions du Code Civil portugais sur le renvoi, voir Ferrer Correia, "La question du renvoi dans le nouveau Code Civil Portugais" (*cit. supra*, note 69).

matérielle à la loi nationale ⁷². Et le n° 2 de l'article 18, exige, pour l'acceptation du renvoi au premier degré, et au-delà de la condition générale mentionnée ci-devant ⁷³, que la *lex domicilii* soit la loi du for ou une loi renvoyant à la *lex fori* avec une référence matérielle. Derrière ces solutions, pour lesquelles la doctrine a donné des explications différentes ⁷⁴, il y a l'idée que, en matière de statut personnel, il n'y a pas d'harmonie juridique internationale authentique sans l'accord de la *lex patriae* et de la *lex domicilii*, les deux lois fondamentalement intéressées dans ce domaine. Ceci étant, le renvoi ne serait vraiment justifié qu'en présence de cet accord, son acceptation ne s'imposant pas à la lumière du raisonnement cité, dans les cas où il fait défaut.

Nonobstant l'argumentation que nous venons d'exposer, le n° 3 de l'article 17, consacre encore une autre hypothèse de renvoi au deuxième degré, dans certaines matières appartenant au statut personnel ⁷⁵, quand la loi à laquelle renvoie la loi nationale est la loi de la situation des immeubles et celle-ci s'estime compétente. Il s'agit ici, bien évidemment, d'une application indirecte du principe de la *Näherberechtigung* et de l'idée d'effectivité qui lui est sous-jacente: le législateur n'ayant pas suivi en général cette doctrine, il a malgré tout estimé que le renvoi à la *lex rei sitae* se justifiait, en matière de statut personnel, même en absence d'un accord entre la *lex patriae* et la *lex domicilii*, s'il traduisait l'accord entre la loi nationale et la loi de la situation des immeubles; ce que revient, de toute évidence, à souligner l'importance du rattachement à cette dernière loi.

Au-delà du principe de l'harmonie internationale des décisions, une autre idée inspire aussi la réglementation du renvoi dans le Code Civil Portugais — celle de la conservation des actes juridiques (*favor negotii*). Cette idée se présente avec un double versant. D'une part, et comme nous l'avons déjà dit ci-devant ⁷⁶, en matière de forme, le renvoi de la loi du lieu de célébration de l'acte à n'importe quelle autre loi est accepté à condition que ce dernier ordre juridique permette de préserver la validité de l'acte qui serait nul à l'égard de la

⁷² La loi nationale est la loi compétente en matière de statut personnel (article 31, n° 1).

⁷³ *Supra*, note 69.

⁷⁴ Voir Ferrer Correia, "La question du renvoi dans le nouveau Code Civil Portugais" (*cit. supra*, note 69), p. 359-362 et Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, note 1), p. 199-201 et 203-216.

⁷⁵ Il s'agit de la tutelle, la curatelle, les rapports patrimoniaux entre époux, la puissance paternelle, les rapports entre adoptant et adopté et les successions à cause de mort.

⁷⁶ Voir *supra*, n° 2, *in fine*, et note 14.

lex loci celebrationis ⁷⁷. D'autre part, et au-delà de cet effet positif du principe du *favor validitatis*, l'article 19, n° 1, lui reconnaît en outre un effet neutralisant le renvoi. Cette disposition prescrit d'écarter le renvoi permis par les règles des articles 17 et 18 au cas où le renvoi conduirait à la nullité ou à l'inefficacité d'un acte juridique (ou à la méconnaissance d'un état) qui sans le renvoi serait valable ou efficace. La solution ayant pour but le développement du commerce international, elle suppose donc que les parties aient placé la confiance dans la validité de l'acte. On ne peut donc la justifier que si elles ont pu croire à l'application de la loi désignée par la *lex fori*, ce qui implique qu'elles auraient été en contact avec ce dernier ordre juridique au moment de la célébration de l'acte ⁷⁸.

Enfin, l'article 19, n° 2, écarte aussi le renvoi chaque fois que la loi applicable est désignée par les parties elles-mêmes. Si l'autonomie des parties est à l'origine de la compétence de l'ordre juridique, le respect de la volonté qu'elles ont exprimé (et qui reste dans ces conditions le fondement de la règle de conflit) écarte tout naturellement le renvoi.

C'est l'inspiration des solutions du Code Civil Portugais dans les principes de l'harmonie des solutions et du *favor validitatis* et surtout la fidélité qu'elles témoignent au principe de l'égalité de traitement ⁷⁹, qui fait sa singularité parmi les autres constructions où il arrive rarement que le renvoi au premier et au deuxième degrés dépendent des mêmes conditions ⁸⁰.

10. Développements concernant la doctrine de l'ordre public

Si, comme nous l'avons constaté ⁸¹, l'originalité est un des traits les plus marquants de la position du système de droit international privé portugais, en matière de renvoi, c'est au contraire l'héritage de Savigny qui est surtout présent dans le domaine de l'ordre public.

⁷⁷ Voir les articles 36, 2, et 65, 1, du Code Civil. Ce résultat ne se produira cependant pas si la loi qui régit la substance de l'acte exige, sous peine de nullité ou d'inefficacité, l'observance d'une certaine forme, même pour les actes pratiqués à l'étranger (articles 36, 1 et 2, et 65, 2).

⁷⁸ Dans ce sens, Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (cit. supra, note 1), p. 217-219.

⁷⁹ Dans ce sens, Ferrer Correia, "Une codification nationale à l'épreuve du principe d'égalité: le code civil portugais de 1966", "revisited" (cit. supra, note 38), p. 82-84.

⁸⁰ Dans le sens où le renvoi est plutôt conçu comme moyen de maximiser l'application de la loi du for, voir Marques dos Santos, *As normas de aplicação imediata em direito internacional privado* (cit. supra, note 22), p. 226 et s.

⁸¹ *Supra*, n° 9.

En effet, lorsque l'article 22 du Code Civil dispose, dans son n° 1, que "les dispositions de la loi étrangère désignée par la norme de conflit ne seront pas applicables lorsque de son application résulterait la violation des principes fondamentaux de l'ordre public international de l'État portugais", c'est bien évidemment une conception défensive qui est mise en avant. Il n'est pas question de promouvoir par l'affirmative les valeurs de l'ordre juridique du for mais, tout simplement, d'écarter à titre exceptionnel l'application de la loi étrangère si celle-ci se heurte d'une façon manifeste aux principes fondamentaux de ce système. Cette interprétation est encore renforcée par la règle du n° 2 de cet article, qui établit les conséquences de l'intervention de l'ordre public: seront applicables dans ce cas-là, en première ligne, "les normes les plus adéquates de la législation étrangère compétente", et seulement après, à titre subsidiaire, on fera recours aux "règles du droit interne portugais". Le caractère purement subsidiaire de l'application de la *lex fori* et la recherche dans la mesure du possible d'une solution à l'intérieur du système désigné par la règle de conflit renforcent ledit caractère exceptionnel de l'intervention de l'ordre public.

Cette caractéristique a d'ailleurs été soulignée par la doctrine ⁸² et par la jurisprudence ⁸³. Elle découle aussi du principe de l'égalité de traitement entre la loi du for et les ordres juridiques étrangers qui inspire le système de droit international privé portugais et qui tend donc à réduire au strict minimum toute intervention limitant l'application de la loi désignée compétente par la règle de conflit bilatérale ⁸⁴.

Les considérations précédentes concernant le rôle de l'ordre public dans le droit international privé portugais ne sont cependant à même de permettre la conclusion que ce système méconnaît des instruments tendant à promouvoir l'application de la loi du for ou même de lois étrangères. Tout simplement, ce n'est pas le mécanisme de l'ordre public qui remplit cette fonction, mais plutôt les règles d'application nécessaire et immédiate ⁸⁵ ou certaines règles de droit

⁸² Cfr. Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (cit. supra, note 1), p. 256 et 265.

⁸³ Voir notamment l'arrêt du 26 octobre 1994 du Supremo Tribunal de Justiça (in *BMJ*, 440 (novembre 1994), p. 253 et s.), où il est dit que la réserve de l'ordre public international vise simplement à empêcher un résultat choquant et intolérable à l'égard de la loi portugaise et non à formuler un jugement de valeur sur la norme ou l'ordre juridique étrangers. Cette affirmation renvoie à d'autres caractéristiques de l'ordre public, qui sont aussi soulignées par la doctrine: son contenu imprécis, sa fluidité et sa susceptibilité "d'être constamment remis à jour suivant les principes fondamentaux du droit portugais, les usages et les coutumes". Dans ce sens, Vasco Taborda Ferreira, "La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Portugal" (cit. supra, note 69), p. 627.

⁸⁴ Dans ce sens Ferrer Correia, "Une codification nationale à l'épreuve du principe de l'égalité: le code civil portugais de 1966", "revisited" (cit. supra, note 38), p. 84.

⁸⁵ Voir supra, n.º 3 et 8.

international privé matériel ⁸⁶. Ces règles déploient dans notre système une fonction similaire à celle des dispositions de l'article 7 (numéro 2 et numéro 1, respectivement) de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, le rôle de l'ordre public y étant proche de celui qui est réservé à ce mécanisme par l'article 16 de cet instrument conventionnel.

11. Développements concernant la qualification

La question de la qualification est probablement celle au regard de laquelle la position prise par le système codifié de droit international privé a présenté un caractère plus polémique. Une telle position, contenue à l'article 15 du Code Civil ⁸⁷, qui exprime une orientation pratiquement unanime dans la doctrine portugaise la plus représentative dans la deuxième moitié de notre siècle ⁸⁸, est énoncée dans les termes suivants: "La compétence attribuée à une loi ne comprend pas de dispositions autres que celles correspondant, par leur contenu et leur fonction dans cette loi, à la catégorie visée dans la règle de conflit".

⁸⁶ Nous pensons à la règle actuellement contenue à l'article 31, n° 2, de la loi n° 18/85, du 6 juillet 1985 (Loi du Patrimoine Culturel — mais on peut voir déjà l'article premier du Décret-loi n° 27 633, du 3 avril 1937). Ces dispositions considèrent nulles et non avenues les transactions effectuées en territoire portugais ayant pour objet des biens culturels mobiliers originaires d'un pays étranger, "si elles enfreignent les dispositions de la loi de ce pays régissant leur aliénation ou leur exportation". On réussit donc, par le biais de ces règles à faire respecter les *polícies* des législations étrangères concernant la protection du patrimoine culturel. Voir, sur ce point, Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (cit. supra, note 13), p. 718, note 728, Marques dos Santos, *As normas de aplicação imediata no direito internacional privado* (cit. supra, note 22), p. 1056, et "Le statut des biens culturels en droit international privé" (cit. supra, note 61), p. 192 et s. et Ferrer Correia, *A venda internacional de objectos de arte e a protecção do património cultural* (cit. supra, note 61), p. 52 et s.

⁸⁷ Pour la discussion critique de cette disposition, voir surtout Bertrand Ancel, "L'objet de la qualification", *Clunet*, 107 (1980), p. 227 et s., notamment p. 247 et s. et Stefan Grundmann, *Qualifikation gegen die Sachnorm. Deutsche-portugiesische Beiträge zur Autonomie des internationalen Privatrecht*, München, 1985, C. H. Beck, notamment p. 95 et s. Et, en général sur le problème de la qualification, voir, en dernier lieu, Christophe Bernasconi, *Der Qualifikationsprozess im internationalen Privatrecht*, Zürich, 1997, Schulthess Polygraphischer Verlag.

⁸⁸ Voir Ferrer Correia, "Das Problem der Qualifikation im portugiesischen IPR", *ZfRV*, 1970, p. 114 et s., "Une codification nationale à l'épreuve du principe d'égalité: le code civil portugais de 1966", "revisited" (cit. supra, note 38), p. 72 et s. et "Le principe de l'autonomie du droit international privé dans le système juridique portugais" (cit. supra, note 9), p. 122 et s., Isabel Magalhães Collaço, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado* (cit. supra, note 12), p. 141 et s., Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (cit. supra, note 1), p. 102 et s. et note à l'article 2, in Ferrer Correia-Baptista Machado, "Conflitos de leis" [Conflits de Lois], *BMJ*, 136 (mai de 1964), p. 17 et s., p. 47-58.

Dans l'impossibilité d'analyser ici, dans toute sa complexité, les divers fondements de l'option faite par le législateur portugais ⁸⁹, nous nous bornerons à ses traits les plus significatifs.

L'aspect qui éloigne le plus la conception adoptée par le Code Civil portugais de celle qui est dominante dans la doctrine et les systèmes nationaux de droit international privé est le refus conscient de la qualification *lege fori*. Cette prise de position, qui traduit l'autonomie du système de droit international privé à l'égard de l'ordre juridique matériel, se justifie surtout par le respect dû au principe de l'égalité entre l'ordre juridique du for et les autres ordres étrangers. Elle s'enracine dans l'idée, acceptée par la doctrine majoritaire au Portugal, que seulement une structure se fondant sur ce principe peut aboutir à la réalisation de l'harmonie juridique internationale, objectif premier du droit international privé ⁹⁰.

La qualification *lex fori* écartée ⁹¹, on ne pourra donc fonder la compétence d'une loi pour régir une situation internationale donnée sur la désignation par la règle de conflit du for dont la catégorie de rattachement, interprétée par référence à son droit matériel, peut être considérée comme s'adressant à cette situation ⁹². Au contraire, le système juridique lié à une situation donnée par la circonstance de rattachement privilégiée par une règle de conflit sera compétent pour régir les matières qui s'insèrent dans la catégorie de rattachement prévue à une telle règle. Cela découle du fait que toute loi se rattachant à une situation internationale donnée a la vocation à la régir, vu qu'une telle situation rentrerait dans son domaine d'efficacité. Cette vocation se concrétiserait, pour ce qui est de l'ordre juridique du for et pour ce qui est d'une catégorie de rattachement particulière, chaque fois qu'une règle de conflit de ce système lui ferait référence. Dans ces conditions, ladite qualification primaire, dont le but est de fixer la compétence de la loi à appliquer se révèle inutile.

Simplement, l'article 15 du Code Civil précise que la compétence d'un ordre juridique ⁹³ ne comprend que les dispositions qui, par leur contenu et la

⁸⁹ On peut consulter, à cette fin, les travaux cités à la note précédente.

⁹⁰ Voir *supra*, n° 3.

⁹¹ Et il en va de même pour ce qui concerne la *primary characterization* de Robertson ou la *qualification de compétence* à laquelle se rapporte, par exemple, dans la doctrine italienne, Roberto Ago.

⁹² Si on aurait suivi cette approche, et vu que les catégories du droit matériel ont un contenu différent dans les divers ordres juridiques, la désignation de la loi compétente changerait selon le contenu de ces catégories et la loi applicable à l'égard de chaque système de droit international privé serait distincte. L'absence d'harmonie juridique serait donc le corollaire "de l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois", soulignée par Bartin dans son célèbre article au *Clunet*, en 1897 (voir le volume 24 de cette revue, p. 225).

⁹³ Qui découle du mécanisme que nous venons de décrire.

fonction qui leur revient dans une telle loi, appartiennent à l'institut visé dans la règle de conflit ⁹⁴. La solution se justifie par le but d'éviter que la règle de droit matériel soit isolée de l'ensemble organique constitué par la législation à laquelle elle appartient. Et ce n'est donc que de cette deuxième opération ⁹⁵ que s'occupe l'article 15 du Code Civil Portugais.

Cette méthode de qualification peut cependant être à la source de nouvelles situations de conflit ⁹⁶, d'antinomies juridiques, si plusieurs règles de conflit amènent à l'application, à des différents profils juridiques d'une même situation de fait, de règles nationales en elles-mêmes inconciliables (c'est ce qui arrive dans les cas de cumul juridique ou de *conflit positif de qualifications*). Ou, au contraire, à une lacune, au cas où aucune norme des lois ayant compétence pourra être appliquée, du fait de sa non-correspondance à la catégorie de rattachement de la règle de conflit du for qui désigne précisément un tel ordre juridique (situation appelée de *vacuum juridique* ou de *conflit négatif de qualifications* par la doctrine portugaise). Dans ces circonstances, on propose de régler ces conflits de qualifications, en principe, par le biais d'une hiérarchisation des différentes qualifications en conflit ou, le cas échéant, par recours à une perspective de droit matériel ⁹⁷.

Si la conception accueillie par le système de droit international privé portugais, au lieu de résoudre un conflit de qualifications par référence à une qualification *lege fori* nous propose plutôt une méthode à suivre en matière de qualification qui pourra déboucher également sur des situations de conflit ⁹⁸, on constatera qu'il s'agit là du prix à payer pour ne pas enfreindre, avec la démarche en général suivie, le principe d'égalité de traitement entre les différents ordres

⁹⁴ Pour préciser les dispositions légales de la loi désignée pouvant être intégrées dans une certaine catégorie de rattachement du droit de conflits du for, on aura donc égard au but qui leur est assigné dans le système juridique respectif.

⁹⁵ La doctrine s'y rapporte en parlant de *secondary characterization* ou de *qualification matérielle*.

⁹⁶ On constatera qu'au lieu de résoudre les conflits de qualifications, tels qu'envisagés par Bartin, la méthode esquissée est, en fait, à l'origine de situations de conflits (positifs ou négatifs) de compétence parmi les divers ordres juridiques.

⁹⁷ Sur ce sujet, voir en particulier Isabel de Magalhães Collaço, *Da qualificação em direito internacional privado* (cit. supra. note 12), p. 237 et s., Ferrer Correia, "Considerações sobre o problema do método em direito internacional privado" [Considérations sur le problème de la méthode en droit international privé], in *Estudos Vários de Direito* [Etudes diverses de droit], Coimbra, 1992, Por ordem da Universidade, p. 309 et s., p. 334 et s. et Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (cit. supra, note 1), p. 130 et s. En particulier, sur la perspective de droit matériel (le recours à l'adaptation), voir Marques dos Santos "Breves considerações sobre a adaptação em direito internacional privado" [Considérations à propos de l'adaptation en droit international privé], in *Estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha* [Etudes en mémoire du professeur Paulo Cunha], Lisboa, 1988, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

⁹⁸ Voir supra, note 96.

juridiques et pour essayer d'atteindre, dans cette lancée, l'harmonie juridique internationale. Dans ces circonstances, nous croyons qu'une telle perspective, à laquelle la jurisprudence et la doctrine postérieures au Code Civil n'ont pas apporté des contributions significatives, mérite une réflexion.

12. Développements concernant le phénomène du dépeçage

Le droit international privé portugais n'encourage pas, en principe, l'application de différentes lois aux divers aspects d'une même prétention juridique, ce qui nous amène à dire qu'il ne favorise pas le mécanisme dit du *dépeçage*.

Cependant, nous rencontrons des exemples, en matière contractuelle, qui peuvent se rattacher à une telle orientation. D'abord, l'article 4, du Code Commercial ⁹⁹, qui prévoit à son numéro 1 que la substance et les effets des conventions sont régis, à moins que les parties décident le contraire, par la loi du lieu de célébration, dispose, à son numéro 2, que pour ce qui concerne les modalités d'exécution on aura égard à la loi du lieu d'exécution. Bien que nous soyons ici devant une situation de simple *prise en considération* (*Berücksichtigung*), et non de vraie *application* (*Anwendung*), il est certain qu'on s'approche du phénomène du *dépeçage* ¹⁰⁰.

Plus particulièrement, le principe de spécialisation introduit dans le code civil aboutit à qu'en matière contractuelle ¹⁰¹, la capacité ¹⁰², la forme ¹⁰³ et la

⁹⁹ Sur la question de savoir si cet article est demeuré en vigueur après l'approbation du Code Civil, voir Simões de Oliveira, "Vigência das normas de conflitos contidas no Código Comercial após a entrada em vigor do Código Civil de 1966" [Permanence des normes de conflit du Code Commercial après l'entrée en vigueur du Code Civil de 1966], *Scientia Juridica*, 19 (1970), p. 37 et s. et Isabel Oliveira Vaz, "Da vigência das normas de conflitos contidas no Código Comercial após a entrada em vigor do Código Civil de 1966" [Permanence des normes de conflit du Code Commercial après l'entrée en vigueur du Code Civil de 1966], in *As Operações Comerciais* [Les Opérations Commerciales], Coimbra, 1988, Almedina, p. 125 et s.

¹⁰⁰ Sur la différence entre *prise en considération* (*Berücksichtigung*) et *application* (*Anwendung*), voir Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (*cit. supra*, note 13), p. 699 et s., notamment p. 703, note 700.

¹⁰¹ Pour une comparaison entre le régime établi dans la matière, dans le domaine conflictuel, au Portugal, dans le Code Commercial et dans le Code Civil de 1966, voir Moura Ramos, "Contratos internacionais e protecção da parte mais fraca no sistema jurídico português" (*cit. supra*, note 17), p. 333-335.

¹⁰² Qui, d'après les articles 31, n° 1, et 25 est réglée par la loi nationale de l'intéressé.

