

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

**GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E
DIREITO
COMPARADO**

LISBOA

**DIREITO COMUNITÁRIO
E SUAS
IMPLICAÇÕES
NO SISTEMA BANCÁRIO PORTUGUÊS**

por
J. Simões Patrício

DIREITO COMUNITÁRIO
E SUAS
IMPLICAÇÕES
NO SISTEMA BANCÁRIO PORTUGUÊS*

ÍNDICE

I. Introdução

- A) O Mercado Comum
- B) Integração: economia, política e direito
- C) Perspectiva e razão de ordem

II. Direito de estabelecimento

- A) Em geral
- B) O direito de estabelecimento na CEE
- C) Direito de estabelecimento bancário
- D) O princípio da igualdade (não-discriminação)
- E) A reserva pública da actividade bancária

III. Adaptações do sistema bancário português

- A) A estrutura bancária nacional face à CEE
- B) Adaptações por aplicação da directiva 73/183/CEE
- C) Adaptações por aplicação da directiva 77/780/CEE

* Contribuição para o seminário da Associação de Formação Bancária, sobre “Portugal e a integração na CEE” — Lisboa, Nov. 81. Relativamente ao texto aí distribuído, introduzem-se agora apenas umas quantas alterações formais.

“Consolidada (a democracia), a justificação da adesão transferiu-se mais para os aspectos económicos”.
(Prof. M. Jacinto Nunes).

“The European Community (...) is the result of an interaction of politics, economics and law”
(D. Lasok).

DIREITO COMUNITÁRIO

E SUAS

IMPLICAÇÕES

NO SISTEMA BANCÁRIO PORTUGUÊS*

I

INTRODUÇÃO

A) *O Mercado Comum*

A integração das economias de vários países pode fazer-se segundo intensidades várias que vão da zona de comércio livre, passando pela união aduaneira, até ao mercado comum ou, num estágio superior, à chamada integração total.

No primeiro caso (de que é exemplo a EFTA) apenas são abolidas as barreiras alfandegárias às trocas entre os países membros, mas cada um destes é livre de adoptar, para com terceiros, pautas e outras restrições que entenda. Já no caso da união aduaneira, além da liberdade de circulação de mercadorias dentro da união, cada um dos países membros adopta as mesmas taxas e restrições alfandegárias face ao exterior. Mas, como se disse, a integração económica pode consubstanciar-se numa forma superior às mencionadas — o mercado comum.

Com efeito, o mercado comum estriba-se — segundo uma terminologia já usada entre nós ⁽¹⁾ — na *integração negativa*, consistindo esta na supressão dos obstáculos à circulação dos factores produtivos (trabalho e capital); mas o estabelecimento de um mercado comum visa mais longe do que isso, abrangendo também a *integração positiva* das economias dos países participantes, isto é, a sua integração por acção, via coordenação e harmonização das políticas económicas de cada um, ou mesmo adopção de políticas

(1) Pertence essa terminologia a J. TINBERGEN, *International Economic Integration* (Amsterdão, 1954), 122.

comuns. É a chamada *união económica*. Eventualmente, ou virtualmente, pelo menos no caso do Tratado de Roma, que institui a CEE, intenta-se alcançar uma *união política* também...

Efectivamente, a integração económica costuma aparecer em contraponto da integração política e, portanto, intimamente ligada a esta última; é caracteristicamente, o caso dos Estados Unidos da América.

B) *Integração: economia, política e direito*

Não deve, porém, enfatizar-se demasiado o paralelismo entre a América e a Europa. Até porque não é para já decerto a concretização dessa ideia de uns Estados Unidos da Europa, por mais remoto que seja um ideal ou sonho de tal espécie, ou por muito recentes que tenham sido as tentativas de o implementar ⁽¹⁾.

(1) Denotando, por certo, aquela consciência cultural comum cimentada pelo Renascimento e depois confirmada pelas Luzes, já desde o final da Idade Média foram sendo propostas algumas formas associativas das nações europeias: o publicista francês Pierre Dubois sugeria nos sécs. XIII/XIV uma arbitragem internacional dos diferendos que opusessem os príncipes e, no séc. XV, o rei da Boémia propôs uma confederação europeia, dotada de instituições comuns, entre as quais uma assembleia que deliberasse por maioria. O “Grand Dessein” de Henrique IV (séc. XVI) previa a divisão da Europa em 15 estados e três conselhos provinciais e, acima destes, um “Conseil très chrétien” de 40 membros. No séc. XVII houve também as sugestões de William Penn e do próprio Leibniz. O séc. XVIII vê surgir o “Projecto de paz perpétua” do abade de Saint-Pierre e o “Projecto filosófico de paz perpétua” de Kant, este de feição acabadamente jurídica pois seria o Direito a caracterizar a federação e a fundar a resolução de litígios. Saint-Simon, no séc. XIX, encara uma unidade europeia muito parecida com a actual, visto os respectivos objectivos serem quase todos de carácter económico; Proudhon, por sua vez, concebe a Europa como uma confederação de confederações. Já nos nosso século, Aristide Briand, que chegou a ser o presidente honorífico da “União pan-europeia” criada para corporizar as ideias de Coudenhove-Kalergi, propôs em 1929, à assembleia geral da Sociedade das Nações, uma união federal europeia que, todavia, não importava cerceamentos das soberanias nacionais. Aludiremos, *infra*, a mais alguns desenvolvimentos em prol da unidade europeia. — Cfr. sobre o que precede, J. M. SANTOS PAIS, “A Comunidade Económica Europeia (sua Génese)”, *Documentação e Direito Comparado* n.º 1.

Sublinhando, porém, o distanciamento duma associação clássica entre Estados independentes e a aproximação da unidade política, P. WIGNY, “Réflexions sur le Terme ‘Communauté’”, *Miscellanea... van der Meersch* (abaixo cit.) III, 399.

Como é sabido, embora resultem de três tratados independentes, as Comunidades Europeias (CECA, CEEA e CEE) também se designam unitariamente por a Comunidade Europeia. O Parlamento europeu, aliás, adoptou em 16 de Fev. 78 (*J. O.* ser. C, de 13 Mar. 78) uma resolução considerando “possível e desejável” esta segunda denominação, quer para referir o conjunto das instituições criadas de acordo com os tratados constitutivos, quer o agrupamento dos Estados membros.

Mas o certo é que, sendo indubitavelmente uma questão de *política* económica, qualquer integração envolve finalidades e processos ou instrumentos de ordem *económica* e tem pelo menos que ser levada à prática mediante procedimentos legais e *jurídicos*, a começar pela celebração dos tratados ou acordos internacionais que dêem vida à união aduaneira pressuposta como ponto de partida. Segundo já foi notado relativamente ao Mercado Comum europeu, a Comunidade é uma *resultante* da interacção da política, da economia e do direito ⁽¹⁾.

Desde logo, com efeito, se a decisão de criar a CEE foi um “acto político profundamente motivado por considerações económicas”, a verdade é que a certidão de nascimento foi passada pelo direito (tratados internacionais, aliás, específicos ⁽²⁾) e as instituições supranacionais que integram a Comunidade é ainda o direito que as estrutura e regula. Por conseguinte, a constituição e, em geral, todas as instituições (Administração) da CEE se analisam num *direito político* — constitucional e “das instituições” — que é o direito comunitário.

Por outro lado, uma das especificidades da Comunidade europeia, tal como historicamente se nos oferece, é com certeza o ter-se procurado a integração política *através* da integração económica, antepondo esta, portanto, àquela. E, aqui, é onde o direito adquire mais um papel de “agente de coesão”. Através dele se vão definir os objectivos comuns a alcançar, se

⁽¹⁾ D. LASOK, *The Law of the Economy in the European Communities* (Londres: Butterwords, 1980), cap. I.

⁽²⁾ “À la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres” (acórdão Costa/Enel, de 1964, do Tribunal das Comunidades). O mesmo escrevia, na decisão Bulmer/Bollinger do English Court of Appeal, Lord DENNING (cfr. Com, *Market Law Rev.* 1974, 119): “The Treaty is quite unlike any of the enactments to which we have become accustomed. The draftsmen of our statutes have striven to express themselves with the utmost exactness... If the words of the statute do not cover a new situation... the gap must remain open until Parliament finds time to fill it.

How different is this Treaty! It lays down general principles. It expresses its aims and purposes. All in sentences of moderate length and commendable style. But it lacks precision. It uses words and phrases without defining what they mean. An English lawyer would look for an interpretation clause, but he would look in vain. There is none. All the way through the Treaty there are gaps and lacunae. These have to be filled in by the judges, or by regulations or directives. It is the European way.”

desenham as políticas a adoptar, tanto ao nível comunitário como por cada país membro, e se estabelecem, quer a responsabilidade, quer as próprias sanções inerentes à actuação comunitária. Ou seja: define-se a “carta económica” a que alude D. Lasok, similar à “carta política” que já vimos também existir; numa palavra, aquilo que pode com propriedade chamar-se o *direito económico* comunitário.

Esta observação é importante porque, repetimos, a integração europeia não tem um cariz *imediatamente* político mas sim económico. Como ficou claro logo desde a célebre declaração, de 9 de Maio de 1950, de Robert Schuman — “l’Europe ne se fera pas d’un coup” ⁽¹⁾ — a estratégia adoptada assumiu carácter funcionalista, pragmatista (se se quiser dizer assim) e não (como propugnaram os defensores duma associação de tipo federal) um carácter “constitucionalista”.

Convém desde já frisar que, por isso mesmo, a Comunidade não se fundou segundo qualquer modelo específico, fosse de carácter político, fosse económico.

A Comunidade Económica que hoje temos na Europa não começou por acaso com a CECA, em 1951/52. Os ideais políticos de uma federação tiveram, no após-guerra, expressões várias, culminando no Congresso de Haia (Maio de 1948) do Comité Internacional de Coordenação dos Movimentos para a Unidade Europeia, no qual se criou o Movimento Europeu, presidido por W. Churchill, L. Blum, H. Spaak e A. de Gasperi; mas a breve trecho se comprovou ser ainda cedo para a integração política e, como fórmula de compromisso, surge o Conselho da Europa. Substitui-se, assim, a unidade política pela simples unificação progressiva das legislações dos países europeus — objecto fundamental do Conselho da Europa. É de sublinhar, já neste lugar, a função essencial, própria e autónoma, do direito assim reconhecida.

Por outro lado, e bastante em concomitância, a vontade americana de que o Plano Marshall para a reconstrução europeia fosse gerido por uma instituição onde se congregassem os países beneficiários e através de uma

(1) “L’Europe ne se fera pas d’un coup, ni dans une construction d’ensemble: elle se fera par des réalisations concrètes, créant d’abord une solidarité de fait (...) Dans ce but le gouvernement français propose immédiatement l’action sur un point limité mais décisif.”

Todavia, o mesmo Schuman afirmara então que o tratado CECA “réalisera les premières assises concrètes d’une fédération européenne indispensable à la préservation de la paix” — o que, dito num contexto psicológico (pelo menos) da rivalidade franco-germânica e para logo acentuar, como transcrevemos, o carácter limitado da empresa económica em causa, tem de considerar-se algo profético e bastante optimista.

política económica integrada, comum a todos estes, acabou por fazer surgir, em 1948, a OECE, depois OCDE (1961). Mas também aqui se não pôde ir muito para além dos aspectos económicos das trocas entre os países membros, *maxime* por o Reino Unido não ter acompanhado os restantes países na sua vontade duma integração europeia.

Ainda se chegou a formar e até a ser objecto de ratificação parlamentar, em 1952, um projecto de Comunidade Europeia de Defesa. Previu-se, igualmente, no art. 38.º desse Projecto CED, a instituição duma Comunidade política europeia. Mas, como é sabido, a recusa de ratificação daquele projecto, pela Assembleia Nacional gaulesa, fez gorar esta última tentativa formal de integração política. E os governos europeus compreenderam que ela podia (devia) alcançar-se somente por etapas, por sectores e pela aproximação das suas economias e das suas legislações.

Assim, avançaram, em 25 de Março de 1957, para a instituição de um Mercado Comum (tratado de Roma), depois do primeiro passo que fora a CECA.

Como se vê deste breve excurso, não há uma destinação política concretizada da integração europeia, como aliás não existe um modelo económico prévio, dado. Logo por isso, não pode afirmar-se que o direito, ou aliás a economia, tenham no processo integrativo um papel servil ou meramente instrumental⁽¹⁾. Embora, pelo que ao aspecto jurídico concerne, seja de ter em mente toda a funcionalização que decorre dos fins político-económicos que moldam a produção e a aplicação do direito, a verdade é que a função primordial do direito é — face à não existência duma direcção teórica definida — uma “função construtiva”; isto, *exactamente* “na medida em que a integração legal contribui para a integração política e económica”⁽²⁾.

Daí que possa e deva afirmar-se que o Mercado Comum possui como característica própria, única, o ter “sucessivamente combinado as forças dinâmicas da política, da economia e do direito”, sendo o resultado da interacção de todos estes: D. Lasok⁽³⁾.

Confortando esta ideia, ou realidade, da autonomia da regulação jurídica da integração europeia, fala-se justamente na *ordem jurídica comuni-*

(1) Já assim é, de resto, no Direito Económico interno: “the law is neither the master nor the servant of the economy” (D. LASOK, *ob cit.*, 8).

(2) *A. e ob. cit.*

(3) *Ibid.*, 1 e 51.

tária. (1) Alude-se a um corpo legislativo, autónomo (repete-se) e preciso, cuja função primacial (repete-se ainda) é a de, por um lado, fundar uma certa organização económica — aspecto do chamado “direito constitucional comunitário” — e, por outro, definir, controlar e executar as políticas económicas (comuns) a prosseguir.

O todo de um direito económico assim condensadamente descrito não pode deixar de ser — como é — objecto de formas específicas de aplicação (2), com particular realce para a interpretação sistemática e/ou teleológica.

Por outra parte, estamos perante um tratado-quadro que, como tal, deixa às instituições criadas uma lata autonomia normativa; por isso não admira que o Tribunal das Comunidades tenha procurado explicitar e desenvolver ao longo dos anos os princípios gerais que enformam a evocada “constituição económica” (*Wirtschaftsverfassung*) comunitária, quer no respeitante à livre circulação de coisas e pessoas, quer no que toca à execução das políticas económicas comuns. Foi assim que ganharam forma e conteúdo os princípios da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da unidade — dos quais o primeiro irá prender a nossa atenção um pouco mais à frente.

(1) Título da obra de JEAN-VICTOR LOUIS, editada pela Comissão das CC.EE. em 1979, em francês, e em 1981, em português.

No célebre caso *Costa/Enel*, o Tribunal das Comunidades entendeu que “en instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d’institutions propres (...) et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d’une limitation de compétence ou d’un transfert d’attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et crée ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes. “Esta doutrina foi retomada do aresto *Van Gend en Loos*, de 1963.

Não é aqui o lugar para referir a complexa problemática da *transferência de competências* dos Estados para a Comunidade ou, antes, das *atribuições* desta última em detrimento daqueles. Está em crise a noção oitocentista, constante desde Bodin a Hegel, de uma soberania estadual indivisível e inalienável. Adopta-se, antes, um conceito novo de soberania que aceita a respectiva divisibilidade e, por isso, faz falar hoje na “repartição distributiva de competências” entre os Estados membros e as instituições comunitárias. Um dos importantes e característicos corolários deste princípio é o da aplicabilidade directa e do primado do direito comunitário na ordem interna de cada país.

(2) A. cit., *L’Ordre Juridique Communautaire* (1979), 25.

Acerca da mencionada interpretação teleológica, v. por exemplo, P. PESCATORE, “Les Objectifs de la Communauté Europ. comme Principes d’Interprétation dans la Jurisprudence de la Cour de Justice”, *Miscellanea... van der Meersch (Paris-Bruxelas, 1972) II*, 325.

Em geral sobre o direito comunitário indicaremos JOHANNES BARMANN, “*Catégories et Autonomie du Droit Communautaire*”, *Bol. M. J.* 262, 441. Em particular sobre a integração jurídica, cfr. desde logo o estudo de R. MONACO, “Notes sur l’Intégration Juridique dans les Communautés Européennes”, cit. *Miscellanea II*, 309.

C) *Perspectiva e razão de ordem*

Posto o que antecede, compreender-se-á que, na qualidade de jurista que unicamente assiste ao autor, o presente trabalho possa legitimamente confinar-se a uma perspectiva jurídica, *apenas*, da integração bancária do nosso País.

É uma perspectiva que também se legitimará, de resto, quando desviemos a nossa atenção da integração europeia propriamente dita para a problemática mesma da adesão de Portugal à CEE. Aí se podem confirmar, de facto, as distinções que estabelecemos — ou as interacções respectivas — entre as ópticas política, económica e jurídica.

Pois encontra-se, em primeiro lugar, mais ou menos assente a utilidade, *do ponto de vista político*, de o País aderir ao Mercado Comum; essa decisão política veio a consubstanciar-se, em 28 de Março de 1977, no pedido formal apresentado pelo Governo nos termos do art. 237.º do Tratado CEE (e dos arts. 98.º do Tratado CECA e 205.º do Tratado CEEA). As negociações que decorrem, porém, têm a ver primacialmente com *aspectos económicos* — já que, segundo notámos, de uma integração genuinamente económica se trata — os quais se afigura poderem reconduzir-se à questão da viabilidade técnico-económica (face aos custos e aos ganhos consequentes à integração) da decisão política que foi tomada; mas também têm a ver com *imperativos jurídicos* de vária ordem: desde eventuais impossibilidades, ou simples dificuldades, de carácter constitucional relativamente à adesão, até ao modo concreto de articulação dos ordenamentos legais do futuro Estado membro e da Comunidade.

Aliás, e em segundo lugar, deve ter-se em conta que a decisão política — pelo menos a conjuntural — pode ser afectada, ou mesmo de todo prejudicada *a partir* dos resultados a que se chegue, tanto em sede técnico-económica, como em sede técnico-jurídica. O que até provará que nem a ciência económica, nem a ciência jurídica são exclusiva ou necessariamente determinadas pela instância política.

Com efeito, embora corresponda ao entendimento maioritário das forças partidárias, a decisão de aderir à CEE não pode considerar-se ainda definitiva, como já se notou, acima, de passagem. De vários lados, aliás, se fala na necessidade de um referendo sobre a matéria ⁽¹⁾ e parece-nos que

(1) Assim, por último, o próprio Primeiro Ministro em Setembro de 1980 e, depois, em declaração ao *Journal de Genève*, segundo a imprensa portuguesa de 30 Jan. 81.

—sem conceder relativamente aos limites materiais à revisão a lei fundamental, que sempre têm de ser respeitados — o assunto tem importância suficiente para justificar tal procedimento, à semelhança, de resto, com o que sucedeu noutros países candidatos (1).

Ora, ninguém poderá garantir, por certo, que o balanço dos custos e vantagens inventariáveis segundo os processos da análise económica não venha a ser negativo — e, numa tal eventualidade (que nem por ser remota pode desprezar-se à priori), muito naturalmente claudicará todo o suporte ao assentimento político à adesão comunitária.

Assim como é pensável (também igualmente como hipótese de trabalho) que a análise jurídica conclua que, v.g. em face de uma concepção rígida de soberania ou independência nacional, adoptada na Constituição, repugna a esta o processo da integração propriamente dita — e, também aí, não sofrerá dúvida que resulta prejudicado o desiderato político tal como foi provisoriamente assumido.

Em qualquer destas hipóteses — limite, bem se vê como a instância política é que resulta condicionada pelas outras duas. Mas cremos que noutros casos mais simples — situados ao nível dos meros preparatórios da adesão — será possível detectar a “interacção” dos três factores (2). Talvez

(1) Não assim, como é sabido, com o último a aderir, a Grécia. Aí, o referendo foi proclamado nas últimas eleições, pelo partido vencedor, como teste à vontade popular de permanência na CEE. No momento em que escrevemos, porém, o primeiro-ministro socialista parece ter optado (segundo entrevista concedida a *Le Monde*) por tentar obter um “estatuto especial” para a Grécia: *Financial Times* de 4 de Nov. 81.

Mas também noutras latitudes se contesta a persistência da relação comunitária e se reclama o referendo. É o caso do Partido Trabalhista britânico, pelo menos, Cfr. a série de perguntas (sem resposta), efectuadas a propósito no Parlamento europeu, no *J. O.* série C, de 20 de Nov. e 16 de Dez. 81.

(2) No depoimento prestado ao *Expresso* de 1 Ago. 81, a que foi posto o título “Abertura deve começar no crédito ao investimento”, o Prof. M. JACINTO NUNES sublinhou — directamente a propósito das implicações da adesão no sistema bancário português — cada um dos três planos que no texto vimos referindo: politicamente, entende a maioria que a adesão implica a abertura do sector à iniciativa privada; do ponto de vista jurídico, porém, existe discrepância quanto a isso; e, “ao lado do aspecto jurídico, do ponto de vista económico-financeiro, há, como quase sempre, vantagens e inconvenientes”. E não deixou de relevar as fissuras que já se vão notando, para lá consequentemente da simples perspectiva política inicial, por parte de correntes sindicais e até de grupos patronais.

Por nossa parte, e sem pretensão de sermos exaustivos, registamos as seguintes posições desfavoráveis à adesão, ao longo dos últimos tempos: em Ago. 80, da Acção católica Rural, em carta dirigida à hierarquia sobre as actividades desse ano; já no corrente ano, os sindicatos têxteis primeiro (*Diário de Notícias* de 1 Jun. 81) e, depois, os próprios industriais têxteis (*Jornal de Notícias* de 29 Ago. 81) manifestaram o seu pessimismo crescente; a mesma apreensão tinham manifestado já os industriais de lacticínios (*O Diário* de 26 Dez. 80) e a CNA, para a agricultura em geral (*Diário de Lisboa* de 9 Ago. 80); como é bem conhecido, a própria CIP veio agora a guardar marcadas distâncias quanto à adesão (*Diário Popular* de 11 Set.) e a AIP fê-lo também depois (*O Jornal* de 6 Nov. 81)... — Em geral sobre o posicionamento dos parceiros sociais, v. o artigo de Luís Ribeiro no suplemento Portugal/CEE do *Diário de Notícias* de 26 Mai. 81.

não tenhamos que perder agora tempo a hipotisá-los se for certo, como julgamos que é, resultar isso comprovado na sequência desta exposição.

Por agora, desejaríamos acentuar que a *perspectiva adoptada se esforçará por ser meramente jurídica*, pesem embora os condicionalismos em que ela é tentada e, como acabamos de ver, as implicações de outra ordem que toda a análise jurídica pode comportar.

Feita uma tal clarificação, resultam certamente justificados os temas da abordagem ora empreendida.

Postulada a abertura do espaço económico nacional à Europa comunitária, aquilo que em princípio logo resulta, no tocante às empresas bancárias, é a liberdade (conceito jurídico) de constituição e actuação (*operation*) das mesmas empresas em todos e cada um dos países membros. Daí que iniciemos a exposição pelo *direito de estabelecimento*.

Não teremos que nos ater às condições e às consequências do exercício desse direito do ponto de vista da economia internacional. Já devemos porém, isso sim, delinear em que termos, legais ou *jurídicos*, está regulado esse exercício. Tentaremos, então, fazê-lo do ponto de vista do direito comunitário, centrando particularmente a atenção no princípio da igualdade. Seguidamente, indagaremos sobre a compatibilidade da constituição económica portuguesa com este princípio da igualdade.

No respeitante, especialmente, ao estabelecimento (em sentido restrito) e à actuação das empresas bancárias, analisaremos depois que *adaptações do nosso sistema bancário* se impõem; isto — com a brevidade imposta pela índole do presente estudo — à luz dos dois textos jurídicos comunitários respeitantes ao direito de estabelecimento das instituições financeiras: a directiva 73/183/CEE que releva da simples integração negativa, pois só tem em vista a eliminação das discriminações nacionais, e a directiva 77/780/CEE que já diz respeito a alguma integração positiva, visto prosseguir a finalidade da harmonização legislativa.

DIREITO

DE ESTABELECIMENTO

II

A) *Em geral*

Estabelecemos, de início, uma distinção entre a simples união aduaneira e o mercado comum — e, não obstante a dificuldade por vezes sentida na prática quanto à respectiva distinção ⁽¹⁾, temos de voltar aí para melhor compreender o que está em causa na liberdade ou direito de estabelecimento. Mas começemos por definir este direito como ⁽²⁾.

o princípio que “tem por conteúdo *assegurar ou promover, em regra dentro de um espaço económico no qual se esteja realizando um processo de integração económica, o exercício em condições tendencialmente iguais de actividades produtivas de tipo empresarial ou de actividades profissionais*”

⁽¹⁾ Do ponto de vista teórico, cfr. v.g. BELA BALASSA, *Teoria da Integração Económica* (trad. port., 2.ª ed. —1972), 13 e 110.

Na prática, já se tem confessado — na própria CEE — a *ambiguidade* das noções de “mercado comum” e de “união económica”, v.g. no tocante à liberalização dos movimentos de capitais e por faltar qualquer explicitação interpretativa no art. 67.º do Tratado: memorando da Comissão ao Conselho, doc. COM (69) 200, de 5 Mar. 1969 — citado, com outro ainda, por A. RAMOS PEREIRA na conferência proferida no INA (Oeiras) em 4 Nov. 81, *Liberalização dos Invisíveis Correntes e Movimentos de Capitais na CEE*.

Uma consequência jurídica desta relativa indefinição acaba o Tribunal das Comunidades de a tirar agora: cfr. a nota *in fine* da alínea D) desta 2.ª parte.

⁽²⁾ Adopta-se o conceito de A. L. SOUSA FRANCO, “Contribuição para o Estudo do Direito de Estabelecimento”, rev. *O Direito* 104º (1972), 32 ss., 87 ss. e 197 ss.

não assalariadas, em condições não discriminatórias para quem quer que seja oriundo de dentro da área”.

Vale por dizer, mais simplificadaamente, que o direito de estabelecimento, consequentemente à liberdade de circulação de pessoas e factores de produção no interior de certa zona, consiste na *liberdade de fixação* (faculdade de se fixar ou “estabelecer”) em qualquer ponto da mesma zona, para aí *instalar e exercer* ou desenvolver certa actividade económica.

É de notar que, nas relações económicas internacionais, o direito de estabelecimento não é exclusivo das formas superiores de integração das economias, a começar no mercado comum. Ele está presente nos instrumentos internacionais de simples *integração comercial*, de mera livre circulação de mercadorias — uniões aduaneiras e zonas de comércio livre ⁽¹⁾ — e não deixou aliás de ser tentado a outros níveis menos comprometidos com a cooperação económica internacional — como sucedeu na vigência da Sociedade das Nações ⁽²⁾ e com a carta de Havana ⁽³⁾ ou também no âmbito do Conselho da Europa ⁽⁴⁾. De resto, o tratado que pela primeira vez regulou o direito de estabelecimento teve carácter bilateral e foi o que celebraram, em 1951, a França e a Itália ⁽⁵⁾.

Mas é certo que há uma diferença qualitativa entre a liberdade de estabelecimento nos simples espaços aduaneiros e no mercado comum. Pois, enquanto no primeiro caso (de que pode ser exemplo a EFTA) as finalidades prosseguidas vão pouco mais além do que a abolição de entraves ao comércio (apenas de mercadorias) na zona, no segundo caso (o da CEE) os fins visados são bem mais vastos e elaborados, compreendendo, para lá do desenvolvimento da produção e do comércio ⁽⁶⁾, a unificação das políticas económicas (“harmonização normativa”) ⁽⁷⁾ e, claro, a própria unidade

(1) V.g., art. 16.º §§ 1.º e 6.º da Convenção de Estocolmo (EFTA); mas já não assim quanto à Convenção de Paris de 16 Abr. 1948 (OECE); *A. e ob. cit.*, 42 s. —Cfr., com muito interesse, VÍTOR A. D. FAVEIRO, “A Liberdade de Estabelecimento nos Países da EFTA”, em *Ciência e Técnica Fiscal* n.º 53 (Maio 63), 1417.

(2) Projecto de convenção multilateral sobre o tratamento dos estrangeiros, de 1929.

(3) Art. 12.º n.ºs 1 e 2 (não-discriminação quanto ao estatuto dos capitais estrangeiros).

(4) Convenção europeia de estabelecimento, assinada em 13 Dez. 1956, mas que não chegou a entrar em vigor. Porém, é muito de ter em conta o Acordo europeu sobre a circulação de pessoas entre os países membros do Conselho, assinado um ano depois. Em 1964 foi ainda elaborado um projecto de convenção europeia sobre o estabelecimento de sociedades.

(5) Cfr., para o desenvolvimento deste e de outros pontos, SOUSA FRANCO, *loc. cit.*

(6) Tratado CEE, art. 54.º-3 a). Abrangem-se, igualmente, aspectos como o da propriedade fundiária, o da instalação de assalariados já residentes e o da circulação de pessoal de gestão: alíns. e), d) e f).

(7) *Idem*, arts. 100.º a 102.º.

do mercado ou, na expressão de Bela Balassa ⁽¹⁾, mais do que a integração já presente na união aduaneira, a fusão dos mercados nacionais.

No plano especificamente jurídico, isto significa que, enquanto estejamos perante a mera integração comercial, o direito de estabelecimento “tem um sentido orientador do direito económico dos Estados ou espaços aduaneiros a considerar — e raro se traduzirá na formulação directa sobre o estabelecimento, no interior da zona, de estrangeiros oriundos de outro ponto dela” ⁽²⁾.

Por outra parte, o direito de estabelecimento, quando não sirva os objectivos dum mercado comum, pode facilmente ser entendido como relevando basicamente do chamado *direito dos estrangeiros*, tanto enquanto beneficie em certos aspectos não-nacionais relativamente ao regime comum (discriminatório, por tradição) dos estrangeiros, como na medida em que noutros aspectos os submeta a mais acentuado controlo. Pode não ser, todavia, necessário enquadrá-lo fora do *direito comum*, no caso o direito comercial internacional ⁽³⁾. Mas, quando uma *união económica* se vise, então já se tornará mister recorrer a procedimentos de origem e alcance supranacionais, a decisões de órgãos comuns aos Estados comprometidos na associação, aproximando normativamente as suas políticas económicas. É, pois, um outro direito, um *direito especial* — o direito económico comunitário a que já aludimos — aquele que aí se apresenta ⁽⁴⁾.

(1) *Ob. cit.*, 59.

(2) SOUSA FRANCO, *ob. cit.*, 51.

(3) Concretizando com o direito pátrio, poderiam apontar-se (exemplificativamente):

— o art. 14.º do Cód. Civ., equiparando estrangeiros e nacionais quanto à capacidade de gozo;

— o art. 12.º do Cód. Com., sobre o regime internacional da capacidade comercial;

— o art. 109.º do mesmo diploma, relativo aos actos comerciais, em Portugal, de sociedades estrangeiras;

— o art. 111.º ainda do mesmo diploma, respeitante ao registo e à falência das sociedades estrangeiras que no País tenham qualquer forma de representação;

— o art. 5.º do Regul. do registo Com. (D. L. 42645, de 14 Nov. 59), sobre a matrícula das mesmas sociedades e o registo dos seus actos;

— o art. 7.º-2 do Cód. Proc. Civ., conferindo personalidade judiciária às sucursais de sociedades estrangeiras.

Fora do direito comum internacional, relevando já do direito económico internacional (direito especial) mas de simples fonte interna, poderia mencionar-se o Cód. de Investimentos Estrangeiros (D. L. 348/77, de 24 Ago., e outros), se não também outros diplomas ainda parcialmente em vigor, como o D. L. 46312, de 28 Abr., 65.

(4) Cremos tratar-se de um ramo específico, *diferente* também do próprio direito económico internacional. Apontem-se como exemplo um Código de Liberalização das Operações de Capitais (OCDE), desprovido em bom rigor de sanção jurídica pois não envolverá mais do que a “responsabilidade” internacional (política) de Estado para Estado e funcionará portanto como código de conduta, e as normas imperativas, exequíveis e directamente subjectiváveis, do Tratado CEE.

E compreende-se agora que possa tratar-se de injunções directas, imediatamente aplicáveis na ordem interna dos Estados e cuja violação (comissiva ou omissiva) os sujeita a autênticos procedimentos contenciosos e a sanções. — É o que se verifica com o direito da CEE.

Vejamos, pois, essa legislação.

B) O direito de estabelecimento na CEE

Com a integração económica visa-se alcançar um mercado que ofereça, segundo uma expressão consagrada, “características análogas às de um mercado interno” ou nacional. Ora, os cinco pilares ⁽¹⁾ sobre que assenta o Mercado Comum europeu são, por um lado, a defesa da *concorrência* e, por outro, as célebres *quatro liberdades fundamentais*: de circulação das pessoas, de circulação das mercadorias, de movimentos de capitais e de prestação de serviços.

Justamente, o *direito de estabelecimento* respeita à primeira dessas quatro liberdades. De facto, uma das dimensões da livre circulação de pessoas é a dos *agentes económicos independentes*; a outra respeita à circulação de *assalariados* (trabalhadores). O Tratado CEE distingue claramente estes dois aspectos: no título III — epigrafado “livre circulação das pessoas, dos serviços e dos capitais” — abre-se um capítulo I (arts. 48.º a 51.º) sobre “trabalhadores” e um capítulo II (arts. 52.º a 58.º) sobre “o direito de estabelecimento”.

Procuremos caracterizar, rapidamente, este direito.

São duas as suas características essenciais: a *generalidade*, em primeiro lugar, e a *relatividade*, em segundo ⁽²⁾.

(1) A expressão é de Ch-CAMPET, “La Libération de l'Activité Bancaire dans la CEE”, rev. *Banque* n.º 327 (Mar. 74), 255.

(2) Segue-se, aqui, a conferência proferida na Fundação C. Gulbenkian, em 6 Nov. 79, pelo Prof. PAUL LELEUX.

A generalidade traduz-se, já no facto de a liberdade de estabelecimento *abarcas todas as actividades económicas* (1), já na circunstância de, ao contrário da prática mais seguida em direito internacional, essa liberdade *não depender do sistema de reciprocidade*.

Pelo que toca este último ponto, o princípio é o de *tratamento nacional*: tal como se permita e condicione a actividade dos nacionais (súbditos, “ressortissants”), assim mesmo devem tratar-se os nacionais dos outros parceiros da Comunidade. E isto, não só em sede dos direitos propriamente económicos, mas ainda — segundo desenvolvimentos jurisprudenciais do Tribunal de Justiça — no respeitante a certos direitos sociais e individuais; houve, com efeito, uma como que personalização dos direitos económicos de início visados na regra ora em causa.

É à luz deste princípio do tratamento nacional que se regula a supressão das *discriminações*, como mais abaixo referiremos.

Em segundo lugar, como dissemos, a liberdade de estabelecimento apresenta-se como uma *liberdade relativa*. Quer isto dizer que os que dela beneficiam não têm o direito absoluto de se instalarem noutro país. Têm antes — e aqui se revela mais uma vez um aspecto não dispiciendo da eliminação das discriminações — que respeitar e acatar os mesmos deveres (já que os direitos também são os mesmos) que os nacionais do outro Estado.

Posto isto, mas antes de entrarmos na análise do direito de estabelecimento bancário, ainda referiremos os seguintes dados genéricos da legislação comunitária atinente ao direito de estabelecimento (qualquer que seja, portanto, a actividade económica em causa).

1) O primeiro acto comunitário — que, aliás, não reveste natureza vinculante (normativa, *hoc sensu*) — proferido nesta matéria foi o *programa*

(1) Há que assinalar, porém, *duas excepções* (os monopólios estatais são caso à parte); — as actividades às quais é essencial (“não destacável”, segundo a doutrina) o exercício da *autoridade pública*: art. 55.º do Tratado (mesmo a título ocasional, precisa esse preceito); — as actividades que envolvem *a ordem, a segurança ou a saúde públicas*: art. 56.º (conquanto não invocado, até agora, para estabelecer restrições ao direito comunitário, este preceito está na base da importante matéria da entrada e estadia de estrangeiros).

Fora disso, porém, *todas* as actividades económicas são abrangidas, como dissemos no texto. Tenha-se presente, v.g., o acordo do Trib. de Justiça de 12 Dez. 74 (caso Walrave), relativo à *actividade desportiva*: *Recueil de Jurispr. de la Cour* 1974, n.º 8, 1405. — Não são apenas as autoridades públicas que se entendem hoje vinculadas por este princípio da liberdade de circulação de pessoas, como se prova com esse aresto. Em geral sobre a aplicação directa do direito comunitário em relação a particulares, N. GANGSTED-RASMUSSEN, “Les Obligations des Entreprises de Droit Privé en Vertu du Traité CEE”, *Rev. Trim. Droit Européen* 14.º (1978), n.º 1, 18.

geral para a supressão das restrições à liberdade de estabelecimento, adoptado pelo Conselho em Dezembro de 1961 (1).

Aí se regulavam, para o que agora interessa, as seguintes rubricas:

— *beneficiários* (título I): os súbditos (pessoas singulares) dos outros Estados membros e as sociedades aí sedeadas ou somente constituídas de acordo com a legislação desses Estados (v. g. filial de uma empresa americana (2)).

— *objecto* (título I): a *instalação* num país, para aí exercer uma actividade não assalariada (3) ou para aí criar *agências, sucursais* ou *filiais* (estes três vocábulos aparecem, já, nos arts. 52.º-1 e 54.º-3 b do Tratado);

— *entrada e estadia* (título II) (4);

— *eliminação das restrições* (título III): restrições, note-se desde já, que se traduzam em tratamento de estrangeiros diverso do de nacionais ou, como no texto se explicitava, que se estabeleçam “somente em relação a estrangeiros”.

2) Mas o direito comunitário — cuja fonte jurisprudencial tem foros de grande autoridade e é acatada na prática muito convictamente — não se ficou por aqui no respeitante ao direito de estabelecimento. Mais: o programa geral ora referido veio a ser considerado em boa medida *ultrapassado* (“supérfluo”) num aresto do Tribunal de Justiça, tirado em 21 de Jun. 74: caso *Reyners*, logo depois confirmado pelo acórdão de 3 Dez. 74: caso *Van Binsbergen* (5).

Com efeito, entendeu-se aí que — prescrevendo o art. 52.º do tratado uma obrigação precisa de resultado e não carecendo, por isso, de ser explicitado por programas gerais (todavia — dizemos nós — previstos no art. 54.º -2) — o mesmo art. 52.º era directamente aplicável desde o fim do período de transição, ou seja, (6), após 31 Dez. 1969.

(1) — *J. O.* de 15 Jan. 62.

(2) Anotaremos — sem desenvolver — que o texto do Tratado não exige que a sociedade (A casa-mãe) tenha uma sede de negócios (não fictícia) em território da Comunidade. Ao invés, todos os Estados membros — com excepção da Holanda — o exigem nas respectivas legislações internas.

(3) “As self-employed persons” — versão inglesa.

(4) Aqui, será curioso notar, prescrevia-se o “aménagement” das disposições que pudessem entrar o acesso a actividades independentes por parte de estrangeiros, a fim de suprimir *nomeadamente as “prescrições que visem fins económicos”* (título II, A).

(5) *Recueil cit.* 1974, n.º 5, 631 e n.º 8, 1299; a segunda das mencionadas decisões respeita à liberdade de prestação de serviço, não ao direito de estabelecimento. A jurisprudência da aplicabilidade directa do direito comunitário já vinha, porém, de 1964 no que respeita a obrigações de abstenção (cláusula de *stand-still* do art. 53.º) em matéria de direito de estabelecimento (acórdão *Costa/ENEL*), e de 1972 no respeitante à livre circulação de trabalhadores (acórdão *Marsman*): M. ISABEL JALLES, *Os Direitos da Pessoa na Comunidade Europeia* (sep. — Lisboa, 1981), 73.

(6) Art. 8.º do Tratado.

3) Ainda de carácter genérico, é de citar a importante *directiva* 64/221/CEE, de 25 Fev. 64, respeitante à *coordenação* das condições jurídicas ou das medidas especiais relativas a *deslocações, permanência e saída* de estrangeiros, justificadas exactamente (art. 2.º) por razões de ordem pública, de segurança pública e de saúde pública (1).

Abrangem-se (art. 1.º) os estrangeiros que estejam ou venham a outro país membro, tanto para exercerem uma actividade (assalariada ou) não assalariada, como os que nesse país procurem a prestação de um serviço, bem como os respectivos familiares.

Só releva, como justificativo de restrições baseadas na ordem e na segurança públicas, o *comportamento pessoal* do indivíduo, não bastando a simples condenação penal ou, menos ainda, a caducidade do documento de estadia (art. 3.º). Regulam-se ainda, o *prazo* e os termos (*notificação dos motivos e da decisão*, bem como *recurso* e suas espécies, etc.) de cada acto estadual.

Precisa-se ainda — como enorme interesse para a matéria que nos ocupará — que as razões de ordem (segurança ou saúde) pública “*não podem ser invocadas para fins económicos*” (2). Consequentemente, não podem as autoridades recorrer a critérios de oportunidade — ordem pública económica — v.g. para denegar certas autorizações respeitantes ao estabelecimento bancário; mas há norma especial.

4) — Por seu turno, a *directiva* 73/148/CEE, de 21 Mai. 73, veio regular a supressão das restrições à deslocação e estadia de nacionais doutros Estados membros, em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços.

No fundo, visa-se liberalizar os movimentos de *entrada e saída* de todos os que desejarem estabelecer-se noutra Estado membro ou aí oferecer ou solicitar um serviço, ou os seus familiares; isto, mediante a simples exibição de bilhete de identidade ou de passaporte (3). Dispõe-se expressamente que os Estados membros não podem prevalecer-se, contra a *directiva*, de razões de ordem, saúde ou segurança públicas (art. 8.º).

5) — Cabe referir, complementarmente, a *directiva* 75/34/CEE, de 17 Dez. 74, relativa ao direito de ficar no território de um país membro, dos

(1) Foi há pouco proposto o alargamento desta disciplina, mesmo relativamente a actividades não económicas: *J. O.* de 25 Jul. 80.

(2) Esta matéria será confrontada, *infra*, com o disposto quanto a estabelecimentos de crédito.

(3) Também se prevê (art. 4.º) o direito de *estadia*, titulado por carta de residente especial (comunitária).

“ressortissants” que hajam exercido aí uma actividade independente e seus familiares.

De notar que também aqui não se permitem derrogações fundadas em ordem, segurança ou saúde públicas (art. 9.º).

6) — A *directiva 75/35/CEE*, da mesma data, manda por seu turno aplicar aos casos abrangidos na *directiva anterior* a já referida *directiva 64/221/CEE*.

7) Com praticamente nenhum interesse para a nossa matéria, temos a *resolução do Conselho de 6 Jun. 74* ⁽¹⁾ que veio recomendar o estabelecimento de listas de diplomas, certificados e outros títulos que os Estados membros reconheçam equivalentes. Isto, que se dirige em particular às profissões liberais, enquadra-se na política educacional (“reforma do sistema educacional”) e só reflexamente na liberdade de estabelecimento, como a *resolução* parece chegar a reconhecer.

Ainda que pudesse falar-se, no nosso caso, em actividade propriamente profissional, o certo é que a *resolução* não se aplicaria, pois o banqueiro não carece da... atribuição dum diploma académico. Sucede, aliás, que o direito comunitário de estabelecimento bancário não abrange senão empresas societárias, não individuais.

8) Finalmente, citamos a *comunicação da Comissão* publicada no *J. O.* de 13 Jul. 74, relativa às provas, declarações e atestados previstos em certas *directivas* e concernentes à honorabilidade e ausência de inabilitação falimentar, bem como à natureza e duração das actividades exercidas no país de origem.

Como, porém, esta *comunicação* só respeita às actividades abrangidas pelas *directivas* constantes do seu anexo II, julgamos só interessar o seu conteúdo, quando muito, para as actividades do *sector imobiliário* (n.º 9 do cit. anexo II).

(1) *J. O.* de 20 Ago. 74. Trata-se de matéria muito específica e, aliás, de grande melindre (*maxime* quanto ao exercício da profissão clínica) que não nos cabe, obviamente, abordar aqui mais de espaço. Mas não deixamos de citar a *directiva 75/362/CEE* (*J. O.* sér. L, de 30 Jun. 75), sobre diplomas de medicina e a *directiva 78/1026/CEE* (*J. O.* sér. L, de 23 Dez. 78), relativa a diplomas de veterinária, bem como os projectos de *directiva* sobre diplomas de farmácia (*J. O.* sér. C, de 18 Fev. 81) e de profissões técnicas (*J. O.* sér. C, de 30 Jul. 69). Encontram-se já editadas igualmente, *directivas* sobre o reconhecimento de diplomas de dentista, enfermeira, enfermeiro e parteira. — Recentemente, numa resposta a pergunta feita no parlamento, a Comissão não considerou ainda possível a criação duma carta europeia das profissões liberais: (*J. O.* sér. C., de 16 Nov. 81).

C) *Direito de estabelecimento bancário*

A Comunidade está muito longe de possuir um direito e um sistema bancário próprio, integrado e válido para todos os países membros. Mas, como existe já uma certa produção normativa, cumpre dar conta de como se encontra regulado na CEE o direito de estabelecimento bancário, *lato sensu* (1).

Os actos normativos a considerar são fundamentalmente as directivas de 1973 e de 1977, se bem que outros textos pudessem ter, directa ou indirectamente, algum interesse (2).

Talvez sejam cabidas, porém, umas quantas observações preliminares acerca do contexto da economia europeia em que surgiram as mencionadas directivas (3).

Em 1972, a Comissão Europeia chegou a elaborar um texto, que se poderia considerar um projecto de lei bancária da Europa, cujos quarenta e tal artigos pretendiam regular detalhadamente o funcionamento das instituições financeiras comunitárias, harmonizando as condições do exercício do comércio bancário. Adoptavam-se aí certos critérios gerais — tais como a não-discrecionalidade (antes, sim, a obediência a critérios objectivos) na autorização prévia para instalação de novas instituições de crédito; a faculdade de estas se especializarem segundo as respetivas preferências, de acordo com o princípio da “banca universal”; a liberdade de abrir sucursais em

(1) Referir-nos-emos, como se verá, aos “bancos e estabelecimentos financeiros”; mas, entre as instituições financeiras em sentido lato, não aludiremos às *seguradoras*. Cfr., sobre estas, as directivas 64/225/CEE, e 73/239/CEE, de 25 Fev. 64, 73/240/CEE, de 24 Jul. 73, 78/473/CEE, de 30 Mai 78, 79/267/CEE, de 5 Mai. 79; existe também uma proposta (com modificações) relativa aos contratos de seguro: *J. O.* ser. C, de 31 Dez. 80; quanto a corretores de seguros: directiva 77/92/CEE, de 13 Dez. 76. — Em geral acerca do direito de estabelecimento da actividade seguradora, J. C. SECHE, “Le Rapprochement des Législations destiné à faciliter le Droit d’Établissement et la Libre Prestation des Services en Matière d’Assurances”, em *Cah Droit Europ.* 1981, n.º 2/3, 190 e, ainda, IVO E. SCHWARTZ, “Le Rôle du Rapprochement des Législations afin de faciliter le Droit d’Établissement et la Libre Circulation des Services”, *Documentação e Direito Comparado* n.º 2 (1980), 5.

(2) Reportamo-nos à directiva 67/43/CEE, de 12 Jan.67 — modificada parcialmente pelo acto de adesão do 1.º alargamento e que se refere a actividades independentes que relevem de “negócios imobiliários” de 5 Abr. 68, a qual veio dispôr que os agricultores de certo Estado, estabelecidos noutro Estado membro, não podem ser discriminados dos nacionais deste último Estado no tocante ao *acesso ao crédito* (agrícola), designadamente se bonificado.

Seriam ainda de referir os actos comunitários relativos à transacção de *valores em bolsas...*

(3) Guiamo-nos, aqui, pelo “documento de trabalho” editado pelo Serviço de Estudos do Banco de Espanha, de LUÍS A. ROJO e GONZALO GIL, *Espana y la CEE: Aspectos Monetarios e Financieros (polic.)*. O primeiro destes autores desenvolveu igualmente o tema, por ocasião do ciclo promovido pelo Inst. Nac. Adm. sobre “A Banca na perspectiva da adesão à CEE” (Nov. 1981), na conferência sobre *O Sistema Bancário Espanhol e a Adesão à CEE*.

qualquer ponto da Comunidade, fazendo-se sempre a supervisão dela a partir do país da sede (embora com o dever de colaboração das autoridades de controlo). Mais se previa um sistema obrigatório de seguros de depósitos, o reforço dos poderes de fiscalização, mediante controlos comuns e declaração sistemática dos créditos mais volumosos, etc.

Eclodido o “1.º choque petrolífero”, acrescido das dificuldades próprias do 1.º alargamento da CEE em 1973 (especialmente no tocante à adaptação do Reino Unido), não houve realmente possibilidade de implementar esse projecto, que assim foi arquivado (1). A Comissão passou, deste modo, a ver-se constringida pela evolução da conjuntura e só pôde, conseqüentemente, elaborar documentos legais de bem mais reduzido e parcial alcance.

Ora, foi em boa parte esse “imperativo dos factos” que fez reagir os países comunitários de modo similar aos focos de crise surgidos e que, por essa via, terá levado a uma certa convergência das respectivas estruturas bancárias, aliás tão dissemelhantes entre si.

Podemos começar por distinguir dois períodos principais: o primeiro desde o final dos anos 60 até 1973 — caracterizado pela crescente liberalização dos mercados financeiros — e o segundo desde 1973 até ao fim dos anos 70 — durante o qual se desencadeiam crises de entidades bancárias nos próprios países mais desenvolvidos, as quais vão portanto conduzir ao reforço e à flexibilização dos órgãos e dos processos de controlo e inspecção sobre as instituições financeiras.

Assim, na primeira dessas etapas, o relatório da Comissão Hunt (“Comission on Financial Structure and regulation”) preconizava em 1971 a potenciação das forças do mercado com a liberalização, “na medida do possível”, dos mercados financeiros e o reconhecimento às instituições respectivas dos poderes necessários para *competirem* nesses mercados. Assistiu-se, por consequência, à generalizada transformação das instituições existentes em outras mais universais que operassem sem outras limitações que não as da sua própria capacidade. Em concomitância, os Estados começaram também a suprimir as disposições legais que extremavam em campos distintos (especializados) as instituições típicas que previam e a adoptar regulações uniformes, comuns a todas essas instituições.

(1) O projecto inspirava-se no figurino germânico, mas foi também considerado demasiado constringente, tanto pelo Banco de Inglaterra como por instituições bancárias inglesas e por certos Estados comunitários, que preferiam uma harmonização mais programática.

Foi o que sucedeu em França (1966/67) com a distinção entre bancos comerciais e industriais, no Reino Unido (1971) com o “Competition and Credit Control” que, entre o mais, sujeita todas as instituições bancárias a normas homogéneas de controlo e proíbe os “clearing banks” de celebrarem acordos de fixação de juros, na Holanda (1973) com o acesso das caixas e das cooperativas às espécies de actividades dos bancos, etc. Trata-se, aliás, de uma tendência geral que também se verificou no Canadá, na Suécia e nos próprios Estados Unidos.

Na segunda etapa, a partir de 1973, deflagrou a crise económica que veio atingir, com intensidade não verificada desde os anos 30, o mundo bancário nos países mais importantes da CEE (1): a crise dos “fringe banks” ingleses em 1973: a falência, em 1974, do Banco Herstatt e as dificuldades do Westdeutsche Bank Girozentrale, na Alemanha; e as aflições sentidas em 1973/74 pelas instituições financeiras gaulesas aparentadas com os referidos “bancos secundários” britânicos. Poderia referir-se ainda, fora da Comunidade, a falência do Banco de San Diego, em 1973, e as dificuldades experimentadas pelo Franklin National Bank (EUA, também) ou pela Union des banques Suisses. À recessão mundial vêm responder as políticas monetárias fortemente restritivas de combate à inflação e a adopção de câmbios flutuantes; cresce o risco das operações cambiais e havia já crescido, naturalmente, o risco das operações bancárias em geral, pois, como vimos, tinha aumentado a quantidade e a rentabilidade também da actividade creditícia. Assim, partindo da ideia básica de que “uma maior liberdade e concorrência nos mercados financeiros exige uma supervisão mais estrita das condições de liquidez e solvabilidade das entidades de crédito”, vamos assistir ao incremento dos mecanismos de controlo das autoridades monetárias.

Reforçam-se os serviços e os poderes de inspecção dos bancos; amplia-se a informação periódica a fornecer por estes; editam-se normas mais restritas quanto à diversificação de riscos; criam-se ou melhoram-se centrais de riscos; recorre-se a sistemas de seguros de depósitos para protecção dos pequenos aforradores; aumentam-se os poderes das autoridades quanto à suspensão de gestores bancários e à própria cessação das licenças a cuja sombra actuem instituições em situação mais perigosa; e — com particular

(1) V., para mais desenvolvimentos, os elementos contidos no artigo de D. DEGUEN e J. — H. DAVID, “Les Mesures Prises pour renforcer les Garanties de Liquidité et de Solvabilité des Institutions Financières”, rev. *Banque* n.º 355 (Out. 76), 939.

interesse relativamente ao nosso tema — introduzem-se normas objectivas mais apertadas quanto à abertura de novos bancos.

Estes são pontos em que pode ver-se desenhada ou prometida uma certa convergência dos sistemas bancários da CEE. Sem embargo, a integração bancária não parece próxima e a verdade é que — segundo Luis Rojo e Gonzalo Gil — “não existe hoje, nem se antevê para o futuro previsível, um modelo bancário que se imponha a todos os países da Comunidade”. — Isso não beneficia muito a concorrência no sector bancário e vem igualmente contender com a liberdade de estabelecimento.

Revertemos, assim, a este nosso tema.

Cada uma das directivas promulgadas foi-o num dos períodos referidos: a directiva 73/183/CEE em 28 de Junho de 1973 (*J. O.* de 16 Jul. 73) e a directiva 77/780/CEE em 12 de Dez. 1977 (*J. O.* de 17 Dez. 77), sendo que o processo de elaboração da primeira foi particularmente moroso ⁽¹⁾.

A 1.^a directiva foi emitida nos termos dos arts. 54.^o n.^{os} 2 e 3, 61.^o e 63.^o do Tratado CEE, os quais globalmente atribuem ao Conselho de Ministros da Comunidade competência para, através de directivas, executar os programas gerais ou, na ausência destes, realizar uma etapa da liberdade de estabelecimento e de circulação de serviços. Efectivamente, o que visa esse diploma, como se diz na respectiva epígrafe, é a “*supressão das restrições à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços*” em matéria bancária e financeira.

Por consequência, os Estados membros ficaram obrigados (arts. 1.^o e 3.^o) a eliminar as restrições consistentes em recusar ou subtrair a cidadãos ou empresas estrangeiras (de outros Estados membros) os direitos de actuação ou as condições do respectivo exercício que, todavia, se reconheçam aos nacionais (“*nationaux*”) ⁽²⁾.

Isto é válido, tanto para o “acesso” às actividades económicas, como para o “exercício” destas (art. 1.^o) — abarcando-se deste modo os dois tempos em que vimos se decompõe o direito de estabelecimento.

(1) Os pareceres da Assembleia e do “Comité” Económico e Social foram emitidos ainda em 1966.

(2) O art. 1.^o da directiva remete directamente para o título III dos programas gerais sobre direito de estabelecimento e livre prestação de serviços. Aí se proibem duas espécies fundamentais de restrições:

— as medidas estaduais de *tratamento diferente* de nacionais em relação apenas a estrangeiros (“*foreign nationals*”, na versão inglesa) e

— as condições, ainda que aplicadas sem olhar à nacionalidade, cujo efeito seja, exclusiva ou principalmente, *dificultar* a actividade de estrangeiros. Pode ser o caso, como veremos, das “discriminações disfarçadas”.

No antepenúltimo considerando da directiva reconhece-se que a coordenação das legislações (*lato sensu*) bancárias deveria fazer-se o mais depressa possível; mas nada obstava, afirma-se, a que a mesma supressão fosse regulamentada anteriormente à coordenação normativa. — Esta, com efeito, é bem mais difícil de conseguir e, julgamos, talvez na época de liberalização crescente da actividade bancária não fosse mister ir mais longe do que o simples abater de fronteiras: bastava, na altura, poderem circular os empresários e os serviços; a actuação, em cada país, continuava a ser regulada apenas por esse mesmo país. A ênfase económica e política era posta na liberalização, embora continuassem a ser bem divergentes os sistemas bancários internos; não seria até fácil coordenar as diversas legislações nacionais.

A 2.^a directiva, essa, é que veio dar o passo seguinte e proceder à *coordenação* das disposições legislativas, regulamentares e administrativas.

O diploma é editado nos termos do art. 57.^o do Tratado, que determina ao Conselho que, por meio de directiva, proceda a tal coordenação antes do termo do período de transição.

Pondera-se, no 3.^o considerando introdutório, que outras directivas vão ser necessárias para conseguir, por etapas, o “mercado comum dos estabelecimentos de crédito” e que o processo de coordenação normativa deverá permitir, como resultado final, que a supervisão global das instituições instaladas em mais de um país seja feita pelas autoridades do Estado da sede, conquanto de colaboração com as autoridades dos outros Estados interessados: mas — deixa-se entender — tal não é viável ainda nas condições presentes.

Quanto ao objecto da sua regulamentação, a 2.^a directiva estabelece (art. 3.^o-2) as *condições gerais mínimas* ⁽¹⁾ a exigir por cada estado previamente ao início, no respectivo território, da actividade duma instituição de crédito provinda de outro país membro. — Assim, todos os Estados *devem* submeter a prévia e formal autorização o começo da actividade bancária, no seu território, de instituições estrangeiras (art. 3.^o-1) e *devem* fazer depender essa autorização de *pelo menos* alguns requisitos: existência de fundos próprios distintos e em mínimos suficientes, bem como a presença de duas pessoas com honorabilidade e experiência que determinem efectivamente a orientação das actividades empreendidas.

(1) Isto — segundo o 8.^o considerando da directiva — como primeira etapa da futura e desejável fixação de condições uniformes de autorização para categorias comparáveis de instituições.

É fundamentalmente só quanto a estes pontos que os Estados membros se obrigam a coordenar os seus ordenamentos jurídicos. Pois, a mais disso, apenas nos ocorre o que se dispõe quanto à abertura de sucursais (art. 4.º) — em termos de supressão de restrições, que não de coordenação normativa — e quanto ao estabelecimento de certos rácios (art. 6.º) — mas, aqui, prometendo já vir a tratar-se de autêntica fixação comunitária de coeficientes de liquidez e solvabilidade.

Com tão magro âmbito, a coordenação desta 2.ª directiva bem poderá considerar ⁽¹⁾ impotente para viabilizar a formação de um autêntico mercado comum bancário. Este virá a resultar — mais, talvez, do que da simples harmonização jurídica — da cooperação administrativa entre os Estados membros, *maxime* através do “Comité” Consultivo (art. 11.º da 2.ª directiva) e, ainda, dos avanços em matéria de liberalização dos movimentos de capitais e relativamente a uma efectiva união monetária ⁽²⁾.

Ao Parlamento Europeu foram recentemente apresentadas, aliás, duas propostas de directivas de coordenação: uma respeitante ao controlo de instituições creditícias possuídas a mais de 50% por outras instituições de crédito ⁽³⁾ e outra sobre a apresentação anual de contas ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ L. ROJO e G. GIL, *loc cit.*

⁽²⁾ Já se notou, aliás, que a instauração dum mercado bancário na CEE depende menos de medidas de harmonização do que da remoção de restrições ao livre estabelecimento, sendo que este, por seu turno, muito depende também da livre circulação de capitais e serviços (para que, v.g., os bancos estrangeiros não tenham que ser obrigados a abrir, no “pays d'accueil”, agências ou sucursais): IAN DALZIEL, *Freedom of Establishment and Free Movement of Services in the Banking Sector*, conferência proferida em Oeiras, em 2 Nov. 81, no ciclo promovido pelo INA, “A Banca na Perspectiva da Adesão à CEE”.

⁽³⁾ *J. O.* sér. C, de 9 Out. 81, rectificado em 8 Dez. 81.

⁽⁴⁾ *J. O.* Sér. C, de 1 Jun 81.

Além dos ora mencionados, e sem nos referirmos a outros projectos antes apresentados já, com o referente ao crédito ao consumo (*J. O.* sér. C, de 27 Mar. 79), a Comissão trabalha neste momento noutros projectos de directiva-pontuais, v.g. sobre a liquidação dos estabelecimentos de crédito e sobre o crédito hipotecário (à habitação). É possível, ainda, que inicie em breve a elaboração de uma nova directiva geral que substitua a de 1977.

D) O princípio da igualdade (não-discriminação)

Segundo começámos por ver, a liberdade de estabelecimento caracteriza-se justamente pela respectiva generalidade e um dos sentidos de tal característica é o *tratamento nacional*: os direitos e as obrigações dos nacionais de certo Estado devem respectivamente ser reconhecidos e impostas *em igualdade* aos estrangeiros.

O princípio do tratamento nacional não é, porém, uma novidade trazida pelos tratados de integração europeia. Outras formações económicas internacionais o têm consignado, como é designadamente o caso da OCDE.

Assim, de acordo com a declaração adoptada pelos governos dos países membros da OCDE (salvo a Turquia) em 1976 ⁽¹⁾, estes deverão — tida embora em conta a ordem pública, os interesses essenciais da sua defesa, etc. — “conceder às empresas que operam no seu território e que pertencem a, ou são controladas directa ou indirectamente por súbditos doutro país membro (chamadas ‘empresas sob controlo estrangeiro’) um regime derivado das suas leis, regulamentos e práticas administrativas (chamado ‘tratamento nacional’) que, de harmonia com o direito internacional, não seja menos favorável do que aquele de que beneficiam nas mesmas circunstâncias as empresas nacionais”. — Mas logo se acrescentou (e isto tem particular significado para o nosso tema, como já veremos) que a mesma declaração não bule com o direito de cada país membro regulamentar a *admissão* dos investimentos estrangeiros ou as condições de *estabelecimento* das empresas estrangeiras.

Afigura-se-nos que a maior importância do tratamento nacional resulta do contraste que por seu intermédio é trazido ao princípio — também ele de igualdade, é de frisar, e também ele inserível no genérico “estatuto dos estrangeiros” de cada país do *tratamento estrangeiro* mais favorável. Este é o caso da “cláusula da nação mais favorecida” — igualmente uma cláusula de não-discriminação, voltamos a dizer — que aparece em instrumentos internacionais de simples trocas comerciais, de que é paradigmático o GATT.

Ao invés desses, todavia, os instrumentos de uniões aduaneiras e de uniões económicas aferem a não-discriminação pelo tratamento mais favorável conferido aos nacionais. Por conseguinte, já não se deixam aqui asseguradas — v.g. segundo os clássicos instrumentos da ordem pública ou da prevalência de distintas obrigações internacionais — as vantagens da economia nacional “vis-à-vis” do estrangeiro: a aplicação sistemática do princípio da igualdade é a “alma” mesma da união pretendida ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Declaração incluída no documento *Le Traitement National des Entreprises sous Contrôle Étranger dans les Pays de l'OCDE* (Paris, 1978), anexo II.

⁽²⁾ Sobre o que precede, P. PESCATORE, *ob. cit.*, 330 s.

Esclareçamos, desde já, que podem tomar-se por equivalentes — talvez correspondam, apenas, a perspectivas diferentes: uma positiva, outra negativa — as expressões *igualdade*, mais usada no Continente, e *não-discriminação*, de origem anglo-saxónica (1).

Já no art. 4.º b) do Tratado CECA foram declaradas liminarmente incompatíveis com o mercado comum do carvão e do aço “as medidas ou práticas que estabeleçam uma discriminação entre produtores, entre compradores ou entre utilizadores (...)”. Mais amplamente, o art. 7.º do Tratado CEE estatui que “no âmbito de aplicação do presente tratado (...) é proibida qualquer discriminação exercida em razão da nacionalidade” — acrescentando que, por maioria qualificada, o Conselho pode legislar no sentido da eliminação de tais discriminações. Não mencionaremos o Tratado CECA, menos ambicioso neste domínio, nem outras disposições do Tratado CEE que se ocupam da regra da igualdade — umas limitativamente (como aliás prevê o próprio art. 7.º), outras alargando a proibição de discriminações para lá da simples nacionalidade — como é o caso das que regulam o direito de estabelecimento e que já foram aqui mencionadas.

Notaremos, de passagem, que pelo menos uma vez (art. 221.º) o Tratado CEE usa a própria expressão “tratamento nacional”.

Evidentemente, a assunção do princípio da igualdade como *princípio geral* do direito comunitário resulta desde logo de todos os Estados membros serem também iguais entre si: se o são, não podem realmente tratar discriminatoriamente os respectivos cidadãos e os dos outros parceiros na Comunidade. Mas tem igualmente a ver com o objectivo da instauração dum mercado único — ou, como já notámos, da fusão dos mercados nacionais — libertando consequentemente as trocas e os movimentos de bens e de factores de produção de todas as peias e entraves constituídos pelas fronteiras nacionais. Também nisto os Estados membros são tratados igualmente pois a todos se impõe o *dever* de contribuir para *uma só* e coerente ordem comunitária; mas, segundo teremos oportunidade de frisar dentro de momentos, a *solidariedade* (outro princípio geral comunitário) primará aqui, em princípio, sobre a igualdade.

(1) Mas, como veremos já, existem *disparidades* (de agentes económicos e de situações fácticas) que não podem considerar-se *discriminações*. Vale por dizer que a igualdade pressuposta deve ser entendida em termos hábeis. — De resto, o progresso do séc. XX em relação ao séc. XIX, neste aspecto, consiste exactamente em ter-se dado conta de que a igualdade meramente formal (jurídica) não corresponde forçosamente à igualdade material: económica, cultural, social, etc.; muito pelo contrário, quantas vezes!

(2) Muito recentes confirmações desta jurisprudência encontram-se, v.g., nos acórdãos de 8, 16 e 29 Out. 80, publicados respectivamente no *Recueil* 1980 n.º 6, 2747, 3005 e 3427 — sendo que este último respeita a discriminação fundada na moeda do contrato.

Deve notar-se, porém, uma certa relatividade no conceito de igualdade. O Tribunal de Justiça tem, efectivamente, entendido persistentemente, de há quase 20 anos para cá ⁽²⁾, que

“le traitement différent de *situations non comparables* ne permet pas de conclure automatiquement à l'existence d'une discrimination; (...) une apparence de discrimination formelle peut donc correspondre, en fait, à une *absence de discrimination matérielle*; (...) la discrimination matérielle aurait consisté à *traiter, soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes*” ⁽¹⁾.

ou que

“ce principe (de l'égalité de traitement) veut que *les situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée*” ⁽²⁾.

Por conseguinte, e de acordo com uma distinção factual básica que terá sempre de fazer-se, mesmo antes de aquilatar sobre o conteúdo ou o alcance das regras legais aplicáveis ⁽³⁾, a primeira coisa a indagar é se se está ou não perante *situações comparáveis*.

No caso negativo, fica imediatamente prejudicada a existência duma discriminação em sentido jurídico: as situações podem ser tratadas de modo diverso, porque diversas são. *Devem-no* mesmo ser, em muitos casos, a fim de se garantir a... igualdade, o equilíbrio entre as situações que foram comparadas. E é sabido que, frequentemente, o moderno “Estado social” capitalista sentiu o imperativo de “intervir” social e economicamente ⁽⁴⁾ para restabelecer esse equilíbrio...

No caso afirmativo — ou seja: quando as situações económicas concretas possam dizer-se comparáveis devem tratar-se igualitariamente; mas, isto,

⁽¹⁾ Acórdão de 17 Jul. 63 (*Recueil* 1963, 360).

⁽²⁾ Acórdãos de 19 Out. 77 e de 25 Out. 78 (*Recueil* 1977, 1611 e 1770; 1978, 2003).

⁽³⁾ Seguimos, nesta matéria, o exaustivo estudo de GILBERT APOLLIS, “Le Principe de l'Égalité de Traitement en Droit Économique Communautaire”, *Rev. du Marché Commun* n.ºs 234 e 235 (Fev. e Mar. 80).