¹⁰³ Bien que cet aspect soit soumis en principe à la même loi qui régit la substance et les effets des contrats, l'article 36 admet un principe de validation d'après lequel pourront être appliquées soit la *lex loci celebrationis* (voir *supra*, n° 2 et note 14), soit la loi à laquelle renvoie cette dernière loi (voir *supra*, n° 9 et note 77), au cas où les dispositions de ces ordres juridiques conduisent à la validité formelle du contrat.

substance et les effets des contrats ¹⁰⁴ et des simples actes juridiques puissent être régis par des lois différentes, les effets à caractère réel étant encore soumis à un autre système juridique ¹⁰⁵. On constatera donc que la structure du code civil portugais de 1966, où les catégories de rattachement ont pour objet des questions de droit ¹⁰⁶, permet bien l'application de plusieurs lois à différents aspects d'une situation juridique une fois que des problèmes distincts faisant l'objet d'un traitement conflictuel autonome se présentent dans une même situation de fait. Et cette tendance a encore été encouragée avec la réception de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ¹⁰⁷. Ce texte, en effet, au-delà de permettre aux parties de choisir la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ¹⁰⁸, prévoit encore que, à défaut d'un choix valable de la loi fait par les parties, et le contrat étant donc régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits, une part séparable du contrat présentant un lien étroit avec un autre pays puisse exceptionnellement être soumise à la loi de ce pays ¹⁰⁹. Enfin, la différence

¹⁰⁴ La compétence revient à cet égard, d'après l'article 41 du Code Civil, à la loi qui a été désignée par les parties ou que celles-ci ont eu en vue, bien que cette désignation ne puisse retomber que sur une loi dont l'application correspondra à un intérêt sérieux des déclarants ou est en connexion avec des éléments du contrat valables dans le domaine du droit international privé. Devant le silence des parties, l'article 42 fait recours à la loi de la résidence habituelle commune des parties (pour les quasi-contrats, il s'agira de la loi de la résidence habituelle des déclarants) et, à défaut, à la loi du pays de celui qui fait l'attribution patrimoniale, dans les contrats gratuits, et à la loi du lieu de célébration dans les restants contrats.

Ces règles, aussi bien que celles mentionnées à la note précédente, ont vu leur domaine d'application matérielle réduit après le 1er septembre 1994, du fait de l'entrée en vigueur de la Convention de Rome (voir *supra*, n° 4 et note 30).

¹⁰⁵ Il s'agit de la *lex situs*, la loi de l'État sur le territoire duquel se trouve la chose en question. Sur les problèmes de délimitation du domaine réciproque du statut contractuel et du statut réel, voir Ferrer Correia, "Conflitos em matéria de direitos sobre as coisas corpóreas" [Conflits de lois en matière de droits réels sur les choses corporelles], *RLJ*, 117 (1984-1985), p. 298 et s. et Lima Pinheiro, *A venda com reserva de propriedade em direito internacional privado* [La vente sous réserve de propriété en droit international privé], Lisboa, 1991, McGraw-Hill, notamment p. 94 et s.

¹⁰⁶ Voir à ce propos Isabel Magalhães Collaço, *Da qualificação em direito internacional privado* (cit. *supra*, note 13), p. 56 et s., Baptista Machado, *Âmbito de Eficácia et Âmbito de Competência das Leis* (cit. *supra*, note 8), p. 209 et s. et Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado* (cit. *supra*, note 9), p. 209 et s.

¹⁰⁷ Sur cet instrument conventionnel, voir Ferrer Correia, "Algumas considerações acerca da Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais" [Quelques considérations sur la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles], *RLJ*, 122 (1989-1990), p. 289 et s. Pour une comparaison entre le régime établi par ce texte et celui du Code Civil portugais, en matière contractuelle, voir Moura Ramos, "Contratos internacionais e protecção da parte mais fraca em direito internacional privado português" (cit. *supra*, note 17), p. 335 et s. et Lima Pinheiro, *Contrato de empreendimento comum em direito internacional privado* (cit. *supra*, note 61), p. 591 et s.

¹⁰⁸ Voir l'article 3, n° 1, de cet instrument.

¹⁰⁹ Voir l'article 4, n° 1, de la Convention.

établie souvent, en matière de relations familiales, entre constitution et effets d'une situation juridique ¹¹⁰, peut aussi amener à que des lois distinctes régissent des aspects différents d'un même rapport de la vie sociale maîtrisé par le droit.

S'il y a donc des exemples de ce qu'on appelle le *dépeçage*, il faut en réalité dire que la doctrine ne s'est pas montrée très enthousiaste à l'égard de ce phénomène ¹¹¹, en ce bornant à l'accepter comme conséquence d'un principe de spécialisation dans la désignation de la loi applicable et tout en soulignant qu'il ne devrait jamais nuire à la cohérence dans le règlement du rapport en question ¹¹². On s'accordera cependant à dire que la réception de la Convention de Rome, aussi bien que celle d'autres textes conventionnels ayant un objet plus limité, pourront amener à la généralisation d'une telle tendance. Il y va de même de l'introduction en droit portugais de certaines solutions conflictuelles adoptées au niveau communautaire et qui ne s'adressent aussi qu'à des aspects partiels et limités d'un rapport de droit donné.

13. *Autres développements méritant une mention*

Il est difficile de choisir les aspects qui devraient faire l'objet d'une référence à ce stade. Toutefois, et en tenant compte des questions qui ont déjà été abordées dans les numéros précédents, et au vu de leur importance, nous nous limiterons à considérer quatre points: l'étendue de la catégorie statut personnel en droit international privé portugais et le régime particulier de reconnaissance des situations constituées par les intéressés à l'étranger dans ce domaine; l'influence des valeurs constitutionnelles sur les règles de conflits; l'importance d'un rattachement accessoire en matière de responsabilité extracontractuelle; et la perméabilité au droit de source internationale et communautaire.

a) Le droit international privé portugais connaît un régime spécial pour certaines matières dont le rattachement à la personne est très particulier, en les soumettant à la loi nationale ¹¹³ ou, dans le cas des apatrides, à la loi de la

¹¹⁰ Voir les articles 49, 52 et 53 du Code Civil (pour ce qui concerne le mariage), 56 et 57 (pour la filiation) et 60, 1, 2 et 4, et 60, 3 (en matière d'adoption).

¹¹¹ Ainsi Vasco Taborda Ferreira, "La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Portugal" (*cit. supra*, note 69), p. 674-675.

¹¹² Se prononçant en faveur du *dépeçage*, avec cette restriction, voir Isabel Magalhães Collaço, *Da compra e venda em direito internacional privado* (*cit. supra*, note 61), p. 125 et s., Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (*cit. supra*, note 13), p. 470 et s. et Lima Pinheiro, *Contrato de Empreendimento Comum em Direito Internacional Privado* (*cit. supra*, note 61), p. 658-666 et 674-677.

¹¹³ Article 31, n° 1, du Code Civil.

résidence habituelle ¹¹⁴. Si cette option est commune à d'autres systèmes juridiques ¹¹⁵, on remarquera cependant que ce statut personnel comprend au Portugal, d'après l'article 25 du Code Civil, au-delà de la capacité ¹¹⁶ et de l'état des personnes, les rapports de famille et les successions à cause de mort. Cela veut dire que les situations qui peuvent être rattachées à ces branches du droit privé seront réglées par la loi nationale ¹¹⁷, référence étant cependant faite, à titre subsidiaire, à la loi de la résidence habituelle ¹¹⁸. On ne s'écartera de ces rattachements que dans les cas très limités où le principe de l'autonomie de la volonté est admis à jouer un rôle: en matière de régimes matrimoniaux ¹¹⁹ et d'interprétation du testament [article 64, a)].

¹¹⁴ Article 32 du même code.

¹¹⁵ Même si un changement peut être perçu à son égard. Voir, à ce propos, Henri Batiffol, "Une évolution possible de la conception du statut personnel dans l'Europe continentale", in *XXth Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, Leiden, 1961, A. W. Sijthoff, p. 295 et s.

¹¹⁶ A titre exceptionnel, et en conséquence aussi du principe de la *Näherberechtigung* (cf. *supra*, n° 9) même si maintenant dans une application directe, la capacité pour constituer ou transmettre des droits réels sur des biens immeubles est régie par la loi du lieu où ils se trouvent (voir l'article 47 du Code Civil).

¹¹⁷ Voir les articles 26 (début et terme de la personnalité juridique), 27 (droits de personnalité) et 30 (protection des incapables) du Code Civil. Le code civil utilise encore le rattachement à caractère personnel pour ce qui concerne les personnes morales (article 33), même celles présentant un caractère international (article 34).

En matière de relations de famille, la loi personnelle régit la célébration du mariage, en ce qui concerne la substance de celui-ci (article 49) et aussi la forme (article 51), les rapports personnels (article 52) et patrimoniaux (article 53) des époux, le divorce (article 55) (voir Ferrer Correia, "Direito Internacional Privado Matrimonial. Direito Português" [Droit international privé matrimonial. Droit portugais], *RLJ*, 116 (1983-1984), p. 321 et s.), la filiation (articles 56 et 57) (voir Ascensão e Silva, "O estabelecimento da filiação em direito internacional privado português" [La constitution de la filiation en droit international privé portugais], *BFDUC*, 69 (1993), p. 647 et s.) et l'adoption (article 60) (voir Moura Ramos, "L'Adoption dans les principales législations européennes, II - Droit International Privé. Portugal", *RIDC*, 37 (1985), p. 845 et s. et Ascensão e Silva, *A constituição da adopção de menores nas relações privadas internacionais: alguns aspectos* [La constitution de l'adoption de mineurs dans les rapports privés internationaux: quelques aspects], Coimbra, 1996, thèse polycopiée). Et il arrive de même pour ce qui concerne les successions à cause de mort (articles 62 à 63).

¹¹⁸ Cette situation se présente chaque fois que la règle de conflit prend en compte un rattachement commun à deux personnes — les époux ou les parents. Dans cette situation, et s'il n'y a pas un rattachement commun à la nationalité, on se rapportera à la loi de la résidence habituelle commune: c'est ce qui arrive en matière de relations personnelles (article 52) et patrimoniales (article 53) des époux, de divorce (article 55) d'effets de la filiation (article 57) et d'adoption (article 60) — Voir à ce propos les auteurs et ouvrages cités à la note précédente.

¹¹⁹ On admet ici, et si la loi compétente est une loi étrangère, le choix d'un des régimes de biens prévus à la loi du for, si un des futurs époux au moins y a sa résidence habituelle (article 53, 3). La solution est une de celles, qui, exceptionnellement, ne peuvent se réclamer du respect du principe de l'égalité des ordres juridiques.

Mais ces rattachements n'ont un caractère impératif que dans les cas où il s'agit de la constitution d'une situation ou de la célébration d'un acte. S'agissant, au contraire, d'actes célébrés ou de situations constituées à l'étranger, leur reconnaissance est également admise si de tels actes ont été pratiqués au pays de la résidence habituelle du déclarant, en conformité avec la loi de ce pays, dès que celle-ci se considère compétente ¹²⁰.

La reconnaissance des droits acquis dans ces situations traduit l'équivalence entre les rattachements à la nationalité et à la résidence habituelle en matière de statut personnel ¹²¹ et découle de la préoccupation essentielle, que nous avons déjà signalée ¹²², avec la continuité des situations juridiques individuelles à caractère hétérogène. Et elle confirme aussi le rôle instrumental et subordonné de la règle de conflit par rapport aux valeurs fondamentales servies par le droit international privé ¹²³.

b) La soumission du système conflictuel aux valeurs constitutionnelles constitue un aspect particulier de la matérialisation du droit international privé. En effet, si le système conflictuel se montre perméable à des valeurs à caractère matériel ¹²⁴, on ne saurait comprendre qu'il demeure immune à celles qui occupent le sommet de l'ordre juridique concerné ¹²⁵. La sensibilité existante à cet égard peut soit se manifester au niveau du contenu de l'ordre public international ¹²⁶, soit amener à reconnaître à des règles matérielles données qui

¹²⁰ Article 31, n° 2. Dans une interprétation extensive de cette disposition, la doctrine portugaise a admis qu'il suffit, pour que les actes en question soient reconnus au Portugal, qu'ils produisent leurs effets dans l'ordre juridique du pays de la résidence habituelle du déclarant. Voir dans ce sens Ferrer Correia, "La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales", in *Multitudo Legum. Ius Unum* (cit. supra, note 8), p. 285 et s., p. 315 et s., Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (cit. supra, note 1), p. 175-178 et Moura Ramos, "Dos Direitos Adquiridos em Direito Internacional privado" (cit. supra, note 31), p. 215 et s.

¹²¹ Voir aussi ce que nous avons dit supra, n° 9.

¹²² Supra, n° 3.

¹²³ Que nous avons souligné en "Dos direitos adquiridos em direito internacional privado" (cit. supra, note 31), p. 213.

¹²⁴ Voir supra, n° 2.

¹²⁵ On peut aussi songer à une influence des valeurs constitutionnelles de la loi désignée compétente (la *lex causae*) qui pourrait amener à la non-application d'une disposition matérielle de cet ordre juridique qu'en porterait atteinte. Voir, à ce propos, Moura Ramos, *Direito internacional privado e constituição* (cit. supra, note 47), p. 235 et s. et dernièrement, Javier Maseda Rodríguez, *El control de la constitucionalidad de la ley extranjera*, Madrid, 1997, Eurolex.

¹²⁶ En effet, les valeurs constitutionnelles du for appartenant en principe à l'ordre public international de cet ordre juridique, toute disposition de la loi étrangère compétente qui leur serait contraire ne pourrait être appliquée, au vu de sa contradiction avec les principes de l'ordre public international de l'État du for. Voir notre *Direito Internacional Privado e Constituição* (cit. supra, note 47), p. 210 et s.

développent certaines valeurs constitutionnelles le caractère de règles d'application nécessaire et immédiate ¹²⁷. Mais, dans ces deux hypothèses, la façon dont une telle irradiation a lieu ne présente, à proprement parler, rien de spécifique, vu qu'elle suit ce qui est arrivé avec d'autres principes de droit matériel n'ayant pas de consécration constitutionnelle.

Il en va tout différemment d'une dernière possibilité existante à ce propos: celle qui se rapporte à l'influence de telles valeurs sur le choix fait par la règle de conflit, même si celle-ci garde son caractère purement localisateur ¹²⁸ ou *jurisdiction-selecting*. Dans ces conditions, ce qui importe c'est de savoir si la teneur de la règle de conflit elle-même doit, dans l'option qu'elle fait, se tenir aux valeurs constitutionnelles et ne pas en porter préjudice.

C'est par rapport à cette autre possibilité que la position du droit international privé portugais mérite d'être soulignée. En effet, et anticipant le développement qu'a eu lieu dans d'autres systèmes juridiques ¹²⁹, les rattachements contraires aux principes constitutionnels ¹³⁰ ont été écartés par la Réforme de 1977 ¹³¹: la référence à la loi nationale du mari a été remplacée par celle de la loi des liens les plus étroits ¹³² et les règles de conflit concernant la légitimation et la constitution et les effets de la filiation hors mariage ont tout simplement été supprimées.

¹²⁷ Voir dans ce sens Moura Ramos, *Da lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (cit. supra, note 13), p. 789-792.

¹²⁸ Dans le sens de la sousdivision de Paolo Michele Patocchi. Voir son *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Genève, 1985, Georg-Librairie de l'Université.

¹²⁹ Voir, pour ce qui concerne l'Allemagne, les décisions du 3 février 1982 du *Bundesgerichtshof* et du 22 février 1983 du *Bundesverfassungsgericht* à propos de l'article 15 de la loi d'introduction au BGB et, pour l'Italie, les décisions du Tribunal de Rome du 16 janvier 1984, du Tribunal de Palerme du 5 mai 1985 et de la *Corte Costituzionale* du 26 février 1987 à propos de l'article 18 des Dispositions préliminaires au Code Civil de 1942 et la décision de la *Corte Costituzionale* du 10 décembre 1987 qui tire la même conclusion pour ce qui concerne l'article 20 de la même loi. La EGBGB a été par la suite modifiée dans le sens décrit par une loi du 25 juillet 1985 et le Code Civil Italien par la loi n° 218, du 31 mai 1995.

¹³⁰ Il s'agissait du principe de l'égalité des époux (article 36, 1, de la Constitution dans sa version actuelle — 1997) et de celui de l'interdiction de la discrimination des enfants nés hors mariage (article 36, 4).

¹³¹ Voir supra, note 1.

¹³² Rappelons que ce rattachement n'était employé, en matière de rapports personnels entre les conjoints (article 52) et d'adoption par des personnes mariées (article 60, 2) lorsque les époux n'avaient ni la même nationalité ni la même résidence habituelle.

Même si le principe avait déjà obtenu de consécration au niveau doctrinal ¹³³ et jurisprudentiel ¹³⁴, soit en Europe soit aux Etats-Unis ¹³⁵, on n'oubliera pas que la prétendue neutralité de la règle de conflit (qui, pour certains, était une conséquence de son caractère localisateur et technique) constituerait un obstacle à sa reconnaissance expresse au niveau législatif. Et que le système portugais a été l'un des premiers à franchir ce pas.

c) Le rattachement accessoire (à la loi de la nationalité commune ou, à défaut, à la loi de la résidence habituelle commune de l'agent et de la victime) est retenu par l'article 45, 3, du Code Civil, en matière de responsabilité extracontractuelle, comme correctif au caractère fortuit de la loi du lieu du principal fait générateur du dommage ¹³⁶, lorsque les personnes concernées se trouvaient occasionnellement ¹³⁷ dans un pays étranger. D'après la même règle, cependant, l'application des dispositions de l'État local devant régir indistinctement toutes les personnes est réservée.

La solution, qui correspond à celle prônée aux États-Unis par la *center of gravity approach*, confirme le caractère localisateur de la grande majorité des règles de conflit du Code Civil portugais ¹³⁸. Et apparaît comme une conséquence du principe de proximité qui en constitue le fondement ¹³⁹. Le législateur portugais, vu la préférence qu'il a montrée à l'égard des objectifs de sécurité juridique par rapport à ceux de flexibilité ¹⁴⁰, n'a pas fait usage de clauses d'exception ouvertes, s'étant donc limité à la formulation, dans ce seul

¹³³ Voir surtout l'étude de Gunther Beitzke, *Grundgesetz und Internationalprivatrecht*, Berlin, 1961, Walter de Gruyter; et plus tard, Tito Ballarino, *Costituzione e Diritto Internazionale Privato*, Padoue, 1974 et Moura Ramos, *Direito Internacional Privado e Constituição* (cit. supra, note 47), p. 194 et s.

¹³⁴ Voir surtout la décision du 4 mai 1971 du *Bundesverfassungsgericht* allemand.

¹³⁵ Voir, par exemple, Ross, "Has the conflict of laws become a branch of constitutional law?", *Minnesota Law Review*, 15 (1931), p. 161 et s., J. A. Martin, "Constitutional limitations on choice of law", *Cornell Law Review*, 61 (1976), 185 et s. et A. von Mehren - D. Trautman, "Constitutional control of choice of law. Some reflections on Hague", *Hofstra Law Review*, 10 (1981), p. 35 et s.

¹³⁶ Ou de celui où le responsable aurait dû agir. Ces deux rattachements sont ceux qui sont repris par l'article 45, 1, du Code Civil, en général, en matière de responsabilité extracontractuelle.

¹³⁷ Le Supremo Tribunal de Justiça a considéré comme rencontre occasionnelle "un séjour dépourvu de grande stabilité et permanence, plutôt à titre transitoire ou de passage, c'est-à-dire pour durer pendant une période limitée, restreinte à la réalisation d'un objectif ou d'une activité peu prolongée" — voir arrêt du 8 novembre 1979, in *BMJ*, 291 (décembre 1979), p. 456 et s.

¹³⁸ Voir supra, n° 7.

¹³⁹ Voir Moura Ramos, "Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions — Portugal" (cit. supra, note 29), p. 278.

¹⁴⁰ Voir supra, n° 4.

cas, d'une clause d'exception spéciale à caractère fermée ¹⁴¹ — dont le contenu est fourni par ce rattachement accessoire ¹⁴².

d) Enfin, il convient de souligner que le droit international privé applicable au Portugal n'est plus, dans une mesure assez importante, le résultat de la décision solitaire du législateur portugais. Il faudra relever que le droit conventionnel de la Conférence de La Haye y occupe une partie très importante dans le domaine du droit des mineurs et de celui de la procédure civile ¹⁴³ tandis que les conventions communautaires ont également remplacé, dans une large mesure, les règles de conflit du Code Civil en matière de contrats ¹⁴⁴ et aussi les règles de conflits de juridictions du Code de procédure civile ¹⁴⁵.

D'autre part, il faut avoir à l'esprit que ce ne sont pas seulement des dispositions contenues dans les instruments conventionnels internationaux que de nos jours s'ajoutent aux règles de droit commun portugais. Le Portugal étant membre, depuis le 1er janvier 1986, des Communautés européennes ¹⁴⁶, les règles édictées par des actes communautaires de droit dérivé font aussi partie de notre ordre juridique ¹⁴⁷. Sans qu'il soit question de faire le bilan de l'apport de ces règles au système portugais de droit international privé ¹⁴⁸, nous

¹⁴¹ Voir Moura Ramos, *loc. cit.*, note 139, p. 281.

¹⁴² Que d'une certaine façon, quoique identifié seulement avec la loi de la résidence habituelle commune des contractants, apparaît aussi en matière contractuelle, dans les cas où les parties n'ont pas fait usage, d'une façon valable, de leur pouvoir de choisir la loi applicable (voir l'article 42, 1, du Code Civil, dont le domaine d'application est aujourd'hui drastiquement réduit par la Convention de Rome).

¹⁴³ Voir Moura Ramos, "The impact of the Hague Conventions on portuguese private international law" (*cit. supra*, note 2), p. 80-81.

¹⁴⁴ Nous parlons de la Convention de Rome, en vigueur au Portugal, comme nous l'avons dit (*supra*, n° 4 et note 30) depuis le 1er septembre 1994.

¹⁴⁵ En effet, la compétence internationale et la reconnaissance des décisions étrangères sont aujourd'hui régies au Portugal, depuis le 1er juillet 1992, et dans une large mesure, par la Convention de Bruxelles de 1968 et la Convention de Lugano de 1988 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Et même le droit commun portugais dans ces matières a récemment fait l'objet d'un certain alignement avec ces instruments conventionnels. Voir à ce propos la révision du code de procédure civile opérée par le décret-loi n° 180/96, du 25 septembre 1996 (en vigueur depuis le 1er janvier 1997) et Moura Ramos, *A reforma do direito processual civil internacional* [La réforme du droit de procédure civile internationale], Coimbra, 1998, Coimbra Editora.

¹⁴⁶ Et de l'Union Européenne depuis le 1er novembre 1993.

¹⁴⁷ Pour une énumération des dispositions de ce type intéressant le droit international privé, voir Moura Ramos, "Previsão normativa e modelação judicial nas convenções comunitárias relativas ao direito internacional privado" (*cit. supra*, note 46), n° 1.

¹⁴⁸ A propos de ce qui arrive à cet égard dans un aspect concret, voir notre travail cité *supra*, à la note 7.

nous limiterons à ce stade à souligner cette situation, qui atteint également les autres pays membres de ces organisations internationales, et dont les répercussions sont différentes dans chaque cas.

14. Conclusion

L'énumération que nous venons de faire des principaux apports dont le droit international privé portugais a fait l'objet au cours de ce siècle ¹⁴⁹, nous conduit à la conclusion qu'un progrès certain s'est réalisé. Un progrès qui a été surtout le fait de la réflexion doctrinale qui a précédé la codification de 1966, qui a même été considérée la plus perfectionnée de celles appartenant à la deuxième génération ¹⁵⁰.

La caractéristique la plus marquante de cette codification est le développement de sa partie générale où s'affirme une conception cohérente et intégrée inspirée par un principe d'égalité entre l'ordre matériel du for et les autres systèmes étrangers ¹⁵¹, véhiculée par des règles de conflit bilatérales à caractère rigide et cherchant à réaliser surtout l'harmonie juridique internationale, vue comme un moyen indispensable à l'obtention de l'objectif suprême du droit international privé — la continuité et la stabilité des situations juridiques interindividuelles à rattachement multiple. La partie spéciale de ce texte est

¹⁴⁹ Pour établir la comparaison avec la situation actuelle, on se référera à l'ouvrage de Machado Vilela, *Tratado Elementar (Teórico e Prático) de Direito Internacional Privado* [Traité Élémentaire (Théorique et Pratique) de Droit International Privé], v. I (1921) et II (1922), Coimbra, Coimbra Editora.

¹⁵⁰ Ainsi Tito Ballarino, "Lineamenti comparati delle riforme del diritto internazionale privato nell'Europa centro-orientale", in *Current trends of conflict of laws in central-eastern Europe*, 1984, Università degli Studi di Trieste, p. 31 et s. L'auteur inclut aussi dans ce groupe, parmi d'autres, les lois polonaises de 1926 et 1965, la loi brésilienne de 1942, la loi tchèque de 1964, la loi albanaise de 1962 et la loi espagnole de 1974.

¹⁵¹ Au-delà des manifestations de ce principe que nous avons déjà cité (en matière de renvoi (*supra*, n° 9), ordre public (*supra*, n° 10) et qualification (*supra* n° 11) et pour ce qui concerne la structure bilatérale des règles de conflit — *supra*, n° 5), on remarquera également que d'après l'article 23, 2, du Code Civil, l'impossibilité de connaître le contenu de la loi étrangère (de même que celle de concrétiser la circonstance de rattachement) ne déclenchent pas tout de suite le recours à la *lex fori*, l'application de la loi subsidiairement compétente étant toujours prévue.

A propos du renvoi, Alfred von Overbeck ("Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours général de droit international privé", in *Recueil des Cours*, 176 (1982 - III), p. 9 et s., p. 141 et s.) souligne qu'un principe altruiste est le seul déterminant des solutions de la loi portugaise, dans le sens où elles ne favorisent nullement l'application de la *lex fori*, s'efforçant simplement de réaliser l'harmonie internationale, quel que soit le juge saisi (p. 134).

cependant moins réussie, avec des défaillances en matière contractuelle ¹⁵², une insuffisance de spécialisation dans le domaine des obligations (soit contractuelles soit extracontractuelles), un système équilibré en matière de droits réels et une construction en matière de statut personnel que, prolongeant au niveau conflictuel des lignes de force du système matériel du for ¹⁵³, a toutefois réussi un traitement original et de nette inspiration universaliste pour ce qui est des situations constituées à l'étranger.

L'évolution postérieure au Code Civil n'a pas mis en cause l'acquis de la partie générale, même si, à côté du système formé par elle, d'autres inspirations sont apparues. C'est le cas de l'affirmation de certaines valeurs matérielles, qui se sont imposées soit par des règles d'application nécessaire et immédiate (ici en rupture avec le principe d'égalité de traitement entre les différents ordres juridiques ¹⁵⁴), soit par des règles de droit international privé matériel, soit par un choix de la loi *effect-oriented*. Si les nouvelles orientations méthodologiques ont donc été retenues par le système, c'est la partie spéciale qui n'a pas fait l'objet du même approfondissement. Il est vrai que les lacunes et les insuffisances qu'on peut déceler à cet égard ont été d'une certaine façon remplies par la réception de certains instruments internationaux, comme la Convention de Rome en matière contractuelle et certaines conventions de La Haye dans le domaine du droit des mineurs. Cependant, le droit de la responsabilité délictuelle demeure peu développé, un besoin de spécialisation des règles existantes étant ressenti et, en matière de statut personnel, l'attachement à certaines orientations chères au droit matériel du for ¹⁵⁵ demeure très contestable. Mais l'essor des nouvelles

¹⁵² Comme le fait d'avoir recours à la *lex loci celebrationis*, dans le cas où les contractants n'avaient pas fait un choix de la loi et n'avaient pas de résidence habituelle commune (article 42).

¹⁵³ Un changement d'orientation sur le plan du droit matériel a eu lieu avec la réforme de 1977, dans le sens de l'égalité entre les époux et la fin de la discrimination à l'égard des enfants nés hors mariage), et il y a eu des répercussions sur le plan des règles de conflit. Mais d'autres solutions conflictuelles sont restées liées à la conception du droit matériel qui avait présidé à l'élaboration du code civil — voir, par exemple, l'article 51, 3, du code civil qui considère comme mariage catholique, indépendamment de la forme légale de la célébration de l'acte selon la loi locale, tout mariage à l'étranger d'un portugais en conformité avec les lois canoniques.

¹⁵⁴ Mais cette rupture n'est pas totale, une fois que le système reconnaît la possibilité de prendre en compte les règles d'application nécessaire et immédiate étrangères (voir *supra*, n° 10 et surtout note 86).

¹⁵⁵ Voir ce que nous avons dit *supra*, aux notes 118 et surtout 153. Il y va de même de l'article 55, 2, du Code civil qui, soulignant que le rattachement en matière de divorce étant à caractère mobile, en cas de changement de la loi (personnelle) compétente pendant le mariage, "seul peut servir à fonder une action de divorce ou séparation un fait qui était déjà relevant au moment de sa vérification". La solution suppose évidemment une conception du divorce vu comme une sanction d'un comportement donné plutôt que comme un remède pour un lien matrimonial en crise (dans ce sens voir aussi Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado* (cit. *supra*, note 1), p. 415-418); une conception qui n'était même pas celle du droit matériel portugais au moment de l'entrée en vigueur du Code civil de 1966.

tendances méthodologiques présentes aussi dans les règles inspirées par la construction européenne, témoigne d'une syntonie avec des valeurs essentielles ¹⁵⁶ qui s'affirment également dans les autres ordres juridiques et renforce l'appartenance du système de droit international privé portugais au *common core* de ses congénères dans les autres États.

Dans ces circonstances, le bilan de l'apport de la théorie et de la pratique du droit international privé portugais dans notre siècle ne saurait, à notre avis, ne pas être considéré comme très positif.

¹⁵⁶ Comme celui de la protection de la partie faible soit le consommateur, soit le travailleur et celle de la défense de la concurrence (voir *supra*, n° 3).

GUILHERME DA FONSECA
Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional
INÊS DOMINGOS
Assessora

**CONSTITUTIONAL LIMITATIONS
ON PRIVATISATION**

The Constitution of the Portuguese Republic
and the constitutional case-law
— a few notes —

I

The 1980s were fertile in many a country as far as privatisations are concerned and Portugal did not escape such general trend, with a particular feature — privatisations were carried out few years after the Revolution of 25 April 1974.

In fact, one can say that it was in the aftermath of the Revolution that a State's direct intervention in the economy actually occurred (although the State used to intervene in some sectors of the economy before, but to a rather small degree, and in the framework of a State which called itself corporatist).

The first provisional government following the Revolution envisaged to nationalise the central banks, other activities would follow, including the insurance groups, electric supply industry, basic sectors of industry, capital market, etc.

The 1976 Constitution of the Portuguese Republic, the first Constitution enacted after the Revolution, **safeguarded the nationalisations accomplished, and forbade the privatisations.**

In its Article 83, the Constitution recognised that all nationalisations carried out after 25 April 1974 “*shall be irreversible conquests by the working classes*”, a principle which apparently finds no corresponding provision in other countries, at least in the western world.

Nevertheless, paragraph 2 of the said Article provided that including in the private sector, in very special circumstances, small and medium-sized enterprises indirectly nationalised which were **outside the basic sectors of the economy** (as specified in the law) was an exception to the principle of the irreversibility of nationalisations (provided that the employees did not opt for self-determination or co-operative systems).

On the other side, Act no. 46/77 of 8 July (the first law enacted after the Revolution on the delimitation of the public and private sectors), under which private undertakings and other entities of a similar nature were barred from operating in certain sectors, forbade only the private acquisition of nationalised enterprises, whilst those acquired through other means were left outside this prohibition. Foreign businesses listed in the law were likewise excluded.

Since the measures taken were focused on enterprises rather than on economic sectors, it is no wonder that the privatisation issue had to be addressed, to some extent, on a case to case basis.

At that time, the private sector in the ownership of the means of production was enshrined in Article 89 of the Constitution of the Portuguese Republic (and the public and co-operative sectors as well), and the property ownership and the social form of management were the two criteria under which certain property and production units would be included in one of such sectors (Art. 89, para. 1); then, the question was immediately raised whether the ownership of nationalised enterprises where the concession of exploitation was granted to private bodies under certain conditions (employees had to be heard, if it was deemed necessary for a better achievement of the public interest and of the objectives of the Plan, and never with a final character) would be transferred to the private sector.

The answer to that question was given by the Constitutional Commission¹ which declared that such enterprises would not return to the private sector whereas, by inserting the expression “*social form of management*”, the legislator “*wanted to introduce a new element for a better characterisation of the public property, since the classic or civil concepts were recognisedly insufficient to characterise the so-called administrative property; it was meant to refer to the more or less real and effective mode of ownership and exploitation of the property which is the object of such form of ownership and of social relations of production that can arise therefrom. It is thus an element which is economic rather than legal in character.*”

An element which, in any event, shapes or affects not only the public sector and the co-operative sector, but the private sector itself (...); this is easily understood, because, as regards the private sector, one can also speak of a social manner, form or relation of production, although differing from that which corresponds to the public sector and even to the co-operative sector” (Opinion no. 15/77, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, vol. 2, p. 67).

¹ The Constitutional Commission was an advisory body to the Council of the Revolution as far as the abstract review of the constitutionality was concerned. It was extinguished when the Constitutional Court was set up in 1982.

Until 1987 it was understood that the prohibition of privatisations would encompass the impossibility to achieve the privatisation of a public enterprise, even if it was partial and a minority of the assets was to be transferred.

Yet, since then, as a consequence of a parliamentary majority which advocated a large-scale reprivatisation programme, the privatisation of 49% of the capital of public enterprises was allowed, by way of transformation of such enterprises into mixed companies under state control.

According to the first version of the Constitution (Art. 85, para. 3), it was incumbent upon the State to ensure that the Constitution of the Portuguese Republic, the Law and the Plan were complied with by the private undertakings, and the State could intervene in the management thereof with a view to safeguarding the general interest and the employees' rights, in a manner to be determined by law.

Under Article 81 (j), the State had the prime duty to ensure fair competition between undertakings, protection being afforded by law to small and medium-sized enterprises which were economically and socially viable.

In view of such principles, the private sector, although protected by the Constitution, had no relevant role to play in the economic order under the Constitution.

The public and co-operative sectors were of the utmost importance.

II

The **first constitutional amendment of 1982** modified the wording of the provision which allowed the State to intervene in the management of the private undertakings, so as to establish that the State might intervene in the management thereof *temporarily*.

Act no. 84/88 of 20 July sets out the basic legal framework in which the first partial privatisations of state-owned enterprises would take place.

It enables the transformation of such enterprises, even nationalised, into public companies, in accordance with the Constitution and the law, where the whole or the majority of the capital is owned by the State.

Such transformation would take into account the requirement that it should not include the reprivatisation of the nationalised capital, with the exception of the cases provided for in Article 83 (2) of the Constitution of the Portuguese Republic (the wording of this Article, which has already been mentioned, remains

unaltered), and the public stake which represented the capital assumed by the State at the time of the nationalisation should always be maintained.

Moreover, the absolute majority of the share capital should always be in the public ownership and there should ever be a public majority stake in the corporate bodies.

Without prejudice to Article 83 mentioned above, the State or any other public entity could dispose of their shares in the company, subject to the following rules: **(a)** at least 20% of the shares to be offered for sale would be reserved for small shareholders, employees of the company and former employees who had worked for the company for over three years; **(b)** up to 10% of the shares to be offered for sale might be reserved for small subscriptions by emigrants; **(c)** natural or legal persons which were outside the public sector would not acquire more than 10% of the shares, otherwise the transaction would be declared null and void; **(d)** the number of shares allotted to foreign entities, whether natural or legal, or those entities with a majority of foreign shareholders would not exceed 10%, otherwise the transaction would be declared null and void, too.

We will not examine this enactment further, once it is no longer in force; but it is noteworthy that there was some doubt, at the draft stage, about its conformity with the Constitution.

Under Article 83 (1) of the Constitution of the Portuguese Republic, the act of denationalisation was forbidden and, owing to the special historic environment which fuelled the appearance of this provision, the principle of the irreversibility of nationalisations contained another barring dimension: the prohibition that either the capital existing at the time of the nationalisation, or the capital derived from the incorporation of the reserves existing at the relevant time, be disposed of in favour of private bodies.

Article 89, which provided for the delimitation of the sectors in the ownership of the means of production, based on property ownership and form of management (para. 1), set forth that the public sector was composed of the property and production units belonging to public bodies or to communities, under the following social forms of management:

- a) Property and production units which are managed by the State or other legal persons under public law;
- b) Property and production units which are used and managed by workers;
- c) Community property which are used and managed by local communities.

Article 89 (3) established that the private sector comprised the property and production units owned or managed by natural or legal persons under private law, without prejudice to the provisions of the following paragraph.

The following paragraph (para. 4) provided that the co-operative sector was composed of the property and production units owned and managed by members of co-operatives, in accordance with the co-operative principles.

Now, the Constitutional Court, which had been set out in the meantime, held (Judgment no. 108/88, published in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 11, pp. 83 *et seq.*) that the said enactment (at the stage of the preventive review of constitutionality — we mention it again) would not respect the principle of the irreversibility of nationalisations only if, in the light of the system arising therefrom, it was ascertained that it enabled, in any way, the transfer of such enterprises from the public sector to the private sector of the means of production, or the disposal in favour of private bodies of the capital existing at the time of the nationalisation or of the capital resulting from the incorporation of the reserves existing at the relevant time.

However, according to the system laid down by the said Act no. 84/88, the capital of the public companies arising out of the transformation of public enterprises was, in whole or in its majority, owned by the public stake and such companies were run in accordance with the will of that public shareholder, which always had a controlling interest in the corporate bodies.

The Court went on to state that, by comparing the definitions of the public and private sectors as enshrined in the Constitution with the status of the public companies laid down by that Act, such companies could be included in neither of the two sectors which were clearly separated by virtue of Article 89(1), in the light of two vectors referred to therein: the ownership and the social form of management.

The rules governing public companies (the possibility of integrating them in the co-operative sector being excluded, because they have no connection with this sector) could not fit either in the provision which, pursuant to Article 89(2) of the Constitution of the Portuguese Republic, defined the public sector, or in that which, according to paragraph 3 of the said Article, defined the private sector; they rather determined, in a different manner, vectors pertaining to the one and the other sectors defined in the Constitution.

Only by broadly construing Article 89(1), which relied upon the idea that situations which did not fit immediately in any of the constitutional definitions of the sectors of ownership of the means of production should be included in the sector which apparently was most connected therewith, importance being, in such reasoning, necessarily attached to the social form of management vector,

was it possible to situate the companies established by that enactment in one of the two sectors.

And, thus, the rules governing such companies tended to be nearer the constitutional definition of the public sector than that of the private sector, not only because, on the one hand, it satisfied entirely one of the vectors contained in that definition (management by a public entity), but virtually fulfilled — bearing in mind that the majority of the capital was reserved for the public stake — the other vector specified in that definition (the public ownership).

On the other hand, it did not satisfy substantially, from the constitutional point of view, any of the two alternative vectors which defined the private sector (the ownership or the management by private entities).

In these circumstances, the public companies formed with a majority of capital in public ownership and resulting — according to the rules established by that Act — from enterprises nationalised after 25 April 1974 (whether they had the status of public companies or not) would be included in the public sector.

Therefore, such rules did not entail the denationalisation of public companies; consequently, there was not, on such ground, any breach of the said principle of the irreversibility of the nationalisations.

The Court further declared that such ruling should necessarily apply to the transformation of enterprises nationalised thereafter into public companies where the capital was exclusively in public ownership as referred to in Section 1 of the Act, once such companies satisfied directly the two criteria adopted for the definition of the public sector enshrined in the Constitution.

Considering that Section (1) (a) of that Act, combined with Section 8 (the nationalised companies which are not recognised the status of public company will be subjected to the principles and rules enshrined in this Act), established that the transformation of nationalised enterprises into public companies would never imply the reprivatization of the nationalised capital, then the principle of the irreversibility was not, vis-à-vis this safeguard, called into question.

Neither was it challenged for the fact that the said enactment did not provide, at least clearly, for a similar safeguard with regard to the capital derived from the incorporation of the reserves existing at the time of the nationalisations.

As a matter of fact, the Court held that the said provision, in establishing that the transformation of the nationalised enterprises into public companies would not amount to the reprivatization of the nationalised capital, and the shares representing the capital assumed by the State at the time of the nationalisation should at all times be held by the public stake, permitted two possible interpretations.

Indeed, the provision that kept the capital in the hands of a public entity could refer to the so-called share capital or legal capital of the nationalised enterprise, as well as to the economic capital thereof which would incorporate, besides the share capital, the reserves at the time of the nationalisation.

Since these two interpretations are possible, and since one of them, by contrast to the other, though being possible, did not satisfy the principle contained in Article 83(1) of the Constitution of the Portuguese Republic, one had to opt, in accordance with the principle of the interpretation consistent with the Constitution (which supposes that a rule contains, *prima facie*, various meanings and that one of such meanings, contrary to others, is compatible with the constitutional text), for the reading according to which there was an absolute safeguard to protect the economic capital existing at the time of the nationalisation of each company.

Thus, on such ground, there was no infringement of the principle of the irreversibility of the nationalisations.

And whereas the companies with mixed capital, resulting from the transformation of public enterprises operating in the sectors barred to the private initiative, remained in the public sector, it would never be possible to put an end to the prohibition under which some sectors of the economy were barred to the private initiative.

Therefore, that Act did not violate Article 85(3) of the Constitution of the Portuguese Republic, which establishes that the law will define the basic sectors wherein private companies are forbidden to operate.

To sum up: the Constitutional Court ruled that there was no denationalisation, the principle of irreversibility of the nationalisations being observed, if a participating interest was retained by the State and there was a controlling interest in the corporate bodies.

That means that the disposal of 49% of the share capital did not amount to denationalisation.

The Constitutional Court still ruled (in Judgment no. 157/88, published in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 12, pp. 107 *et seq.*) that the principle of the irreversibility of the nationalisations will not demand the absurd consequence of preventing new undertakings being formed, *maxime* trade companies, even if these companies must, hypothetically, be deemed to be included in the private sector, into which a part of the assets of publicly-owned enterprises, which meanwhile ceased to exist on the ground of unprofitability, will be transferred, when simultaneously it is established that the State will retain the control of the new undertakings.

This constitutional amendment of 1982 marked an ideological weakening of several constitutional provisions, a greater openness towards the private initiative, while the role of the Plan diminished.

It enshrined the obligation on the legislator to define the sectors which are barred to the private initiative, and this would correspond to a definition of reserves in favour of the public sector.

Certain sectors which had been barred to the private initiative until then, in that they were basic sectors of the economy (as was the case of the banking and insurance sectors), could henceforth be privatised, owing to the amendments of the Constitution.

III

Notwithstanding, it is the 1989 Constitutional amendment Act that more extensive changes introduced in the Constitution, the safeguard of the nationalisations was eliminated as the principle of the irreversibility was deleted, the role of the planning was reduced, whereas the private sector of the economy was strengthened, in short, the ideological weight of a “*transition to socialism*” was removed.

Article 85 (1) henceforth reads as follows:

1. The reprivatization of the ownership of, or the entitlement to exploit, the means of production and other property nationalised after 25 April 1974 shall be carried out only in compliance with a framework law adopted by the absolute majority of the Members of Parliament entitled to sit therein.

2. Small and medium-sized undertakings indirectly nationalised which are outside the basic sectors of the economy might be reprivatized in accordance with the law.

As regards the sectors in the ownership of the means of production, Article 82 sets forth:

1. The coexistence of three sectors with respect to the ownership of the means of production shall be safeguarded.

2. The public sector shall comprise the means of production that belong to and are managed by the State or other public bodies.

3. The private sector shall comprise the means of production that belong to or are managed by private persons or private corporate bodies, without prejudice to the provisions of the following paragraph.