⁽⁴⁾ O intervencionismo estatal — repudiado pelo liberalismo puro para defesa da igualdade (formal) — tem exactamente por objecto introduzir disparidades exigidas pelos objectivos de política económica, principalmente, social. Quer dizer: a igualdade material supõe a intervenção pública. Mas, ainda assim, essa intervenção tem como *limite* a... igualdade: os poderes públicos, designadamente, devem intervir segundo critérios objectivos de interesse público, isto é, atender às “circunstâncias específicas” da situação, às suas “diferenças objectivas”, a uma finalidade “objectivamente justificada” ou “não-arbitrária”, etc. — Cfr. G. APOLLIS, *loc. cit.*

só em princípio visto que o Tribunal das Comunidades entende — segundo vimos — que *pode justificar-se objectivamente uma diferenciação*, mesmo em tal hipótese (1).

Tratar com absoluta igualdade as situações económicas rigorosamente comparáveis e tratar desigualmente as situações entre si diferentes — eis como poderá resumir-se o princípio jurídico da igualdade.

Mas devem ter-se em conta pelo menos mais duas ordens de considerações: uma, *limitativa* do princípio da igualdade; a outra, como que um *desenvolvimento* dele. Vejamo-las por essa ordem.

1) O princípio da igualdade — particularmente no tocante aos deveres dos Estados — pode, realmente, ter que se subordinar ao interesse comum, à ordem pública económica da Comunidade.

Não esqueçamos que deve ser paulatinamente prosseguida uma “política comum”, embora por sectores. Esta, implicando necessariamente o intervencionismo das instituições comunitárias, pode gerar e tem gerado disparidades e até prejuízos para diversos agentes económicos. Baseando-se, pelo menos aparentemente, na filosofia de que “o direito comunitário se justifica por si próprio” (G. Apollis), o Tribunal de Justiça tem sistematicamente feito prevalecer, sobre as desigualdades geradas, o respeito pela coe-rência da organização comunitária (2).

Mais ainda: a *solidariedade* com os objectivos comunitários foi reiteradamente imposta a um pequeno e desprotegido país como a Irlanda que mais, certamente, do que vulgares medidas proteccionistas, visava salvar guardar interesses *vitalis* para o respectivo povo.

Com efeito, aquele país tinha editado certo número de regras, atinentes em especial ao tipo de embarcações admitidas a operar na pesca em suas águas territoriais. A Comissão pôs em causa a regularidade de tal conduta e o Tribunal de Justiça, chamado a pronunciar-se (3), concluiu pela ilegitimidade das mesmas medidas. Isto — note-se bem — quando o próprio Conselho havia reconhecido a *especial dependência* da Irlanda em relação às suas

(1) Cremos ser essa a explicação para o reconhecimento, à França, do direito de adoptar medidas temporárias de salvaguarda relativamente aos exportadores italianos de electrodomésticos cujas importações naquele país tinham crescido massivamente em comparação com as importações dos outros estados membros: acórdão do Trib. Just. de 17 Jul. 63, antes citado já.

(2) Seria fastidioso, ainda que fosse possível, elencar agora todas as decisões proferidas a este respeito. Julgamos que tal jurisprudência foi inaugurada com o acórdão de 2 Dez. 71 (*Recueil* 1971, 985) e foi reafirmada, por último, relativamente à pretensa responsabilidade da CEE por actos de intervenção, nos acórdãos publicados no *Recueil* 1979 n.º 8, 2955, 3017, 3045 e 3091; n.º 10, 3497, 3583 e 3639.

(3) Decisão de 22 Mai. . 77 e acórdão de 19 Jan. 78 (*Recueil* 1978, 470).

pescas costeiras, ninguém duvidara da *urgência* das medidas conservatórias tomadas e era admitida a *competência provisória* dos Estados membros para tomarem medidas unilaterais desse género. Aliás, o próprio “avocat général” sublinhara o carácter transitório das medidas e, conseqüentemente, a falta de idoneidade causal para afazerem perigar a política comum das pescas; duvidara, também, de que pudesse afirmar-se uma presunção suficientemente forte a partir do tipo de navios eleito pela legislação irlandesa (tão pequenos que só ficariam abrangidos barcos irlandeses). Pior do que isso: a política comum das pescas mal saíra, então, da sua fase de aliás complicada elaboração e, sem embargo, o Tribunal decidiu que as medidas irlandesas punham em causa a regulamentação comunitária das pescas *em curso de elaboração!*

Tudo isto, ao arrepio do novo direito internacional do mar, que reconhece efectivamente, a competência de cada Estado para adoptar providências daquela espécie quando tenha uma particular dependência dos recursos piscatórios. E sem qualquer contemplação pelos interesses de flagrante *ordem pública* do país em causa (¹).

2) Vejamos, agora, uns quantos desenvolvimentos jurisprudenciais do princípio da igualdade, com imenso interesse para a presente exposição. Referimo-nos, em particular, às *discriminações disfarçadas*, ou talvez larvares, e às *discriminações às avessas*, “reverse” em inglês ou “à rebours” em francês. A jurisprudência iniciada pelos já mencionados casos *Reyners* e *Van Binsbergen* — recordando: a interpretação segundo a qual o direito de estabelecimento deve ser reconhecido a todos os “ressortissants” dos países comunitários a despeito de não tere sido publicadas pelo Conselho as directivas que o deviam regulamentar nos termos dos arts. 54.º e 57.º do Tratado — tem, entre as respectivas justificações de ordem geral, a de que a regra do tratamento nacional não basta para, só por si, assegurar cabalmente a liberdade de estabelecimento (²).

Basta pensar que as profundas disparidades existentes entre as legisla-

(¹) Como vimos *supra*, em matéria de direito de estabelecimento e de prestação de serviços não releva a *ordem pública meramente económica*.

(²) Como nota A.T.S. LEENEN, “Recent Case Law of the Court of Justice of the EE. CC. on the Freedom of Establishment and the Freedom to provide Services”, *Com. Market Law Rev.* 17.º (1980), n.º 2, 259, o acórdão *Reyners* faz uma distinção nítida entre as duas funções que são de assinalar às directivas sobre liberdade de estabelecimento: uma função é a de *eliminar os obstáculos* a esse direito — e, nessa medida, as directivas são consideradas “supérfluas” a partir do termo do período de transição, pois o art. 52.º é considerado directamente aplicável desde essa data — e a outra função é a de *facilitar o efectivo exercício do mesmo direito* — continuando, nesta parte, as directivas a manter o respectivo interesse.

ções nacionais a propósito do acesso às actividades económicas podem conduzir facilmente — mesmo respeitando-se integralmente o princípio do tratamento nacional — ao tratamento discrepante (*discriminatório*) dos vários agentes económicos. As condições de exercício do direito de estabelecimento, como médico, industrial ou banqueiro, não serão as mesmas independentemente do país considerado.

O Tratado CEE deu-se, por certo, conta disso quando, no art. 54.º, impôs a obrigação de *eliminar* as restrições ao direito de estabelecimento e, no art. 57.º previu a edição de directivas para *facilitar* o acesso (e o respectivo exercício) às actividades não assalariadas.

Ora, parece dever considerar-se como ainda (ou apesar de tudo) discriminatória a exigência, tantas vezes feita e designadamente a propósito das profissões independentes, de o agente económico ser titular dum certo diploma *nacional*, ou melhor, concedido por uma escola nacional, como condição *sine qua non* para ser admitido ao exercício da actividade em questão (1).

Quando o interessado seja estrangeiro, como normalmente não terá obtido esse diploma, ver-se-á impedido — não obstante *formalmente* concedido o tratamento nacional — do acesso e do exercício da pretendida actividade. Será discriminado: não frontal e directamente, mas indirecta e disfarçadamente; discriminado, porém, *realmente*.

No domínio bancário, cremos poderem apontar-se alguns exemplos destes, mesmo nas actuais circunstâncias e dentro da CEE. Reportamo-nos às chamadas (2) discriminações “de facto” — reveladas no recente Relatório Maycock, encomendado em 1980 pela Comissão (3) — que, pelo menos em parte, parecem apresentar-se como autênticas *discriminações disfarçadas*. — Será o caso (que parece ter-se começado a modificar com as novas medidas do Banco Central britânico, em 20 Ago. 81 (4) do papel comercial descontável pelo banco de Inglaterra ser apenas o aceite por um número limitado de

(1) Segundo observámos já, incidentalmente, esta matéria tem muito a ver com regras comunitárias (muitas ainda não existentes) sobre equivalência de diplomas. Não sendo isto directamente aplicável aos bancos, não citaremos, sequer, a jurisprudência comunitária sobre tais “discriminações disfarçadas”.

(2) Assim, IAN DALZIEL, *ob cit.*, 7.

(3) Recenseado, sob o título “Discrimination in Banking in the CEE”, *The Banker*, Jul. 81.

O relatório não abrange tipos especiais de instituições creditícias, como as “accepting” e “discount houses” britânicas, os “banques d'affaires” franceses, as instituições mutualistas de poupança, os bancos estatizados, etc.

(4) Medidas que, de resto, fizeram subir apreciavelmente, até meados de Setembro, o crédito por aceite: 24% para o conjunto dos bancos estrangeiros ($\pm 3/4$ do acréscimo total do Reino Unido) contra, apenas, 6% dos bancos britânicos; a nova lista dos 96 bancos “elegíveis” quase duplicou relativamente à anterior e inclui 17 bancos americanos, 7 japoneses e 6 franceses. — Cfr. I DALZIEL, *loc. cit.*

bancos britânicos; ou a circunstância de, na Irlanda, apenas os depositantes de um número também limitado de bancos locais beneficiarem de regalias fiscais; ou, mais claramente, o facto, detectado em particular na Bélgica, Dinamarca e Irlanda, de serem restritamente os “fundos próprios” ou “capital local” dos bancos estrangeiros os que servem de base para o cálculo de certos rácios obrigatórios; similarmente, os controlos quantitativos da expansão do crédito — particularmente na França, Itália e Irlanda (mas, na Holanda, já se tomou isto nalguma conta, permitindo aos bancos estrangeiros uma expansão proporcionalmente maior) — também são necessariamente discriminatórios, enquanto sejam função dos fundos próprios afectados a cada país; nota-se, igualmente, que os bancos estrangeiros são por vezes tratados inigualmente nas relações ordinárias com os poderes discricionários dos bancos centrais dos países de acolhimento.

Quando o interessado seja um nacional do país em causa, põe-se a questão de saber se também quanto a ele pode falar-se em tratamento discriminatório. É o problema relativamente recente (1) da discriminação às avessas, “à rebours”.

À primeira vista e face aos textos — quer do tratado de Roma, quer do direito derivado — dir-se-ia que a questão nem chega a pôr-se: sendo os estrangeiros beneficiários daquilo, exactamente, de que beneficiam os nacionais, estes não podem nunca dizer-se discriminados em relação àqueles (2). Mas não o entendeu assim, em três arestos do primeiro trimestre de 1979, o Tribunal de Justiça. Trata-se de dois acórdãos de 7 Fev. 79 (casos Knoors e Auer) e um de 28 Mar. 79 (caso Saunders) (3).

(1) Recente, decerto, em termos comunitários: ele parece ter sido primeiramente aventado pelo “avocat général” no caso Thieffry (*Recueil* 1977, 765) — alegando ser “aberrante” que o súbdito dum Estado comunitário não possa à luz do art. 52.º, exercer a sua profissão (advogado, na espécie concreta) em qualquer outro Estado membro e, desde logo, no seu próprio — mas o Tribunal não tomou posição senão no ano seguinte: acórdão de 28 Jun. 78, caso Kenny (*Recueil* 1978, 1489). — Fora da Europa, segundo veremos *infra* as discriminações às avessas tinham sido objecto, há muito, da jurisprudência americana.

(2) Efectivamente, o art. 52.º-1 prevê a eliminação progressiva das restrições ao livre estabelecimento dos súbditos dum Estado “no território dum outro Estado membro” e o art. 52.º-2.º alude às condições definidas pela legislação do país em causa “para os seus próprios súbditos”.

(3) *Recueil* 1979 n.º 2, 399, 437 e 1129. Foram também respectivamente publicados na *Rev. Trim. Droit Europ.* 1979, n.º 3, 497, 501 e 506 e, quanto ao último, na *Com. Market Law Rev.* 17.º (1980), n.º 1, 133.

Creemos terem sido primeiramente criticados por GÉRARD DRUESNE, “Remarques sur le Champs d’Application Personnel du Droit Communautaire: des ‘Discriminations à rebours’ peuvent-elles tenir en Échec la Liberté de Circulation des Personnes?”, no cit. n.º 3 de 1979 da *Rev. Trim. Droit Europ.*, 429. Já mencionámos, por outro lado, o artigo de A.T.S. LEENEN, na *Com. Market Law Rev.*

Recentissimamente, o Tribunal da Justiça reiterou esta jurisprudência no acórdão de 6 Out. 81, caso *Broekmeulen* — médico generalista holandês: *J. O. sér. C*, de 18 Nov. 81.

No primeiro caso, tratava-se dum cidadão holandês (knoors) que exercera durante 6 anos, na Bélgica, a profissão independente de instalador de aquecimento central e de canalizador e que desejava estabelecer-se na Holanda. Aqui, porém, a legislação (salvaguardando embora explicitamente a aplicabilidade das normas comunitárias) só permite que seja concedida autorização para o exercício daquela actividade de se observarem certas condições de aptidão profissional; isto, obviamente, para os holandeses. A questão que se punha era, unicamente, a de saber se o profissional em causa podia beneficiar da equivalência estabelecida pelo direito comunitário — directiva 64/427, de 7 Jul. 64 — em termos de não ficar submetido às mencionadas condições do direito pátrio e uma vez que preenchia as do direito europeu por ter exercido a sua actividade noutro país membro.

No caso Auer, médico-veterinário de origem austríaca mas naturalizado francês, a questão era semelhante. Tendo obtido o seu diploma na Itália, de modo a ficar habilitado a exercer aí a respectiva actividade, veio instalar-se em França praticando aqui a medicina veterinária. Perseguido e condenado judicialmente por exercício ilegal desta profissão, levantou-se a questão de saber se se lhe aplicaria a exigência da lei interna francesa — para franceses, consequentemente — de um diploma *francês* (ou reconhecimento oficial de equivalência do diploma estrangeiro — o qual lhe fora sistematicamente recusado pela comissão respectiva) para exercer a profissão.

O caso Saunders — cidadã britânica que, por motivo de furto, fora obrigada (em substituição da condenação penal) a residir na Irlanda do Norte e proibida de voltar ao Reino Unido durante 3 anos — não é tão simples. Trata-se dum caso de liberdade de circulação dos trabalhadores, qualidade invocada por Saunders para os efeitos do art. 48.^o-3 do Tratado, quando decidiu voltar ao País de Gales alguns meses depois da decisão judicial. E, além de não ser portanto um caso de liberdade de estabelecimento, também não apresentava qualquer elo ou factor de ligação com mais do que uma ordem jurídica nacional da Comunidade. Era um caso *puramente interno*, relevando da ordem pública — do direito criminal, até — dum só Estado membro e que, por consequência, não se integrava em qualquer das situações reguladas pelo direito comunitário. — Portanto, decidiu o Tribunal de Justiça, o direito comunitário não era chamado a esta situação.

Outro tanto não decidiu, porém, nos outros dois casos mencionados. De resto, a simetria destes e do tratamento jurídico que em princípio lhes foi

dado é total. Sucedeu, apenas, que uma razão contingente determinou soluções finais diversas (1).

O que o Tribunal ponderou foi que os “beneficiários” dos programas e das directivas sobre liberdade de estabelecimento não devem entender-se como subjectivamente indicados (os súbditos dos outros Estados membros) mas, antes, como os “ressortissants” de qualquer país comunitário, independentemente da nacionalidade ou da residência. Todos estes beneficiam da liberalização estatuída “*desde que relevem objectivamente de uma das situações consideradas pela directiva*”. No caso Auer, o Tribunal abordou frontalmente o teor literal do art. 52.º (que é noutro sentido), para dizer que efectivamente ele só estabelece o princípio do tratamento nacional; mas — obtemperou — o que se está a aplicar são directivas emanadas do Conselho nos termos do art. 57º (coordenação das condições de estabelecimento) e essas, dada a *função positiva* que lhes assiste na direcção de um mercado único onde os cidadãos da Comunidade possam desenvolver a sua actividade económica, não podem interpretar-se restritivamente (2). De contrário, subsistiriam os restantes obstáculos — que não resultam da não-nacionalidade — áquele fim essencial dos Tratados.

Assim, leva-se às últimas consequências a estatuição do art. 7.º do Tratado CEE (aliás invocado pelo Tribunal): interdição de *quaisquer* discriminações.

Trata-se, já se vê, dum assinalável contributo do Direito, quer legislado quer de fonte judicial, para a integração económica — como logo de início enfatisámos.

(1) A razão da divergência foi que, no caso Auer, a legislação comunitária de coordenação do acesso à actividade concreta (directivas 78/1026 e 78/1027) foi publicada só depois da decisão judicial francesa.

G. DRUESNE, *ob. cit.*, nota a propósito que no acórdão Auer o Tribunal de Justiça apenas no penúltimo dos 31 considerandos (motivações) da decisão inverteu o raciocínio que poderia levar à mesma conclusão jurídica do caso Knoors. Nota, ainda, que a mencionada razão para não aplicar as directivas entretanto editadas não deixará de ter constituído um discreto convite do Tribunal ao legislador — na medida em que, ao proferir a decisão sabia já publicado o direito cuja ausência justificava o decidido — para não deixar noutros casos sem regulamentação o art. 57.º do Tratado...

(2) Retomaremos, adiante, esta precisão: a doutrina dos arestos comentados só vale para as directivas de coordenação (art. 57.º).

Para já, no entanto, sublinhe-se que ainda há dias — mais precisamente, em 11 Nov. 81 e no caso 203/80 (*J. O. sér. C*, de 17 Dez. 81) — o Tribunal de Justiça do Luxemburgo proferiu a sua primeira decisão relativa à aplicabilidade directa do princípio da liberdade de movimentos de capitais. Entendeu, efectivamente, que o art. 67.º do Tratado de Roma *não é* directamente aplicável porque, remetendo para a “medida necessária ao bom funcionamento do mercado comum”, *requer um acto positivo das instituições comunitárias...*

E) *A reserva pública da actividade bancária*

A benefício de posteriores comentários, suspendemos aqui a análise do direito comunitário, a fim de nos voltarmos nalguma medida para o direito português. Até porque só quando (e se) aderirmos à Comunidade é que relevará a primazia do direito europeu. Por enquanto, o problema posto é o de saber como dois sujeitos de direito internacional, colocados face a face, vão coordenar as respectivas ordens jurídicas. Não é de todo válido — como frequentemente tem sido afirmado entre nós — que, para aderir, *rectius*, no acto de adesão, Portugal haja de subordinar-se por completo ao chamado *acquis communautaire*; justifica-lo-emos mais adiante.

Impõe-se, conseqüentemente, uma análise — perfunctória que seja — do ordenamento jurídico nacional, no que tenha a ver com a adesão a um organismo como a CEE.

Logicamente, deveria começar-se pela admissibilidade, pela lei fundamental (a Constituição de 1976), da mesma adesão. — Trata-se de uma análise ainda embrionária entre nós ⁽¹⁾ e, aliás, não isenta muitas vezes de apriorismos ideológicos ⁽²⁾ ou, mesmo, de fortes dúvidas quanto à legitimidade das leituras jurídicas ⁽³⁾. Discutem-se a este nível matérias tão interessantes como a compatibilidade do nosso ordenamento constitucional-

(1) Apenas duas de maior fôlego se encontram publicadas até agora: a de M. ISABEL JALES, *Implicações Jurídico-Constitucionais da Adesão de Portugal às Comunidades Europeias* (Lisboa: Minist. Fin., 1980) e a de J. MOTA DE CAMPOS, *A Ordem Constitucional Portuguesa e o Direito Comunitário I* (Braga: Pax, 1980).

(2) Assim, FAUSTO DE QUADROS, *Problemas Políticos e Constitucionais do Alargamento da Comunidade Europeia* (sep. — Lisboa, 1979), afirmou primeiro que não tinha dúvidas de que a nossa Constituição era “materialmente incompatível” com o espírito do Tratado de Roma — entre outras coisas devido ao “gigantesco sector público” nacional — para dizer logo a seguir que “mesmo com esta Constituição conseguir-se-ia realizar (a adesão), através duma interpretação em que os critérios políticos prevalecessem sobre os critérios jurídicos e em que se atendesse sobretudo à vontade da maioria esmagadora do Povo Português”...

(3) Como, v.g., a que admite poder a lei ordinária — ou, pior ainda, a *prática* governamental — sobrepor-se ao texto constitucional. Assim, escreveu M. REBELO DE SOUSA, “A Adesão de Portugal à CEE e a Constituição de 1976”, na obra colectiva *Estudos sobre a Constituição III* (Lisboa, 1979), que “a existência de práticas anticonstitucionais pode conduzir à própria derrogação de normas da Constituição, desde que os órgãos de poder político aprovem legislação ou actos políticos sem forma legislativa, que não são declarados inconstitucionais, antes são aplicados sistematicamente e até adoptados como traves-mestras do ordenamento jurídico vigente” — o que mais não é do que aceitar de boa mente a violação da lei fundamental por aqueles que juraram cumpri-la! (O mesmo escreveu o referido A. em “Pistas para a Abordagem do Tema ‘Aspectos Institucionais da Adesão de Portugal à CEE’”, no vol. *Portugal e o Alargamento das Comunidades Europeias* (Lisboa: Inteuropa, 1981, 149 s.).

Em idêntica linha de pensamento podemos, no fundo, situar P. PITA E CUNHA, “Problemas da Adesão de Portugal à CEE”, rev. *Gestão* de Mai./Jun. 79, quando — distinguindo entre o sistema político (onde considera encontrar-se praticamente alcançada entre nós a democracia pluralista) e o

económico com a filosofia subjacente à CEE, *maxime* no tocante às nacionalizações e ao princípio do socialismo, ou como a concepção portuguesa da independência nacional, tal como aparece na lei fundamental.

Não é este, porém, o lugar — nem, por outro lado, nos assiste a inerente competência técnica — para abordarmos uma tal análise. Por isso, mas sem de todo renunciarmos a oportunamente fazer alguma referência (na medida estritamente indispensável, somente) aos aspectos relevados, limitamo-nos por agora a duas observações de carácter muito genérico.

A primeira consiste em relembrar o que logo de início enfatizámos: não há um modelo político, ou sequer um modelo económico preciso, na integração europeia. Se a hipótese-limite duma economia completamente centralizada é, sem dúvida, absolutamente incompatível com a regulamentação comunitária, já o mesmo não poderá dizer-se de todas as gradações intermédias imagináveis, desde as economias mistas de hoje (como é o nosso caso), até, porventura, a um socialismo de mercado (1).

A segunda observação destina-se a simplesmente nos acolhermos neste capítulo à posição — que é a de uma ilustre constitucionalista nacional (2) — de que realmente “não se verifica incompatibilidade entre a Constituição portuguesa e o Tratado de Roma”; isto, não obstante se compreender que o conteúdo da lei fundamental se apresente de maneira diferente consoante os

sistema económico (onde diz existir uma “forte inspiração marxista”) — conclui estar a constituição económica portuguesa longe de corresponder, *na prática* governativa e legislativa, às afirmações ideológicas do texto fundamental; assim, o problema imediato não seria tanto o de modificar a Constituição quanto o da “efectiva clarificação do regime económico português de o aproximar suficientemente dos regimes vigentes nos países do Mercado Comum”; mais do que ao nível da titularidade dos meios de produção (onde aceita ter de vigorar em absoluto o art. 222.º o Tratado CEE), a questão situar-se-á “no plano da própria lógica de funcionamento do sistema económico”. — Como se vê, a análise é empreendida sob a inspiração economista da definição do sistema vigente, que não numa perspectiva jurídica. É o que pode confirmar-se através de outro seu trabalho, onde de resto se elencam todos os programas e práticas governamentais após o 25 de Abril: “O Sistema Económico Português e a Adesão ao Mercado Comum”, na cit. obra colectiva, *Portugal e o Alargamento das Comunidades Europeias*, 45.

Quanto à afirmação da não imprescindibilidade imediata da revisão da Constituição, parece de assinalar certa contradição do mesmo A. com o que escreveu em “A Regulação Constitucional da Organização Económica e a Adesão à CEE”, na obra colectiva *Estudos sobre a Constituição III* (Lisboa, 1979), 455 s.

(1) Para citar unicamente a mais recente afirmação que conhecemos a este propósito, no contexto, aliás, da matéria mais genuinamente característica duma economia de mercado (a concorrência), transcreve-se o seguinte trecho do artigo de BASTIAN VAN DER ESCH, “IEEC Competition Rules: Basic Principles and Policy Aims”, *Legal Issues of European Integration* 1980, n.º 2, 75: “It is not so therefore that the treaty enshrines the liberal economy as such. There is room within the Community for those who put their faith in a guided economy, provided the unity of the market is respected”.

(2) JORGE MIRANDA, “A Constituição Portuguesa e o Ingresso nas Comunidades Europeias”, no cit. volume *Portugal e o Alargamento das Comunidades Europeias*, 79: “L’Adésion du Portugal à la CEE — Quelques Remarques de Droit Constitutionnel”, em *A Community of Twelve?...* (Bruges: De Temple, 1978), 154.

pressupostos e os planos políticos que sejam adoptados. Mas não oferece muita dúvida que o texto e o espírito constitucionais, globalmente considerados, garantem um modelo de sociedade de tipo ocidental: quer por ser acolhido um efectivo pluralismo ideológico, mesmo ao nível do aparelho de Estado, que é um Estado neutral até em relação a modelos económicos concretos; quer por estar garantido, e se ter realizado já na prática, o princípio da alternância sempre que a queira o povo e a manifeste ao princípio socialista: a programada “transição para o socialismo” admitir a sua revisão novamente pela vontade popular.

A perspectivização que verdadeiramente nos deve ocupar é a da compatibilidade (diríamos talvez melhor: a habilitação) do sistema bancário português com a regulamentação comunitária.

Mesmo aí, de resto, é somente da perspectiva jurídica, em que inicialmente nos colocámos, que tentaremos alguma análise, desprezaremos, pois, quaisquer enquadramentos de cariz político ou, mesmo, a evolução que o tema veio conhecendo entre personalidades das forças politicamente representativas⁽¹⁾. Além disso, procuraremos cingir-nos ao aspecto já tratado⁽²⁾ do direito de estabelecimento.

Com efeito, pode parecer que o nosso País — vedando, como ainda veda, praticamente toda a actividade bancária aos particulares, reservando-a

(1) Abstraindo das posições que espelham as opções partidárias mais conhecidas, podem assinalar-se: a declaração de J. Medeiros Ferreira considerando “um paradoxo um Estado que consente banca privada estrangeira e proíbe a nacionais” (*Expresso* de 5 Out. 79); partindo de que a nacionalização da banca foi um acto político, não económico ou financeiro, Rui Vilar declarava pela mesma altura a convicção de que, com a integração europeia, “estão abertas as condições para a existência de instituições financeiras privadas” (*Correio da Manhã* de 23 Out. 79); por seu turno, Mário Adegas opinou no sentido duma certa gradatividade e segurança na admissão de instituições bancárias privadas, consoante o projectado no programa do VI Governo (*O País* de 7 Mar. 80); Bernardo P. Guedes da Silva entendia, porém que, no momento, “pode não ser a banca privada o melhor suporte para se cumprir” o desiderato do relançamento económico (*O Jornal* de 28 Mar. 80); comentando a proibição da banca privada, V. Pinto Leite apelou à lógica do fruto proibido que por isso é mais apetecido (*Expresso* de 5 Jul. 80); igualmente para João Salgueiro a interdição da actividade bancária aparece com “política discriminatória contra os portugueses” (*Tempo* de 4 Dez. 80); e no sentido da incompatibilidade com a adesão à CEE, pela mesma via da discriminação contra portugueses, se pronunciou Álvaro Barreto (*O Jornal* de 27 Mar. 81); pouco antes, todavia, afirmara A. Vaz Pinto, ao encerrar o 1.º encontro nacional de gestores, que a revisão da lei dos sectores público e privado não devia ser influenciada pela adesão à CEE ou por leitura rígida do Tratado de Roma (*Diário de Notícias* de 25 Fev. 81); criticando a “alteração na estratégia” das negociações, R. Almeida Mendes, também este ano, entendia só poder coadunar-se a não-discriminação de nacionais com uma abertura imediata (sem período de transição) dos sectores da banca e dos seguros (*Diário Popular* de 6 Jun. 81).

(2) Outros seriam porventura de abordar, como o duma eventual “adaptação” do monopólio estatal da banca. Abordámo-lo na contribuição para o 3.º seminário da Aurop (Coimbra, Maio 79): C. FERREIRA DE ALMEIDA e J. SIMÕES PATRÍCIO, *Compatibilidade da Reserva Pública da Actividade Bancária com o Direito Comunitário* (polic.).

ao poder público: Lei n.º 46/77, de 8 Jul. — se coloca numa posição singular e estranha perante os restantes futuros parceiros da CEE que, todos eles, ou possuem um sector bancário largamente privado, ou pelo menos fazem aparecer o Estado nesse sector lado a lado com os particulares.

Poderia ainda pensar-se, inclusive, numa discriminação ao contrário: os nacionais e os bancos portugueses poderão estabelecer-se nos restantes países comunitários; os súbditos desses Estados que desejarem instalar-se no País, como banqueiros, gozam dessa faculdade em termos comunitários; só, porém, os portugueses não podem, segundo a Lei n.º 46/77, estabelecer-se na sua própria pátria. Parece absurdo e discriminatório relativamente ao suposto tratamento dos estrangeiros.

Tentaremos demonstrar que é uma simples aparência.

1) Um dos elementos essenciais a ter presentes na análise desta questão é a circunstância de a lei portuguesa — cit. Lei 46/77 — tratar em absoluto de *igualdade* os nacionais e estrangeiros. Com efeito, nos termos do seu art. 1.º-2, “o Estado garantirá a inexistência de discriminações contra a iniciativa ou propriedade de nacionais e estrangeiros” (1).

Por conseguinte, as actividades vedadas à iniciativa privada, em Portugal, são-no *nos mesmos termos para nacionais e estrangeiros*.

2) Que o Estado Português tinha absoluta liberdade para reservar certo número de actividades económicas, acaso já se encontrasse integrado na CEE, é o que insofismavelmente resulta do art. 222.º do Tratado de Roma:

“Le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres”.

Se os Estados membros são livres, *durante* a vigência do Tratado, de regular como entenderem o regime da propriedade (pública ou privada) dos meios de produção ou sectores económicos, por maioria de razão esse regime deve considerar-se inalterado e respeitado pela CEE quando delimitado *antes* da adesão de cada Estado.

(1) “Com ressalva — continua o texto — da legislação relativa aos *investimentos estrangeiros*”. Este seria outro dos temas que se poderiam abordar aqui, porque directamente implicado no direito de estabelecimento, embora também conexionado com o princípio constitucional da independência nacional (art. 86.º da Constituição); mas não parece que, no Código respectivo, se hajam imposto assinaláveis discriminações contra estrangeiros — talvez, mesmo, pelo contrário...

De resto, este preceito servirá muito bem para demonstrar positivamente a já repetida afirmação de que não há um modelo económico preciso na integração europeia.

A jurisprudência comunitária ⁽¹⁾ tem-se fundado neste artigo 222.º para reconhecer a liberdade de cada país para proceder a nacionalizações ⁽²⁾.

3) E os próprios órgãos da CEE, directamente a propósito da adesão de Portugal, entenderam dever fazer uma alusão explícita à compatibilidade do âmbito do nosso sector público e das nacionalizações com a ordem comunitária ⁽³⁾. Assim, no parecer enviado pela Comissão ao Conselho a propósito do pedido de adesão de Portugal ao Mercado Comum ⁽⁴⁾, afirmou-se categoricamente que

“l'ampleur du secteur public et les nationalisations au Portugal ne sont pas incompatibles avec les traités dans la mesure où les réglementations communautaires dans les différents domaines sont respectées. La centralisation de l'administration portugaise, peut avoir des effets négatifs sur la concurrence entre entreprises publiques”.

Esta posição parece tanto mais de sublinhar quanto é certo — como pretendemos evidenciar logo no início da presente matéria — que toda a adesão dum país à Comunidade Europeia é, por definição, um processo bilateral e não unilateral. Consequentemente, se envolve a aceitação do *acquis communautaire* por parte do candidato à Adesão, também envolve a

(1) Desde o já mencionado e relevante acórdão Costa / Enel, de 15 Jul. 64 (*Recueil* 1964, 1147).

(2) O que já pode questionar-se é a extensão admissível para um tal procedimento ou, no limite, se é compatível com o Tratado CEE a reserva pública da maior parte das actividades económicas. O problema, sem ter assumido obviamente estas últimas proporções, apresenta uma certa actualidade dadas as nacionalizações ainda agora decretadas em França. A pergunta dum parlamentar europeu, dirigida à Comissão a propósito da conformidade com o Tratado de Roma dos então projectos legislativos de nacionalização dos sectores bancário e reditício, ficou em meados deste ano sem resposta (*J. O. sér. C*, de 8 Out. 81); o mesmo, aliás, com a pergunta do mesmo deputado quanto à nacionalização de certos sectores-chave (*ibid*).

Mas a Comissão, havia pouco, entendera dever responder à pergunta doutro parlamentar admitindo (tacitamente) que o efeito da nacionalização pode ser o de evitar a venda da empresa dum país a outro da Comunidade, frisando somente que se esse for o único objectivo da nacionalização, pode estar-se perante a violação do direito de estabelecimento (*J. O. sér. C*, de 3 Dez. 80), o que só casuisticamente, todavia, pode ser afirmado (*J. O. sér. C*, de 2 Abr. 81)...

Questão diversa, ainda respeitante às nacionalizações francesas (mas igualmente não respondida pela Comissão), foi a da relação feita por um outro parlamentar que lembrou o acórdão Costa / Enel, com o art. 102.º do Tratado: (*J. O., sér. C*, de 26 Nov. 81)...

aceitação, pela Comunidade, do “conjunto” do respectivo sistema sócio-económico, incluindo a “extensão, a composição e a organização interna do seu sector público e a introdução das reformas que julgue necessárias para regular as relações de propriedade” (5).

É exactamente isso o que se encontra registado noutro documento comunitário, o chamado “Painel” sobre o 2.º alargamento da CEE (6): “O princípio da unidade do direito comunitário é, com efeito, temperado pelo princípio da não-discriminação, e é desde já possível que, acordando numa regulamentação, as instituições comunitárias tenham em devida conta as diferenças objectivas de situação entre os Estados membros”.

Foi assim, portanto, tal como somos, que a CEE decidiu aceitar a nossa adesão. Nem parece realmente que doutro modo pudesse ser, atento o abertamente disposto no art. 222.º do Tratado (7).

A esta luz, resulta incompreensível a orientação que depois vieram a conhecer as negociações, ainda em curso, para a adesão. A avaliar pelo relato público das mesmas (8), a parte portuguesa nenhum partido retirou

(5) De resto, algum tempo depois, a Comissão — respondendo a uma pergunta no Parlamento europeu exactamente a propósito da nossa Lei n.º 46/77 e da sua compatibilidade com a Convenção europeia dos Direitos do Homem — apesar de não se ter de ocupar da questão jurídica principal, entendeu que o cit. Art. 222.º do Tratado deixa os estados membros “livres de proceder a nacionalizações”, conquanto devam respeitar as regras básicas e os objectivos da Comunidade. E lembrou que já no Parecer da Comissão sobre o pedido português de adesão, a mesma Lei n.º 46/77 fora explicitamente referida, juntamente aliás com os dos bancos estrangeiros comunitários que, nos termos do mesmo diploma, podem continuar a operar no País: (*J. O.* de 5 Mar. 79).

(4) Parecer com data de 19 Mai. 78, publicado no *Bul. des C.C. EE.*, suplement. 5/78 e, entre nós, v.g., na rev. da Univ. Cat. Port., *Economia* II (1978), n.º 2. 317.

(5) Transcrito do 6.º Relatório (1977) da Comissão sobre a política da concorrência (cap. III, n.º 273).

(6) “Reflexões de Conjunto Relativas aos Problemas do Alargamento”, com data de 19 Abr. 78, entre nós publicadas na já cit. rev. *Economia* (1978), n.º 2, 317.

(7) Aliás, a doutrina sustenta que o art. 90.º do Tratado CEE (como, de resto, o art. 66.º-7 do Tratado CECA, o art. 17.º do Acordo GATT ou o art. 14.º do Tratado EFTA) — respeitante às empresas públicas (*lato sensu*) — foi também, como o presente art. 222.º, congeminado para de algum modo compatibilizar a concorrência (autêntico *Leitmotiv* do Tratado) com a propriedade pública dos meios de produção, largamente presentes no após-guerra, em vários estados europeus: cfr., v.g., C.A. COLLIARD, “Le Régime des Entreprises Publiques”, na obra colectiva *Droit des Communautés Européennes* (Bruxelas, 1969), 857; sintomática a decisão judicial alemã referida por R. LECOURT, *L'Europe des Juges* (Bruxelas, 1976), 80.

(8) Reportamo-nos ao relatório de Junho de 1980, da Secretaria de Estado da Integração Europeia, intitulado *Portugal — Negociações de Adesão às Comunidades Europeias*, 111: “Partindo do princípio que o sector bancário, como o dos seguros, terá de ser aberto a empresas dos estados membros, na medida em que, de outro modo, estas receberiam um tratamento distinto daqueles que hoje nesses sectores se situam, Portugal terá de promulgar legislação necessária ao cumprimento dos objectivos contidos nas directivas comunitárias de coordenação.

Também no *Expresso* de 2 Mai. 81 era noticiado que na 13.ª reunião de suplentes, em Bruxelas, fora aceite por Portugal o princípio da igualdade de tratamento, “comprometendo-se o Governo português a tornar aquelas actividades (bancos e seguros) acessíveis” a nacionais e estrangeiros...

(antes pelo contrário) da posição claramente tomada pela CEE. Mais lamentavelmente ainda — visto que representa uma atitude unilateral acerca de cujo benefício será e pelo menos legítimo interrogarmo-nos — o Governo fez exarar em documentos legislativos a mera opinião (que, repete-se, não era a anterior da CEE) de que a abertura do sistema bancário era imposta pela adesão comunitária do País. Não o era, como bem se vê, e só o escamoteamento das realidades pode fazer explicar que a razão dessa atitude seja apresentada como... externa; mas foi o que se escreveu no preâmbulo do decreto aprovado em Conselho de Ministros de 19 Fev. 81 (1) e foi depois repetido na proposta de lei n.º 20/II apresentada à Assembleia da República — nenhum dos quais, segundo é conhecido, logrou ser promulgado... — relativos à delimitação dos sectores público e privado.

4) Nem se diga que a persistência em Portugal, mau grado as nacionalizações, de dois bancos comunitários que podem continuar a operar — quer porque foram explicitamente subtraídos às nacionalizações (art. 1.º a do DL. n.º 132-A/75, de 14 Mar.) quer porque assim o confirmou a Lei n.º 46/77 (art. 8.º *in fine*, relativo a *todas* as existentes empresas privadas que de futuro são interditas) se volve em feridência do princípio comunitário da igualdade e, portanto, obrigará a permitir a instalação dos restantes bancos comunitários no País. É, porém esta a opinião dum ilustre magistrado português (1) que, por presidir ao grupo coordenador para o exame conjunto (Portugal/CEE) do direito derivado, devemos comentar agora.

Na verdade, segundo tivemos oportunidade de ver, o princípio da igualdade comporta duas dimensões: uma, estribada na letra do direito comunitário (Tratado CEE, programas gerais e directivas), que faz tratar os estrangeiros *como os nacionais*; outra, resultante de desenvolvimentos (aliás recentes) de fonte jurisprudencial, que proíbe as “reverse discriminations”, isto é, que os nacionais sejam tratados *pior do que os estrangeiros*.

Porém, o direito comunitário não impõe propriamente que uns estrangeiros sejam tratados como os outros (estrangeiros). Compreender-se-ia uma tal injunção nos esquemas de trocas internacionais, como o GATT, onde segundo dissemos oportunamente não se vai além do “tratamento

(1) Claro é que não só a banca, nem a banca e os seguros, seriam tornados acessíveis à iniciativa privada pela remodelação da Lei n.º 46/77; mas, até com argumentos explícitos (como é o caso de P. PITA E CUNHA), a banca, dentro de todo o sector público, tem de ser por excelência franqueada. A tal ponto que, lá fora, os nossos projectos de remodelação dos sectores público e privado já foram designados genericamente como os “Portugal’s Banking Planes”: *Financial Times* de 5 Jun. 80.

(2) *Expresso* de 21 Fev. 81.

estrangeiro”; até porque aí vai postulado um melhor regime para os nacionais. Agora, tratando-se do princípio do “tratamento nacional”, não tem sentido apelar à igualização dos estrangeiros. Por definição, ou segundo a natureza das coisas, os Estados não são padraços dos respectivos súbditos e conferem-lhes o melhor tratamento de todos...

Foi daqui que *partiu* o direito (legislado) da Comunidade. A *não-discriminação* foi acolhida nesta base que é, realmente, para quem se preza, a melhor possível: tratar os outros como a nós (nacionais) próprios.

Mas *depois*, com o funcionamento do Mercado Comum e, principalmente, com o início da *coordenação* e harmonização das legislações e práticas dos Estados membros, veio-se a constatar que, em casos pontuais, eram recusadas a súbditos de certos Estados as condições de que gozavam, nesses países, todos o súbditos dos demais Estados. Achou-se que era aberrante, que existia uma discriminação às avessas, e o direito comunitário (jurisprudencial) evoluiu para a extensão a esses nacionais, de todos os benefícios comuns aos restantes cidadãos da Europa comunitária.

É de ver, porém, que isto sucede em circunstâncias *que não se observam no sistema legal português*:

— por um lado, a lei de delimitação dos sectores não permite que alguns estrangeiros acedam à actividade bancária: proíbe-o antes, como vimos, *a todos* — a todos os nacionais e a todos os estrangeiros; só que *não quis ter efeitos retroativos* e, por isso, declarou que as empresas privadas que já actuassem nos sectores vedados podiam continuar a operar — *todas* elas também, nacionais e estrangeiras;

— por outro lado, o alargamento do princípio da igualdade para lá do “tratamento nacional” verificou-se, na CEE, na fase de implantação das políticas de aproximação e harmonização das legislações nacionais; não no momento *anterior* da mera não-discriminação relativamente às condições de estabelecimento; ou melhor: a não-discriminação de todos em relação a todos, independentemente da nacionalidade, só opera (por enquanto, pelo menos) relativamente a *normas comunitárias* de coordenação das legislações uniformizando as condições de estabelecimento (art. 57.º do Tratado CEE), não relativamente a *normas internas dos Estados* (1); e é este evidentemente o caso da Lei n.º 46/77.

(1) Tanto assim que, consoante vimos a propósito das discriminações às avessas, os nacionais que se querem igualar aos estrangeiros são aqueles que preenchem os requisitos (comunitários) que os estrangeiros preenchem: se não, *continua a vigorar a lei interna*. A razão de ser da medida jurisprudencial é, no fundo, fazer cumprir integralmente a uniformização legislativa conseguida ao nível da Comunidade.

“Discriminação” entre bancos, no nosso País, só pode afirmar-se quando nos reportemos ao momento da nacionalização: os bancos estrangeiros não foram afectados pelas medidas tomadas quanto aos bancos portugueses.

Importará pouco, talvez, indagar por que razão assim se procedeu, embora se nos afigure — *maxime* a partir do que similarmente acaba de fazer-se na França — que não terá sido questão de falta de coragem, mas antes algum temor de retaliações internacionais ou, mesmo, alguma falsa representação sobre a legitimidade de direito internacional (direito, por essa altura, em assaz discutida mutação ⁽¹⁾) para tal procedimento. Importa mais que sublinhemos o *carácter puramente interno* dessa “discriminação”, conduzindo eventualmente a uma inconstitucionalidade ⁽²⁾, mas sem se repercutir ao nível comunitário certamente.

Para lá do momento do acto de nacionalização, não se afigura legítimo falar de discriminação, e muito menos entre estrangeiros. A questão é unicamente a de saber se, face ao direito comunitário, é ou não permitido aos Estados membros nacionalizar as empresas que entendam, formar o respectivo sector público como bem lhes pareça. A resposta só pode ser afirmativa, visto o art. 222.º do Tratado CEE.

De resto, o entendimento que vimos criticando acaba por não respeitar este mesmo art. 222.º.

À uma, porque cerceia o âmbito da liberdade nele reconhecida aos Estados membros, sem qualquer apoio textual ou lógico ⁽³⁾. À outra porque

⁽¹⁾ Cfr. o nosso *Curso de Direito Económico* (Lisboa, 1980), 304 ss.

⁽²⁾ Assim, como é sabido, o *Conseil d'Etat* opinou no sentido de que também os bancos estrangeiros em França deviam ser nacionalizados para que não houvesse discriminação contra nacionais, o que seria inconstitucional (o *Financial Times* de 19 Set. 81 já se referia ao “French foreign bank dilemma”); mas não foi o que se decretou.

O actual texto constitucional português (art. 15.º), não sendo suficientemente claro, também não deixa de proibir um tratamento melhor para estrangeiros do que para nacionais.

Cremos que — pelo menos quando se atente no carácter especificamente intervencionista da nacionalização (que, se não é sancionatória, é pelo menos uma nacionalização-remédio) e se admita que aos fins do Estado que nacionaliza pode não interessar abranger uns quantos bancos estrangeiros, não representativos, pois consegue assegurar-se mesmo sem isso do controlo do sector (nacionalizar não é por força estatizar totalmente) o tratamento desigual dos estrangeiros é simples *consequência indirecta* da medida correctora aplicada e, por conseguinte, não releva juridicamente. Cfr., *infra*, quanto à jurisprudência americana das “reverse discriminations”. Se é que as situações de estrangeiros e nacionais eram mesmo comparáveis...

⁽³⁾ Quanto a este último aspecto, nenhum estado membro deveria, v.g., segundo o juízo ora combatido, nacionalizar (ou poupar à nacionalização dum sector) uma empresa de certo Estado membro, sem, do mesmo passo, nacionalizar (ou poupar) outras empresas similares dos restantes parceiros comunitários.

Também M. ISABEL JALLES *ob. cit.*, 366 s., parece subordinar o art. 222.º à paridade de tratamento.

— misturando institutos bem distintos: direito de estabelecimento (a cujo propósito fala do princípio da igualdade) e regime interno da propriedade — acaba por subordinar uma regra essencial como é a do art. 222.º a um princípio geral, que nada prova ⁽¹⁾ deva primar sobre aquela regra.

5) Poderá, todavia, considerar-se o regime ainda vigente em Portugal como *discriminatório de nacionais* (isto é, “à rebours”)?

Afigura-se mais fácil sustentar essa discriminação, como, na verdade, é a opinião que tem sido expressa por alguns ⁽²⁾, a partir — como a anteriormente apreciada — da existência de bancos estrangeiros entre nós. A lei portuguesa, diz-se, permite a (certos) estrangeiros aquilo que não admite a (todos) os portugueses: o exercício do comércio bancário. Logo, estes são discriminados, e discriminados *ao contrário* do que é uso suceder, que é o pior tratamento ser reservado aos estrangeiros.

Correndo embora o risco de algumas repetições relativamente ao que aduzimos contra a tese precedente, alinharemos umas quantas observações críticas no tocante a um tal argumento. Antes, porém, serão cabidas duas palavras quanto à figura da discriminação às avessas ⁽³⁾.

Tal expressão só de 1964 para cá tem curso no direito americano, embora nos últimos 7 anos o tema haja suscitado acesa discussão e até alguns estudos. A invocação de discriminação (“reverse” ou “in reverse”) é feita pelas camadas mais conservadoras (autênticos *lobbies*) da sociedade estadunidense, com realce para os intelectuais — o que não admira visto as medidas atacadas consistirem frequentemente na fixação de contingentes de admissão ao ensino superior de certas raças ou estratos populacionais.

Mais genericamente, trata-se dos chamados programas de acção positiva, que nos Estados Unidos vêm sendo aplicados já desde o século passado (começando com certas leis conferindo vantagens aos negros, entre 1863 e 1870) mas que tiveram particular impacto com a aplicação da legislação de 1964 da “moderna revolução dos direitos civis”. Abstraindo da jurisprudência local (onde a primeira vez que aparece uma variante da expressão “discriminação às avessas” é em 1964, no Estado de N. York), ao nível federal os dois primeiros arestos são de 1965 e de 1968, tratando do acesso dos negros

⁽¹⁾ Nem, aliás, se conhece — na formulação que é aventada — qualquer consagração (ou simples aplicação) comunitária desse princípio.

⁽²⁾ Cfr., por último, o artigo de VASCO VALDEZ, “A CEE e a Constituição”, rev. *Empresas e Empregados* n.º 1 (Out. 81).

⁽³⁾ Seguiremos o bem recente artigo de JAMES E. JONES, “La ‘Discrimination à rebours’ dans l’Emploi”, na publicação do B.I.T., *Rev. Internat. du Travail* vol. 120 (1981), n.º 4, 485.

ao emprego; mas esse conceito não teve muita influência nas decisões proferidas. Já o mesmo não sucedeu em acórdãos posteriores onde o Supremo Tribunal se recusou a reconhecer o bem fundado das alegações de discriminação ao contrário, ponderando antes que as vantagens concedidas na lei a certas categorias étnicas não eram mais do que a projecção no presente das práticas discriminatórias do passado...

As medidas que têm sido objecto de apreciação pelos tribunais respeitam a programas de acção positiva tão variados como a obrigação de observar certos calendários e quotas de emprego pelas empresas adjudicatárias de obras públicas, programas de ajuda nos estudos, ajudas a empresas pertencentes a membros de grupos minoritários, programas e auxílio a pessoas idosas, ou a pessoas que não falem correntemente o inglês, etc. Tudo, como se vê, sempre procurando pôr cobro às desigualdades que persistem na sociedade.

Embora a discussão prossiga — particularmente nos tribunais e a propósito da constitucionalidade destas medidas — o certo é que o Supremo Tribunal não tem sido demovido da referida orientação. Já em 1974, no caso *De-Funis* (estudante de direito da Universidade de Washington que, devido à admissão obrigatória de elementos de grupos minoritários, não pôde matricular-se ali mau grado possuir melhores antecedentes escolares), a questão havia sido levada àquele tribunal; mas não chegou a decidir-se sobre o fundo. Em 1979, no caso *Bakke* (estudante de medicina da Universidade de Califórnia, nas mesmas circunstâncias que *De-Funis*), o Supremo Tribunal decidiu tangencialmente (4 votos de vencido no total de 9 juizes que compõem o mesmo tribunal) que não era inconstitucional usar o critério da raça para beneficiar certos estratos populacionais visto que isso não é feito para desfavorecer um grupo étnico mas *para reparar uma desvantagem de que fora vítima injusta, no passado, certa minoria*, unicamente devido à sua raça.

Em 2 Jul. 1980, no caso *Fullilove*, esta decisão foi reiterada pelo Supremo Tribunal por maioria de 6 votos. Tratava-se de aquilatar da constitucionalidade da cláusula dum programa de despesas aprovado pelo Congresso, segundo a qual as subvenções federais atribuídas aos Estados ou colectividades públicas no âmbito de certos trabalhos públicos locais deviam ser utilizadas, na percentagem de 10%, na adjudicação de empreendimentos às empresas pertencentes a membros dos grupos rácicos minoritários definidos na lei. O tribunal considerou tratar-se de *medidas correctoras* admissí-

veis perante a Constituição; e que, se se discriminava relativamente a outras empresas (que até podiam nem ter sido nunca discriminadoras), isso era uma *consequência indirecta do programa* e não um dos objectivos deste ⁽¹⁾. Tratando-se, como era o caso, de “*reparar os efeitos duma discriminação anterior*, não é inadmissível fazer suportar, desse modo, uma parte do fardo a terceiros que não têm responsabilidade na situação”.

Vem isto tudo a propósito do confronto que desejamos estabelecer entre a espécie de casos assim julgados e os que foram objecto de apreciação dentro da CEE.

Como resulta do que sublinhámos, *os casos da jurisprudência americana são de verdadeira discriminação*, conquanto não no sentido que lhe atribuem os opositores dos programas de acção positiva ⁽²⁾. Trata-se de discriminação, porque se estabelecem tratamentos distintos para dois grupos. É uma discriminação às avessas, porque a acção empreendida em favor de certos grupos é exactamente *inversa* do tratamento reservado aos outros grupos no passado... Mas não é uma discriminação às avessas no sentido em que estes outros grupos usam a expressão: no sentido de que as medidas atacadas os vão fazer perder direitos ou ter de renunciar a expectativas, enquanto os grupos minoritários vão ser mais favoravelmente tratados. Do que se trata apenas, como decide a mais alta jurisprudência americana, é de “medidas correctoras”.

Por seu turno, *a jurisprudência comunitária defronta-se igualmente com autênticas discriminações*: o que se deseja evitar é que os nacionais de um Estado não beneficiem do regime mais favorável comum a todos os cidadãos da Comunidade. Mas quando, aí, se alude à circunstância de as discriminações funcionarem *às avessas* já se quer designar outra coisa: não que há uma situação de privilégio *a corrigir* mas, unicamente, que deve *persistir* a base mesma de que se partiu: que o nacional não deve passar a ser pior tratado do que o estrangeiro; pelo menos quando se colocou na circunstâncias em que beneficiaria, *se estrangeiro fosse*, de certo regime.

Portanto, só porque não quer abrir-se mão do ponto de partida — o “tratamento nacional” — é que se menciona e combate uma discriminação *ao contrário*; não é porque se deseje revirar um certo e injusto estado (privilegiado) de coisas...

(1) Aliás, ponderou-se ainda, as dificuldades experimentadas antes pelos estratos que se quiseram beneficiar não eram mais do que *consequência secundária da concorrência que regia as relações entre os empresários principais*, aos próprios olhos dos organismos que adjudicavam as obras.

(2) A observação presente consta das conclusões de J. JONES, *ob. cit.*

Com isto, regressamos ao núcleo das considerações que vínhamos tecendo.

Notámos, liminarmente, (*supra*, n.º 1 desta alín. E), que tanto nacionais *como estrangeiros* estão actualmente impedidos de exercer a profissão bancária em Portugal. Consequentemente, *o estabelecimento com esse fim não é possível em face da nossa lei*.

Vimos, também, que para o próprio texto do Tratado de Roma (art. 222.º), tal de resto como é lido pelas instituições comunitárias, todo o Estado membro pode regular livremente a propriedade dos meios de produção — nada obstando, consequentemente, a que só *para futuro*, e não, também, quanto às empresas privadas existentes, isso fique legalmente determinado (*supra*, n.º 2), Isto, pelo menos, na hipótese — que se verifica — de a proibição abranger por igual as empresas nacionais e as estrangeiras.

Quer dizer que *não chega sequer a pôr-se, em Portugal, a questão da aplicabilidade das soluções comunitárias que proibem a discriminação de nacionais ("à rebours")*.

Efectivamente — repetindo-nos em boa parte — para que tal questão se pusesse necessário seria que houvesse direito de estabelecimento; e não o há, pura e simplesmente.

Nem se diga que a discriminação opera (porventura não a esse nível do direito de estabelecimento mas, sim) ao nível da mera desigualdade *tout court* que deriva de se tolerar a existência de bancos estrangeiros entre nós.

É que, segundo já vimos também, esse é um problema puramente interno e que, por outra banda, se põe (ou pôs) num *momento anterior* àquele ora considerado: o da nacionalização (¹). De resto, o *mero facto* da existência de bancos estrangeiros só pode entender-se como característica (boa ou má, não interessa ajuizar) da ordem económica portuguesa; não contende com o direito de estabelecimento pois, por esse lado, tudo está claro na lei. E, como aspecto da constituição económica, *insere-se na reserva do art. 222.º do Tratado CEE e deve, portanto, considerar-se ao abrigo da aplicação de normas ou regras comunitárias que o prejudicassem*.

(¹) Nos termos em que, no texto, a questão é agora posta, poderia certamente encarar-se uma resposta — porventura bem pouco jurídica e muito *ad terrorem* — do género: se o obstáculo é a existência de bancos estrangeiros, pois nacionalizem-se estes (como o admite o art. 222.º)! — É uma solução aventada igualmente, v.g., por M. ISABEL JALLES, *ob. cit.*, 351.

De forma mais subtil, e talvez mais jurídica, evocar-se-ia outra saída: a revogação ou mera retirada da autorização concedida aos mencionados bancos. Trata-se dum procedimento previsto, embora condicionado, pela directiva de 1977 (art. 6.º) e de que falaremos *infra*.

Cremos, sinceramente, ser esta a mais fiel interpretação do Tratado CEE e do direito comunitário em geral, bem como a única que previne o não acatamento do seu art. 222.º (1). Em tal sentido, aduziremos o testemunho de consagrado Autor (2):

“Si la loi française *interdit* aux Français l'accès à certaines activités (parce qu'elles font, par exemple, l'objet d'un *monopole d'État*), ou si elle subornne cet accès, ou les conditions d'exercice de ces activités à des conditions rigoureuses, cette interdiction ou ces conditions s'appliqueront, en France, aux (...) ressortissantes des autres États membres *comme aux Français*” (sublinhámos).

Aliás, a doutrina jurídica nacional não opta firme e exclusivamente, na solução do problema em análise, pela via da discriminação às avessas. Para além do que, a propósito, viemos referindo ao longo destas linhas, é de mencionar a posição de quem, entre nós, porventura mais repetidamente se tem dedicado ao tema. Lembrando que a liberdade do art. 222.º não pode exercer-se sem respeito pela igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, o Autor em causa (3) adianta duas observações *ao mesmo tempo*: em primeiro lugar, o princípio da não-discriminação implica “um razoável grau de reciprocidade”, pelo que Portugal não poderá fechar sozinho o sector bancário enquanto os demais países o mantêm aberto; em segundo lugar, será o caso de falar-se numa “discrimination in reverse”, contra nacionais, se persistirem bancos estrangeiros nesse sector vedado.

(1) Na ausência dum modelo económico certo e preciso, teria realmente que inserir-se no tratado uma norma como esta. Trata-se de uma observação já feita e documentada mais acima, pelo que juntamos agora apenas mais a seguinte opinião de PIERRE-HENRI TEITGEN, *Droit Institutionel Communautaire* (Paris. Les Cours de Droit, 1977/78), 95: “O Mercado Comum será, em definitivo, o que a Comunidade quiser: liberal se ela se ativer às liberalizações que enunciámos, de economia controlado, orientada, mesmo dirigida em determinados sectores, se ela usar de certas possibilidades de intervenção que os tratados lhe abrem”.

(2) B. GOLDMAN, *Droit Commercial Européen* (3.ª ed., 1975), 51.

No mesmo sentido discorria o documento de origem comunitária, de 1960, que transcrevemos no já cit. trabalho, *Compatibilidade da Reserva Pública...*, nota 11.

(3) P. PITA E CUNHA, “Portugal and the EEC”, cit. rev. *Economia*, 531.

Também M. ISABEL JALLES *ob. cit.*, 366, fala (a propósito do art. 222.º) em compatibilizar a propriedade social com “os princípios da igualdade e da não-discriminação, enquanto postulam o reconhecimento da propriedade privada e a paridade de tratamento”.

Permitimo-nos hesitar quanto a aceitar a conjugação das duas matérias, que já dissemos parecerem bem distintas. Que assim não fosse, ainda teria que achar-se melhor fundamento relativamente à discriminação às avessas — assunto que igualmente já tratámos. No respeitante à reciprocidade de vantagens “implicada” no art. 222.º, o mencionado Autor abona-se com uma respeitável opinião estrangeira (¹).

Duvidamos, porém, que esta mesma opinião seja formulada com tanta convicção como se poderia julgar (²). Por outro lado, e pelo menos à luz duma hermenêutica jurídica aceitável, não vemos como se pode ir ao ponto de fazer prevalecer sobre o do art. 222.º o “princípio” da reciprocidade de vantagens que se diz contido no art. 234.º-3, preceito que aliás se contém na 6.ª e última parte do Tratado e não entre os “fundamentos da Comunidade” (2.ª parte). E não se afigura natural invocar um parágrafo legal escrito simplesmente a propósito da aplicação modulada das convenções internacionais celebradas pelos Estados membros antes da entrada em vigor do Tratado e não prejudicadas por este. Com efeito, o que ali se diz é que, não obstante essa não-prejudiciabilidade, os Estados comunitários devem “ter em conta” que as vantagens por eles consentidas no Tratado integram o estabelecimento da Comunidade e, por isso, são inseparáveis: da criação de instituições comuns, da atribuição de competências (pelos Estados) a favor dessas instituições e da outorga das mesmas vantagens por todos os outros Estados membros.

De resto, conviria saber especificamente que vantagens recíprocas estão realmente em jogo, com a adesão de Portugal, no capítulo do direito de estabelecimento.

Alude-se, por certo, ao balanço *geral* das vantagens outorgadas pelos Estados membros em termos de *transferências de competências* para a Comunidade e querera dizer-se que esta última está fundada em boa parte na renúncia por *cada* Estado membro às *mesmas* competências (vantagens) a que os demais renunciam em benefício das instituições comunitárias.

(¹) Além dessa opinião, que é a referida na nota seguinte, poderia talvez apontar-se — no mesmo sentido da aplicabilidade por analogia do art. 234.º-3 — aquela que é mencionada por M. ISABEL JALLES, *ob cit.*, 365: C. SASSE, “The Common Market: between International Law and Municipal Law”, *Yale Law Journal* 1966, 695.

(²) H. SMIT e P. HERZOG, *The Law of the European Economic Community* (N. York — S. Francisco: Matthew Bender) vol. V, 6-174: “... the Treaty is based on a balanced exchange of mutual advantages among the Member States. Cf. Article 234, paragraph 3. The nationalization of an entire industry, however, and even more, a complete collectivization of all business industries, necessarily deprives the right of establishment of practical significance. The balance of mutual advantages is thus seriously disrupted. For all these reasons, large scale nationalizations or other transfers of enterprises into public ownership are likely to create difficulties which may require an adaptation of the Treaty”.

Mas, se não erramos, seria um verdadeiro paradoxo interpretar a esta luz o art. 222.º. Pois não é este, exactamente, aquele preceito do Tratado que garante a cada Estado um incontestável “*espaço nacional*” — como já alguém lhe chamou — que se sobrepõe à própria coordenação das políticas económicas dos estados membros? Isto, para além de nos parecer destituído de qualquer fundamento o pressuposto de toda e qualquer “vantagem”, atribuída por um dos estados, o dever ser pelos demais: a unidade do direito comunitário, segundo observámos mais acima, é perfeitamente compatível com as diferenças de cada sistema económico nacional; e o próprio art. 234.º-3 o admite, sem dúvida, quando dispõe apenas que os estados comunitários “terão em conta” a reciprocidade de vantagens, a propósito — note-se bem — não de regime (internacionais) incompatíveis, mas sim... compatíveis com o Tratado.

Dir-se-á que a reciprocidade de vantagens deve ser vista mais *em concreto* e que a abertura do nosso sector bancário seria a contrapartida lógica de aos cidadãos portugueses passar a ser reconhecida sem peias a liberdade de circulação de mercadorias e factores de produção dentro da Comunidade. Admitamos que se esteja a pensar, v.g., na “compensação” que representaria, para a liberdade de estabelecimento bancário em Portugal, a faculdade de os nossos trabalhadores emigrarem para os países comunitários, ou a liberdade de colocação, aí, dos nossos produtos (têxteis, etc.).

Contudo, isto será pensar em termos duma igualdade que (mesmo que tivesse correspondência na realidade) não é a que vimos pressupondo — a igualdade no direito de estabelecimento. Se é que não estamos já muito longe do campo da análise jurídica.

Com efeito, seria necessário conhecer bem os termos de comparação que estariam em causa e quantificar depois os custos e os benefícios — as “vantagens” — respectivos. Trata-se, patentemente, de matéria económica e mesmo política, estranha à definição já feita dos direitos de cada Estado membro e mais estranha ainda aos direitos dos Estados candidatos à adesão.

O que não pode esquecer-se, porém, é que a Comunidade é muito ciosa das suas próprias vantagens e não tem hesitado ⁽¹⁾, nem podemos esperar

(1) Já referimos oportunamente o caso das pescas irlandesas.

No caso da Grécia, a liberdade de circulação dos trabalhadores — um dos *fundamentos* da CEE — foi extraordinariamente afectada com a imposição de um período de transição de... 7 anos: art. 45.º do Acto de adesão da Grécia (*J. O. sér. L*, de 19 Nov. 79).

que hesite muito no futuro ⁽¹⁾, em actuar contra os interesses dos seus membros.

Por último, notaremos que está certamente por demonstrar — isto é: não se tratará de mais que simples crença do optimismo caracterizador das teorias liberais — a virtude do princípio da igualdade para colmatar os extraordinários desníveis regionais internos à CEE, que a adesão do nosso País virá acentuar ⁽²⁾...

(1) Assim, quanto à adesão da Espanha, propugna-se abertamente o “abandono do liberalismo” a fim de evitar a concorrência espanhola em vários domínios: AGNÈS HUBERT, “L’Adhésion de l’Espagne: sous le Signe de la Crise”, *Rev. du Marché Commun* n.º 231 (Nov. 79).

Quanto a Portugal, noticiou-se ultimamente que estavam a ser encontrados obstáculos nos domínios da circulação de trabalhadores e da exportação de têxteis (*O Dia* de 29 Out. 81 e *O Jornal* de 30 Out. 81) — o que levou o Ministro dos Negócios Estrangeiros a afirmar em Londres que a adesão portuguesa não seria feita de qualquer maneira e que Portugal encararia alternativas à CEE (*Expresso* de 31 Out. 81); aliás, já no princípio do ano, Hernâni Lopes afirmara no Porto que a adesão não devia encarar-se como um mal inevitável (*Portugal Hoje* de 9 Fev. 81)...

Se, de momento, a questão dos têxteis pode ter evoluído algo favoravelmente, quanto à circulação de trabalhadores as dúvidas poderão adivinhar-se maiores. Em Junho de 1980, registava-se no já mencionado relatório da respectiva Secretaria de Estado, *Portugal — Negociações de Adesão às Comunidades Europeias*, 101: “A Comunidade, no entanto (...) considerou já ser necessário estabelecer medidas transitórias nesta matéria, (...) concebidas de forma a assegurar uma certa progressividade na realização da livre circulação”. Em Outubro de 1980, no colóquio realizado em Lisboa, sobre Portugal e a CEE, pelo Management Centre Europe, o representante da UGT notava que — possuindo Portugal uma taxa de desemprego dupla da da Grécia e, na Europa, sensivelmente o dobro dos emigrantes helénicos — será praticamente impossível evitar um período transitório inferior a ... 10 anos!

Por significativo, transcrevemos o comentário do correspondente em Bruxelas do *Financial Times*, na edição de 4 Nov. 81, a propósito do “novo estatuto” que a Grécia pretenderá dentro da CEE: “All small member states soon learn that their powers to use the Community for narrowly national advantage are limited, and that it is often more profitable to put and shut up”.

(2) Cfr. ALAIN BUZELAY, “La Liberté d’Établissement comme Facteur d’Accentuation des Disparités Régionales Intra-Communautaires en l’Absence d’une Politique Régionale et Budgétaire Adéquate”, *Rev. du Marché Commun* n.º 234 (Fev. 80), 85 e o nosso artigo “Portugal, Pequena Região da Europa”, *Diário de Notícias* de 11 Nov. 81.

ADAPTAÇÕES DO SISTEMA BANCÁRIO PORTUGUÊS

III

A) *A estrutura bancária nacional face à CEE*

Propondo-se, agora, uma breve comparação entre o direito derivado comunitário, relativo à banca, e a legislação portuguesa, lógico parece que iniciemos essa análise com um rápido bosquejo da estrutura bancária do nosso País.

Até porque não existe ao nível comunitário senão uma primeira directiva concernente à coordenação das legislações interna sobre a actividade bancária, não há nenhum direito bancário europeu, nem ao menos uma classificação comunitária das instituições creditícias ou financeiras.

Analisando, com efeito, a *directiva 73/183/CEE*, conclui-se (art. 2.º e anexo II) que a supressão das discriminações foi pensada quanto a “*bancos e estabelecimentos financeiros*” (1), sendo que nessa expressão se abrangem — não taxativa mas exemplificativamente (2) — seis “categorias” especiais: os *bancos*, subdistinguidos em bancos, bancos de negócios e bancos de desconto; as *empresas financeiras* de poupança e de empréstimos especiais, que é a categoria mais extensa, abrangendo v.g. as empresas financiadoras de vendas a crédito, as agências de crédito imobiliário, as caixas económicas “*caisses d'épargne*”, as sociedades financeiras, as holdings de controlo e de financiamento, os montepios, etc.; os *sindicatos*, como os de garantia de

(1) Trata-se do grupo 620 do CIDI (índice de classificação internacional-tipo, por indústrias, de todos os ramos de actividade económica, da ONU).

(2) A epígrafe usada é, realmente, esta: “*banques et établissements financiers tels que*”... Hoje, com a supressão das discriminações a vigorar automaticamente desde 1 Jan. 70 (segundo a jurisprudência inaugurada com os casos Reyners e Van Binsbergen), mais se reforça este carácter exemplificativo.

emissões de valores; os *agentes de câmbio* que, porém, *não* eram abrangidos pela directiva: art. 2.º-1; os *intermediários*, tais como corretores de banca e mandatários financeiros (1); e os *diversos* exemplificadores com as bolsas de valores, os conselheiros financeiros, as sociedades fiduciárias, etc. (2).

Mas a *directiva 77/780/CEE* é bem mais restrita. Nos termos do seu art. 1.º, as actividades abrangidas são as dos “*estabelecimentos de crédito*” e estes definem-se como

as empresas cuja actividade consiste em receber
depósitos ou outros fundos reembolsáveis
do público e em outorgar créditos por conta própria (3).

Embora com certo número de excepções (art. 2.º), a que nos referiremos *infra*, abrangem-se genericamente todas as instituições que estabelecem a ligação entre a poupança e o investimento, recolhendo fundos para depois os emprestar ao concederem crédito (a mais importante forma de investimento) (4). Pode tratar-se de depósitos ou de outros quaisquer fundos obtidos do público — como, segundo o exemplo do preâmbulo da directiva, a emissão contínua de obrigações e outros títulos similares — mas têm de ser fundos *reembolsáveis*; isto distingue, como é bem sabido, a actividade dos estabelecimentos de crédito, ou bancos, da de outras instituições financeiras.

Portanto, como se observa (5), trata-se duma definição vasada nas técnicas anglo-saxónicas, mas que não deixa de corresponder às definições

(1) Nos termos do art. 2.º-2, a directiva só se aplicava quando os intermediários se deslocavam dum país para o outro — não, pois, quando do seu país quisessem prestar serviços a súbditos de outro Estado, sem fisicamente se deslocarem — mas julgamos encontrar-se também ultrapassada, pela jurisprudência referida na precedente nota, esta limitação.

(2) Recentemente, mas ainda com expresse carácter exploratório, o *J. O. sér. C*, de 8 Set. 80 publicou um rol de estabelecimentos financeiros, por cada país membro, repartidos pelas 4 ou 5 grandes categorias seguintes: *bancos comerciais*, *caixas de poupança* (que recolhem o aforro de largas camadas populacionais), *cooperativas* (voltadas, designadamente, para PME, explorações agrícolas e profissões independentes), *estabelecimentos especiais* de crédito (crédito de longo prazo) e outros. A Comissão voltou a adoptar esse critério de base na segunda relação dos bancos autorizados nos vários países comunitários, reportada a 31 Dez. 80 e que agora mesmo foi publicada: *J. O. sér. C* de 16 Nov. 81 (actualizado na edição de 7 Dez. 81).

(3) Como é bem sabido, a doutrina assinala a esta expressão *por conta própria* o sentido de afastar aquelas actividades que se traduzem na aplicação de fundos de terceiros e por conta destes — como é o caso dos corretores, intermediários, etc.

(4) Assim, PAOLO CLAROTTI, “The First Directive on the Co-ordination of Banking Legislations”, *Eurépargne* 1978, n.º 5, 115.

(5) C. GAVALDA, “La Première Directive de Coordination des Législations Bancaires de la CEE”, *Rev. Trim. Droit Europ.* 15.º (1979), n.º 2, 232. Alude-se, por certo, à distinção entre *deposit-taking institutions* e *non deposit-taking institutions*.

de banco em geral existentes no continente europeu e que partem da bipartição fundamental entre instituições que recolhem a instituições que não recolhem depósitos do público (1).

Confrontando ambos os diplomas comunitários, verificar-se-á com facilidade que esta definição de *estabelecimento de crédito* (2) abrange, não apenas a categoria *bancos* da 1.^a directiva, como várias outras (categoria 2 e seguintes) epigrafadas *estabelecimentos financeiros*; mas, quanto a estes, só se habilitados a receber depósitos. Houve com isto, na 2.^a directiva, o intuito de abranger o maior número possível das instituições que nos vários países membros desempenha mais caracteristicamente a referida função de intermediários financeiros (3).

Estabelecamos, então, uma primeira e rápida aproximação destas disposições com o ordenamento jurídico português.

Nos termos dos (ainda em boa parte vigentes) DD.LL. n.ºs 41403 e 42641, respectivamente de 27 Nov. 57 e 12 Nov. 59, os “bancos” são chamados *instituições de crédito*, e estas caracterizam-se justamente por exercerem o que a lei n.º 46/77, de 8 Jul., chama (art. 3.º-1) a *actividade bancária*. Por seu turno, essa actividade consubstancia-se em “*receber depósito e, por essa via, praticar operações*” de crédito, ou seja, criar moeda escritural (4).

Entre as instituições de crédito distingue a nossa lei.

- os *bancos comerciais e*
- as *instituições especiais de crédito*,

albergando nesta segunda categoria os *bancos de investimento* (que, na

(1) Assim, por exemplo, em França, a lei de 13 Jun. 41, art. 1.º; “sont considérées comme banques les entreprises ou établissements que font profession habituelle de recevoir du public, sous forme de dépôts ou autrement, des fonds qu'ils emploient pour leur propre compte, en opérations d'escompte, en opérations de crédit et en opérations financières”.

Pra o mesmo diploma são *estabelecimentos financeiros* (correspondentes — não equivalentes — às *financial houses* inglesas) aqueles que, por não serem bancos, não podem receber depósitos do público, à vista ou a menos de 2 anos, só podendo realizar operações de crédito à custa de recursos próprios ou obtidos nos mercados adequados.

(2) Traduzimos literalmente a expressão que aparece na versão francesa da directiva: “établissement financier”; mas, na versão inglesa, usa-se “credit institution” que, como já veremos, corresponde exactamente à expressão legal portuguesa.

(3) J. LE BRUN, “Une Première Étape vers l'Harmonisation Européenne des Réglementations Bancaires”, *Rev. de la Banque* 1979, n.º 1, 35 s. e P. CLAROTTI, *loc. cit.* Fica-se com alguma ideia da importância, ao nível europeu das caixas de poupança quando se confirma a evolução dos respectivos depósitos entre Set. 78 e Abr. 80, segundo resposta da Comissão à pergunta dum parlamentar: *J. O. sér. C*, de 20 Nov. 80.

(4) Cfr. os trabalhos preparatórios daquele diploma, em particular as intervenções registadas a págs. 3528, 3562 e 3690 do *Diário da Ass. da Rep.*, respectivamente n.ºs 104 (de 4 Mai. 77), 105 (de 6 Mai. 77) e 108 (de 13 Mai. 77).

realidade, é apenas o BFN), as *caixas económicas*, as *cooperativas de crédito* e, agora, as *sociedades de desenvolvimento regional* (1) (2).

Às instituições de crédito (e abstraído, por despicie, duma 3.^a categoria que são as “instituições auxiliares de crédito”) contrapõe a lei outro conjunto de instituições, estas propriamente ou *stricto sensu* financeiras, que são as *instituições parabancárias*. — A distinção entre as duas espécies de instituições é feita, como já referimos, com base na respectiva capacidade, ou não, de criação de moeda, isto é, com base na *natureza (monetária ou não) dos recursos respectivos* (3).

Dentre as instituições parabancárias, destacam-se formalmente as *sociedades de investimento* — embora com pequena dúvida no tocante, materialmente, ao seu carácter não-bancário (4) — e as *sociedades de leasing*; mas, segundo a legislação anterior, poderão apontar-se igualmente as empresas de *factoring*, as sociedades de financiamento de vendas a crédito, etc.

Temos, pois, em conclusão:

— para efeitos da *directiva 73/183/CEE*, abrangem-se quer as instituições de crédito, “como bancos”, quer as parabancárias, como “estabelecimentos financeiros”, sendo porém de ter em conta, relativamente às primeiras, a ainda vigente reserva pública da actividade bancária;

— para efeitos da *directiva 77/780/CEE*, apenas são de considerar como “estabelecimentos de crédito” as chamadas na lei portuguesa institui-

(1) Estas, segundo a qualificação do D. L. 499/80, de 20 Out., embora também já não fosse muito claro o art. 3.º-2 da Lei n.º 46-77.

(2) A primitiva designação *estabelecimentos especiais de crédito* veio nos últimos tempos evoluindo para *instituições especiais de crédito* (assim, v.g., também em relação às caixas económicas: D. L. 136/79, de 8 Mai.).

Vista a sua natureza mista (art. 2.º § 3.º do DL. 42641) e por atenção à realidade, não haverá que referenciar-se o Crédito Predial Português entre as instituições especiais de crédito.

Especialíssima é, todavia, a natureza da Sociedade Financeira Portuguesa, mais perto talvez dum banco de negócios ou duma sociedade de investimento do que dum banco de investimento (cf. a resol. do Cons. Min. n.º 367/80, publicada em 24 Out.).

(3) Assim, reportando-se aos trabalhos preparatórios da Lei n.º 46/77, o nosso cit. *Curso*, 624. Cfr. ainda a edição do BPA, *O Sistema Bancário Português*. (1980).

A solução do art. 3.º da Lei n.º 46/77 estará, plausivelmente, muito próxima do actual regime francês. No discurso proferido na Assembleia Nacional acerca do plano de nacionalizações, o primeiro-ministro sublinhou, no tocante à banca, que o fim visado era a “devolução à colectividade nacional do privilégio de emissão da moeda, parcialmente concedido até aqui”.

(4) Deliberadamente, a estas instituições têm vindo a ser legislativamente permitidas operações que se diriam especificamente bancárias. Não é este, por certo, o lugar próprio para mais desenvolvimentos; mas ainda agora, na sua edição de 24 Out. 81, *The Economist* se referia à nossa primeira sociedade de investimento do novo modelo como “a bank by any other name”...

ções de crédito — praticamente todas elas ⁽¹⁾ — com exclusão das instituições parabancárias ⁽²⁾.

Hão-de ter-se em conta as precedentes conclusões ao passarmos a analisar, de seguida, cada uma das directivas.

B) *Adaptações por aplicação da directiva 73/183/CE*

Resulta de quanto se expôs até ao momento que esta primeira e única directiva ⁽³⁾ relativa à eliminação das restrições em matéria de estabelecimento e prestação de serviços bancários e financeiros, pouca influência terá na ordem jurídica portuguesa. Não tanto por a reserva pública da actividade bancária lhe subtrair o maior campo de aplicação — pois, quanto a isso, a previsível abertura do sector bancário à iniciativa privada reporá as coisas noutra dimensão — como porque a directiva apareceu, dir-se-ia paradoxalmente, numa altura em que... já não era necessária, visto as discriminações a que se veio referir já estarem automaticamente suprimidas, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Luxemburgo.

De todo o modo, convém passar brevemente em revista os seus dispositivos, comparando-os com o nosso direito.

1) OS *beneficiários* das medidas em causa são, nos termos do art. 1.º-1, os mencionados no programa geral de 1961. Clarificando um pouco o que já dissemos a propósito ⁽⁴⁾, temos que não podem opor-se restrições (baseadas na não-nacionalidade) às seguintes entidades:

(1) A restrição do texto reporta-se às dúvidas suscitadas pela qualificação legal das *sociedades de desenvolvimento regional* e pelo seu regime. Com efeito, prevê-se na lei ordinária que elas possam receber depósitos (arts. 11.º e 19.º do DL. 499/80).

(2) Mas, neste domínio, com certa hesitação também, no tocante às sociedades de investimento, como deixámos referenciado.

(3) Análise cuidada foi a de CH. CAMPET, cit. artigo na rev. *Banque* n.º 327 (Mr. 74), 255. Trabalhos anteriores: C. GAVALDA, "L'Harmonisation des Législations Bancaires", *Clunet* 1970, 5; J. DETIENNE, "La Liberté d'Établissement des Banques et des Autres Établissements Financiers", *Rev. de la Banque* 1973, 419 e 1974, 290.

(4) *Supra*, 18.

— nacionais de outro Estado membro que desejem criar empresa no país de acolhimento;

— nacionais de outro Estado membro que já aí se encontrem estabelecidos e queiram criar agências, sucursais ou filiais em segundo Estado membro;

— sociedades e empresas formadas segundo a lei dum Estado membro e que desejem estabelecer-se igualmente noutro país membro (criando empresas novas ou assumindo a gestão de empresas existentes: art. 52.º-2 do Tratado), desde que tenham a sede estatutária, a administração central ou o principal estabelecimento num dos Estados membros (é, também, o que dispõe o art. 58.º-1 do Tratado);

— sociedades e empresas que, tendo embora a sede estatutária, apenas, num dos países comunitários, desejem abrir agências, sucursais ou filiais noutro país da CEE, desde que tenham com um qualquer país comunitário um elo contínuo de relação económica, exceptuando a nacionalidade de sócios ou gestores.

2) A directiva tem por *objecto*, como vimos ainda agora, a actividade de “bancos e estabelecimentos financeiros” (art. 2.º-1 e anexo II).

Portanto, *grosso modo*, pode dizer-se que estão suprimidas as restrições adiante referidas no que respeita à instalação, em Portugal, das instituições estrangeiras que, segundo a lei portuguesa, sejam qualificáveis como instituições parabancárias; mas não, evidentemente, as instituições de crédito (“bancos”: comerciais, de investimento, de negócios, etc.). Aqui, efectivamente, *o problema nem chega a pôr-se* (art. 222.º do Tratado).

3) Quanto às *restrições a abolir* (art. 3.º), indicam-se exemplificativamente (“nomeadamente”) as que impeçam os beneficiários de se estabelecerem no país de acolhimento nas mesmas condições que os nacionais (“nationaux”) deste país, bem como as práticas administrativas de que resulte tratamento discriminatório daqueles beneficiários relativamente aos nacionais. Entre estas, indicam-se depois em especial (art. 3.º-2), por cada país membro, disposições concretas de interdição ou limitação do direito de estabelecimento. Trata-se, em geral, da “condição da nacionalidade” exigida aos membros de (certos) órgãos sociais de bancos e estabelecimentos financeiros (Dinamarca, França, Irlanda e Países baixos); da exigência de maior capital próprio para os bancos estrangeiros do que para os nacionais (Bél-

gica); da inscrição dos bancos estrangeiros em lista especial (França); da necessidade, para certas instituições, de se constituírem no país de acolhimento (Irlanda e Reino Unido); da condição de reciprocidade e de condições discricionárias passíveis de imposição por despacho ministerial (Itália); da duração limitada das autorizações concedidas a bancos estrangeiros (Luxemburgo); etc. (1).

Em Portugal, parece de entender que as disposições legais relativas a instituições de crédito (bancos) estrangeiros — arts. 54.º a 57.º do DL. 41403, de 27 Nov. 57, e arts. 78.º a 85.º do DL 42641, de 12 Nov. 59 — algumas das quais eram realmente discriminatórias (condição de nacionalidade de certos gestores e empregados, v.g.), estão hoje tacitamente revogadas pelo art. 3.º-1 da Lei n.º 46/77.

Por outro lado, nem quanto aos “estabelecimentos financeiros” que são as nossas sociedades parabancárias poderão aplicar-se esses outros preceitos, se bem que a lei remeta sistematicamente para as normas reguladoras da actividade bancária como direito subsidiário das instituições parabancárias. Com efeito, não só os mesmos preceitos (discriminatórios) se encontram revogados, mas também sucede que eles e reportavam *exclusivamente* a bancos e, decerto, por razões só a estes concernentes.

Nem, realmente, nos ocorre alguma norma discriminatória na regulação específica das parabancárias (2)

4) Reconhece-se (art. 4.º) o direito de *filiação* em organizações profissionais bancárias, nas mesmas condições que os nacionais. Abria-se uma excepção para o Luxemburgo, aliás limitada ao direito de eleger (art. 4.º-3) e ressalva-se (n.º 2) a reserva a nacionais de postos de direcção nas ditas organizações quando estas participem do exercício de autoridade pública — o que mais não será do que um reflexo do previsto no art. 56.º do Tratado.

Por enquanto, não existem no nosso País entidades representativas (privadas) daquele género.

(1) As discriminações referidas são apenas (algumas) das mais evidentes. Segundo referimos (*supra*, 36 s.), persistem discriminações mais ou menos disfarçadas ainda — podendo assumir formas subteis como a exigência (assinalada no Relatório Maycock), aos gestores bancários estrangeiros na Alemanha, da familiaridade com a língua local.

(2) Talvez pudesse aventar-se o art. 6.º do DL. 171/79, de 6 Jun., que proíbe a celebração de contratos de *leasing* com locadores estrangeiros, salvo existindo autorização ministerial. Mas é matéria que interessa à liberdade de prestação de serviços, que não precisamente à liberdade de estabelecimento.

5) O art. 5.º, referente à *equivalência de atestados*, provas e documentos similares exigidos num país para o exercício da profissão bancária, mas produzidos no país de origem ou proveniência, representa já um pequeno passo em ordem à coordenação das legislações e práticas administrativas.

De notar que cada um dos estados membros deve indicar quais as autoridades ou organismos locais aptos a emitir os documentos referidos (art. 5.º-6).

6) Quanto ao *uso da denominação social*, o art. 6.º permite que as empresas estrangeiras “não estabelecidas” podem apresentar-se com as designações de “banco”, “banqueiro”, “caisse d’épargne” ou outra equivalente, desde que se trate de denominações de origem e não suscitem quaisquer dúvidas sobre o respectivo estatuto legal.

Mas deve observar-se — para além das medidas cautelares previstas neste artigo (como, v.g., o reconhecimento do direito de os estados membros sujeitarem as instituições à inscrição em lista especial) — que se trata da *prestação de serviços* financeiros e não do direito de estabelecimento. Quanto a este, dizia literalmente o art. 6.º que aguardava pela coordenação das legislações comunitárias — e, neste particular, isso veio a ser feito no art. 5.º da directiva de 1977.

7) Por último, a *cooperação das autoridades monetárias* dos países membros com a Comissão, viabilizada por reuniões periódicas entre si, era prevista no art. 7.º com o fim de aplicar a directiva, resolver as questões que se suscitassem em matéria de supervisão das actividades creditícias e cooperar em todos os domínios úteis.

Agora, incumbem essas tarefas ao “Comité” Consultivo art. 11.º-2 da directiva de 1977.

C) *Adaptações por aplicação da directiva 77/780/CEE*

Deste rápido exame da directiva de 1973, pode concluir-se certamente que, mau grado a sua publicação ter ocorrido numa altura em que já estava ultrapassada a matéria das restrições à liberdade de estabelecimento, o certo é que não foi de todo inglório o esforço que lhe deu origem ⁽¹⁾, pois já se estatuiu nos últimos 3 artigos citados, o embrião duma certa coordenação das legislações e práticas bancárias.

Este veio a ser, porém, o objectivo primordial da directiva de 1977, se bem que também deva observar-se ⁽²⁾ não se tratar duma tradicional directiva de coordenação antes duma *lei-umbrela* com que, em fins de 1973, a Comissão teve de substituir, menos ambiciosamente, o projeto de harmonização das legislações bancárias que iniciara em 1967 e que, em 1972, não pôde obter o consenso dos Estados membros, principalmente devido à oposição da City e do Banco de Inglaterra — país este, que não possuía uma lei bancária propriamente dita (só em 1979, com efeito, veio a ser promulgado o “Banking Act”).

1) *O âmbito de aplicação* da directiva 77/780/CEE é definido no seu art. 2.º com relação ao acesso à actividade, e ao seu exercício, dos *estabelecimentos de crédito*. Trata-se duma vasta categoria de instituições, como já vimos (*supra*, alín. A), que não se confina, embora essa tivesse sido a vontade de alguns Estados membros, ao sector bancário propriamente dito.

No entanto, estabelecem-se *excepções* — umas permanentes, outras temporárias — já pela natureza das coisas, já principalmente devido à existência de instituições que, em vários Estados, não convinha — por razões políticas, económicas ou de estatuto jurídico — submeter imediatamente ao cutelo nivelador da lei comunitária. Assim, o art. 2.º exclui da aplicação da directiva:

(i) — a excepção natural dos bancos centrais (e, ainda, os “offices” de cheques postais ⁽³⁾);

(ii) — uma *lista exhaustiva* de estabelecimentos, por países (salvo o Luxemburgo), constante do art. 2.º-2;

⁽¹⁾ Não pudemos compulsar, a este propósito, o estudo referido por J. LE BRUN, “Une Première Étape...”, *loc. cit.*, nota 6.

⁽²⁾ Assim, P. CLAROTTI, “The First Directive...”, *loc. cit.*, 114.

⁽³⁾ Pelo menos em França — como observa C. GAVALDA, *ob. cit.*, nota 25 — estes “offices” já não caberiam na definição de “estabelecimentos de crédito”.

Em Portugal (pelo menos por agora) não há organismos similares.

(iii) — os estabelecimentos que, para evitar *problemas técnicos* específicos, só podem sujeitar-se *diferidamente* à aplicação da directiva (art. 2.º-5);

(iv) — a *excepção parcial* de estabelecimentos existentes em determinados países, particularmente na Holanda, que devido à sua pequena e local dimensão (cooperativas, “Rabbo-banken”) dificilmente suportariam a aplicação da directiva (art. 2.º-4).

Todavia, são muito condicionadas as excepções referidas ou a possibilidade de acordar com os órgãos comunitários a inclusão, nalguma delas, de determinadas instituições creditícias.

Começando pela última excepção (iv), ela só visa a não-aplicação de certos preceitos da directiva — arts. 3.º-2, 3.º-4 e 6.º — e, ainda assim, sob várias condições: responsabilidade solidária dos organismos centrais em que estão filiadas as instituições; controlo único da solvabilidade e liquidez; poder de direcção dos organismos centrais; etc. (1).

Não parece que as nossas caixas de crédito agrícola mútuo possam vir a inserir-se aqui, ao invés do que poderá ter parecido à primeira vista, pelo menos se aferissemos a análise pelo estatuto que elas possuíam até há pouco.

Quanto à excepção referida em (iii), é de ver que os problemas técnicos a ponderar (embora, talvez, não em exclusivo) os resultantes de o controlo das instituições em causa não ser feito pela autoridade normalmente encarregada do controlo bancário, ou de as mesmas instituições estarem sujeitas a um “regime particular”; mas — di-lo expressamente o art. 2.º-5 — não pode atender-se a problemas resultantes de o estatuto ser de direito público, *nem da dimensão reduzida ou do limitado raio de acção local*. Por último, o diferimento é pelo prazo de 5 anos, apenas prorrogável por mais 3 anos (2).

Só virtualmente se admite um novo prolongamento (autorizado, desta feita, pelo Conselho) ou a inclusão das instituições em causa na lista definitiva do parágrafo 2: art. 2.º — 6 *in fine*.

Quanto finalmente à excepção referida em (ii), observar-se-á a sua extrema heterogeneidade: não existe qualquer denominador comum às instituições aí contempladas, apenas podendo notar-se que, no seu conjunto, representam de facto uma ínfima percentagem do total das operações do sector do crédito comunitário. Poderemos, talvez (3), arrumá-las do seguinte modo: instituições com *estatuto específico* (caso, na Bélgica, das pequenas

(1) Cfr., ainda, as alíneas b) e c) do art. 2.º-4.

(2) A lista das instituições beneficiárias do regime em causa foi publicada no *J. O.*, de 14 Out. 78. Dela só não consta a Bélgica.

(3) Cr. LE BRUN, *ob. cit.*, 36 a 38.

caixas de poupança comunais); estabelecimentos que prestam determinado *serviço público* (julgamos ser o caso, em França, da Caisse de Dépôts et Consignations); instituições *sem nítido carácter de estabelecimentos de crédito* (como serão as sociedades de desenvolvimento regional belgas). Poderão mesmo, eventualmente, ter-se considerado várias destas razões e/ou a mera oportunidade política. Não se explicará certamente de outro modo como aparecem excluídos os bancos comerciais holandeses que distribuem principalmente o crédito ao consumo, as “building societies” britânicas e irlandesas, etc.

É de notar que o carácter definitivo destas excepções (“endgültige Ausnahmen”) é um pouco relativo. Efectivamente, a Comissão pode propor ao Conselho, depois de ouvir o “Comité” Consultivo, e o Conselho pode decidir *qualquer modificação* da listagem do parágrafo 2: art. 2.º-3.

De qualquer modo, parece que o melhor lugar para albergar as nossas instituições de crédito mais frágeis — as caixas económicas, as cooperativas de crédito — ainda é o desta excepção.

Outras instituições, além das ora referidas, cabem realmente aí — quanto mais não seja por analogia com muitas das que os demais países conseguiram fazer incluir — como é o caso da Caixa Geral de Depósitos e do Crédito Predial Português, se não também da Sociedade Financeira Portuguesa e doutros mais (1)...

2) A directiva tem como objecto fixar as *condições gerais mínimas* a exigir por cada Estado relativamente ao começo da actividade dos estabelecimentos de crédito que se instalem no seu território: art. 3.º.

Desde logo, os Estados *devem* exigir uma autorização, que é definida no art. 1.º, enquanto *agrément*, como o “acto emanado das autoridades, qualquer que seja a sua forma, donde resulta a faculdade de exercer a actividade de estabelecimento de crédito”. Praticamente, todos os Estados sujeitavam já, antes, a uma autorização prévia o exercício da actividade creditícia; mas não era o caso do Reino Unido, para o qual portanto este

(1) Como se viu, até instituições não catalogáveis como estabelecimentos de crédito aparecem no parágrafo 2. Assim, e pelo menos como simples cautela, talvez fossem de lá tentar incluir aquelas parabancárias que, entre nós, independentemente das dúvidas classificatórias mais acima referidas, iniciam agora os seus passos: as sociedades de investimento.

(2) Sobre as alterações legislativas induzidas por tal diploma, v.a. edição de Mai. 80 da rev. italiana *Bancaria*.

Há uma referência, no já citado Relatório Maycock, a virtuais discriminações resultantes do “two tier system” britânico.

preceito teve particular interesse, conduzindo como conduziu à promulgação do “Banking Act” de 1979 (2).

E as *condições obrigatórias* a exigir pelos Estados para concederem a falada autorização são seis: a existência de fundos próprios *distintos* (separação de patrimónios; nos termos do art. 1.º, os fundos próprios consistem no “capital próprio do estabelecimento de crédito, compreendidos os elementos que lhe sejam assimiláveis em virtude das regulamentações nacionais”); existência de fundos próprios mínimos *suficientes* (os montantes podem vir a ser harmonizados em futura directiva); haver pelo menos *duas pessoas* para determinarem a efectiva direcção do estabelecimento (é o princípio germânico do “Vieraugenaufsicht”); *honorabilidade* de todas essas pessoas (conceito ainda não definido); *experiência* adequada das mesmas pessoas (matéria também a regular subsequentemente); e apresentação dum *programa de actividades* donde constem nomeadamente o género de operações encaradas e a estrutura orgânica do estabelecimento. É matéria que consta dos parágrafos 2 e 4 do art. 3.º (1).

Note-se que está previsto o exame, pelo “Comité” Consultivo, do conteúdo destas condições, bem como de outras: art. 3.º-5.

Uma condição, em particular é em princípio proibida: o critério das *necessidades económicas do mercado* que realmente constitui um sério obstáculo ao estabelecimento dum mercado comum bancário: art. 3.º-3 a). Isto, porém, como dizemos, só *em princípio* (2) pois, a fim de preservar o equilíbrio financeiro de alguns sistemas bancários, a directiva abriu a possibilidade, também neste domínio dum período transitório de 7 anos (3). Assim, desde que já previssem tal condição nas suas legislações, desde que o respectivo abandono no prazo de 2 anos não seja possível sem levantar dificuldades técnicas ou de estrutura e desde que motivem a sua decisão, os Estados membros podem notificar à Comissão que mantém o mesmo critério durante aquele período: art. 3.º-3 b) (4). Devem, porém, aplicá-lo com base em *critérios gerais predeterminados*, publicados e comunicados tanto à Comissão, como ao “Comité” Consultivo, com vista a objectivos especificados na directiva: art. 3.º-3 d).

(1) Podem existir *outras condições* de carácter nacional; mas terão de ser *gerais* (art. 3.º-2), quer dizer, para quaisquer estabelecimentos com as mesmas características, não “por medida”: P. CLAROTTI, *ob. cit.*, 120.

(2) Trata-se, julgamos, de norma especial relativamente ao que vimos ser a regra geral da directiva 64/221/CEE (*supra*, 20).

(3) Eventualmente, este prazo poderá ser prorrogado por 5 anos (alin. c) do art. 3.º-3).

(4) Fizeram-no a França, a Itália, a Irlanda e, quanto aos “mortgage banks”, a Dinamarca.

Qualquer autorização é comunicada à Comissão, que fará a inscrição. Toda a denegação deve ser motivada e notificada ao interessado (art. 3.º-6).

Quanto a Portugal, interessa obviamente aplicar o referido critério da necessidade económica, beneficiando assim dum apreciável período transitório (pelo menos de 7 anos, certamente, por analogia com o que se fez com os demais países) (1). Haverá, também, que estabelecer os mínimos indispensáveis de fundos próprios e os critérios de honorabilidade e experiência que a legislação comunitária ainda não definiu.

Será igualmente necessário ter em conta o disposto no *art. 13.*» quanto à recorribilidade jurisdicional das decisões (ou falta delas) tomadas a respeito dos estabelecimentos de crédito.

3) O art. 4.º, refere-se às condições de estabelecimento, num país, *de sucursais* de estabelecimentos de crédito com sede noutra país comunitário.

Como já antes observámos, o objectivo final da coordenação das legislações bancárias é — segundo o 10.º considerando da presente directiva — instituir um sistema em que a abertura de sucursais de estabelecimento com sede num estado membro seja dispensada de qualquer processo nacional de autorização nos restantes estados; mas isso não é ainda possível. Assim, dispõe-se que os Estados comunitários *podem* exigir uma autorização especial para a abertura de sucursais (2), desde que o façam nos termos e segundo o processo aplicáveis aos estabelecimentos de crédito com sede nesses mesmos Estados.

Consequentemente, não tem que exigir-se uma autorização, nem se impõem aqui os requisitos mínimos do art. 3.º, v.g. a existência de fundos

(1) A autorização prévia é sempre necessária, nos termos do direito comunitário.

De modo que a notícia veiculada por exemplo por *O Jornal* de 30 Abr. 81 e pelo *Diário de Notícias* de 1 Mai. 81, de que Portugal propusera à CEE um período transitório de 5 anos para a instalação de bancos entre nós, é uma notícia que só pode certamente entender-se como referida ao critério da *necessidade económica*. Mas, se é assim, porque não se propôs o *mínimo* de 7 anos (prorrogáveis por mais 5) ou até algo mais?!

(2) Do confronto dos arts. 3.º e 4.º resulta que, para as *filiais*, a autorização é obrigatória, mas não assim para as *sucursais*.

C. GAVALDA, *ob. cit.*, 237 (notas) estabelece uma equivalência prática entre *sucursal* e *agência* no direito francês e toma-as como “unidades operacionais”, novas empresas desprovidas embora de personalidade jurídica. Note-se que tanto o programa geral de 1962, como a directiva de 1973 aludem a *agências*, ao lado de *filiais* e *sucursais*. É sabido, porém, que nas actividades seguradora e bancária, o termo *agência* é usado no lugar de *sucursal*.

Em alemão designa-se por estabelecimento secundário (“Zweigniederlassung”) aquilo a que chamamos *sucursal*.

O art. 1.º da directiva define *sucursal* como a sede de exploração que realiza *directamente* operações inerentes à actividade dos estabelecimentos de crédito (não, portanto, “actividades específicas”: considerando 5.º da directiva).

próprios. Discute-se, porém, se a autorização pode ser recusada com fundamento na *necessidade económica* (1).

A autorização (quando exigida) não pode ser recusada com base em o estabelecimento de crédito revestir, no país de origem, forma jurídica não admitida no país-anfitrião para estabelecimentos análogos; a menos que se trate de instituições que não possuam fundos próprios distintos.

4) No art. 5.º confere-se o direito ao uso da *denominação social* utilizada no país de origem, mau grado as disposições em contrário vigentes localmente quanto ao uso das palavras “banco”, “caisse d'épargne” e outras. Pode, todavia, o Estado de acolhimento obrigar à adjunção de menções explicativas, quando haja perigo de confusão.

Não cremos que se coloquem problemas específicos nesta matéria, no que a Portugal respeita.

5) O art. 6.º, dispondo quanto ao estabelecimento de certos *rácios* “a título de observação”, é um passo importante no sentido da *harmonização* dos rácios de solvabilidade e liquidez dos bancos comunitários. Isto, diz o mesmo artigo, enquanto não se estabelecer ulteriormente uma coordenação (2).

O “Comité” Consultivo pode determinar o conteúdo e o processo de cálculo, pelo menos todos os 6 meses, dos elementos das relações de observação.

Por seu turno, o art. 7.º prevê quanto à elaboração das autoridades monetárias no respeitante à supervisão de estabelecimentos que operem em mais do que um Estado membro, mediante *troca de informações* várias.

As autoridades portuguesas, conseqüentemente, virão a ter que assim colaborar, providenciando pela obtenção no sistema financeiro de elementos complementares dos coeficientes já estabelecidos, se necessário for: art. 6.º-1.

6) O art. 8.º reporta-se à revogação ou *retirada da autorização*, quer a estabelecimentos, quer a sucursais. Diz, em suma, que ela *pode* ser retirada apenas em certas hipóteses: 4 tipificadas na lei comunitária (mais a do parágrafo 2) e a restante (residual) que abrange os outros casos previstos pela lei nacional. Nesta última hipótese, todavia, não se contém — mesmo

(1) Contra, P. CLAROTTI, *ob. cit.*, 121.

(2) O projecto da Comissão era mais ambicioso e previa rácios específicos.

quando desse critério possa fazer-se uso na autorização — a *cessação da necessidade económica* (art. 8.º 3) (1).

Omitindo aspectos processuais, também regulados, diremos que — no que a Portugal respeita — não temos conhecimento de a lei interna prever formas não judiciais de cessação das autorizações (2) (3).

7) Quanto a *sucursais de bancos com sede fora da Comunidade* (caso, entre nós, do Banco do Brasil), o art. 9.º-1 estabelece que o seu regime não pode ser mais favorável do que o concedido às sucursais de estabelecimentos comunitários.

Além disso, toda a autorização de futuro dada para a abertura de sucursais dos mesmos estabelecimentos exteriores à CEE deve ser notificada à Comissão e ao “Comité” Consultivo.

8) O art. 10.º dispõe quanto ao tratamento dos estabelecimentos de crédito já *autorizados anteriormente* — no que não vemos que nos tenhamos de demorar, suposta que é a regularidade da instalação dos bancos e instituições financeiras estrangeiras em Portugal.

9) Por sua vez, o art. 11.º veio instituir o “Comité” Consultivo, funcionando junto da Comissão.

À parte as importantíssimas funções que lhe são cometidas — que só descritivamente poderia interessar reproduzir neste lugar — recordaremos que esse órgão oficial não prejudica a existência e as funções de outro semelhante, embora informal, que já existia antes: o “grupo de contacto”. Este, ao invés do outro (art. 11.º-3), ocupa-se v.g. de casos específicos relativos a estabelecimentos de crédito. O “Comité” Consultivo funcionará como autêntico *forum* da cooperação oficial no domínio bancário.

Portugal nomeará até 3 membros para este organismo: art. 11.º-4.

10) O *sigilo profissional* não deixou também de ser regulado na directiva (art. 12.º). Impunham-no fundamentalmente duas razões: por um lado,

(1) Com excepção do 1.º fundamento estabelecido no art. 8.º, este é aplicável por *analogia*: art. 10.º-311.

(2) Veja-se a porventura sem interesse para os *bancos estrangeiros já existentes* em Portugal — o disposto no art. 10.º-3.

(3) Relativamente à adaptação do direito italiano, L. DESIDERIO, “Liquidazione Coatta delle Banche e Legislazione Comunitaria”, *Banca, Borsa e Titoli di Credito* XLIV (1981), fasc. 2, 220.

a duplicidade (passe a expressão) de obrigações a que normalmente se verão sujeitas as pessoas envolvidas na supervisão dos bancos — internamente submetidas ao dever de segredo, mas comunitariamente obrigadas a fornecer informações (como as do art. 7.º) de vária ordem — e, por outro lado, decorrendo aliás disto mesmo, a diferença de regulamentação legal do sigilo bancário, nos vários países, pode fazer com que as pessoas que devem transmitir certas informações além-fronteiras tenham fazê-lo por saber que no país de destino a lei é mais flexível...

A solução adoptada, muito cautelosamente, indica os fins para que podem ser usadas as informações obtidas (art. 12.º-3) (flexibilizando nesta medida) e apenas ressalva quando estejam em causa normas de direito penal (rigidificando, pois, nesta outra medida).

Embora careçamos de tempo — e, verdade seja, de legislação tecnicamente acabada — para a análise das implicações deste preceito no sistema jurídico português, quere-nos parecer que a aplicabilidade directa deste preceito (com a única ressalva relevante do direito penal) não suscitará especiais dificuldades. Além de que, pelo viés do art. 5.º do DL. 2/78, de 9 Jan., toda a informação a prestar tem cobertura legal interna.

Lisboa, Novembro de 1981

ANEXO I

CONSEIL

DIRECTIVE DU CONSEIL du 28 juin 1973

concernant la *suppression des restrictions* à la liberté d'établissement et
à la libre prestation de services en matière d'activités
non salariées des banques et autres établissements financiers

(73/183/CEE)

LE CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment son *article 54* paragraphes 2 et 3, son *article 61* paragraphe 2 et son *article 63* paragraphes 2 et 3,

vu le *programme général* pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement ⁽¹⁾, et notamment son *titre IV A*,

vu le *programme général pour la suppression des restrictions à la libre prestation de services* ⁽²⁾, et notamment son *titre V C 2 b*),

vu la proposition de la Commission,

vu l'avis de l'Assemblée ⁽³⁾,

vu l'avis du Comité économique et social ⁽⁴⁾,

vu l'avis du Comité monétaire,

considérant que les programmes généraux prévoient, en matière de banques et autres établissements financiers, la suppression avant l'expiration de la seconde année de la deuxième étape des restrictions à la liberté d'établissement et aux services non liés à des mouvements de capitaux et la suppression, selon le même rythme que la libération des mouvements de capitaux, des restrictions aux services des banques liés à ces mouvements de capitaux;

(1) JO n.° 2 du 15.1.1962, p. 36/62.

(2) JO n.° 2 du 15.1.1962, p. 32/62.

(3) JO n.° 201 du 5.11.1966, p. 3472/66.

(4) JO n.° 204 du 5.12.1966, p. 3799/66.

considérant que, en ce qui concerne les services liés à des mouvements de capitaux, il convient dans une première étape de libérer une série d'activités désignées avec précision, compte tenu de l'avis du Comité monétaire; que la liste de ces activités sera complétée, notamment en fonction des progrès réalisés dans le processus de libération des mouvements de capitaux;

considérant que le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans le pays où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants;

considérant que l'activité des agents de change pose des problèmes particuliers du fait de la réglementation de l'accès à cette activité et de son exercice dans les différents pays; que la libéralisation de cette activité devra faire l'objet d'une directive ultérieure;

considérant que les activités d'intermédiaires non salariés dans le secteur des banques et autres établissements financiers ne tombent pas sous le coup de la directive du Conseil, du 25 février 1964, concernant la réalisation de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services pour les activités d'intermédiaires du commerce, de l'industrie et de l'artisanat ⁽¹⁾; qu'en conséquence, ces activités doivent être incluses dans la présente directive;

considérant toutefois, qu'en l'état actuel des diverses législations, les activités des intermédiaires qui se déplaceraient dans un autre État membre pour y prêter des services poseraient des problèmes difficiles à résoudre; qu'en conséquence, une directive ultérieure devra également régler la libération des prestations de services de ces intermédiaires:

considérant que, dans l'attente d'une coordination, la présente directive laisse inchangées les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui, applicables sans condition de nationalité, interdisent aux personnes physiques ou aux sociétés constituées sous certaines formes l'exercice de l'une des activités visées par la présente directive;

considérant que, conformément aux dispositions du programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement, les restrictions concernant la faculté de s'affilier à des organisations professionnelles

(1) JO n.º 56 du 4.4.1964, p. 869/64.

doivent être éliminées, dans la mesure où les activités professionnelles de l'intéressé comportent l'exercice de cette faculté;

considérant que, *bien* que la *coordination* des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès aux activités visées par la présente directive et leur exercice doive se faire dans les meilleurs délais, *la suppression des restrictions* peut être réalisée *sans recourir préalablement* ou simultanément à cette coordination;

considérant qu'il importe de garantir l'examen en commun des questions qui se poseront en matière de contrôle des activités visées par la directive aux autorités chargées dans la Communauté et les États membres de l'application des réglementations bancaires, et de prévoir, à cette fin, une collaboration étroite dans ce domaine entre la Commission et les États membres ainsi qu'entre ces derniers;

considérant que les mesures qu'un État membre pourrait prendre en vue de mettre en œuvre des décisions concertées, prises dans le cadre de la coopération monétaire entre les États membres, ne constituent pas des restrictions au sens de la présente directive.

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

Article premier

Les États membres suppriment, en faveur des personnes *physiques et sociétés* mentionnées au *titre I* des programmes généraux, pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services, ci-après dénommées bénéficiaires, les *restrictions visées au titre III* *desdits programmes* pour ce qui concerne *l'accès* aux activités mentionnées à l'article 2 et *l'exercice* de celles-ci.

Pour ce qui est des prestations de services liés à des mouvements de capitaux, la présente directive ne s'applique qu'aux services repris dans la liste figurant en annexe I, à l'exclusion de ceux prêtés par des organismes de gestion et de dépôt de fonds communs de placement.

Pour ce qui est des services en matière de valeurs mobilières avec déplacement du prestataire dans le pays du bénéficiaire, ne sont pas libérés les services suivants:

- réception d'ordres d'achat ou de vente,
- participation, comme intermédiaire, dans les cessions hors bourse et constatation de ces cessions,
- renseignements ou conseils donnés à la suite d'une proposition publique,
- paiements de coupons.

Article 2

La présente directive s'applique aux activités non salariées relevant du groupe 620 de l'annexe I du programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement, tel que ce groupe est présenté à l'annexe II de la présente directive, à l'exception des activités d'agent de change (catégorie 4 de ladite annexe).

La présente directive ne s'applique pas aux prestations de services des intermédiaires non salariés en matière de banques et autres établissements financiers *qui se déplacent dans un autre État membre que celui où ils sont établis.*

Article 3

1. Les États membres suppriment les restrictions qui, notamment:
 - a) empêchent les bénéficiaires de s'établir dans le pays d'accueil ou d'y fournir des prestations de services, *aux mêmes conditions et avec les mêmes droits que les nationaux;*

b) résultent d'une pratique administrative ayant pour effet d'appliquer aux bénéficiaires un *traitement discriminatoire par rapport à celui qui est appliqué aux nationaux*.

2. Parmi les restrictions à supprimer figurent spécialement celles faisant l'objet des dispositions qui, à l'égard des bénéficiaires, interdisent ou limitent de la façon suivante l'établissement ou la prestation de services:

a) en Belgique:

- l'obligation imposée par l'article 10 de l'arrêté royal n.º 185, du 9 juillet 1935, aux banques étrangères appartenant à un particulier ou constituées sous la forme d'une société en nom collectif d'une société en commandite simples d'affecter à leurs opérations en Belgique un *capital propre* de 10 millions de francs au moins, alors que le capital exigé des banques belges ayant les mêmes caractéristiques ne s'élève qu'à 2 millions de francs;
- la condition de réciprocité visée à l'article 8 des dispositions relatives au contrôle des caisses d'épargne privées, coordonnées par la loi du 23 juin 1967, et l'article 8 de l'arrêté royal n.º 43 du 15 décembre 1934, pour ce qui concerne respectivement les caisses d'épargne privées et les sociétés de capitalisation, ainsi qu'aux articles 38 et 44 de l'arrêté royal n.º 225 du 7 janvier 1936 pour ce qui concerne les entreprises de prêts hypothécaires;

b) au Danemark:

- l'obligation d'une autorisation spéciale pour les banques étrangères imposée par la loi n.º 122 du 15 avril 1930, amendée par les lois n.º 163 du 13 avril 1938 et n.º 134 du 29 mai 1956;

- la *condition de nationalité* exigée des membres du conseil d'administration, des directeurs de banque et des directeurs des succursales situées au Danemark, par l'article 8 paragraphe 2 de la loi visée ci-dessus;
- la *condition de nationalité* exigée des membres du conseil de surveillance, par l'article 8 paragraphe 3 de la loi visée ci-dessus;
- la condition de nationalité exigée des membres du conseil de surveillance, des directeurs et des directeurs de succursales de caisses d'épargne par l'article 7 paragraphe 6 de la loi n.º 159 du 18 mai 1937, en liaison avec la loi n.º 327 du 3 juillet 1950, amendées par l'article 18 de la loi n.º 286 du 18 juillet 1951 et par la loi n.º 343 du 23 décembre 1959;

c) en France:

- l'obligation pour les étrangers d'être en possession d'une carte d'identité de commerçant imposée par le décret-loi du 12 novembre 1938 et le décret du 2 février 1939, modifiés par la loi du 8 octobre 1940;
- la *condition de nationalité* exigée de ceux qui font des opérations de banque, dirigent, administrent ou gèrent une société ou l'agence d'une société ayant ces opérations pour objet, signent pour une banque, en vertu d'un mandat, les pièces concernant lesdites opérations, par l'article 7 de la loi du 13 juin 1941 modifié par l'article 49 de la loi n.º 51-592 du 24 mai 1951, et par l'article 2 du décret du 28 mai 1946;
- la condition de nationalité exigée des entreprises visée aux articles 1^{er} et 2 de la loi du 14 juin 1941, par les articles 7 et 11 de cette loi qui renvoient aux conditions exigées en matière bancaire;
- la condition de nationalité exigée des auxiliaires des professions bancaires visée à l'article 13 de la loi du 14 juin 1941 modifiée par l'ordonnance du 16 octobre 1958;
- la condition de nationalité exigée des démarcheurs en valeurs mobilières par l'article 8 de la loi n.º 72-6 du 3 janvier 1972;
- la condition de nationalité exigée des auxiliaires des professions

- boursières visée à l'article 5 de la loi n.º 72-1128 du 21 décembre 1972;
- la condition de nationalité exigée du président du conseil d'administration d'une société d'investissement, du directeur général ainsi que des deux tiers au moins des administrateurs d'une telle société, par l'article 11 de l'ordonnance n.º 45-2710 du 2 novembre 1945;
 - *l'inscription des banques étrangères sur une liste spéciale*, visée à l'article 15 de la loi du 13 juin 1941;

d) en Irlande:

- l'obligation exigée de toute société qui demande l'agrément pour l'accès à l'activité bancaire d'être *constituée en Irlande* imposée par les instructions de la Banque centrale dans le cadre des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 9 de la loi n.º 24 du 28 juillet 1971, et publiée dans le numéro d'automne de 1972 du "Quarterly Bulletin" de ladite Banque;
- la *condition de nationalité* exigée de la majorité des membres du conseil d'administration par les instructions visées ci-dessus;
- la *conditions de nationalité*, et pour les sociétés, l'obligation d'être constituées en Irlande, exigées de ceux qui entendent exercer une activité professionnelle d'entreprise de prêts, par l'article 6 paragraphe 3 de la loi n.º 36 du 2 octobre 1933;
- l'obligation d'être *constituée en Irlande* exigée de toute société qui entend exercer l'activité de gérant et de dépositaire d'un fonds commun de placement, imposée par l'article 3 paragraphe 1 sous b) et c) de la loi n.º 23 du 18 juillet 1972;

e) en Italie:

- la condition de *réciprocité*, visée à l'article 2 du R. D. n.º 1620 du 4 septembre 1919 concernant les banques, ainsi que les conditions discriminatoires à l'égard des étrangers, qui sont imposées *indivi-*

duellement par arrêté ministériel lors de l'application de ce même article;

f) au grand-duché de Luxembourg:

— la *durée limitée* des autorisations accordées aux étrangers, prévue à l'article 21 de la loi du 2 juin 1962;

g) aux Pays-Bas:

— la *condition de nationalité* exigée des membres de la “Vereniging voor den Effectenhandel te Amsterdam”, de la “Vereniging van Effectenhandelaren te Rotterdam” et du “Bond voor de Geld — en Effectenhandel in de Provincie te's-Gravenhage” en vertu de leurs statuts approuvés par les autorités ministérielles;

h) au Royaume-Uni:

— l'obligation d'être *constituée au Royaume-Uni* exigée de toute société qui entend exercer l'activité de gérant et de dépositaire d'un fonds commun de placement, imposée par l'article 17 sous 1 a) du titre 45 de la loi du 23 juillet 1958, dénommée “Prevention of Fraud (Investments) Act”, et par l'article 15 sous 1 a) du titre 9 de la loi du 28 mai 1940, dénommée “Prevention of Fraud (Investments) (Northern Ireland) Act”.

Article 4

1. Les États membres veillent à ce que les bénéficiaires aient le droit de s'affilier aux organisations professionnelles dans les mêmes conditions et avec les mêmes droits et obligations que les nationaux.

2. Le droit d'affiliation entraîne, en cas d'établissement, l'éligibilité ou le droit d'être nommé aux postes de direction de l'organisation professionnelle. Toutefois, ces postes de direction peuvent être *réservés aux nationaux* lorsque l'organisation dont il s'agit participe, en vertu d'une disposition législative ou réglementaire, à l'exercice de *l'autorité publique*.

3. Au grand-duché de *Luxembourg*, la qualité d'affilié à la Chambre de commerce n'implique pas, pour les bénéficiaires, le droit de participer à l'élection des organes de gestion.

Article 5

1. Lorsqu'un État membre exige de ses ressortissants qui désirent exercer l'une des activités visées à l'article 2, soit un extrait du casier judiciaire, soit la production d'un *document déterminé*, il accepte à l'égard des ressortissants des autres États membres la production du document exigé à la même fin dans l'État membre d'origine ou de provenance ou, à défaut, d'un document équivalent délivré par une autorité judiciaire ou administrative de l'État d'origine ou de provenance.

2. Lorsqu'un États membre retient, à l'égard de ses propres ressortissants, *d'autres éléments d'appréciation*, il peut être également tenu compte de faits autres que ceux qui peuvent être portés sur les documents visés au paragraphe 1 s'ils peuvent être prouvés et s'ils démontrent que l'intéressé ne remplit pas toutes les conditions d'honorabilité nécessaires pour exercer cette activité.

Les États membres reconnaissent aux *attestations* des autorités judiciaires ou administratives compétentes du pays d'origine ou de provenance relatives à l'existence ou à la non-existence de certains faits la même valeur qu'aux attestations de leurs propres administrations.

3. Lorsqu'un État membre exige de ses ressortissants pour l'accès à l'une des activités visées à l'article 2 ou pour son exercice, la preuve qu'ils n'ont pas été déclarés antérieurement en *faillite*, il accepte à l'égard des ressortissants des autres États membres la production de l'attestation délivrée habituellement à cette fin par les autorités de l'État membre d'origine ou de provenance.

4. Lorsqu'un des documents visés aux paragraphes 1 et 3 n'est pas délivré par le pays, d'origine ou de provenance, il pourra être remplacé par une déclaration sous serment — ou, dans les États où un tel serment n'existe pas, par une *déclaration solennelle* — faite *par l'intéressé* devant une autorité judiciaire ou administrative compétente ou, le cas échéant, un notaire du pays d'origine ou de provenance qui délivrera une attestation faisant foi de ce serment ou de cette déclaration solennelle. La déclaration d'absence de faillite pourra se faire également devant un organisme professionnel qualifié de ce même pays.

5. Les documents délivrés conformément aux paragraphes, 1, 2 et 3 ne devront pas, lors de leur production, avoir plus de trois mois de date.

6. Les États membres désignent, dans le délai prévu à l'article 8, les *autorités et organismes compétents* pour la délivrance des documents visés ci-dessus et en informent immédiatement les autres États membres et la Commission.

Article 6

En *attendant* la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à la protection légale du titre de "banque", "banquier", "caisse d'épargne" ou de tout autre terme équivalent, les entreprises étrangères non établies pourront *prêter des services* sous une dénomination comprenant l'un de ces termes pour autant qu'il s'agisse de leur dénomination d'origine et que ces entreprises ne laissent aucun doute sur statut national auquel elles sont soumises.

A cet effet, les États membres peuvent exiger l'*inscription préalable* sur une liste spéciale des prestataires étrangers non établis. Cette inscription

peut être soumise à la présentation d'un certificat délivré par l'autorité du pays d'origine précisant le statut de l'entreprise concernée par référence à la législation nationale applicable.

En vue de l'information du public, l'autorité compétente pourra faire publier la liste et imposer aux prestataires étrangers d'informer les personnes auxquelles ils s'adressent sur leur statut légal ainsi que sur les caractères et éléments principaux de leur activité et de leur situation financière.

Article 7

La Commission et les représentants des autorités chargés dans les États membres du contrôle des banques et autres établissements financiers se réunissent régulièrement de manière à faciliter, dans la perspective de la *mise en œuvre de la présente directive*, la solution des questions qui pourraient se poser aux autorités en *matière de contrôle des activités* visées par la présente directive *et* assurent entre eux toute *coopération utile* dans les limites de leur compétence respective.

Article 8

Les États membres mettent en vigueur les mesures nécessaires pour se conformer à la présente directive dans un délai de dix-huit mois à compter de sa notification. Ils en informent immédiatement la Commission.

Toutefois, en ce qui concerne la suppression de la restriction visée à l'article 3 paragraphe 2 sous g), les Pays-Bas disposent d'un délai de quatre ans à compter de ladite notification.

Article 9

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Luxembourg, le 28 juin 1973.

Par le Conseil

Le président
W. DE CLERCQ

ANNEXE I

Services bancaires liés aux mouvements de capitaux mentionnés dans les listes A et B de l'annexe I de la première directive du 11 mai 1960, complétées et modifiées par la deuxième directive du 18 décembre 1962 (1)

LISTE A

Investissements directs

- Renseignements commerciaux et financiers (prospection commerciale, renseignements sur la solvabilité du client, données statistiques, transmission de renseignements comptables)
- Assistance et représentation auprès des autorités (administratives et judiciaires) et autres instances compétentes
- Conseils et assistance aux entreprises en vue de leur fusion éventuelle (recherche de partenaires à l'étranger, expertises, etc.)
- Aide pour l'achat massif d'actions (notamment pour offre publique

(1) Les services visés par la présente annexe ne sont pas libérés dans la mesure où ils sont liés à des mouvements de capitaux autres que ceux repris dans les listes A et B.

Les titres sont définis dans les notes explicatives annexées à la première directive prise en application de l'article 67. Ces définitions ont été adoptées dans ce tableau.

Les titres soulignés correspondent à ceux figurant dans les listes A et B des directives concernant les mouvements de capitaux mentionnés.

d'achat) en vue du contrôle d'une entreprise (formalités de bourse, évaluations patrimoniales et financières, etc.)

- Échange matériel de titres
- Garde de titres
- Délivrances des titres attribués aux actionnaires d'une société

Liquidation des investissements directs

- Renseignements commerciaux et financiers (prospection commerciale, etc.)
- Assistance et représentation auprès des autorités (administratives et judiciaires) et autres instances compétentes
- Conseils et assistance aux entreprises en vue de faciliter les opérations de liquidation
- Aide pour la vente massive d'actions
- Échange matériel de titres
- Garde de titres

Investissements immobiliers et leur liquidation

- Renseignements commerciaux et financiers
- Assistance et représentation auprès des autorités (administratives et judiciaires) et autres instances compétentes
- Conseils et assistance pour les investissements et leur liquidation
- Gestion des patrimoines (assistance et représentation pour l'entretien du bien, sa location, etc.)
- Assistance pour la constitution et la mobilisation éventuelle de sûretés et de garanties de toutes sortes non actroyées par une banque

Mouvements de capitaux à caractère personnel

- Gestion des patrimoines à l'occasion des successions (paiement d'impôts, recherche de personnes, etc.)

Octroi et remboursement de crédits à court et moyen terme liés à des transactions commerciales ou à des prestations de services auxquelles participe un résident

- Renseignements commerciaux et financiers (prospection commerciale, etc.)

- Assistance et représentation auprès des autorités (administratives et judiciaires) et autres instances compétentes
- Conseils pour la gestion financière de l'entreprise
- Récupération des créances
- Encaissement d'effets
- Domiciliation d'effets
- Gestion des crédits documentaires
- Assistance pour la constitution et la mobilisation éventuelle de sûretés et de garanties de toutes sortes non octroyées par une banque
- Blocage d'espèces, de valeurs ou de titres appartenant à un client et garantissant une obligation de celui-ci à l'égard d'un tiers
- Démarchage pour le compte de tiers
- Services liés à une opération de factoring

Cautionnements, autres garanties et droits de gage et transferts y afférents (sûretés et garanties octroyées par une banque)

Impôts de succession

- Renseignements fiscaux
- Cautions fiscales

Autres opérations en capital de la liste A

Ces autres opérations s'analysent du point de vue de l'activité bancaire seulement en des opérations de transfert.

LISTE B

Opérations sur titres négociés en bourse à l'exclusion des parts de fonds communs de placement

- Réception d'ordre d'achat et de vente
- Assistance pour l'émission de certificats au porteur représentatifs de titres antérieurement émis et négociés en bourse

- Régularisation de titres (estampillage, recouppement, échange, renouvellement, regroupement, fractionnement, destruction)
- Service financier (paiement de coupons, remboursements de titres, aide pour l'exercice des droits d'attribution et de souscription, etc.)
- Renseignements financiers (information courante, analyses, etc.)
- Conseils pour des placements en valeurs mobilières négociées en bourse
- Gestion d'un portefeuille de titres négociés en bourse ⁽¹⁾
- Acceptation et exécution de mandats pour l'exercice des droits des porteurs de titres négociés en bourse (notamment représentation aux assemblés d'actionnaires et devant les tribunaux)
- Garde de titres
- Conversion de titres
- Assistance pour les opérations d'inscription à la cote de titres attribués aux détenteurs de titres négociés en bourse
- Démarchage pour le compte de tiers concernant des titres négociés en bourse
- Recherche d'une contrepartie pour l'acquisition ou la vente de titres négociés en bourse
- Rôle de caisse de compensation.

(1) Ces services concernent aussi bien des particuliers que des investisseurs institutionnels.

ANNEXE II

Rubriques regroupées de la classification type par industrie
du groupe 620 (1) visée à l'article 2

Banques et établissements financiers tels que:

Catégorie 1: Banques

Banques

Banques d'affaires

Banques d'escompte

Catégorie 2: Entreprises financières d'épargne et de prêts spéciaux

Entreprises de financement de ventes à crédit

Entreprises de financement de ventes au détail

Entreprises de financement de ventes de marchandises

Sociétés de construction et de prêts

Agences de crédit immobilier

Entreprises de prêt hypothécaire urbain

Entreprises de prêt hypothécaire agricole

Entreprises de garantie de prêt hypothécaire

Entreprises de crédit

Entreprises de crédit à court terme

Entreprises de crédit agricole

Entreprises de crédit commercial

Entreprises de crédit industriel

Entreprises de crédit personnel

Entreprises financières de développement

(1) Index de la classification internationale type par industrie, de toutes les branches d'activité économique (CITI) Nations unies — Études statistiques série M, n.º 4, rév. 1 add.

Caisses d'épargne
Caisses d'épargne et de prêts
Entreprises d'escompte et de prêts
Établissements financiers
Établissements de réescompte
Sociétés financières
Financiers à leur propre compte
Holdings de contrôle
Sociétés à portefeuille
Holdings de financement
Monts-de-piété

Catégorie 3: Syndicats

Syndicats de garanties des émissions d'actions et de valeurs
Syndicats de cautionnement
Syndicates de garanties

Catégorie 4: Agents de change

Courtiers de bourse
Agents de change
Coulissiers
Remisiers
Courtiers en valeurs mobilières

Catégorie 5: Intermédiaires

Courtiers d'escompte, travaillant à leur propre compte
Courtiers en banque
Mandataires financiers

Catégorie 6: Divers

Bourses des valeurs
Bourses des métaux précieux
Conseils financiers ⁽¹⁾
Centrales de virement
Sociétés fiduciaires ⁽²⁾
Bureaux de change

(1) Pour les activités visées par la présente directive.

(2) A l'exclusion des activités de ces sociétés qui seront couvertes par d'autres directives.

ANEXO II

PREMIÈRE DIRECTIVE DU CONSEIL

du 12 décembre 1977

visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice

(77/780/CEE)

LE CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment son article 57,

vu la proposition de la Commission,

vu l'avis de l'Assemblée ⁽¹⁾,

vu l'avis du Comité économique et social ⁽²⁾,

considérant que, en application du traité, tout traitement discriminatoire en matière d'établissement et de prestation de services, fondé respectivement sur la nationalité ou sur le fait que l'entreprise n'est pas établie dans l'État membre où la prestation est exécutée, est interdit depuis la fin de période de transition;

considérant qu'il est nécessaire, afin de faciliter l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, d'éliminer les différences les plus gênantes entre les législations des États membres en ce qui concerne le régime auquel ces établissements sont assujettis;

considérant qu'il n'est toutefois pas possible, compte tenu de l'étendue de ces différences, de créer par une seule directive les conditions réglementaires requises pour un marché commun des établissements de crédit; qu'il faut

(1) JO n.° C 128 du 9.6.1975, p. 25

(2) JO n.° 263 du 17.11.1975, p. 25.

donc procéder par étapes successives; que le résultat final de ce processus devrait notamment faciliter la surveillance globale d'un établissement de crédit opérant dans plusieurs États membres par les autorités compétentes de l'État membre dans lequel l'établissement de crédit a son siège social, en consultation appropriée avec les autorités compétentes des autres États membres concernés;

considérant que les travaux de coordination en matière d'établissements de crédit doivent, tant pour la protection de l'épargne que pour créer les conditions d'égalité dans la concurrence entre ces établissements, s'appliquer à l'ensemble de ceux-ci; qu'il faut toutefois tenir compte, lorsqu'il y a lieu, des différences objectives existant entre leurs status et leurs missions propres prévus par les législations nationales;

considérant qu'il est dès lors nécessaire que le champ d'application desdits travaux de coordination soit le plus large possible et vise tous les établissements dont l'activité consiste à recueillir du public des fonds remboursables aussi bien sous la forme de dépôts que sous d'autres formes telles que l'émission continue d'obligations et d'autres titres comparables et à octroyer des crédits pour leur propre compte; que des exceptions doivent être prévues concernant certains établissements de crédit auxquels la présente directive ne peut pas s'appliquer;

considérant que la présente directive ne porte pas atteinte à l'application des législations nationales lorsqu'elles prévoient des autorisations spéciales complémentaires permettant aux établissements de crédit d'exercer des activités spécifiques ou d'effectuer des types spécifiques d'opération;

considérant qu'un seul et même régime de surveillance ne peut pas toujours s'appliquer à tous les types d'établissements de crédit; qu'il convient donc que l'application de la présente directive puisse être différée pour certains groupes ou types d'établissement de crédit pour lesquels une application immédiate de celle-ci risque de soulever des problèmes d'ordre technique; qu'il ne faut pas exclure que, dans l'avenir, des dispositions spécifiques s'appliquant à de tels établissements s'avèrent nécessaires; qu'il est cependant souhaitable que ces dispositions spécifiques se basent sur un certain nombre de principes communs;

considérant que le but poursuivi est d'introduire ultérieurement, dans l'ensemble de la Communauté, des conditions uniformes d'agrément pour des catégories comparables d'établissements de crédit; qu'il faut toutefois, dans

une première étape, se limiter à indiquer certaines conditions minimales que tous les États membres devront imposer;

considérant que le but visé ci-dessus ne pourra être atteint que si la marge d'appréciation discrétionnaire particulièrement large dont disposent certaines autorités de contrôle pour l'agrément des établissements de crédit est progressivement réduite; que l'exigence d'un programme d'activité ne peut, dans cette optique, être considérée que comme un élément amenant les autorités compétentes à statuer sur la base d'une information plus précise, dans le cadre de critères objectifs;

considérant que l'objectif final de la coordination est de parvenir à un système selon lequel les établissements de crédit dont le siège se trouve dans l'État membre seront dispensés de toute procédure nationale d'agrément pour la création de succursales dans les autres États membres;

considérant qu'un certain assouplissement est toutefois possible dès la première étape en ce qui concerne les exigences relatives aux formes juridiques des établissements de crédit et la protection des dénominations;

considérant que des exigences financières équivalentes requises des établissements de crédit seront nécessaires pour assurer des garanties similaires aux épargnants ainsi que des conditions de concurrence équitables entre les établissements d'une même catégorie; que, dans l'attente d'une meilleure coordination, il convient de mettre au point des rapports appropriés de structure permettant, dans le cadre de la coopération entre autorités nationales, d'observer, selon des méthodes unifiées, la situation des catégories d'établissements de crédit comparables; que cette manière de procéder est de nature à faciliter le rapprochement progressif des systèmes de coefficients définis et appliqués par les États membres; qu'il est nécessaire, cependant, de distinguer les coefficients visant à assurer la solidité de la gestion des établissements de crédit, de ceux ayant des finalités de politique économique et monétaire; que, à l'effet de la mise au point des rapports de structure ainsi que de la coopération plus générale entre autorités de contrôle, il est nécessaire d'entamer dès que possible la coordination des schémas des situations comptables des établissements de crédit;

considérant que le régime appliqué aux succursales des établissements de crédit ayant leur siège en dehors de la Communauté devrait être analogue dans tous les États membres; qu'il importe, à l'heure actuelle, de prévoir que

ce régime ne peut pas être plus favorable que celui des succursales des établissements provenant d'un État membre; qu'il convient de préciser que la Communauté peut conclure des accords avec des pays tiers prévoyant l'application de dispositions qui accordent à ces succursales un traitement identique sur tout son territoire en tenant compte du principe de la réciprocité;

considérant que l'examen des problèmes qui se posent dans les domaines couverts par les directives du Conseil concernant l'activité des établissements de crédit, en particulier dans la perspective d'une coordination plus poussée, exige la coopération des autorités compétentes et de la Commission au sein d'un comité consultatif;

considérant que la création d'un comité consultatif des autorités compétentes des États membres ne préjuge pas d'autres formes de coopération entre autorités de contrôle dans le domaine de l'accès et de la surveillance des établissements de crédit et notamment de la coopération instituée au sein du comité de contact créé entre les autorités de contrôle des banques.

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

TITRE PREMIER

Définitions et champ d'application

Article premier

Au sens de la présente directive, on entend par:

- établissements de crédit: une entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte,
- agrément: acte émanant des autorités, quelle qu'en soit la forme, d'où découle la faculté d'exercer l'activité d'établissement de crédit,
- succursale: un siège d'exploitation qui constitue une partie dépourvue de personnalité juridique d'un établissement de crédit et qui effectue directement, en tout ou en partie, les opérations inhérentes à l'activité d'établissement de crédit; plusieurs sièges d'exploitation créés dans le même État membre par un établissement de crédit ayant son siège social dans un autre État membre sont considérés comme une seule succursale sans préjudice de l'article 4 paragraphe 1;
- fonds propres: le capital propre de l'établissement de crédit, y compris les éléments qui lui sont assimilables en vertu des réglementations nationales.