4. The co-operative and social sector shall comprise the following:

- a) The means of production that belong to and are managed by co-operatives in accordance with the co-operative principles;
- b) The community's means of production that belong to or are managed by local communities;
- c) The means of production that are collectively exploited by workers.

The reference to the building up of a "*socialist society*", to "*the classless society*", to the "*development of social property*" were deleted by this amendment, Article 2 of the Constitution of the Portuguese Republic now providing that the aim of the State is to achieve economic democracy and to push participatory democracy further as objectives of the democratic political organisation.

The private sector now comprises the property and production units that belong to or are managed by private natural or legal persons.

All publicly-owned means of production which are run by private bodies under a contract are included in this sector.

The **framework-law** referred to in Article 85(1) shall observe the following fundamental principles, in accordance with Article 296 of the Constitution:

- a) Re-privatisation of the ownership of or the right to exploit the means of production or other property nationalised after 25 April 1974 shall, as a rule and preferably, be carried out by way of competitive tendering, flotation on the stock exchange or public subscription;
- b) Revenue obtained from the re-privatisation shall be used only for the purpose of redeeming the national debt or the debts of State-owned undertakings, or for servicing debts contracted as a result of the nationalisations, or for new investments in the share capital of the productive sector;
- c) In the re-privatisation process, workers of re-privatised undertakings shall keep all their rights and duties;
- d) Workers of re-privatised undertakings shall be given a preferential right to subscribe to a percentage of the share capital thereof;
- e) Before re-privatisation, there shall be a valuation of the relevant means of production and of other assets undertaken by more than one independent body.

It is in this constitutional environment that the framework law on privatisations is adopted (Act no. 11/90 of 5 April still in force).

The Act just mentioned did not escape being reviewed by the Constitutional Court with regard to the consistency thereof with the Constitution.

In Judgment no. 195/92 (published in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 22, pp. 245 *et seq.*) the Court held that the provision which enables undertakings operating in basic sectors specified by law to have a private stake not exceeding 49% in their legal and economic capital (s.2) was not incompatible with the Constitution.

Considering that Article 87(3) of the Constitution provides that the law will determine the basic sectors where private companies and other entities of a similar nature shall not operate, the Constitutional Court ruled that there was no infringement of the provision at stake because such companies do not cease to be included in the public sector therefor, their activity not being thus pursued by private undertakings.

Furthermore, the Court decided that the said Act, by including the requirement (s. 5, sub-s. 1) that the assets to be reprivatized be evaluated previously by at least two independent entities chosen from among those whose applications were accepted as to their independence in a competitive tender opened for that purpose, with the safeguards arising therefrom, reinforces the general principle contained in Article 296 (e) mentioned above sufficiently; there is accordingly no need to specify the criteria for the selection and for securing the independence of the entities who will conduct the valuation.

The methods and procedure to carry out the reprivatizations are translated into privatising through competitive tendering, direct sale, capital reserved for employees, small shareholders and emigrants, share acquisition or subscription by small shareholders and emigrants.

Pursuant to Section 4, public enterprises to be reprivatized will be transformed by decree-law into public companies in accordance with this Act.

The said decree-law will approve the methods and procedure whereby each stage of the reprivatization will be accomplished, including the grounds for the adoption of certain modes of negotiation, the special conditions for purchasing shares and the period during which shares will not be disposed of as far as those acquired, or subscribed to, by small shareholders and emigrants or by employees are concerned.

With regard to reprivatizations carried out by competitive tendering, flotation on the stock exchange or public subscription, no natural or legal person is allowed to acquire or subscribe to more than a certain percentage of the capital to privatise, or there will be a forced sale of the shares exceeding such

limit, forfeiture of the voting rights attaching to shares in excess or declaration of nullity, as may be determined.

The act on transformation may in addition set out a limit on the overall number of shares to be purchased or subscribed to by the foreign entities or by those where a great part of the capital is owned by foreign entities, and set out the maximum value of their stake in the share capital and specify the corresponding control arrangements, subject to forced sale of the shares exceeding such limits, forfeiture of the voting rights attaching to such shares, or declaration of nullity of such acquisitions and subscriptions, as may be determined.

Exceptionally, and where it is justified on grounds of national interest, the act which approves the articles of the company to be reprivated may, in order to safeguard the public interest, make provision for the resolutions concerning certain matters to be ratified by a director appointed by the State.

Exceptionally too, and for the same reasons, the said act may provide for privileged shares designed to remain in the state-ownership, which, regardless of their number, will grant the right to veto any modification to the memorandum and any other decisions on certain matters which must be duly specified in the articles.

A Commission has been established for monitoring the reprivatisation process which has the duty to support the Government in technical matters and to supervise and control the stages in the disposal of shares or increase in the capital of public enterprises transformed into public companies where the majority of the capital is owned by the State.

Finally, the revenue of the State derived from the reprivatisations will be exclusively used, separately or jointly, for the purpose of:

- a) Redeeming the national debt;
- b) Sinking the debt of the State owned companies;
- c) Servicing the debt arising out of the nationalisations;
- d) New investments in the share capital of the public sector.

Lastly, a case, among many others, is worth mentioning.

As a mere example, and in the development of the legal rules set forth by Act no. 11/90, the Government, by publishing Decree-law no. 193-A/97 of 29 July, approved the two-stage reprivatisation of the whole share capital of *Setenave Estaleiros Navais de Setúbal*, a public enterprise created by Decree-law no. 182/76 of 9 March, after being nationalised.

At the first stage of the reprivatisation, 95% of the share capital was disposed of by direct sale, at the second stage 5% of the capital was disposed of through public offer reserved for the employees of the *Setenave* and small subscribers.

The shares corresponding to 51% of the capital which were acquired in the direct sale will, in any circumstance, not be disposed of before three years have lapsed from the date of publication of the Resolution of the Council of Ministers which identified the purchaser.

The Council of Ministers, by a Resolution, approved the relevant rules, including the conditions of the sale, justified by the reality of international markets and by the strategy defined for the sector.

It also set out the concrete conditions which would apply to the public offer of the shares.

As to the shares acquired by the employees and by small subscribers in the framework of the public offer, it was established that they would not be disposed of for three months.

Reprivatisations of many other enterprises are currently under way, some of them being at the third stage already; for each company a decree-law has been enacted making provision, *in concreto*, for the methods and conditions of the reprivatisation, but always within the framework of Act no. 11/90.

SEMINÁRIO
JULGAMENTO NA AUSÊNCIA DO ARGUIDO

CONTRIBUIÇÃO PORTUGUESA *

* Seminário realizado em Roma (26-28 de Março de 1998), no âmbito do Programa Comunitário Grotius.

NOTAS SOBRE O SEMINÁRIO

A. O Seminário decorreu no Centro L. Dehon, em Roma, nos dias 26, 27 e 28 de Março de 1998, sendo a entidade organizadora o Ministero di Grazia e Giustizia — Direzione Generale degli Affari Penali de Itália.

Participaram no referido seminário os seguintes países: Itália, França, Espanha, Alemanha, Portugal, Reino Unido, Áustria, Suécia, Finlândia, Holanda e Bélgica.

Participaram ainda, dando excelentes contributos, diversas personalidades de prestígio sobejamente conhecido, tais como:

- Professor Giulio Ubertis (Universidade de Parma);
- Professor Vittorio Fanchiotti (Universidade de Génova);
- Dr. Fabrizio Hiana Danesi (Direttore Generale degli Affari Civili, Ministério da Justiça de Itália);
- Dr. Eugénio Selvaggi (Direttore dell' Ufficio II, Estradizione e Rogatorie Internazionali del Ministero di Grazia e Giustizia);
- Dr. Cândido Cunha (em representação do Conselho da Europa).

Esteve ainda presente Sua Excelência o Ministro da Justiça de Itália, professor Giovanni Maria Flick.

Portugal foi designado como um dos quatro países relatores.

B. O referido Seminário foi organizado pela Itália, a França e a Espanha, com o objectivo de conhecer os sistemas jurídicos dos países participantes e, se possível, encontrar as soluções que, respeitando as regras estabelecidas pelas Convenções Internacionais, assegurem os direitos de defesa dos arguidos e o interesse dos Estados na repressão da criminalidade.

Mostrando o exame comparativo dos diversos sistemas que a *presença do arguido* no julgamento é *obrigatória* em certos países e *facultativa* noutros, verifica-se existirem *excepções* à regra no 1.º caso (afastamento do arguido da sala de audiências, devido ao seu comportamento ou temor da vítima, ou ainda possibilidade de interrogatório por meio audiovisual à distância), não sendo igualmente reguladas da mesma forma as situações, no caso dos países em que tal presença do arguido não é obrigatória no julgamento.

Existem casos em que estão previstos expressamente os *julgamentos na ausência do arguido*, com a possibilidade de repetição (renovação) do julgamento, logo que seja possível o arguido estar presente à audiência, pelo menos, em relação às infracções mais graves ou subordinada à existência de certas condições.

Noutros casos, está previsto o recurso a meios audiovisuais (vide conferência, etc.), de que é exemplo a Itália, através de recente Lei de Fevereiro de 1998.

Pretendia-se reflectir e estudar a possibilidade de *compatibilizar as soluções* adoptadas, propostas ou ainda em estudo, *com os direitos fundamentais do arguido*, sancionados pelos Tratados e Convenções Internacionais nomeadamente pela Convenção para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, tendo em consideração que a realização de um sistema de justiça penal eficaz constitui um interesse primordial dos Estados.

CONCLUSÕES

Na sequência da apresentação das intervenções dos países e entidades participantes, procedeu-se a debate, no último dia do Seminário, na sequência do qual se adoptaram as conclusões em anexo (III).

I

**COMUNICAÇÃO
DOS
REPRESENTANTES DE PORTUGAL**

LUÍS BAÍA DA COSTA
Procurador da República

PERSPECTIVA HISTÓRICA

I. Nota introdutória

Durante o período de formação do Direito Internacional, a doutrina exerceu muito maior influência do que a que possui nos dias de hoje, destacando-se, então, pela sua importância, as duas correntes doutrinárias: o *jusnaturalismo* e o *positivismo*.

O mais importante autor jusnaturalista foi o holandês Hugo Grotius (1583-1645), que viveu no século XVII, frequentemente considerado como o fundador do moderno Direito Internacional.

Esse autor, tal como outros jusnaturalistas, como, por exemplo, os espanhóis Vitoria e Suarez, o italiano Gentili e o inglês Zouche, sempre se manifestaram de acordo em que os *princípios básicos* de todo o Direito (Nacional ou Internacional) derivavam, não de uma qualquer escolha ou decisão humana deliberada, mas de princípios de justiça com validade universal e eterna que podiam ser descobertos pela simples razão.

Estes princípios jurídicos básicos receberam o nome de Direito Natural.

Grotius afirmou que mesmo que Deus não tivesse existido, o Direito Natural teria, ainda assim, efectuado a sua aparição.

Este autor holandês considerava que a existência do Direito Natural era consequência automática do facto de os homens viverem em sociedade e serem capazes de compreender a necessidade de certas regras para a manutenção da vida social.

A concepção jusnaturalista foi universalmente aceite durante os séculos XVI e XVII e desempenhou uma função útil, ao fomentar o respeito pela Justiça.

Depois da morte de Grotius, o ambiente intelectual tornou-se muito mais céptico e o próprio Direito Internacional teria perdido muito do respeito que congregava se tivesse continuado a apoiar-se na teoria do Direito Natural.

A partir de 1700 (início do séc. XVIII) começou a sustentar-se que o Direito era fundamentalmente positivo, isto é, feito pelo homem; consequentemente, direito e justiça não eram a mesma coisa e as leis podiam variar no tempo e no espaço, segundo o arbítrio do legislador.

Com a afirmação do positivismo, com realce para autores como o holandês Cornelis Van Bynkershoek (1673-1743), e, mais tarde, com as tentativas de combinação entre jusnaturalismo e positivismo, em que se salientou o autor suíço Emerich de Vattel (1714-1769), chegámos aos nossos dias, depois de se terem passado períodos negros da história da civilização europeia, em que foi fértil o desrespeito e até esmagamento dos direitos individuais.

Ultrapassados os obstáculos e com a consagração dos direitos fundamentais nas Constituições dos diversos países, temos hoje em toda a Europa sistemas jurídicos, nos quais basicamente são respeitados os direitos do homem.

As normas internacionais sobre a protecção dos direitos do homem constituem um bom exemplo da dificuldade em decidir se os indivíduos adquirem direitos, de acordo com o Direito Internacional, ou se se limitam a receber benefícios.

No *sistema da justiça penal*, os direitos fundamentais do indivíduo, nomeadamente o direito de defesa e o direito a ter processos justos e céleres, constituem um aspecto de primordial importância.

A questão da presença do arguido no julgamento e a possibilidade de realização deste na ausência do mesmo, questão central deste seminário, não é regulada de maneira uniforme nos vários países da União Europeia.

Da análise e reflexão conjunta entre os representantes dos vários países participantes resultará, estamos certos, uma perspectiva mais correcta sobre a forma de encarar no futuro a problemática dos «*julgamentos na ausência do arguido*», tentando compatibilizar, por um lado, soluções que salvaguardem os direitos do homem e as liberdades individuais e, por outro lado, a necessidade de realização de um sistema de justiça penal eficaz.

II. Sistema jurídico português

Em Portugal, o processo criminal assegura todas as garantias de defesa ao arguido (artigo 32.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa).

O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento subordinada ao *princípio do contraditório* (artigo 32.º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa).

O princípio do contraditório, na audiência de julgamento, é, pois, uma imposição da própria Constituição e esse princípio só se realiza com a participação activa da acusação e da defesa na produção da prova, o que pressupõe a necessária presença do arguido na audiência.

Perspectiva histórica

A. No domínio do Código de Processo Penal de 1929, vigente até 1987, o arguido podia ser julgado *à revelia*, isto é, sem estar presente na audiência de julgamento.

O Código de Processo Penal de 1929 previa uma *forma de processo especial, o processo de ausentes* (artigos 562.º a 586.º), para julgamento dos réus que não fossem encontrados ou que faltassem ao julgamento.

Os réus poderiam ser julgados como se estivessem presentes (artigo 566.º do Código de Processo Penal de 1929), caso tivessem sido notificados da pronúncia ou despacho equivalente, sendo representados pelo seu defensor e transitando em julgado a sentença com a notificação deste, caso não interpusse recurso.

Mas, no caso de não ter sido notificado do despacho de pronúncia ou equivalente e não ser encontrado, deveria ser notificado editalmente (artigo 570.º do Código de Processo Penal de 1929), prosseguindo depois o processo *à revelia do réu*, com julgamento do Juiz Singular, redução da prova (depoimentos) a escrito, sendo a sentença notificada ao réu, quando fosse preso ou se apresentasse em Juízo (artigo 571.º do Código de Processo Penal de 1929).

Neste caso, poderia requerer novo julgamento ou apenas recorrer da sentença, se tivesse sido condenado em pena maior, ou somente recorrer da sentença se tivesse sido condenado em pena correcional.

Tal sistema processual penal (Código de Processo Penal de 1929) era, sobretudo, determinado por razões de *celeridade*, para que o processo não ficasse pendente à espera que o arguido fosse encontrado.

O Código de Processo Penal de 1987 considerou sobretudo a *personalidade da defesa*, dando mais valor a esta do que à celeridade do processo, optando pela proibição da audiência na ausência do arguido, a não ser em casos muito excepcionais.

B. Com a reforma do processo penal de 1987, o sistema normativo português adoptou a regra de que não pode haver audiência de julgamento sem a presença do arguido (artigo 332.º, n.º 1, do Código de Processo Penal).

São *excepcionais* os casos em que a audiência pode decorrer *sem a presença do arguido* (artigo 334.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal), sendo nestes casos representado pelo seu defensor (artigo 334.º, n.º 3, do Código de Processo Penal).

Faltando o arguido à audiência, esta é adiada e aquele notificado para comparecer a nova audiência.

Se não puder ser notificado, por se desconhecer o seu paradeiro, é *notificado editalmente* (artigo 335.º do Código de Processo Penal) e depois declarado *contumaz* (artigo 336.º do mesmo código).

a) Regra geral:

A *presença do arguido é obrigatória na audiência*, consignando-se que lhe incumbe a obrigação de comparecer sempre que a lei o determine e tenha sido convocado (artigos 61.º, n.º 3, alínea a), e 332.º, n.º 1, do Código de Processo Penal).

b) Excepções:

b. 1) Caso de processo sumaríssimo, com reenvio do processo para a forma comum, sempre que o arguido tivesse podido ser notificado do dia da audiência, ou ter faltado injustificadamente a esta — artigo 334.º, n.º 1, do Código de Processo Penal;

b. 2) No caso de impossibilidade de comparência ao julgamento, por idade, doença grave ou residência no estrangeiro, o arguido pode requerer ou consentir que a audiência tenha lugar na sua ausência — artigo 334.º, n.º 2, do Código de Processo Penal.

Ocorrendo o julgamento na ausência do arguido, este será representado, para todos os efeitos possíveis, pelo defensor (artigo 334.º, n.º 3, do Código de Processo Penal).

c) Contumácia:

Fora dos casos previstos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 334.º do Código de Processo Penal, se, depois de efectuadas todas as diligências legalmente admissíveis, não for possível notificar o arguido do despacho que designa dia para a audiência, o arguido é notificado por editais, para se apresentar em Juízo num prazo até 30 dias, sob pena de ser declarado contumaz — artigo 335.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

A *Contumácia* é a situação processual de suspensão dos termos do processo por ausência do arguido e que implica para o arguido declarado contumaz a anulabilidade dos negócios jurídicos de natureza patrimonial celebrados após a declaração e pode-lhe ainda ser imposta a proibição de obter determinados documentos, certidões ou registos (artigos 336.º e 337.º do Código de Processo Penal).

Trata-se de um conjunto de medidas tendentes a coagir o arguido a comparecer em julgamento, dificultando-se-lhe a vida quando o processo estiver pendente a aguardar a sua comparência.

O despacho que declarar a contumácia e aquele que declarar a sua cessação são publicados no *Diário da República* (artigo 337.º, n.º 6, do Código de Processo Penal).

A declaração de contumácia caduca logo que o arguido se apresentar ou for detido (artigo 336.º, n.º 3, do Código de Processo Penal).

d) Situação actual

d. 1) O actual panorama judicial revela uma profunda ineficácia do sistema, pois existem cada vez mais processos em que, devido a faltas sucessivas dos arguidos, se alargam os adiamentos por meses e até anos.

d. 2) Por outro lado, a figura da contumácia, com que se pretendeu responder à necessidade de fazer comparecer o arguido em julgamento não deixa de se vir revelando absolutamente inócua e perturbadora.

Nos Tribunais vêm-se avolumando os processos com arguidos na situação de contumácia, em situações de prescrição do procedimento criminal e sem qualquer controlo eficaz dos mesmos, pelo que se impõe alterar o *status quo*.

A reforma do processo penal em 1987 terminou com o *processo de ausentes*, que vigorava no Código de Processo Penal de 1929.

Decorridos cerca de 10 anos, importa verificar se é de recuperar, ou não, alguns aspectos desse tipo especial de processo, pois a permissão de audiência à revelia é, em termos de Direito comparado, ainda expressiva em países europeus, tais como a Itália, a França, a Bélgica e o Luxemburgo.

Perspectiva futura

Reconhecendo que o sistema resultante da reforma do Código de Processo Penal de 1987 veio provocar alguns estrangulamentos na práxis dos Tribunais Portugueses, com a consagração da regra da obrigatoriedade da presença do arguido na audiência de julgamento, em recente revisão constitucional, operada pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro (quarta Revisão Constitucional), o legislador veio alterar a Constituição da República Portuguesa, aditando ao artigo 32.º — que se ocupa das garantias do processo criminal — um novo n.º 6, com a seguinte redacção:

A lei define os casos em que, assegurados os direitos de defesa, pode ser dispensada a presença do arguido ou acusado em actos processuais, incluindo a audiência de julgamento.

Desta forma, torna-se mais fácil para o legislador ordinário alargar os casos em que é possível a audiência na ausência do arguido (artigo 334.º, n.ºs 2 e 3, do Código de Processo Penal actual).

Estão já aprovadas em Conselho de Ministros e encontram-se para discussão e aprovação no Parlamento Português (Assembleia da República) normas de alteração profunda ao Código de Processo Penal, que vêm alterar radicalmente a actual panorâmica dos julgamentos, permitindo que estes possam ocorrer sem a presença dos arguidos, em certas condições, tendo em vista a celeridade processual, mas sem prejuízo das garantias de defesa dos mesmos.

Continuando a intervenção dos representantes de Portugal e a fim de se pronunciar sobre a questão do julgamento na ausência do arguido, em termos de direito a constituir (*de jure condendo*) em Portugal e perspectivas futuras, passo a palavra ao meu Ex.^{mo} Colega, Procurador da República, Dr. Luís Verão.

Muito obrigado.

LUÍS ARMANDO BILRO VERÃO
Procurador da República

REFORMA PROCESSUAL PENAL EM CURSO

O actual Código de Processo Penal que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1988, havendo, assim, completado, no início do corrente ano, 10 anos de vigência, está em vias de sofrer alterações, na sequência de um processo iniciado há cerca de dois anos.

Efectivamente, por despacho do Sr. Ministro da Justiça proferido em 14 de Março de 1996 e publicado em 27 de Março de 1996 no *Journal Officiel* (Despacho n.º 54/MJ/96), foi constituída uma comissão para a reforma do Código de Processo Penal.

Nesse despacho anunciou-se o propósito de atacar os pontos de estrangulamento que têm gerado situações que contribuíram para a ineficácia e morosidade do sistema processual penal.