Article 2

1. La présente directive concerne l'accès à l'activité des établissements le crédit et son exercice.
2. Elle ne concerne pas l'activité

- des banques centrales des états membres,
- des offices des chèques postaux,
- en Belgique, des caisses d'épargne communales, de l'Institut de rées-compte et de garantie/Herdiscontering- en Waarborginstituut, de la Société nationale d'investissement/Nationale Investeringsmaatschappij, des sociétés de développement régional, de la Société nationale du logement/Nationale Maatschappij voor de Huisvesting et de ses sociétés agréées, de la Société nationale terrienne/Nationale Landmaatschappij et de ses sociétés agréées.
- au Danemark, de la Danks Eksportfinansieringsfond et de la Danmarks Skibskreditfond,

- en Allemagne, de la Kreditanstalt für Wiederaufbau, des organismes qui, en vertu du *Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz* (loi sur l'utilité publique en matière de logement), sont reconnus comme organes de la politique nationale en matière de logement et dont les opérations bancaires ne constituent pas l'activité prépondérante ainsi que des organismes qui, en vertu de cette loi, sont reconnus comme organismes de logement d'intérêt public;
- en France, de la Caisse des dépôts et consignations, du Crédit foncier et du Crédit national;
- en Irlande, des Credit Unions;
- en Italie, de la Cassa Depositi e Prestiti;

- aux Pays-Bas, de la N. V. Export-Financieringsmaatschappij, de la Nederlandse Financieringsmaatschappij voor Ontwikkelingslanden N.V., de la Nederlandse Investeringsbank voor Ontwikkelingslanden N.V., de la Nationale Investeringsbank N.V., de la N.V. Bank van Nederlandse Gemeenten, de la Nederlandse Waterschapsbank N.V., de la Financieringsmaatschappij Industrieel Garantiefonds Amsterdam N.V., de la Financieringsmaatschappij Industriel Garantiefonds 's-Gravenhage N.V., de la N.V. Noordelijke Ontwikkelings Maatschappij, de la N.V. Industriebank Limburgs Instituut voor ontwikkeling en financiering et de la Overijsselse Ontwikkelings-maatschappij N.V.,
- au Royaume-Uni, de la National Savings Bank, de la Commonwealth Development Finance Company Ltd, de l'Agricultural Mortgage Corporation Ltd et de la Scottish Agricultural Securities

Corporation Ltd, des Crown Agents for overseas governments and administrations, des Credit Unions et des Municipal Banks.

3. Sur proposition de la Commission, qui consulte à cet effet le comité visé à l'article 11, ci-après dénommé "comité consultatif", le Conseil décide de toute modification éventuelle de la liste figurant au paragraphe 2.

4. a) Les établissements de crédit qui, lors de la notification de la présente directive, existent dans un même État membre et qui, à ce moment, sont affiliés de façon permanente à un organisme central qui les contrôle et qui est établi dans ce même État membre peuvent être exemptés des conditions figurant à l'article 3 paragraphe 2 premier alinéa premier, deuxième et troisième tirets et deuxième alinéa et à l'article 3 paragraphe 4 ainsi que des prescriptions figurant à l'article 6, si, au plus tard à la date à laquelle les autorités nationales auront pris les mesures de transposition de la présente directive dans le droit national, ce droit prévoit que:

- les engagements de l'organisme central et des établissements qui lui sont affiliés constituent des engagements solidaires ou que les engagements des établissements qui lui sont affiliés soient entièrement garantis par l'organisme central,
- la solvabilité et la liquidité de l'organisme central et de tous les établissements affiliés soient surveillées dans leur ensemble sur la base de comptes consolidés,
- la direction de l'organisme central soit habilitée à donner des instructions à la direction des établissements affiliés.

b) Des établissements de crédit à rayon d'action locale affiliés, postérieurement à la notification de la présente directive, à un organisme central au sens de la lettre a), s'ils constituent une extension normale du réseau dépendant de l'organisme central.

c) Pour autant qu'il s'agisse d'établissements de crédit autres que ceux qui sont créés dans des régions nouvellement endiguées ou qui sont issus de la fusion ou de la scission d'établissements existants relevant de l'organisme central, le conseil peut, sur proposition de la Commission qui consulte à cet effet le comité consultatif, fixer des règles supplémentaires pour l'application de la lettre b), en ce compris l'abrogation des exemptions prévues sous a), lorsqu'il est d'avis que

l'affiliation de nouveaux établissements bénéficiant du régime prévu sous b) serait de nature à affecter de manière négative la concurrence. Le Conseil décide à la majorité qualifiée.

5. Les États membres peuvent différer en tout ou en partie l'application de la présente directive à l'égard de certains groupes ou types d'établissements de crédit lorsque cette application immédiate pose des problèmes techniques qui ne peuvent être résolus à brève échéance. Ces problèmes peuvent être résolus soit du fait que ces établissements sont soumis au contrôle d'une autorité autre que celle chargée normalement du contrôle bancaire, soit du fait qu'ils sont assujettis à un régime particulier. En tout état de cause, cette application différée ne peut être fondée ni sur le statut de droit public, ni sur la dimension réduite ou le rayon d'action limité des établissements de crédit dont il s'agit.

L'application différée ne peut valoir que pour les groupes ou types d'établissements existant au moment de la notification de la présente directive.

6. Conformément au paragraphe 5, un État membre peut décider de différer l'application de la présente directive jusqu'à cinq ans à compter de sa notification et, après consultation du comité consultatif, peut proroger cette application différée une seule fois pour une période maximale de trois ans.

L'État membre notifie sa décision et la motivation de celle-ci à la Commission dans un délai de six mois à compter de la notification de la présente directive. Il notifie également à la Commission toute prorogation ou abrogation de cette décision. Toute décision relative à l'application différée est publiée au *Journal officiel des Communautés européennes* par les soins de la Commission.

Dans un délai de sept ans à compter de la notification de la présente directive, la Commission soumet au Conseil, après consultation du comité consultatif, un rapport consacré à l'état de l'application différée. Le cas échéant, la Commission soumet au Conseil, dans un délai de six mois à compter de la présentation de ce rapport, des propositions visant soit à inclure des établissements en question dans la liste visée au paragraphe 2, soit à autoriser une prolongation ultérieure de l'application différée. Le Conseil statue sur ces propositions dans un délai de six mois à compter de leur présentation.

TITRE II

Établissements de crédit ayant leur siège dans un des États membres et leurs succursales dans les autres États membres

Article 3

1. Les États membres prévoient que les établissements de crédit soumis à la présente directive doivent avoir reçu un agrément avant de commencer leurs activités. Ils en fixent les conditions, sous réserve des paragraphes 2; 3 et 4 et les notifient à la Commission ainsi qu'au comité consultatif.

2. Sans préjudice d'autres conditions générales requises par les réglementations nationales, les autorités compétentes n'accordent l'agrément que lorsque les conditions suivantes sont remplies:

- l'existence de fonds propres distincts,
- l'existence de fonds propres minimaux suffisants,
- la présence d'au moins deux personnes pour déterminer effectivement l'orientation de l'activité de l'établissement de crédit.

En outre, les autorités n'accordent pas l'agrément lorsque les personnes visées au premier alinéa troisième tiret ne possèdent pas l'honorabilité nécessaire ou l'expérience adéquate pour exercer ces fonctions.

3. a) Les dispositions visées aux paragraphes 1 et 2 ne peuvent prévoir que la demande d'agrément soit examinée en fonction des besoins économiques du marché.
- b) Lorsque les dispositions législatives, réglementaires ou administratives d'un État membre prévoient, au moment de la notification de la présente directive, les besoins économiques du marché comme une condition d'agrément et lorsque les difficultés techniques ou de structure de son système bancaire ne lui permettent pas

d'abandonner ce critère dans le délai prévu à l'article 14 paragraphe 1, cet État peut cependant, pendant une période de sept ans à compter de la notification, continuer à appliquer ce critère. Il notifie sa décision et la motivation de celle-ci à la Commission, dans un délai de six mois à compter de la notification.

c) Dans un délai de six ans à compter de la notification de la présente directive, la Commission soumet au Conseil, après consultation du comité consultatif, un rapport consacré à l'application du critère du besoin économique. Le cas échéant, la Commission soumet au Conseil des propositions visant à mettre fin à l'application du critère du besoin économique. Le cas échéant, la Commission soumet au Conseil des propositions visant à mettre fin à l'application de ce critère. La période visée sous b) est prorogée pour un nouveau terme de cinq ans, à moins qu'entre-temps le Conseil, statuant à l'unanimité sur les propositions de la Commission, n'adopte de décision visant à mettre fin à l'application de ce critère.

d) L'application du critère du besoin économique ne peut se faire que sur la base de critères généraux, prédéterminés, publiés, communiqués à la Commission ainsi qu'au comité consultatif et visant à promouvoir:

- la sécurité de l'épargne,
- l'accroissement de la productivité de système bancaire,
- une plus grande homogénéité de la concurrence entre les différents réseaux bancaires,
- un plus large éventail des services bancaires en fonction de la population et des activités économiques.

La spécification des objectifs visés ci-dessus devra être réalisée au sein du comité consultatif qui devra entamer cette tâche dès ses premières réunions.

4. Les États membres prévoient en outre que la demande d'agrément doit être accompagnée d'un programme d'activités dans lequel seront notamment indiqués le genre des opérations envisagées et la structure de l'organisation de l'établissement.

5. Le comité consultatif est chargé d'examiner le contenu donné par les États membres aux conditions énumérées au paragraphe 2, les autres condi-

tions que ceux-ci appliquent éventuellement, ainsi que les indications qui doivent figurer dans le programme d'activité et fait, le cas échéant, des suggestions à la Commission en vue d'une coordination plus détaillée.

6. Tout refus d'agrément est motivé et notifié au demandeur dans les six mois à compter de la réception de la demande ou, si celle-ci est incomplète, dans les six mois à compter de la transmission par le demandeur des renseignements nécessaires à la décision. Il est en tout cas statué dans les douze mois à compter de la réception de la demande.

7. Tout agrément est notifié à la Commission. Tout établissement de crédit est inscrit sur une liste dont la publication au *Journal officiel des Communautés européennes* et les mises à jour sont effectuées par la Commission.

Article 4

1. Les États membres peuvent subordonner la création, sur leur territoire, de succursales d'établissements de crédit soumis à la présente directive et qui ont leur siège social dans un autre État membre, à un agrément selon la législation et la procédure applicables aux établissements de crédit dont le siège est situé sur leur territoire.

2. Toutefois, l'agrément ne peut être refusé à une succursale d'un établissement de crédit pour le seul motif que celui-ci est constitué dans un autre État membre sous une forme juridique qui n'est pas admise pour les établissements de crédit remplissant des fonctions analogues dans le pays d'accueil. Cette disposition ne s'applique cependant pas aux établissements de crédit qui ne possèdent pas de fonds propres distincts.

3. Les autorités compétentes notifient à la Commission les agréments qu'elles accordent aux succursales visées au paragraphe 1.

4. Le présent article ne porte pas préjudice au régime que les États membres appliquent aux succursales créées sur leur territoire par les établissements de crédit qui y ont leur siège social. Nonobstant l'article 1^{er} troisième tiret deuxième partie, la législation des États membres qui exigent un agrément séparé pour chaque succursale d'un établissement de crédit ayant son siège social sur leur territoire s'applique également aux succursales des établissements de crédit ayant leur siège dans un autre État membre.

Article 5

Les établissements de crédit soumis à la présente directive peuvent, pour l'exercice de leurs activités, utiliser, sur le territoire de la Communauté, la même dénomination que celle qu'ils utilisent dans l'État membre de leur siège, social, nonobstant les dispositions relatives à l'usage des mots "banque", "caisse d'épargne" ou autres dénominations similaires pouvant exister dans l'État membre d'accueil. Au cas où il y aurait un danger de confusion, les États membres d'accueil peuvent exiger, dans un but de clarification, l'adjonction à la dénomination d'une mention explicative.

Article 6

1. Dans l'attente d'une coordination ultérieure, les autorités compétentes établissent à titre d'observation, le cas échéant complémentaires aux éventuels coefficients qu'elles appliquent, des rapports entre différents postes de l'actif et/ou du passif des établissements de crédit en vue de suivre la solvabilité et la liquidité des établissements de crédit et les autres conditions utiles à la protection de l'épargne.

À cet effet, le comité consultatif détermine le contenu des différents éléments des rapports d'observation visés au premier alinéa et fixe la méthode à appliquer pour leur calcul.

Le cas échéant, le comité consultatif s'inspire des consultations techniques qui ont lieu entre les autorités de contrôle des catégories d'établissements concernées.

2. Les rapports établis à titre d'observation en vertu du paragraphe 1 sont calculés tous les six mois au moins.

3. Le comité consultatif examine les résultats des analyses effectuées par les autorités de contrôle visées au paragraphe 1 troisième alinéa, sur la base des calculs visés au paragraphe 2.

4. Le comité consultatif peut faire à la Commission toute suggestion en vue de la coordination des coefficients applicables dans les États membres.

Article 7

1. En vue de surveiller l'activité des établissements de crédit opérant, notamment pour y avoir créé des succursales, dans un ou plusieurs États membres, autres que celui de leur siège social, les autorités compétentes des États membres concernés collaborent étroitement. Elles se communiquent toutes les informations relatives à la direction, à la gestion et à la propriété de ces établissements de crédit, susceptibles de faciliter leur surveillance et l'examen des conditions de leur agrément, ainsi que toutes les informations susceptibles de faciliter le contrôle de la liquidité et de la solvabilité de ces établissements.

2. Les autorités compétentes peuvent également établir aux fins et au sens de l'article 6 des rapports applicables aux succursales prévues par le présent article en se référant aux éléments visés à l'article 6.

3. Le comité consultatif tient compte des adaptations nécessaires, eu égard à la situation propre aux succursales par rapport aux réglementations nationales.

Article 8

Les autorités compétentes ne peuvent retirer l'agrément à un établissement de crédit soumis à la présente directive ou à une succursale agréé en vertu de l'article 4 que lorsque l'établissement ou la succursale:

- a) ne fait pas usage de l'agrément dans un délai de douze mois, y renonce expressément ou a cessé d'exercer son activité pendant une période supérieure à six mois, à moins que l'État membre concerné ne prévoie, dans ces cas, que l'agrément devienne caduc;
- b) a obtenu l'agrément au moyen de fausses déclarations ou par tout autre moyen irrégulier;
- c) ne remplit plus les conditions auxquelles l'agrément est lié, exception faite pour ce qui est des fonds propres;
- d) ne possède plus de fonds propres suffisants ou n'offre plus la garantie de pouvoir remplir ses obligations vis-à-vis de ses créanciers et, en particulier, n'assure plus la sécurité de fonds qui lui ont été confiés;
- e) se trouve dans les autres cas de retrait prévus par la réglementation nationale.

2. En outre, l'agrément d'une succursale accordé en vertu de l'article 4 est retiré lorsque l'autorité compétente du pays où l'établissement de crédit qui a créé la succursale a son siège social a retiré l'agrément à cet établissement.

3. Les États membres qui n'accordent les agréments visés à l'article 3 paragraphe 1 et à l'article 4 paragraphe 1 que s'il existe un besoin économique du marché ne peuvent pas invoquer la disparition d'un tel besoin pour retirer ces agréments.

4. Avant le retrait de l'agrément d'une succursale accordé en vertu de l'article 4, l'autorité compétente de l'État membre dans lequel se trouve son siège social est consultée. La consultation peut être remplacée par une simple information dans les cas où une intervention d'extrême urgence s'impose. La même procédure est suivie, par analogie, en cas de retrait d'agrément à un établissement de crédit qui a des succursales dans d'autres États membres.

5. Tout retrait d'agrément doit être motivé et communiqué aux intéressés; le retrait est notifié à la Commission.

TITRE III

Succursales d'établissement de crédit ayant leur siège social hors de la Communauté

Article 9

1. Pour l'accès à leur activité et pour son exercice, les États membres n'appliquent pas aux succursales d'établissement de crédit ayant leur siège social dans la Communauté.

2. Les autorités compétentes notifient à la Commission et au comité consultatif les agréments de succursales accordés aux établissements de crédit ayant leur siège social hors de la Communauté.

3. Sans préjudice du paragraphe 1, la Communauté peut, pas des accords conclus conformément au traité avec un ou plusieurs pays tiers, convenir de l'application de disposition qui, sur la base du principe de la réciprocité, accordent aux succursales d'un établissement ayant son siège social hors de la Communauté de même traitement sur l'ensemble du territoire de la Communauté.

TITRE IV

Dispositions transitoires et générales

Article 10

1. Sont considérés comme agréés les établissements de crédit soumis à la présente directive qui ont commencé, conformément aux dispositions de l'État membre où ils ont leur siège, leur activité avant l'entrée en vigueur des dispositions d'application de cette directive. Ils sont soumis aux dispositions de la présente directive relative à l'exercice de l'activité des établissements de crédit ainsi qu'aux conditions énoncées à l'article 3 paragraphe 2 premier alinéa premier et troisième tirets et deuxième alinéa.

Les États membres peuvent accorder aux établissements qui, au moment de la notification de la présente directive, ne remplissent pas la condition visée à l'article 3 paragraphe 2 premier alinéa troisième tiret, un délai maximal de cinq ans pour s'y conformer.

Les États membres peuvent prévoir le maintien en activité des établissements de crédit qui ne remplissent pas les conditions visées à l'article 3

paragraphe 2 premier alinéa premier tiret et qui existent au moment de la mise en application de la présente directive. Ils peuvent dispenser ces entreprises du respect de la condition visée à l'article 3 paragraphe 2 premier alinéa troisième tiret.

2. Tous les établissements de crédit visés au paragraphe 1 sont repris sur la liste visée à l'article 3 paragraphe 7.

3. Si un établissement de crédit est considéré comme étant agréé aux termes du paragraphe 1, sans qu'il y ait eu une procédure d'agrément, l'interdiction de poursuivre son activité tient lieu de retrait de l'agrément.

Sous réserve du premier alinéa, l'article 8 est appliqué par analogie.

4. Par dérogation au paragraphe 1, les établissements de crédit établis dans un État membre sans avoir fait l'objet d'une procédure d'agrément dans ce même État membre préalablement à l'exercice de leur activité peuvent être tenus de demander cet agrément aux autorités compétentes de l'État membre concerné, conformément aux dispositions d'application de la présente directive. Ces établissements peuvent être tenus de remplir la condition énoncée à l'article 3 paragraphe 2 deuxième tiret ainsi que toute autre condition d'application générale fixée par l'État membre concerné.

Article 11

1. Il est institué auprès de la Commission un comité consultatif des autorités compétentes des États membres de la Communauté économique européenne.

2. Le comité consultatif a pour mission d'assister la Commission dans sa tâche d'assurer une bonne application de la présente directive ainsi que,

(1) JO n.° L 194 du 16.7.1973, p. 1.

dans la mesure où elle concerne les établissements de crédit, celle de la directive 73/183/CEE du Conseil, du 28 juin 1973, concernant la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services en matière d'activités non salariées des banques et autres établissements financiers (1). En outre, il s'acquiesce des autres tâches prescrites par la présente directive et aide la Commission dans l'élaboration de nouvelles propositions à présenter au Conseil en ce qui concerne la coordination à poursuivre dans le domaine des établissements de crédit.

3. Le comité consultatif ne se charge pas de l'étude des problèmes concrets ayant trait aux différents établissements de crédit.

4. Le comité consultatif est composé de trois représentants au maximum de chaque État membre et de la Commission. Ces représentants peuvent être accompagnés occasionnellement, et sous réserve de l'accord préalable du comité, par des conseillers. Le comité peut également inviter des personnes qualifiées et des experts à prendre part à ses réunions. Les tâches de secrétariat sont assurées par la Commission.

5. Le comité consultatif se réunit la première fois sur convocation, de la Commission et sous la présidence d'un de ses représentants. Il arrête alors son règlement intérieur et élit un président parmi les représentants des États membres. Il se réunit ensuite à intervalles réguliers et chaque fois que la situation de requiert. La Commission peut demander que le comité se réunisse d'urgence si la situation lui semble l'exiger.

6. Les délibérations du comité consultatif et leurs résultats sont confidentiels, à moins que le comité n'en décide autrement.

Article 12

1. Les États membres prévoient que toutes les personnes exerçant ou ayant exercé une activité auprès des autorités compétentes sont tenues au

secret professionnel. Ce secret implique que les informations confidentielles qu'elles reçoivent à titre professionnel ne peuvent être divulguées à quelque personne ou autorité que ce soit qu'en vertu de dispositions législatives.

2. Le paragraphe 1 n'empêche toutefois pas les autorités compétentes de différents États membres d'échanger les communications prévues par la présente directive. Ces informations ainsi échangées tombent sous le secret qui incombe aux personnes exerçant ou ayant exercé une activité auprès de l'autorité compétente qui les reçoit.

3. Sans préjudice des cas qui relèvent du droit pénal, l'autorité qui reçoit les informations peut exclusivement les utiliser pour l'examen des conditions d'accès des établissements de crédit et pour faciliter le contrôle de la liquidité et de la solvabilité de ces établissements et des conditions d'exercice de l'activité, soit lorsque les décisions de l'autorité compétente font l'objet d'un recours administratif, soit dans le cadre de procédures juridictionnelles engagées en vertu de l'article 13.

Article 13

Les États membres prévoient que les décisions prises à l'égard d'un établissement de crédit en application des dispositions législatives, réglementaires et administratives arrêtées conformément à la présente directive peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel; il en est de même au cas où il n'aurait pas été statué, dans les six mois qui ont suivi son introduction, sur une demande d'agrément comportant tous les éléments requis par les dispositions en vigueur.

TITRE V

Dispositions finales

Article 14

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour se conformer à la présente directive dans un délai de vingt-quatre mois à compter de sa notification et en informent immédiatement la Commission.

2. Dès la notification de la directive, les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions essentielles d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

Article 15

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles, le 12 décembre 1977.

Par le Conseil
Le président
A. HUMBLET

O EURATOM

O EURATOM

Maria do Céu de Athayde de Tavares

Técnica do
Gabinete de Direito Europeu

I — Generalidades

1. O que é o EURATOM

II — Instituições da Comunidade Europeia da Energia Atómica

1. Generalidades
2. A Assembleia Parlamentar
3. O Conselho
4. A Comissão
5. O Tribunal de Justiça
6. O Comité Económico e Social
7. O Comité Científico e Técnico
8. O Comité Consultivo de Investigação Nuclear
9. A Agência de Aprovisionamento

III — Actos Comunitários

IV — Políticas Comunitárias

1. Investigação e ensino

- a) Coordenação da investigação
- b) Estímulo à investigação
- c) A acção directa da Comunidade: O.C.C.I.
- d) A acção indirecta da Comunidade
- e) Os contratos de associação
- f) Ensino

2. Difusão de conhecimentos

- a) *Conhecimentos de que a Comunidade dispõe*
- b) *Outros conhecimentos*
 - b) 1. A difusão por via amigável
 - b) 2. A Comunicação Oficiosa à Comissão
 - b) 3. Concessão de licenças por via arbitral ou oficiosamente
 - b) 4. Condições de concessão de licenças
 - b) 5. Direitos dos titulares
 - b) 6. O processo de concessão de licenças
- c) O segredo
- d) Disposições especiais

3. Protecção sanitária

4. Investimentos

a) Empresas Comuns

- a) 1. O regime jurídico
- a) 2. Vantagens especiais
- a) 3. Empresas Comuns existentes

5. Aprovisionamento

a) Princípios fundamentais em matéria de aprovisionamento:

- a) 1. Princípio de igual acesso aos recursos
- a) 2. O direito de opção da Agência
- a) 3. Monopólio da Agência
- a) 4. O direito de propriedade da Comunidade

- b) Regime de preços
- c) Excepções ao regime de aprovisionamento
- d) Disposições respeitantes à política de aprovisionamento
- e) O processo de revisão simplificado

6. Controlo de Segurança

- a) Os princípios
- b) Os meios de controlo
- c) Sanções
- d) Segredo profissional

V — Regime de propriedade

1. Direito de utilização
2. Conta financeira dos materiais cindíveis especiais

VI — Mercado Comum Nuclear

1. Eliminação dos direitos aduaneiros entre os Estados-membros (art. 93.º)
2. Pauta aduaneira comum (artigos 94.º e 95.º)
3. Liberdade de emprego (art. 96.º)
4. Seguros referentes à garantia do risco atómico (art. 98.º)
5. Circulação de capitais (art. 99.º)
6. Artigo 100.º

VII — Relações Externas

1. Poderes exclusivos da Comunidade
2. Acordos externos que envolvem, simultaneamente, a Comunidade e um ou vários Estados-membros (art. 102.º)
3. Projectos de acordos externos dos Estados-membros (art. 103.º)
4. Acordos externos de pessoas ou empresas, posteriores ao Tratado (art.º 104.º)
5. Acordos anteriores ao Tratado
6. Acordos de cooperação que vinculam os Estados-membros (art.º 106.º)
7. Acordos de cooperação

I — Generalidades

1. O que é o Euratom

Em 25 de Março de 1957, aquando da instituição, em Roma, da Comunidade Económica Europeia, uma outra Comunidade, menos conhecida, foi simultaneamente instituída: a Comunidade Europeia da Energia Atómica (EURATOM).

A C.E.E.A. é dotada de personalidade jurídica (art.º 184.º) distinta das outras duas Comunidades, C.E.C.A. e C.E.E. — cada uma tem existência e personalidade próprias. Teoricamente um Estado poderia aderir apenas a uma das Comunidades (1).

No entanto, as três Comunidades estão submetidas a princípios fundamentais comuns ou análogos, e prosseguem objectivos convergentes: todas foram instituídas numa perspectiva de integração económica.

A C.E.E.A. tem como missão específica e essencial “estabelecer as condições necessárias à formação e ao crescimento rápido das indústrias nucleares” — artigo 1.º, embora o objectivo mais vasto seja a “melhoria do nível de vida nos Estados-membros e o desenvolvimento das relações comerciais com os outros países” (art.º 1.º).

O art.º 2.º do Tratado enumera os meios postos à disposição da Comunidade para prosseguir a sua missão.

— desenvolver a investigação, e assegurar a difusão dos conhecimentos técnicos;

(1) Pierre — Henri Teitgen in “Droit des Communautés européennes”, Bruxelles 1969, pág. 15.

- estabelecer e velar pelo cumprimento de normas de segurança uniformes relativas à protecção sanitária da população e dos trabalhadores;
- facilitar os investimentos necessários ao desenvolvimento da energia nuclear dentro da Comunidade;
- assegurar a todos os utilizadores da Comunidade o aprovisionamento regular e equitativo em minérios e combustíveis nucleares;
- garantir que os materiais nucleares não sejam desviados para outros fins que não aqueles a que se destinam;
- exercer o direito de propriedade sobre os materiais cindíveis especiais ⁽²⁾;
- assegurar amplos mercados e o acesso aos melhores meios técnicos através da criação de um mercado comum de materiais e equipamentos especializados, pela livre circulação dos capitais destinados a investimentos nucleares e pela liberdade de emprego para especialistas no interior da Comunidade;
- estabelecer com os outros países e com as organizações internacionais todas as relações susceptíveis de promover o progresso da utilização pacífica da energia nuclear.

Assim podemos concluir que a missão do EURATOM é de natureza essencialmente industrial, e que, embora a investigação seja um meio muito importante, não é um fim em si. Por outro lado, a Comunidade não é ela própria incumbida de desenvolver a indústria nuclear, mas sim de criar e estimular as condições que permitam a sua formação e o seu crescimento rápido.

Além de um mercado comum nuclear separado de Países Terceiros por uma pauta aduaneira comum e no interior do qual os obstáculos às trocas devem desaparecer, o EURATOM organiza uma política comum, orientada pelas diversas particularidades que caracterizam a indústria nuclear: a importância da investigação, aprovisionamento, controlo de segurança, protecção sanitária, difusão de conhecimentos técnicos.

(2) Materiais cindíveis especiais: este termo não se refere às matérias brutas, e designa o plutónio 239, o urânio 233 e o urânio enriquecido em urânio 235 ou 233, ou ainda quaisquer produtos que contenham um destes materiais (isótopos).

O Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, pode incluir outros materiais cindíveis especiais. Até agora, o Conselho ainda não fez uso desta faculdade.

Note-se que os materiais cindíveis especiais são os que estão submetidos ao regime de opção da Agência.

Há uma excelente definição do EURATOM dada por Carcassone e Biotarana: “l’EURATOM est, en même temps, un laboratoire de recherche, une usine, une société de commerce et une agence de contrôle et de protection sanitaire”.⁽³⁾

II — Instituições

1. Generalidades

A C.E.E.A. tinha, desde a sua instituição, em comum com as outras duas Comunidades, a Assembleia e o Tribunal de Justiça, nos termos da “Convenção relativa a certas instituições comuns às Comunidades Europeias”, um dos três instrumentos jurídicos assinados em Roma em 25 de Março de 1957, e tinha em comum com a Comunidade Económica Europeia, o Comité Económico e Social.

Em 8 de Abril de 1965, o Tratado de fusão viria a estender os órgãos comuns aos órgãos ditos executivos.

Além destas instituições, a Comunidade Europeia da Energia Atómica tem ainda o Comité Científico e Técnico, instituído pelo artigo 134.º do Tratado, o Comité Consultivo de investigação nuclear e a Agência ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ In “Rapport à la Commission des Affaires étrangères du Conseil de la République sur le projet de loi autorisant la ratification des traités de Rome”.

⁽⁴⁾ Ver Dictionnaire du Marché Commun — IV volume.

2. Assembleia Parlamentar

A Assembleia é, como já se disse atrás, desde 25 de Março de 1957, comum às três Comunidades. Constitui o órgão que representa “os povos dos Estados reunidos na Comunidade” (artigo 107.º do Tratado C.E.E.A.).

Os membros da Assembleia eram, até Junho de 79, designados pelos Parlamentos dos Estados-membros.

Em Junho de 1979 os membros da Assembleia Parlamentar passaram a ser eleitos por sufrágio directo universal.

Compete ao Parlamento controlar permanentemente a actividade da Comissão, e velar para que esta represente, efectivamente, o interesse comunitário. É obrigatoriamente consultado em todos os casos que o Tratado prevê, para dar um parecer prévio às decisões que o Conselho deverá tomar. Nas suas deliberações a Assembleia Parlamentar pronunciar-se-à por maioria absoluta dos votos expressos, salvo disposição em contrário do Tratado (artigo 111.º do Tratado C.E.E.A.).

A Assembleia dispõe ainda de competência em matéria orçamental, que foi alargada pelo Tratado de 22 de Julho de 1975.

3. Conselho

O Conselho é formado pelos representantes dos Estados-membros, e cada Governo delega num dos seus membros (artigo 2.º do Tratado de fusão das instituições comunitárias).

Na Comunidade Europeia da Energia Atómica, o Conselho exerce as atribuições mais importantes e adopta as principais medidas de aplicação do Tratado (artigo 115.º do Tratado C.E.E.A.): é a este órgão que incumbe aprovar os regulamentos, directivas e decisões mais importantes, embora normalmente decida sob proposta da Comissão.

O n.º 1 do artigo 118.º do Tratado C.E.E.A. estabelece a regra da maioria para as deliberações deste órgão, salvo disposição em contrário do Tratado; o n.º 2 do citado artigo explica a ponderação segundo a qual os

votos dos membros do Conselho devem ser afectados nos casos em que se requiera a maioria qualificada.

O Conselho é assistido por um organismo — Comité dos representantes permanentes (COREPER) — que tem vindo a desempenhar um papel muito importante no funcionamento da C.E.E.A.

Ambos os Tratados de Roma haviam previsto a criação de um “Comité formado por representantes dos Estados-membros” (artigo 121.º do Tratado C.E.E.A. na sua versão original), mas foi o Tratado de Fusão que o consagrou oficialmente e confirmou o seu mandato que é o de preparar as deliberações do Conselho (artigo 4.º do Tratado de Fusão).

4. Comissão

A Comissão é o órgão que representa o interesse geral da Comunidade. É “composta por catorze membros escolhidos em razão da sua competência geral e que ofereçam todas as garantias de independência” (artigo 126.º do Tratado C.E.E.A. na redacção actual).

Os membros da Comissão só podem ser nacionais de Estados-membros e, no exercício das suas funções, estão subtraídos à autoridade dos Estados de que são nacionais.

O artigo 124.º do Tratado C.E.E.A. define as atribuições da Comissão, com vista a “assegurar o desenvolvimento da energia nuclear”.

A Comissão gere um programa comunitário de investigação e ensino, o qual veio a permitir a criação de estabelecimentos de investigação nuclear de grande envergadura: Ispra, em Itália, Karlsruhe na República Federal da Alemanha, Geel na Bélgica, e Petten nos Países-Baixos.

5. Tribunal de Justiça

“O Tribunal de Justiça assegurará o respeito pelo direito na interpretação e aplicação do presente Tratado” — artigo 136.º do Tratado C.E.E.A.

As disposições relativas à competência do Tribunal de Justiça do Tratado C.E.E.A. encontram-se reguladas pelos artigos 136.º a 160.º. Na sua generalidade são idênticas às do Tratado C.E.E., embora o Tribunal do EURATOM goze de certas competências específicas. Tal é o caso dos recursos especiais previstos pelo artigo 144.º do Tratado C.E.E.A., em que o “Tribunal de Justiça exerce uma competência de plena jurisdição relativamente:

- a) aos recursos apresentados em aplicação do artigo 12.º, a fim de fixar as condições adequadas à concessão pela Comissão de licenças ou sublicenças;
- b) aos recursos interpostos por pessoas ou empresa contra as sanções que lhes tenham sido impostas pela Comissão em aplicação do artigo 83.º” (trata-se de sanções impostas por infracção às normas relativas ao Controlo de Segurança) ⁽⁵⁾.

O artigo 145.º do Tratado C.E.E.A. atribui ao Tribunal de Justiça, quando interpelado pela Comissão, competência para comprovar a violação do Tratado, nos casos em que esta não esteja abrangida no âmbito do artigo 83.º.

Note-se, por curiosidade, que até aqui foram interpostos quatro recursos no âmbito do EURATOM, e 1042 recursos referentes ao Tratado C.E.E.

6. Comité Económico e Social

O Comité Económico e Social é de “natureza consultiva”, e tem por fim representar as “diferentes categorias da vida económica e social” (ver artigo 165.º do Tratado C.E.E.A.).

O Comité dá pareceres obrigatórios e facultativos. “O Comité será obrigatoriamente consultado pelo Conselho ou pela Comissão nos casos previstos no presente Tratado, e será consultado por estas instituições em todos os casos em que estas o julgarem oportuno” (art.º 170.º do Tratado C.E.E.A.). ⁽⁶⁾

⁽⁵⁾ O Controlo de Segurança encontra-se regulado pelo Capítulo VII do Tratado, nos artigos 77.º a 91.º inclusive.

⁽⁶⁾ Este Comité como já se disse é comum à C.E.E.A. e à C.E.E. Ver artigo 5.º da Convenção de Roma.

7. Comité Científico e Técnico

O Comité Científico e Técnico, órgão exclusivo da Comunidade Europeia da Energia Atómica, instituído pelo artigo n.º 134.º do Tratado C.E.E.A., funciona junto da Comissão e tem natureza consultiva.

O Comité deve ser obrigatoriamente consultado em todos os casos previstos pelo Tratado (art.º 4.º, 7.º, 8.º, 31.º 37.º) e, ainda, sempre que a Comissão o julgue oportuno.

Depois da adesão dos novos Estados, o Comité é composto por 28 membros, que são designados pelo Conselho, após consulta à Comissão.

Os membros do Comité são nomeados a título pessoal por um período de cinco anos, e as suas funções são renováveis. Não poderão ser vinculados por qualquer mandato imperativo.

O Comité Científico e Técnico elegerá todos os anos o seu presidente e a sua mesa.

8. Comité Consultivo de Investigação Nuclear

O Comité Consultivo de Investigação Nuclear, tal como o anterior, é também um órgão exclusivo da Comunidade Europeia da Energia Atómica. Foi instituído pelo Conselho na sua 34.ª sessão, em 30 e 31 de Janeiro de 1961, é composto por representantes da Comissão e dos Estados-membros, e é presidido pelo Presidente da Comissão. O Comité reúne-se pelos menos duas vezes por ano, sendo o seu secretariado assegurado pelo Conselho (7).

9. A Agência de Aprovisionamento (8)

A Agência de Aprovisionamento foi instituída pelo Tratado C.E.E.A., (artigo 52.º, 2, b) e rege-se pelas disposições deste e pelos estatutos aprovados pelo Conselho, por maioria qualificada, em 6 de Novembro de 1958 (9), sob proposta da Comissão, embora só tivesse assumido as suas funções em 1 de Junho de 1960 (10), data fixada pela Comissão conforme o disposto no

(7) Este Comité não está expressamente previsto no Tratado C.E.E.A..

(8) Quanto à inclusão da Agência de aprovisionamento na rubrica "Instituições" ver: "Dictionnaire du marché Commun" — volume IV, em "Généralités".

(9) Ver J.O.C.E., 1958, pág. 534

artigo 222.º do Tratado. Os estatutos da Agência foram modificados pela decisão do Conselho de 8 de Março de 1973 ⁽¹¹⁾.

Os estatutos fixam o capital social da Agência (32000000 unidades de conta) que é subscrito pelos Estados-membros, segundo o critério de repartição previsto no artigo 5.º.

A Agência pode ainda cobrar encargos sobre as transacções em que intervém, na medida necessária à cobertura das despesas de funcionamento ⁽¹²⁾.

A Agência é colocada sob a autoridade da Comissão que lhe dará directivas, dispõe de um direito de veto sobre as suas decisões e nomeia o seu director-geral e o director-geral adjunto. (artigo n.º 53.º do Tratado C.E.E.A.).

A Comunidade detém, pois, um poder de tutela sobre a Agência, que lhe permite superintender os seus gestores e os seus actos. ⁽¹³⁾

Pode ainda ser submetido à apreciação da Comissão, pelo interessado, qualquer acto da Agência, expresso ou tácito, no exercício do seu direito de opção ou do seu direito exclusivo de concluir contratos de fornecimento. A Comissão deverá decidir no prazo de um mês.

Devido à importante função desempenhada pela Agência, que goza do monopólio dos contratos de fornecimento de minérios, matérias brutas ou materiais cindíveis especiais provenientes do exterior ou interior da Comunidade, e que goza de um direito dito de opção sobre os referidos materiais quando introduzidos nos territórios dos Estados-membros (ver n.º 2 da alínea b) do artigo 52.º do Tratado C.E.E.A.), dotou-se a Agência de personalidade jurídica, distinta da personalidade da Comunidade, e de autonomia financeira (art.º 54.º do Tratado C.E.E.A.).

Com efeito, a Agência é um organismo de intervenção activa cuja função é garantir o aprovisionamento da Comunidade em materiais nucleares. A Agência pode, também, agir como órgão regulador do mercado em certas condições ⁽¹⁴⁾.

Note-se que, sendo a Agência o instrumento da política de aprovisionamento da Comunidade, ela deve prosseguir-la segundo o princípio de igual acesso aos recursos (artigo 52.º, n.º 1, do Tratado C.E.E.A.). ⁽¹⁵⁾

⁽¹⁰⁾ Ver J.O.C.E., 1960, pág. 776.

⁽¹¹⁾ J.O.C.E., 30 de Março de 1973.

⁽¹²⁾ Note-se que até hoje a Agência nunca recorreu a esta faculdade.

⁽¹³⁾ Ver Louis Cartou in "Communautés Européennes", Paris 1979, pág. 391.

⁽¹⁴⁾ Richard M. Stein in "Droit des Communautés Européennes", Bruxelles, 1969, pág. 1138.

⁽¹⁵⁾ Especificar-se-ão as tarefas incumbidas à Agência, na rubrica "aprovisionamento".

III — Actos Comunitários

Tanto na C.E.E. como na C.E.E.A. o poder de decisão exprime-se sob a forma dos seguintes actos: regulamentos, directivas e decisões.

Estes actos são normalmente adoptados pela Comissão, embora seja o Conselho quem adopte os mais importantes. Têm natureza obrigatória, contrariamente às simples recomendações que são apanágio do Direito internacional.

“Para o desempenho das respectivas atribuições e nas condições previstas no presente Tratado, o Conselho e a Comissão aprovarão regulamentos e directivas, tomarão decisões e formularão recomendações ou pareceres.

O regulamento terá alcance geral, será obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-membros.

A directiva vinculará todos os Estados-membros destinatários quanto ao resultado a atingir deixando, contudo, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.

A decisão será obrigatória em todos os seus elementos para os destinatários que designar.

As recomendações e os pareceres não serão vinculativos” — (artigo 161.º do Tratado C.E.E.A.).

IV — Políticas Comunitárias

1. Investigação e ensino

Não é, com certeza, por acaso que o artigo 2.º do Tratado C.E.E.A., ao enumerar as tarefas atribuídas à Comunidade, para cumprir a sua missão, refere, em primeiro lugar, o desenvolvimento da investigação e a difusão dos conhecimentos.

Como já dissemos atrás, a investigação não é um fim em si, mas um meio que permite aos Estados-membros, pessoas e empresas dispôr de conhecimentos científicos e técnicos essenciais ao desenvolvimento da indústria nuclear. Meio este, que, no caso do EURATOM, assume uma importância fundamental.

Pierre S.R.F. Mathijsen escreveu “C’est dans le domaine de la recherche que se situe actuellement l’essentiel de l’activité de la Communauté”.

Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 4.º do Tratado C.E.E.A. “a Comissão fica encarregada de promover e de facilitar a investigação nuclear nos Estados-membros e de a completar através da execução do programa de investigação e ensino da Comunidade”. O domínio sobre o qual esta acção incidirá encontra-se definido sob o ponto de vista técnico, no anexo 1 do Tratado. (art. 4.º, n.º 2).

Para além de encorajar e coordenar as investigações empreendidas nos Estados-membros (artigo 5.º e 6.º do Tratado C.E.E.A.), por diversos meios postos à sua escolha, a Comissão dispõe ainda de um meio de acção próprio, tendo em vista completar as acções de investigação dos Estados-membros. Trata-se das actividades de investigação próprias da Comunidade, decididas e financiadas por ela, e cujos resultados lhe pertencem. Estas actividades exercem-se de dois modos:

- acção directa, com o pessoal científico e os meios materiais e financeiros do Centro Comum de Investigação ⁽¹⁶⁾.
- acção indirecta, através de programas realizados no quadro de contratos concluídos com terceiros e efectuados nos estabelecimentos de investigação dos Estados-membros, e o seu custo só é parcialmente suportado pela Comunidade.

Para a conclusão destes contratos, deve ser feita uma selecção que tenha em contra a aptidão dos estabelecimentos. Dizem respeito à fusão e física dos plasmas, à energia, à biologia e à protecção sanitária, à gestão e “stocagem” dos resíduos, à protecção do meio, à reciclagem do plutónio. ⁽¹⁷⁾.

1. a) Coordenação da investigação (art.º 5.º) ⁽¹⁸⁾

O disposto no artigo 5.º tem um aspecto negativo e um aspecto positivo. O aspecto negativo consiste fundamentalmente em desaconselhar e desencorajar os duplos empregos inúteis, e o aspecto positivo em orientar a investigação para sectores insuficientemente aprofundados.

Desde logo se compreende a absoluta necessidade de uma coordenação das pesquisas efectuadas pelos Estados-membros, factor fundamental para atingir um máximo de eficácia. De facto, o crescimento rápido da indústria nuclear só pode ser atingido se houver uma reunião de esforços, de recursos e de meios no domínio da investigação nuclear. Por outro lado, o mercado comum nuclear exige que haja especialização, e implica a interdependência de todos os esforços.

A actividade de coordenação depende sobretudo da boa vontade dos Estados-membros, pessoas e empresas, pois o artigo 5.º atribui à Comissão meras possibilidades de acção (possibilidade de convidar os interessados a comunicar-lhe os seus programas, possibilidade de reunir representantes de centros de investigação públicos e privados, bem como quaisquer outros que efectuem investigações nos mesmos domínios ou em domínios conexos). Contudo, a Comissão dispõe de um meio eficaz de intervenção, neste domínio, pois o objectivo deste é completar os programas executados pelos Estados-membros, pessoas e empresas.

⁽¹⁶⁾ Estas acções são em princípio financiadas pelo orçamento das Comunidades.

⁽¹⁷⁾ Ver Dictionnaire du Marché Commun, volume IV e Louis Cartou in “Communautés européennes”.

⁽¹⁸⁾ Veja-se “Droit des Communautés européennes”, pág. 1092.

O artigo 5.º dá ainda aos Estados-membros, pessoas e empresas o direito de obterem da Comissão um parecer fundamentado sobre os programas que lhe foram comunicados.

1. b) Estímulo à investigação (artigo 6.º)

Os meios postos à disposição da Comissão pelo artigo 6.º só podem ser usados para encorajar os programas de investigação que lhe foram comunicados, o que constitui um estímulo à estreita colaboração com a Comissão.

“Para encorajar a execução dos programas de investigação que lhe são comunicados, a Comissão poderá:

- a) prestar assistência financeira no âmbito dos contratos de investigação, com exclusão das subvenções;
- b) fornecer, a título oneroso ou gratuito, as matérias brutas ou os materiais cindíveis especiais de que dispõe, para assegurar a execução destes programas;
- c) pôr à disposição dos Estados-membros, pessoas ou empresas, instalações, equipamentos ou assistência de peritos, a título oneroso ou gratuito;
- d) promover um financiamento em comum pelos Estados-membros, pessoas ou empresas interessadas” (art.º 6.º do Tratado C.E.E.A.).

1. c) A acção directa da Comunidade: o Centro Comum de Investigação

A Comunidade dispõe de um Centro Comum de Investigação, para a execução dos seus programas.

Este organismo havia sido instituído pelo artigo 8.º do Tratado, sob a designação de “Centro Comum de Investigação Nuclear”.

A actividade do Centro distribuía-se por vários estabelecimentos distintos: Ispra na Itália, Petten, ⁽¹⁹⁾, o mais importante, nos Países-Baixos, Mol,

⁽¹⁹⁾ Note-se que os estabelecimentos de Ispra e Petten foram anteriormente centros nacionais, e que por razões de economia e rapidez, foram transmitidos à Comunidade.

na Bélgica, e Karlsruhe, na Alemanha. ⁽²⁰⁾ Note-se que o estabelecimento de Geel, na Bélgica, constitui o serviço central de medidas nucleares, previsto pelo n.º 1 do artigo 8.º do Tratado.

A reforma do Centro Comum de Investigação Nuclear conferiu ao respectivo director-geral poderes alargados, quer na gestão do Centro, quer na execução dos programas de investigação, quer na elaboração de propostas de programas e deu-lhe um novo nome: Centro Comum de Investigação, que indica que a sua vocação ultrapassou os problemas nucleares ⁽²¹⁾.

O Centro Comum de Investigação é um organismo constituído por vários estabelecimentos criados pela Comissão, e tem a seu cargo a execução dos programas de investigação e ensino, no âmbito de uma política geral adoptada pelo Conselho.

O Centro Comum de Investigação Nuclear é financiado, em condições especiais, pelo orçamento de investigação e investimento.

1. d) A acção indirecta: a execução de investigação por contrato

O artigo 10.º do Tratado C.E.E.A. prevê que a Comissão poderá confiar por contrato a execução de certas partes do programa de investigação da Comunidade a Estados-membros, a pessoas ou a empresas, assim como a Estados terceiros, a organizações internacionais ou a nacionais de Estados terceiros.

Os contratos de investigação concluídos pela Comissão ao abrigo do artigo 10.º não parecem incluir-se na figura jurídica do mandato, mas antes, na do contrato de prestação de serviços, embora com certas semelhanças com o contrato de sociedade, designadamente a contribuição recíproca em meios financeiros e científicos, bem como a partilha dos resultados ⁽²²⁾.

A norma do artigo 188.º do Tratado C.E.E.A., que determina que “a responsabilidade contratual da Comunidade será regida pela lei aplicável

⁽²⁰⁾ Todos estes estabelecimentos já foram citados.

⁽²¹⁾ Decisão 71-57 da Comissão de 13 de Janeiro de 1971 relativa à reorganização do Centro Comum de Investigação Nuclear.

⁽²²⁾ Pierre S. R. F. Mathijsem, in “Droit des Communautés européennes”, Bruxelles 1969, pág. 1091.

ao contrato em causa”, aplica-se em matéria de contratos de investigação, embora os litígios que decorram da execução de contratos de investigação que contenham cláusulas comprimissórias que estipulem a competência do Tribunal das Comunidades, caiam na alçada deste Tribunal. É o que determina o artigo 153.º: “O Tribunal de Justiça será competente para decidir por força de cláusula compromissória contida num contrato de direito público ou de direito privado celebrado pela Comunidade ou em seu nome.”

E o artigo 155.º diz ainda: “sem prejuízo das competências atribuídas ao Tribunal de Justiça pelo presente Tratado, os litígios em que a Comunidade seja parte não serão, por esse motivo, subtraídos à competência das jurisdições nacionais”.

O fundamento da figura jurídica dos contratos de investigação insere-se no âmbito mais vasto da missão da Comunidade: formação e crescimento rápido das indústrias nucleares e, para atingir este objectivo, o tratado não limita a escolha dos contratantes a pessoas e empresas da Comunidade — o artigo 10.º prevê expressamente que os contratos podem ser concluídos com “Estados terceiros, organizações internacionais ou nacionais de Estados terceiros”. Este princípio é importante e constitui um dos aspectos particulares da Comunidade Europeia da Energia Atómica: abertura e orientação para uma cooperação com o exterior.

1. e) Os contratos de associação

Existe, ainda, uma outra categoria de contratos, que não são expressamente previstos pelo Tratado — os contratos de associação, em virtude dos quais a Comunidade empreende trabalhos de investigação em conjunto com um ou vários terceiros. Estes trabalhos são geralmente de grande envergadura, de longa duração e exigem o recurso a meios técnicos e financeiros consideráveis. ⁽²³⁾.

⁽²³⁾ Consulte-se sobre esta matéria Pierre S. R. F. Mathijssen in “Droit des Communautés européennes”, Bruxelles 1969, pág. 1099 e seguintes.

1. f) Ensino

“1. A Comissão poderá criar, no quadro do Centro Comum de Investigação, escolas para a formação de especialistas, designadamente nos domínios da prospecção mineira, da produção de materiais nucleares de grande pureza, do tratamento de combustíveis irradiados, da engenharia atómica, da protecção sanitária, da produção e da utilização de radioisótopos.

A Comissão regulará as modalidades de ensino.

2. Será criada uma instituição a nível universitário, cujas modalidades de funcionamento serão fixadas pelo Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão” — tal é a redacção do artigo 9.º do Tratado C.E.E.A.

A Comissão não fez, até hoje, uso desta faculdade para criar escolas destinadas à formação de especialistas, e também o instituto universitário previsto pelo n.º 2 do citado artigo não foi ainda instituído. Contudo, foi criado um instituto universitário europeu, em Florença, por uma Convenção dos Estados-membros, assinada em 19 de Abril de 1972.

Apesar de tudo, a Comunidade não esteve inactiva neste domínio e, em contrapartida, tem organizado estágios nos estabelecimentos do Centro Comum de Investigação, e também no exterior, sobretudo nos Estados-
-Unidos, e tem acordado bolsas.

2. Difusão de conhecimentos

O crescimento rápido da energia nuclear pressupõe que um largo acesso aos conhecimentos técnicos e científicos seja proporcionado a todos os interessados e, por isso, o Tratado C.E.E.A. confiou aos órgãos comunitários a tarefa de difundir os conhecimentos adquiridos em matéria nuclear.

O EURATOM criou em 1961 um Centro de Informação e Documentação (CID) que, a partir de 1976, tem a gestão assegurada pelas autoridades belgas, e cuja tarefa é organizar um vasto sistema de documentação com o fim de difundir os conhecimentos em matéria nuclear.

2. a) Conhecimentos de que a Comunidade dispõe: artigos 12.^o e 13.^o

O artigo 12.^o do Tratado C.E.E.A. estatui que “Os Estados-membros, pessoas e empresas têm o direito, mediante pedido apresentado à Comissão, de beneficiar de licenças não exclusivas sobre patentes, títulos de protecção provisória, modelos de utilidade ou pedidos de patentes que sejam propriedade da Comunidade, desde que estejam habilitados a explorar de maneira efectiva as invenções que deles são objecto”, e que, “nas mesmas condições, a Comunidade deverá conceder sublicenças sobre patentes, títulos de protecção provisória, modelos de utilidade e pedidos de patente, desde que a Comunidade beneficie de licenças contratuais que prevejam esta faculdade”.

Analiseemos, agora, os direitos de propriedade industrial enumerados no artigo 12.^o:

- patentes — este termo designa os direitos exclusivos atribuídos pela lei aos inventos, depois da aceitação do pedido.
 - títulos de protecção provisória — este termo designa os direitos atribuídos a um invento, durante o prazo em que os terceiros podem opôr-se à concessão da patente pela administração. ⁽²⁴⁾
 - modelos de utilidade ⁽²⁶⁾ — este termo é a tradução do alemão “Gebrauchsmuster”, e designa os direitos reconhecidos aos inventos considerados de menor importância.
- Em Itália os “modelli d'utilità” apenas beneficiam de uma protecção de quatro anos.
- pedidos de patente — designa os direitos atribuídos ao depósito antes da concessão da patente.

O princípio fundamental estabelecido pelo artigo 12.^o é o de que os Estados-membros, as pessoas e as empresas têm o direito de beneficiar de licenças ⁽²⁶⁾ sobre patentes que sejam propriedade da Comunidade.

As condições de concessão das licenças e sublicenças devem ser fixadas por comum acordo e devem prever, além do mais, as indemnizações e a

⁽²⁴⁾ Este termo existe na Legislação da República Federal da Alemanha, e dos Países-Baixos, onde a patente só é emitida após um exame de fundo às características do invento, o que pode levar muito tempo. Assim sendo, o invento beneficia de uma protecção provisória, salvo se houver oposição à concessão da patente.

⁽²⁵⁾ A noção de modelos de utilidade do artigo 37.^o do Código português da Propriedade Industrial é diferente da que aqui tratamos.

⁽²⁶⁾ Licenças não exclusivas, porque, sendo propriedade da Comunidade devem aproveitar a todos.

faculdade do beneficiário conceder sublicenças a terceiros. Na falta de acordos sobre a fixação destas condições, os beneficiários poderão recorrer ao Tribunal de Justiça, para que este as determine.

O artigo 13.º refere-se à difusão dos conhecimentos que não cabem nas categorias previstas pelo artigo 12.º, mas que foram adquiridos pela Comunidade, quer através da execução do seu próprio programa de investigação, quer os que lhe tenham sido transmitidos com a faculdade de deles dispôr livremente. Estes conhecimentos devem ser fornecidos aos Estados-membros, pessoas e empresas que os tiverem pedido, e a comunicação pode subordinar-se à condição de que se mantenham confidenciais, e não sejam transmitidos a terceiros. Quando a Comunidade dispõe de conhecimentos adquiridos sob reserva de restrições respeitantes ao seu emprego e à sua difusão, a Comissão só poderá comunicá-los se assegurar o respeito por estas restrições (artigo 13.º).

2. b) Outros conhecimentos

Para os outros conhecimentos, isto é, aqueles de que a Comunidade não dispõe, o Tratado prevê três categorias: conhecimentos cuja divulgação será feita “por via amigável” (artigo 14.º a 23.º), a comunicação oficiosa e, finalmente, a concessão de licenças por via arbitral ou oficiosamente.

2. b) 1. A difusão por via amigável

Para os conhecimentos de que a Comunidade não dispõe, o Tratado estabelece o princípio da difusão amigável, e confere à Comissão a tarefa de os obter por esta via. O artigo 14.º estatui que “a Comissão esforçar-se-á por obter ou fazer obter amigavelmente a comunicação de conhecimentos úteis à realização dos objectivos da Comunidade, e a concessão de licenças de exploração de patentes, títulos de protecção provisória, modelos de utilidade ou pedidos de patente abrangendo estes conhecimentos”. Para este efeito, o Tratado confiou à Comissão a tarefa de organizar um processo pelo qual os Estados-membros, pessoas e empresas pudessem, por seu

intermédio, trocar os resultados provisórios ou definitivos das suas investigações (27).

Todavia, este processo deverá assegurar o carácter confidencial destas trocas, sob reserva de eventuais comunicações ao Centro Comum de Investigação para fins de documentação. Note-se que essa comunicação ao Centro não pode conferir um direito de utilização, ao qual o autor da comunicação não tenha dado o seu consentimento, (artigo 15.º).

2. b) 2. A comunicação oficiosa à Comissão

O regime da comunicação oficiosa aplica-se não só aos conhecimentos que se referem a objecto especificamente nuclear (artigo 16.º, n.º 1) como também aos conhecimentos que se reportam a objecto que, sem ser especificamente nuclear, está directamente ligado e é essencial ao desenvolvimento da energia nuclear na Comunidade (artigo 16.º, n.º 2).

A obrigação de comunicar à Comissão recai sobre os Estados-membros, e não sobre os inventores.

Quanto aos conhecimentos cujo objecto é especificamente nuclear, o processo é organizado pelo artigo 16.º do seguinte modo: quando um pedido de patente é depositado junto de um Estado-membro, este deve solicitar ao depositante autorização para comunicar o conteúdo à Comissão. Em caso de acordo do depositante, a comunicação deve ser feita no prazo de três meses a contar da data do depósito do pedido. Se não houver acordo, o Estado-membro deve notificar a Comissão, no mesmo prazo, da existência do pedido. A Comissão pode requerer a comunicação do conteúdo de um pedido de cuja existência tenha sido informada, dispondo para isso do prazo de dois meses a contar da data da notificação. Neste caso, o Estado-membro deve solicitar novamente o acordo do depositante, para comunicar o conteúdo do pedido. Em caso de acordo, esta comunicação será feita imediatamente. Na falta de acordo do depositante, o Estado-membro deverá, não obstante, fazer esta comunicação á Comissão no prazo de 18 meses a contar da data do depósito do pedido.

(27) Desde que não se trate de resultados obtidos pela Comunidade, em virtude de investigações realizadas por encargo da Comissão (artigo 15.º).

Quando se trata de conhecimentos cujo objecto é não especificamente nuclear, mas directamente ligado e essencial ao desenvolvimento nuclear, o princípio é o mesmo, mas os prazos são diferentes (artigo 16.º, n.º 2). Os Estados-membros devem, no prazo de 18 meses, comunicar à Comissão a existência de quaisquer pedidos de patentes que digam respeito a estes conhecimentos e, se a Comissão o requerer, o conteúdo destes pedidos deve ser-lhe comunicado no prazo de dois meses.

As comunicações obtidas desta forma são, em princípio, feitas a título de documentação e mantêm-se confidenciais (artigo 16.º n.º 4). A utilização destes conhecimentos só é possível por acordo do depositante ou pela aplicação do processo de concessão de licenças por via arbitral ou oficiosamente.

2. b) 3. Concessão de licenças por via arbitral ou oficiosamente

Para a utilização dos conhecimentos, o Tratado organiza nos artigos 17.º a 23.º um processo de concessão de licenças por via arbitral ou oficiosamente ⁽²⁸⁾. Trata-se de medidas destinadas a obter o direito de utilização de patentes, títulos de protecção provisória ou modelos de utilidade.

O artigo 17.º estabelece os princípios e as condições gerais da concessão de licenças, prevendo duas categorias de beneficiários: a primeira, referida na alínea *a*) do número 1 do artigo 17.º: a Comunidade e as Empresas comuns às quais o benefício da concessão de licenças lhes tenha sido expressamente atribuído por decisão do Conselho, figurando entre as vantagens especiais, nos seus estatutos de Empresas comuns. A segunda categoria de beneficiários é referida na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 17.º: todas as pessoas e empresas que tenham feito o pedido à Comissão. No que diz respeito a esta segunda categoria de beneficiários, as condições requeridas são mais rigorosas do que as referentes à primeira. Note-se que os Estados-membros não figuram como beneficiários.

⁽²⁸⁾ M. Catalano in “Manuel de Droit des Communautés européennes” compara este processo a uma expropriação ou a uma requisição justificada por motivo de utilidade pública.

2. b) 4. Condições de concessão de licenças

Para os beneficiários da primeira categoria exige-se apenas que o invento em causa esteja directamente ligado à investigação nuclear, e que a concessão da licença seja necessária ao prosseguimento das suas próprias investigações ou indispensável ao funcionamento das suas instalações (artigo 17.º n.º 1 alínea *a*)).

No que respeita aos outros beneficiários, a alínea *b*) do n.º 1 do artigo 17.º impõe uma série de condições especiais:

- ter decorrido um prazo de quatro anos após o depósito do pedido de patente (salvo se se tratar de um invento referente a objecto especificamente nuclear); ⁽²⁹⁾
- ser necessário que os conhecimentos em causa permitam preencher uma lacuna no Estado-membro em que o invento é protegido, isto é: “que não sejam satisfeitas, no que diz respeito ao invento, as necessidades decorrentes do desenvolvimento da energia nuclear nos territórios de um Estado-membro onde o invento é protegido”, (artigo 17.º n.º 1 alínea *b*));
- ter sido convidado o titular do direito de propriedade industrial em causa a satisfazer, ele próprio, ou por intermédio dos possuidores da licença, as necessidades decorrentes do seu invento, e ter-se recusado;
- estarem os beneficiários habilitados a explorar de maneira efectiva o invento.

2. b) 5. Direitos dos titulares

O titular da patente, do título de protecção provisória do modelo de utilidade pode opôr-se à concessão de uma licença, invocando a existência de uma razão legítima (nomeadamente o facto de não ter disposto de um

⁽²⁹⁾ Na falta de jurisprudência que precise “o objecto especificamente nuclear” a prática tem-se orientado pelo seguinte critério: seria “especificamente nuclear” tudo o que se relacionasse directamente com o reactor (‘Dictionnaire du Marché Commun Vol. IV).

prazo adequado), e beneficia do direito a indemnização total, cujo montante será acordado entre ele e o beneficiário da licença, sendo também aplicável o disposto na Convenção de Paris para a protecção da propriedade industrial. (art.º 17.º, n.º 2, 3 e 4).

2. b) 6. O processo de concessão de licenças

É instituído um Comité de arbitragem para a resolução de processos de concessão de licenças, cujos membros são designados pelo Conselho, sob proposta do Tribunal de Justiça. O Comité de arbitragem só é competente para decidir, por força de um compromisso, de que resulte a competência deste organismo arbitral (artigo 22.º n.º 1).

O processo envolve a seguinte tramitação: a Comissão, na falta de acordo razoável, sempre que se proponha obter a concessão de licenças previstas no artigo 17.º, deve avisar o titular da patente e indicar o nome do requerente e o âmbito da licença (artigo 19.º).

O titular pode, decorrido o prazo de um mês a contar da data da recepção do aviso, propôr à Comissão e, se for caso disso, ao requerente, a conclusão de um compromisso de que resulte a competência do Comité de arbitragem. Se a Comissão ou o requerente recusarem a conclusão do compromisso, aquela não poderá requerer ao Estado-membro ou às suas instâncias nacionais que conceda ou mande conceder a licença (artigo 20.º).

Se o Comité de arbitragem, demandado por força do compromisso, reconhecer a conformidade do pedido da Comissão com o disposto no artigo 17.º, proferirá uma decisão fundamentada concedendo a licença em favor do requerente e fixando as condições e remuneração desta licença, na medida em que as partes não estejam de acordo sobre este assunto (artigo 20.º). As decisões definitivas do Comité de arbitragem têm força de caso julgado entre as partes interessadas, e têm força executiva nas condições previstas no artigo 164.º (artigo 18.º).

Sempre que o titular não se proponha recorrer ao Comité de arbitragem, a licença será atribuída oficiosamente nas condições previstas no artigo 21.º. Neste processo são os Estados-membros que, a pedido da Comissão, concedem ou mandam conceder as licenças. Contudo, um Estado-membro

pode recusar-se a fazê-lo se considerar que as condições previstas no artigo 17.º não estão preenchidas. Se isto acontecer, a Comissão recorrerá ao Tribunal de Justiça dispondo, para isso, do prazo de dois meses. Note-se que o titular da patente deve ser ouvido no processo, perante o Tribunal de Justiça. Se o acórdão do Tribunal de Justiça verificar que o artigo 17.º foi respeitado, o Estado-membro é obrigado a adoptar as medidas necessárias à sua execução.

O artigo 22.º regula os problemas decorrentes da falta de acordo sobre o montante da indemnização.

O artigo 23.º prevê a possibilidade de revisão das decisões das instâncias nacionais competentes e do Comité de arbitragem, desde que factos novos o justifiquem. A revisão é da competência da instância de que emana a decisão.

2. c) O segredo

Para conciliar o objectivo da difusão com a necessidade de certos conhecimentos serem mantidos secretos, o Tratado organiza, nos artigos 24.º a 27.º, um regime de segredo, que diverge consoante os conhecimentos tenham sido adquiridos pela Comunidade em virtude do seu programa de investigação, ou de qualquer outro modo. Este regime baseia-se na preocupação dos autores do Tratado em respeitar absolutamente a soberania dos Estados-membros em matéria de defesa, ⁽³⁰⁾ sendo aplicável quando a difusão de conhecimentos possa prejudicar interesses de defesa de um ou vários Estados-membros.

O artigo 24.º do Tratado rege as condições do regime de segredo a que devem submeter-se os conhecimentos adquiridos pela Comunidade em virtude da execução do seu programa de investigação, quando a sua divulgação possa prejudicar os interesses da defesa dos Estados-membros. Para a execução do n.º 1 deste artigo, o Conselho aprovou um regulamento de segurança ⁽³¹⁾ que estabelece os graus do regime de segredo, e as medidas de segurança correspondentes. A classificação dos conhecimentos, (muito

⁽³⁰⁾ Veja-se este assunto, Pierre Mathijsen in "Droit des communautés européennes", Bruxelles 1969, pág. 1110.

⁽³¹⁾ Regulamento n.º 3 de 31 de Julho de 1958; J.O.C.E. n.º 17 de 6 de Outubro de 1958.

secreto, secreto, confidencial, e difusão restrita) compete à Comissão. O regime de segredo pode ser substituído ou levantado pelo Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão ou de um Estado-membro (neste caso a Comissão deve dar o seu parecer) (artigo 24.º). O disposto nos artigos 12.º e 13.º não se aplica, em princípio, aos conhecimentos submetidos ao regime de segredo. Todavia, esta exclusão não é absoluta e a comunicação pode ser efectuada se se respeitarem as condições previstas no n.º 3 do artigo 24.º e as medidas de segurança aplicáveis. Assim, a Comissão poderá transmitir os conhecimentos referidos nos artigos 12.º e 13.º:

- a uma Empresa Comum;
- a uma pessoa ou empresa que não seja Empresa comum por intermédio do Estado-membro onde exerce a sua actividade;
- os conhecimentos referidos no artigo 13.º poderão ser comunicados por um Estado-membro a uma pessoa ou empresa, (que não seja uma Empresa comum) que exerça a sua actividade nesse estado, desde que a Comissão seja notificada desta comunicação.

Para além disso, o Estado-membro tem direito a exigir da Comissão a concessão de uma licença nos termos do artigo 12.º, para as suas necessidades próprias ou para as de uma pessoa ou empresa que exerça a sua actividade no seu território.

Quanto aos outros conhecimentos não regidos pelo artigo 25.º, o regime de segredo pode ser aplicado a pedido do Estado-membro que comunica à Comissão a existência ou o conteúdo de um pedido de patente relativo a objecto referido nos n.º 1 ou n.º 2 do artigo 16.º ⁽³²⁾ (artigo 25.º). O regime de segredo assim aplicado poderá, em qualquer momento, ser substituído ou levantado pelo Conselho deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão ou de um Estado-membro (neste caso a Comissão deve dar o seu parecer) ⁽³³⁾.

⁽³²⁾ O n.º 1 do artigo 16.º refere-se especificamente nuclear, e o n.º 2 a objecto que após um primeiro exame, for considerado embora não especificamente nuclear, mas directamente ligado a essencial ao desenvolvimento da energia nuclear na Comunidade

⁽³³⁾ artigo 25.º, n.º 3.

2. d) Disposições especiais

O artigo 28.º estabelece o princípio de que a Comunidade é responsável pela reparação dos danos causados pela fuga de informações, em consequência da comunicação à Comissão. A Comunidade, sem prejuízo dos seus próprios direitos contra o autor do dano, fica subrogada no exercício dos direitos de acção dos interessados contra terceiros na medida em que tenha reparado o dano.

“A redacção do artigo permite pensar que a responsabilidade não está condicionada à prova de uma culpa dos serviços ou de culpa do pessoal, mas tão somente à existência do dano”. (34)

O desenvolvimento da energia nuclear não pode ser empreendido por um só Estado, ou mesmo por um grupo de Estados. O domínio é demasiado vasto e os meios demasiado caros para que se possa prescindir da cooperação das outras potências nucleares. Tendo em vista este facto, o Tratado prevê acordos e contratos com países e organizações exteriores à Comunidade (35). Tal é o caso do artigo 29.º que estabelece que “qualquer acordo ou contrato que tenha por fim uma troca de conhecimentos de natureza científica ou industrial em matéria nuclear, entre um Estado-membro, uma pessoa ou empresa, e um Estado terceiro, uma organização internacional, ou um nacional de um Estado terceiro, que exija de uma parte ou da outra a assinatura de um Estado actuando no exercício da sua soberania, deve ser concluído pela Comissão. Todavia, a Comissão pode autorizar um Estado-membro, uma pessoa ou uma empresa, a concluir tais acordos, nas condições que julgar convenientes, sob reserva da aplicação do disposto nos artigos 103.º e 104.º” (36).

A “ratio legis” do artigo 29.º deve ser encontrada na preocupação em centralizar competências na Comissão, com o fim de obter de terceiros vantagens superiores às que os Estados, pessoas, e empresas poderiam obter agindo separadamente, e permitir à Comunidade controlar os acordos e contratos em causa, podendo deste modo salvaguardar um dos princípios fundamentais estabelecido por este Tratado, que é o princípio de igual acesso aos conhecimentos científicos e técnicos (37).

(34) In “Dictionnaire du Marché Commun” volume IV, pág. 30.

(35) Recorde-se que logo no artigo 1.º, o Tratado estabelece que um dos objectivos da Comunidade é o desenvolvimento das trocas com os outros países.

(36) Estes artigos serão analisados adiante.

(37) Pierre S.R.F. in Mathijsen “Droit des Communautés européennes”, Bruxelles 1969, pág. 1111.

3. Protecção sanitária

De todos os problemas que o desenvolvimento da energia nuclear levanta, aquele que suscita maior interesse à opinião pública é, sem dúvida, o da protecção sanitária. De facto, a protecção dos trabalhadores e da população dos riscos da radioactividade é um imperativo fundamental ⁽³⁸⁾.

A Comunidade tem o dever de velar pela protecção da população e dos trabalhadores contra os perigos resultantes das radiações ionisantes, competindo-lhe, para o efeito, estabelecer normas de base.

O artigo 30.º define o que se entende por esta expressão: as doses máximas admissíveis com uma margem de segurança suficiente; os níveis máximos de exposição e contaminação e os princípios fundamentais de vigilância médica dos trabalhadores. As normas de base são estabelecidas e revistas pelo Conselho, segundo um processo complexo previsto pelos artigos 31.º e 32.º: a Comissão elabora as propostas de acordo com o parecer de um grupo de personalidades designadas pelo Comité Científico e Técnico entre os peritos dos Estados-membros, em especial entre os peritos em matéria de saúde pública, e o do Comité Económico e Social, e é sobre esta proposta que o Conselho deliberará por maioria qualificada, depois de consultada a Assembleia Parlamentar.

Foi criada pela Comissão, no âmbito do Centro Comum de Investigação, uma secção de documentação e estudos das questões de protecção sanitária ⁽³⁹⁾.

A protecção da saúde pública é da competência dos Estados-membros, mas estes devem assegurar o respeito pelas normas de base estabelecidas pela Comunidade, e estão submetidos ao controlo da Comissão no que diz respeito ao cumprimento dessas normas. “Cada Estado-membro deve estabelecer todas as disposições legislativas, regulamentares e administrativas adequadas a assegurar o respeito pelas normas de base fixadas, e tomará as medidas necessárias no que concerne ao ensino, à educação, e à formação profissional” (artigo 33.º). Sobres estas disposições e estas medidas, a Comissão pode formular recomendações destinadas a assegurar a sua harmonização.

Para além disto, os Estados-membros devem implantar as instalações necessárias para assegurar de forma permanente o controlo da taxa de

⁽³⁸⁾ Spaak in “Le contrôle de sécurité d’Euratom”. — Bull EURATOM, Dezembro de 1966, n.º 4.

⁽³⁹⁾ Esta secção está prevista no artigo 39.º do Tratado C.E.E.A.

radioactividade da atmosfera, das águas e do solo, bem como o do cumprimento das normas de base. A Comissão tem direito de acesso a estas instalações de controlo e pode verificar o seu funcionamento e eficácia. (artigo 35.º do Tratado C.E.E.A.).

Os Estados-membros devem fornecer à Comissão os dados gerais sobre todos os projetos de escoamento de resíduos radioactivos, para que esta verifique se esses projectos são susceptíveis de implicar a contaminação radioactiva das águas, do solo ou do espaço aéreo dos outros Estados-membros. A Comissão deve emitir, sobre estes projectos o parecer do seu grupo de peritos, referido no artigo 31.º, e dispõe para isso do prazo de seis meses (artigo 37.º do Tratado C.E.E.A.).

Para além destas obrigações normais que recaem sobre os Estados-membros, estes devem ainda observar certas precauções suplementares, quando procedem, no seu território, a experiências particularmente perigosas, para as quais recolherão previamente o parecer da Comissão. O parecer favorável é exigido quando as experiências projectadas forem susceptíveis de afectar os territórios dos outros Estados-membros (artigo 34º).

Sintetizando, pode concluir-se que as medidas práticas de protecção sanitária são da responsabilidade dos Estados-membros (artigo 33.º), sob controlo da Comissão (artigo 38.º). Mas esta detém — por referência às normas de base — uma espécie de policiamento da segurança e da salubridade. A Comissão pode recorrer ao Tribunal de Justiça a fim de assegurar o cumprimento das disposições sobre a protecção sanitária (artigo 38.º).

4. Investimentos

As disposições do capítulo IV (artigo 40.º a 44.º inclusive) não instituem uma política de investimento, mas organizam um controlo dos investimentos pela Comunidade.

A Comissão é incumbida de fomentar a iniciativa das pessoas e empresas e de facilitar o desenvolvimento coordenado dos investimentos no domínio nuclear. Para esse efeito, publicará periodicamente programas de natureza indicativa (depois de consultado o Comité Económico e Social), incidindo nomeadamente sobre os objectivos de produção de energia nuclear e

sobre os investimentos de qualquer natureza que a sua realização implique (artigo 40.º do Tratado C.E.E.A.). Note-se que estes programas não têm natureza vinculativa. Até agora, a Comissão publicou apenas um programa, em 1966 ⁽⁴⁰⁾.

Por outro lado, a Comissão deve ser informada dos projectos de investimento: “as pessoas e empresas pertencentes aos sectores industriais enumerados no Anexo II do presente Tratado serão obrigadas a comunicar à Comissão os projectos de investimento que digam respeito a novas instalações, bem como às substituições ou modificações que correspondam aos critérios de natureza e de importância definidos pelo Conselho, que deliberará sob proposta da Comissão” (artigo 41.º do Tratado C.E.E.A.). Estes projectos devem ser comunicados à Comissão e ao estado-membro interessado para sua informação, o mais tardar três meses antes da conclusão dos primeiros contratos com os fornecedores, ou três meses antes do início dos trabalhos, no caso destes terem de ser realizados pelos meios próprios da empresa. O prazo pode ser modificado pelo Conselho, deliberando sob proposta da Comissão (artigo 42.º do Tratado C.E.E.A.). Estes projectos de investimento, comunicados à Comissão, poderão ser publicados com o acordo dos Estados-membros, das pessoas e das empresas interessadas. (artigo 44.º). A Comissão pode discutir com as pessoas e empresas interessadas todos os aspectos desses projectos de investimentos que se relacionem com os objectos do Tratado (artigo 43.º).

a) As Empresas Comuns

O artigo 45.º estabelece o princípio da criação das Empresas Comuns: o estatuto de Empresa Comum pode ser atribuído às “empresas que sejam de importância fundamental para o desenvolvimento da indústria nuclear na Comunidade”. A Comissão deve fazer um inquérito sobre quaisquer projectos de constituição de Empresas Comuns, seja da iniciativa própria de um Estado-membro ou de qualquer outra origem, solicitando para isso o parecer dos Estados-membros e das entidades públicas ou privadas que entenda susceptíveis de a esclarecer. (artigo 46.º n.º 1).

⁽⁴⁰⁾ J.O.C.E. n.º 77 de 28 de Abril de 1966.

Na sequência desse inquérito, a Comissão transmitirá o projecto ao Conselho, juntamente com o seu parecer fundamentado e, se este fôr favorável, fará propostas sobre o local da instalação, os estatutos, o volume e o ritmo do financiamento, a eventual participação da Comunidade no financiamento, a eventual participação de um Estado terceiro, de uma organização internacional ou de um nacional de um Estado terceiro no financiamento ou na gestão de uma Empresa Comum e a atribuição de todas ou parte das vantagens enumeradas no Anexo III do Tratado. A Comissão deve juntar ao parecer e às propostas um relatório detalhado sobre o conjunto do processo (artigo 46.º). Com base em todos estes documentos, o Conselho deliberará sobre a Constituição da Empresa Comum, nos termos do artigo 47.º do Tratado.

4. a) 1. O regime jurídico das empresas comuns

Pierre S.R.F. Mathijsen ⁽⁴¹⁾ considera as disposições do artigo 49.º notáveis por duas ordens de razões. Em primeiro lugar, porque conferem a uma instituição comunitária — o Conselho — o direito de adoptar um acto pelo qual é constituída uma pessoa colectiva, com efeitos no direito interno dos Estados-membros (esta “constituição” é acompanhada de uma decisão que aprova os estatutos da empresa, pois, em virtude do artigo 46.º n.º 2ª alínea b), a Comissão transmite ao Conselho a sua proposta sobre estes). Em segundo lugar, porque a pessoa colectiva assim criada goza da mais ampla capacidade jurídica reconhecida às pessoas colectivas pela legislação nacional, não só do estado em cujo território está situada a sede da empresa, mas também em todos os outros Estados.

O artigo 49.º estabelece que “Cada Empresa Comum goza de personalidade jurídica”, e que esta “Em cada um dos Estados-membros goza da mais ampla capacidade jurídica reconhecida às pessoas colectivas pelas legislações nacionais respectivas; pode, designadamente, adquirir e alienar bens móveis e imóveis e demandar e ser demandada em juízo”.

Em tudo, salvo disposição em contrário do Tratado ou dos seus estatutos, as Empresas Comuns regem-se pelo direito comum dos Estados-

⁽⁴¹⁾ In “Droit des Communautés européennes”, Bruxelles 1969, pág. 1121. Consulte-se esta obra para um aprofundamento na natureza jurídica original dada pelo Tratado às Empresas Comuns.

-membros (devem ser geridas segundo as regras aplicáveis às empresas industriais ou comerciais). Deste modo, o Tribunal precisou bem que não havia intenção de conferir a estas empresas (excepção feita às vantagens especiais concedidas) a natureza de serviços públicos dotados de um regime especial do Direito Administrativo. ⁽⁴²⁾ Da mesma maneira que, no que diz respeito à competência judicial, os litígios relativos às Empresas Comuns são resolvidos pelas jurisdições nacionais competentes, sob reserva das competências atribuídas ao Tribunal de Justiça (artigo 49.º).

Note-se que os estatutos das Empresas Comuns podem referir-se, a título subsidiário, às legislações nacionais dos Estados-membros (artigo 49.º). Este facto, leva Louis Cartou a concluir que, não sendo o direito nacional aplicável a título principal, mas só subsidiariamente, por referência dos estatutos, o Tratado conferiu às Empresas Comuns a natureza de “sociedades europeias”.

Pierre S.R.F. Mathijsen é da opinião que o disposto no artigo 49.º do Tratado reflecte, sem ambiguidade, o desejo dos autores do Tratado de criarem um conjunto de normas originais relativamente às legislações nacionais dos Estados-membros que apenas se aplicam subsidiariamente (artigo 49.º n.º 4), e, afirma que, sem se querer chegar à criação de uma “empresa europeia”, parece que o disposto no Capítulo V visa efectivamente criar uma entidade jurídica independente das autoridades nacionais quanto à sua constituição e ao âmbito da sua capacidade, e que seja regida em cada um dos Estados-membros a título principal pelas disposições dos seus estatutos e, subsidiariamente, pelo direito interno dos Estados-membros.

4. a) 2. Vantagens especiais das empresas comuns

As empresas que gozam do estatuto de Empresas Comuns podem beneficiar de certas vantagens especiais. O Conselho pode, nos termos do artigo 48.º, conceder (deliberando por unanimidade) às Empresas Comuns todas ou parte das vantagens enumeradas no Anexo III do Tratado e fixar as condições às quais estas vantagens serão submetidas. Na parte que lhes

⁽⁴²⁾ Dictionnaire du Marché Commun, volume IV, capítulo 6, n.º 44 “Regime Juridique des entreprises communes”.

diga respeito, os Estados-membros deverão assegurar a sua execução. Entre as referidas vantagens figuram isenções fiscais e aduaneiras, benefícios de concessão de licenças por via arbitral ou oficiosamente, etc...

Também, em matéria de aprovisionamento, ⁽⁴¹⁾ as Empresas Comuns gozam de um tratamento especial. Com efeito, o artigo 63.º estabelece que os minérios, matérias brutas ou materiais cindíveis especiais produzidos pelas Empresas Comuns serão atribuídos aos utilizadores segundo as normas estatutárias ou convencionais respeitantes a essas Empresas, o que constitui uma derrogação à regra de que os minérios, matérias brutas e materiais cindíveis especiais devem ser entregues à Agência.

4. a) 3. Empresas Comuns existentes

Até hoje foram constituídas as seguintes Empresas:

- Sociedade de energia nuclear franco-belga das Ardenas (central de Chooz) ⁽⁴⁴⁾
- Kernkraftwerk RWE Bayernwerk Gmb H (reactor de Gundremmingem, no Sul da Alemanha) ⁽⁴⁵⁾
- Kernkraftwerk Lingen Gmb H (reactor de Lingen no Norte da Alemanha) ⁽⁴⁶⁾
- Kernkraftwerk Obrigheim (reactor de Obrigheim, perto de Heidelberg, na Alemanha) ⁽⁴⁷⁾;
- Hochttemperatur — Kernkraftwerk Gmb H (HKG) (Central nuclear de Ventrop, Unna, Alemanha) ⁽⁴⁸⁾
- Sociedade belgo-francesa de energia nuclear masane (SEMO) (reactor de Thiange, na Bélgica) ⁽⁴⁹⁾;
- Schnell Bruter kernkraftwerk (SBK) (reactor, sobrerregenerador rápido arrefecido por sódio de Kalkar) ⁽⁵⁰⁾

⁽⁴³⁾ Esta matéria será tratada na próxima rubrica.

⁽⁴⁴⁾ J.O.C.E. de 9 de Abril de 1961

⁽⁴⁵⁾ J.O.C.E. de 22 de Junho de 1963

⁽⁴⁶⁾ J.O.C.E. de 9 de Agosto de 1966

⁽⁴⁷⁾ J.O.C.E. de 9 de Agosto de 1966

⁽⁴⁸⁾ Decisões n.º 74/295 e 74/296/Euratom do Conselho, J.O.C.E. n.º 2 165 de 20 de Junho de 1974

⁽⁴⁹⁾ Decisões n.ºs 74/590 e 74/591/Euratom do Conselho, J.O.C.E., n.º 2325 de 5 de Dezembro de 1974

⁽⁵⁰⁾ Decisões n.ºs 75/328 e 75/329/Euratom do Conselho, J.O.C.E. n.º 152 de 12 de Junho de 1975

— Joint European Torus (JET) — constituída por decisão do Conselho de 30 de Maio de 1978 entre o Euratom, organismos especializados dos Estados-membros e da Suécia. Situa-se em Culham no Reino Unido e deve vir a permitir a criação do reactor de fusão, no futuro. Trabalham nesta Empresa Comum 120 investigadores. Em 14 de Setembro de 1978, um acordo da Comunidade com a Suíça modificou os estatutos da JET, acrescentando-lhes dois representantes da Suíça no Conselho desta Empresa.

5. O aprovisionamento

O aprovisionamento em minérios, matérias brutas e materiais cindíveis especiais já no relatório Spaak era preconizado como um dos principais marcos, à volta do qual o EURATOM devia articular a sua actividade. Na base de todas as disposições relativas a esta matéria encontra-se a preocupação de que a escassez em minérios, matérias brutas e materiais cindíveis especiais pudesse vir a constituir um obstáculo ao desenvolvimento da energia nuclear. Por outro lado, a preocupação de que certas empresas mais avançadas assumissem posições privilegiadas em relação a outras, inspirou aos autores do Tratado a inserção neste do princípio de igual acesso aos materiais nucleares, para o cumprimento do qual pareceu imprescindível a instauração de um sistema imbuído de um certo grau de intervencionismo, através de um órgão comunitário: a Agência de Aprovisionamento⁽⁵¹⁾, que tem a seu cargo a repartição dos recursos, segundo um princípio de estrita igualdade.

5. a) Princípios fundamentais em matéria de aprovisionamento

1 — Princípio de igual acesso aos recursos:

O artigo 52.º do Tratado estabelece que o aprovisionamento em minérios, matérias brutas e materiais cindíveis especiais é assegurado

(51) Veja-se o que anteriormente se expôs sobre a Agência, no capítulo "Instituições".

segundo o princípio de igual acesso aos recursos, e, ainda, pelo prosseguimento de uma política comum de aprovisionamento. Para este efeito, o artigo 52.º institui a Agência de Aprovisionamento ⁽⁵²⁾ e proíbe todas as práticas que tenham por objectivo assegurar uma posição privilegiada a certos utilizadores (artigo 52.º n.º 2). Também a Agência não pode exercer discriminação entre os utilizadores, baseada no emprego que estes se proponham fazer dos fornecimentos pedidos (artigo 52.º), e deve satisfazer todas as encomendas, salvo obstáculos de natureza jurídica ou material que se oponham à sua execução (artigo 61.º).

Mas, o artigo 52.º prevê excepções à regra da não discriminação entre os utilizadores: quando se trate de fornecimentos destinados a emprego ilícito ou haja que respeitar condições postas por fornecedores exteriores à Comunidade relativamente à entrega em causa (o que decorre do princípio do respeito pelas obrigações assumidas em contrato — “pacta sunt servanda”).

2 — O direito de opção da Agência:

A Agência é dotada de um direito de opção sobre os minérios, matérias brutas e materiais cindíveis especiais produzidos dentro do território da Comunidade. Este princípio tem em vista assegurar o aprovisionamento de todos os Estados da Comunidade, apesar da disparidade dos recursos de que dispõem.

A este direito de opção chamou o relatório Spaak “prioridade de compra”, e já foi comparado ao modo de aquisição por expropriação por utilidade pública ⁽⁵³⁾.

O âmbito do direito de opção é diferente consoante se refere aos materiais cindíveis especiais que pertencem à Comunidade, e dos quais os utilizadores têm apenas o direito de utilização e consumo, ou aos minérios e matérias brutas, em que o direito de opção se traduz numa aquisição do direito de propriedade. De facto, o artigo 57.º estabelece que:

⁽⁵²⁾ A Agência, tal como se disse atrás, dispõe de direito de opção sobre os minérios, matérias brutas e materiais cindíveis especiais produzidos nos Estados-membros, bem como do direito exclusivo de concluir contratos relativos a estes materiais, provenientes do interior ou do exterior da Comunidade.

⁽⁵³⁾ Richard Stein in “Droit des Communautés européennes”, Bruxelles, n.º 969, pág. 1139.

“1. o direito de opção da Agência abrange:

- a) a aquisição dos direitos de utilização e consumo dos materiais pertencentes à Comunidade, nos termos do disposto no capítulo VIII ⁽⁵⁴⁾
- b) a aquisição do direito de propriedade, em todos os outros casos” ⁽⁵⁵⁾

O direito de opção exerce-se através de contrato concluído entre a Agência e os produtores de minérios, matérias brutas ou materiais cindíveis especiais (artigo 57.º n.º 2 do Tratado C.E.E.A.), os quais, salvo as excepções previstas no citado artigo, deverão oferecer à Agência os referidos materiais, antes da utilização, transferência ou armazenamento dos mesmos (artigo 57.º Tratado C.E.E.A.). Em seguida, a Agência pode armazenar, ela própria, os materiais cindíveis especiais, concluir contratos com os utilizadores da Comunidade (o que fará nos termos do artigo 60.º), ou exportar esses materiais, com autorização da Comunidade (artigo 62.º).

Mas o Tratado previu algumas limitações ao exercício do direito de opção: normalmente este é exercido no momento escolhido pela Agência, mas ao produtor que efectuar vários estádios de produção (compreendidos entre a extracção do minério e a produção do metal, inclusive) é dado o direito de escolher o estádio em que oferecerá o produto à Agência, tornando-se, contudo, a oferta obrigatória quando se atingiu o estádio do metal (artigo 58.º do Tratado C.E.E.A.). Assim, o artigo 58.º previu que também se aplicasse este regime a várias empresas que tenham entre si ligações, comunicadas em tempo útil à Comissão, e discutidas com esta, de acordo com o processo previsto nos artigos 43.º e 44.º (artigo 58.º). Todavia, a Agência não exerce o seu direito de opção nos casos enumerados no n.º 2 do artigo 62.º, em que os materiais e resíduos férteis são deixados ao produtor para que este os armazene com autorização da Agência, ou os utilize na medida das suas próprias necessidades ⁽⁵⁶⁾, ou ainda “para serem postos à disposi-

⁽⁵⁴⁾ São os materiais cindíveis especiais. Veja-se o artigo 86.º do tratado

⁽⁵⁵⁾ Minérios e matérias brutas.

⁽⁵⁶⁾ Parece caber à Agência a apreciação de “necessidades próprias”, pois o Tratado é omissivo na determinação deste conceito. Richard Stein in “Droit des Communautés européennes”. Bruxelles 1969, pág. 140.

ção de empresas situadas na Comunidade, no limite das suas necessidades, sempre que, para a execução de um programa oportunamente comunicado à Comissão, essas empresas mantenham com o produtor um vínculo directo, que não tenha por fim limitar a produção, o desenvolvimento técnico ou o investimento ou criar abusivamente desigualdades entre os utilizadores da Comunidade”.

Há uma outra excepção, de que já falámos atrás: os minérios, matérias brutas e materiais cindíveis especiais produzidos pelas Empresas Comuns são atribuídos aos utilizadores segundo as normas estatutárias ou convencionais próprias destas Empresas (artigo 57.º n.º 2 e 63.º do Tratado C.E.E.A.).

Vejam agora o que se passa se a Agência não exerce o seu direito de opção. É o artigo 59.º que rege esta matéria, frisando, claramente que, mesmo perante o não exercício do direito de opção, nem por isso os detentores de matérias e produtos nucleares os podem utilizar sem restrições. Analisemos o artigo 59.º: “Se a Agência não exercer o seu direito de opção sobre toda ou parte da produção, o produtor:

- a) Pode, quer pelos seus próprios meios, quer por empreitada, transformar os minérios, matérias brutas ou materiais cindíveis especiais, sob reserva de oferecer à Agência o produto desta transformação;
- b) Fica autorizado, por decisão da Comissão, a escoar, para o exterior da Comunidade, a produção disponível, sob reserva de não praticar condições mais favoráveis do que as oferecidas anteriormente à Agência. Contudo, a exportação de materiais cindíveis especiais só pode ser efectuada pela Agência, em conformidade com o disposto no artigo 62.º.

A Comissão não pode conceder a autorização se os beneficiários destes fornecimentos não oferecerem todas as garantias de que os interesses gerais da Comunidade serão respeitados, ou se as cláusulas e condições destes contratos forem contrários aos objectivos do presente Tratado”.

O exercício do direito de opção deve permitir à Agência uma repartição equitativa dos produtos entre os utilizadores, e, para isso, o artigo 60.º institui-a intermediária entre os produtores e utilizadores, os quais devem mantê-la informada sobre os fornecimentos (artigo 60.º).

Note-se que só os materiais cindíveis especiais são propriedade da Comunidade (artigo 86.º Tratado C.E.E.A.); quanto ao regime de propriedade dos minérios e matérias brutas é determinado pela legislação de cada Estado-membro (artigo 91.º).

3 — Monopólio da Agência

A Agência tem o direito exclusivo de concluir contratos de fornecimento, provenientes do interior e do exterior da Comunidade.

Quanto aos minérios, matérias brutas e materiais cindíveis especiais que não provenham da Comunidade, o Tratado estabelece o princípio do direito exclusivo da Agência para concluir acordos ou convenções que tenham por objectivo principal o fornecimento de minérios, matérias brutas ou materiais cindíveis especiais provenientes do exterior da Comunidade (artigo 64.º). A repartição dos produtos importados será feita segundo o mecanismo previsto pelo artigo 60.º do Tratado mas, se a Comissão verificar, por pedido dos utilizadores interessados, que a Agência não está habilitada a satisfazer todos os pedidos dos utilizadores a preços razoáveis, aplica-se o artigo 66.º, podendo os utilizadores, durante um ano, concluir directamente os contratos com os produtores exteriores, mas sob fiscalização da Comissão, a qual deve receber a comunicação dos projectos de contratos, aos quais se pode opôr se os considerar contrários aos objectivos do Tratado (artigo 66.º).

4 — O direito de propriedade da Comunidade

O terceiro princípio fundamental em matéria de aprovisionamento é o do direito de propriedade da Comunidade sobre os materiais cindíveis especiais produzidos no território comunitário ou importados pelos Estados-membros e submetidos ao controlo de segurança⁽⁵⁷⁾.

(57) O regime de propriedade será desenvolvido adiante.

5. b) Regime de preços

O regime de preços encontra-se regulamentado nos artigos 67.º a 69.º inclusive, e consagra o princípio do mercado livre, mas reserva aos órgãos executivos da Comunidade meios de intervenção que podem ir até à fixação de preços (artigo 69.º). Assim, o artigo 67.º estabelece que, “salvas as excepções previstas no presente Tratado, os preços resultarão do confronto entre as ofertas e os pedidos nas condições previstas no artigo 60.º ⁽⁵⁸⁾ que os Estados-membros não poderão contrariar através das suas legislações nacionais”. O artigo 68.º proíbe as práticas de preços que tenham por objectivo assegurar a certos utilizadores uma posição privilegiada e incumbe a Agência de as denunciar à Comissão, a qual pode restabelecer os preços, em conformidade com o princípio de igual acesso (artigo 68.º).

Note-se que a intervenção da Agência no confronto das ofertas e pedidos não se destina a influenciar a fixação dos preços, sendo a sua única competência, neste aspecto, a possibilidade de propôr aos utilizadores uma perequação de preços (artigo 69.º).

Note-se, finalmente, que o Conselho pode fixar os preços mas, para isso, deve deliberar por unanimidade e sob proposta da Comissão (artigo 69.º).

5. c) Excepções ao regime de aprovisionamento

O princípio da estrita igualdade seria demasiado rígido se não admitisse excepções. Assim:

- no artigo 75.º, o Tratado isenta da aplicação do regime de aprovisionamento os compromissos que tenham por fim o tratamento, a transformação ou a preparação de minérios, matérias brutas ou materiais cindíveis especiais, dentro ou fora da Comunidade, quando devam voltar, em seguida, ao organismo de origem. Todavia, as matérias que entram para este efeito na Comunidade não devem ser devolvidas obrigatoriamente ao organismo de origem, e podem ser entregues a um outro destinatário, na condição de que este se situe, igualmente, fora da Comunidade;
- o artigo 66.º ⁽⁵⁹⁾ prevê a possibilidade de os utilizadores concluírem

⁽⁵⁸⁾ O artigo 60.º regulamenta as ofertas e as encomendas, e o modo como a Agência, as satisfará.

⁽⁵⁹⁾ Já se referiu anteriormente a propósito do direito de opção.

directamente contratos de fornecimentos que provenham do exterior, se se produzir uma situação tal no mercado de aprovisionamento, que a Agência não possa satisfazer as encomendas em prazos e a preços razoáveis;

- a derrogação a favor das Empresas Comuns, de que já falámos. (ver artigo 63.º);
- derrogação a favor de pequenas quantidades;
- o artigo 74.º dá à Comissão a faculdade de dispensar do regime do aprovisionamento (capítulo VI) a transferência, a importação ou a exportação de pequenas quantidades de minérios, matérias primas ou materiais cindíveis especiais utilizados para a investigação, desde que essas operações sejam comunicadas à Agência. A Comissão adoptou, em 29 de Novembro de 1961, o regulamento n.º 10, revogado e substituído pelo regulamento n.º 17, de 29 de Novembro de 1966, que dispensa a aplicação do capítulo VI, desde que se respeitem as quantidades aí determinadas.

5. d) Disposições respeitantes à política de aprovisionamento

Sob a epígrafe “Disposições respeitantes à política de aprovisionamento” (artigos 70.º a 72.º inclusive), prevêm-se diversas acções da Comunidade. Assim, esta pode intervir financeiramente nas campanhas de prospecção efectuadas nos territórios dos Estados-membros, e dirigir-lhes recomendações com vista ao desenvolvimento da prospecção e exploração mineira, se o Conselho, a pedido da Comissão, verificar, por maioria qualificada que, apesar das possibilidades de extracção parecerem economicamente justificáveis a longo prazo, as medidas de prospecção e crescimento da exploração mineira continuam a ser sensivelmente insuficientes. O Estado-membro interessado considerar-se-á, enquanto não tiver remediado esta situação, como tendo renunciado, tanto por ele como pelos seus nacionais, ao direito de igual acesso aos outros recursos internos da Comunidade (artigo 70.º).

A Comissão também está habilitada a formular recomendações sobre disposições fiscais e mineiras em vigor nos Estados-membros (artigo 71.º), o que pode constituir um instrumento de harmonização de legislação neste domínio.

Finalmente, o artigo 72.º dá a possibilidade à Agência de constituir provisões comerciais, necessárias a facilitar o aprovisionamento ou as entregas correntes da Comunidade. A Comissão poderá decidir a constituição de provisões de segurança, sendo as modalidades de financiamento destas aprovadas pelo Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão (artigo 72.º).

5. e) Processo de revisão simplificado

O artigo 76.º prevê que as disposições relativas ao aprovisionamento possam ser modificadas pelo Conselho, por iniciativa de um Estado-membro ou da Comissão, e depois de consultada a Assembleia, designadamente no caso de circunstâncias imprevistas provocarem um estado de escassez generalizada. Prevê ainda que, no prazo de sete anos a contar da data da entrada em vigor do Tratado, o Conselho possa confirmar o conjunto destas disposições e, que na falta de confirmação, serão estabelecidas novas disposições relativas ao capítulo VI, segundo as formalidades atrás indicadas. Este artigo pressupõe que, expirado o prazo previsto, o Conselho tomaria uma deliberação expressa: confirmar o regime estabelecido no Tratado, ou instaurar outro. No entanto, o Conselho não emitiu até hoje qualquer deliberação. A Comissão elaborou um projecto com vista à adopção de um regime bem mais flexível, mas não conseguiu ainda obter a aprovação deste pelo Conselho. Na tentativa de ultrapassar o impasse, a Comissão e a maior parte dos Estados-membros admitiram que, na ausência de uma deliberação expressa do Conselho, o capítulo VI continuaria em vigor, provisoriamente. Mas esta interpretação não recolheu a concordância de todos os Estados-membros, vindo o Tribunal de Justiça da Comunidade a pronunciar-se sobre a matéria num processo instaurado contra a República Francesa. Para o tribunal o capítulo VI do Tratado mantém-se em vigor mesmo após o decurso do prazo de sete anos e na ausência de deliberação do Conselho ⁽⁶⁰⁾.

(60) Acórdão de 14 de Dezembro de 1971, affaire 7-71.

6. O Controlo de segurança

O controlo de segurança destina-se a evitar que os materiais nucleares sejam desviados dos fins pacíficos a que se destinam. Ao contrário do que poderia levar a crer, esta designação não se refere ao controlo da segurança das actividades nucleares do ponto de vista da protecção sanitária ⁽⁶¹⁾ ou da segurança do funcionamento das instalações, mas sim a instauração de um regime tendente a garantir que a utilização dos materiais nucleares se destina aos fins declarados. Por outro lado, este controlo é uma condição muito importante para os fornecimentos provenientes do exterior da Comunidade. De facto, os Estados- Unidos — o maior fornecedor do Euratom — põem como condição essencial dos seus fornecimentos, a existência de um sistema efectivo de controlo que permita assegurar que os materiais não sejam utilizados para fins militares e não sejam transferidos, pela parte contratante, para pessoas não autorizadas ou para fora do seu território. Se não fosse a Comunidade Europeia da Energia Atómica demonstrar a eficácia do seu sistema de controlo, para obter os fornecimentos dos Estados- Unidos e de outros países, teria que se recorrer a um controlo exterior, tal como o da Agência Internacional das Nações Unidas ⁽⁶²⁾ ou a Agência Europeia da O.C.D.E.

Note-se que, nos termos da alínea c) do art.º 111.º do Acordo EURATOM — Estados Unidos, de 1958, se acordava que “a Comunidade conservará o título de propriedade sobre todos os materiais nucleares especiais comprados nos Estados- Unidos”. Deste modo, se combinou o interesse da segurança interna da Comunidade, com o dos fornecedores exteriores.

6. a) Os princípios

O artigo 77.º do Tratado C.E.E.A. confia à Comissão a tarefa de não permitir que os minérios, matérias brutas e materiais cindíveis especiais sejam desviados do uso a que os seus utilizadores declararam destiná-los, e a de assegurar o respeito pelas disposições relativas ao aprovisionamento, e pelos compromissos particulares relativos ao controlo, assumidos pela

⁽⁶¹⁾ A qual, como vimos, se encontra regulamentada noutro capítulo.

⁽⁶²⁾ Esta Agência tem sede em Viena.

Comunidade num acordo celebrado com um Estado Terceiro ou uma organização internacional. A esta tarefa da Comissão, o artigo 84.º junta algumas especificações: no exercício do controlo não deve ser feita qualquer discriminação quanto ao destino dado aos minérios, matérias brutas e materiais cindíveis especiais; o controlo não se exercerá relativamente aos materiais destinados às necessidades de defesa que estejam em tratamento especial para satisfazer essas necessidades, ou que, após o tratamento, estejam de acordo com um plano de operações, localizados ou armazenados num estabelecimento militar; o âmbito, as modalidades de controlo e os poderes dos órgãos encarregados de controlo estão limitados à realização dos objectivos definidos no capítulo VII.

Quando novas circunstâncias o tornem necessário, as modalidades de controlo podem ser modificadas, por iniciativa de um Estado-membro ou da Comissão, pelo Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e depois de consultada a Assembleia (artigo 85.º do Tratado C.E.E.A.).

6. b) Os meios de controlo

O Tratado impõe a diversas categorias de pessoas obrigações destinadas a permitir a eficácia do controlo. Assim, o artigo 78.º estabelece que todos os que exploram instalações para a produção, separação ou qualquer utilização de matérias brutas ou materiais cindíveis especiais, ou ainda para o tratamento de combustíveis nucleares irradiados, ⁽⁶³⁾ devem declarar à Comissão as características, técnicas fundamentais da instalação, na medida em que o seu conhecimento fôr necessário à realização dos objectivos do artigo 77.º; a Comissão deve, ainda, aprovar os processos utilizados no tratamento químico dos materiais irradiados, também na medida necessária à realização dos fins do artigo 77.º (artigo 78.º do Tratado C.E.E.A.).

A Comissão exigirá a manutenção e a apresentação de relações das operações, com vista a permitir a contabilização dos minérios, matérias brutas e materiais cindíveis especiais, utilizados ou produzidos, e o mesmo se exigirá relativamente às matérias brutas e aos materiais cindíveis especiais

⁽⁶³⁾ Combustível irradiado: combustível utilizado num reactor nuclear, isto é: combustível já usado.

transportados. Todas as pessoas que caem no âmbito destas obrigações ⁽⁶⁴⁾ de comunicação à Comissão, devem notificar disso as autoridades competentes do Estado-membro interessado (artigo 79.º) ⁽⁶⁵⁾.

Enfim, a Comissão pode exigir o depósito junto da Agência, ou outros depósitos controlados por ela, dos excedentes de materiais cindíveis especiais recuperados ou obtidos como sub-produtos, desde que não sejam efectivamente utilizados, ou susceptíveis de o serem, devendo, contudo, ser restituídos, sem demora, logo que os interessados os peçam.

Para assegurar o respeito pelo que acabámos de expôr, a Comissão dispõe de inspectores, nomeados por ela, que podem ser enviados aos territórios dos Estados-membros, (artigo 81.º), para que fiscalizem as instalações. Estes inspectores, embora recrutados pela Comissão (artigo 82.º), estão sujeitos a acordo do Estado-membro: assim, para a sua primeira missão no território de um Estado-membro, este será consultado sobre a escolha do inspector, que será válida para as missões ulteriores (artigo 81.º).

Os inspectores, mediante a exibição de documento que comprove a sua qualidade, terão, em qualquer momento, acesso a todos os lugares, a todos os elementos de informação e junto de todas as pessoas que, pela sua profissão, se ocupem de materiais, equipamentos ou instalações sujeitos ao controlo de segurança (artigo 81.º). Os inspectores têm competência para fiscalizar o cumprimento do disposto no artigo 79.º (artigo 82.º). A pedido do Estado interessado, os inspectores podem ser acompanhados por representantes das autoridades desse Estado, desde que os inspectores não sejam, por isso, demorados ou embaraçados no exercício das suas funções (artigo 82.º). No caso de oposição a este controlo efectuado pelos inspectores, a Comissão deve pedir ao presidente do Tribunal de Justiça um mandado a fim de assegurar, coercivamente, a execução do controlo ⁽⁶⁶⁾. Mas se a demora causar perigo, a Comissão pode emitir ela própria uma ordem escrita para que se proceda ao controlo, a qual deve ser submetida imedia-

⁽⁶⁴⁾ Estas obrigações constam do artigo 78.º e do primeiro parágrafo do artigo 79.º do Tratado CEEA.

⁽⁶⁵⁾ A Comissão aprovou, em 18 de Fevereiro de 1959, o regulamento n.º 7, relativo às declarações referidas no artigo 78.º e, em 28 de Maio de 1959, aprovou o regulamento n.º 8, que fixa as modalidades das relações de operações a que se refere o artigo 79.º. Quando se pôs em prática o controlo resultante do Tratado da não proliferação de armas nucleares e o acordo de verificação, refundiram-se estes dois textos incorporando-os num novo regulamento n.º 3227 / 76 da Comissão de 19 de Outubro de 1976, aprovado pelo Conselho e que entrou em vigor em 16 de Janeiro de 1977.

⁽⁶⁶⁾ O Presidente do Tribunal de Justiça tem o prazo de três dias para decidir.

tamente ao presidente do Tribunal de Justiça. O mandado ou a decisão, tomados deste modo, impõem às autoridades nacionais do Estado-membro interessado a obrigação de assegurar o acesso aos lugares onde o controlo deva ser efectuado (artigo 81.º).

6. c) Sanções

A Comissão pode impôr sanções em caso de infracção, por pessoas ou empresas, das obrigações que lhes são impostas pelo capítulo VII sobre o controlo da segurança:

“Estas sanções são, por ordem de gravidade:

1. *a)* advertência;
- b)* supressão de benefícios especiais, tais como a assistência financeira ou a ajuda técnica;
- c)* a colocação da empresa, por um período máximo de quatro meses, sob a administração de uma pessoa ou de um órgão colegial designado, de comum acordo, pela Comissão e o Estado de que depende a empresa;
- d)* a retirada total ou parcial das matérias brutas ou dos materiais cindíveis especiais.

2. As decisões da Comissão que impliquem a obrigação de entrega, adoptadas para assegurar a execução do número anterior, constituem título executivo. Podem ser executadas nos territórios dos Estados-membros nas condições fixadas pelo artigo 164.º.

Os recursos apresentados no Tribunal de Justiça contra as decisões da Comissão que apliquem sanções previstas no número anterior têm efeito suspensivo. Todavia, o Tribunal pode, a pedido da Comissão ou de qualquer Estado-membro interessado, ordenar a execução imediata da decisão.

A salvaguarda dos interesses lesados deve ser garantida por um procedimento legal adequado.

3. A Comissão pode exigir aos Estados-membros quaisquer recomendações relativas às disposições legislativas ou regulamentares que tenham

por fim assegurar o respeito, nos seus territórios, das obrigações resultantes do presente capítulo.

4. Os Estados-membros devem assegurar a aplicação das sanções e, se fôr caso disso, a reparação das infracções pelos autores das mesmas” (artigo 83.º).

Como vimos, a Comissão dispõe de meios de acção relativamente aos Estados-membros (que lhe são conferidos pelos n.ºs 3 e 4 do artigo 83.º), e pode, ainda, impôr sanções às pessoas e empresas que infringam as regras de segurança estabelecidas no capítulo VII do Tratado (alínea *a*), *b*), *c*) e *d*) do n.º 1 do artigo 83.º).

Por motivos análogos ao que inspiraram o processo de revisão simplificado em matéria de aprovisionamento, também este é previsto para o controlo de segurança. O artigo 85.º estabelece: “Quando novas circunstâncias o tornem necessário, as modalidades de execução do controlo de segurança podem ser adaptadas, por iniciativa de um Estado-membro ou da Comissão, pelo Conselho deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e depois de consultada a Assembleia, cabendo à Comissão apreciar qualquer pedido formulado por um Estado-membro”.

6. d) Segredo profissional

As pessoas encarregadas de exercer o controlo devem guardar sigilo, mesmo após a cessação das suas funções, nos termos do artigo 194.º do Tratado C.E.E.A.

V. Regime de propriedade

O regime de propriedade, tal como foi instaurado pelo capítulo VIII do Tratado EURATOM, só pode ser explicado pelo precedente americano; durante a II grande guerra, a utilização dos materiais nucleares para fins de defesa impunha que o Governo americano dispusesse de um controlo total sobre tais materiais, decisivos, como se sabe, em matéria de defesa. A solução foi encontrada na atribuição ao Estado Federal do direito de propriedade sobre os materiais cindíveis especiais, o que permitia e justificava todas as restrições impostas aos utilizadores em matéria de aprovisionamento, de controlo de segurança, de segredo, etc... Este regime estava consagrado no “Atomic Energy Act” de 1954, na secção 52, mas, para além do direito de propriedade exclusivo sobre os materiais cindíveis especiais, que atribuía à “Atomic Energy Commission”, dispunha, ainda, que a detenção e utilização dos materiais cindíveis especiais dependiam da concessão de licenças pela “Commission”, nas condições definidas pela Lei.

Os autores do Tratado EURATOM, dado que se impunham aos utilizadores certas obrigações especiais, por razões de ordem económica e técnica, inspiraram-se no precedente americano, atribuindo a propriedade dos materiais cindíveis especiais à Comunidade. Este é o princípio estabelecido pelo artigo 86.º: “os materiais cindíveis especiais são propriedade da Comunidade”.

O direito de propriedade da Comunidade abrange todos os materiais cindíveis especiais produzidos ou importados por um Estado-membro, por uma pessoa, ou por uma empresa, e sujeitos ao controlo de segurança previsto no capítulo VII.

Note-se que escapam ao regime de propriedade as matérias brutas e os minérios, e os materiais cindíveis especiais destinados às necessidades de defesa (artigo 84.º), pois o artigo 86.º restringe, como vimos, o direito de propriedade aos materiais cindíveis especiais que estejam submetidos ao controlo de segurança, previsto no capítulo VII. Estes materiais, bem como quaisquer objectos, matérias e bens que não estejam abrangidos pelo direito de propriedade da Comunidade, regem-se pela legislação de cada Estado-membro (artigo 91.º). Não se aplica, também, o regime de propriedade aos minérios, matérias e materiais cindíveis especiais que tenham entrado na Comunidade para fins de tratamento ou transformação, mas que são devolvidos à origem, ou a qualquer outro destino que se situe fora da Comunidade (artigo 75.º). Note-se, no entanto, que os materiais em causa estão submetidos ao regime do controlo de segurança. A “ratio legis” do artigo 75.º é a de evitar que os materiais nucleares pertencentes a organizações, pessoas e empresas estrangeiras, que passam temporariamente pelo território comunitário, se tornem propriedade da Comunidade, o que só traria complicações inúteis.

Tal como o capítulo VI, relativo ao aprovisionamento, e o capítulo VII, relativo ao controlo de segurança, também o capítulo VIII, que define o regime de propriedade, prevê uma revisão por processo simplificado: “Quando novas circunstâncias o tornem necessário, as disposições do presente capítulo relativas ao direito de propriedade da Comunidade, poderão ser, por iniciativa de um Estado-membro ou da Comissão, adaptadas pelo Conselho, deliberando por unanimidade sob proposta da Comissão, depois de consultada a Assembleia” (artigo 90.º).

1) Direito de utilização

Os Estados-membros, pessoas ou empresas têm o mais amplo direito de utilização e consumo sobre os materiais cindíveis especiais que entram regularmente na sua posse, com ressalva das obrigações resultantes em matéria de controlo de segurança, de direito de opção reconhecido à Agência e de protecção sanitária (artigo 87.º) ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁷⁾ O texto do artigo refere-se à ressalva das obrigações resultantes das disposições do presente Tratado e enuncia as mais importantes que são as acima mencionadas.

2. As variações de valor que afectem as quantidades de materiais cindíveis especiais serão contabilizadas de modo a que não possam dar lugar a qualquer perda ou a qualquer lucro para a Comunidade. Os riscos correm em prejuízo ou revertem em benefício dos detentores.

3. Os saldos, que resultem das operações acima mencionadas, são imediatamente exigíveis a pedido do credor.

4. Para a execução do presente capítulo, a Agência será considerada como se fosse uma empresa em tudo o que diz respeito às operações realizadas por sua própria conta”.

Podemos, assim, concluir que o direito de propriedade, atribuído à Comunidade sobre os materiais cindíveis especiais, se destina, unicamente, a reforçar os poderes desta em matéria de aprovisionamento, controlo de segurança e protecção sanitária, e não tem fim comercial.

2) Conta financeira dos materiais cindíveis especiais

Para evitar que o direito de propriedade da Comunidade sobre os materiais cindíveis especiais revestisse natureza pecuniária, o Tratado previu o estabelecimento de uma conta financeira dos materiais cindíveis especiais, aberta pela Agência de aprovisionamento em nome da Comunidade. Dado que os utilizadores gozam do “mais amplo direito de utilização e consumo”, a eles cabe suportar os riscos e usufruir os benefícios que daí resultem, e o objectivo desta conta financeira dos materiais cindíveis especiais é garantir que nem encargos nem benefícios possam resultar para a Comunidade em virtude do seu direito de propriedade. O artigo 89.º do Tratado C.E.E.A.

regulamenta a conta financeira dos materiais cindíveis especiais, nestes termos:

- a) será inscrito, a crédito da Comunidade e a débito do Estado-membro, da pessoa, ou da empresa beneficiária, o valor dos materiais cindíveis especiais deixados ou postos à disposição deste Estado, desta pessoa, ou desta empresa;
- b) será inscrito, a débito da Comunidade e a crédito do Estado-membro, da pessoa ou da empresa fornecedora, o valor dos materiais cindíveis especiais produzidos ou importados por este Estado, esta pessoa ou esta empresa e que se tornem propriedade da Comunidade. Far-se-á uma escrita análoga sempre que um Estado-membro, uma pessoa ou uma empresa restituam, materialmente, à Comunidade materiais cindíveis especiais, que tenham sido anteriormente deixados ou postos à disposição deste Estado, desta pessoa, ou desta empresa.

IV — O Mercado Comum Nuclear

O EURATOM consiste essencialmente na prossecução de políticas comunitárias nos diversos domínios que analisámos, mas institui, também, um mercado comum nuclear, protegido do exterior por uma pauta aduaneira comum, e no interior do qual devem ser supridos os obstáculos às trocas.

1) Eliminação dos direitos aduaneiros entre os (artigo 96.º) Estados-membros

Enquanto o Tratado C.E.E. prevê a supressão dos direitos aduaneiros e das taxas de efeito equivalente de forma progressiva (artigo 13.º do Tratado C.E.E.), o Tratado C.E.E.A. prevê que essa supressão se efectue, na totalidade, um ano após a data da entrada em vigor do Tratado (artigo 93.º). (68)

(68) O artigo 93.º estabelece que a supressão das barreiras aduaneiras abrange todos os produtos que figuram nas listas A_1 e A_2 e os da lista B, desde que se lhes aplique uma pauta aduaneira comum e que estejam acompanhadas de um certificado, emitido pela Comissão, que comprove o seu destino para fins nucleares. A distinção entre as listas A e B deve-se ao facto de a pauta aduaneira comum só ser obrigatória para os produtos que figuram nas listas A, enquanto que no que diz respeito à lista B, é ao Conselho que cabe deliberar quais os produtos da lista a que se aplica a pauta aduaneira comum. Note-se que nas listas A_1 e A_2 figuram os produtos especificamente nucleares, enquanto que a lista B se refere aos produtos susceptíveis de serem utilizados na indústria nuclear, mas não exclusivamente — são os produtos conhecidos por “paranucleares”.

2) A pauta aduaneira comum (artigo 94.º e 95.º)

Os artigos 94.º e 95.º, ao preverem o estabelecimento da pauta aduaneira comum, fazem uma distinção entre as três listas, A_1 , A_2 e B que constituem o anexo IV do Tratado. Assim, no que diz respeito aos produtos que figuram na lista A_1 , a pauta aduaneira comum será fixada ao mais baixo nível pautal aplicado em 1 de Janeiro de 1957 num dos Estados-membros (artigo 94.º alínea a)) (69). Quanto aos produtos que figuram na lista A_2 , a alínea b) do artigo 94.º prevê que a Comissão tomará todas as medidas necessárias para que sejam encetadas negociações entre os Estados-membros relativamente a estes produtos, no prazo de três meses a contar da data da entrada em vigor do Tratado. Se, para alguns dos referidos produtos, não se conseguir um acordo no fim do primeiro ano seguinte à data da entrada em vigor do Tratado, o Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, fixará os direitos da pauta aduaneira comum aplicáveis (70). A alínea c) do citado artigo estabelece que a pauta aduaneira comum relativa aos produtos que figuram na lista A_1 e A_2 será aplicada a partir do fim do primeiro ano seguinte à data da entrada em vigor do Tratado.

No que diz respeito aos produtos que figuram na lista B, como não foram incluídos no mercado comum nuclear, as pautas aplicáveis serão estabelecidas de acordo com o disposto no Tratado C.E.E..

Desde 1966 que não se tomam decisões especificamente fundamentadas no Tratado EURATOM. Os direitos aduaneiros, que incidem sobre os produtos referentes a este Tratado, figuram na pauta aduaneira comum que resulta do regulamento C.E.E. n.º 950/68 do Conselho de 28 de Junho de 1968 (71) relativo à pauta aduaneira comum, modificada todos os anos. Os produtos são assinalados pela palavra (EURATOM).

(69) Apesar do Tratado fixar a pauta aduaneira comum para os produtos que figuram na lista A_1 , os Estados-membros concluíram um acordo, em 22 de Dezembro de 1958, relativo ao estabelecimento de uma pauta aduaneira comum para os produtos que figuram na lista A do anexo IV do Tratado C.E.E.A. (J.O.C.E. 1959, 406).

(70) Em 22 de Dezembro de 1958, foi concluído um acordo relativo ao estabelecimento da pauta aduaneira comum para os produtos que figuram na lista A_2 do anexo IV do Tratado C.E.E.A. (J.O.C.E., 1958, 410). Este acordo fixou a pauta aduaneira comum, com base na média aritmética dos direitos existentes na data da assinatura do Tratado. No entanto, a aplicação desta pauta foi suspensa, total ou parcialmente, até 1 de Janeiro de 1964.

(71) J.O.C.E. n.º L 172 de 22 de Julho de 1968.

3) Liberdade de emprego (artigo 96.º)

Também no que diz respeito à liberdade de emprego e, contrariamente ao Tratado C.E.E., o EURATOM não prevê período de transição: o artigo 96.º estabelece que “os Estados-membros suprimirão todas as restrições ao acesso aos empregos qualificados no domínio nuclear, baseadas na nacionalidade, relativamente aos nacionais de um dos Estados-membros, sob reserva das limitações que resultem das necessidades fundamentais de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública”. Note-se que os empregos sem qualificação especificamente nuclear, mesmo em empresas nucleares, não são abrangidos no âmbito de aplicação deste artigo, o qual atribui ao Conselho a competência para fixar directivas neste campo, para o que deve deliberar por maioria qualificada, depois de consultada a Assembleia e sob proposta da Comissão que pedirá previamente o parecer do Comité Económico e Social. Neste sentido, o Conselho estabeleceu em 5 de Março de 1962 ⁽⁷²⁾ uma directiva que convida os Estados-membros a tomarem todas as medidas necessárias à supressão das restrições aos empregos enumerados numa longa lista. Quanto aos empregos que não figuram nesta lista, o artigo 5.º da referida directiva faz uma referência às disposições tomadas em matéria de livre circulação de trabalhadores em execução do Tratado C.E.E.. No que diz respeito aos empregos enumerados na referida directiva, os Estados-membros são convidados a instaurar a emissão automática das autorizações requeridas para os exercer, no caso das legislações nacionais não preverem essa autorização.

4) Seguros referentes à garantia do risco atómico (artigo 98.º)

O artigo 98.º estabelece que os Estados-membros devem tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de contratos de seguros, referentes à garantia do risco atómico, e que as modalidades de aplicação do referido artigo devem ser adoptadas pelo Conselho, no prazo de dois anos, sob a forma de directivas, aprovadas por maioria qualificada, depois de

(72) J.O.C.E. n.º 57 de 9 de Julho de 1962.

consultada a Assembleia, sob proposta da Comissão, que pedirá previamente o parecer do Comité Económico e Social.

A ausência de directivas neste campo, deve-se ao facto de, antes de um projecto de directiva da Comissão ter sido aprovado pelo Conselho, os dados do problema se terem alterado em virtude da assinatura, em 29 de Julho de 1960, da Convenção de Paris relativa à responsabilidade civil no domínio da energia nuclear, e da Convenção Complementar de Bruxelas, de 1963, ambas elaboradas no quadro da O.C.D.E. e às quais aderiram, além dos Estados-membros do EURATOM, muitos outros Estados da Europa Ocidental. Dada a especificidade do risco nuclear, que apresenta um aspecto novo e uma amplitude extraordinária dos danos físicos e materiais, que podem resultar dum grande acidente nuclear, o regime escolhido estabelece o princípio da responsabilidade objectiva, canalizada para um único responsável: aquele que tem a seu cargo a exploração da instalação nuclear. No que diz respeito às vítimas o princípio é absoluto: só têm direito de acção contra quem explora a instalação, o que permite excluir todos os problemas de partilha de responsabilidade. Contudo, aquele que tem a seu cargo a exploração da instalação nuclear, depois de haver indemnizado as vítimas, tem direito de regresso nas condições enumeradas na linha *f*) do artigo 6.º da Convenção de Paris:

- a*) contra o autor intencional do dano;
- b*) se existe uma cláusula contratual que expressamente prevê um direito de regresso, e dentro dos limites da referida cláusula.

Aquele que tem a seu cargo a exploração da instalação deverá efectuar um seguro ou dispôr de uma garantia financeira equivalente. Porque, em caso de acidente grave, os danos verificados podem atingir elevados montantes que excedam a capacidade financeira das seguradoras e dos exploradores no que respeita aos encargos que deverão suportar caso e seguro ou a garantia fossem ilimitadas, a Convenção de Paris estabelece que o seguro ou a garantia deverá ser efectuada por um mínimo de 15 milhões de dólares, salvo disposição em contrário da legislação de uma das Partes, tendo-se estas comprometido a não fixar um mínimo inferior a 5 milhões de dólares. Mais tarde, a Convenção Complementar de Bruxelas elevou a garantia do risco nuclear para 120 milhões de dólares. O artigo 8.º da Convenção de Paris fixou um prazo de dez anos para a propositura da acção, salvo

disposição nacional em contrário, não podendo, contudo, as legislações nacionais estabelecer um prazo inferior a dois anos a contar do momento em que a vítima tomou conhecimento dos danos. ⁽⁷³⁾ A Comissão emitiu, em 28 de Outubro de 1965, uma recomendação aos Estados-membros aconselhando-os a adoptar as Convenções de maneira uniforme e a interpretar uma série de expressões segundo o critério definido pela Comissão nessa recomendação.

5) Circulação de capitais (artigo 99.º)

O artigo 99.º estabelece que a Comissão pode fazer quaisquer recomendações que tenham em vista facilitar a circulação de capitais destinados a financiar as produções que figuram nas listas que constituem o anexo IV do Tratado. Trata-se de aplicar, ao campo nuclear, a política geral de liberalização de capitais, prevista nos artigos 67.º a 73.º do Tratado C.E.E.

6) Artigo 10.º

O artigo 100.º tem em vista a liberalização dos pagamentos que correspondem a trocas de mercadorias, de serviços e de capitais, e estabelece que “cada Estado-membro compromete-se a autorizar, na moeda do Estado-membro no qual reside o credor ou o beneficiário, os pagamentos relativos às trocas de mercadorias, de serviços e de capitais, assim como as transferências de capitais e de salários, na medida em que a circulação das mercadorias, dos serviços, dos capitais e das pessoas esteja liberalizada por aplicação do presente Tratado”.

⁽⁷³⁾ Esta particularidade deve-se ao facto de os danos resultantes de radiações ionizantes poderem vir a revelar-se muito tempo depois da exposição às radiações.

VII — As Relações Externas

As relações com outros países e organizações internacionais assumem, no campo da energia nuclear, uma importância fundamental pois, tratando-se de uma indústria nova e que exige uma grande capacidade financeira para se implantar, imprescindível se tornou, desde o início, o recurso aos conhecimentos técnicos e científicos, bem como à experiência de outros países que, como os Estados Unidos, se encontravam num estágio de desenvolvimento mais avançado neste campo. Os seis países que instituíram a Comunidade Europeia da Energia Atômica, dando-se conta da importância fundamental das relações com o exterior, afirmaram, logo no preâmbulo do Tratado, o desejo de “associarem outros países à sua obra e de cooperarem com as organizações internacionais ligadas ao desenvolvimento da energia atômica”. Assim, o EURATOM nunca foi concebido como um bloco autárquico, sendo, pelo contrário, uma das suas características principais a abertura ao exterior, o que explica que logo no artigo 2.º quando se enumeram as tarefas que incumbem à Comunidade para o cumprimento da sua missão, figure, entre outras, o estabelecimento com os outros países e com as organizações internacionais de todas as relações susceptíveis de promover o progresso na utilização pacífica da energia nuclear.

1. Os poderes exclusivos da Comunidade no campo das relações externas

A Comunidade dispõe de poderes exclusivos para associar terceiros às suas próprias actividades:

- o artigo 10.º confere à Comissão a competência para conferir, por contrato, a execução de certas partes do programa de investigação da Comunidade a Estados terceiros, a organizações internacionais ou a nacionais de Estados terceiros. Note-se que a Comissão exerce este poder de forma autónoma, não sendo obrigada a consultar o Conselho, ou a informá-lo.
- todas as decisões que digam respeito à participação de Estados terceiros, organizações internacionais ou de nacionais de Estados terceiros no financiamento das Empresas Comuns, são da competência dos órgãos comunitários (Conselho, sob proposta da Comissão) (artigo 45.º e 46.º do Tratado). Note-se que, nem as Empresas Comuns, nem os Estados no território dos quais estas se estabeleçam podem decidir, por si sós, nesta matéria.
- Conforme o disposto nos artigos 199.º a 201.º do Tratado, a Comissão tem a incumbência de assegurar quaisquer ligações úteis com as organizações internacionais, nomeadamente com os órgãos das Nações Unidas e as suas instituições especializadas, com o Gatt (Acordo Geral sobre as Pautas Aduaneiras e o Comércio) (artigo 199.º); estabelecer toda a cooperação útil com o Conselho da Europa (artigo 200.º), estabelecer com a O.C.D.E. uma cooperação estreita cujas modalidades serão fixadas de comum acordo (artigo 201.º).

Como vimos, a Comunidade tem uma competência exclusiva para associar às suas próprias realizações Estados terceiros, organizações internacionais e nacionais de Estados terceiros, mas a Comunidade dispõe, ainda, de poderes exclusivos que vão até, numa certa medida, à restrição da liberdade de agir, quer dos Estados-membros, quer de pessoas e empresas:

- Nos termos do artigo 29.º do Tratado, é da competência da Comissão a conclusão de qualquer acordo ou contrato que tenha por fim uma troca de conhecimentos científicos ou industriais em matéria nuclear, entre um Estado-membro, uma pessoa ou empresa, e um Estado terceiro, uma organização internacional ou um nacional de um Estado terceiro, que exija, de uma parte ou de outra, a assinatura de um Estado actuando no exercício da sua soberania. Todavia, nos termos do segundo parágrafo do citado artigo, a Comissão pode renunciar ao seu poder exclusivo e autorizar a conclusão de

tais acordos por um Estado-membro, uma pessoa ou uma empresa nas condições que considerar adequadas, sob reserva do disposto nos artigos 103.º e 104.º.

- A Agência de Aprovisionamento dispõe do direito exclusivo para concluir contratos de fornecimento de materiais nucleares que provenham do exterior da Comunidade (artigo 64.º e 73.º).

O EURATOM tem competência exclusiva para celebrar com um Estado terceiro, uma união de Estados ou uma organização internacional, acordos criando uma associação caracterizada por direitos e obrigações recíprocos, acções em comum e processos particulares. Estes acordos serão celebrados pelo Conselho, deliberando por unanimidade e depois de consultada a Assembleia (artigo 206.º). É, também, da competência da Comunidade, através do Conselho que deliberará por unanimidade e sob proposta da Comissão, a aceitação de pedidos de adesão de Estados europeus (artigo 205.º). O artigo 101.º, o primeiro do capítulo “Relações Externas”, estabelece que, no âmbito da sua competência, a Comunidade poderá contrair compromissos, por meio de acordos ou convenções com um Estado terceiro, uma organização internacional ou nacionais de Estados terceiros, e que estes acordos ou convenções serão negociados pela Comissão, segundo as directivas do Conselho; serão concluídos pela Comissão com aprovação do Conselho, que deliberará por maioria qualificada. Contudo, os acordos ou convenções, cuja execução não exija uma intervenção do Conselho e possa ser assegurada dentro dos limites do orçamento respectivo, serão negociados e concluídos pela Comissão, a qual é obrigada a manter informado o Conselho. Note-se que a Comunidade só pode comprometer-se “no âmbito da sua competência”, isto é, relativamente às matérias e dentro das condições previstas pelo Tratado, ou, excepcionalmente, por uma deliberação do Conselho, em aplicação do artigo 203.º.

2. Acordos externos que envolvem, simultaneamente, a Comunidade e um ou vários Estados-membros (artigo 102.º)

É o artigo 102.º que rege esta matéria, nestes termos: “os acordos ou convenções concluídos com um Estado terceiro, uma organização interna-

cional ou nacionais de Estados terceiros nos quais sejam parte, além da Comunidade, um ou mais Estados-membros, só poderão entrar em vigor depois de notificada a Comissão por todos os Estados-membros interessados de que estes acordos ou Convenções se tornaram aplicáveis em conformidade com as disposições do direito interno respectivo”.

3. Projectos de acordos externos dos Estados-membros (artigo 103.º)

Como os Estados-membros não abdicam totalmente da sua soberania em matéria de acordos externos, embora a maioria dos acordos negociados incida sobre matérias em que o Tratado restringiu a liberdade de acção dos Estados-membros, existe o perigo de conflito entre o projecto de acordo e o domínio reservado à competência da Comissão e da Agência e, por isso, o artigo 103.º obriga os Estados-membros a comunicar à Comissão os seus projectos e acordos ou convenções com um Estado terceiro, uma organização internacional, ou um nacional de um Estado terceiro na medida em que estes acordos ou convenções com um Estado terceiro, uma organização internacional, ou um nacional de um Estado terceiro na medida em que estes acordos ou convenções interessem ao campo de aplicação do presente Tratado. Se a Comissão se abster de fazer observações no prazo de um mês a contar da data da recepção da comunicação do projecto, o Estado-membro pode celebrar o acordo ou convenção. Mas, se a Comissão dirigir as suas observações ao Estado-membro dentro do prazo acima mencionado, e o Estado-membro não conseguir chegar a acordo com a Comissão, aquele poderá submeter o assunto à apreciação do Tribunal de Justiça, em qualquer momento. O Tribunal decidirá da compatibilidade do projecto de acordo ou convenção com as disposições do Tratado (artigo 103.º).

4. Acordos externos de pessoas ou empresas, posteriores ao Tratado (artigo 104.º)

O artigo 104.º estabelece a regra da primazia das disposições do Tratado, em caso de conflito com acordos ou convenções e estabelece que qualquer pessoa ou empresa que conclua ou renove, posteriormente à data

da entrada em vigor do Tratado, acordos ou convenções com um Estado terceiro, uma organização internacional, ou um nacional de um Estado terceiro não poderá invocar estes acordos ou convenções para se subtrair às obrigações que lhe sejam impostas pelo Tratado. Em caso de dúvida sobre a compatibilidade destes acordos ou convenções com as disposições do Tratado, compete ao Tribunal de Justiça pronunciar-se, a pedido da Comissão.

5. Acordos anteriores à entrada em vigor do Tratado (artigo 105.º)

No que diz respeito aos acordos e convenções anteriores à entrada em vigor do Tratado, o artigo 105.º estabelece um regime mais liberal, pois havia que salvaguardar obrigações assumidas e, assim, o Tratado não se opõe à execução destes acordos e convenções desde que estes tenham sido comunicados à Comissão o mais tardar 30 dias após a data da entrada em vigor do Tratado. Contudo, os acordos e convenções concluídos entre o acto de assinatura e a data da entrada em vigor do Tratado, não podem opôr-se às disposições do Tratado, se houve intenção de subtracção às obrigações deste decorrentes, e se esta tiver sido um dos motivos determinantes da conclusão do acordo ou convenção, cabendo ao Tribunal de Justiça, que decidirá a pedido da Comissão, apreciar da existência da mencionada intenção.

6. Acordos de cooperação no domínio da energia nuclear que vinculam os Estados-membros (artigo 106.º)

O artigo 106.º tem em vista a transferência dos direitos e obrigações que derivam de convenções e acordos anteriores à entrada em vigor do Tratado, em matéria de cooperação no domínio da energia nuclear, dos Estados-membros para a Comissão. Esta transferência depende do consentimento dos Estados. Para evitar objecções de outros Estados-membros não signatários, mas indirectamente interessados, nos casos em que a transferên-

cia de direitos e obrigações se efectue, o referido artigo estabelece que qualquer novo acordo daí resultante exigirá a aprovação do Conselho, deliberando por maioria qualificada, bem como o do ou dos Estados-membros signatários.

7. Os acordos de cooperação

Apresentamos aqui uma lista dos principais acordos de cooperação celebrados pela Comunidade no campo da energia nuclear, com a referência ao Jornal Oficial das Comunidades Europeias em que foram publicados.

1. Acordo entre a C.E.E.A. e o Governo dos Estados-Unidos da América, de 29 de Maio de 1958.

(J.O.C.E. de 19-3-1959, p. 309/59)

1. a) Adenda ao Acordo de Cooperação entre a C.E.E.A. e os Estados-Unidos da América relativo à utilização pacífica da energia atómica, de 11 de Junho de 1960.

(J.O.C.E. n.º 31 de 29-4-1961, p. 668/61)

1. b) Alteração ao Acordo de Cooperação de 8 de Novembro de 1958 entre a C.E.E.A. e o Governo dos Estados-Unidos da América, de 21 de Maio de 1962.

(J.O.C.E. n.º 72 de 8-8-1962, p. 2038/62)

1. c) Alteração ao Acordo de Cooperação de 8 de Novembro de 1958 entre a C.E.E.A. e o Governo dos Estados-Unidos da América, de 21 de Maio de 1962.

(J.O.C.E. n.º 72 de 8-8-1962, p. 2045/62)

1. *d*) Alteração à Adenda de 11 de Julho de 1960 ao Acordo de Cooperação entre o Governo dos Estados- Unidos da América e a C.E.E.A., de 20 de Setembro de 1972.

(J.O.C.E. N.º L 139 de 22-5-1974, p. 26)

2. Acordo de Cooperação entre a C.E.E.A. e o Governo do Canadá relativo à utilização pacífica da energia atómica, de 6 de Outubro de 1959.

(J.O.C.E. n.º 60 de 24-11-1959, p. 1165/59)

2. *a*) Acordo Técnico entre a C.E.E.A. e o “Atomic Energy of Canada Limited” relativo à utilização pacífica da energia atómica, de 6 de Outubro de 1959.