Nele se havendo apontado, designadamente (e no que à presente exposição sobretudo interessa):

- Para a adopção de soluções que, sem porém em causa os direitos e liberdades fundamentais e as garantias de defesa do arguido, contribuam para desbloquear os adiamentos sucessivos de actos judiciais, mormente do julgamento por falta do arguido e
- Para a revisão do regime da contumácia.

E, com base na constatação de que a actual regra da obrigatoriedade de comparência do arguido na audiência de julgamento não tem vindo a ser assegurada nem pelo regime das faltas, nem pela declaração de contumácia, foi, no

âmbito da reforma do Código de Processo Penal presentemente em curso, suscitada a necessidade de alargamento dos casos em que é possível a audiência na ausência do arguido.

Havendo o Governo Português aprovado uma proposta de lei de revisão do Código de Processo Penal em que, entre outras matérias, se contempla o supramencionado alargamento.

Sendo certo que, em recente revisão constitucional operada pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro (quarta Revisão Constitucional), foi aditado ao artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa — que se ocupa das garantias do processo criminal — um novo n.º 6, com a seguinte redacção:

A lei define os casos em que, assegurados os direitos de defesa, pode ser dispensada a presença do arguido ou acusado em actos processuais, incluindo a audiência de julgamento.

Vejamos quais os termos em que se pretende consagrar o alargamento dos casos em que é possível a audiência na ausência do arguido.

Na proposta de alteração,

- Abandona-se o carácter taxativo dos motivos que fundamentam o requerimento ou o consentimento do arguido para a audiência poder correr na ausência do mesmo (artigo 334.º, n.º 2) e
- Admite-se que a audiência ocorra na ausência do arguido, desde que este tenha prestado termo de identidade e residência (artigos 196.º, n.º 3, alínea c), 333.º, n.º 2, e 334.º, n.º 3).

Sendo certo que o termo de identidade e residência (lavrado no processo) — uma medida de coacção *sui generis* — é aplicada, não necessariamente pelo Juiz, a todo aquele que for constituído arguido, sendo, assim, uma medida de coacção obrigatória (tomada independentemente das necessidades especiais do processo).

Mas é também a medida de coacção que restringe de forma menos acentuada a liberdade ambulatória do arguido.

Neste termo processual pode o arguido indicar, para o efeito de ser notificado, a sua residência, o seu local de trabalho ou outro domicílio à sua escolha.

E deste termo processual deve constar que ao arguido foi dado conhecimento:

- a) Da obrigação de comparecer perante a autoridade competente ou de se manter à disposição dela sempre que a lei o obrigar ou para tal for devidamente notificado;

- b) Da obrigação de não mudar de residência nem dela se ausentar por mais de cinco dias sem comunicar a nova residência ou o lugar onde possa ser encontrado,
- c) De que o incumprimento do disposto nas alíneas anteriores legitima a sua representação por defensor em todos os actos processuais nos quais tenha o direito ou o dever de estar presente; a notificação edital da data designada para a audiência de julgamento prevista no artigo 334.º, n.º 3, e a realização da audiência na sua ausência ainda que tenha justificado falta anterior a audiência.

Cumprindo salientar que, nos termos da proposta, o artigo 272.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, passará a ter a seguinte redacção:

Correndo inquérito contra pessoa determinada, é obrigatório interrogá-la como arguido. Cessa a obrigatoriedade quando não for possível a notificação.

Para que um arguido, que não haja requerido ou consentido que a audiência tenha lugar na sua ausência, possa ser julgado sem nela comparecer, necessário se tornará, pois, que tenha anteriormente prestado termo de identidade e residência, com a tomada de conhecimento de que a inobservância de deveres processuais legitima a sua notificação edital para julgamento e a realização deste na sua ausência.

Estes os termos em que se intentou compatibilizar a celeridade processual com as garantias de defesa.

Assim, se não for possível notificar o arguido sujeito a termo de identidade e residência do despacho que designa dia para julgamento, nem detê-lo, será este notificado para julgamento por editais, com a cominação de que, caso não compareça, a audiência terá lugar na sua ausência.

E, se vier a ter lugar audiência do arguido, este será representado por defensor. A sentença que vier a ser proferida será notificada ao arguido logo que seja detido ou se apresente voluntariamente.

Vejamos agora o que pode fazer o arguido após tal notificação.

Havendo sido condenado, é-lhe concedido o direito de interpor recurso da sentença ou de, em alternativa, requerer nova audiência de julgamento, quando ao crime corresponder pena de prisão superior a cinco anos (artigo 380.º-A).

Uma nova audiência que se caracteriza por as declarações anteriormente prestadas na audiência realizada na ausência do arguido valerem como decla-

rações para memória futura, assim se pretendendo evitar os inconvenientes de um novo julgamento em sentido próprio. Declarações que são obrigatoriamente documentadas (artigo 364.º, n.º 3), o que permite que sejam prestadas perante o tribunal singular, ainda que o processo seja da competência do tribunal colectivo ou do tribunal do júri — a nova audiência é realizada perante tribunal singular integrado pelo juiz que deveria presidir aqueles tribunais (artigo 334.º, n.º 5).

Cumprе salientar que, sendo os casos de sucessivos adiamentos por faltas de arguidos justificadas através de atestados médicos um dos principais obstáculos à eficácia da justiça penal portuguesa se consagra, na proposta, a possibilidade de, aquando da segunda falta a julgamento de um arguido sujeito a termo de identidade e residência, ser o arguido notificado com a cominação de que, faltando novamente à audiência, esta terá lugar na sua ausência (artigo 333.º, n.º 2).

E, quanto à justificação de faltas com invocação de doença, passa a exigir-se, de acordo com a proposta, que no atestado médico se descreva sumariamente o estado que impossibilita a comparência, mais se prevendo a possibilidade de ser determinado o comparecimento do médico que subcreveu o atestado e de se fazer verificar por outro médico a veracidade da alegada doença.

De acordo com o esquema anunciado, temos que a declaração de contumácia se quedará com carácter meramente residual (mantém-se o termo *contumácia*, embora mais nitidamente contumazes sejam os arguidos que, violando obrigações processuais, venham a ser julgados à revelia).

A declaração de contumácia passará a abranger apenas quem, não tendo prestado termo de identidade e residência, não foi possível notificar do despacho de designação de dia para a audiência ou deter com vista a assegurar o comparecimento na audiência (artigo 335.º).

Pretende-se que a contumácia seja declarada uma só vez relativamente a cada arguido. Para tanto se estabelecendo que, quando o mesmo se apresentar ou for detido, será sujeito a termo de identidade e residência, sem prejuízo de outras medidas de coacção (artigo 336.º).

Cumprе salientar que a Comissão para a reforma do Código de Processo Penal, cujos trabalhos se concluíram antes da quarta Revisão Constitucional, havia deliberado colocar a questão de, em sede de revisão constitucional, ser ponderada a consagração da possibilidade de prisão preventiva por violação dos deveres processuais, nomeadamente, de comparência (o que ocorreu na 9.ª secção da Comissão, que teve lugar em 16 de Maio de 1996).

Mas, em sede de revisão constitucional, não se alterou o pressuposto da medida de coacção de prisão preventiva que se pretendia ver alargado — estar

necessariamente em causa no processo a prática de crime doloso e que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos.

Por último se anota que a Comissão havia proposto um regime de acordo com o qual o arguido condenado na sua ausência, poderia, uma vez notificado, interpor recurso ou requerer a reabertura da audiência para prestar declarações ou produzir prova.

Em jeito de conclusão, poderá dizer-se que as soluções jurídicas preconizadas no quadro da reforma do Código de Processo Penal tentam encontrar respostas concretas para as questões suscitadas. Neste contexto, deverá prosseguir-se o equilíbrio entre os objectivos de celeridade e de eficácia do processo, de um lado e, de outro, as garantias de defesa que subjazem ao conceito europeu de processo equitativo.

II

ANEXOS

CONCLUSÕES

1. O Seminário de estudo sobre o tema do «Processo na ausência do arguido», realizado em Roma, nos dias 26, 27 e 28 de Março de 1998, com a participação de representantes dos Estados membros da União Europeia (Áustria, Bélgica, Finlândia, França, Alemanha, Reino Unido, Holanda, Portugal, Espanha, Suécia e Itália), da Comissão Europeia, da Secretaria do Conselho da União Europeia e do Conselho da Europa, permitiu o intercâmbio de informações e observações em relação aos diversos sistemas judiciais nacionais.

2. Constatou-se que estes sistemas se inspiravam em princípios diferentes.

As leis nacionais da maioria dos Estados membros repousam sobre a regra segundo a qual o arguido é obrigado a estar presente no julgamento.

As leis nacionais de outros países, ao contrário, excluem essa obrigação e prevêm que o acusado tem o direito de participar no julgamento e é livre de não utilizar este direito.

No primeiro caso, as leis nacionais prevêm também medidas cautelares de carácter pessoal (por exemplo, a ordem de detenção), para satisfazer esta obrigação de participação.

3. Apesar destas divergências, os trabalhos puseram claramente em evidência que a aplicação dos princípios fundamentais cria regimes muito distintos que, até certo ponto, tornam mais homogêneos os diferentes sistemas nacionais.

Por exemplo, também nos sistemas baseados na obrigação de o arguido participar na audiência são previstos casos de julgamentos na ausência do acusado.

4. Todas as intervenções dos participantes no Seminário puseram em evidência que, independentemente do princípio de base de inspiração, cada ordenamento nacional tendia a organizar os julgamentos na ausência do arguido, estabelecendo um equilíbrio entre dois interesses opostos: por um lado, garantir os direitos de defesa do arguido e, por outro lado, assegurar o bom funcionamento do sistema judiciário, sem prejuízo da eficácia dos procedimentos penais.

Especificamente foi examinado o tema das videoconferências, considerando que este novo instrumento técnico possa permitir, em certos casos, um bom equilíbrio entre estes dois interesses.

5. Por outro lado, do Seminário parece ter-se concluído que, no quadro da cooperação judiciária internacional, a avaliação do respeito do direito de defesa dos arguidos, à luz das Convenções Internacionais sobre os Direitos Humanos, deverão ter-se em consideração as características específicas do ordenamento jurídico do País no qual teve lugar o julgamento na ausência do arguido (Estado requerente).

Seriam erradas as avaliações baseadas somente nas normas de outra lei nacional (Estado requerido).

Estabeleceu-se o consenso de que esta avaliação deveria ser fundada sobre as regras específicas do processo objecto de solicitação de cooperação.

6. No que concerne especificamente às extradições, com referência à participação do arguido no julgamento, a maioria dos participantes considerou que, para a valoração do respeito dos direitos mínimos de defesa, devem verificar-se as três condições seguintes:

- Que tenha sido notificado validamente o arguido;
- que a sua ausência não seja causada por impedimento em comparecer;
- que sobre a existência destas duas condições seja sempre possível um controlo sucessivo à pronúncia da sentença e que, caso não se verifique alguma destas condições, seja possível um novo julgamento.

7. À luz das observações referidas, e tendo em consideração a interessante documentação produzida, os participantes no Seminário acordaram e estão convictos de que os organismos competentes da União Europeia poderiam implementar o estudo de medidas visando a aproximação das legislações nacionais dos Estados membros, tornando-as mais homogêneas e propiciando a criação do inevitável espaço judiciário europeu.

CONCLUSIONI

Il Seminario di studio sul tema del «Processo in assenza dell'imputato», tenutosi a Roma nei giorni dal 26 al 28 Marzo 1998 con la partecipazione di rappresentanti di Stati membri dell'Unione Europea (Austria, Belgio, Finlandia, Francia, Germania, Regno Unito, Olanda, Portogallo, Spagna, Svezia), della Commissione europea, del Segretariato del Consiglio dell'Unione europea e del Consiglio di Europa, ha consentito un approfondito scambio di informazioni e di osservazioni sui diversi sistemi giuridici nazionali.

Si è constatato che questi sistemi sono ispirati da principi diversi. Le leggi nazionali della maggioranza degli Stati membri prevedono il dovere dell'imputato di partecipare al giudizio; altre leggi nazionali, invece, escluso ogni obbligo, prevedono che l'imputato abbia il diritto di partecipare e sia libero di non utilizzare tale diritto. Nel primo caso le leggi nazionali prevedono anche misure coercitive (ad esempio, ordine di arresto) affinché l'obbligo di partecipare sia soddisfatto.

Nonostante questa divergenza, i lavori hanno però evidenziato con chiarezza che l'attuazione dei suddetti principi fondamentali dà luogo nei vari ordinamenti a discipline molto varie, che in buona misura avvicinano i diversi sistemi nazionali. Ad esempio, anche in quegli ordinamenti incentrati sull'obbligo per l'imputato di partecipare al giudizio, esistono casi nei quali il procedimento può svolgersi anche se l'imputato non è presente.

E' stato messo in evidenza da tutti gli interventi dei partecipanti al Seminario che, quale che sia il principio di base ispiratore, ciascun ordinamento nazionale mira a regolare i giudizi che possono svolgersi senza la presenza dell'imputato in modo da garantire il bilanciamento di due interessi: quello di garantire i diritti di difesa dell'imputato e quello di assicurare il corretto funzionamento del sistema di giustizia mantenendo l'efficienza dei procedimenti penali. E' stato

esaminato, in particolare, il tema delle videoconferenze e si è ritenuto che il nuovo strumento tecnico può consentire, in casi determinati, il bilanciamento di questi due interessi.

Peraltro, è risultato con chiarezza dal Seminario che nelle pratiche di cooperazione giudiziaria tra gli Stati la valutazione circa il rispetto dei diritti di difesa, alla luce delle Convenzioni internazionali sui diritti umani, deve tener conto delle caratteristiche specifiche dell'ordinamento del Paese nel quale il giudizio senza la presenza dell'imputato si è svolto (Stato richiedente) e che sarebbero erronee le valutazioni fondate esclusivamente sulle regole di un'altra legge nazionale (Stato richiesto). E' stato concordato che tale valutazione dovrebbe essere basata sulle procedure specifiche seguite nel procedimento in relazione al quale è stata richiesta la cooperazione.

Per quanto riguarda in particolare le estradizioni, con riferimento alla partecipazione dell'imputato al giudizio, è stato considerato dalla maggioranza dei partecipanti che nel valutare il rispetto degli standards minimi di difesa, assumono rilievo i seguenti tre elementi: che l'imputato sia stato validamente citato; che la sua assenza non derivi da impedimento a comparire; che sulla sussistenza di queste due condizioni sia possibile sempre un controllo successivo alla pronuncia della sentenza e che, nel caso in cui una delle due condizioni manchi, sia possibile per l'imputato un altro giudizio.

Alla luce di queste osservazioni e tenendo conto della interessante documentazione prodotta, i partecipanti al Seminario hanno infine convenuto che i competenti organi dell'Unione Europea potrebbero avviare lo studio di misure di riavvicinamento delle leggi nazionali degli Stati membri.

CONCLUSIONS

The seminar on «Trials in the absence of the defendant», which was held in Rome on 26-28 March 1998 with the participation of representatives of Members States of the European Union (Austria, Belgium, Finland, France, Germany, United Kingdom, The Netherlands, Portugal, Spain, Sweden), the European Commission, the Secretariat of the Council of the European Union, and the Council of Europe, allowed a thorough exchange of information and considerations on the different national legal systems.

It was observed that different principles underlie the individual systems. The national laws of the majority of Member States provide for the duty of the defendant to be present at the trial; other national laws do not provide for any obligation but rather for the defendant's right to be present and to be free not to exercise this right. In the former case, coercive measures are provided for, e.g. arrest warrants, to meet the obligation to participate.

Despite these differences, the seminar has clearly pointed out that these fundamental principles are implemented in the different systems by provisions which to a large extent approximate the various national systems. For instance, even those systems that provide for a defendant to be obliged to be present, envisage circumstance under which a defendant may be tried in his absence.

It was stressed in all the lectures that, regardless of the underlying principles, trials in absentia are governed by national provisions that aim at striking a balance between two interests: to ensure the rights of defence and to ensure the proper operation of justice by retaining the effectiveness of a criminal proceeding. In particular, the theme of videoconferences was examined, and it was concluded that this new technological instrument may permit, in specified cases, the balance of those two interests.

The seminar has clearly shown that in judicial cooperation, when assessing the respect of the rights of defence, in the light of the international Conventions on human rights account must be taken of the specific features of the legal system of the country that tried the defendant in his absence (requesting State). It would be a mistake to take a stance in this matter based exclusively on the rules of another national law (requested State). It has been agreed that such assessment should be based on the specific procedures followed in the case in respect of which cooperation is requested.

In particular, as to extradition and with regard to the defendant's participation in the trial, it was considered by the majority of the participants that, when evaluating whether the minimum rights of defence are complied with, the following elements are of relevance: if the defendant was duly summoned; if his absence did not result from his being prevented from appearing; if the existence of the two above mentioned conditions can be always checked even after the judgment and, if one of the previous conditions are not satisfied, a re-trial is possible.

In the light of the above considerations and on the basis of the reports submitted, the participants have agreed that the competent bodies of the European Union may consider evaluating measures for the approximation of Member States laws.

LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

**NOUVEAU REGIME JURIDIQUE
EN MATIERE D'ASILE ET DE REFUGIES**

(Loi n° 15/98, du 26 mars)

Loi n° 15/98, du 26 mars

**Etablit un nouveau régime juridique
en matière d'asile et de réfugiés**

L'Assemblée de la République décrète, aux termes des articles 161, alinéa *c*), 165, §1, alinéa *b*), 166, §3, et 112, §5 de la Constitution, pour valoir comme loi générale de la République, ce qui suit:

CHAPITRE I

Asile

Article 1er

Garantie du droit d'asile

1. Le droit d'asile est garanti aux étrangers et aux apatrides poursuivis ou gravement menacés de persécution en conséquence de leurs activités exercées dans l'Etat de leur nationalité ou de leur résidence habituelle en faveur de la démocratie, de la libération sociale ou nationale, de la paix entre les peuples, de la liberté et des droits de la personne humaine.

2. Ont encore droit à l'octroi de l'asile les étrangers et les apatrides qui, ayant des craintes fondées d'être poursuivis en raison de leur race, de leur religion, de leur nationalité, de leurs opinions politiques ou de leur intégration en un certain groupe social, ne peuvent ou, en vertu de cette crainte, ne veulent pas retourner à l'Etat de leur nationalité ou de leur résidence habituelle.

3. L'asile ne peut être accordé à l'étranger qui a plus d'une nationalité que lorsque les motifs mentionnés aux §§ antérieurs se vérifient à l'égard de tous les Etats dont il est ressortissant.

Article 2 Effets de l'octroi du droit d'asile

L'octroi du droit d'asile aux termes de l'article antérieur confère à celui qui en bénéficie le statut de réfugié et le soumet aux dispositions de cette Loi, sans préjudice des dispositions contenues dans les traités ou conventions internationaux auxquels le Portugal est partie ou auxquels il adhère.

Article 3 Exclusion et refus de l'octroi de l'asile

1. Ne peuvent bénéficier de l'asile:

- a) Ceux qui ont commis des actes contraires aux intérêts fondamentaux ou à la souveraineté du Portugal;
- b) Ceux qui ont commis des crimes contre la paix, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité, tels qu'ils sont définis dans les instruments internationaux qui se destinent à les prévenir;
- c) Ceux qui ont commis des crimes dolosifs de droit commun passibles d'une peine de réclusion supérieure à trois ans;
- d) Ceux qui ont commis des actes contraires aux fins et aux principes des Nations Unies.

2. L'asile peut être refusé lorsque de son octroi découle un danger clair ou une menace fondée contre la sécurité intérieure ou extérieure, ou pour l'ordre public.

Article 4 Regroupement familial

1. Les effets de l'asile sont déclarés extensifs au conjoint et aux enfants mineurs, adoptés ou incapables, lorsque le demandeur le demande et sans préjudice des dispositions de l'article antérieur.

2. Lorsque le demandeur est un mineur de 18 ans et le demande, ces effets sont déclarés extensifs, dans les mêmes conditions, au père, à la mère et aux frères et soeurs mineurs dont il est l'unique source de subsistance.

3. Les membres de la famille du demandeur mentionnés aux §§ antérieurs peuvent, en alternative, bénéficier d'un permis de séjour extraordinaire sur requête de l'intéressé, qui est attribué par le Ministre de l'intérieur, avec dispense des conditions exigées par le régime général de permanence des étrangers en territoire national.

Article 5

Effets de l'asile sur l'extradition

1. L'octroi de l'asile empêche la continuation de toute demande d'extradition du demandeur, fondée sur les faits sur la base desquels l'asile est accordé.

2. La décision finale de tout procès d'extradition du demandeur qui soit pendante est suspendue tant que la demande d'asile se trouve en appréciation, que ce soit dans la phase administrative, que ce soit dans la phase juridictionnelle.

3. Aux fins d'exécution de la disposition du § antérieur, la présentation de la demande d'asile est communiquée par le Service d'Etrangers et Frontières à l'entité où le procès suit son cours dans le délai de deux jours ouvrables.

Article 6

Statut du réfugié

1. Le réfugié jouit des droits et est assujetti aux devoirs des étrangers résidents au Portugal, dans la mesure où ils ne contrarient pas les dispositions de cette loi, de la Convention de Genève de 1951 et du Protocole de New York de 1967, au réfugié revenant, nommément, le devoir de respecter les lois et les règlements, ainsi que les mesures destinées au maintien de l'ordre public.

2. Le réfugié a droit, aux termes de la Convention de Genève de 1951, à un titre d'identité qui démontre sa qualité, à attribuer par le Ministre de l'intérieur selon un modèle établi en arrêté ministériel.

Article 7
Actes prohibés

Il est interdit au bénéficiaire de l'asile:

- a) D'interférer, de façon interdite par la loi, dans la vie politique portugaise;
- b) De développer des activités qui puissent déterminer un préjudice pour la sécurité intérieure ou extérieure, pour l'ordre public ou qui puissent mettre en danger les rapports du Portugal avec d'autres Etats;
- c) De commettre des actes contraires aux fins et aux principes des Nations Unies ou de traités et de conventions internationaux auxquels le Portugal est partie ou auxquels il adhère.