(J.O.C.E. n.º 60 de 24-11-1959, p. 1177/59)

2. *b*) Alteração ao Acordo de Cooperação relativo à utilização pacífica da energia atómica entre a C.E.E.A. e o Governo do Canadá, de 6 de Outubro, de 1959, sob a forma de troca de cartas.

(J.O.C.E. n.º 265 de 8-3-1978, p. 16)

3. Acordo de Cooperação entre a Organização Internacional do Tratado (O.I.T.) e a C.E.E.A., de 26 de Janeiro de 1961).

(J.O.C.E. n.º 25 de 8-4-1961, p. 590/61)

4. Acordo de Cooperação entre a C.E.E.A. e o Governo dos Estados- Unidos Brasil relativo à utilização pacífica da energia tómica, de 9 de Junho de 1961.

(J.O.C.E. n.º L 79 de 31-3-1969, p. 7)

5. Troca de cartas entre o Presidente da Comissão da C.E.E.A. e o Director-Geral da F.A.O., de 9 de Dezembro de 1961.

(J.O.C.E. n.º 43 de 7-6-1962, p. 1356/62)

6. Acordo de Cooperação entre a C.E.E.A. e o Governo da República Argentina relativo à utilização pacífica da energia nuclear, de 6 de Novembro de 1963.

(J.O.C.E. n.º 186 de 21-12-1963, p. 2965/63)

7. Acordo relativo à troca de informações entre a C.E.E.A. e a “United States Atomic Energy Commission” (U.S.A.E.C.) no domínio dos reactores rápidos.

(J.O.C.E. n.º 131 de 20-7-1966, p. 2481/66)

8. Memorando de Acordo entre os Estados- Unidos e a C.E.E.A. e o Reino da Bélgica, a República Federal da Alemanha, a Irlanda, a República Italiana, o Grão Ducado do Luxemburgo e o Reino dos Países-Baixos, em matéria de informações científicas e tecnológicas nucleares, de 19 de Setembro de 1974.

(J.O.C.E. n.º L. 307 de 18-11-1974, p. 19)

9. Acordo de Cooperação entre a C.E.E.A. e a Agência Internacional da Energia Atómica de 8 de Julho de 1975.

(J.O.C.E. n.º L. 329 de 23-12-1975, p. 28)

10. Acordo de Cooperação entre a C.E.E.A. e a Suécia no domínio da fusão termonuclear controlada e a física dos plasmas.

(J.O.C.E. n.º L. 162 de 23-6-1976, p. 28)

11. Acordo — quadro de Cooperação comercial e económica entre a C.E.E. e a C.E.E.A. dum lado e o Canadá do outro, de 6 de Julho de 1976.

(J.O.C.E. n.º L. 260 de 24-9-1976, p. 23)

12. Acordo de Cooperação em matéria de energia, concluído em 1976 por troca de cartas entre a C.E.E.A. e a Agência Internacional da Energia

Atômica aprovada pelo Conselho das Comunidades Europeias em 15 de Setembro de 1976 e pela conferência da Agência Internacional da Energia Atômica em 26 de Setembro de 1976.

(este texto não foi publicado pelo J.O.C.E.)

13. Acordo de Cooperação entre a C.E.E.A. e a Confederação Suíça no domínio da fusão termonuclear controlada e da física dos plasmas. Aprovado pela decisão n.º 78/730/EURATOM do Conselho, de 11 de Agosto de 1979. Alteração dos Estatutos da JET aprovada pela decisão do Conselho n.º 79/720/EURATOM

(J.O.C.E. n.º L. 242 de 4-9-1978, p. 2)

14. Convenção Internacional sobre a protecção física dos materiais nucleares. Aprovada pela decisão n.º 80/565/EURATOM do Conselho de 9 de Junho de 1980.

(J.O.C.E. n.º L. 149 de 17-6-1980, p. 41)

15. Acordo de Cooperação entre a C.E.E.A. e o Reino de Espanha no domínio da fusão termonuclear controlada.

Aprovada pela decisão n.º 80/6980/EURATOM do Conselho de 11 de Julho de 1980

(J.O.C.E. n.º L. 190 de 24-7-1980, p. 23)

**ANÁLISE
COMUNITÁRIA**

**ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA
DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS**

**ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA
DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS**

por
Nuno Mimoso Ruiz

Técnico do Gabinete de
Direito Europeu

ACÓRDÃOS PROFERIDOS NOS CASOS:

168/78 COMISSÃO c. REPÚBLICA FRANCESA

169/78 COMISSÃO c. REPÚBLICA ITALIANA

170/78 COMISSÃO c. REINO UNIDO

171/78 COMISSÃO c. REINO DA DINAMARCA

E

48/80 VINAL c. ORBAT

(Regime fiscal das aguardentes, vinho e álcool e a proibição de discriminação fiscal, nos termos do artigo 95.º do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia).

Os acórdãos em análise têm naturezas processuais distintas.

O acórdão proferido no caso 46/80 “Vinal” constitui uma decisão a título prejudicial, nos termos do artigo 177.º do Tratado CEE, sobre a interpretação do artigo 95.º do mesmo Tratado em relação à legislação italiana, que institui um imposto especial sobre o álcool etílico desnaturado.

Diferentemente, os acórdãos nos casos 168/78, 169/78, 170/78, 171/78 destinam-se a fazer reconhecer que, ao aplicar um regime fiscal diferenciado

sobre as aguardentes e o vinho, a República Francesa e Italiana, bem como o Reino Unido e o Reino da Dinamarca não cumprem as obrigações impostas pelo artigo 95.º do Tratado CEE. Estes quatro últimos casos representam, pois, a fase final de um processo de infracção movido, nos termos do artigo 169.º do Tratado CEE, pela Comissão contra os Estados-membros acima referidos.

As intenções dos dois tipos de processos são, pois, igualmente diversas. No primeiro caso pretende-se, pela interpretação de uma norma do Tratado, possibilitar ao Juíz nacional — Juíz comum a quem compete a aplicação do direito comunitário — a resolução de um litígio em que a aplicabilidade directa do artigo 95.º foi invocada. Da decisão do Tribunal das Comunidades não resulta, em princípio, qualquer tipo de consequências quanto à manutenção da legislação nacional.

No segundo caso, e por força do disposto no artigo 171.º do Tratado CEE, se o Tribunal das Comunidades declarar que o Estado-membro em questão ignorou as obrigações que resultam do Tratado, infringindo-o, tal Estado terá de conformar-se com a decisão do Tribunal das Comunidades, tomando nomeadamente as medidas necessárias à alteração da legislação interna contrária ao direito comunitário.

NOTA:

Serão também tidos em conta os acórdãos do Tribunal das Comunidades nos casos 104/79 (Foglia C. Novello) e 73/79 (Comissão C. República Italiana). Este último diz respeito, não à tributação sobre bebidas alcoólicas, mas ao imposto especial não uniforme sobre o açúcar de produção nacional (italiana) e o açúcar importado dos outros Estados-membros.

No caso “Foglia-Novello”, o que menos nos interessa para o estudo da discriminação fiscal, o Tribunal das Comunidades recusou-se a satisfazer o pedido no recurso prejudicial de interpretação, introduzido pelo “Pretore de Bra” por julgar que, dadas as circunstâncias materiais e processuais do litígio, as questões postas pela jurisdição nacional não se enquadravam na missão jurisdicional que incumbe ao Tribunal das Comunidades, em virtude do artigo 177.º.

O Tribunal de Justiça julgou que lhe não era autorizado interpretar o artigo 95.º à luz da lei francesa para permitir a resolução de um litígio em que as partes pretendem, em acção movida perante um Tribunal italiano, a condenação do regime fiscal francês dos vinhos e licores. Para o Tribunal das Comunidades o carácter artificial do processo era tão mais evidente quanto uma das empresas interessadas não tinha esgotado todas as possibilidades de recurso oferecidas pela legislação processual francesa. (1)

1. Breve introdução à problemática da proibição da discriminação fiscal nos termos do artigo 95.º do Tratado CEE (2)

De um modo geral, pode afirmar-se que a existência da proibição da discriminação fiscal, nos termos do artigo 95º, corresponde a uma preocupação justificada dos autores do Tratado: a de que, à medida que é plenamente conseguido o desarmamento pautal e a supressão das restrições quantitativas e medidas de efeito equivalente, não sejam introduzidas discriminações fiscais, a nível interno, que tenham como consequência a limitação do comércio entre os Estados-membros.

O artigo 95.º visa, assim, essencialmente, garantir a neutralidade da tributação interna no que respeita ao comércio intra-comunitário e à concorrência, constituindo, deste modo, um complemento das disposições relativas à supressão dos direitos aduaneiros e das taxas de efeito equivalente. (3)

(1) Os acórdãos nos casos 168/78, 169/78, 170/78 e 171/78 foram proferidos a 27 de Fevereiro de 1980.

Os acórdãos nos casos 46/80, 104/79 e 73/79 foram proferidos, respectivamente, a 14 de Janeiro de 1981, 11 de Março de 1980 e 21 de Maio de 1980.

(2) O artigo 95.º do Tratado CEE apresenta a seguinte redacção:

“Nenhum Estado-membro fará incidir, directa ou indirectamente, sobre os produtos dos outros Estados-membros imposições internas, qualquer que seja a sua natureza, superiores às que incidam, directa ou indirectamente, sobre os produtos nacionais similares.

Além disso, nenhum Estado-membro poderá fazer incidir sobre os produtos dos outros Estados-membros imposições internas de modo a proteger indirectamente outras produções.

Os Estados-membros eliminarão ou corrigirão, o mais tardar no início da segunda fase, as disposições existentes à data da entrada em vigor do presente Tratado que sejam contrárias às regras acima mencionadas”.

(3) Nesses termos, consagra o Tribunal das Comunidades a teleologia e o enquadramento sistemático do normativo em estudo. Vide casos 168/78, 169/78, 171/78 (considerando n.º 4) 2 e 3/69 “Socialal Fonds Diamantarbeiders” (considerandos n.ºs 5 a 13), 94/74 “IGAV” (considerando n.º 13), 77/76 “Cucchi” (considerando n.º 14).

Tentaremos, neste passo, apresentar a problemática inerente à aplicação do artigo 95.º a partir da breve análise de cinco noções: a noção de imposição interna, a noção de produtos similares, a noção de imposição discriminatória, a noção de produtos concorrentes e a noção de efeito protector.

Socorrer-nos-emos, para isso, da evolução do pensamento jurídico comunitário em matéria de taxas de efeito equivalente, de discriminação fiscal interna e de direito da concorrência.

1.1 A noção de “imposição interna”

Devemos começar por salientar que o Tratado de Roma introduz limites directos à soberania fiscal dos Estados-membros. Esses limites são, essencialmente, de duas ordens: em primeiro lugar, os Estados-membros devem, nos termos dos artigos 12.º e seguintes, suprimir os direitos aduaneiros e as taxas de efeito equivalente e, em segundo lugar, nos termos do artigo 95.º, abster-se de introduzir imposições internas discriminatórias. (4) Convém, contudo, chamar a atenção para o facto de, no respeitante ao artigo 95.º, o Tratado deixar parcialmente intacta a soberania fiscal dos Estados-membros. Estes detêm o poder de suprimir ou criar impostos e de delimitar a sua incidência, devendo, todavia, fazê-lo de modo não discriminatório.

Por diversas vezes, o Tribunal reconheceu tal soberania e, disso são exemplos os casos 127/75 “Bobie” e 148/77 “Hansen/ Hauptzollamt Flensburg”, embora neste último houvesse já um elemento corrector em que se reconhecia tal soberania dentro de certos limites e dado o “estado actual do direito comunitário” (alusão clara à harmonização de legislação prevista no artigo 99.º).

A noção de imposição interna é de delicada precisão. De forma genérica, pode dizer-se que, à luz dos objectivos do artigo 95.º, a imposição interna, nos termos do Tratado, não é apenas destinada a incidir sobre os

(4) Outros limites se verificam ainda. Vejam-se os casos da harmonização fiscal, nos termos do artigo 99.º, e das disposições orçamentais, nomeadamente, a do artigo 201.º (domínio delicado em que houve necessidade de um acto misto).

produtos importados e, nessa medida, se distingue dos direitos aduaneiros ou das taxas de efeito equivalente.

Convém, pois, por razões de maior clareza, delimitar a noção em causa em relação à de taxa de efeito equivalente. Para tal nos serviremos da jurisprudência do tribunal das Comunidades Europeias.

No acórdão sobre o caso 2 e 3/69 “Social Fonds Diamantarbeiders”,⁽⁵⁾ o Tribunal formulou, nestes termos, a definição de taxa de efeito equivalente: “um encargo pecuniário, mesmo quando mínimo, unilateralmente imposto, qualquer que seja a sua denominação e técnica, incidindo sobre as mercadorias nacionais ou estrangeiras pelo facto de passarem a fronteira, quando não se trate de um direito aduaneiro propriamente dito, constitui uma taxa de efeito equivalente nos termos dos artigos 9.º e 12.º do Tratado, ainda que não seja recolhido em benefício do Estado, que não exerça qualquer efeito discriminatório ou protector e que o produto tributado não esteja em concorrência com uma produção nacional”, (considerando n.º 18).

No mesmo caso, e adiante (considerando n.º 20), o Tribunal diria que as taxas de efeito equivalente não compreendem as imposições que incidem, do mesmo modo, no interior, do Estado, sobre os produtos nacionais e estrangeiros semelhantes ou comparáveis, ou entrando, na ausência de produtos nacionais semelhantes no quadro de uma imposição geral interior.

De maneira imprecisa o Tribunal começa, já aqui, a traçar os contornos da definição. À noção de taxa de efeito equivalente é inerente a ideia de uma imposição que tem origem na passagem da mercadoria pela fronteira.

No caso “Capolongo”⁽⁶⁾ a elaboração da doutrina do Tribunal desenvolve-se. A proibição contida no número 2 do artigo 13.º diz respeito a toda a taxa exigida por ocasião ou por virtude da importação e que incida especificamente sobre o produto importado, com exclusão do produto nacional semelhante (considerando n.º 12). A noção de imposição interior surge, por contraposição, perfeitamente delimitada como o “encargo pecuniário resultante de um regime geral de direitos internos incidindo, sistematicamente, sobre os produtos nacionais e os produtos importados, segundo os mesmos critérios” (ainda o considerando n.º 12).

Todavia, no caso “Capolongo”, a contribuição em causa, apesar de ter origem num regime geral de direitos internos incidindo de modo sistemático

(5) Acórdão de 1/7/1969 no caso 2 e 3/69 “Social Fonds...” Rec. 1969 p. 211.

(6) Acórdão de 19/6/1973 no caso 77/72 “Capolongo/Maya” Rec. 1973 p. 611.

e segundo os mesmos critérios sobre produtos nacionais e importados foi considerada como uma taxa de efeito equivalente. Tal aconteceu porque o Tribunal concluiu que a contribuição litigiosa se enquadrava num sistema de auxílios parafiscais de modo que, apesar de aparentemente não discriminatória, a contribuição paga pelo produto importado, era afectada a um auxílio que beneficiava a produção nacional idêntica. Na realidade, o único produto a pagar direitos era o importado.

O Tribunal serviu-se aqui, obviamente, de um critério ligado ao sistema de auxílio, segundo o qual, o artigo 95.º seria preterido face ao artigo 13.º pelo simples facto de o auxílio ser uma contrapartida da taxa paga pelo produto nacional. Os sistemas de imposição interior e exterior permanecem, pois, de distinção difícil, nomeadamente quanto aos seus efeitos.

No caso “IGAV” (7) estava também em causa uma taxa que incidia sem distinções sobre os produtos nacionais e importados. Com base nos critérios gerais do caso “Sociaal Fonds” tudo parecia indicar estar-se em presença de um caso de aplicação do artigo 95.º.

O Tribunal começou por salientar que uma mesma imposição não poderia relevar, simultaneamente, do número 1 do artigo 13.º e do artigo 95.º (considerando n.º 13) e isto porque, enquanto o artigo 13.º prevê a supressão pura e simples das taxas de efeito equivalente, o artigo 95.º apenas impõe a eliminação das discriminações. Os dois artigos não podem, ser de aplicação cumulativa.

À semelhança do caso “Capolongo”, o Tribunal excluiu a aplicação do artigo 95.º à contribuição em causa embora esta incidisse sistematicamente sobre produtos nacionais e importados segundo os mesmos critérios. A razão era idêntica: tal contribuição era exclusivamente destinada a financiar actividades que beneficiavam o produto nacional. O critério da “nature de la caisse de remboursement” era o mesmo que o do sistema de auxílio e a casuística precisão trazida à aplicação dos normativos continuava a não ser satisfatória.

Foi, sem dúvida, o caso “Cucchi” (8) que trouxe a clareza necessária à questão em estudo.

Neste litígio o problema continuava a ser o mesmo. O Tribunal havia já anteriormente fornecido a definição de imposição interior (aquela que incide sistematicamente sobre produtos nacionais e importados segundo os mes-

(7) Acórdão de 18/6/1975 no caso 94/74 “IGAV” Rec. 197 p.

(8) Acórdão de 25/5/1977 no caso 77/76 “Cucchi/Avez” Rec. 1977 p. 986.

mos critérios), havia também declarado a aplicação não cumulativa do artigo 13.º e do artigo 95.º e, todavia, de novo em presença de uma imposição interior, haveria que a enquadrar numa das duas disposições do Tratado.

O Tribunal foi desta vez claro: “uma contribuição integrada num regime geral de taxas interiores incidindo, tanto sobre os produtos nacionais como sobre os produtos importados, segundo os mesmos critérios, não pode constituir uma taxa de efeito equivalente, salvo se for exclusivamente destinada a financiar actividades que beneficiam de modo específico o produto nacional tributado, se houver identidade entre o produto tributado e o produto nacional beneficiando e se os encargos que impendem sobre o produto nacional forem integralmente compensados” (considerando n.º 19). Tal mecanismo fiscal só teria de um regime de imposições internas a aparência.

Temos, pois, claramente definida a noção de imposição interior. Imposição interior é aquela que incide sobre os produtos nacionais e importados segundo os mesmos critérios. Esta noção deve, no entanto, para efeitos de aplicação do artigo 95.º, ser corrigida por três factores de excepção cumulativos.

O primeiro desses factores corresponde ao critério da especificidade do benefício dos produtos nacionais. Na verdade, se houver um benefício do produto nacional é por que existe correlativamente uma incidência prejudicial específica da contribuição sobre o produto importado com exclusão do produto nacional e com resultados restrictivos idênticos aos dos direitos aduaneiros (9).

O segundo factor de correcção da noção corresponde ao critério da identidade do produto nacional e importado. O Tribunal faz uma dupla referência à identidade e não à similitude, o que exclui, eventualmente, a aplicação do artigo 13.º aos casos em que o produto nacional beneficiado é similar e não idêntico ao produto importado. Poder-se-ia também pretender que, no caso de produtos idênticos, nunca seria aplicável o artigo 95.º mas sim o artigo 13.º. Não cremos, todavia, que tal juízo seja correcto. Como afirma Amphoux (10), referindo-se provavelmente aos casos 168/78 e

(9) Vide o acórdão no caso “Cucchi” (considerando n.º 13). Deslocadamente, aparece aqui a noção de “produto nacional similar” que é inerente ao artigo 95.º e não ao artigo 13.º. A noção final adoptada pelo Tribunal é, todavia, a de produto nacional idêntico.

(10) J. Amphoux “Les dispositions de droit communautaire en matière fiscale” in C.D.E. 1980

169/78 (considerando n.º 6) sem que para tal se encontre uma base no texto dos acórdãos, o primeiro parágrafo do artigo 95.º cobre as discriminações fiscais sobre produtos idênticos e similares. Quer a Comissão, quer o Tribunal confirmaram, ainda recentemente, essa ideia no caso 21/79 “Comissão c. Itália” em que os óleos regenerados discriminados eram produtos absolutamente idênticos.

O terceiro e último factor corresponde ao critério da compensação integral do encargo, que incide sobre o produto nacional idêntico. Assim, se tal compensação não for integral, o direito de reembolso deve ser exercido com base, não no artigo 13.º, mas no artigo 95.º dado estar-se em presença de uma imposição interior discriminatória, que nos termos do artigo 95.º é superior no caso dos produtos importados. O reembolso devido corresponderá, não ao valor total da imposição, caso da taxa de efeito equivalente, mas à diferença entre a imposição que incide sobre o produto nacional e aquela que incide sobre o produto importado, caso da imposição interna discriminatória.

No caso 73/79 “Comissão c. Itália” o Tribunal prestou de novo atenção ao destino da colecta e considerou o “sovrapprezzo” discriminatório já que o encargo fiscal, que incidia sobre os produtos nacionais era neutralizado pelos auxílios que financiava, enquanto que, o que sobrecarregava os produtos importados representava um “encargo líquido” (cons. n.º 15). A contribuição não incidia de “modo uniforme” sobre ambos os produtos (cons. n.º 12). O critério de distinção entre o artigo 13.º e o 95.º diluiu-se de novo.

O que estava em causa era, pois, o carácter automático da afectação das receitas do imposto e, por essa razão, o Governo Italiano acusou o Tribunal do formalismo, já que o litígio seria necessariamente decidido de modo diferente se as receitas do imposto, em vez de serem afectadas à “caisse de péréquation”, o fossem ao tesouro. A política de auxílios, autorizada pelo Regulamento n.º 3330/74, passaria então a ser realizada por via do Orçamento Geral do Estado. ⁽¹¹⁾

Uma última contribuição à noção de imposição interior convém ainda fazer. Prende-se ela com o facto de ser irrelevante para a aplicação do artigo 95.º a natureza do encargo, o seu carácter especial ou ainda os processos fiscais utilizados.

⁽¹¹⁾ Esta aplicação draconiana do artigo 95.º é também patente no caso 21/79 “Comissão c. Itália” em que o Tribunal não admitiu o argumento de que a discriminação fiscal em questão visava substituir a indemnização prevista pelo artigo 13.º da directiva 75/439.

O artigo 95.º deve ser objecto de uma interpretação lata. ⁽¹²⁾ Como tal, a natureza da taxa é indiferente.

Por outro lado, e pela mesma razão, a noção de imposição interior é independente da entidade encarregada de proceder à colecta do imposto. ⁽¹³⁾

Também anódino é o destino diferente de ambas as receitas, a que resulta do imposto sobre os produtos importados e a que provém dos produtos nacionais. ⁽¹⁴⁾

1.2 A noção de “produtos similares”

A noção de “produtos similares” é talvez das mais complexas do artigo 95.º. Mais lata do que a de produtos idênticos e, todavia, mais restrita do que a de produtos concorrentes, a noção de “produtos similares” não pode, por natureza, ser reduzida a um conceito. Como repara Berlin ⁽¹⁵⁾, é o elemento de imprecisão que distingue a noção de produto idêntico da noção de produto similar. O primeiro implica uma perfeita e rigorosa similitude. A “identidade” supõe a constatação objectiva da semelhança, enquanto que a “similitude” comporta uma margem de apreciação subjectiva quanto aos elementos a ter em conta para estabelecer a semelhança dos produtos. Por essa mesma razão, a noção de similitude tem vindo a ser precisada pelo Tribunal das Comunidades para cada caso que lhe é submetido.

Mais compreensiva ou lata é a noção de “produtos concorrentes” que adiante precisaremos e que se prende com critérios, em boa parte retirados da delimitação do “relevant market” para efeitos de aplicação do direito de concorrência.

A definição da noção de similitude é, em cada caso formal e materialmente indispensável para situar o problema da discriminação.

No caso 27/67 “Fink-Frucht” ⁽¹⁶⁾ o Tribunal considerou como produtos similares aqueles que são abrangidos pela mesma classificação fiscal,

⁽¹²⁾ Nesse sentido se pronunciou o Tribunal nos casos 148/77 “Hansen Balle” (Rec. 1978 p. 1787), 168/79 em análise, 84/71 “Marimex” (Rec. 1972 p. 89), 74/76 “Janelli Volpi” (Rec. 1977 p. 557).

⁽¹³⁾ Vide o acórdão no caso 35/76 “Simmenthal” (Rec. 1976 p. 1871).

⁽¹⁴⁾ Vide o acórdão no caso 45/75 “Rewe/Hauptzollamt” (Rec 1976 p. 181).

⁽¹⁵⁾ Dominique Berlin “Portée des dispositions fiscales du traité de Rome et harmonisation des fiscalités indirectes” in R.T.D.E. 1980 p. 471.

⁽¹⁶⁾ Rec. XIV p. 223.

aduaneira ou estatística, consoante o caso. Naturalmente, esta posição abre o caminho a todo o tipo de classificações fictícias por parte dos Estados-membros. Em rigor, tal afirmação só tem valor quando se refira, por exemplo, a casos como a pauta aduaneira comum e em que são as próprias disposições de direito comunitário que fornecem as indicações necessárias ao estabelecimento da relação de similitude.

No caso 45/75 “Rewe”⁽¹⁷⁾ o Tribunal decidiu que devem ser considerados como similares os produtos que apresentem, em relação aos consumidores, propriedades análogas ou que sejam susceptíveis de responder a idênticas necessidades. Esta solução entronca na ideia de que a relação de similitude deverá ser estabelecida através do exame dos hábitos de consumo nos Estados-membros em causa, perspectiva que assenta na constatação da existência de um “rapport apparent” e é, fundamentalmente, centrada na inteligência do consumidor.

Veremos que, embora a definição da relação de similitude, a partir do ponto de vista do consumidor, forneça ao Tribunal a margem de manobra desejada⁽¹⁸⁾, não deveria ser, porém, o critério do consumidor a precisar a noção. Na verdade, o critério do consumidor assiste à noção de substituição e de produtos concorrentes necessária à interpretação do segundo parágrafo do artigo 95.º e não deve, assim, sob pena de homologia, servir também à elaboração da noção de similitude. Isto é tanto mais verdadeiro quanto, apesar de tudo, se pretende uma aplicação distinta dos primeiro e segundo parágrafos do artigo 95.º.

O desvanecer da distinção entre produtos substituíveis e similares conduz, ao fim e ao cabo, a que os critérios de distinção entre o primeiro e segundo parágrafos do artigo 95.º sejam apenas, no primeiro, a comparação dos encargos fiscais e no segundo, o efeito protector. (Vide nesse sentido o acórdão em análise no caso 168/78 considerandos n.ºs 6 e 7).

1.3 Noção de “imposição interior discriminatória”

Da leitura do primeiro parágrafo do artigo 95.º pode resultar que a imposição interior é discriminatória quando faz incidir sobre o produto

⁽¹⁷⁾ Loc. cit. n.º 14.

⁽¹⁸⁾ No caso 148/77 “Hansen Balle” o Tribunal sublinhava esta atitude ao afirmar que convém

importado um encargo superior àquele que incide sobre o produto nacional semelhante. Todavia, como veremos, e por virtude da interpretação lata que o Tribunal faz do normativo em análise, a proibição nele contida refere-se, não apenas à discriminação de natureza quantitativa, mas também à discriminação de natureza qualitativa.

A regra de não discriminação contida no artigo 95.º deve tomar em consideração, para além do “quantum” ou da taxa de imposição, as disposições internas relativas à incidência e aos modos de percepção do imposto. Segundo o Tribunal das Comunidades, o critério de comparação decisivo é o da incidência efectiva (“incidence effective”) de cada imposto sobre a produção nacional por um lado, e os produtos importados por outro (19).

Como exemplo desta exegese temos o caso 55/79 em que foi considerado o desrespeito da Irlanda pelo artigo 95.º dado a legislação fiscal desse país consentir aos produtos nacionais prazos de pagamento do imposto, que eram recusados aos importadores dos mesmos produtos.

O critério de incidência efectiva vinha, aliás, sendo uma constante da jurisprudência comunitária (20).

Consequentemente, não só o facto tributável deve ser idêntico como também o método de cálculo das imposições não pode ser discriminatório. No caso “Hansen Balle” (21) o Tribunal decidiu, portanto, que a possibilidade de beneficiar de isenções deve ser conferida, tanto a produtos nacionais, como a produtos importados.

Por outro lado, são irrelevantes todos os factores não fiscais susceptíveis de justificar, em termos de política económica, uma discriminação. Logo, quer o argumento dos “green pounds” (desigualdade de natureza monetária) no caso 55/79, quer o argumento da necessidade de beneficiar produções de custo muito elevado, no caso 21/79 “Comissão c. Itália” (22), não foram capazes de justificar a discriminação perante o Tribunal de Justiça.

(19) Vide o acórdão no caso 55/79 “Comissão c. Irlanda” (considerando n.º 8) Rec. 1980 p. 481.

(20) Vide os casos 45/75, “Rewe”, 127/75 “Bobie”, 74/76 “Ianelli Volpi” e 78/76 “Steinike Weinling” entre outros.

(21) Rec. 1978 p. 1787.

(22) Rec. 1980 p. 1.

1.4 Noção de “produtos concorrentes”

O segundo parágrafo do artigo 95.º, cuja finalidade é a de impedir um proteccionismo fiscal indirecto, aplica-se ao tratamento fiscal de produtos, que, sem serem similares nos termos do primeiro parágrafo, se encontram em situação de concorrência parcial, indirecta ou potencial com certas produções do país importador ⁽²³⁾.

O problema que se nos depara hoje em dia, como aliás vimos atrás, é o da expressão cada vez mais atenuada da distinção entre produtos similares e concorrentes. Uma definição de similitude conotada com os hábitos do consumidor arrisca facilmente a confusão ou a indiferença entre semelhança e concorrência. Como a primeira implica normalmente a segunda e, dado que não se verifica tão frequentemente o contrário, podemos afirmar que a relação de concorrência pode ser determinada por um latíssimo nexo de similitude ⁽²⁴⁾.

Todavia este critério não é suficiente, nem claro. Outros existem para determinar a relação de concorrência, que ultrapassam aqueles que são comuns à relação de semelhança como é o caso dos hábitos do consumidor.

Convém, pois, buscar inspiração na doutrina e jurisprudência comunitária, em matéria de normas de concorrência muito especialmente no que respeita à delimitação do “relevant market” em casos de abuso de posição dominante.

Como resultado da jurisprudência do Tribunal, um dos elementos essenciais na determinação da relação de concorrência entre produtos é o grau de substituição, a “interchangeabilité” dos produtos em causa, ou seja, a capacidade de dois ou vários produtos distintos satisfazerem as mesmas necessidades.

No acórdão sobre o caso 6/72 “Continental Can” ⁽²⁵⁾ o Tribunal admitiu claramente que “as possibilidades de concorrência só podiam ser apreciadas em função das características dos produtos em causa e em virtude das quais tais produtos seriam particularmente aptos a satisfazer necessidades bem determinadas e pouco substituíveis por outros produtos” (considerando n.º 32). Como comentam certos autores ⁽²⁶⁾, uma tal apreciação nunca se

⁽²³⁾ Vide caso 168/78 “Comissão c. República Francesa” (Considerando n.º 6).

⁽²⁴⁾ Nesse sentido o acórdão no caso 168/78 (considerando n.º 12).

⁽²⁵⁾ Rec. 1973 p. 215.

⁽²⁶⁾ Vide Braun, Gleiss e Hirsch in “Droit des ententes de la Communauté économique européenne” Larcier — Bruxelles 1977 p. 328.

deverá fazer em abstracto mas, diversamente, em concreto e tendo em conta as circunstâncias de cada caso.

No caso 27/76 “United Brands”, ⁽²⁷⁾ mais conhecido por “chiquita”, o Tribunal foi ainda mais conciso ao afirmar que “a banana, para ser considerada como objecto de um mercado suficientemente distinto, deve poder ser individualizada pelas suas características particulares, que a diferenciam dos outros frutos frescos ao ponto de ser pouco substituível por eles sofrendo apenas a sua concorrência de um modo pouco sensível” (considerando n.º 22).

Também nos casos Hoffmann-La Roche ⁽²⁸⁾ e Hugin Liptons ⁽²⁹⁾ o mercado de cada grupo de vitaminas e o mercado de peças de máquina foram considerados pouco substituíveis.

Dadas as características próprias do artigo 95.º, a existência de uma relação de concorrência entre dois produtos aprecia-se, todavia, não apenas em função do estado actual do mercado, mas também tendo em conta as capacidades da sua evolução no contexto da livre circulação de mercadorias e as novas possibilidades de substituição que a intensificação das trocas comerciais pode trazer.

Convém agora tratar da aplicabilidade do artigo 95.º no caso de não existir qualquer produção nacional concorrente ou susceptível de protegida.

No caso 27/67 “Fink-Frucht” ⁽³⁰⁾ o tribunal deixou claro que o artigo 95.º não impede os Estados-membros de fixarem imposições interiores a produtos que não tenham semelhante ou concorrente a nível interno. Resta saber se tal decisão não esquece o problema das taxas de efeito equivalente.

A jurisprudência do Tribunal nos casos de ausência de produção nacional concorrente foi no entanto precisada no caso 31/67 “Stier” ⁽³¹⁾. Em tal caso considerou o Tribunal que a soberania fiscal dos Estados-membros conhece todavia os limites fixados pelos princípios gerais do Mercado Comum. O Tribunal admitiu, com efeito, que o artigo 95.º não proíbe os Estados-membros de fazerem incidir sobre os produtos importados uma imposição interior nos casos em que não há produto nacional semelhante ou outras produções nacionais susceptíveis de serem protegidas.

Todavia, não podem os Estados-membros fazer incidir sobre produtos, que,

⁽²⁷⁾ Rec. 1978 p. 275.

⁽²⁸⁾ Rec. 1979 p. 461.

⁽²⁹⁾ Rec. 1979 p. 1896.

⁽³⁰⁾ Rec. XIV p. 341.

⁽³¹⁾ Rec. XIV p. 356.

Todavia, não podem os Estados-membros fazer incidir sobre produtos, que, por falta de produção interior comparável, escapam à proibição do artigo 95.º, encargos de tal montante que a livre circulação de mercadorias seja por isso afectada. Semelhante afectação da livre circulação de mercadorias não existirá, todavia, se a taxa de imposição se situar dentro do quadro geral do sistema de tributação nacional de que a taxa em questão faça parte integrante.

Compatibilizada fica assim a leitura do artigo 95.º com o princípio da eliminação das restrições ao comércio intracomunitário.

1.5 Noção de efeito protector

Como salientámos no início desta nota, o artigo 95.º visa, não apenas garantir a neutralidade da tributação interna face ao comércio intracomunitário, mas também evitar distorções na concorrência. Consequentemente, quer o primeiro, quer o segundo parágrafos dos artigos 95.º têm como resultado a eliminação da protecção das produções nacionais operada por via da discriminação fiscal. Acontece, porém, que para atingir tal fim em relação a produtos similares é suficiente o critério da comparação da incidência efectiva da imposição. O mesmo não acontece, no entanto, em relação a produtos, que, apesar de concorrentes, não possam ser tratados pela idêntica bitola da similitude⁽³²⁾. Neste último caso o ascendente da problemática da livre concorrência sobre a da livre circulação impõe um critério abstracto de discriminação: o efeito protector. Esta situação é particularmente evidente nos casos em que a tributação não discriminatória mas diferenciada de produtos não similares tem como resultado a alteração da posição concorrencial de produtos nacionais e importados. Tal aconteceu, como veremos, nos casos que são objecto da presente análise.

Sem pretendermos aqui definir a noção de efeito protector — para esse efeito reservamos a análise dos casos — convém desde já sublinhar que na aplicação do segundo parágrafo do artigo 95.º terá de ter-se em conta o efeito protector potencial e não apenas real, isto é, a capacidade que determinada medida fiscal tem de real e potencialmente criar condições óptimas de desenvolvimento da produção nacional pelo simples facto de prejudicar a penetração do produto importado concorrente. Por esta razão, a prova

(32) É, neste passo, interessante chamar a atenção para o problema da aplicação do artigo 95.º a produtos, que apesar de semelhantes não são de modo algum concorrentes.

estatística do efeito protector é negligenciável. Basta, com efeito, que o mecanismo de tributação seja de tal sorte e tenha como inerentes, características capazes de conduzir ao efeito protector referido no Tratado (33).

2. Os factos

No caso 168/78 o processo de infracção, nos termos do artigo 169.º, era dirigido contra a República Francesa.

A França tem uma produção de aguardente da ordem dos 1230000 hl por ano dividida em três categorias: a primeira compreende as aguardentes de vinho ou de frutas com denominação de origem controlada (“cognac”, “armagnac” e “calvados”) e em que a produção é da ordem dos 800000 hl por ano, a segunda compreende as aguardentes de vinho ou frutas que resultam da destilação da produção própria de pequenos produtores (os “bouilleurs de cru”) sem denominação de origem e em que a produção é da ordem dos 100000 hl por ano e a terceira compreende as aguardentes de cereais de produção limitada e contingendada de 8000 hl por ano (com excepção do “rhum” dos departamentos do ultramar em que a produção atinge os 312000 hl).

Em 1979, o total dos impostos sobre o consumo e sobre o fabrico de aguardentes de cereal era de 6380 FF por hl de álcool puro. O total dos mesmos impostos era, todavia, de 4980 FF para a genebra e de 4970 FF para as aguardentes de vinho. (34)

Em 1975 a Comissão chamou a atenção do Governo francês para o facto de tal regime fiscal ser discriminatório face às aguardentes de cereal, na maior parte importadas, e de constituir um factor de protecção em relação à produção das aguardentes vinícolas francesas. A esta acusação respondeu o Governo francês que os dois tipos de aguardentes em causa não eram, nem semelhantes, nem substituíveis e que, como tal, não se verificava nenhuma infracção ao artigo 95.º.

Face a esta resposta, a Comissão iniciou a segunda fase do processo de infracção enviando, nos termos do artigo 169.º, um parecer fundamentado que não obteve resposta do Governo francês, razão pela qual decidiu o

(33) Vide nesse sentido o caso em análise 170/78 “Comissão c. Reino Unido”.

(34) No projecto de lei de finanças para 1980 os montantes eram respectivamente de 7655 FF, 5975 FF e 5125 FF.

executivo comunitário submeter o assunto à apreciação do Tribunal das Comunidades.

No caso 169/78 era a República italiana requerida em idêntico processo de infracção já que, com uma produção de aguardente que ronda os 400 000 hl por ano, em que a parte das aguardentes de fruta é de 24 000 hl e a das aguardentes de cereal ainda inferior, a Itália utilizava um sistema de tributação do consumo em que, por exemplo, para cada dois litros de aguardente o imposto devido ao Estado é de 640 LI e 105 LI, consoante se trate de aguardente de cana e cereais ou de aguardente de vinho.

É claro que, também aqui, e dado que a produção de aguardente de cereal italiana é negligenciável, o regime tem como resultado que, por exemplo o “whisky” e o “rhum”, aguardentes importadas, são mais pesadamente tributadas.

Neste caso, houve igualmente necessidade de submeter o assunto à apreciação do Tribunal das Comunidades já que a Itália, alegando inexistência de fundamento para a acusação de discriminação e de protecção da indústria nacional, não se conformou com as exigências da Comissão expressas, quer na primeira carta de aviso, quer no parecer fundamentado.

No caso 170/78 o processo de infracção era dirigido contra o Reino Unido. Desta vez, como aliás veremos, a situação era bem mais delicada. Na verdade, não estava em causa a tributação diferenciada entre espécies de aguardente ou de álcool, mas entre o vinho e a cerveja. Enquanto que, no que diz respeito ao vinho, o imposto é de 2,955 libras por galão, no que diz respeito à cerveja, para o mesmo volume, o imposto é de 0,557 libras.

Em resposta à carta de aviso da Comissão, o Governo do Reino Unido respondeu que não seria de admitir qualquer relação significativa entre os mercados da cerveja e do vinho de modo que, além de se não estar em presença de produtos similares, nunca o regime de tributação em causa poderia ser destinado a proteger a produção interna de cerveja.

No parecer fundamentado que precedeu a introdução do recurso, a Comissão contrariou as pretensões do Governo britânico afirmando que existia uma relação de concorrência entre a cerveja e o vinho e que, por conseguinte, a elevada carga fiscal que incidia sobre este tinha como resultado efectivo a protecção do consumo daquela.

Também a possibilidade de discriminação fiscal na Dinamarca foi objecto das atenções da Comissão.

O caso 171/78 prendia-se com a tributação diferenciada expressa numa taxa preferencial sobre a “akvavit” ou “Snaps” em relação às outras

aguardentes. Deve acrescentar-se que a produção dinamarquesa de aguardentes é da ordem dos 7 000 000 l ano, dos quais 6 000 000 são “akvavit” ou “Snaps” sendo o consumo anual de aguardentes de 9 000 000 (a diferença entre a produção interna e o consumo é essencialmente coberta por “whisky”, “vodka”, “cognac”, “gin” e “rhum” importados).

A Comissão fez notar ao Governo dinamarquês que tal regime fazia incidir quase exclusivamente sobre as aguardentes importadas a mais elevada taxa de tributação. O Reino da Dinamarca não se conformou, porém, convenientemente, razão pela qual a Comissão submeteu o caso a apreciação do Tribunal das Comunidades.

Como último caso, propusemo-nos analisar aquele que foi suscitado pela “pretura de Casteggio” na sequência de um litígio que opôs a sociedade anónima “Vinal” à sociedade anónima “Orbat”.

“Vinal” vendera a “Orbat” 19 hectolitros de álcool sintético desnaturado, importado de um Estado-membro da CEE ao preço de 62 000 libras por hectolitro. Em Janeiro de 1980 “Orbat” contestou tal preço dado que este incluía, em sua opinião, um direito especial de 12 000 libras por hectolitro. Na sequência desta atitude, “Vinal” requereu na “pretura de Casteggio” que “Orbat” fosse condenado a levantar a mercadoria e a pagar o preço, executando-se, assim, o contrato. “Orbat” reconheceu dever pagar o preço de 50 000 libras de base por hectolitro mais o IVA, mas opôs-se ao pagamento do direito especial, pois considerava-o incompatível com o artigo 95.º do Tratado CEE, porquanto, embora com incidências fiscais diferentes, o álcool etílico sintético desnaturado (importado da França) e o álcool etílico de fermentação desnaturado eram produtos semelhantes.

Em virtude de ter sido invocada a aplicação do artigo 95.º, o Tribunal italiano suspendeu a instância e, ao abrigo do artigo 177.º do Tratado CEE, formulou ao Tribunal das Comunidades as seguintes questões.

- a) Deve o primeiro parágrafo do artigo 95.º ser interpretado de forma a serem considerados semelhantes dois produtos derivados de matérias primas diferentes, mas susceptíveis de servir a mesma finalidade e de representar a mesma utilidade?

- b) No caso de resposta afirmativa à primeira questão, deverá o primeiro parágrafo do artigo 95.º ser interpretado de modo a ser considerada

proibida a tributação que incida de modo formalmente idêntico sobre o produto comunitário e o produto nacional semelhante, mas que constitua de facto uma discriminação fiscal em detrimento dos produtos importados, uma vez que o produto com mais leve carga fiscal é essencialmente de origem nacional?

- c) No caso de resposta negativa a uma das questões anteriores, deve o número 2 do artigo 95.º ser interpretado, em relação ao caso presente, no sentido de que é proibido tributar mais fortemente um produto proveniente, essencialmente, de outros Estados-membros tendo como consequência a protecção da produção nacional concorrente?

3. Os argumentos das partes

Convém, de início, chamar a atenção para o facto de nos cinco acórdãos em análise se verificarem homologias e dissemelhanças que permitem uma arrumação, aliás elementar, do seu tratamento.

Tentaremos assim, sempre que possível, resumir conjuntamente os casos 168/78, 169/78 e 171/78. Diferentemente, os casos 170/78 e 46/80 exigem um estudo separado.

Nos casos 168/78, 169/78 e 171/78 movidos pela Comissão, respectivamente, contra a República italiana e o Reino da Dinamarca um traço comum permite o seu estudo conjunto: nos três casos estava em causa o tratamento fiscal diferenciado de aguardentes, independentemente da sua origem nacional ou estrangeira.

No caso 170/78 “Comissão c. o Reino Unido estava em questão o tratamento fiscal diferenciado do vinho e da cerveja, também independente da origem dos produtos.

Por último, no caso 46/80 “Vinal c. Orbat” o litígio prendia-se com o tratamento fiscal diferenciado, independente da origem dos produtos do álcool etílico sintético desnaturado e do álcool etílico de fermentação desnaturado.

3.1 Os casos 168/78, 169/78 e 171/78

Nos três casos em epígrafe, a Comissão começou por salientar que as aguardentes, quaisquer que sejam as matérias primas utilizadas na sua fabricação, apresentam propriedades análogas, satisfazendo por isso, essencialmente, as mesmas necessidades do consumidor. Assim, quaisquer que sejam as matérias primas utilizadas, as aguardentes, enquanto produtos acabados, pertencem a um mercado único global. ⁽³⁵⁾ Por essa razão, a Comissão submetera já ao Conselho, no quadro do estabelecimento de uma organização comum do mercado do álcool, uma proposta de taxa única para tais produtos, taxa que seria aplicada em função de teor de álcool puro.

Para a Comissão, de um ponto de vista comunitário, só este critério era válido. Por esta razão, foram consideradas inaceitáveis as observações dos Estados-membros requeridos segundo as quais se teria de distinguir, de entre as aguardentes, diferentes categorias de produtos distintos em função das matérias primas utilizadas, das suas características típicas ou dos hábitos do consumidor nos diversos Estados-membros.

As alegações dos Governos francês, italiano e dinamarquês centraram-se, fundamentalmente, na pretensão da ausência de similitude e na de ausência de efeito protector. Visava-se, assim, evitar a aplicação, quer do primeiro, quer do segundo parágrafos do artigo 95.º ⁽³⁶⁾.

No que respeita ao problema da relação de similitude entre os produtos, o Governo francês começou por considerar que, na ausência de definição de similitude no Tratado, compete aos Estados-membros estabelecê-la em obediência ao disposto no artigo 95.º. Deste modo, o que conta não é a definição mas os efeitos dela. São estes que devem ser compatíveis com o Tratado ⁽³⁷⁾. O Governo francês não julgou que a posição tarifária

⁽³⁵⁾ É aqui difícil retirar o sentido preciso desta afirmação do executivo comunitário, já que não sabemos se "analogia" é sinónimo de "similitude" nem se, no conceito de "mercado único" embarcam produtos similares e concorrentes ou diversamente só os primeiros ou só os segundos.

⁽³⁶⁾ Além destes argumentos de fundo, o Governo dinamarquês punha a questão de saber se a harmonização das legislações fiscais, prevista no artigo 99.º, não deveria ter prioridade sobre a aplicação do artigo 95.º, ignorando, assim, o efeito directo do normativo já anteriormente reconhecido pelo Tribunal no caso 57/65 "Lütticke".

⁽³⁷⁾ Acontece, porém, que o problema dos efeitos se situa mais no segundo parágrafo do artigo 95.º do que no primeiro. No primeiro parágrafo, o problema é o do encargo discriminatório em si por categoria de produtos semelhantes. No segundo parágrafo, a questão é a do efeito-protector. A análise dos efeitos é, pois, como o reconhecem a Comissão e o Tribunal, um problema independente e subsidiário conotado com a própria subsidiariedade da aplicação do segundo parágrafo do artigo 95.º.

n.º 22.09 C, que comporta várias subdivisões, constituísse argumento em favor da similitude das diversas aguardentes.

Também o Governo italiano contestou a relação de similitude entre todas as aguardentes em causa. Para além da irrelevância do critério da posição pautal, a identidade de um produto, aos olhos do consumidor, deve ser tida como secundária face aos critérios materiais de análise assentes na diferença de matérias primas utilizadas, de tipos de álcool ou de processos de fabricação. Admitindo a dissemelhança entre os produtos em causa, não haveria, na opinião do Governo italiano, qualquer discriminação fiscal.

Por último, o Governo dinamarquês recusou, também, o nexo de similitude entre a “akvavit” e as outras aguardentes já que, ao contrário do que se passa nas segundas, a primeira é consumida essencialmente durante as refeições. Verificando-se tal diferença, as imposições em questão não poderiam ser consideradas discriminatórias já que o regime fiscal contestado não opera distinções entre produtos importados e nacionais, não vigorando, neste aspecto, o critério da origem do produto.

Os três Estados-membros requeridos recusaram, também, a ideia da existência de uma relação de substituição e de concorrência.

Sob a perspectiva da posição do consumidor, o Governo francês recusou a relação de substituição porque, segundo ele, o critério de substituição é o do “flavour du distillat” (um conjunto de qualidades em que se conjuga o sabor e o aroma), que apontaria para a inexistência de concorrência. A este facto se aliava a circunstância de o “cognac” ser uma bebida digestiva ao passo que o “whisky” era uma bebida aperitiva. Deste modo estava afastada toda a hipótese de efeito protector.

O Governo italiano pretendeu refutar a presença de efeito protector, não através da demonstração de inexistência da possibilidade de substituição entre os produtos, mas através da comparação dos consumos de “whisky” e de aguardentes de vinho. Demonstrava-se, assim, a ausência de efeito protector da legislação fiscal, já que o aumento do consumo de “whisky” era muito superior ao aumento do consumo das outras aguardentes.

O Governo dinamarquês, por seu lado, utilizando um critério semelhante ao francês, veio alegar que a verdadeira alternativa à “akvavit” é a da cerveja e do vinho e que só em relação a estes, pelo facto de se tratar de bebidas consumíveis durante a refeição, se verifica a possibilidade de uma elasticidade cruzada da procura.

Como dissemos atrás, a Comissão inclinou-se pela consideração de todas as aguardentes como produtos similares. Esta atitude encontrava a

sua justificação no facto de todas as aguardentes serem objecto da mesma classificação aduaneira, uma vez que todas elas se encontram inscritas na posição 22.09 C da pauta aduaneira comum.

No caso de o nexo de similitude não ser reconhecido pelo Tribunal, a Comissão afirmava, subsidiariamente, a existência de efeito protector. A relação de concorrência subjacente ao efeito protector era confirmada pelo facto de a necessidade de estabelecer uma distinção entre as aguardentes implicar em muitos casos a necessidade das denominações de origem. Todavia, uma vez que optara pela existência de similitude entre os produtos a Comissão analisou o problema do efeito protector independentemente da questão da concorrência. (Esta estaria de certo modo implícita). O efeito protector existiria ⁽³⁸⁾ porque o sistema fiscal estaria organizado de forma a incidir mais fortemente sobre as aguardentes que são quase exclusivamente importadas, uma vez que a produção nacional dessas aguardentes é insignificante. Em contrapartida a mais baixa taxa aproveita apenas ou quase exclusivamente aos tipos de álcool que representam a maior parte da produção nacional. Por esta razão, mesmo que o nexo de semelhança fosse negado, o sistema fiscal asseguraria indirectamente uma vantagem concorrencial à produção nacional.

3.2 O caso 170/78

No caso 170/78 a Comissão não só demonstrou a disparidade dos encargos fiscais, que incidem sobre o vinho e a cerveja, como também defendeu a existência de uma relação de concorrência real e potencial entre os dois produtos. Tal relação de concorrência resultaria das possibilidades de substituição ligadas ao facto de ambos os produtos serem o resultado de um processo de fermentação natural e de apresentarem utilizações no que se refere ao acompanhamento de refeições.

Todavia, embora admitindo que numa relação de concorrência normal o vinho e a cerveja devem ser objecto da mesma incidência fiscal, a Comissão não forneceu ao Tribunal a sua opinião sobre qual seria a relação de tributação adequada para os dois produtos. Limitando-se a constatar que, para um volume igual, o encargo suportado pelo vinho era

⁽³⁸⁾ Vide caso 168/78 (considerando n.º 29) e caso 171/78 (considerando n.º 24).

o quántuplo do encargo suportado pela cerveja, o executivo comunitário admitiu o efeito protector do sistema fiscal britânico. Tal efeito era Benelux, provar que a comercialização do vinho fora entravada no Reino Unido pelo regime fiscal litigioso. A consequência era a de que o vinho, de consumo corrente noutros Estados-membros, arriscava o rótulo de produto de luxo na Grã-Bretanha.

Os argumentos do Governo do Reino Unido eram, no entanto, extremamente ponderáveis.

Uma vez que toda a questão se coloca ao nível da aplicação do segundo parágrafo do artigo 95.º, alegava o Governo britânico que não bastava a existência de tributação diferenciada; era, além disso, necessária a prova de um real efeito protector. Ora, para determinar o efeito protector, seria necessário estabelecer as relações de substituição e concorrência entre os produtos, relações que não se verificariam entre o vinho e a cerveja por diversas razões, a saber: ambos os produtos resultavam de processos de fabricação distintos, tinham volumes alcoométricos diferentes, obedeciam a uma estrutura de preços diversa e eram consumidos em lugares e ocasiões inconfundíveis. Além disso, a utilização do vinho apresentava um carácter excepcional e particular do ponto de vista dos hábitos sociais.

O desfasamento entre os encargos fiscais suportados atenuar-se-ia, além disso, se se tivessem em conta as unidades típicas de consumo — copo de vinho e copo de cerveja — que em virtude do maior tamanho do último suportam idênticos encargos.

Concluindo, para o Governo do Reino Unido, o efeito protector real não se verificaria, já que o sistema fiscal em causa não impediu que se constatasse o aumento das importações de vinho.

3.3 O caso 46/80

Por último, no caso 46/80 “Vinal c. Orbat” a sociedade “Orbat”, requerida, contestou a compatibilidade do artigo 95.º com o regime fiscal em vigor para os dois tipos de álcool referidos. O álcool sintético desnaturado e o álcool de fermentação desnaturado seriam produtos similares, senão mesmo idênticos. O primeiro tipo de álcool, mais fortemente tributado, é exclusivamente importado e o segundo, mais ligeiramente tributado, é de produção nacional.

Esta tese foi parcialmente sustentada pela Comissão, que alegou a identidade química dos dois tipos de álcool e a sua perfeita substituição, aliás confirmada pela sujeição de ambos os produtos à mesma posição pautal. A imposição diferenciada teria por consequência, na ausência de uma produção de álcool sintético em Itália, impedir praticamente toda a importação desse produto em proveniência de outros Estados-membros, e privilegiar directamente a produção nacional de álcool de fermentação.

A Sociedade “Vinal”, requerente, sustentou a compatibilidade do sistema com o artigo 95.º, uma vez que na Itália existia uma produção pelo menos potencial de álcool sintético, e que o álcool de fermentação era igualmente tributado, fosse ele nacional ou estrangeiro. Além disso, a tributação diferenciada obedecia a razões objectivas, relacionadas com a política de redução do consumo de produtos petrolíferos ⁽⁴⁰⁾.

O Governo Italiano reforçou os argumentos da Sociedade “Vinal” sublinhando que o Tribunal, por diversas vezes, se pronunciara favoravelmente face à introdução de regimes fiscais diferenciados, justificados por razões objectivas (vide cons. n.º 11). O regime fiscal em causa, destinado a evitar a produção em Itália de álcool sintético a partir de derivados do petróleo, desencorajava tanto as importações em Itália de tal produto como desincentivava a produção interna do mesmo.

Não existiria, pois, qualquer efeito protector ⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ O álcool sintético desnaturado é obtido a partir de produtos petrolíferos.

⁽⁴¹⁾ Note-se neste argumento o princípio do deslocamento da problemática do efeito protector. Na verdade, o efeito protector, que deve ser tido em conta é, não o que beneficia a produção nacional idêntica, mas o que beneficia a produção nacional concorrente; no caso presente não a produção de álcool sintético mas a de álcool de fermentação. O critério do efeito protector é um critério de aplicação do segundo parágrafo do artigo 95.º. No primeiro parágrafo do mesmo artigo, o efeito protector da discriminação, caracterizada pela tributação diferenciada de produtos idênticos ou similares, está implícito em relação ao produto nacional similar. Nunca pode, pois, ser o argumento de ausência de efeito protector a afastar a aplicação do primeiro parágrafo do artigo 95.º. O que conta neste domínio é a discriminação clara em relação à origem do produto. Em contrapartida, o segundo parágrafo do artigo 95.º aplica-se tanto a produtos similares como a produtos concorrentes. Isto é, aplica-se concretamente aos casos em que, apesar de uma tributação não discriminatória em relação a produtos similares ou idênticos, se verifica uma tributação diferenciada de um conjunto de produtos similares ou concorrentes em que se constata uma elasticidade cruzada da procura.

O argumento italiano só se justificaria, pois, no caso de não haver qualquer relação de substituição e concorrência entre os dois produtos. Ora, estava provado exactamente o contrário.

Neste caso, o argumento era, além disso, inútil, como inútil o é em rigor, já que não há qualquer discriminação fiscal dentro de cada um dos grupos de produtos, o que impõe logicamente que o efeito protector só se pode verificar de modo cruzado.

4. Os acórdãos proferidos nos Casos 168/78, 169/78 e 171/78

4.1 A função do artigo 95.º

O Tribunal começou por salientar a função do artigo 95.º enquanto complemento das disposições relativas à supressão dos direitos aduaneiros e das taxas de efeito equivalente. Tendo por fim assegurar a livre circulação de mercadorias em condições normais de concorrência, o artigo 95.º realiza essa finalidade garantindo a perfeita neutralidade das imposições internas no que respeita à concorrência entre produtos nacionais e produtos importados (cons. n.º 4) ⁽⁴²⁾.

4.2 O conteúdo do primeiro e segundo parágrafos do artigo 95.º

O primeiro parágrafo do artigo 95.º constitui, nos termos dos acórdãos em estudo, a regra de base na matéria, regra que assenta na comparação das cargas fiscais, que incidem sobre produtos nacionais e importados em relação aos quais se verifique um nexo de similitude (cons. n.º 5).

No mesmo considerando, foi ainda salientada a necessidade de se proceder, sempre que necessário, a uma interpretação lata do primeiro parágrafo do artigo 95.º de modo a abranger todos os procedimentos fiscais discriminatórios e a obter uma noção flexível de produtos similares, isto é, aqueles que apresentem, em relação ao consumidor, propriedades análogas ou que respondam às mesmas necessidades.

O campo de aplicação do primeiro parágrafo do artigo 95.º deve pois, ser determinado em função de um critério de analogia ou comparação das utilizações e não de identidade rigorosa.

A função do segundo parágrafo do artigo 95.º é definida de modo residual. Tal dispositivo abrange todas as restantes formas de protecção-

⁽⁴²⁾ NOTA: Quando for citado apenas um considerando é porque nos três textos o problema foi tratado sob o mesmo número.

nismo fiscal indirecto no caso de produtos que, não sendo similares nos termos do primeiro parágrafo, se encontram todavia em relação de concorrência mesmo parcial, indirecta ou potencial. O Tribunal fez apelo ao acórdão no caso “Fink Frucht” (43) onde estabeleceu que o segundo parágrafo do artigo 95.º se aplica aos casos em que o produto importado se encontra em concorrência com a produção nacional protegida em virtude de uma ou várias utilizações económicas, mesmo quando não se encontre absolutamente preenchida a condição de similitude exigida pelo parágrafo primeiro.

Resumindo esta problemática, no considerando n.º 7 o Tribunal esclareceu que o critério de apreciação referido no parágrafo primeiro do artigo 95.º consiste na comparação dos encargos fiscais relacionados com a taxa, a incidência e as modalidades de aplicação. Diferentemente, no que diz respeito ao segundo parágrafo do mesmo artigo, o critério tem uma natureza mais compreensiva ou global e prende-se com o carácter protector do sistema de imposições interiores.

4.3 A caracterização do mercado das aguardentes

Igualmente, na fase preliminar dos acórdãos, o Tribunal caracterizou de modo esquemático o mercado das aguardentes tendo em conta, especificamente, o estado geral do mercado das bebidas alcoólicas na Comunidade.

Em primeiro lugar, o Tribunal considerou que entre o largo grupo das bebidas alcoólicas, as aguardentes formam um conjunto identificável e unido por características comuns. Essencialmente, os traços genéricos comuns das aguardentes seriam: o facto de todas serem o resultado de um processo de destilação, e o facto de conterem álcool em elevado grau de concentração.

Em segundo lugar, e por força das características próprias relativas às matérias primas utilizadas, aos processos de fabricação e às substâncias aromáticas adicionadas, é possível definir variedades típicas de aguardentes.

Por último, a par destas variedades típicas, outras existem de características menos marcadas e de utilização mais elástica que, resultantes de

(43) Loc. cit. n.º 16.

alcoóis neutros de variadas origens, devem a individualização a aditivos aromáticos de gosto mais ou menos pronunciado. Estas variedades atípicas podem concorrer com uma gama mais ou menos larga de outras bebidas alcoólicas.

No considerando n.º 11 o Tribunal concluiu, pois, que estavam em causa, em qualquer dos casos, variedades típicas e atípicas de aguardentes.

4.4 A aplicação abstracta do artigo 95.º ao mercado das aguardentes

O Tribunal sublinhou que, no conjunto de todas as aguardentes, um número indeterminado deve ser considerado como constituído por produtos similares, nos termos do primeiro parágrafo do artigo 95.º. Tal classificação pode, no entanto, apresentar dificuldades em alguns casos, por força da natureza dos factores implicados em critérios de distinção tais como o gosto ou os hábitos de consumo.

Contudo, mesmo nos casos em que seja impossível estabelecer um grau suficiente de similitude, existem entre todas as aguardentes traços comuns suficientemente evidentes para que seja possível admitir, em qualquer circunstância, a existência de uma relação de concorrência, pelo menos parcial ou potencial, entre o referido tipo de bebidas alcoólicas.

Em todos os casos em que a relação de similitude for duvidosa ou contestada, permanece viável a aplicação do parágrafo segundo do artigo 95.º. Consequentemente, o artigo 95.º pode ser aplicado indistintamente a todos os produtos em causa. Basta para o efeito verificar se o sistema fiscal nacional tem natureza discriminatória ou efeito protector, isto é, se a diferença das taxas ou as modalidades de imposição são susceptíveis de favorecer uma produção nacional determinada.

4.5 Os limites da soberania fiscal dos Estados-membros

Respondendo aos argumentos que as partes pretenderam retirar do acórdão sobre o caso “Hansen Balle” (44) o Tribunal das Comunidades fez

notar que a legitimidade de certas isenções e benefícios fiscais está sujeita ao alargamento de tais vantagens, de modo não discriminatório, aos produtos importados que se encontrem nas mesmas condições. A legitimidade de tais práticas, reconhecida com a intenção de garantir a sobrevivência de produções e empresas que não seriam normalmente rentáveis devido aos seus elevados custos, não é todavia compatível com a tributação diferenciada de natureza discriminatória ou protectora.

4.6 A questão da prioridade da harmonização fiscal

Nas suas alegações, o Governo dinamarquês tinha levantado a questão de saber se a harmonização fiscal prevista no artigo 99.º do Tratado CEE não deveria ter prioridade sobre a aplicação do artigo 95.º. O argumento era simples: uma vez que os Estados-membros tinham conservado a sua soberania fiscal, as incidências que as políticas fiscais tivessem no funcionamento normal do mercado comum deveriam ser eliminadas pelo processo de harmonização previsto no artigo 99.º.

O Tribunal, admitindo que os regimes fiscais nacionais podem constituir um obstáculo ao desenvolvimento das trocas entre Estados-membros, repudiou claramente a ideia da prioridade da harmonização fiscal. Segundo ele, a efectivação do programa de harmonização, previsto no artigo 99.º, não pode condicionar, nem prejudicar a aplicação do artigo 95.º. Na verdade, independentemente das disparidades entre os sistemas fiscais nacionais, “o artigo 95.º estabelece uma exigência fundamental, directamente ligada à proibição, entre Estados-membros, dos direitos aduaneiros e das taxas de efeito equivalente, na medida em que visa a eliminação, independentemente de qualquer harmonização, de todas as práticas fiscais nacionais susceptíveis de estabelecer discriminações, em prejuízo de produtos importados ou de assegurar uma protecção a certas produções nacionais” (45).

(44) A dado passo desse acórdão, afirmava o Tribunal que “no estado actual da sua evolução e na ausência de uma unificação ou harmonização das disposições pertinentes, o direito comunitário não proíbe aos Estados-membros a concessão de vantagens fiscais sob a forma de isenção ou redução de direitos em relação a certos tipos de álcool ou certas categorias de produtores e que facilidades fiscais desse tipo podem servir fins económicos e sociais legítimos, tais como a utilização pelas destilarias de determinadas matérias primas, a manutenção da produção de álcoois típicos de alta qualidade ou a manutenção de certas categorias de explorações tais como as destilarias agrícolas”.

(45) Caso 171/78 (considerando n.º 20).

Os artigos 95.º e 99.º têm objectivos distintos. O primeiro tem como finalidade eliminar, de imediato, as práticas fiscais discriminatórias ou protectoras, o segundo visa atenuar os obstáculos ao comércio intracomunitário, resultantes de disparidades dos sistemas fiscais mesmo que estes sejam aplicados de modo não discriminatório (46).

4.7 A questão da relação de similitude e concorrência entre os produtos em causa

4.7.1 O critério da posição pautal não foi considerado concludente pelo Tribunal. Na verdade, as subdivisões que integram o n.º 22.09 C da pauta aduaneira comum foram concebidas tendo em vista as relações exteriores da Comunidade e não podem, por isso, fornecer uma classificação adequada com vista à aplicação do artigo 95.º do Tratado. Não se pode, pois, com base em tais subdivisões, afastar a similitude dos produtos (47).

4.7.2. As estatísticas aduaneiras, destinadas a registar o volume do movimento de mercadorias sujeitas a diversas posições pautais, não podem fornecer indícios sobre a relação de concorrência existente entre mercadorias classificadas numa ou noutra posições diferentes (48).

4.7.3 A distinção entre bebidas digestivas e aperitivas, apesar de fundamentar a legislação fiscal francesa, é irrelevante para a exclusão de uma relação de similitude ou de concorrência. Uma tal distinção não tem em conta todas as circunstâncias em que tais bebidas podem ser consumidas. Além disso, para o Tribunal, as preferências dos consumidores são susceptíveis de retirar todo o sentido a tal distinção (49).

4.7.4 O critério retirado pelo Governo francês das diferenças de aroma e gosto (“flavour du distillat”) deve ser preterido por demasiado variável no tempo e no espaço. Não se pode, na realidade, com base nele, estabelecer uma distinção suficientemente segura para a definição das categorias fiscais destinadas a ser reconhecidas no conjunto da Comunidade (50).

4.7.5 Tão pouco os hábitos de consumo, por não serem uniformes na Comunidade, podem constituir um critério de distinção. (51)

(46) Vide caso 171/78 (considerando n.º 20).

(47) Vide casos 168/78 e 169/78 (considerando n.ºs 35 e 31 respectivamente).

(48) Vide caso 169/78 (considerando n.º 31).

(49) Vide caso 168/78 (considerando n.º 36).

(50) Vide caso 168/78 (considerando n.º 37).

4.7.6 O Tribunal acrescentou que as classificações assentes no gosto dos produtos e nos hábitos de consumo são tão mais difíceis de estabelecer quanto estão em causa produtos como o “whisky” e a “genebra”, que são susceptíveis de ser consumidos nas condições mais variadas (puros, misturados e com água).

Bem diversamente, concluiu o Tribunal, é exactamente essa flexibilidade no consumo que permite considerar tais bebidas como estando, quer numa relação de similitude com um número particularmente elevado de outras bebidas alcoólicas, quer numa relação de concorrência pelo menos parcial. ⁽⁵²⁾

4.7.7 No caso 171/78 o problema da similitude é encarado de modo diverso. O Tribunal sublinhou que o regime fiscal dinamarquês levanta um problema particular uma vez que a taxa mais favorável beneficia apenas um produto, a “akvavit” definido de modo preciso pela lei e com exclusão de todos os outros produtos. A questão é, pois, a de se estabelecer a relação de similitude ou de concorrência da “akvavit” com um número indeterminado de produtos, alguns deles identificados pela legislação fiscal, outros não. De entre os produtos que suportam o mais elevado encargo fiscal figuram um certo número, identificados na lei, cujas características se assemelham às da “akvavit” na medida em que são fabricados a partir de álcoois neutros, ficando a dever as suas características gustativas a aditivos aromáticos.

O Tribunal julgou que foi exactamente por virtude dessa semelhança que houve necessidade de especificar esses produtos, de modo a incluí-los claramente no regime fiscal mais desfavorável. Por virtude de tal facto, não hesitou em submetê-los ao regime do primeiro parágrafo do artigo 95.º. ⁽⁵³⁾

Em relação às outras aguardentes e, reafirmando a posição já assumida, a instância judicial comunitária julgou que, mesmo na impossibilidade de se estabelecer com certeza a medida da relação de similitude ou da relação de “concorrência de substituição”, não se poderia, razoavelmente, contestar que todas as bebidas alcoólicas referidas se encontrassem, sem excepção, numa relação de concorrência pelo menos parcial com o produto favorecido pela lei dinamarquesa. ⁽⁵⁴⁾

⁽⁵¹⁾ Vide caso 168/78 (considerando n.º 37).

⁽⁵²⁾ Esta conclusão aplicava-se quer ao caso 168/78 (vide considerando n.º 38) quer ao caso 169/78 (vide considerando n.º 32).

⁽⁵³⁾ Vide considerando n.ºs 31, 32, 33.

⁽⁵⁴⁾ Vide considerando n.ºs 33 e 34.

O Tribunal reforçou ainda esta afirmação ao considerar que, enquanto produtos de destilação, as restantes aguardentes têm, em comum com a “akvavit”, características suficientes para permitir que, em circunstâncias determinadas, possam constituir uma alternativa para o consumidor. Apesar de a “akvavit” gozar na Dinamarca de uma preferência específica para acompanhar certas refeições tradicionais, não está excluído que a referida bebida possa ser consumida noutras situações, entrando assim numa relação de substituição com várias aguardentes.

4.8 Os termos da compatibilidade dos regimes fiscais com o artigo 95.º e a questão da similitude e da concorrência.

Nos casos 168/78 e 169/78, respectivamente considerando n.ºs 38 e 40 e n.ºs 33 e 34), o Tribunal considerou desnecessário saber se os produtos em causa eram ou não parcial ou absolutamente similares, uma vez que não se poderia negar que todos eles se encontravam, sem excepções, numa relação de concorrência, pelo menos parcial, e que os regimes fiscais em causa tinham uma natureza inegavelmente protectora. As aguardentes enquanto produtos de destilação, contêm propriedades suficientes para constituir, pelo menos em certas circunstâncias, uma alternativa à escolha do consumidor.

O mesmo tipo de conclusão é fornecido no considerando n.º 35 do Caso 171/78.

4.9 A caracterização do efeito protector

Em relação ao regime fiscal francês, o Tribunal foi bem claro na caracterização do efeito protector. Assente o nexó de substituição e concorrência, o efeito protector resulta da relação que se estabelece entre o regime fiscal em questão e a própria estrutura da produção nacional, “ele é com efeito caracterizado pelo facto de uma parte essencial da produção nacional, a saber, as aguardentes derivadas do vinho e dos frutos, se encontrar na categoria fiscal mais favorecida enquanto que pelo menos dois tipos de produtos, quase na sua totalidade importados de outros Estados-membros, suportam uma imposição mais pesada” (55).

Igualmente no caso 169/78, referente ao regime fiscal italiano, os termos do acórdão são idênticos. O efeito protector resulta de “os produtos nacionais mais típicos, a saber, as aguardentes de vinho e de “marc”, se encontrarem na categoria fiscal mais favorável” (56), enquanto que dois tipos

(55) Caso 168/78 (cons. n.º 41).

de produtos em que o consumo interno é quase na totalidade satisfeito pelo recurso às importações, a saber, as aguardentes de cereais e o “rhum”, suportam um maior encargo fiscal.

O Tribunal acrescentou ainda que, a circunstância de existir uma produção nacional idêntica à das aguardentes importadas não é susceptível de modificar aquela Apreciação, porquanto é incontestável que se trata de quantidades mínimas ⁽⁵⁷⁾ (para mais, no caso italiano, de misturas de produtos importados e álcool vinícola italiano).

No caso 171/78 o sistema fiscal dinamarquês foi igualmente considerado discriminatório e protector. Apesar de não estabelecer qualquer distinção formal segundo a origem dos produtos, o sistema fiscal em questão foi organizado por tal forma que a maior parte da produção nacional de álcool releva da categoria fiscal mais beneficiada, enquanto que a quase totalidade dos produtos importados entra na categoria mais fortemente tributada. As características protectoras de tal sistema não desapareceram pelo facto de uma fracção mínima do álcool importado beneficiar da taxa de importação mais favorável, enquanto que uma certa proporção da produção nacional está incluída na mesma categoria fiscal dos álcoois importados ⁽⁵⁸⁾. Deste modo, apesar de tudo, em prejuízo das aguardentes importadas é beneficiada a produção nacional típica.

Convém aqui sublinhar que o facto de no caso francês, apesar da desvantagem fiscal, o “whisky” ter aumentado a sua parte de mercado não constitui prova de ausência de efeito protector. O que está em causa é, finalmente, a relação potencial de substituição e concorrência. ⁽⁵⁹⁾

4.10 Os termos da incompatibilidade dos regimes fiscais com o artigo 95.º

O Tribunal considerou os regimes fiscais francês e italiano incompatíveis com o artigo 95.º. Nenhuma distinção foi feita quanto aos dois primeiros parágrafos do citado artigo.

No que se refere ao regime fiscal dinamarquês a conclusão do Tribunal parece referir-se a uma incompatibilidade relativa, quer ao primeiro, quer ao segundo parágrafos do artigo 95.º.

⁽⁵⁶⁾ Caso 169/78 (cons. n.º 35).

⁽⁵⁷⁾ Vide a este respeito os casos 168/78 e 169/78 considerando n.ºs 41 e 35 respectivamente.

⁽⁵⁸⁾ Vide caso 171/78 considerando n.º 36.

⁽⁵⁹⁾ Vide caso 170/78 considerando n.º 6 e igualmente os pontos 5.3 e 5.4 deste estudo.

5. O acórdão proferido no caso 170/78

5.1 A função do artigo 95.º

O artigo 95.º tem por finalidade eliminar as restrições à livre circulação de mercadorias e às condições normais de concorrência entre Estados-membros conseguidas através da aplicação discriminatória ou protectora da fiscalidade interior.

5.2 As relações entre o primeiro e segundo parágrafos do artigo 95.º

Do tratamento que o Tribunal dá às relações que se estabelecem entre os dois primeiros parágrafos do artigo 95.º, ressalta, de novo, a ideia da subsidiariedade. Tendo o primeiro parágrafo, por função, proibir as discriminações fiscais entre produtos similares nacionais e importados, o parágrafo segundo aplica-se “ao tratamento fiscal de produtos que, não correspondendo a esse critério de similitude, se encontram, apesar de tudo, respondendo a esse critério de similitude, se encontram, apesar de tudo, em concorrência parcial ou potencial com certas produções do país importador”⁽⁶⁰⁾.

Assim, para o Tribunal, nos dois parágrafos do artigo 95.º formulam-se condições distintas. No primeiro parágrafo, tratando-se de produtos similares, a proibição atinge o sistema fiscal desde que este tenha uma incidência maior sobre o produto importado do que sobre o produto nacional (critério da carga fiscal). Diversamente, e por virtude da dificuldade que existe em estabelecer comparações precisas entre estes produtos, o segundo parágrafo fixa um “critério mais global”, o do carácter indirectamente protector do sistema de imposições interiores (considerando n.º 9).

⁽⁶⁰⁾ Vide considerando n.º 5.

5.3 Os critérios a ter em conta na determinação da relação concorrência

No considerando n.º 6, o Tribunal salientou que a determinação da existência de uma relação de concorrência deve ter em conta, não apenas o estado actual do mercado, mas também as possibilidades da sua evolução no contexto da livre circulação de mercadorias e da virtualidade de novos processos de substituição dos produtos que pode ser revelada pela intensificação das trocas comerciais. O mercado relevante, ao contrário do que pretendia o Reino Unido, não é apenas o mercado real, mas também, o mercado potencial.

5.4 A extensão do efeito protector

Na sequência do que afirmou quanto ao problema da concorrência, o Tribunal, ainda na fase preliminar do acórdão, refutou a tese britânica da realidade do efeito protector.

Para a instância judicial comunitária, o artigo 95.º prende-se com a “natureza” do sistema fiscal, de modo que não é exigível nem necessária a prova estatística do efeito protector. Para efeitos da aplicação do segundo parágrafo do artigo 95.º é suficiente que um dado mecanismo fiscal seja, por virtude das suas características próprias, susceptível de provocar o efeito protector referido pelo Tratado ⁽⁶¹⁾.

5.5 A questão da concorrência entre a cerveja e o vinho

O Tribunal acolheu a tese da Comissão, segundo a qual, em certa medida, as duas bebidas são susceptíveis de satisfazer idênticas necessidades. Assim sendo, não podia ser negada a existência de um certo grau de substituição. Para efeitos de determinação do grau de substituição, não devem ser tidos em conta os hábitos de consumo num Estado-membro ou numa região determinada dado que, globalmente, esses hábitos são variáveis.

⁽⁶¹⁾ Vide considerando n.º 10.

A conclusão importante neste domínio foi, todavia, uma outra. O Tribunal considerou que a política fiscal de um Estado-membro não pode servir para cristalizar hábitos de consumo preexistentes de modo a estabilizar uma vantagem adquirida pelas indústrias nacionais, que se preocupam em satisfazê-los.

O Tribunal admitiu, contudo, que as diferenças existentes entre os dois produtos ao nível das condições de produção implicam estruturas de preço de tal modo diferentes que, apesar da relação de concorrência entre os produtos acabados, são particularmente difíceis as comparações do ponto de vista fiscal.

A partir deste dado colocava-se ao Tribunal a questão de saber qual a relação de tributação adequada entre a cerveja e o vinho.

5.6 O critério de comparação dos encargos fiscais

O Tribunal considerou que, nem o critério do volume das bebidas, nem o da comparação das unidades típicas de consumo eram convenientes para servirem de base de cálculo ao estabelecimento de uma comparação das cargas fiscais suportadas por ambos os produtos.

Tão pouco era adequado o critério da incidência da carga fiscal sobre o preço de venda dos dois tipos de bebidas.

Na opinião do Tribunal, o único indício capaz de permitir uma comparação conveniente era o da apreciação da incidência da carga fiscal em relação ao teor alcoólico percentual de ambas as bebidas. Com base neste critério, o vinho suportaria um encargo fiscal superior em 50% ao suportado pela cerveja, apesar de tudo inferior ao que resultaria do puro e simples critério dos volumes. ⁽⁶²⁾

5.7 A determinação do efeito protector

Prudentemente, o Tribunal constatou que a evolução dos dois regimes fiscais em causa “revela uma tendência protectora no que concerne às importações de vinho no Reino Unido” (consid. n.º 24).

⁽⁶²⁾ Vide considerando n.ºs 18, 19 e 20.

5.8 Sobre a existência de infracção

Devido às incertezas, que subsistem quanto às características da relação de concorrência entre o vinho e a cerveja e quanto à relação de tributação adequada, o Tribunal não se considerou apto a julgar a infracção imputada ao Reino Unido. Por essa razão, intimou as partes a reexaminar o caso à luz das considerações jurídicas e critérios por ele fixados. O reexame deveria constar de relatório entregue ao Tribunal até 31 de Dezembro de 1980.

6. O acórdão proferido no Caso 46/80 ⁽⁶³⁾

6.1 Os limites da soberania fiscal dos Estados-membros

À semelhança do que acontecera noutras decisões, o Tribunal recordou os termos em que deve ser entendida a soberania fiscal dos Estados-membros. Nesse sentido, sublinhou que “no estado actual da sua evolução o direito comunitário não restringe a liberdade de cada Estado-membro para fixar um sistema de tributação diferenciado para certos produtos em função de critérios objectivos, tais como a natureza das matérias primas utilizadas ou os processos de produção aplicados. Tais diferenciações são compatíveis com o direito comunitário se prosseguirem objectivos de política económica conciliáveis com as exigências do Tratado e do direito derivado e se forem de natureza a evitar qualquer forma de discriminação, directa ou indirecta, em relação às importações provenientes dos outros Estados-membros e de protecção em favor das produções nacionais concorrentes” ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶³⁾ A título preliminar o Tribunal repudiou a excepção de incompetência que o Governo italiano levantava com base na jurisprudência do caso “Foglia Novello”. Diferentemente do que acontecera nesse caso, o Tribunal não considerou estar confrontado com um litígio fictício.

⁽⁶⁴⁾ Considerando n.º 13.

6.2 Sobre a objectividade do critério de diferenciação

No considerando n.º 14 do acórdão, o Tribunal julgou que o sistema fiscal italiano correspondia às exigências de objectividade requeridas. A razão do sistema foi encontrada na prossecução de uma política industrial legítima, destinada a favorecer a destilação dos produtos agrícolas em comparação com a produção de álcool a partir de produtos derivados do petróleo. Tal política, integrar-se-ia, aliás, dentro dos objectivos pretendidos pela Comunidade.

6.3 Sobre a existência de discriminação

O Tribunal não considerou discriminatória a legislação fiscal italiana, uma vez que as importações de álcool de fermentação gozam do mesmo tratamento fiscal que o álcool de fermentação italiano. Por outro lado, se a tributação do álcool sintético tem como resultado a restrição das importações de tal produto, tem também, paralelamente, um efeito económico equivalente sobre o território nacional, na medida em que entrava o desenvolvimento de uma produção italiana do mesmo produto.

Por semelhantes razões, o Tribunal julgou que “não é contrário ao primeiro parágrafo do artigo 95.º do Tratado CEE um sistema fiscal, que consista em tributar mais pesadamente o álcool sintético desnaturado do que o álcool de fermentação desnaturado, em função da matéria prima e dos processos utilizados para o fabrico de um e de outro produto, se tais disposições forem aplicadas de modo idêntico aos dois tipos de alcoois originários dos outros Estados-membros. Um tal sistema é justificável mesmo que os produtos em causa, apesar de derivados de matérias primas diferentes, sirvam para os mesmos fins e apresentem a mesma utilidade ⁽⁶⁵⁾.”

6.4 Sobre a existência de efeito protector

No considerando n.º 18, o Tribunal afirmou que um tal sistema não poderia ser considerado como constitutivo de uma protecção indirecta da

⁽⁶⁵⁾ Considerando n.º 17.

produção nacional de álcool de fermentação pelo simples facto de ter como consequência que o produto mais fortemente tributado é, com efeito, um produto exclusivamente importado dos outros Estados-membros da Comunidade uma vez que, por virtude da tributação do álcool sintético, uma produção rentável deste tipo de álcool não pode desenvolver-se no território italiano.

Os considerandos n.ºs 17 e 18 fornecem, respectivamente, respostas à primeira e segunda e à terceira perguntas do Tribunal italiano.

7. Comentário

Devemos começar por sublinhar que não se pretende com este comentário obter uma leitura transparente da jurisprudência do Tribunal das Comunidades. As observações que faremos poderão ser, eventualmente, esclarecedoras mas estarão, de certo, longe de ser conclusivas.

Como tentaremos chamar à atenção, os acórdãos do Tribunal são, em alguns aspectos, de difícil conciliação, o que nos permite assinalar, desde já, a opacidade da leitura, interpretação e aplicação dos normativos contidos no primeiro e segundo parágrafos do artigo 95.º.

7.1 Sobre a função do artigo 95.º

Em comparação com anteriores acórdãos, nada de verdadeiramente novo é, neste domínio, acrescentado pela jurisprudência em análise. Quer nos casos em que estava em causa a discriminação fiscal no que respeita às aguardentes, quer no acórdão sobre o regime fiscal britânico, o Tribunal salientou de novo a complementaridade do artigo 95.º e das disposições relativas à supressão dos direitos aduaneiros e das taxas de efeito equivalente. O artigo 95.º, assegurando a perfeita neutralidade das imposições interiores visa, assim, garantir a livre circulação de mercadorias em condições normais de concorrência.

7.2 Sobre os limites da soberania fiscal dos Estados-membros

Nos casos 168/78, 169/78 e 171/78 o Tribunal, precisando o entendimento do caso “Hansen Balle”, deixou bem claro o princípio de que a legitimidade de certas isenções e benefícios fiscais está sujeita ao alargamento de tais vantagens, de modo não discriminatório, aos produtos importados que se encontrem nas mesmas condições. É a natureza discriminatória ou protectora do sistema fiscal, que se impõe como limite à autonomia fiscal dos Estados-membros ⁽⁶⁶⁾.

Todavia, para além desta afirmação de natureza genérica, o Tribunal repudiou, de modo específico, certas manifestações da soberania dos Estados-membros. Referimo-nos à pretensão dos Estados-membros de incluírem no âmbito das suas competências a definição da similitude dos produtos e, de certo modo também, a da concorrência (note-se que a relevância dos hábitos de consumo nacionais foi minimizada pelo Tribunal).

Observemos agora três aspectos das problemáticas fronteiras da soberania fiscal dos Estados-membros.

A primeira delas diz respeito ao campo de aplicação dos parágrafos primeiro e segundo do artigo 95.º. Se, como veremos, é possível afirmar que o campo de aplicação do primeiro parágrafo foi alargado em prejuízo do segundo, por força da introdução da noção de substituição na definição da relação de similitude, a liberdade dos Estados-membros, quanto à sua política fiscal, foi correlativamente restringida já que os termos da discriminação no primeiro parágrafo são bem mais inflexíveis do que no segundo. Na verdade, neste último, existe ainda uma certa margem de apreciação quanto à determinação da existência ou não de efeito protector ⁽⁶⁷⁾.

Contudo, um segundo limite à soberania dos Estados-membros pode ser retirado das precisões trazidas pelo Tribunal à noção de efeito protector. De facto, resulta dos acórdãos, que na determinação do efeito protector não é a incidência da medida fiscal que conta mas a sua natureza ⁽⁶⁸⁾. Segundo esta visão unitária do artigo 95.º, o efeito protector é um resultado automático das características próprias de um determinado mecanismo fiscal; tal efeito pode existir independentemente da sua verificação estatística.

⁽⁶⁶⁾ Aliás, no caso 21/79, “Comissão c. Itália”, em que o princípio acima descrito foi retomado (vide considerando n.ºs 14 e 15), o Tribunal sublinhou, contrariando a Comissão, que os Estados gozam da liberdade de se conformarem com o artigo 95.º, quer suprimindo a vantagem fiscal de que beneficiam os produtos nacionais, quer alargando essa vantagem aos produtos importados similares.

⁽⁶⁷⁾ Nesse sentido D. Berlin ob cit. p. 484.

⁽⁶⁸⁾ Vide caso 170/78 (Cons. n.º 10).

Como veremos, esta afirmação deve ser sobretudo tida em conta no caso de produtos entre os quais se estabeleça uma tão estreita relação de concorrência que o efeito proibido resulte, automaticamente, da vantagem ou desvantagem fiscal ⁽⁶⁹⁾. Em conclusão, o draconiano critério da comparação das cargas fiscais aplica-se, não apenas a uma noção latíssima de produtos similares, como também a certo tipo de produtos concorrentes ⁽⁷⁰⁾.

O último aspecto desta problemática que gostaríamos de referir o Tribunal começou por retomar a sua anterior jurisprudência. Os regimes de tributação diferenciada, que obedecem a critérios objectivos tais como a natureza das matérias primas utilizadas ou os processos de produção aplicados, são compatíveis com o direito comunitário se prosseguirem finalidades de política económica conciliáveis com os objectivos do Tratado e do direito derivado e se forem de natureza a evitar qualquer forma de discriminação, directa ou indirecta, em relação às importações provenientes dos outros Estados-membros e de protecção em favor das produções nacionais concorrentes. Ora, o Tribunal considerou que o sistema fiscal italiano correspondia a tais exigências de objectividade ao assegurar uma política industrial legítima destinada a favorecer a destilação dos produtos agrícolas em comparação com a produção de álcool a partir de derivados do petróleo.

Esta conclusão não pode deixar de nos surpreender. Não há dúvida que, abstractamente, a política industrial de contenção dos consumos petrolíferos deve ser considerada legítima. Todavia, tal facto, aliado ao interesse comunitário dessa política não pode ser considerado como critério suficiente e determinante da legalidade do regime. Em nosso entender, só através de uma ficção é possível admitir que, em semelhante caso, se verificam as condições de não discriminação e de ausência de efeito protector. Os objectivos de tal política industrial poderiam, além disso, ser conseguidos por via de medidas de concessão de auxílios, compatíveis com o Tratado.

Será que, discretamente, a prossecução nacional de políticas comunitárias prioritárias pode ser feita à revelia do Tratado? Não o cremos porque, em desobediência ao Tratado, nem as próprias instituições comunitárias têm legitimidade para agir.

⁽⁶⁹⁾ Nesse sentido D. Berlin ob. cit. p. 491.

⁽⁷⁰⁾ Uma contribuição para a teoria da leitura unitária do artigo 95.º ou para a indiferenciação dos dois primeiros parágrafos do citado normativo.

7.3 Sobre a questão da prioridade da harmonização fiscal

Em relação a este problema, o Tribunal foi particularmente claro. Os objectivos dos artigos 95.º e 99.º são diferentes. Enquanto o primeiro proíbe as práticas discriminatórias e proteccionistas, o segundo estabelece a base legal de uma harmonização, que visa eliminar as disparidades existentes entre os diversos sistemas fiscais mesmo que tais sistemas não dêem lugar a qualquer discriminação.

Naturalmente, esta demarcação jurídica não adere tão coerentemente à realidade. Com efeito, domínios existem em que uma tomada de posição ao nível da Comissão e do Conselho é quase indispensável à determinação de uma relação de similitude ou de concorrência. De outra forma, aliás, não se

apesar de tudo, dispunha dos mesmos argumentos que nos três outros casos relativos às aguardentes, nomeadamente o da relação eventual de concorrência sob a perspectiva do consumidor.

O caso 170/78 constitui um bom exemplo da situação exactamente inversa daquela que se acabou de referir. O Tribunal, ao proferir um acórdão interlocutório fixando o critério de comparação das cargas fiscais em função do teor alcoólico por volume, está necessariamente a fornecer indicações preciosas, não só para a resolução de um litígio, mas também para o próprio processo de harmonização fiscal.

7.4 Sobre a noção de produtos similares e concorrentes

No caso 27/67 “Fink Frucht” o Tribunal admitiu que a relação de similitude entre dois produtos podia ser estabelecida através de um critério formal ligado à classificação fiscal aduaneira ou estatística. No caso das aguardentes, era o critério formal de similitude que mais convinha à Comissão e menos agradava aos Estados-membros. Por essa razão, o Governo da República italiana tentou afastar o critério da posição pautal servindo-se do critério das subdivisões pautais. Em resposta a este argumento, a posição do Tribunal parece ser a seguinte: se a posição pautal pode constituir uma

presunção de similitude (eventualmente preterível face a critérios materiais diferentemente conclusivos) a subdivisão pautal não consente uma presunção de dissemelhança. O raciocínio é simples: se parece lógico admitir a presunção e similitude em relação a produtos classificados sob a mesma posição pautal, parece criticável fazer prevalecer o critério formal sobre um conjunto de indícios materiais em sentido contrário.

Na medida em que o critério formal de similitude não é susceptível de fornecer mais do que uma mera presunção, o Tribunal teve de desenvolver paralelamente uma análise da similitude baseada em critérios materiais. Os Estados-membros requeridos tinham, aliás, avançado três critérios relativos à diferença das matérias primas, ao tipo de álcool e aos processos de fabrico. Ao definir as características comuns das aguardentes típicas e atípicas, conferiu o Tribunal particular atenção a critérios materiais tais como o processo de destilação e a presença de álcool em elevado grau de concentração.

O aspecto verdadeiramente inovador dos acordões em questão prende-se, todavia, com a introdução de um critério subjectivo de similitude. Já no Caso 45/75 “Rewe” o Tribunal considerava como similares os produtos que apresentam, face aos consumidores, propriedades análogas ou que satisfazem as mesmas necessidades. Nos casos relativos ao sistema fiscal das aguardentes, o Tribunal confirmou esta ideia ao afirmar que é em função, não da identidade rigorosa, mas da analogia ou comparação na utilização que convém determinar o campo de aplicação do primeiro parágrafo do artigo 95.º. Os critérios material e formal são secundarizados face a um critério subjectivo em que é difícil evitar a confusão com o conceito de substituição que assiste à delimitação da noção de produtos concorrentes. Esta posição foi reafirmada pelo Tribunal ao julgar que é exactamente a flexibilidade na utilização, que permite considerar as aguardentes como similares a um número particularmente elevado de outras bebidas alcoólicas. Acontece, porém, que o critério da flexibilidade na utilização serve, tanto para determinar a relação de similitude, como a relação de concorrência ⁽⁷¹⁾.

Se a noção de similitude corresponde à de mercado único, é, como vimos, menos o mercado real do que o mercado potencial que deve ser tomado em consideração para a determinação da relação de semelhança.

(71) Vide considerandos n.ºs 38, 32 e 35 dos acórdãos 168/78, 169/78 e 170/78.

Em relação à problemática da concorrência, os acórdãos em estudo contêm elementos novos que convém salientar.

Em primeiro lugar, e como também acontece no caso da similitude, o mercado relevante é, não apenas o mercado real, mas também o mercado potencial. Em relação a este aspecto, o Tribunal foi bem claro no respeitante à concorrência entre a cerveja e o vinho. É, pois, de admitir uma visão dinâmica da problemática da concorrência segundo a qual as políticas fiscais dos Estados-membros não podem servir para cristalizar os hábitos de consumo preexistentes.

Em segundo lugar, e nos termos do acórdão 170/78 poderá pensar-se ⁽⁷²⁾ que a relação de concorrência abstracta, isto é, o grau de substituição, pode não corresponder a uma relação de concorrência económica condicionada por uma estrutura de preços fundamentalmente diferente. A noção de substituição não se confunde com a noção de concorrência, pelo menos na medida em que a relação de concorrência real não puder ser apreciada ⁽⁷³⁾.

Antes de ser concluído o comentário sobre a questão da similitude e da concorrência, gostaríamos de chamar a atenção para os considerandos n.ºs 33, 34 e 35 do acórdão sobre o caso 171/78. No considerando n.º 33 o Tribunal parece deixar transparecer a distinção entre a relação de concorrência, que existe por força da similitude, e a “concorrência de substituição”, que corresponde às exigências do segundo parágrafo do artigo 95.º e releva na ausência daquela. Os termos do considerando interessam-nos porque, julgamos estando em causa, em ambos os parágrafos do artigo 95.º a tributação diferenciada de produtos concorrentes, não ser a relação que entre os produtos se estabelece que delimita fundamentalmente o âmbito de aplicação do primeiro e segundo parágrafos. Isto é tanto mais verdade quanto a relação de subsidiariedade entre os dois parágrafos se deve analisar, quanto a nós, mais em função das dificuldades e determinação da discriminação e do carácter directo ou indirecto (cruzado) do efeito protector, do que em função das relações entre os produtos. Não vemos, pois, grande vantagem para que, nos considerandos n.ºs 33, 34 e 35 do citado acórdão, o Tribunal insista de forma ostensiva nas ideias de concorrência em razão da similitude,

⁽⁷²⁾ Vide nesse sentido D. Berlin ob cit. p. 487.

⁽⁷³⁾ Neste passo, convém colocar a questão de saber se dois produtos concorrentes devem suportar o mesmo encargo fiscal. Do acórdão no caso 170/78 se poderá depreender que não. Com efeito, o parágrafo segundo do artigo 95.º condena apenas o efeito protector e não uma tributação diferente de produtos nacionais e importados.

de concorrência de substituição e de concorrência parcial. Estando sempre em causa uma noção global ou económica de concorrência, o único elemento relevante é o da possibilidade de substituição e essa é, por definição, sempre real ou potencial, maior ou menor.

7.5 Sobre a noção de imposição discriminatória

Devemos salientar, a título preliminar, que os Estados-membros não estão proibidos de fazer incidir sobre os produtos nacionais imposições mais elevadas do que as exigidas aos produtos importados. No domínio de aplicação do artigo 95.º, a discriminação “à rebours” permanece possível. No caso 68/79 “Hans Just”, o tribunal fundou-se, por certo, em tal princípio ao afirmar ⁽⁷⁴⁾ que o benefício do artigo 95.º não poderia ser invocado pelos produtores nacionais do Estado-membro cujo sistema de tributação estava em causa. Neste termos, o produtor nacional não pode, ao contrário do que acontece com o importador, servir-se do disposto no artigo 95.º para exigir da administração fiscal o reembolso da contribuição indevidamente paga.

O primeiro aspecto, que é interessante realçar, é o da consideração genérica do efeito protector como uma forma de discriminação. O Tribunal, nos considerandos n.ºs 13 dos casos 168/78, 169/78 e 171/78 depois de julgar que o artigo 95.º se pode aplicar globalmente e indistintamente em relação a todas as aguardentes (ainda a visão unitária do normativo), concluiu que a questão a resolver é consecutivamente a de saber se um determinado sistema fiscal “em natureza discriminatória, no caso em espécie, protectora”. Esta formulação do Tribunal coloca, quanto a nós, o problema com uma clareza que, infelizmente, noutros passos foi abandonada. Na realidade, o que o artigo 95.º visa proibir é a discriminação fiscal e as suas consequências, isto é, o entrave à livre circulação de mercadorias e à livre concorrência. Claro está que, em relação a produtos idênticos ou similares, basta a comparação dos encargos fiscais para provar a existência de discriminação e de efeito protector directo. Em relação a todos os outros produtos que se encontrem numa relação menos evidente de concorrência, o elemento discriminatório só poderá ser convenientemente estabelecido pela verificação de um efeito protector ou da sua possibilidade. Como veremos,

⁽⁷⁴⁾ Considerando n.º 15.

a existência de tal efeito é duplamente determinável, isto é, existe ou porque se constata, ou porque, independentemente de se constatar, a natureza do sistema o proporciona.

Nestes termos, o Tribunal não teve necessidade de referir, em qualquer dos três casos, nos considerandos sobre o fundo da questão, a problemática da discriminação. Uma excepção convém contudo assinalar; a do acórdão sobre o caso 171/78. Com efeito, no considerando n.º 36 o Tribunal concluiu que a legislação dinamarquesa comportava “inegáveis traços discriminatórios ou protectores”. A ideia de que o efeito protector é a expressão da discriminação, consolida-se. Nesta ordem de ideias, também a diferença de encargos fiscais não passa de uma expressão do efeito protector.

Um outro problema que seria interessante suscitar é o da tendência para a confusão entre os objectivos da proibição da discriminação fiscal e da harmonização fiscal. Se bem que o Tribunal tivesse demarcado de modo rigoroso, e abstractamente, as duas problemáticas, um bom conjunto de reservas se devem colocar às posições por ele assumidas. Temos especialmente em vista a questão da denominada objectividade ou relevância comunitária dos critérios de similitude e de concorrência. ⁽⁷⁵⁾ Se a discriminação que está em causa é aquela que privilegia a produção nacional em relação à estrangeira, o critério de similitude deveria, em princípio, ser fixado pela legislação nacional e, quando este fosse inconcludente para a determinação do efeito discriminatório, os índices da relação de concorrência deveriam ser analisados em função das condições reais e potenciais do mercado nacional. Deveriam ser, por exemplo, os hábitos do consumidor nacional e a sua atitude a determinar as situações de concorrência e efeito protector. Esta perspectiva foi repudiada pelo Tribunal nos casos das aguardentes. Todavia, no caso 170/78 foi, eventualmente, a atitude provável do consumidor inglês em relação à cerveja e ao vinho que impôs ao Tribunal uma prudente hesitação quanto à relação de concorrência entre os dois produtos. É claro que, ainda neste caso, o Tribunal considerou irrelevantes os hábitos de consumo num Estado-membro mas, quanto a nós, fê-lo com a intenção de introduzir a ideia do dinamismo da noção de concorrência ⁽⁷⁶⁾ ou de concorrência potencial.

⁽⁷⁵⁾ Veja-se o considerando n.º 37 do caso 168/78 em que o Tribunal recusou a relevância do critério do “flavour du distillat” por não ser susceptível de reconhecimento no conjunto da Comunidade.

⁽⁷⁶⁾ Vide considerando n.º 14. É claro que, como vimos, admitir em tal caso a relação de substituição não implica a aceitação da relação de concorrência económica.

Um dos problemas particularmente interessantes da problemática da discriminação foi, sem dúvida, suscitado no caso 170/78. A questão era a de saber qual a relação ideal de tributação cerveja-vinho que pudesse ser considerada não discriminatória.

Se é difícil compreender, à luz da anterior jurisprudência, o porquê de tal questão, ainda mais o é de um ponto de vista estritamente jurídico. Se os produtos são similares os encargos fiscais não podem ser discriminatórios e, como tal, não se opõe o problema de saber qual o “rapport de taxation” adequado. Porque é que essa relação é a de volume para as aguardentes e não pode ser a mesma para a cerveja e o vinho? Se os produtos são substituíveis — e parece que isso não foi posto em causa pelo Tribunal — o que interessa é o efeito protector e este tão pouco foi posto em causa. Também aqui o critério da tributação pode ser o do volume e, não vemos porque razão deva ser outro.

É claro que o facto de o Tribunal ter optado por uma decisão interlocutória, pode significar três coisas: ou o Tribunal tinha dúvidas quanto à relação de concorrência dos produtos (tal ideia não se justifica porque o critério global dos hábitos do consumidor impõe à Inglaterra a mesma bitola dos outros países membros, apesar de naquela, quanto a nós, a relação de concorrência ser mais acentuada do que nos demais), ou o Tribunal teve receio das consequências económicas que a declaração de incompatibilidade traria para o tesouro britânico e não estava disposto a ter de tolerar o não acatamento da decisão por parte da Grã-Bretanha⁽⁷⁷⁾, ou, por último, a determinação da relação de tributação era, de facto, imposta pela clivagem existente entre a concorrência de substituição (que o Tribunal admitira no considerando n.º 14) e a concorrência económica (e apenas em relação às características desta, o Tribunal teria dúvidas⁽⁷⁸⁾). Em qualquer dos casos, inclusivamente no último, que parece ser o mais justificativo, não tem cabimento a sugestão de um critério de relação de tributação segundo o teor alcoólico por volume⁽⁷⁹⁾.

(77) Note-se que, em princípios de 1981 e, já ultrapassado o prazo fixado pelo Tribunal, a Comissão e o Reino Unido não haviam ainda resolvido os termos da relação de tributação adequada.

(78) Vide considerando n.º 24.

(79) As divergências posteriores entre o Reino Unido e a Comissão, para o estabelecimento da relação de tributação, vêm demonstrar afinal as verdadeiras preocupações do Tribunal das Comunidades. Ao fixar um critério de imposição que resulta num encargo por volume tripló do vinho em relação à cerveja aquela instância judicial tolera, apesar de tudo, um certo efeito protector e garante ao tesouro britânico a relatividade do corte das suas receitas.

Os perigos do precedente são claros. O critério do teor alcoólico por volume pode bem servir a todas as bebidas alcoólicas em relação de semelhança e concorrência.

Por último, é necessário analisar os termos em que o Tribunal considerou o problema da discriminação no caso 46/80 “Vinal c. Orbat”.

Segundo a instância judicial comunitária, a tributação diferenciada dos álcoois sintético e desnaturado obedecia a critérios objectivos e não poderia ser considerada discriminatória. Como o Tribunal tratou ainda aqui o problema da discriminação em relação com a aplicação do primeiro parágrafo do artigo 95.º, a esse aspecto nos limitaremos, deixando a questão da discriminação ao nível do efeito protector para a sua sede específica neste comentário.

Devemos começar por referir que a decisão no caso “Vinal c. Orbat” nos surpreende.

O Tribunal, em relação ao primeiro parágrafo do artigo 95.º analisou a questão do seguinte modo: por um lado não existiria discriminação ao nível do álcool de fermentação já que o tratamento fiscal é idêntico, e por outro, se o encargo fiscal, que incide sobre o álcool sintético tem por efeito dificultar a sua importação, tem paralelamente como consequência desincentivar a produção nacional do mesmo produto.

Em primeiro lugar, não compreendemos, nem a referência ao efeito protector na importação, nem a justificação de tal efeito através do argumento do correlativo desfavorecimento da produção nacional. Nenhum dos dois elementos de apreciação é relevante para a aplicação do primeiro parágrafo do artigo 95.º.

Em segundo lugar, tal tipo de raciocínio é absolutamente inútil porque, por grupos de produtos rigorosamente idênticos — álcool fermentado e álcool sintético — a tributação é exactamente igual. A este nível não existe, pois, discriminação.

O problema coloca-se porém a outro nível que o Tribunal não analisou. Na verdade, o álcool sintético nacional e importado é também similar (senão mesmo idêntico) ao álcool desnaturado. Quer isto dizer que, quer nas situações mais fortemente tributadas, quer nas que o são mais ligeiramente, temos simultaneamente produtos nacionais e importados. A situação é, pois, globalmente idêntica à dos outros casos objecto de análise, com uma única diferença; no caso presente não é posta em causa a similaridade dos produtos. Quer isto dizer que, na medida em que, globalmente, em relação ao artigo 95.º, o critério mais seguro de discriminação é o do efeito protec-

tor, era indiferente ao Tribunal analisar o problema pelo prisma do primeiro ou do segundo parágrafos da referida disposição. Um dado era certo: se similitude havia, a relação de concorrência estava implícita.

Em relação à aplicação do primeiro parágrafo do artigo 95.º, um único problema se colocava: a difícil comparação dos encargos fiscais. Para resolver este problema duas soluções existiam: ou se continuava seguindo a anterior jurisprudência e, perante a impossibilidade comparar correctamente as cargas fiscais, se optava pela análise do problema na base do efeito protector⁽⁸⁰⁾, ou se optava pela solução na base do primeiro parágrafo do artigo 95.º, em atenção à delimitação exigida pela similaridade dos produtos e, nesse caso, se comparavam as cargas fiscais segundo o critério externo já adoptado nos casos anteriores, isto é, o facto de, entre os produtos similares, os mais fortemente tributados representarem uma muito pequena parte da produção nacional e a maior parte das importações e os mais ligeiramente tributados representarem a grande parte de produção nacional e apenas uma pequena parte das importações.

Em relação ao problema da discriminação proibida pelo primeiro parágrafo do artigo 95.º o Tribunal optou, pois, por um inadequado e solene truismo, que está longe de corresponder a uma maleável e consequente visão do problema em questão.

7.6 Sobre a noção de efeito protector

O primeiro aspecto deste problema, que aqui convém notar, foi, aliás, referido noutro passo desta análise, quando pensámos os termos dos limites da soberania fiscal dos Estados-membros. Sublinhámos, nessa altura, que, de acordo com a decisão sobre o caso 170/78, não se deverá ter em conta a incidência ou os efeitos da medida fiscal, mas a sua natureza. Não é, pois, necessário para a determinação do efeito protector a prova estatística de tal efeito. Basta que um determinado sistema fiscal, devido às suas características próprias, seja susceptível de dar origem a tal efeito. Não é, pois, o efeito protector real que está em causa mas o efeito protector potencial, isto

⁽⁸⁰⁾ Esta solução não é impossível visto que o próprio Tribunal a adoptou embora incorrectamente (vide considerando n.º 18).

é, a protecção é determinada mais pelo grau de tributação do que pelos efeitos dessa tributação ⁽⁸¹⁾.

É claro que esta atitude do Tribunal merece, desde logo, duas críticas: em primeiro lugar, acentua-se a visão unitária do artigo 95.º e, em segundo lugar, espalha-se, de modo dificilmente admissível, a leitura do segundo parágrafo do mesmo artigo. Na verdade é provavelmente excessivo afirmar que uma pequena diferença de tributação entre produtos diferentes mas potencialmente concorrentes constitui uma violação do parágrafo segundo do artigo 95.º. Este tipo de solução adoptada pelo Tribunal só encontra, quanto a nós, justificação se houver uma acentuada diferença de tributação e um nexó particularmente claro e estreito de concorrência entre os produtos em causa. A própria Comissão colocou nesses termos o problema, ao apresentar as suas alegações no caso 169/78 referindo-se, não a produto nacional concorrente mas a produto nacional “comparável”.

A aplicação do critério da comparação dos encargos fiscais à determinação do efeito protector esteve, aliás, na base da recusa do Tribunal em considerar definitivamente a existência ou inexistência de tal efeito sem possuir, antecipadamente, certezas quanto à relação de tributação entre a cerveja e o vinho ⁽⁸²⁾. É claro que, a partir desta afirmação, se poderá admitir que dois produtos concorrentes podem ser tributados de modo diferente se os critérios aplicados forem neutros em relação à livre circulação de mercadorias; a diferença da carga fiscal poderá, em tal caso, não ser protectora ⁽⁸³⁾. Não seguimos, todavia, esta conclusão por julgarmos que uma relação de tributação não deve ser determinada pelos limites do encargo fiscal sem efeito protector, sob pena de contradição com o argumento da natureza da tributação e, por considerarmos também que a relação de tributação deve obedecer a critérios objectivos e não económicos: caso contrário, a cristalização já operada nos hábitos de consumo poderá iludir a manifestação dos efeitos da incidência fiscal.

Um outro aspecto inovador suscitado pelos acórdãos em análise é o da caracterização do efeito protector. A concorrência e a substituição são apenas pressupostos do efeito protector e este é caracterizado com base na

⁽⁸¹⁾ Como argumentava a Comissão no caso 169/78 “existe entre a carga fiscal mais elevada e o efeito protector um laço tão estreito que torna supérflua a apreciação económica de outras incidências da carga fiscal ou dos “efeitos do efeito protector” em relação designadamente com a evolução das importações e a estrutura dos preços”.

⁽⁸²⁾ Vide caso 170/78 considerando n.º 24,

⁽⁸³⁾ Vide nesse sentido D. Berlin ob. cit. p. 492.

relação que se estabelece entre o sistema fiscal por um lado, ⁽⁸⁴⁾ e a estrutura de produção e consumo por outro.

Nos casos 168/78, 169/78 e 171/78 a medida do efeito protector é estabelecida com base no facto de a maior parte da produção nacional se encontrar abrangida pela categoria fiscal mais favorável, enquanto que a quase totalidade dos produtos importados se encontra coberta pelo regime fiscal mais desfavorável. Todavia, quanto a nós, existe uma subtil diferença entre o primeiro e os dois últimos casos referidos. Com efeito, com base nos casos 169/78 e 171/78 é possível julgar que, na eventualidade da produção nacional e da importada se encontrarem equitativamente distribuídas por regimes fiscais mais e menos favoráveis, não se verificaria uma violação do preceito contido no segundo parágrafo do artigo 95.º. Assim, a proporção existente entre as produções nacionais e importadas, objecto das mesmas pautas, seria indispensável à caracterização do efeito protector. O Tribunal foi nesse sentido claro ao afirmar que “as características do sistema não se apagariam pelo facto de uma fracção mínima de álcool importado beneficiar da taxa de imposto mais favorável, enquanto que, inversamente, uma certa proporção da produção nacional releva da mesma categoria de tributação dos álcoois importados” ⁽⁸⁵⁾.

O caso 171/78 fixa, assim, quatro condições de existência de efeito protector:

- a) que a maior parte da produção nacional releve da categoria fiscal mais favorecida,
- b) que a quase totalidade dos produtos importados esteja incluída na categoria fiscal mais pesada,
independentemente de
- c) uma fracção mínima do álcool importado beneficiar da taxa de imposto mais favorável,
- d) e de uma certa proporção da produção nacional se encontrar incluída na mesma categoria dos álcoois importados (a mais fortemente tributada).

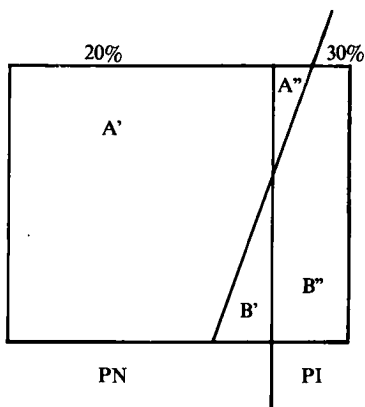
⁽⁸⁴⁾ No elemento constituído pelo sistema fiscal se inclui a relação de tributação

⁽⁸⁵⁾ Caso 171/78 considerando n.º 36.

Analisemos contudo uma série de modelos ⁽⁸⁶⁾.

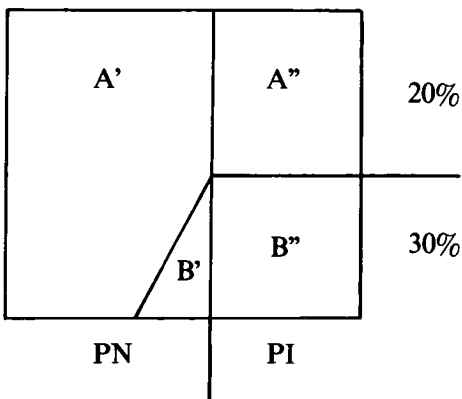
Modelo I

(o produto A' é similar a A'' e o B' similar a B''. Os grupos A e B são concorrentes)



Esta situação é a de qualquer dos casos de discriminação fiscal relativa às aguardentes.

Modelo II



As condições *b)* e *c)* não se verificam, no entanto, B'' é visivelmente impedido de concorrer com A' ⁽⁸⁷⁾ e, por essa razão, consideramos a existência de infração ao artigo 95.º.

⁽⁸⁶⁾ PN = Produtos nacionais PI = Produtos importados sendo de 20% e 30%, respectivamente, as taxas do imposto sobre os grupos de produtos A e B.

⁽⁸⁷⁾ A situação de B' e B'' é coberta pelo considerando do n.º 35 "in fine" do acórdão sobre o caso 169/78.

Modelo III

A'	A''	20%
B'	B''	30%
PN	PI	

Em rigor, nenhuma das quatro condições se verifica o que nos permite concluir pelo carácter não discriminatório do sistema. Todavia, existe, apesar de tudo, um efeito protector entre A' e B''. Se, por um lado esse efeito protector pode ser considerado irrelevante em virtude da aplicação dos critérios dos casos 168/78, 169/78 e 171/78 certo é que, pelo critério da natureza do sistema fiscal, este modelo poderá, apesar de tudo, cair sob a proibição do artigo 95.º.

O último aspecto que convém aqui tratar é o do deslocamento do efeito protector. O deslocamento de tal efeito é, quanto a nós, patente no caso 170/78. Na verdade o Tribunal, ao caracterizar o efeito protector não em relação à produção nacional concorrente mas, inofensivamente, em relação às importações de vinho, desloca o problema do efeito protector, já que o segundo parágrafo do artigo 95.º não deve ser visto, essencialmente, pelo prisma da protecção às importações e que tal efeito, na ausência de produto interno concorrente, é irrelevante para o artigo 95.º⁽⁸⁸⁾.

É, todavia, no caso 46/80 que o tratamento da problemática do efeito protector é mais chocante. Incompreensivelmente, o Tribunal, a partir dos mesmos pressupostos dos casos 168/78, 169/78 e 171/78 (concorrência, substituição e flexibilidade), vem considerar irrelevante o estudo da incidência do sistema de tributação com base na perspectiva traçada naqueles três casos. Embora a situação fosse idêntica à das aguardentes, o Tribunal negligenciou o critério de determinação do efeito protector fixado para estas.

⁽⁸⁸⁾ Vide o caso "Stier".

Em nossa opinião, o Tribunal iludiu, pura e simplesmente, as consequências de uma clara relação de concorrência, concluindo em sede de efeito protector cruzado ou indirecto pela tautológica ideia da inexistência de efeito protector sobre o mesmo tipo de produção nacional, não ponderando, como devia, os efeitos sobre o tipo de produção nacional semelhante e concorrente. Este facto é tanto mais estranho quanto o Tribunal havia já admitido a finalidade protectora da política industrial prosseguida pelo governo italiano⁽⁸⁹⁾. O Tribunal não só deslocou por completo a problemática do efeito protector, como ignorou também os termos da caracterização de tal efeito nos casos 168/78, 169/78 e 171/78.

É, de facto, evidente que, ao tributar mais pesadamente o álcool sintético, o Governo italiano dificulta, simultaneamente, as importações de tal tipo de álcool e o desenvolvimento de uma produção nacional do mesmo. A esse nível não há, nem pode haver, discriminação e, por essa razão, tal questão não foi sequer afluída nos casos relativos às aguardentes. O efeito protector estabelece-se em relação ao álcool de fermentação nacional e não em relação ao álcool sintético nacional.

7.7 Sobre as relações entre o primeiro e o segundo parágrafos do artigo 95.º

Em abono da verdade deve dizer-se que a jurisprudência em estudo não contribui para uma melhor precisão do conteúdo e das relações que se estabelecem entre os dois primeiros parágrafos do artigo 95.º. É certo que o Tribunal acolheu claramente a relação de subsidiariedade do segundo em relação ao primeiro parágrafo do artigo 95.º⁽⁹⁰⁾, com base na ideia de que, nos casos em que a relação de similitude for posta em causa, sempre se poderá invocar a relação de concorrência.

É também certo que a instância judicial da Comunidade pretendeu distinguir os critérios de apreciação de ambos os parágrafos do artigo 95.º. No primeiro, vigora o critério de comparação das cargas fiscais e, no segundo o critério “mais global do efeito protector”⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁹⁾ Vide considerando n.º 14.

⁽⁹⁰⁾ Vide considerandos n.ºs 12 dos casos 168/78, 169/78 e 170/78.

⁽⁹¹⁾ Vide considerandos n.ºs 7 dos casos 168/78, 169/78 e 170/78.

Nestes termos se poderá acreditar que a relação de complementaridade estabelecida entre os dois primeiros parágrafos do artigo 95.º resolve os problemas da aplicação da referida disposição. O primeiro parágrafo configurar-se-ia com uma norma de âmbito estrito e o segundo, por virtude da sua natureza residual, como uma disposição de mais vasto e compreensivo âmbito de aplicação.

Esta análise deve, quanto a nós, ser revista à luz da própria jurisprudência do Tribunal das Comunidades nos casos em estudo. A leitura tradicional do artigo 95.º tem de ser corrigida em consequência de dois novos factores: em primeiro lugar o alargamento da noção de similitude e, em segundo lugar o novo tratamento dado à problemática do efeito protector.

Com efeito, o facto de o Tribunal ter assimilado a noção de similitude em sentido lato à noção de substituição, implica uma certa imprecisão na definição da fronteira de aplicação dos dois primeiros parágrafos do artigo 95.º. Pode mesmo defender-se que, a partir de tal atitude, os critérios da relação de similitude e concorrência entre produtos deixam de ser determinantes na aplicação do primeiro ou do segundo parágrafos do artigo 95.º (92).

Por outro lado, a noção de efeito protector resulta, na actual jurisprudência, extremamente complexa. Se, em alguns casos é necessário uma análise dos “efeitos” do efeito protector para que este seja relevante, noutros é suficiente a análise da natureza do sistema fiscal. Ora, quanto a nós, é difícil distinguir um critério de discriminação baseado na comparação dos encargos fiscais de um outro, assente na natureza do sistema fiscal. Poderíamos ir mesmo mais longe e pensar que tal distinção não existe. Nesse caso, o critério de apreciação do primeiro parágrafo do artigo 95.º seria idêntico ao do segundo parágrafo do mesmo artigo.

Nestes termos se equaciona a relativa indistinção dos dois parágrafos em causa, que corresponde aliás, a uma visão unitária do artigo 95.º ou à globalização do seu conteúdo.

É claro que sempre se poderá alegar que as noções de comparação na utilização e de flexibilidade não intervêm senão nos casos em que, de um ponto de vista material, dois produtos têm tanto de semelhantes como de dissemelhantes. A este argumento respondemos, contudo, que não se encontram razões lógicas para que o Tribunal opte pelo alargamento do âmbito

(92) Esta conclusão não deve ser considerada inesperada. Na verdade chamámos já a atenção para o facto de a relação e concorrência estar igualmente presente na relação de similitude.

de aplicação do primeiro parágrafo do artigo 95.º, quando dispõe de um segundo parágrafo vocacionado para a compreensão das hipóteses mais duvidosas e menos claras.

Creemos que, apesar das alterações provocadas pela jurisprudência do Tribunal na visão global dos mecanismos de aplicação do artigo 95.º, os dois primeiros parágrafos de tal disposição não perdem a razão de ser. Esta atitude justifica-se pela existência de razões pontuais, que mantêm o interesse da distinção e, inclusivamente, pelas vantagens de uma nova forma de encarar a aplicação dos dois dispositivos do artigo (93).

Em primeiro lugar, mesmo que o primeiro parágrafo do artigo 95.º cubra situações de concorrência de substituição, ele não abrange, por certo, as situações de concorrência real ou económica que dificilmente são determináveis com a mesma facilidade que a relação de similitude.

Em segundo lugar, o segundo parágrafo pode, em certos casos, condenar apenas o efeito protector e não necessariamente uma tributação diferente. Este argumento deve, ser limitado aos casos em que não prevaleça o carácter automático do efeito protector por virtude da natureza diferenciada do sistema fiscal.

Devemos, pois, concluir que, no que se refere à apreciação do artigo 95.º, a distinção entre o primeiro e o segundo parágrafos se mantém? Creemos que sim, apesar da tendência, aliás lógica, no sentido de procurar uma visão unitária da referida disposição, visão essa imposta pela necessidade de colmatar eventuais lacunas.

É claro que o primeiro parágrafo do artigo 95.º estabelece um critério mais claro e rápido de apreciação da discriminação, proibindo a tributação diferenciada de produtos similares ou quase similares. Isto não impede, porém, que nos casos em que a comparação das cargas fiscais seja impossível ou extremamente difícil não possa e deva o parágrafo segundo do artigo 95.º ser aplicado também a produtos similares como único meio de se proceder à análise da discriminação. Tal seria, quanto a nós, a solução para o caso "Vinal c. Orbat".

De resto, em nossa opinião, a aplicação dos dois parágrafos deve ser feita menos em função das relações entre os produtos em causa do que em função da natureza da discriminação ou da sua aparência. O parágrafo segundo é residual em relação ao primeiro, exactamente porque fornece um

(93) Note-se que já atrás defendemos que a finalidade do artigo 95.º é, para todos os efeitos, a mesma e que as situações previstas em cada um dos dois parágrafos em estudo não passam de duas versões de um mesmo problema.

critério para determinar a discriminação fiscal nos casos em que justamente a comparação dos encargos fiscais é impossível ou inconclusiva.

Em contrapartida, não repugnaria aplicar o primeiro parágrafo do artigo 95.º a produtos concorrentes desde que o nexo de concorrência seja por tal modo estreito que a própria natureza do sistema ou da medida fiscal, isto é, a comparação dos encargos, forneça o indício da discriminação. Como vimos, o próprio Tribunal admitiu este raciocínio em sede do segundo parágrafo do artigo 95.º e como forma de determinação do efeito protector. Ora, em qualquer dos parágrafos está em causa o efeito protector com a única diferença de que, no primeiro parágrafo do artigo 95.º, tal efeito é dado automaticamente pela comparação dos encargos fiscais.

Embora o Tribunal tenha fornecido inúmeros elementos que permitem este tipo de abordagem compreensiva do artigo 95.º, não os organizou nem expôs de modo a serem dissipadas as dúvidas que subsistem quanto ao verdadeiro sentido e leitura de tal disposição do Tratado.

Os acórdãos objecto deste estudo, insistemáticos e, em alguns casos, manifestamente mal decididos (vejam-se as decisões sobre os casos 170/78 e muito especialmente 46/80) apresentam, contudo, o inegável mérito de terem contribuído para o esclarecimento de algumas questões teóricas relativas à aplicação do artigo 95.º. São pois, de salientar o estreitamento da relação entre similitude e concorrência, o estabelecimento da distinção entre substituição ou concorrência abstracta e concorrência económica, a introdução de uma visão dinâmica da problemática da concorrência ligada à distinção que se estabelece entre concorrência real e potencial e, sobretudo, a contribuição para o esclarecimento da problemática da discriminação e dos seus critérios, a saber: a comparação dos encargos fiscais e a determinação do efeito protector.

Permitimo-nos consequentemente propor uma leitura do artigo 95.º para a qual em alguns aspectos reconhecemos a inexistência de identidade com a exegese do Tribunal das Comunidades europeias.

Em relação aos casos de tributação diferenciada de produtos similares, quer a relação de semelhança seja fixada com base em critérios objectivos quer em critérios subjectivos, deve ser aplicado o primeiro parágrafo do artigo 95.º salvo nos casos, dificilmente concebíveis, em que se verifique uma falta de transparência na comparação dos encargos fiscais. Neste último caso o único critério de apreciação da discriminação é o do efeito protector nos termos do segundo parágrafo.

Nos casos em que a discriminação em causa afecte produtos não similares entre os quais se estabelece uma estreita relação de concorrência e em que a natureza do sistema fiscal implica o efeito protector aplicar-se-à o segundo parágrafo do artigo 95.º, embora quanto a nós, o “quod est demonstrandum” esteja relacionado com a problemática do primeiro parágrafo.

Por último, em relação aos produtos entre os quais se estabeleça uma mais ou menos imprecisa relação de concorrência só a determinação do efeito protector baseada na constatação de uma concorrência económica global pode demonstrar a existência da discriminação.

Em qualquer circunstância, o critério decisivo é o do efeito protector directo ou indirecto.

**A PROTECÇÃO
DOS DIREITOS HUMANOS
NO ÂMBITO
DO
CONSELHO DA EUROPA**

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

por
Pinheiro Farinha

SUMÁRIOS

21.º CASO SCHMIDT E DAHLSTROM v/SUÉCIA (1)

I. O direito à greve é um dos mais importantes direitos sindicais, podendo o seu exercício ser regulamentado pelos Estados.

II. A prática de “a greve afastar os retroactivos” não viola o n.º 1 do art.º 11.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

III. Não há violação dos art.ºs 11.º e 14.º da Convenção, conjugados, se forem recusados retroactivos para os novos salários aos membros do sindicato filiado numa central que decretou a greve, mesmo que nela não hajam participado, e a concessão de tais retroactivos aos grevistas sem filiação sindical ou membros de sindicatos filiados em outras centrais sindicais

Data da decisão: 6 de Fevereiro de 1976.

Juízes intervenientes: G. Balladore Pallieri, italiano, presidente; H. Mosler, alemão; J. Cremona, maltês; G. Wisarda, holandês; P. O'Donoghue, irlandês; H. Pedersen, dinamarquesa; S. Petren, sueco.

Decisão: O Tribunal julgou, por unanimidade, não haver violação da Convenção.

Parecer da Comissão: A Comissão Europeia dos Direitos do Homem fora de parecer que não tinha sido violado o § 1.º do art.º 11.º da Convenção (9 votos contra 1 abstenção) e que não tinha sido ofendidos os art.ºs 14.º e 11.º, § 1.º, conjugados (8 votos contra 1 e 2 abstenções).

(1) In *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, XIX, 485.

CASO ENGEL E OUTROS v/HOLANDA (²)

I. Os direitos e garantias da Convenção Europeia dos Direitos do Homem beneficiam tanto os civis como os militares, sem embargo de, quanto a estes, haver de levar em conta as particularidades da situação e serviço militar.

II. O art.º 5.º da Convenção protege a liberdade individual, mas não contempla as meras restrições à liberdade de circular.

III. As restrições normais à liberdade decorrentes do serviço militar não violam o art.º 5.º da Convenção.

IV. Quanto às medidas disciplinares militares contempladas ao tempo na legislação holandesa:

- a) A detenção ou proibição de saída (licht arrest), implicando a proibição de se ausentar de casa ou da caserna, não envolve privação de liberdade;
- b) A detenção agravada (verzwaard arrest), implicando a permanência fora das horas de serviço em local apropriado mas não fechado à chave, não envolve privação de liberdade;
- c) A prisão disciplinar (streng arrest) é medida privativa da liberdade;
- d) A incorporação em unidade disciplinar (plaatsing in een tuchtclassse) é privativa da liberdade.

V. O § 1.º do art.º 5.º da Convenção aplica-se a toda a condenação proferida quer por um tribunal qualificado de criminal pela lei interna, quer pela mesma qualificado de disciplinar.

VI. Para determinar (o que é da competência da Comissão e Tribunal Europeu dos Direitos do Homem) se a infracção classificada de disciplinar pela lei interna tem carácter penal, importa atender à própria natureza da infracção e ao grau de severidade da sanção prevista.

VII. O acusado beneficia das garantias do art.º 6.º da Convenção, nomeadamente no que se refere à publicidade da audiência, sempre que se trate de acusação penal, embora apelidada de disciplinar na lei interna.

(²) In *Annuaire*, XIX, 491.

VIII. O § 2.º do art.º 10.º da Convenção visa também a defesa da ordem no interior de um grupo social particular.

Data da decisão: 8 de Junho de 1976.

Juízes intervenientes: H. Mosler, alemão, presidente; A. Verdross, austríaco; M. Zekia, cipriota; J. Cremona, maltês; G. Wiarda, holandês; P. O'Donoghue, irlandês; H. Pedersen, dinamarquesa; T. Vilhjalmsson, islandês; S. Petren, sueco; A. Bozer, turco; W. Ganshof Van Der Meersch, belga; D. Bindschedler-Robert, sueco; D. Evrigenis, grego.

Decisão: O Tribunal considerou violados o § 1.º do art.º 5.º (9 votos contra 4), na prisão disciplinar preventiva imposta a Engel; o § 1.º do art.º 5.º (10 votos contra 3) por se ter excedido o tempo legal de prisão disciplinar preventiva quanto ao mesmo ofendido; o § 1.º do art.º 6.º (11 votos contra 2) por não terem decorrido em público os debates no Alto Tribunal Militar quanto aos requerentes Wit, Dona e Schul. Considerou que outras violações se não provavam.

Parecer da Comissão: A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer no sentido de se verificar a violação do art.º 5.º, § 1.º, no que concerne aos requerentes Engel, Wit, Dona e Schul (maioria diversa quanto a cada um deles), do § 4.º do mesmo art.º 5.º por não ter sido julgado em curto prazo o recurso interposto quanto às penas (11 votos e 1 abstenção), do § 1.º do art.º 5.º por a prisão disciplinar preventiva de Engel ter ultrapassado os limites legais (11 votos).

23.º

CASO ENGEL E OUTROS v/HOLANDA (3)

I. A imputação da prisão preventiva, sofrida com violação do art.º 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na pena imposta, não assegura a “restitutio in integrum”, mas é elemento a atender na reparação razoável a que se refere o art.º 50.º da Convenção.

(3) In *Annuaire*, XIX, 501.

II. A mera constatação da violação pode, só por si, constituir a reparação razoável.

Data da decisão: 23 de Novembro de 1976.

Juízes intervenientes: H. Mosler, alemão, presidente; A. Verdross, austríaco; M. Zekia, cipriota; J. Cremona, maltês; G. Wiarda, holandês; P. O'Donoghue, irlandês; H. Pedersen, dinamarquesa; T. Vilhjalmsson, islandês, S. Petren, sueco; A. Bozer, turco; W. Ganshof Van Der Meersch, belga; D. Bindschler-Robert, sueco; D. Evrigenis, grego.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, mandou que o Governo Holandês pagasse a Engel 100 florins e considerou a própria decisão ⁽⁴⁾ satisfação bastante quanto aos requerentes Wit, Dona e Schul.

24.º

CASO KJELDTSEN, BUSK MADSEN E PEDERSEN v/DINAMARCA ⁽⁵⁾

I. Só a desistência do Estado que introduziu o “caso” no Tribunal releva para efeitos do n.º 1 do art.º 47.º do Regulamento do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

II. O direito dos pais ao respeito pelas suas convicções religiosas e filosóficas, garantido pelo art.º 2.º do 1.º Protocolo Adicional, impõe-se ao conjunto do programa de ensino público, ainda que coexistam o ensino público e particular.

III. O art.º 2.º do 1.º Protocolo, na sua primeira parte, consagra o direito a frequentar os estabelecimento de ensino existentes no país e o de ver reconhecidos oficialmente os estudos feitos.

⁽⁴⁾ Vide Sumário n.º 22.

⁽⁵⁾ In *Annuaire*, XIX, 503.

IV. O art.º 2.º de forma alguma impede os Estados de organizarem os programas, nomeadamente impondo sejam ministrados, de modo objectivo, crítico e pluralista, conhecimentos de carácter religioso ou filosófico.

V. Não ofende o art.º 2.º o ensino obrigatório da educação sexual, desde que se não vise a exaltação do sexo ou a motivação dos alunos para práticas precoces e perigosas para o seu equilíbrio, saúde ou futuro.

Data da decisão: 7 de Dezembro de 1976.

Juízes intervenientes: G. Balladore Pallieri, presidente, italiano; A. Verdross, austríaco; M. Zekia, cipriota; H. Pedersen, dinamarquesa; S. Petren, sueco; R. Ryssdal, norueguês; D. Evrigenis, grego.

Decisão: Por 6 votos contra 1 (6) não se verifica a violação do art.º 14.º da Convenção combinado com o mesmo artigo 2.

Por unanimidade, não ter havido violação dos art.ºs 8.º e 9.º da Convenção combinados com o art.º 22 do Protocolo n.º 1.

Parecer da Comissão: A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira Parecer no sentido de que a educação sexual no sistema escolar dinamarquês não integra violação do art.º 2.º do Protocolo n.º 1 (7 votos contra 7 com voto de qualidade do Presidente); que não se verificava violação quer do art.º 8.º, quer do art.º 9.º da Convenção (unanimidade); que os factos não integravam qualquer violação do art.º 14 da Convenção (7 votos contra 4 e 3 abstenções).

25.º

CASO HANDYSIDE v/REINO UNIDO (7)

I. O mecanismo dos órgãos de controle criados pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem tem carácter subsidiário relativamente aos sistemas nacionais de garantia dos direitos do homem.

(6) Do Juiz Verdross.

(7) In *Annuaire*, XIX, 507.

II. Sem prejuízo das restrições permitidas pelo § 2.º do art.º 10.º da Convenção, a liberdade de expressão, sendo um dos fundamentos da sociedade democrática, abarca não só as ideias de informações acolhidas favoravelmente ou consideradas inofensivas e indiferentes, como as que inquietam e chocam o Estado ou parte da população.

III. É compatível com o art.º 10.º da Convenção a apreensão, confisco e destruição de uma obra literária destinada a estudantes (crianças e adolescentes) que, contendo alguns aspectos positivos, no seu todo ofende a moral, descrevendo com demasiado realismo e de forma licianete aberrações sexuais, assim contribuindo para a depravação e corrupção da juventude.

IV. A segunda rase (ninguém pode ser privado do que é sua propriedade...) da primeira alínea do art.º 1.º do Protocolo Adicional só visa a privação de propriedade, que não as medidas cautelares.

V. A destruição dos exemplares da obra que levou à condenação do autor ou editor por imoral é compatível com o art.º 1.º do Protocolo n.º 1, já que a defesa da moral se compreende no interesse geral.

Data da decisão: 7 de Dezembro de 1976.

Juízes intervenientes: G. Balladore Pallieri, italiano, presidente; H. Mosler, alemão, M. Zekia, cipriota; G. Wiarda, holandês; H. Pedersen, dinamarquesa; Thor Vilhjalmsson, islandês; S. Petren, sueco; R. Ryssdal, norueguês; A. Bozer, turco; W. Ganshof Van Der Meersch, belga; Gerald Fitzmaurice, britânico; D. Bindschedler-Robert, suíça; D. Evrigenis, grego; H. Delvaux, luxemburguês.

Decisão: O Tribunal, por teze votos contra um ⁽⁸⁾, entendeu que não se verificava violação do art.º 10.º da Convenção e, por unanimidade, que não haviam sido violados nem o art.º 1.º do Protocolo n.º 1, nem os artigos 14.º e 18.º da Convenção.

Parecer da Comissão: A Comissão Europeia dos Direitos do Homem emitira parecer no sentido de se não verificar violação do art.º 10.º da Convenção (8 votos contra 5 e 1 abstenção); que nem a apreensão, nem o confisco e destruição do livro, haviam violado o art.º 1.º do protocolo n.º 1 (9 votos contra 4 e 1 abstenção; que não fôra violado o art.º 18.º da Convenção (unanimidade).

(8) Do Juiz Mosler.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM
DECISÃO PROFERIDA NO CASO
YOUNG, JAMES E WEBSTER CONTRA O REINO UNIDO

I. Há responsabilidade do estado sempre que o acto de terceiro, violador da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, é lícito face ao seu direito interno.

II. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ao apreciar um caso com origem em queixa individual, deve limitar-se a conhecer das questões que o caso concreto suscita, sem, porém, esquecer o contexto geral.

III. Viola o art.º 11.º da Convenção a situação em que o indivíduo é colocado entre as duas alternativas — de se filiar em determinado sindicato ou de ficar privado dos meios de subsistência.

IV. Figura entre os fins da garantia de liberdade de associação do art.º 11.º da Convenção a protecção das opiniões pessoais no que respeita à liberdade de pensamento, consciência, religião e expressão, consagrada nos art.ºs 9.º e 10.º.

V. A democracia não se reconduz à constante supremacia da opinião da maioria, antes postula um equilíbrio que assegure às minorias um tratamento justo que evite o abuso da posição dominante.

P.F.

En l'affaire Young, James e Webster,

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

MM. G. Wiarda, *président*,
R. Ryssdal,
M. Zekia,
J. Cremona,
Thór Vilhjálmsson,
W. Ganshof van der Meersch,
Mme. D. Bindschedler-Robert,
MM. D. Evrigenis,
G. Lagergren,
L. Liesch,
F. Golcükli,
F. Matscher,
J. Pinheiro Farinha,
E. García de Enterría,
L. E. Pettiti,
B. Walsh,
M. Sorensen,
Sir. Vincent Evans,
MM. R. Macdonald,
C. Russo,
R. Bernhardt,

ainsi que de MM. M.-A Eisseu, *greffier*, et H. Petzold, *greffier adjoint*,
Après avoir délibéré en chambre du conseil les 5 e 6 mars, puis les 25 et
26 juin 1981,

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

PROCEDURE

1. L'affaire Young, James e Webster a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme ("la Commission"). A son origine se trouvent deux requêtes dirigées contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord; trois ressortissants de cet État, MM. Ian McLean Young, Noel Henry James et Ronald Roger Webster, les avaient introduites en 1976 et 1977, en vertu de l'article 25 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ("la Convention"), devant la Commission qui en ordonna la jonction de 11 mai 1978.

2. La demande de la Commission a été déposée au greffe le 14 mai 1980, dans le délai de trois mois ouvert par les articles 32 § 1 et 47. Elle renvoie aux articles 44 et 48 ainsi qu'à la déclaration du Royaume-Uni reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour (article 46). Elle a pour objet d'obtenir une décision de celle-ci sur le point de savoir si les faits de la cause révèlent ou non, de la part de l'État défendeur, un manquement aux obligations lui incombant aux termes des articles 9, 10, 11 et 13 de la Convention.

3. La Chambre de sept juges à constituer comprenait de plein droit Sir Gerald Fitzmaurice, juge élu de nationalité britannique (article 43 de la Convention), et M. G. Ballardore Pallieri, président de la Cour (article 21 § 3 b) du règlement). Le 4 juin 1980, celui-ci a désigné par tirage au sort, en présence du greffier, les cinq autres membres à savoir M. G. Wiarda, M. J. Cremona, M. Thór Vilhjálmsson, M. R. Ryssdal et Mme D. Bindschler-Robert (articles 43 *in fine* de la Convention et 21 § 4 du règlement). Sir Vincent Evans a remplacé ultérieurement Sir Gerald Fitzmaurice (article 2 § 3 du règlement).

4. M. Ballardore Pallieri a assumé la présidence de la Chambre (article 21 § 5 du règlement). Par l'intermédiaire du greffier, il a recueilli l'opinion de l'agent du gouvernement du Royaume-Uni ("le Gouvernement"), ainsi que celle des délégués de la Commission, au sujet de la procédure à suivre. Le 25 juin 1980, il a décidé que l'agent aurait jusqu'au 25 septembre pour présenter

un mémoire et que les délégués pourraient y répondre par écrit dans les deux mois du jour où le greffier le leur aurait communiqué. Les 20 août, 24 octobre et 13 novembre, il a consenti à proroger le premier de ces délais jusqu'aux 25 octobre, 14 novembre et 5 décembre respectivement.

5. Le 25 novembre 1980, la Chambre a résolu, en vertu de l'article 48 du règlement, de se dessaisir avec effet immédiat au profit de la Cour plénière.

6. Le mémoire du Gouvernement est parvenu au greffe le 5 décembre 1980. Le 4 février 1981, les délégués ont transmis à la Cour un mémoire qui leur avait été adressé au nom des requérants; ils ont précisé qu'ils se réservaient de formuler leurs propres observations lors des audiences.

Le 29 janvier, le président a chargé le greffier d'obtenir certains documents auprès de la Commission et du Gouvernement qui les ont produits les 4 et 19 février respectivement.

7. Le 10 février 1981, M. Wiarda, élu président de la Cour à la suite de la mort de M. Ballardore Pallieri, a fixé au 3 mars la date d'ouverture de la procédure orale après avoir consulté l'agent du Gouvernement et délégués de la Commission par l'intermédiaire du greffier.

Le Gouvernement a déposé quelques pièces de plus le 27 février.

8. Le 3 mars la Cour a tenu, aussitôt avant le début des audiences, une réunion consacrée à leur préparation. A cette occasion elle a décidé d'office, en vertu de l'article 38 § 1 du règlement, d'entendre un représentant du *British Trades Union Congress* (Confédération syndicale britannique), à titre d'information, sur certaines questions de fait (y compris le droit et la pratique anglaise).

9. Les débats se sont déroulées en public les 3 et 4 mars, au palais des Droits de l'Homme à Strasbourg.

Ont comparu:

— *Pour le Gouvernement*

M. D. Edwards, juriste, ministère des
affaires étrangères et du Commonwealth, *agent*,
Sir Ian Percival, Q. C., *Solicitor-General*,
MM. S. Brown, avocat,
N. Bratza, avocat, *conseils*,
MM. H. Steel, *Law Officers' Department*,
J. Billam, ministère du travail,
C. Tucker, ministère du travail,
N. Mellish, ministère du travail, *conseillers*;

— *pour la Commission*

MM. J. Fawcett,
G. Sperduti,
J. Frowein, *délégués*
M.D. Calcutt, Q. C., ainsi que MM. C. Kolbert
et C. Mitchell-Heggs, avocats, *assistant les délégués*
(article 29 § 1, seconde
phrase, du règlement
de la Cour).

La Cour a entendu les délégués et les personnes les assistant, Sir Ian Percival pour le Gouvernement et, à la suite de sa décision du 3 mars, Lord Wedderburn of Charlton, avocat, professeur de droit à L'Université de Londres, pour les *Trades Union Congress*.

10. Les délégués de la Commission ont produit en séance divers documents. L'un d'entre eux s'intitulait "mémoire (moyens de fait et de droit) du *Trades Union Congress*". La Cour a résolu de la prendre en considération quant aux renseignements de fait qu'il pouvait renfermer, à l'exclusion de tout argument juridique.

11. En application de décisions arrêtées par la Cour après les débats, le greffe a reçu:

— le 3 avril 1981, la réponse du Gouvernement à certaines questions posées aux comparants par la Cour pendant les audiences;

— le 6 avril 1981, la réponse des requérants aux dites questions, avec leurs observations sur les thèses défendues par Sir Ian Percival dans sa plaidoirie;

— le 22 avril 1981, des observations des requérants sur ce que Lord Wedderburn avait déclaré devant la Cour et sur des points de fait dont traitait le “mémoire” mentionné au paragraphe 10 ci-dessus;

— le 11 mai 1981, des commentaires du Gouvernement sur les observations parvenues le 6 avril.

Les documents émanant des requérants ont été communiqués à la Cour par les délégués de la Commission.

FAITS

12. MM. Young, James et Webster travaillaient à la Société des chemins de fer britanniques (*British Railways Board*, en abrégé “*British Rail*”). En 1975, elle conclut avec trois syndicats un accord de “*closed shop*” subordonnant désormais pareil emploi à l’affiliation à l’un de ces derniers. Faute de remplir cette condition, les requérants furent renvoyés en 1976. Ils se prétendent victimes de violations des articles 9, 10 et 13 de la Convention.

I. Contexte général et droit interne

A. Les “*closed shops*” et les licenciements

Généralités

13. Pour l’essentiel, un *closed shop* est une entreprise ou un atelier dans lesquels, à la suite d’un accord ou arrangement entre un ou des syndicats et

un ou des employeurs ou associations d'employeurs, les salariés d'une catégorie déterminée sont, en pratique, obligés d'appartenir ou adhérer à un syndicat désigné. La loi n'astreint pas les employeurs à recueillir directement le consentement ou avis de chaque salarié avant de donner effet à de tels accords ou arrangements. Ceux-ci varient beaucoup par leur forme et leur substance. On distingue souvent, notamment, entre "*pre-entry*" *shop* (le salarié doit s'affilier au syndicat avant son embauchage) et "*post-entry*" *shop* (il doit s'y inscrire après coup dans un délai raisonnable); le second type se rencontre plus couramment.

L'institution du *closed shop* existe depuis très longtemps au Royaume-Uni. Ces dernières, les arrangements en la matière ont gagné en précision cependant qu'augmentait le nombre des travailleurs concernés (environ 5 millions en 1980, contre 3.750.000 dans les années 1960). Des études récentes portent à croire que dans bien des cas l'obligation d'adhérer à un syndicat désigné ne s'étend pas aux salariés non syndiqués déjà en fonctions.

Le droit en vigueur jusqu'à 1971

14. Jusqu'en 1971, la législation ne traitait pas explicitement de la pratique du *closed shop*. Néanmoins, depuis les années 1920 les tribunaux reconnaissaient la légitimité de l'objectif syndical consistant à promouvoir les intérêts des syndicats au point d'imposer le licenciement des non-syndiqués ou l'interdiction de les embaucher. Toutefois, au regard de la *common law* il y avait entente délictueuse (*unlawful conspiracy*) si en invoquant un *closed shop* à l'encontre de quelqu'un on allait au-delà de ce que les tribunaux regardaient comme la défense d'intérêts syndicaux authentiques (*Huntley v. Thornton, All England Law Reports, 1957, vol. 1, p. 234; Morgan v. Fry, ibidem 1967, vol. 2, p. 386*).

Dans son rapport de 1968, la Commission royale sur les syndicats et les associations patronales (*Royal Commission on Trade Unions and Employers' Associations*), tout en écartant la possibilité de prohiber le *closed shop*, examina les garanties à ménager en faveur des personnes se trouvant en présence d'un *closed shop*. Ainsi, la majorité de ses membres estima qu'un salarié congédié pour avoir refusé d'adhérer à un syndicat après l'instauration d'un *closed shop* devrait obtenir gain de cause contre son employeur dans une action pour licenciement abusif s'il réussissait à prouver que son refus s'appuyait sur des motifs sérieux.

15. Avant 1971, les droits et obligations des parties à un contrat de travail obéissaient pour l'essentiel à la *common law*. Abstraction faite des licenciements justifiés sans préavis (*justified summary dismissal*), il était licite de congédier un salarié, même sans motif, moyennant le préavis requis. Un salarié renvoyé sans ce préavis avait un seul recours: réclamer en justice le montant de la rémunération qu'il aurait perçue pendant le délai de préavis; les tribunaux n'ordonnaient pas à l'employeur de le réembaucher. Ces principes valaient par exemple pour les licenciements causés par l'adhésion, ou les refus d'adhésion, d'un salarié à un syndicat.

La loi de 1971 sur les relations professionnelles

16. Depuis 1971, le parlement intervient davantage dans les domaines sous examen et les changements de majorité au pouvoir ont entraîné des modifications de la portée et du contenu de la législation en vigueur. La première mesure d'envergure consista dans la loi de 1971 sur les relations professionnelles (*Industrial Relations Act*), qui à deux égards transforma radicalement la situation résultant de la *common law*.

17. Tout d'abord, la loi de 1971 accorda aux salariés (sous réserve de certaines exceptions) le droit de ne pas être abusivement licenciés. Il devint illégal de renvoyer quelqu'un sans motif, même si on lui adressait le préavis nécessaire. Quiconque s'estimait congédié de manière abusive pouvait saisir un tribunal du travail (*industrial tribunal*); celui-ci pouvait lui allouer des dommages-intérêts, ou recommander son réengagement, sauf si le licenciement se foudait sur un ou plusieurs des motifs prévus dans la loi (inaptitude, mauvaise conduite, excédent de main-d'oeuvre, etc.) ou sur un autre motif grave, et s'il s'avérait que l'employeur avait agi raisonnablement en considérant ce ou ces motifs comme suffisants. La loi laissait intacts les droits que le salarié possédait en vertu de la *common law*, mais dans la pratique les titulaires du nouveau droit les ont peu invoqués.

18. En second lieu, la loi de 1971 introduisit des normes expresses destinées à rendre illicite le jeu de la plupart des *closed shops*. Non seulement

elle frappa de nullité les accords de *closed shop* avant l'embauche, mais encore elle donna aux travailleurs, sous réserve de certaines exceptions, le droit de ne pas se syndiquer ou de refuser de s'inscrire à un syndicat déterminé. Dans le contexte des règles relatives aux licenciements abusifs et par contraste avec la situation en *common law* (paragraphe 15 *in fine* ci-dessus), elle précisa qu'il fallait considérer comme abusif un licenciement motivé par l'exercice de ce droit ou l'intention de l'exercer.

19. D'après un Livre vert sur les immunités syndicales (*Trade Union Immunities*), publié par le gouvernement britannique en janvier 1981, la loi de 1971 rencontra une forte résistance auprès des syndicats et nombre d'employeurs et de syndicats en tournèrent les clauses relatives au *closed shop*, lequel continua sans grand changement.

Le droit en vigueur à l'époque des événements qui ont donné naissance aux requêtes

20. La loi de 1974 sur les syndicats et les relations du travail (*Trade Union and Labour Relations Act*, en abrégé "la *TULRA*") abrogea celle de 1971. Celles de ses prescriptions qui s'appliquent en l'espèce sont entrées en vigueur le 16 septembre 1974.

21. L'abrogation de la loi de 1971 sur les relations professionnelles supprima l'interdiction des *closed shops* et le droit de ne pas se syndiquer. Cependant, la législation ne retrouva pas entièrement son état antérieur à 1971. En effet, la *TULRA* maintenait la protection contre les licenciements abusifs; un *closed shop* pouvant amener à priver de son emploi un individu qui ne voulait pas adhérer à un syndicat désigné, il fallait indiquer dans quelles conditions exactes on devait regarder comme non abusif (*fair*) un renvoi fondé sur ce motif. En conséquence, la *TULRA*

- a) énumérait — par référence au concept, définir par elle, d'"accord sur l'appartenance syndicale" (*union membership agreement*) — les circonstances dans lesquelles une situation de *closed shops* était censée exister;

- b) énonçait le principe que, dans une telle situation, il y avait lieu de réputer no abusif, aux fins de la législation en matière de licenciements abusifs, le renvoi d'un salarié pour refus de devenir membre d'un syndicat désigné;
- c) prévoyait, à titre d'exceptions, que pareil renvoi devait passer pour abusif si l'intéressé se refusait de bonne foi;
 - (i) en raison de convictions religieuses, à s'affilier à un syndicat quelconque;
 - (ii) pour des motifs sérieux, à s'affilier à un syndicat déterminé.

22. La *TULRA* confirma aussi la loi de 1971 en tant que celle-ci avait habilité les tribunaux du travail à allouer une indemnité aux salariés congédiés de manière abusive. Toutefois, la loi de 1975 sur la protection de l'emploi (*Employment Protection Act*) remplaça plus tard le pouvoir de recommander le réengagement de tels salariés par celui, discrétionnaire, de prescrire leur réintégration ou réengagement dans certaines circonstances (notamment si cette solution paraissait "réalisable"). Elle ajoutait que si cet ordre n'était pas exécuté, l'intéressé devait recevoir l'indemnité habituelle pour licenciement abusif et, dans certains cas, une somme supplémentaire.

23. La *TULRA* fut remaniée sur divers points par la loi de 1976 portant amendement de la loi sur les syndicats et les relations du travail (*Trade Union and Labour Relations (Amendment) Act*, en abrégé "la loi d'amendement"), qui entra en vigueur le 2 mars 1976. Ainsi, la seconde des exceptions mentionnées au paragraphe 21 c) ci-dessus disparut, de sorte que l'action pour licenciement abusif demeura ouverte à ceux-là seuls qui invoquaient des objections authentiques d'ordre religieux. La loi d'amendement modifia en outre, dans le sens d'une plus grande souplesse, la notion d'"accord sur l'appartenance syndicale".

Evolution législative ultérieure

24. La loi de 1978 sur la protection de l'emploi (*Employment Protection (Consolidation) Act*) abrogea et reprit les dispositions existant alors en matière de licenciements abusifs.

Elle a été amendée à son tour, sans effet rétroactif, par la loi de 1980 sur l'emploi (*Employment Act*). Le principe reste que le renvoi d'un salarié pour refus de s'affilier à un syndicat désigné, dans une situation de *closed shop*, est réputé non abusif aux fins de la législation relative aux licenciements abusifs. Toutefois, cette règle souffre trois exceptions depuis de 15 août 1980: il faut considérer un tel envoi comme abusif:

a) si pour des raisons de conscience, ou par autre conviction personnelle profonde, le salarié se refuse à s'inscrire à un syndicat, quelconque ou déterminé;

ou

b) s'il figurait, avant l'entrée en vigueur de l'accord ou arrangement de *closed shop*, dans la catégorie couverte par celui-ci et n'a pas appartenu à un syndicat conformément au dit accord ou arrangement.

ou

c) dans le cas d'un accord ou arrangement de *closed shop* prenant effet après de 15 août 1980, si 80% ou moins du personnel concerné ne l'ont pas approuvé par un vote ou si, malgré pareille approbation, le salarié n'a pas après le scrutin appartenu à un syndicat conformément au dit accord ou amendement.

Un code de conduite (*Code of Practice*), adopté par le parlement et entré en vigueur le 17 décembre 1980, recommande notamment que les accords de *closed shop* protègent les droits individuels fondamentaux et soient appliqués avec souplesse et tolérance, dans le respect des intérêts des particuliers comme des syndicats et des employeurs. On peut l'invoquer à titre de preuve, mais il ne crée aucune obligation juridique.

25. Le Livre vert sur les immunités syndicales (paragraphe 19 ci-dessus) énumérait les arguments militant pour ou contre diverses propositions; le gouvernement y déclarait souhaiter s'entourer d'avis sur l'opportunité de nouvelles réformes législatives dans le domaine du *closed shop* et sur leurs perspectives de succès.

B. Autres données pertinentes concernant l'appartenance syndicale

26. Depuis 1971, la loi protège le droit d'appartenir à un syndicat. Les dispositions applicables ont changé dans le détail au fil des ans, mais elles consistent en substance à reconnaître à un salarié un droit à indemnité si on le congédie ou pénalise pour être ou chercher à devenir membre d'un syndicat, ou pour concourir à ses activités, ou si on l'en dissuade ou empêche (loi de 1971 sur les relations professionnelles, article 5: *TULRA*, annexe 1, paragraphe 6 § 4; loi de 1975 sur la protection de l'emploi, article 53; loi de 1978 sur la protection de l'emploi, articles 23 et 58).

27. A la fin de 1979, il y avait au Royaume-Uni 477 syndicats groupant 13,5 milhões d'adhérents; en 1980, 108 syndicats comptant 12,1 millions d'inscrits étaient affiliés au *Traides Union Congress*.

Ce dernier adopta en 1939 ne série de recommandation moralement obligatoires, les "principes de Bridlington", destinées à limiter les différends entre syndicats affiliés sur des questions d'appartenance et à en fixer les procédures de règlement. Sous leur forme actuelle, elles prévoient notamment que la double appartenance n'est pas valable sans l'accord des deux organisations intéressées.

28. La loi (amendée) de 1913 sur les syndicats (*Trade Union Act*) subordonne à certaines conditions l'utilisation par un syndicat de ses deniers dans différents buts politiques énumérés par elle en son article 3 § 3, sans préjudice de la poursuite de tout autre objectif politique. Spécialement, les paiements opérés dans l'un de ces buts doivent être financés par un "fonds politique" distinct auquel tout adhérent a le droit d'être dispensé de cotiser. Une personne exemptée de la sorte ne doit subir aucun désavantage par rapport aux autres membres et l'admission au syndicat ne peut dépendre d'une contribution au dit fonds.

II. British Rail et son accord de closed shop

29. En 1970, *British Rail* avait passé un accord de *closed shop* avec l'Union nationale des cheminots (*National Union of Railwaymen*, "NUR"),

l'Association du personnel des transports (*Transport Salaried Staffs' Association*, "TSSA") et l'Association des mécaniciens et chauffeurs de locomotive (*Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen*, "ASLEF"), mais à la suite de la promulgation de la loi de 1971 sur les relations professionnelles (paragraphe 18 ci-dessus) il ne fut pas mis en vigueur.

La question rebondit en juillet 1975 lorsque *British Rail* en conclut un autre avec les mêmes syndicats. Il prévoyait qu'à compter du 1^{er} août 1975 la qualité d'adhérent de l'un de ces syndicats constituerait une condition d'emploi pour le personnel de certaines catégories — dont les requérants — et que les termes de l'accord se trouveraient incorporés et intégrés à chaque contrat de travail. Lors de leur engagement, on avait apparemment délivré à MM. Young, James et Webster, comme à d'autres employés de *British Rail*, une déclaration écrite d'après laquelle s'appliqueraient à eux les règles et conditions d'emploi pouvant être arrêtées de temps en temps, pour les salariés de leur catégorie, en vertu du système de négociation existant entre leur employeur et tout syndicat ou autre organisation.

La condition d'appartenance ne valait pas pour "un salarié en fonctions se refusant de bonne foi, en raison de convictions religieuses, à s'affilier à un syndicat quelconque ou, pour des motifs sérieux, à s'affilier à un syndicat déterminé". En outre, l'accord fixait la procédure à suivre pour solliciter une dispense à ce titre et disposait que l'examen des demandes incomberait à des représentants de l'employeur et des syndicats.

30. En juillet-août 1975 furent affichés dans les locaux de *British Rail*, y compris ceux où travaillaient les requérants, des avis signalant au personnel l'accord conclu avec les syndicats et le changement apporté aux conditions d'emploi.

En septembre 1975, un second avis annonça que l'on était convenu de réserver la possibilité de dispense pour raisons d'ordre religieux au cas d'une église interdisant expressément à ses fidèles de se syndiquer. Il ajoutait que la limitation de cette possibilité à de telles raisons dépendait du vote, par le parlement, du projet de loi tendant à modifier la *TULRA* et que le personnel serait tenu au courant. Ainsi que l'indique le paragraphe 23 ci-dessus, la loi d'amendement entra en vigueur le 25 mars 1976.

A cette même date prit effet un nouvel accord entre *British Rail* et les trois syndicats de cheminots. Il reproduisait le texte de celui de juillet 1975

sauf les mots “ou, pour des motifs sérieux, à s'affilier à un syndicat déterminé” (paragraphe 29 ci-dessus).

31. Les requérants et le représentant du *Trades Union Congress* on informé la Cour que la *NUR*, la *TSSA* et l'*ASLEF* étaient en 1975 les seuls syndicats à déployer une activité dans ceux des secteurs des transports ferroviaires où travaillaient MM. Young, James et Webster. Selon le Gouvernement, d'autres syndicats y comptaient des membres mais sans chercher à en recruter.

Il s'avère qu'avant la conclusion de l'accord de *closed shop* de 1975, de 6 à 8000 salariés de *British Rail*, sur un total de 250.000, n'appartenaient pas encore à l'un des syndicats désignées. Pour finir, 54 personnes furent congédiées pour refus d'affiliation.

32. Les requérants ne remplissaient pas les conditions nécessaires pour adhérer à l'*ASLEF*. Quanto à la *NUR* et à la *TSSA*, les candidats à l'admission devaient signer un formulaire de demande où figurait, à l'époque, l'engagement de se conformer aux statuts du syndicat et d'en promouvoir loyalement les objectifs (*NUR*) ou de s'efforcer de son mieux d'en promouvoir les intérêts et objectifs (*TSSA*).

Les buts déclarés de la *NUR* comprenaient les suivants:

“(...) assurer la syndicalisation complète des travailleurs employés par tout conseil, société ou autorité spécialisés au Royaume-Uni dans les transports par chemins de fer, d'autres formes de transport et les services annexes; améliorer la situation et protéger les intérêts de ses membres; (...) promouvoir, quand et dans la mesure par une représentation au parlement et dans les pouvoirs locaux, et utiliser le fond politique de l'Union pour obtenir pareille représentation. Oeuvrer au remplacement du capitalisme par un ordre socialiste (...) Donner des subventions et collaborer à la direction de tout établissement ou institution ayant pour but d'éduquer et former des syndicalistes aux sciences sociales, et de participer à la vie politique et professionnelle du mouvement syndical (...)”.

De son côté, la *TSSA* se proposait notamment:

“a) De regrouper l'ensemble des employés de bureau, des cadres, du personnel administratif, des spécialistes et des techniciens de tous les services des entreprises britanniques et irlandaises de chemins

de fer, des agences de camionnage et des entreprises associées ou autres au sens de l'article 2.

- b) D'améliorer la situation et protéger les intérêts de ses membres. (...)
- g) De créer un ou plusieurs, dont le fonds politiques visé aux articles 45 et 46. (...)
- i) D'obtenir, ou aider à obtenir, une réglementation et une application plus efficace des lois existantes de nature à se répercuter sur le confort général et matériel de ses membres et des autres travailleurs.
- f) De fournir un concours financier et prêter de l'argent, avec ou sans intérêt ou contrepartie équivalente, à toute organisation (constituée ou non en société) si la Commission exécutive le juge souhaitable dans l'intérêt de l'Association ou pour la réalisation des objectifs de celle-ci, et dans la mesure où la législation en vigueur le permettra. (...)"

Les deux syndicats englobaient aussi parmi leurs buts la réalisation des objectifs politiques prévus à l'article 3 de la Loi de 1913 sur les syndicats et leurs statuts renfermaient des clauses reflétant les exigences de celle-ci en matière de fonde politique (paragraphe 28 ci-dessus). Dans le cas de la TSSA, on ne pouvait puiser dans son fonde politique que si le bénéficiaire appartenait en personne au parti travailliste ou si le versement tendait à soutenir la politique de ce dernier; quant à ses fonds généraux, ils pouvaient servir à financer la poursuite de fins politiques autres que celles énumérées dans la dite loi.

III. Faits propres à chacun des requérants

A. M. Young

33. Né en 1953, M. Young fut embauché par *British Rail* en 1972.

34. En septembre 1975, il rencontra son chef de service et un représentant de la TSSA. Ils s'informèrent de l'accord de *closed shop* — qui avait pour effet de l'obliger à s'affilier, en sa qualité d'employé de bureau, à la

TSSA ou à la *NUR* — et des deux causes de dispense admises à l'époque (paragraphe 29 ci-dessus).

Le requérant se refusait, mais sans invoquer des motifs d'ordre religieux, à s'inscrire à un syndicat et notamment à la *TSSA* ou à la *NUR*. L'appartenance à un syndicat, pensait-il, relevait d'un choix personnel fondé sur la conscience et les convictions politiques de chacun. Ses raisons de ne pas vouloir adhérer à la *TSSA* — elles valaient aussi, selon lui, pour la *NUR* — peuvent se résumer ainsi:

- a) il ne souscrivait pas aux opinions politiques de la *TSSA*;
- b) de l'argent du principal fonds syndical servait à éditer une revue mensuelle prévenue en faveur du parti travailliste et le requérant n'avait pas reçu assez d'assurances que ce fonds n'était pas utilisé à d'autres fins politiques;
- c) il reprochait à la *TSSA* de prôner les nationalisations et d'arracher des hausses inflationnistes de salaires; il se refusait en outre à devoir participer à des grèves, lesquelles, dans le cas d'un secteur clé, constituaient selon lui un chantage collectif envers le pays tout entier;
- d) en cherchant à imposer un *closed shop*, la *TSSA*, montrait qu'elle ne tolérait pas l'expression de la liberté individuelle et elle acquérait une mainmise inacceptable sur le recrutement et les licenciements.

35. Le 17 octobre 1975, M. Young sollicite par écrit une dispense. Le 30 avril 1976 — donc après l'entrée en vigueur, le 25 mars 1976, de la loi d'amendement (paragraphe 23 ci-dessus) —, on lui annonça par lettre que l'examen de sa demande aurait lieu le 5 mai. A cette date, il comparut devant une commission de recours composée de trois personnes représentant respectivement *British Rail*, la *TSSA* et la *NUR*.

Par une lettre du 27 mai, *British Rail* l'avisa du rejet de sa demande et lui notifia son licenciement à compter de l'échéance, le 26 juin 1976, du délai d'un mois fixé par son contrat.

B. J. James

36. Né en 1928, M. James fut embauché le 27 mars 1974, comme chef d'équipe, par *British Ril* qui l'avait déjà employé pendant deux périodes de quelques années.

37. Le 16 octobre 1975, il rencontra son supérieur hiérarchique direct et un représentant de la *NUR*. Ils l'informèrent qu'à la suite de l'accord de *closed shop* il devait s'inscrire à la *NUR* et qu'en sa qualité d'homme de manoeuvre il ne remplissait pas les conditions d'entrée dans un autre syndicat. Bien que prêt à rallier la *NUR* — de fait, il y avait appartenu jadis —, il doutait de l'utilité de s'y affilier et croyait à la liberté de choix. Il ajourna sa décision définitive dans l'attente d'éclaircissements sur un point soulevé auprès de la *NUR* par l'un de ses collègues, travaillant le même nombre d'heures que lui, au sujet d'une différence apparente entre leurs salaires respectifs. Avant de solliciter son admission, il souhaitait connaître la réponse de la *NUR* pour voir comment celle-ci s'occupait des problèmes des membres. En définitive, il estima que le syndicat n'avait pas examiné la question et expliqué sa conclusion de manière satisfaisante, ni veillé convenablement aux intérêts du dit collègue; aussi ne souhaitait-il pas y adhérer.

38. Par une lettre du 18 décembre 1975, le requérant annonça qu'il refusait de s'inscrire à la *NUR* car elle n'avait pas répondu à sa propre demande de précisions sur ses horaires de service.

Le 23 février 1976 lui parvint un avis de licenciement aux termes duquel on n'aurait plus besoin de lui à partir du 5 avril, dès lors qu'il n'avait pas respecté l'accord de juillet 1975.

39. Le 8 avril 1976, M. James saisit d'une plainte pour congédiement abusif un tribunal du travail devant lequel il comparut le 18 juin. Cette juridiction le débouta par un jugement dont il reçut une copie le 6 juillet. Elle releva d'abord qu'il n'avait jamais réclamé une dispense d'affiliation selon la procédure fixée par l'accord de *closed shop*; elle ajouta que comme il n'avait à aucun moment invoqué des motifs d'ordre religieux à l'appui de son refus d'adhérer à la *NUR*, il fallait constater le caractère non abusif du renvoi eu égard au paragraphe 6, allinéa 5, de l'annexe 1 à la *TULRA* (modifié par la loi d'amendement).

C. M. Webster

40. Né en 1914, M. Webster entra à *British Rail* le 18 mars 1958.

41. A l'époque de la conclusion de l'accord de 1970 (paragraphe 29 ci-dessus), le requérant avait refusé de se syndiquer; il en avait exposé les motifs dans une lettre au responsable des services administratifs. Toutefois, comme cet accord ne prit pas effet on ne l'invita pas à comparaître devant la commission de recours à laquelle il avait accepté de présenter son cas.

42. Vers septembre 1975, il rencontra son supérieur hiérarchique immédiat et le délégué local de la *TSSA*. Ils l'informèrent de l'accord de *closed shop* — qui avait pour conséquence de l'obliger, en sa qualité d'employé de bureau, à s'affilier à la *TSSA* ou à la *NUR* — et des deux causes de dispense existant alors (paragraphe 29 ci-dessus).

43. M. Webster rejetait l'idée de s'inscrire à un syndicat. Parmi ses raisons — également valables, selon lui, pour la *TSSA* et la *NUR* — figuraient les suivants:

- a) il s'opposait au mouvement syndical tel qu'il fonctionnait à l'époque car celui-ci lui semblait manquer de représentativité, exercer une influence néfaste dans les domaines économique, professionnel et social — en particulier par des revendications collectives injustifiées de salaires — et ne pas agir au mieux des intérêts des travailleurs ni du pays en général; il trouvait en outre extrêmement choquant de devoir participer à une grève qui léserait le public ou d'autres travailleurs;
- n) selon lui, chacun devait jouir de la liberté de choix en matière d'affiliation à un syndicat et pouvoir exprimer ses opinions ou convictions et s'y tenir sans risquer de perdre ses moyens d'existence par le jeu de la pratique du *closed shop*, pratique inapte à remédier aux insuffisances inhérentes au système syndical

44. Le 29 octobre 1975, M. Webster écrivit à son supérieur afin de lui exposer des doutes qu'il éprouvait sur la voie à suivre pour réclamer une dispense, et de le consulter sur certains points. Il déclarait qu'il souhaitait solliciter une dispense pour raisons de conscience (non spécifiquement religieuse); il demandait aussi que l'on regardât comme base de son dossier, si

c'était encore possible, la thèse défendue par lui en 1970, bien que, indiquait-il, il désirât présenter à nouveau une défense complète et détaillée. Il ajoutait qu'il s'opposait au mouvement syndical "tel qu'il fonctionne aujourd'hui". Le 2 avril 1976 — donc après l'entrée en vigueur, le 25 mars 1976, de la loi d'amendement (paragraphe 23 ci-dessus) —, on lui annonça par lettre que quatre jours plus tard des représentants de *British Rail* et des syndicats examineraient son cas conformément à la procédure exigée par l'accord de 1975. Le requérant réclama un délai supplémentaire de deux semaines pour avoir le temps de préparer des arguments écrits. Le 28 avril, alors que lui était parvenue par l'intermédiaire de ses *solicitors* la réponse à quelques-unes seulement des questions de sa lettre du mois d'octobre, il fut convoqué à une audience pour le 6 mai. A cette représentant respectivement *British Rail*, la *TSSA* et la *NUR*.

Le 3 juin 1976, M. Webster reçut un avis de licenciement lui notifiant le rejet de sa demande et l'avertissant que son contrat de travail prendrait fin le 28 août.

PROCEDURE DEVANT LA COMMISSION

45. MM. Young et James ont saisi la Commission le 26 juillet 1976, M. Webster le 18 février 1977; ils formulaient des griefs identiques en s'appuyant sur les articles 9, 10, 11 et 13 de la Convention. Ils alléguaient que *l'application de la TULRA* et de la loi d'amendement, autorisant leur renvoi malgré le caractère raisonnable de leurs motifs de refuser d'adhérer à un syndicat, avait porté atteinte à leurs libertés de pensée, de conscience, d'expression et d'association. Ils se plaignaient en outre de l'absence de recours efficaces.

46. La Commission a déclaré recevables la requête de MM. Young et James le 11 juillet 1977, celle de M. Webster le 3 mars 1978.

Dans son rapport du 14 décembre 1979 (article 31 de la Convention), elle conclut:

- par quatorze voix contre trois, qu'il y a eu violation de l'article 11;
- qu'il n'est pas nécessaire d'examiner séparément les questions se posant sous l'angle des articles 9 et 10;
- par huit voix contre deux, avec deux abstentions, qu'il n'y a pas eu de surcroît violation de l'article 13.

Le rapport contient quatre opinions séparées.

CONCLUSIONS PRESENTÉES A LA COUR

47. A l'audience du 4 mars 1981, le Gouvernement a confirmé les conclusions figurant dans son mémoire. Elles consistent à demander à la Cour de bien vouloir:

“1) Quant à l'article 11

- (i) décider et déclarer que les faits constatés ne révèlent pas, de la part du Royaume-Uni, une violation des obligations lui incombant aux termes de l'article 11;

en ordre subsidiaire, si cette demande (i) devait être rejetée,

- (ii) décider et déclarer que l'éventuelle responsabilité du Royaume-Uni au regard de la Convention quant à la réalisation des contrats de travail des trois requérants se trouve exclusivement engagée du chef de la promulgation des lois de 1974 et 1976, et non pour le motif que *British Rail* serait un organe de L'Etat. ou qu'il faudrait considérer le gouvernement du Royaume-Uni comme l'employeur de *British Rail* ou des requérants.

2) Quant aux articles 9 et 10

- (i) décider et déclarer que les dispositions des articles 9 et 10 de la Convention ne s'appliquent pas en l'espèce;

en ordre subsidiaire, si cette demande (i) devait être rejetée,

(ii) décider et déclarer que les faits constatés ne révèlent pas, de la part du Royaume-Uni, une violation des obligations lui incombant aux termes des articles 9 et 10 de la Convention.

3) Quant à l'article 13

(i) décider et déclarer que l'article 16 de la Convention ne s'applique pas en l'espèce, aucun droit ou liberté reconnu dans la Convention n'ayant été mis en cause ou atteint par le licenciement des requérants;

en ordre subsidiaire,

(ii) décider et déclarer que les faits constatés ne révélant pas de la part du Royaume-Uni, outre une éventuelle violation de l'article 11 de la Convention, une violation des obligations lui incombant aux termes de l'article 13 de la Convention".

EN DROIT

I. QUESTION PRELIMINAIRE: RESPONSABILITE DE L'ETAT DEFENDEUR

48. D'après MM. Young, James et Webster, le traitement qu'ils ont subi a enfreint les articles 9, 10 et 11 de la Convention, en particulier combinés entre eux, ainsi que l'article 13. Avant d'examiner le fond du problème, il faut rechercher si la responsabilité de l'Etat défendeur, le Royaume-Uni, entre en jeu.

Le Gouvernement concède qu'il en serait ainsi, du chef de la promulgation de la *TULRA* et de la loi d'amendement, au cas où la Cour verrait

dans la réalisation du contrat de travail des requérants une atteinte, pouvant à juste titre passer pour une conséquence directe de ces deux lois, aux droits garantis par l'article 11.

La Commission adopte une position analogue dans son rapport.

49. Selon l'article 1, chaque Etat contractant reconnaît "à tout personne relevant de sa juridiction les droits et libertés définis (*dans*) la (...) Convention"; partant, quando la violation de l'un d'eux dérive d'un manquement du législateur national à cette obligation, la responsabilité en incombe à l'Etat. Or si la cause immédiate des événements d'où a surgi l'affaire réside dans l'accord de 1975 entre *British Rail* et les syndicats de cheminots, c'est le droit interne en vigueur à l'époque qui a rendu licite le traitement dont se plaignent les intéressés. La responsabilité de l'Etat défendeur pour toute infraction à la Convention qui en aurait découlé se trouve donc engagée sur cette base; il n'y a pas lieu de déterminer si elle l'est aussi, comme le soutiennent les requérants, en raison de la qualité d'employeur qu'aurait l'Etat ou du contrôle exercé par lui sur *British Rail*.

II. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 11

50. Les principales questions en litige concernent l'article 11, ainsi libellé:

"1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la

défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article l'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat".

1. Sur l'existence d'une atteinte à un droit relevant de l'article 11

51. Les thèses plaidées devant la Cour ont porté dans une large mesure sur le point de savoir si l'article 11 garantit non seulement la liberté "positive" d'association, y compris le droit de fonder des syndicats ou de s'y affilier, mais aussi, de manière implicite, un "droit négatif" de ne pas être obligé d'adhérer à une association ou un syndicat.

Tandis que la majorité de la Commission déclare ne pas estimer nécessaire de se prononcer à ce sujet, les requérants affirment que le texte sous-entend clairement un "droit négatif". *Quant au Gouvernement, pour qui la conclusion de la Commission reconnaît en réalité pareil droit au moins dans certaines limites, l'article 11 n'accorde ni ne protège d'après lui aucun droit de ne pas se voir forcé de devenir membre d'une association. Ce droit aurait été à dessein écarté de la Convention; le passage suivant des travaux préparatoires le montrerait:*

"En raison des difficultés que pourrait poser, à cet égard, le système du 'closed shop', introduit dans certains pays, la Conférence a jugé inopportun d'introduire dans la Convention la règle d'après laquelle 'nul ne peut être obligé de faire partie d'une association', figurant (à l'article 20 † 2 de) la Déclaration Universelle des Nations Unies." (rapport de la Conférence de hauts fonctionnaires, 19 juin 1950, Recueil des travaux préparatoires, vol. IV, p. 263).

52. *La Cour ne croit pas indispensable de répondre ici à la question.*

Elle rappelle cependant que le droit de fonder des syndicats et de s'y affilier constitue un aspect particulier de la liberté d'association (arrêt Syndicat national de la police belge, du 27 octobre 1975, série A n.º 19, p. 17, § 38) ⁽¹⁾; elle ajoute qu'une certaine liberté de choix quant à l'exercice d'une liberté est inhérente à la notion de celle-ci.

Quand bien même, pour les motifs donnés dans l'extrait précité des

(1) Vide Sumário n.º 19.

travaux préparatoires, une règle générale, semblable à celle de l'article 20 † 2 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme aurait été omise à dessein il n'en résulterait pas que l'aspect négatif de la liberté d'association de chacun sorte complètement du domaine de l'article 11, ni que contraindre à s'inscrire à un syndicat déterminé cadre toujours avec l'esprit de cette disposition. A interpréter l'article 11 comme autorisant n'importe quelle sorte de coercition en matière d'appartenance syndicale, on toucherait à la substance même de la liberté qu'il entend garantir (voir, mutatis mutandis, l'arrêt du 23 juillet 1968 sur le fond de l'affaires "linguistique belge", série A n.º 6, p. 32, § 5, ⁽²⁾ l'arrêt Golder du 21 février 1975, série A n.º 18, p. 19, § 38, ⁽³⁾ et l'arrêt Winterwerp du 24 octobre 1979, série A n.º 33, p. 24, § 60).

53. La Cour souligne une fois de plus que dans une cause issue d'une requête individuelle, il lui faut se borner autant que possible, sans oublier le contexte général, à examiner les problèmes soulevés par le cas concret dont on l'a saisie (voir, p. ex., l'arrêt Guzzardi du 6 novembre 1980, série A n.º 39, pp. 31-32, § 88). Partant, il ne lui incombe pas en l'occurrence d'apprécier au regard de la Convention le système du *closed shop* en tant que tel, ni d'exprimer une opinion sur toute répercussion ou forme de contrainte à laquelle il peut aboutir; elle n'en étudie que les incidences sur les requérants.

54. A la suite de l'accord de 1975 (paragraphe 29 ci-dessus), ces derniers se trouvèrent devant un dilemme: soit adhérer à la *NUR* dans le cas de M. James, à la *TSSA* où à la *NUR* dans celui de MM. Young et Webster, soit perdre un emploi non subordonné, lors de leur embauchage, à une affiliation syndicale et que deux d'entre eux occupaient depuis plusieurs années. Chacun d'eux considéra la condition d'appartenance introduite par l'accord comme un empiètement sur la liberté d'association à laquelle il pensait avoir droit; à quoie s'ajoutaient, pour MM. Young et Webster, des objections contre les pratiques et activités syndicales et de surcroit, chez le premier, contre les orientations politiques des syndicats en question (paragraphe 34, 37 et 43 ci-dessus). Leur refus de céder à ce qu'ils tenaient pour une pression injustifiée leur valut de recevoir des avis de licenciement. Aux termes de la législation en vigueur à l'époque (paragraphe 17 et 20-23 ci-dessus), leur renvoi était "non abusif" et ne pouvait donc fonder une demande en dommages-intérêts, sans parler de réintégration ou de réengagement.

⁽²⁾ Vide Sumário n.º 6.

⁽³⁾ Vide sumário n.º 18.

55. Pareille situation va sans nul doute à l'encontre du concept de liberté d'association au sens négatif.

A supposer que l'article 11 ne garantisse pas l'élément négatif de cette liberté à l'égal de l'élément positif, contraindre quelqu'un à s'inscrire à un syndicat déterminé peut ne pas se heurter toujours à la Convention.

Cependant, un menace de renvoi impliquant la perte de ses moyens d'existence constitue une forme très grave de contrainte; en l'espèce, elle pesait de s'affilier à un syndicat donné.

La Cour estime que dans les circonstances de la cause pareil type de contrainte touche à la substance même de la liberté d'association telle que la consacre l'article 11. Pour cette raison déjà, il y a eu atteinte à cette liberté dans le chef de chacun des trois intéressés.

pratique parce que l'accord de *British Rail* avec les syndicats de cheminots et

56. Un autre aspect de l'affaire a trait à la limitation du choix des syndicats auxquels les requérants pouvaient adhérer de leur plein gré. Un individu ne jouit pas du droit à la liberté d'association si la liberté d'action ou de choix qui lui reste se révèle inexistante, ou réduite au point de n'offrir aucune utilité (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Airey du 9 octobre 1979, série A n.º 32, p. 12, § 24).

Selon le Gouvernement, non seulement la législation applicable (paragraphe 26 ci-dessus) ne restreint pas la liberté d'action ou de choix en la matière, mais elle la protège en termes exprès; en particulier, il eût été loisible aux intéressés de créer ou rallier un syndicat en sus de l'un des syndicats désignés. Quant à eux, ils prétendent qu'il n'en allait pas ainsi en

les principes de *Bridlington* (paragraphe 27 ci-dessus) auraient empêché semblable initiative; à les en croire, une tentative d'affiliation à une organisation concurrence ou de participation à ses activités eût entraîné leur exclusion de l'un des syndicats désignés. Le Gouvernement conteste ces affirmations.

Quoi qu'il en soit, la liberté d'action ou de choix que les requérants pouvaient garder à cet égard ne change rien à la contrainte subie par eux car de toute manière on les aurait congédiés s'ils ne s'étaient pas inscrits à l'un des syndicats en question.

57. En outre article 11, malgré son rôle autonome et la spécificité de sa sphère d'application, doit en l'espèce s'envisager aussi à la lumière des

articles 9 et 10 (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen* du 7 décembre 1976, série A n.º 23, p. 26 † 52).

mutatis mutandis, l'arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen* du 7 décembre 1976, série A n.º 23, p. 27, § 52).

MM. Young et Webster avaient des objections contre les pratiques et activités syndicales ainsi que, pour le premier, contre les orientations politiques de la TSSA et de la NUR (paragraphe 34 et 43 ci-dessus). Celles de M. James revêtaient un caractère différent, mais il attachait également du prix à la liberté de choix et avait abouti à la conclusion qu'appartenir à la NUR ne présenterait pas d'avantages pour lui (paragraphe 37 ci-dessus).

La protection des opinions personnelles offerte par les articles 9 et 10 sous la forme de la liberté de pensée, de conscience et de religion comme de la liberté d'expression compte de surcroît parmi les objectifs de la garantie de la liberté d'association par l'article 11. Touche donc à la substance même de cet article l'exercice de pression, du genre de celles infligées aux intéressés, visant à forcer quelqu'un à adhérer à une association contrairement à ses convictions.

A cet égard encore, le traitement incriminé — en tout cas celui de MM. Young et Webster — a porté atteinte aux droits consacrés par l'article 11.

2. Sur l'existence d'une justification de l'atteinte constatée par la Cour

58. Le Gouvernement déclare que si la Cour constatait une atteinte à un droit garanti par le paragraphe 1 des articles 9, 10 ou 11, il ne chercherait pas à plaider que celle-ci se justifiait au regard du paragraphe 2.

La Cour a néanmoins résolu d'examiner la question d'office, certaines considérations pertinentes en la matière se dégageant des pièces du dossier.

59. Pour ce concilier avec le paragraphe 2, une ingérence dans l'exercice d'un droit protégé par l'article 11 doit être "prévue par la loi", inspirée par un ou des buts légitimes d'après ce paragraphe et "nécessaire, dans une société démocratique", à la poursuite de ce ou ces buts (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979, série A n.º 30, p. 29 § 45).

60. D'après les requérants, les restrictions dont ils se plaignent ne rempissaient aucune de ces trois conditions.

La Cour n'estime pas indispensable de se prononcer sur le respect des deux premières, dont les comparants n'ont pas discuté à fond devant elle. Elle part de l'hypothèse que l'ingérence était "prévue par la loi", au sens de la Convention (arrêt *Sunday Times* précité, pp. 30-31, §§ 46-49), et tendait notamment "à la protection des droits et libertés d'autrui", la seule des fins énumérées au paragraphe 2 à pouvoir entrer en ligne de compte.

61. A propos de ce dernier point, on a signalé à l'attention de la Cour une série d'avantages qui découleraient du système du *closed up* en général: ainsi, il favoriserait des négociations collectives ordonnées, assurerait une plus grande stabilité dans les relations professionnelles, empêcherait la prolifération des syndicats et l'anarchie syndicale qu'elle entraînerait, contrebalancerait l'inégalité de puissance des partenaires sociaux, répondrait au besoin de certains employeurs de traiter avec un organisme pleinement représentatif de la main-d'oeuvre, exaucerait le vœu de certains syndicalistes désireux de ne pas travailler aux côtés de non-syndiqués et garantirait que les activités syndicales ne profitent pas à qui n'y contribue pas de ses deniers.

La Cour sortirait de son rôle si elle appréciait en l'espèce la valeur de ces arguments, puisque le système du *closed shop* ne se trouve pas en cause comme tel (paragraphe 53 ci-dessus).

62. Il importe en revanche de contrôler la "nécessité" de l'atteinte incriminée: "dans une société démocratique", la poursuite des objectifs des syndicats parties à l'accord de 1975 avec *British Rail* exigeait-elle de rendre licite le renvoi des requérants, embauchés à un moment où leur engagement ne dépendait pas d'une affiliations syndicale?

63. Dans son arrêt *Handyside* du 7 décembre 1976 (série A n.º 24), la Cour a énoncé plusieurs principes à observer pour évaluer la "nécessité" d'une mesure donnée.

Tout d'abord, "nécessaire", n'a pas dans ce contexte la souplesse de termes tels qu'"utile" ou "opportun" (p. 22, § 48). Que l'accord de *closed shop* conclu par *British Rail* ait pu d'une manière générale présenter des avantages ne prouve donc pas en soi la nécessité de l'ingérence attaquée.

En outre, pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture caractérisent une "société démocratique" (p. 23, § 49). Bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la

suprématie constante de l'opinion d'une majorité; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante. Partant, pour trancher le problème soumis à la Cour il ne suffit pas non plus de noter que très peu de leurs collègues ont adopté l'attitude des requérants.

Troisièmement, une restriction à un droit que consacre la Convention doit être proportionnée au but légitime poursuivi (p. 23, § 49).

64. A ce sujet, la Cour relève que dans un rapport de 1968, la plupart des membres de la Commission royale sur les syndicats et les associations patronales jugeaient souhaitable de ménager, en cas d'introduction d'un *closed shop*, des garanties spéciales en faveur des employés en place (paragraphe 14 ci-dessus). De surcroît, des études récentes donnent à penser que dès avant l'entrée en vigueur de la loi de 1980 sur l'emploi (paragraphe 24 ci-dessus), nombre d'accords de *closed shop* n'astreignaient pas les non-syndiqués en fonctions à s'affilier à un syndicat désigné (paragraphe 13 ci-dessus). On n'a indiqué à la Cour aucune raison spéciale propre à justifier une telle obligation dans le cas de *British Rail*. D'après les statistiques non contestées fournies par les requérants, une large majorité des propres adhérents des syndicats désapprouvaient du reste l'idée de licencier les personnes refusant, pour les motifs sérieux, de s'inscrire à un syndicat. Enfin, en 1975 la *NUR*, la *TSSA* et l'*ASLEF* réunissaient déjà plus de 9% du personnel de *British Rail* (paragraphe 31 ci-dessus).

De ces divers éléments, il ressort que les syndicats de cheminots n'auraient nullement été empêchés de lutter pour la défense des intérêts de leurs membres (arrêt Syndicat national de la police belge, précité, p. 18, § 39) au moyen de leur accord avec *British Rail* même si la législation en vigueur n'avait pas permis de contraindre à l'adhésion les employés non syndiqués ayant des objections du genre de celles des requérants.

65. A la lumière de l'ensemble des circonstances de la cause, le tort infligé à MM. Young, James et Webster se révèle supérieur à ce qu'exigeait la réalisation d'un juste équilibre entre les différents intérêts en présence; on ne saurait le considérer comme proportionné aux buts poursuivis. Même en ayant égard, comme elle le doit, p. 36, § 59), la Cour constate ainsi que les

restrictions litigieuses n'étaient pas "nécessaires dans une société démocratique" au sens du paragraphe 2 de l'article 11.

Il y a donc eu violation de cet article.

III. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DES ARTICLES 9 ET 10

66. Selon les requérants, le traitement dont ils se plaignent a entraîné aussi des violations des articles 9 et 10; le Gouvernement le conteste.

Ayant tenu compte de ces articles dans le contexte de l'article 11 (paragraphe 57 ci-dessus), la Cour considère avec la Commission qu'il ne s'impose pas de déterminer s'ils ont été méconnus en eux-même.

IV. SUR LA VIOLATION ALLEGUEE DE L'ARTICLE 13

67. Eu égard à sa décision à l'article 11 (paragraphe 65 ci-dessus), la Cour n'estime pas nécessaire de statuer sur le point de savoir s'il y a eu de surcroît violation de l'article 13, également invoqué par les requérants.

V. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 50

68. Le conseil des requérants a déclaré que si la Cour constatait une violation, ses clients demanderaient au titre de l'article 50 une satisfaction équitable pour dommage matériel, pour frais de justice et dépenses annexes, pour préjudice non matériel et pour le tort, pécuniaire et moral, résultant de

l'atteinte à des droits et libertés garantis par la Convention. Il n'a pas entièrement chiffré leurs prétentions et a suggéré de renvoyer a plus tard l'examen du problème.

Le Gouvernement s'est borné à souligner que la question de l'application de l'article 50 ne se posait pas dans l'immédiat.

69. Bien que soulevée en vertu de l'article 47 bis du règlement, la question ne se trouve donc pas en état. En conséquence, la Cour doit la réserver; dans les circonstances de la cause, elle estime qu'il échet de la renvoyer à la Chambre en vertu de l'article 50 § 4 du règlement.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. **Dit**, par dix-huit voix contre trois, qu'il y a eu infraction à l'article 11 de la Convention;
2. **Dit**, à l'unanimité, qu'il ne s'impose pas d'examiner aussi l'affaire sous l'angle des articles 9 et 10;
3. **Dit**, à l'unanimité, qu'il n'est pas non plus nécessaire de statuer sur l'existence d'une violation de l'article 13;
4. **Dit**, à l'unanimité, que la question de l'application de l'article 50 ne se trouve pas en état;
 - a) en conséquence, la réserve en entier;
 - b) la renvoie à la Chambre en vertu de l'article 50 § 4 du règlement.

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

Le Greffier
Marc-André EISSEN

Le Président
Gérard WIARDA

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

- opinion concordante de M. Ganshof van der Meersch, Mme Bindschedler-Robert, M. Liesch, M. Matscher, M. Pinheiro Farinha et M. Pettiti;
- opinion concordante de M. Evrigenis;
- opinion dissidente de M. Sorensen, approuvée par MM. Thór Vilhjálmsson et Lagergren.

G. W.

OPINION CONCORDANTE DE M. GANSHOF VAN DER MEERSCH, Mme BINDSCHEDLER-ROBERT, M. LIESCH, M. MATSCHER, M. PINHEIRO FARINHA ET M. PETTITI, JUGES

Nous avons voté en faveur du dispositif de l'arrêt, mais ses motifs ne nous paraissent pas traduire d'une manière adéquate la portée de la liberté d'association telle qu'elle est consacrée par l'article 11 de la Convention.

En se limitant strictement à ce qu'il appelle la "substance" du droit, l'arrêt de la Cour laisse en dehors de la protection de la Convention de nombreuses situations que comporte une législation permettant le "*closed shop*".

En effet dans notre conception de l'article 11, l'aspect négatif de la liberté d'association est nécessairement complémentaire, corrélatif et inséparable de son aspect positif. La sauvegarde de la liberté d'association resterait incomplète si elle ne s'étendait qu'à l'aspect positif. Il n'y a à là qu'un seul et même droit.

Les travaux préparatoires de la Convention — dénués d'ailleurs de valeur décisive — ne permettent pas, n'envisageant que la seule "inopportunité", de conclure que l'intention était d'exclure du champ d'application de l'article 11 l'aspect négatif de la liberté syndicale.

La Cour, dans son arrêt, signale à juste titre que, dans le cas d'espèce, l'article 11 a des implications dans le domaine des articles 9 et 10 de la Convention. Nous tenons à mettre en lumière qu'il n'est pas requis, pour qu'il y ait violation de l'article 11, que le refus d'adhérer à une association soit justifié par des considérations relevant de la liberté de pensée, de conscience ou de religion, ou de la liberté d'expression. Nous pensons que déjà le fait d'être soumis à l'obligation de donner les raisons de son refus constitue une violation de la liberté d'association.

La liberté syndicale, forme de la liberté d'association, comporte le libre choix: elle implique le choix de s'associer ou de ne pas s'associer et, si l'on entend s'associer, celui de choisir son association. Or, la possibilité du choix, élément indispensable de la liberté d'association, est, dans la réalité, inexistence là où régnait le monopole syndical tel qu'il existe en l'espèce.

La sanction — qu'il s'agisse du licenciement ou du renvoi —, conséquence du système institué par la loi, ne fait ici qu'aggraver la violation: elle ne la crée pas. La violation, déjà acquise par la contrainte que constitue l'obligation de s'affilier, est inconciliable avec la liberté de choix, inhérente à la liberté d'association.

OPINION CONCORDANTE DE M. LE JUGE EVRIGENIS

Tout en étant d'accord avec la majorité sur le dispositif de l'arrêt quant à la violation, en l'espèce de l'article 11, je me permets de formuler, sur le plan des motifs, les réflexions suivantes:

- a) Au paragraphe 52 de l'arrêt il est affirmé "que le droit de fonder des syndicats et de s'y affilier constitue un aspect particulier de la liberté d'association". Isolée, cette formule pourrait laisser l'impression qu'au sens de la Convention, la liberté syndicale se ramène, en quelque sorte, à un concept général et individualiste de liberté d'association. Or aussi bien de libelle de l'article 11 § 1 que la juris-

prudence de la Cour mettent en relief que la liberté syndicale est largement déterminée par son caractère de droit collectif. Le bien commun général et les intérêts collectifs du groupement syndical mis en jeu entrent en ligne de compte, avec la liberté individuelle d'association, dans la recherche d'une solution équilibrée (arrêts Syndicat national de la police belge, du 27 octobre 1975, série A n.º 19, pp. 17-18, §§ 38-39; Syndicat suédois des conducteurs de locomotives, du 6 février 1976, série A n.º 20, pp. 14-16, §§ 39-40 ⁽⁴⁾; Schmidt et Dahlstrom, du 6 février 1976, série A n.º 21, pp. 15-16, §§ 34 et 36).

b) J'estime qu'au moins dans les circonstances de l'espèce et en l'absence d'une prétention à cet effet de la part du Gouvernement, la Cour ne devrait pas examiner d'office si l'ingérence dans l'exercice du droit garanti par le paragraphe 1 de l'article 11 se trouvait justifiée au regard du paragraphe 2.

La nature de l'exception prévue au paragraphe 2 suppose une action de la part de l'Etat intéressé pour sa mise en oeuvre dans le cadre de l'ordre national ainsi que sur le plan des mécanismes de contrôle de la Convention. Bien que soumises au contrôle de la Cour quant à leur compatibilité avec la Convention, les mesures que l'Etat est légitimé à prendre en vertu du paragraphe 2 sont largement motivées par des considérations politiques dont la mise en valeur appartient à l'Etat. Le pouvoir d'appréciation que la Convention reconnaît en l'espèce aux autorités nationales met en lumière cette caractéristique. La Cour ne saurait déclarer légitime, au regard du paragraphe 2, une mesure nationale que l'Etat lui-même ne désire pas qualifier comme telle. Inversement, elle ne saurait contrôler une telle mesure pour lui refuser finalement sa compatibilité avec la Convention, lorsque l'Etat intéressé s'abstient de plaider en ce sens et d'invoquer les raisons qui, de son point de vue, pourraient justifier, au regard de la Convention, la restriction incriminée.

⁽⁴⁾ Vide Sumário n.º 20.

**OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE SORENSEN,
APPROUVÉE PAR MM. LES JUGES THOR
VILHJALMSSON ET LAGERGREN**

(Traduction provisoire)

Je regrette de ne pouvoir partager l'opinion d'après laquelle il y a eu en l'espèce violation de l'article 11, et je désire exposer ci-dessus les raisons de mon désaccord.

1. Sur le terrain de l'article 11, il s'agit de savoir si la liberté d'association protégée par cet article implique ou non un droit pour l'individu de ne pas être contraint d'adhérer ou appartenir à une association déterminée, en d'autres termes si l'article 11 couvre la liberté dite négative d'association ou — selon la terminologie adoptée par la Cour — l'aspect négatif de la liberté d'association.

2. Pour répondre à la question, il faut tenir compte de la déclaration faite par la Conférence de hauts fonctionnaires dans son rapport du 19 juin 1950 (paragraphe 51 de l'arrêt). Il ressort clairement de cet élément des travaux préparatoires que les Etats parties à la Convention n'ont pu consentir à assumer une obligation internationale dans ce domaine, mais ont estimé que celui-ci devait ressortir à la seule réglementation nationale.

3. L'attitude ainsi adoptée concordait pleinement avec celle précédemment suivie dans le cadre de l'Organisation internationale du travail. En traitant des questions de droits syndicaux et de liberté de s'organiser, les organes compétents de cette institution avaient traditionnellement considéré que les accords de sécurité syndicale relèvent, pour leur réglementation, du droit et de la pratique nationaux et ne sauraient passer ni pour autorisés ni pour interdits par les textes adoptés au sein de l'O.I.T. (voir C. Wilfred Jenks, *The International Protection of Trade Union Freedom*, Londres 1957, pp. 29-30; Nicolas Valticos, *Droit international du travail*, Paris 1970, pp. 268-269; Geraldo von Potobsky, *The Freedom of the Worker to Organise according to the Principles and Standards of the International Labour Organisation*, dans *Die Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers*, Heidelberg 198-, vol. II, aux pages 1132-1136). Cette conception a toujours prévalu depuis lors et a aussi été exprimée par les Etats parties à la Charte sociale

européenne de 1961 pour les obligations qu'ils ont souscrites en vertu de cet instrument (vois annexe, partie II, article 1er, paragraphe 2).

4. Au cours de la procédure suivie en l'espèce, le *Solicitor-General* a déclaré au nom du gouvernement défendeur que "l'ampleur du système du *closed shop* en Grande-Bretagne et l'état de la *comme law* étaient tels que l'inclusion dans l'article 11 du droit de ne pas être obligé d'adhérer à un syndicat aurait inévitablement amené le Royaume-uni à formuler une réserve à l'égard de pareil droit" (compte rendu de l'audience de la matinée du 4 mars 1981, doc. Cour (81) 19, p. 75).

5. En l'occurrence, il n'est pas pertinent de parler de la "substance" de la liberté d'association. Si la Cour s'est souvent fondée sur la notion de substance des droits garantis par la Convention, elle ne l'a fait que quand il s'agissait de savoir quelle réglementation ou limitation d'un droit des limitations étaient explicitement ou implicitement autorisées, elles ne pouvaient aller jusqu'à porter atteinte à la substance même du droit en question. Or en l'espèce le problème consiste à savoir si l'aspect négatif de la liberté d'association forme partie de la substance du droit garanti par l'article 11. Pour les raisons exposés ci-dessus, on doit considérer les États parties à la Convention comme ayant accepté de ne pas inclure l'aspect négatif, et on ne saurait s'appuyer sur aucune règle d'interprétation pour étendre la portée de l'article à un domaine qui a été à dessein écarté et réservé, pour sa réglementation, au droit et aux traditions nationaux de chaque Etat partie à la Convention.

6. Cette conclusion se concilie parfaitement avec la nature et le rôle des droits en question. Les libertés positive et négative d'association ne sont pas simplement les deux faces de la même médaille ou, pour s'exprimer comme la Cour, deux aspects de la même liberté. Il n'existe aucun lien logique entre les deux.

La liberté positive d'association sauvegarde la possibilité pour les individus de s'associer entre deux, s'ils le désirent, pour défendre des intérêts communs et poursuivre des buts communs, de nature économique, professionnelle, politique, culturelle, de loisir ou autre; sa protection consiste à empêcher les autorités publiques d'intervenir pour faire échouer une telle action commune. Elle concerne l'individu en tant que participant actif à des activités sociales, et constitue en un sens un droit collectif dans la mesure où elle ne peut s'exercer que conjointement par une pluralité d'individus. La

liberté négative d'association, en revanche, vise à protéger l'individu contre le fait d'être groupé avec d'autres avec lesquels il n'est pas d'accord ou pour des buts qu'il n'approuve pas. Elle tend à le protéger contre son identification à des convictions, efforts ou attitudes qu'il ne partage pas, et donc à défendre la sphère intime de sa personnalité. En outre, elle peut servir à le protéger contre les abus de pouvoir d'une association ou contre la manipulation par les dirigeants de celle-ci. Si fort que puisse être parfois le besoin d'une telle protection de l'individu, elle ne fait ni logiquement ni implicitement partie de la liberté positive d'association.

7. Il s'ensuit que les accords de sécurité syndicale et la pratique de *closed shop* ne sont ni interdits ni autorisés par l'article 11 de la Convention. Aussi critiquable que le traitement subi par les requérants puisse être au regard de la raison et de l'équité, la solution adéquate ne réside pas dans une interprétation extensive de cet article, mais dans des garanties contre le licenciement pour refus de s'affilier à un syndicat, c'est-à-dire dans la sauvegarde du droit à la sécurité de l'emploi en pareil cas. Mais ce droit ne figure point parmi ceux reconnus par la Convention, laquelle — comme le précise le Préambule — n'est qu'une première mesure propre à assurer la garantie collective des droits de l'homme. Actuellement, il appartient donc au droit national de chaque Etat de régler ce domaine.

(¹) De 30 de Abril de 1981.

COMITÉ DE MINISTROS
RESOLUÇÃO N.º 6871/71
CASO FRANCO CAPRINO CONTRA O REINO UNIDO (¹)

1. O § 4.º do art.º 5.º da Convenção visa apenas os recursos possíveis durante a detenção, que não quaisquer outros admissíveis após a restituição à liberdade.

2. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem não postula o controle judicial dos processos de expulsão de estrangeiros.

P.F.

Le Comité des Ministres, en vertu de l'article 32 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (ci-après dénommée "la convention"),

Vu le rapport de la Commission européenne des Droits de l'Homme établi conformément à l'article 31 de la convention au sujet de la requête introduite par M. Franco Caprino contre le Royaume-Uni (Requête n.º 6871/75);

Considérant que la Commission a transmis le dit rapport au Comité des Ministres le 30 octobre 1980 et que le délai de trois mois prévu à l'article 32, paragraphe 1, de la convention s'est écoulé sans que l'affaire ait été déférée à la Cour européenne des Droits de l'Homme, par application de l'article 48 de la convention;

Considérant que dans sa requête introduite le 16 janvier 1975, le requérant s'est plaint, entre autres, que le recours judiciaire sur la légalité de sa détention en vue de son expulsion était limité et donc qu'il y a eu violation de l'article 5, paragraphe 4, de la convention;

Considérant que la Commission, après avoir déclaré la requête recevable le 3 mars 1978, a considéré dans son rapport adopté le 17 juillet 1980 (²) que l'article 5, paragraphe 4, n'envisage que les voies de recours ouvertes pendant la durée de la détention et que le recours disponible après libération (demande de dommages et intérêts du chef de détention irrégulière) n'entre pas en ligne de compte aux fins de cette disposition, que la convention n'exige pas de contrôle juridictionnel des procédures d'expulsion comme telles et qu'on ne saurait juger autrement de la situation juridique au regard de la convention même si c'est un arrêt d'expulsion qui est à l'origine de la

(²) Parecer publicado neste número do Boletim.

détention, que l'effet du contrôle juridictionnel de l'arrêt d'expulsion par la procédure de *certiorari* n'est pas pertinent sous l'angle de l'article 5, paragraphe 4, que le contrôle judiciaire de la légalité de la détention par la procédure d'*habeas corpus* aurait été possible en l'espèce, mais que le requérant n'avait pas utilisé ce recours ni indiqué aucune raison pour l'irrégularité de sa détention que les tribunaux n'auraient pas examiné, donc que la question de savoir si le contrôle juridictionnel prévu par ce recours aurait été suffisamment étendu, ne peut pas être examinée par la Commission simplement par un jugement hypothétique;

Considérant que la Commission a émis dans son rapport l'avis, par 8 voix contre 1 et 1 abstention, qu'il n'y a pas eu en l'espèce violation de l'article 5, paragraphe 4, de la convention;

Faisant sien l'avis exprimé par la Commission conformément à l'article 31, paragraphe 1, de la convention;

Procédant au vote conformément aux dispositions de l'article 32, paragraphe 1, de la