Article 8
Permis de séjour pour des raisons humanitaires

1. Le permis de séjour pour des raisons humanitaires est attribué aux étrangers et aux apatrides auxquels ne sont pas applicables les dispositions de l'article 1 et qui sont empêchés ou qui se sentent dans l'impossibilité de rentrer dans le pays de leur nationalité ou de leur résidence habituelle pour des raisons de grave insécurité due à des conflits armés ou à la violation systématique des droits de l'homme qui y ont lieu.

2. Le permis de séjour mentionné au § antérieur est valable pour la période maximale de cinq ans et renouvelable après analyse de l'évolution de la situation dans le pays d'origine.

3. Il revient au Ministre de l'intérieur, sur proposition du Commissariat National pour les Réfugiés, d'accorder, avec dispense de toute taxe, le permis de séjour prévu dans cet article, selon un modèle à établir par arrêté ministériel.

4. Il revient au Service d'Etrangers et Frontières d'émettre le permis de séjour, à attribuer aux termes des §§ 2 et 3 du présent article.

Article 9
Protection temporaire

1. L'Etat portugais peut accorder une protection temporaire, pour une période qui ne doit pas dépasser deux ans, à des personnes déplacées de leur

pays, en conséquence de graves conflits armés qui donnent origine, en grande échelle, à des flux de réfugiés.

2. Les critères sur la base desquels la protection temporaire, prévue au § antérieur, peut être accordée sont définis, en chaque situation, par résolution du Conseil de Ministres.

3. Le Gouvernement articulera les mesures adoptées aux termes des §§ antérieurs avec les mesures prises au niveau de l'Union Européenne, dans le cadre d'actions concertées pour l'accueil et le séjour temporaire de personnes déplacées.

CHAPITRE II

Procédure

SECTION I

Admissibilité de la demande d'asile

Article 10 **Demande d'asile**

Aux fins de la présente loi l'on considère demande d'asile la requête par laquelle un étranger demande à un Etat la protection de la Convention de Genève de 1951, en invoquant la qualité de réfugié au sens de l'article 1 de cette Convention, avec la rédaction que lui a donnée le Protocole de New York.

Article 11 **Dépôt de la demande**

1. L'étranger ou l'apatride qui entre en territoire national dans le but d'obtenir l'asile doit présenter sa demande à toute autorité de police dans le délai de huit jours, pouvant le faire oralement ou par écrit.

2. Dans le cas où il s'agit d'un résident dans le Pays, ce délai se compte à partir de la date de la vérification ou de la connaissance des faits qui servent de fondement à la demande.

3. La demande doit contenir l'identification du demandeur et des membres de sa famille, la description des circonstances ou des faits qui fondent l'asile

et l'indication de tous les éléments de la preuve, le nombre de témoins ne pouvant être supérieur à dix.

4. Au cas où elle n'ait pas été directement présentée au Service d'Etrangers et Frontières, la demande est remise à ce service, qui notifie immédiatement le demandeur afin qu'il effectue des déclarations dans le délai de cinq jours, et qu'il informe du fait le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés et le Conseil Portugais pour les Réfugiés.

5. Une déclaration prouvant le dépôt de la demande est remise au demandeur avec la notification mentionnée au § antérieur. Celui-ci doit être informé de ses droits et de ses devoirs, notamment celui de maintenir ce service informé sur son actuelle résidence et celui de s'y présenter tous les quinze jours, le jour de la semaine qui lui aura été assigné, sous peine d'un non déroulement normal de la procédure où la situation réelle de l'intéressé n'est pas convenablement révélée.

Article 12

Effets de l'asile sur des infractions relatives à l'entrée dans le Pays

1. Le dépôt de la demande d'asile empêche la connaissance de toute procédure administrative ou criminelle pour entrée irrégulière en territoire national, instaurée contre le pétitionnaire et les personnes mentionnées dans l'article 4 qui l'accompagnent.

2. La procédure ou le procès sont rayés du rôle dans le cas où l'asile est octroyé et où l'on démontre que l'infraction correspondante a été déterminée par les faits qui justifient l'octroi de l'asile.

3. Aux fins des dispositions aux §§ antérieurs la demande d'asile et la décision sur celle-ci sont communiquées à l'entité où se déroule la procédure administrative ou le procès criminel par le Service d'Etrangers et Frontières, dans le délai de deux jours ouvrables.

Article 13

Inadmissibilité de la demande

1. La requête est considérée inadmissible lorsque, par la procédure prévue dans la présente loi, on détermine immédiatement, comme manifeste, l'un des fondements de l'article 3 ou des alinéas suivants:

- a) Lorsqu'elle est infondée parce qu'il est évident qu'elle ne satisfait aucun des critères définis par la Convention de Genève

et le Protocole de New York, parce que les allégations du demandeur selon lesquelles il craint des poursuites dans son pays sont destituées de fondement, parce que la requête est clairement frauduleuse ou parce qu'elle constitue une utilisation abusive du procès d'asile;

- b) Lorsqu'elle est formulée par un demandeur qui est ressortissant ou résident habituel d'un pays susceptible d'être qualifié comme un pays sûr ou un pays tiers d'accueil;
- c) Lorsqu'elle s'inscrit dans les situations prévues dans l'article 1-F de la Convention de Genève;
- d) Lorsque la demande est présentée, de façon injustifiée, hors du délai prévu à l'article 11;
- e) Lorsque le demandeur a fait l'objet d'une décision d'expulsion du territoire national;

2. Pour les fins de l'alinéa *a)* du §1, on considère qu'il y a des indices selon lesquels la demande est clairement frauduleuse ou constitue un emploi abusif de la procédure d'asile lorsque, nommément, le demandeur:

- a) Fonde sa demande en des preuves qui découlent de documents faux ou falsifiés, lorsque, interrogé sur ceux-ci, il a déclaré leur authenticité, lorsque, de mauvaise foi, il formule délibérément de fausses déclarations en rapport avec l'objet de sa demande ou lorsqu'il a détruit des documents de preuve de son identité;
- b) Omet délibérément le fait qu'il a déjà présenté une demande d'asile dans un ou dans plusieurs pays ayant éventuellement recouru à une fausse identité.

3. Aux fins de la disposition de l'alinéa *b)* du §1 on entend par:

- a) Pays sûr — le pays par rapport auquel on peut établir avec certitude que, d'une façon objective et identifiable, il ne donne pas origine à des réfugiés, ou par rapport auquel on peut déterminer que les circonstances qui pouvaient antérieurement justifier le recours à la Convention de Genève de 1951 ont cessé d'exister, eu égard, nommément, aux éléments suivants: respect des droits de l'homme, existence et fonctionnement normal des institutions démocratiques, stabilité politique;
- b) Pays tiers d'accueil — le pays dans lequel, de façon claire, le demandeur d'asile ne fera pas l'objet de menaces contre sa vie ou

sa liberté, au sens de l'article 33 de la Convention de Genève et ne sera pas exposé à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants, dans lequel il a obtenu une protection ou a eu la possibilité, à la frontière ou sur le territoire du pays tiers, de solliciter la protection des autorités de ce pays ou a été effectivement admis et dans lequel il bénéficie d'une réelle protection contre le refoulement, au sens de la Convention de Genève.

Article 14

Instruction sommaire et décision

1. Il revient au directeur du Service d'Etrangers et Frontières, après une instruction sommaire, de prononcer une décision motivée du refus ou de l'admission de la demande dans le délai de vingt jours après lequel on considère la demande admise en cas d'absence de décision.

2. La décision mentionnée au § antérieur ne peut être rendue avant l'écoulement du délai prévu au § 4 de l'article 11 ou de la prestation des déclarations qui y sont mentionnées, qui valent, à toutes fins, comme audience de l'intéressé.

3. Il est donné immédiatement connaissance de cette décision au représentant du Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés et au conseil Portugais pour les Réfugiés.

Article 15

Effets du refus de la demande

1. La décision de refus de la demande est notifiée dans le délai de vingt quatre heures au demandeur avec la mention de ce qu'il doit quitter le Pays dans le délai de dix jours, sous peine d'expulsion immédiate, ce délai épuisé.

2. La notification mentionnée au § antérieur doit être accompagnée de l'information sur les droits qui lui reviennent aux termes de l'article suivant.

Article 16

Réappréciation et recours

1. Au cas où il n'accepte pas la décision le demandeur peut, dans le délai de cinq jours à compter de la notification, demander sa réappréciation, avec effet suspensif, moyennant une demande adressée au Commissariat National

pour les Réfugiés, qui peut décider d'une entrevue personnelle avec le pétitionnaire, s'il le considère nécessaire.

2. Dans le délai de quarante huit heures, à compter de la date de la réception de la demande de réappréciation ou de l'entrevue au demandeur, le Commissaire National pour les Réfugiés rend la décision finale, de laquelle il y a recours au tribunal administratif de *Circulo*, qui doit être interposé dans le délai de huit jours.

SOUS-SECTION I

Demandes déposées aux postes de frontière

Article 17

Régime spécial

1. L'admissibilité des demandes d'asile déposées aux postes de frontière par des étrangers qui ne remplissent pas les conditions légales nécessaires à l'entrée en territoire national est assujettie au régime prévu dans les articles antérieurs, avec les modifications contenues dans la présente sous-section.

2. Les fonctionnaires qui reçoivent des demandeurs d'asile dans les postes de frontière seront soumis à une formation appropriée, nommément aux termes de la recommandation applicable approuvée par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe du 7 novembre 1996.

Article 18

Appréciation de la demande et décision

1. Le Service d'Etrangers et Frontières communique, immédiatement, la présentation des demandes d'asile auxquelles se rapporte l'article antérieur au représentant du Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés et au Conseil Portugais pour les Réfugiés, qui peuvent se prononcer dans le délai maximum de quarante-huit heures et entendre le demandeur, s'ils le désirent.

2. Au cours du délai mentionné au § antérieur, le demandeur est informé de ses droits et de ses devoirs et prête des déclarations qui valent, à toutes fins, comme audience préalable de l'intéressé.

3. Le directeur du Service d'Etrangers et Frontières rend une décision motivée de refus ou d'admission de la demande dans le délai maximal de cinq jours, mais jamais avant l'écoulement du délai prévu au §1.

4. La décision prévue au § antérieur est notifiée au demandeur avec l'information des droits de recours qui lui reviennent et, simultanément, communiquée au représentant du Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés et au Conseil Portugais pour les Réfugiés.

Article 19 **Réappréciation**

1. Dans les vingt quatre heures suivant la notification de la décision le demandeur peut solliciter sa réappréciation, avec effet suspensif, moyennant une demande adressée au Commissaire National pour les Réfugiés, qui prononce la décision finale dans le délai de vingt quatre heures.

2. Le représentant du Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés ou le Conseil Portugais pour les Réfugiés peuvent, s'ils le désirent, se prononcer sur la décision du directeur du Service d'Etrangers et Frontières, en avis à présenter dans le délai de vingt quatre heures à compter de la communication de la décision.

Article 20 **Effets de la demande et de la décision**

1. Le demandeur reste dans la zone internationale du port ou de l'aéroport pendant qu'il attend la notification de la décision du directeur du Service d'Etrangers et Frontières ou du Commissaire National pour les Réfugiés, les procédures et les garanties prévues dans l'article 4 de la loi 34/94, du 14 septembre étant applicables.

2. La décision de refus de la demande détermine le retour du demandeur au point où il a débuté son voyage ou, en cas d'impossibilité, à l'Etat où le document de voyage avec lequel il a voyagé ou à un autre lieu dans lequel il puisse être admis, nommément un pays tiers d'accueil.

3. La décision d'admission de la demande ou l'écoulement des délais prévus aux articles 18 et 19, sans qu'il y ait eu lieu à la notification de la décision de refus d'admission, déterminent l'entrée du demandeur sur le territoire national suivant l'instruction de la procédure d'asile, aux termes des articles 21 et suivants de la présente loi.

4. Le demandeur peut encore solliciter l'ajournement de son retour pour un délai maximal de quarante-huit heures, dans le but d'habiliter un avocat avec les éléments nécessaires à l'interjection postérieure du recours contentieux.

SECTION II

L'octroi de l'asile

Article 21

Permis de séjour provisoire

1. Le Service d'Etrangers et Frontières émet au bénéfice des personnes comprises par une demande d'asile qui a été accueillie un permis de séjour provisoire, valable pour une période de soixante jours comptés de la date du dépôt de la demande et renouvelable pour des périodes de trente jours jusqu'à décision finale de celle-ci ou, dans la situation prévue dans l'article 25, jusqu'à l'expiration du délai qui y est déterminé, selon un modèle fixé par arrêté ministériel du Ministre de l'intérieur.

2. Les enfants mineurs, adoptés ou incapables compris dans le premier § de l'article 4 et qui se trouvent dans les conditions qui y sont prévues doivent être mentionnés dans le permis de séjour du demandeur, moyennant inscription.

3. Lors de la pendance de la procédure d'asile les dispositions de la présente loi et de la législation relative aux étrangers sont applicables au demandeur.

Article 22

Instruction et rapport

1. Le Service d'Etrangers et Frontières procède aux diligences nécessaires et vérifie tous les faits dont la connaissance est convenable à une décision juste et rapide.

2. Le délai d'instruction est de soixante jours, prorogeable pour une période égale, lorsque cela se justifie.

3. Pendant l'instruction le représentant du Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés ou du Conseil Portugais pour les Réfugiés peuvent verser au dossier des rapports ou des informations sur le pays d'origine et obtenir des informations sur l'état du procès.

4. Immédiatement après le terme de l'instruction, le Service d'Etrangers et Frontières élabore un rapport qu'il envoie, joint au procès, au Commissariat National pour les Réfugiés.

5. Les intervenants dans les procédures d'asile doivent maintenir le secret professionnel quant aux informations auxquelles ils ont accès dans l'exercice de leurs fonctions.

Article 23

Proposition, audience et décision

1. Le Commissariat National pour les Réfugiés élabore un projet de proposition fondée d'octroi ou de refus de l'asile dans le délai de dix jours à compter de la réception du procès.

2. Il est donné connaissance de ce projet au représentant du Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés et au Conseil Portugais pour les Réfugiés, qui peuvent, s'ils le désirent, se prononcer sur son contenu, dans le délai de cinq jours.

3. Le demandeur est notifié de la teneur de la proposition et peut se prononcer sur celle-ci dans le même délai.

4. Dans le cas où le demandeur ou les entités mentionnées au §2 se prononcent, le Commissariat National pour les Réfugiés doit réapprécier le projet à la lumière des nouveaux éléments et présenter une proposition motivée au Ministre de l'intérieur dans le délai de cinq jours.

5. Le Ministre de l'intérieur décide dans le délai de huit jours à compter de la date de la présentation de la proposition mentionnée au § antérieur.

Article 24

Notification et recours

1. Il y a recours du refus de la demande d'asile à la Cour Suprême Administrative qui doit être interjeté dans le délai de vingt jours et qui a un effet suspensif.

2. Le Service d'Etrangers et Frontières notifie la décision prononcée au demandeur avec mention du droit dont il est fait référence au § antérieur et la communique au représentant du Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés et au Conseil Portugais pour les Réfugiés.

Article 25

Effets du refus de l'asile

1. En cas de refus de l'asile, le demandeur peut rester sur le territoire national pour une période transitoire non supérieure à trente jours.

2. Le demandeur est assujéti à la législation sur les étrangers à partir du terme du délai prévu au § antérieur.

Article 26
Application extensive

Les dispositions contenues dans les sections I et II du présent chapitre s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux situations prévues dans l'article 8.

SECTION III

Demande de réinstallation de réfugiés

Article 27
Demande de réinstallation

1. Les demandes de réinstallation de réfugiés sous le mandat du Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés sont présentées par le représentant du Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés au Ministre de l'intérieur qui doit solliciter un avis au Service d'Etrangers et Frontières dans le délai de huit jours.

2. L'avis sur les demandes mentionnées au § antérieur est émis dans le délai de vingt quatre heures, la décision sur l'admissibilité et l'octroi de l'asile revenant au membre du Gouvernement mentionné, en tenant compte des circonstances particulières du cas et des intérêts légitimes qui doivent être sauvegardés.

CHAPITRE III

**Procédure spéciale de détermination de l'Etat responsable
de l'examen de la demande d'asile**

Article 28
Détermination de l'Etat responsable

En toute fois que, aux termes d'instruments internationaux relatifs à la détermination de l'Etat responsable de l'examen d'une demande d'asile déposée

dans un Etat membre de l'Union Européenne, on vérifie la nécessité de procéder à cette détermination, une procédure spéciale est organisée, régie par les dispositions contenues dans le présent chapitre.

Article 29

Demande d'asile déposée au Portugal

1. Lorsque de forts indices existent que l'Etat responsable de l'examen de la demande d'asile est un autre Etat membre de l'Union Européenne, le Service d'Etrangers et Frontières sollicite aux autorités de ce pays son acceptation.

2. La responsabilité acceptée par l'Etat requis, le directeur du Service d'Etrangers et Frontières rend, dans le délai de cinq jours, une décision de transfèrement de la responsabilité qui est notifiée au demandeur et communiquée au représentant du Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés et au Conseil Portugais pour les Réfugiés.

3. La notification prévue au § antérieur est accompagnée par la remise au requérant d'un sauf-conduit, à émettre par le Service d'Etrangers et Frontières, selon un modèle à déterminer par arrêté ministériel.

4. Dans le délai de cinq jours, compté de la notification de la décision de transfèrement, le demandeur peut solliciter sa réappréciation moyennant une demande, ayant effet suspensif, adressée au Commissaire National pour les Réfugiés qui décide dans le délai de quarante-huit heures.

5. En cas de réponse négative de l'Etat requis à la demande formulée par le Service d'Etrangers et Frontières aux termes du §1, on observera les dispositions du Chapitre II de la présente loi.

Article 30

Exécution de la décision de transfèrement

Il revient au Service d'Etrangers et Frontières d'exécuter la décision de transfèrement du demandeur, lorsque celui-ci n'abandonne pas volontairement le territoire national.

Article 31

Suspension du délai pour la décision

L'instruction de la procédure de détermination de l'Etat responsable de l'examen de la demande d'asile suspend, jusqu'à décision finale, le comptage du délai prévu au §1 de l'article 14 et au §3 de l'article 18.

Article 32

**Demande d'asile déposée dans un autre Etat membre
de l'Union européenne**

1. Il revient au directeur du Service d'Etrangers et Frontières de décider sur l'acceptation de la responsabilité de l'Etat portugais pour l'examen de demandes d'asile déposées en d'autres Etats membres de l'Union Européenne.

2. La décision prévue au § antérieur est prononcée dans le délai maximal de trois mois à compter de la date de la réception de la demande d'acceptation formulée par l'Etat où la demande d'asile a été déposée.

3. Dans les cas qualifiés d'urgents par l'Etat où la demande a été déposée, le délai mentionné au § antérieur est réduit à huit jours.

CHAPITRE IV

Entités compétentes

Article 33

Compétence pour décider de l'asile

Il revient au Ministre de l'intérieur, sur proposition du Commissariat National pour les Réfugiés, de décider sur l'octroi ou le refus de l'asile.

Article 34

Commissariat National pour les Réfugiés

1. Le Commissariat National pour les Réfugiés est créé dans le cadre du Ministère de l'intérieur, ayant la compétence pour élaborer des propositions

motivées de l'octroi ou de refus de l'asile, d'attribution et de renouvellement du permis de séjour pour raisons humanitaires et de déclaration de perte du droit d'asile, ainsi que pour décider sur les demandes de réappréciation qui, aux termes de la loi, lui sont présentées.

2. Le Commissariat National pour les Réfugiés est constitué par un Commissaire National pour les Réfugiés, qui préside, par un commissaire national adjoint, qui l'assiste et le remplace dans ses absences et ses empêchements, et par un licencié en Droit ayant de la préparation ou de l'expérience dans l'aire du droit d'asile, avec des fonctions d'assessorat, nommés par arrêté conjoint des Ministres de l'intérieur et de la justice.

3. Les charges de Commissaire National pour les Réfugiés et de commissaire national adjoint sont exercées par des magistrats du Siègre ou du Parquet ayant plus de dix ans de service et un classement de mérite et sont nommés sous désignation, respectivement, des Conseils Supérieurs de la Magistrature et du Ministère Public.

4. Le statut du Commissariat National pour les Réfugiés est approuvé jusqu'à 15 jours avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

Article 35

Service d'Etrangers et Frontières

1. Il revient au Service d'Etrangers et Frontières d'instruire les procédures d'asile, à son directeur revenant la décision sur l'admission ou le refus des demandes d'asile et de l'acceptation par l'Etat portugais de la responsabilité de l'examen de la demande et de son transfert à un autre Etat membre de l'Union Européenne.

2. Dans le cadre de l'instruction des procédures d'asile, le Service d'Etrangers et Frontières peut, s'il le juge nécessaire, solliciter l'avis d'experts sur certaines questions spécifiques, nommément d'ordre médical ou culturel.

CHAPITRE V

Perte du droit d'asile

Article 36

Causes de la perte du droit d'asile

Les faits suivants constituent des causes de la perte du droit d'asile:

- a) La renonciation expresse;
- b) La commission d'actes ou d'activités interdites aux termes de l'article 7;
- c) La preuve de la fausseté des fondements invoqués pour l'octroi de l'asile ou l'existence de faits qui, s'ils avaient été connus lors de l'octroi, auraient impliqué une décision négative;
- d) La demande et l'obtention par le bénéficiaire de l'asile de la protection du pays dont il est ressortissant;
- e) La réacquisition volontaire de la nationalité qu'il ait perdu;
- f) L'acquisition volontaire par le bénéficiaire de l'asile d'une nouvelle nationalité, pourvu qu'il jouisse de la protection du pays respectif;
- g) La réinstallation volontaire dans le pays qu'il a quitté ou en dehors duquel il est resté par crainte de poursuite;
- h) La cessation des raisons qui ont justifié l'octroi du droit d'asile;
- i) La décision d'expulsion du bénéficiaire de l'asile prononcée par le tribunal compétent;
- j) L'abandon par le bénéficiaire de l'asile du territoire portugais, s'installant dans un autre pays.

Article 37

Effets de la perte du droit d'asile

1. La perte du droit d'asile sur le fondement de l'alinéa *b)* de l'article antérieur est une cause d'expulsion du territoire portugais sans préjudice de la disposition du § 3.

2. La perte du droit d'asile pour les motifs prévus dans les alinéas *a)*, *c)*, *d)*, *e)*, *f)*, *g)* et *h)* de l'article antérieur détermine la sujétion du bénéficiaire déchu au régime général de la permanence des étrangers en territoire national sans préjudice de la disposition du § suivant.

3. En cas de déchéance du droit d'asile, au motif de la circonstance prévue dans l'alinéa *h*) de l'article antérieur, le bénéficiaire déchu peut solliciter l'octroi d'un permis de séjour, avec dispense de la présentation du visa correspondant, aux termes du régime général des étrangers.

Article 38

Expulsion du bénéficiaire de l'asile

De l'expulsion du bénéficiaire de l'asile, aux termes de l'article antérieur, ne peut résulter son placement en territoire d'un pays où sa liberté soit en risque pour l'une des causes qui, aux termes de l'article 1, peuvent constituer un fondement pour l'octroi de l'asile.

Article 39

Compétence administrative et judiciaire

1. Il revient au Ministre de l'intérieur, sur proposition du Commissariat National pour les Réfugiés, de déclarer la perte du droit d'asile dans les cas prévus aux alinéas *a*), *g*), *i*) et *j*) de l'article 36.

2. Dans toutes les circonstances prévues dans les autres alinéas de l'article 36 il revient à la Cour d'appel de l'aire de la résidence du bénéficiaire de l'asile de déclarer la perte du droit d'asile et d'ordonner, s'il y a lieu, son expulsion.

3. Dans le procès prévu au § précédent les règles de procédure pénale sont subsidiairement applicables, avec les adaptations nécessaires.

Article 40

Participation au Ministère Public

Lorsque, aux termes du §2 de l'article antérieur, il y a lieu à déclarer la perte de l'asile e à ordonner l'expulsion du bénéficiaire de l'asile aux termes du §1 de l'article 37, le Service d'Etrangers et Frontières remet au procureur général adjoint auprès de la cour d'appel compétente les éléments nécessaires à la formulation de la demande de déclaration ou d'expulsion respective.

Article 41

Formulation de la demande

La demande de déclaration de déchéance du droit d'asile, et lorsqu'il y a lieu, la demande d'expulsion aux termes du §1 de l'article 37 sont formulées en une requête présentée en trois exemplaires et dûment instruite avec les moyens de preuve considérés nécessaires.

Article 42

Réponse de l'intéressé

1. Le rapporteur donne l'ordre de notifier l'intéressé pour répondre dans le délai de quinze jours, compté à partir de la date de distribution du procès.
2. La réponse doit être présentée en trois exemplaires, instruite avec les moyens de preuve correspondants, le duplicat étant remis au procureur général adjoint.

Article 43

Témoins

Le nombre de témoins à indiquer par chaque partie ne peut être supérieur à dix.

Article 44

Production de la preuve

1. Le rapporteur exécute les actes de production de preuve nécessaires à la décision dans le délai de trente jours après la présentation de la réponse de l'intéressé ou après le terme du délai prévu à cet effet.
2. La production de preuve terminée, le requérant et l'intéressé sont notifiés pour présenter, successivement, leurs allégations dans le délai de huit jours.

Article 45

Avis

Le procès est soumis à l'appréciation de chacun des juges adjoints pour un délai de huit jours, dès réception des dernières allégations, ou après l'expiration du délai imparti pour le dépôt de celles-ci, étant, ensuite, inscrit au rôle pour jugement.

Article 46
Contenu de la décision d'expulsion

L'arrêt doit contenir les éléments mentionnés au §1 de l'article 81 du décret-loi 59/93, du 3 mars, dans les cas où il détermine l'expulsion.

Article 47
Recours

1. Il y a recours de l'arrêt devant la Cour suprême de justice qui doit être interjeté dans le délai de dix jours.
2. Il y a recours devant la Cour suprême administrative, dans les termes généraux, de la décision à laquelle se rapporte le §1 de l'article 39.

Article 48
Exécution de l'ordre d'expulsion

L'expédition de la décision ayant force de chose jugée est remise au Service d'Etrangers et Frontières qui doit exécuter l'ordre d'expulsion qui y est éventuellement contenue et en donner connaissance au délégué du Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés et au Conseil Portugais pour les Réfugiés.

CHAPITRE VI

Appui social

SECTION I

Accueil

Article 49
Garantie d'accueil

L'Etat portugais garanti aux demandeurs de l'asile, jusqu'à la décision finale de la demande, des conditions de dignité humaine.

Article 50
Appui social

1. L'Etat accorde un appui social aux demandeurs d'asile en situation de carence économique et sociale ainsi qu'aux membres de leur famille compris par la présente loi.

2. Les organisations non gouvernementales peuvent collaborer avec l'Etat dans la réalisation des mesures prévues dans la présente loi, nommément par la conclusion de protocoles de coopération.

Article 51
Information

Au début de la procédure le Service d'Etrangers et Frontières doit informer les demandeurs d'asile sur les droits qui leur assistent et les devoirs auxquels ils sont assujettis, ainsi que sur le déroulement de la procédure.

Article 52
Interprétariat et appui juridique

1. Le demandeur d'asile bénéficie, chaque fois qu'il s'avère nécessaire, des services d'un interprète qui l'assiste dans la formalisation de la demande et pendant la procédure respective.

2. Le représentant du Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés et le Conseil Portugais pour les Réfugiés peuvent prêter conseil juridique direct aux demandeurs d'asile dans toutes les phases de la procédure.

3. Le demandeur d'asile bénéficie de l'appui judiciaire selon les termes généraux.

Article 53
Assistance médicale et médicamenteuse

1. L'accès des demandeurs d'asile au Service National de Santé est reconnu en des termes à définir par arrêté conjoint des Ministres de l'intérieur et de la santé.

2. Le document prévu au §5 de l'article 11 est considéré suffisant pour prouver la qualité de demandeur d'asile, aux fins de la disposition du § antérieur.

Article 54
Moyens de subsistance

L'appui social pour le logement et l'alimentation est accordé aux demandeurs d'asile en situation de carence économique et sociale ainsi qu'à leur famille, conformément aux dispositions de l'article 4, dont les termes feront l'objet d'un arrêté ministériel des Ministres des finances, de l'intérieur et de la solidarité et de la sécurité sociale, qui doit être publié dans les soixante jours suivant la date de publication de la présente loi.

Article 55
Droit au travail

Aux demandeurs d'asile en faveur desquels a déjà été émis le permis de séjour provisoire est assuré l'accès au marché de l'emploi, aux termes de la loi générale, l'application du régime de l'appui social prévu dans l'article 50 cessant à partir de l'exercice de l'emploi rémunéré.

SECTION II
Situations particulièrement vulnérables

Article 56
Mineurs

Sans préjudice des mesures tutélaires applicables aux termes de la législation tutélaire des mineurs, et lorsque les circonstances l'exigent, les demandeurs d'asile mineurs peuvent être représentés par une entité ou une organisation non gouvernementale.

Article 57
Accès à l'éducation

Les demandeurs d'asile qui se trouvent en âge scolaire et au bénéfice desquels un permis de séjour provisoire a déjà été émis ont accès aux structures publiques de scolarité obligatoire dans les mêmes conditions que les citoyens nationaux.

Article 58

Autres personnes vulnérables

Les demandeurs d'asile qui ont été victimes de torture, de viol ou d'autres abus de nature physique ou sexuelle bénéficient d'une attention spéciale et d'accompagnement de la part du centre de sécurité sociale de l'aire de leur résidence ou d'entités qui ont conclu avec celui-ci des protocoles d'appui.

SECTION III

Cessation de l'appui social

Article 59

Cessation de l'appui

1. L'appui social prend fin avec la décision finale qui porte sur la demande d'asile, indépendamment de l'interjection du compétent recours juridictionnel.

2. La cessation de l'appui aux termes du § antérieur ne se vérifie pas lorsque, la situation économique et sociale du demandeur évaluée, l'on conclut par la nécessité de son maintien.

3. L'appui aux demandeurs d'asile cesse lorsque ceux-ci, de façon injustifiée, ne se présentent pas devant les autorités quant ils sont convoqués, s'absentent vers un lieu incertain ou changent de résidence sans informer au préalable le Service d'Etrangers et Frontières de l'altération de leur adresse.

CHAPITRE VII

Dispositions finales et transitoires

Article 60

Forme de notification

1. Les notifications au demandeur sont faites personnellement ou par une lettre recommandée avec avis de réception, à envoyer à leur dernière adresse connue.

2. Au cas où la lettre est restituée, ce fait doit être immédiatement communiqué au représentant du Haut Commissaire des Nations Unies pour les Réfugiés et au Conseil Portugais pour les Réfugiés, la notification se considérant faite si le demandeur ne comparaît pas au Service d'Etrangers et Frontières dans le délai de vingt jours à compter de la date de la dévolution mentionnée.

Article 61 **Extinction de la procédure**

1. Est éteinte la procédure qui, pour cause imputable au demandeur est arrêtée pour une période supérieure à quatre-vingt-dix jours.
2. La déclaration de l'extinction de la procédure est de la compétence du Ministre de l'intérieur.

Article 62 **Gratuité et urgence des procès**

Les procès d'octroi ou de perte du droit d'asile et d'expulsion sont gratuits et ont une nature urgente, que ce soit dans la phase administrative que ce soit dans la phase contentieuse.

Article 63 **Interprétation et intégration**

Les dispositions de la présente loi doivent être interprétées et intégrées en harmonie avec la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, la Convention Européenne des Droits de l'Homme, la Convention de Genève du 28 juillet 1951 et le Protocole Additionnel du 31 janvier 1967.

Article 64 **Abrogation**

Est abrogée la loi 70/93, du 29 septembre.

Article 65

Entrée en vigueur

1. Le régime institué par la présente loi entre en vigueur soixante jours après la date de sa publication, sans préjudice de l'application immédiate aux fins de son processus de réglementation.

2. La présente loi est applicable aux demandes d'asile pendantes.

Approuvée le 29 janvier 1998.

Le Président de l'Assemblée de la République,
António de Almeida Santos.

Promulguée le 13 mars 1998.

Publiez.

Le Président de la République, Jorge Sampaio.

Contresignée le 17 mars 1998.

Le Premier Ministre, António Manuel de Oliveira Guterres.

Traduction: Paulo Marrecas Ferreira.

Révision de la traduction: Maria da Conceição F. Antunes.

**NEW LEGAL FRAMEWORK IN MATTERS
REGARDING ASYLUM AND REFUGEES**

(Law 15/98, of the 26th March)

Law 15/98, of the 26th March

**Establishes a new legal framework
in matters regarding asylum and refugees**

The Assembly of the Republic decrees, pursuant to Articles 161 (c), 165 (1) (b), 166 (3) and 112 (5) of the Constitution, to be in force as general Law of the Republic, the following:

CHAPTER I

Asylum

Article 1

Guarantee of the right of asylum

1. The right of asylum shall be guaranteed to aliens or stateless people persecuted or seriously threatened of persecution in result of activity exercised in the State of their nationality or habitual residence, in favour of democracy, social and national liberty, peace among peoples, freedom and the right of the human being.

2. Shall also be entitled to the grant of asylum any aliens or stateless people who, having a well-founded fear of being persecuted for reasons of their race, religion, nationality, political opinions or membership of a particular social group, are unable to or, owing to such fear, are unwilling to return to the State of their nationality or habitual residence.

3. Asylum shall only be granted to an alien who has more than one nationality in case the reasons referred to in the above paragraphs apply to all the States of his or her nationality.

Article 2

Effects of the granting of asylum

The grant of asylum pursuant to the above Article shall endow the beneficiary with the status of refugee, making him or her subject to the provisions of this law, without prejudice of the provisions of any treaties or International Conventions of which Portugal is a party or adheres to.

Article 3

Exclusion from and refusal of asylum

1. Shall not benefit from asylum:

- a) Those who have performed any acts that are contrary to Portugal's fundamental interests or sovereignty;
- b) Those who have committed crimes against peace, war crimes or crimes against humankind, as defined in the international instruments aimed at preventing them;
- c) Those who have committed felonious common Law crimes punishable with more than three years of imprisonment.
- d) Those who have performed any acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.

2. Asylum can be refused in case its granting causes demonstrated danger or well founded threat to the internal or external safety, or to public order.

Article 4

Family reunion

1. The effects of asylum shall be extended to the spouse and to minor, adopted or disabled children, whenever the applicant so requests, without prejudice of the provisions of the above Article.

2. In case the applicant is below 18 years of age and so requests, the effects shall be extended, under the same circumstances, to his father, mother and minor brothers and sisters of whom he is the sole supporter.

3. The applicant's relatives mentioned in the above paragraph can, alternatively, benefit from an extraordinary residence permit issued by the Minister for the Internal Affairs at their own request, and shall be discharged from the requisites provided for in the general regulations concerning the stay of aliens within national territory.

Article 5

Consequences of asylum over extradition

1. The grant of asylum shall prevent the pursuing of any petition for extradition of the assailed, founded on the facts based on which asylum is granted.

2. The final decision on any process for the extradition of the applicant shall be stayed while the asylum application is pending, both in the administrative and in the judicial phases.

3. In order to accomplish the provisions of the above paragraph, the submission of the asylum application shall be communicated by the Aliens and Frontier Department to the entity before which the said process runs, within two working days.

Article 6

Status of the refugee

1. The Refugee shall enjoy the same rights and shall be subject to the same duties as any aliens living in Portugal, since those are not contrary to the provisions of the present Law, of the 1951 Geneva Convention and of the 1967 New York Protocol and shall be obliged to, namely, comply with Law and regulations, as well as with any measures taken to maintain public order.

2. The Refugee shall be entitled, pursuant to the 1951 Geneva Convention, to be given an identity card that attests his or her quality, which shall be issued by the Minister for Foreign Affairs, in accordance with a standard form defined by decree order.

Article 7

Forbidden acts

The assailed shall be prevented from:

- a) Interfering, in a way forbidden by law, in the Portuguese political life;

- b) Performing activities which might turn to be harmful to the internal or external safety, to public order or that might endanger Portugal's affairs with other States;
- c) Performing activities contrary to the purposes and principles of the United Nations, or of Treaties or Conventions of which Portugal is a party or adheres to.

Article 8

Residence permit for humanitarian reasons

1. Shall be granted a residence permit for humanitarian reasons to aliens or stateless people to whom the provisions of Article 1 do not apply and that are prevented or feel unable to return to the country of their nationality or habitual residence, for reasons of serious insecurity emerging from armed conflicts or from the repeated outrage of human rights that occurs thereon.

2. The residence permit referred to in the above paragraph shall be valid for a maximum period of five years and shall be renewable after analysing the evolution of the situation in the country of origin.

3. The Minister for the Internal Affairs shall be competent to grant the residence permit mentioned in the present Article, free from any charges and under proposal of the Office of the National Commissioner for the Refugees, in accordance with a standard form defined by decree order.

4. The Aliens and Frontiers Department shall be competent to issue the document aimed at proving residence, which shall be granted pursuant to paragraphs 2 and 3 of the present Article.

Article 9

Temporary protection

1. The Portuguese State can grant temporary protection, for a period not exceeding two years, to persons displaced from their country as a consequence of serious armed conflicts which generate refugee flows, at a large scale.

2. The criteria based on which temporary protection is eager to be granted shall be defined, in each case, by Cabinet Resolution.

3. The Government shall co-ordinate the measures taken pursuant to the above paragraphs with the measures taken within the European Union, regarding the issue of combined actions for the reception and temporary permanence of displaced persons.

CHAPTER II

Proceedings

SECTION I

Admissibility of the asylum petition

Article 10

Asylum petition

For the purposes of the present Law, shall be considered as an asylum petition the application through which an alien requests a State the protection of the 1951 Geneva Convention, as defined by the New York Protocol.

Article 11

Submission of the petition

1. The alien or stateless person who enters into national territory with the purpose of obtaining asylum shall submit his or her application to any police authority within eight days, either verbally or in writing.

2. In case the applicant is a resident to the country, such time shall run from the date when the facts based on which the request is made occurred, or came to the petitioner's knowledge.

3. The petition shall comprise the identification of the applicant and the members of his or her family entourage mentioned thereon, the description of the circumstances or facts that justify asylum and the indication of any available evidence, but the number of witnesses must not exceed 10.

4. In case the application has not been directly submitted to the Aliens and Frontier Department, it shall be remitted to that entity, which shall immediately notify the petitioner to testify within five days, and inform the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, as well as the Portuguese Council for the Refugees.

5. With the notification referred to in the above paragraph, it shall be delivered to the petitioner a statement attesting the submission of the application, and he or she shall be informed of his or her rights and duties, namely of keeping that service informed about his or her current address and of appearing at the service's premises every 15 days on the appointed weekday, otherwise the proceedings shall not follow their normal course before the actual situation of the interested person is clarified.

Article 12
Consequences of asylum over infringements related to
the entrance into the country

1. The submission of the asylum petition shall prevent the decision on any administrative proceedings or criminal process based upon irregular entrance into national territory, started against the petitioner and the persons mentioned in Article 4 who accompany him or her.

2. The proceedings or process shall be archived in case asylum is granted and it results that the corresponding infringement has been caused by the same facts that justified the grant of asylum.

3. For the purposes of the above paragraphs, the asylum petition and the decision thereon shall be communicated to the entity before which the administrative proceedings or the criminal process runs, by the Aliens and Frontiers Department, within two working days.

Article 13
Refusal of petition

1. The petition shall not be admitted in case, through the proceedings prescribed in the present Law, some of the causes mentioned on Article 3 or on the below items are immediately found to be obvious:

- a) To be groundless, because it is obvious that it does not meet any of the criteria defined by the Geneva Convention or by the New York Protocol, because the allegations that the applicant fears persecution in his or her country have no reason to be, or because it constitutes an abusive usage of the asylum process;
- b) To be made by petitioner that is national or habitual resident in a country likely to be considered as a safe country or as a third host country;
- c) To comprise within the situations mentioned in Article 1-F, of the Geneva Convention;
- d) The application is submitted, without due justification, beyond the deadline prescribed in Article 11;
- e) The applicant had been decided to be expelled from national territory.

2. For the purposes of paragraph 1 (a), it shall be considered as a circumstantial evidence that the asylum petition is clearly fraudulent or that it constitutes an abusive usage of the asylum proceeding namely when the applicant:

- a) Bases upon and justifies his or her request with evidence emerging from false or forged documents, when questioned about them declares that they are authentic, deliberately and in bad faith renders false statement related to the object of the request or destroys documents that prove his or her identity;
- b) Deliberately omits the fact that he or she has already submitted an asylum petition in one or in several countries, eventually using a false identity.

3. For the purposes of paragraph 1 (b), shall be considered as:

- a) Safe country – the country in relation to which can safely be determined that, in an objective and verifiable way, it does not origin any refugees or in relation to which can be determined that the circumstances that could previously justify the claim of the 1951 Geneva Convention have ceased to exist, taking namely into account the following elements: respect for human rights, existence and normal operation of democratic institutions, political stability;
- b) Third host country — the country where it has been demonstrated that the asylum petitioner is not subject to threats to his or her life or liberty, as defined by Article 33 of the Geneva Convention, or subject to torture or inhuman or degrading punishments, where he or she obtained protection or got the opportunity, at the frontier or within its territory, to contact with local authorities to seek protection or where he or she has provenly been admitted and benefits from an actual protection against refoulement, as defined by the Geneva Convention.

Article 14

Summary fact-finding phase and decision

1. After a summary fact-finding process, the Director of the Aliens and Frontier Department shall be competent to issue a grounded decision refusing or admitting the petition, within 20 days, after which the petition shall be considered as admitted, if no decision has been issued.

2. The decision mentioned in in the above paragraph shall not be issued before the end of the time limit prescribed in Article 11 (4), or before the rendering of the statements referred thereon, which shall be considered, for all due purposes, as the hearing of the interested.

3. This decision shall be immediately communicated to the representative of the United Nations High Commissioner for the Refugees and to the Portuguese Council for the Refugees.

Article 15

Consequences of the petition refusal

1. The decision that refuses the petition shall be notified to the petitioner within twenty four hours, mentioning that he or she must leave the country within 10 days, otherwise he or she shall be expelled immediately after the termination of that period.

2. The notification referred to in the above paragraph shall include information on the rights of the petitioner pursuant to the below Article.

Article 16

Reappraisal and appeal

1. In case the petitioner does not agree with the reached decision, he or she can, within five days from the date of notification, request its reappraisal, with suspensive effect, by means of a petition addressed to the national commissioner for the Refugees, who may interview the petitioner personally, if he finds it necessary.

2. Within forty eight hours from receiving the reappraisal petition or interviewing the petitioner, the national commissioner for the Refugees shall take his final decision, which can be appealed before the Administrative Court of first jurisdiction (*Tribunal Administrativo de Círculo*), within eight days.

SUBSECTION I

Requests made at Frontier Offices

Article 17

Special regime

1. The admissibility of asylum applications made at Frontier Offices by aliens who do not fulfil the necessary requisites to be admitted into national

territory shall be subject to the regime prescribed in the previous Articles, with the changes emerging from the present Subsection.

2. The staff who meets the applicants at Frontier Offices shall be subject to adequate training, namely under the terms of the applicable recommendation, approved by the European Council Parliamentary Assembly on the 7th November 1996.

Article 18

Request appraisal and decision

1. The Aliens and Frontier Department shall immediately communicate the submission of the asylum requests referred to in the above Article to the representative of the Office of the United Nations High Commissioner for the Refugees and to the Portuguese Council for the Refugees; these entities can express their opinion within no more than forty eight hours, and interview the petitioner, if they wish so.

2. Within the time limit referred to in the above paragraph, the petitioner shall be informed of his or her rights and duties, and shall render statements which shall be considered, for all due purposes, as previous hearing of the interested.

3. The Director of the Aliens and Frontier Department shall issue a grounded decision accepting or refusing the request within no more than five days, but never before expiring the time limit prescribed in paragraph 1.

4. The decision mentioned in the above paragraph shall be notified to the petitioner, with information regarding his or her rights to appeal and, simultaneously, communicated to the representative of the Office of the United Nations High Commissioner for the Refugees and to the Portuguese Council for the Refugees.

Article 19

Reappraisal

1. Within twenty four hours after being notified of the decision, the petitioner can apply for its supersedeas reappraisal, by means of a request submitted before the national commissioner for the Refugees, who shall take his final decision within twenty four hours.

2. Both the representative of the Office of the United Nations High Commissioner for the Refugees or of the Portuguese Council for the Refugees can, if they wish so, express their written opinion about the decision of the

Director of the Aliens and Frontier Department, within twenty four hours after the communication of that decision.

Article 20

Consequences of the request and decision

1. The applicant shall stay within the Port or Airport International area while waiting for the decision of the Director of the Aliens and Frontier Department or of the National Commissioner for the Refugees, thus applying the proceedings and further guarantees pursuant to Article 4 of Law 34/94, of the 14th September.

2. In case the decision rejects the request, the petitioner shall be compelled to travel back to the place where he or she started his or her journey from or, if this is impossible, to the State where the document he or she travelled with was issued, or to any other place where he or she can be admitted to, namely a third host country.

3. The decision which admits the request, or the expiring of the time limits prescribed in Articles 18 or 19 without notification of the admissibility refusal shall determine the entrance of the applicant into national territory, thus following the fact-finding phase of the asylum proceedings, pursuant to Articles 21 and following of the present Law.

4. The applicant can also request the postponement of the return for no more than forty eight hours, in order to instruct an attorney at Law with the relevant elements to the subsequent lodging of the judicial appeal.

SECTION II

Grant of asylum

Article 21

Provisional residence permit

1. The Aliens and Frontiers Department shall issue a provisional residence permit in favour of the persons to whom the asylum request that has been admitted applies; this permit shall be valid for a period of 60 days from the date of submission of the petition and shall be renewable for periods of 30 days until decision thereupon or, in the situation described in Article 25, until the time limit

prescribed thereon expires, and shall be issued in accordance with the standard form defined by decree order of the Minister for Internal Affairs.

2. Minor, adopted or disabled children to whom the provisions of Article 4 (1) apply and under the conditions prescribed thereon, shall be mentioned in the applicant's residence permit, by means of an additament.

3. While the asylum proceedings are pending, shall apply to the applicant the provisions of the present law and of the legislation concerning foreigners.

Article 22

Fact-finding phase and report

1. The Aliens and Frontiers Department shall proceed with the requested diligence and shall investigate every fact whose knowledge shall be convenient to a fair and quick decision.

2. The fact-finding phase shall take place within 60 days; it shall be extended for an equal period, whenever that shall be necessary.

3. During the fact-finding phase, the representative of the Office of the United Nations High Commissioner for the Refugees or of the Portuguese Council for the Refugees can join to the file any reports or information regarding the respective country of origin and obtain information regarding the state of the proceedings.

4. Immediately after the end of the fact-finding phase, the Aliens and Frontiers Department prepares a report which shall be sent, together with the file, to the Office of the National Commissioner for the Refugees.

5. Those who acted within the asylum proceedings shall keep confidential any information which they had access to in the exercise of their duties.

Article 23

Proposal, hearing and decision

1. The Office of the National Commissioner for the Refugees shall prepare a grounded proposal project of asylum grant or refusal within 10 days after receiving the file.

2. This project shall be communicated to the representative of the Office of the United Nations High Commissioner for the Refugees and to the Portuguese Council for the Refugees who may, if they wish so, make observations on its contents, within five days.

3. The applicant shall be notified of the contents of the proposal and can make observations on it within the same time limit.

4. In case either the applicant or the entities mentioned in paragraph 2 make observations, the Office of the National Commissioner for the Refugees shall reappraise the project in the light of the new elements and submit a grounded proposal before the Minister for Internal Affairs within five days.

5. The Minister for Internal Affairs shall decide within eight days from the date of submission of the proposal referred to in the above paragraph.

Article 24

Notification and appeal

1. Within 20 days, an appeal against the refusal of the asylum petition can be lodged at the Supreme Administrative Court, with suspensive effect.

2. The rendered decision shall be notified to the applicant by the Aliens and Frontiers Department, mentioning the right referred to in the above paragraph and it shall be communicated to the representative of the Office of the United Nations High Commissioner for the Refugees and to the Portuguese Council for the Refugees.

Article 25

Effects of the asylum refusal

1. In case asylum is refused, the applicant can stay within national territory for a transitory period, which shall not exceed 30 days.

2. The applicant shall be subject to the provisions of the legislation on aliens since the end of the time limit prescribed in the above paragraph.

Article 26

Extensive application

The provisions of sections I and II of the present chapter shall apply, with the due adaptations, to the situations mentioned in Article 8.

SECTION III

Request for refugee resettlement

Article 27

Resettlement petition

1. The petitions for resettlement of refugees under the mandate of the Office of the United Nations High Commissioner for the Refugees shall be submitted by the representative of the Office of the United Nations High Commissioner for the Refugees before the Minister for Internal Affairs, who shall, within eight days, request the Aliens and Frontiers Department to issue a report.

2. The report on the petitions referred to in the above paragraph shall be issued within twenty four hours; the said Government member shall decide on the admissibility and the grant of asylum, taking into account the specific circumstances of the case and the legitimate interests to be safeguarded.

CHAPTER III

Special proceeding to determine the State responsible for analysing the asylum petition

Article 28

Determination of the responsible State

Whenever, under the provisions of the international instruments concerning the determination of the State responsible for analysing an asylum application made at an European Union member State, it emerges the need to proceed with such determination, a special proceeding shall be organised, in accordance with the provisions of the present chapter.

Article 29

Asylum petition in Portugal

1. Where there are strong evidence that other member State of the European Union is responsible for analysing the asylum petition, the Aliens and Frontiers Department shall apply for the concerned authorities to accept it.

2. Once the requested State accepts the responsibility, the director of the Aliens and Frontiers Department shall, within five days, render the decision of custody transfer, which shall be notified to the applicant and communicated to the representative of the Office of the United Nations High Commissioner for the Refugees and to the Portuguese Council for the Refugees.

3. The notification mentioned in the above paragraph shall be served upon the applicant together with a safe-conduct, which shall be issued by the Aliens and Frontiers Department, in accordance with a standard form that shall be defined by decree order.

4. Within five days from the notification of the transfer decision, the applicant can request its reappraisal by means of an application, with suspensive effect, submitted before the national commissioner for the refugees, who shall decide within forty eight hours.

5. In case the requested State answers negatively to the application of the Aliens and Frontiers Department pursuant to paragraph 1, the provisions of chapter II of the present law shall apply.

Article 30

Execution of the transfer decision

The Aliens and Frontiers Department shall execute the decision of transferring the applicant, whenever the latest does not abandon national territory on a voluntary basis.

Article 31

Suspension of the running of the time prescribed for the decision

The fact-finding phase of the proceeding for determination of the State responsible for analysing the asylum request shall suspend, until final decision, the running of the time limit prescribed in Articles 14 (1) and 18 (3).

Article 32

Asylum request in another member State of the European Union

1. The director of the Aliens and Frontiers Department shall decide on the acceptance of the Portuguese State's responsibility for the analysis of the asylum applications made at other member States of the European Union.

2. The decision mentioned in the above paragraph shall be rendered within three months from the date of receiving the acceptance request made by the State where the asylum petition has been submitted.

3. In the cases described as urgent by the State where the application has been made, the time limit referred to in the above paragraph shall be reduced to eight days.

CHAPTER IV

Competent entities

Article 33

Competence to decide on asylum

The Minister for Internal Affairs shall be competent to decide on the grant or refusal of asylum, under proposal of the Office of the National Commissioner for the Refugees.

Article 34

Office of the National Commissioner for the Refugees

1. Within the Ministry for Internal Affairs shall be created the Office of the National Commissioner for the Refugees, which shall be competent to prepare grounded proposals of asylum grant or refusal, grant and renewal of residence permits due to humanitarian reasons and declaration of loss of the right of asylum, as well as to decide on the reappraisal requests which shall be submitted before itself, in accordance with the law.

2. The Office of the National Commissioner for the Refugees shall be composed by a national commissioner for the refugees, who shall preside over it, by an associate-national commissioner, who assists and replaces him in his absences and impediments, and by a lawyer qualified or skilled in the field of asylum law, who shall exercise functions of assistance; they shall be appointed by joint order of the Ministers for Internal Affairs and Justice.

3. The offices of national commissioner for the refugees and assistant-national commissioner for the refugees shall be performed by judicial or public prosecution magistrates with more than 10 years of service and meritorious grades; they shall be nominated pursuant to appointment of the Superior Councils of the Bar and of Public Prosecution, respectively.

4. The statutes of the Office of the National Commissioner for the Refugees shall be approved until 15 days before the entry into force of the present law.

Article 35
Aliens and Frontiers Department

1. The Aliens and Frontiers Department shall be competent to act within the fact-finding phase of the asylum proceedings, and its director shall decide on the admission or refusal of the asylum applications and on the acceptance, on the part of the Portuguese State, of the responsibility for the analysis of a request and its transfer to another member State of the European Union.

2. Within the fact-finding phase of asylum proceedings, the Aliens and Frontiers Department can, if that is found to be necessary, request the opinion of experts on some specific questions, namely of medical or cultural nature.

CHAPTER V

Loss of the right of asylum

Article 36
Causes of the loss of the right of asylum

Shall cause the loss of the right of asylum:

- a) The express waiver;
- b) The practice of forbidden acts or activities, in accordance with the provisions of Article 7;
- c) The demonstration of falsity of the alleged grounds for the grant of asylum or the existence of facts which, had they been known at the time of granting, would have implied a negative decision;
- d) The request and the obtaining by the assailed of the protection of the country of his or her nationality;
- e) The voluntary re-acquisition of the nationality he or she had lost;
- f) The voluntary acquisition of a new nationality by the assailed, as long as he or she enjoys the protection of the respective country;
- g) The voluntary re-settlement in the country he or she left or out of which he or she stayed for fear of persecution;
- h) The termination of the reasons which justified the grant of asylum;
- i) The decision to expel the assailed, rendered by the competent court of law;

- j) The abandon of national territory by the assailed, thus settling in another country.

Article 37

Effects of the loss of the right of asylum

1. The loss of the right of asylum pursuant to the provisions of Article 36 (b) shall be a motive of expulsion from national territory, without prejudice of the provisions of paragraph 3.

2. The loss of the right of asylum for the reasons mentioned in items (a), (c), (d), (e), (f), (g) and (h) of the previous Article shall determine the subjection of the assailed to the provisions of the general law concerning the stay of aliens within national territory, without prejudice of the provisions of the following paragraph.

3. In case the loss of the right of asylum shall be determined by the circumstance mentioned in item (h) of the previous Article, the assailed can apply for the grant of a residence permit, with exemption from exhibiting the respective visa, in accordance with the provisions of the general legal framework on aliens.

Article 38

Expulsion of the assailed

The expulsion of the assailed, in accordance with the provisions of the previous Article, shall not bring about his placement in the territory of a country where his or her freedom shall be put at risk by any of the causes that, in accordance with the provisions of Article 1, might be considered as a ground for the grant of asylum.

Article 39

Administrative and judicial competence

1. The Minister for Internal Affairs shall be competent to, under proposal of the Office of the National Commissioner for the Refugees, declare the loss of the right of asylum in the cases referred to in Article 36 (a), (g), (i) and (j).

2. Under all the circumstances mentioned in the remaining items of Article 36, the Second Jurisdiction Court (*Tribunal da Relação*) within the residence area of the assailed shall be competent to declare the loss of the right of asylum and to order expulsion, whenever that shall be the case.

3. To the proceedings provided for in the above paragraph shall apply, on a subsidiary basis and with the due adaptations, the rules governing the criminal process.

Article 40

Communication to the Department of Justice

Whenever, in accordance with the provisions of paragraph 2 of the above Article, there shall be grounds to declare the loss of the right of asylum and to order the expulsion of the assailed in accordance with the provisions of Article 37 (1), the Aliens and Frontiers Department shall provide the associate-general-attorney at the competent Second Jurisdiction Court (*Tribunal da Relação*) with all the relevant elements for the submission of the respective request of declaration or expulsion.

Article 41

Formulation of the request

The request for declaration of loss of the right of asylum and, shall it be the case, the request for expulsion in accordance with the provisions of Article 37 (1) shall be made through an application, submitted in triplicate and duly accompanied of all the evidence found to be necessary.

Article 42

Reply of the defendant

1. The rapporteur shall provide for the notification of the defendant within 15 days from filing.

2. The reply shall be submitted in triplicate, accompanied with the corresponding evidence; the duplicate shall be delivered to the assistant-general-attorney.

Article 43

Witnesses

The number of witnesses to be appointed by any of the parties shall not exceed 10.

Article 44

Production of evidence

1. The rapporteur, within 30 days after the submission of the Defendant's reply or after expiring the time limit prescribed for such purpose, shall perform the acts of evidence production that shall be necessary for the decision.

2. Once the production of evidence is complete, both the Petitioner and the Defendant shall be notified to submit their allegations within eight days, in succession.

Article 45

Approval

The file shall be successively submitted to the approval of each of the assistant-judges for eight days, no sooner than the last allegation is joined, or after the deadline for its delivery expires; it shall be then enrolled for trial.

Article 46

Contents of the expulsion decision

In case it provides for the expulsion, the judgement shall contain the elements referred to in Article 81 (1) of Decree Law 59/93, of 3 March.

Article 47

Appeal

1. The judgement can be appealed before the Supreme Court of Justice; the appeal shall be lodged within 10 days.

2. The decision referred to in Article 39 (1) can be appealed before the Supreme Administrative Court, in accordance with the provisions of the general law.

Article 48

Execution of the expulsion order

Once the decision transits *in rem judicatam*, its certificate shall be sent to the Aliens and Frontiers Department, which shall execute the expulsion order eventually contained therein and inform the delegate of the Office of the United Nations High Commissioner for the Refugees and the Portuguese Council for the Refugees about it.

CHAPTER VI

Social support

SECTION I

Reception

Article 49

Guarantee of reception

The Portuguese State shall guarantee to asylum applicants, until final decision on the application, conditions of human dignity.

Article 50

Social support

1. The State shall grant social support to asylum applicants in a situation of economic and social insufficiency and to the members of their family entourage who the provisions of the present law apply to.

2. Non governmental organisations can co-operate with the State in the fulfilment of the measures provided for in the present law, namely through the signing of co-operation protocols.

Article 51

Information

At the beginning of the proceeding, the Aliens and Frontiers Department shall inform asylum applicants on the rights they enjoy and on the duties they are subject to, as well as on the procedural course.

Article 52

Interpreting and legal aid

1. Asylum applicants shall benefit, whenever necessary, from the services of an interpreter who shall assist them in the formulation of their request and in the course of the proceeding.

2. The Office of the United Nations High Commissioner for the Refugees and the Portuguese Council for the Refugees can provide legal counselling directly to asylum applicants, at all stages of the proceeding.

3. The asylum applicant shall benefit from legal aid, in accordance with the provisions of the general law.

Article 53

Medical and medicine assistance

1. Asylum applicants shall be given access to the National Health Service, in accordance with the provisions of a decree order which shall be issued jointly by the Ministers for Internal Affairs and Health.

2. The document mentioned in Article 11 (5) shall be sufficient to prove the quality of asylum applicant, for the purposes of the above paragraph.

Article 54

Means of subsistence

Asylum applicants in a situation of economic and social insufficiency and their respective family entourage in accordance with the provisions of Article 4 shall be granted social support for housing and feeding; the granting of this support shall be ruled by decree order of the Ministers of Finances, Internal Affairs and Solidarity and Social Security, which shall be published within 60 days after the publication of the present law.

Article 55

Right to work

Asylum applicants who have already been granted a temporary residence permit shall be secured access to the labour market, in accordance with the provisions of the general law; the application of the social support regime provided for in Article 50 shall terminate with the exercise of paid employment.

SECTION II

Particularly vulnerable situations

Article 56

Minors

Without prejudice of any tutelage measures which shall apply in accordance with the provisions of the legislation concerning minor tutelage, and when the

circumstances so require, minor asylum applicants can be represented by a non-governmental entity or organisation.

Article 57

Access to teaching

Asylum applicants at school age and in favour of whom a temporary residence permit has been issued shall have access to the public structures of compulsory education, under the same conditions as national citizens.

Article 58

Other vulnerable persons

Asylum applicants who have been victims of torture, rape or any other physical or sexual abuse shall benefit from special attention and care on the part of the respective social security centre within the area of their residence or of entities which have signed support protocols with the latest.

SECTION III

Termination of social support

Article 59

Termination of support

1. Social support shall terminate with the final decision on the asylum application, independently from the lodging of the appropriate judicial appeal.

2. The termination of support in accordance with the provisions of the previous paragraph shall not occur in case, once the applicant's economic and social situation is appraised, it emerges that there shall be necessary to maintain it.

3. Shall cease the support granted to asylum applicants who, without a justification, fail to appear before the concerned authorities when called, go off to unknown location or change their residence without previously informing the Aliens and Frontiers Department of that fact.

CHAPTER VII

Final and transitory provisions

Article 60

Notification procedure

1. The notifications upon the applicant shall be made personally or by means of registered letter with notice of reception, which shall be sent to his or her last known address.

2. In case the letter is returned, such fact shall be immediately communicated to the Office of the United Nations High Commissioner for the Refugees and to the Portuguese Council for the Refugees; the applicant shall be considered as having been notified in case he or she does not appear at the Aliens and Frontiers Department within 20 days from the date of the said return.

Article 61

Extinction of the proceeding

1. The proceeding which is stayed for more than 90 days, due to a reason which the applicant is liable for, shall be extinct.

2. The competence to declare on the extinction of the proceeding shall lie with the Minister for Internal Affairs.

Article 62

Gratuitousness and urgency of the proceedings

The proceedings for grant or loss of the right of asylum and for expulsion shall be gratuitous and urgent, both at the administrative and at the judicial phases.

Article 63

Interpretation and integration

The provisions of the present law shall be interpreted and integrated in accordance with the Universal Declaration of Human Rights, the European Convention on Human Rights, the Geneva Convention of 28 July 1951 and the Optional Protocol of 31 January 1967.

Article 64
Revocation

Law 70/93, of 29 September, shall be revoked.

Article 65
Entry into force

1. The legal regime provided for in the present law shall entry into force 60 days after the date of its publication, without prejudice of the immediate enforcement for the purpose of beginning its regulation process.

2. The present law shall apply to the pending asylum applications.

Approved on the 29th January 1998.

The President of the Assembly of the Republic, *António de Almeida Santos*

Enacted on the 13th March 1998

Publish.

The President of the Republic, *Jorge Sampaio*

Countersigned on the 17th March 1998.

The Prime-Minister, *António Manuel de Oliveira Guterres*.

(Translated by Raquel Tavares).

ÍNDICE

	Pág.
DIREITO COMUNITÁRIO	
– Réglementations étatiques anticoncurrentielles: l'activité normative des États membres de la Communauté Européenne face aux articles 3 g), 5 et 85 du Traité	5
<i>Pedro Cabral</i>	
DIREITOS HUMANOS	
– Violência contra as mulheres	55
<i>Marta Santos Pais</i>	
DIREITOS DA CRIANÇA	
– The question of child labour in a child rights perspective	67
<i>Marta Santos Pais</i>	
ESTUDOS	
XV CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO COMPARADO – RELATÓRIOS PORTUGUESES	
– Droit international privé vers la fin du vingtième siècle: avancement ou recul?	81
<i>Rui Manuel Moura Ramos</i>	

	Pág.
– Constitutional limitations on privatisation	127
<i>Guilherme da Fonseca</i>	
 «SEMINÁRIO JULGAMENTO NA AUSÊNCIA DO ARGUIDO»	
– CONTRIBUIÇÃO PORTUGUESA	141
Notas sobre o Seminário	143
I – Comunicação dos Representantes de Portugal	145
Perspectiva histórica	147
<i>Luís Baía da Costa</i>	
Reforma processual penal em curso	153
<i>Luís Armando Bilro Verão</i>	
 LEGISLAÇÃO PORTUGUESA	
– Nouveau régime juridique en matière d’asile et de réfugiés (Loi n° 15/98, du 26 mars)	169
– New legal framework in matters regarding asylum and refugees (Law 15/98, of the 26 th March)	197

A correspondência relativa a este Boletim deverá ser enviada a
All correspondence concerning this Review should be addressed to
La correspondance concernant cette Revue devra être adressée à

**GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA**

RUA DO VALE DE PEREIRO, 2 — 1269-113 LISBOA — PORTUGAL
TEL.: 382 03 00 — TELEX 42 701 PROCUR P
FAX: 382 03 01
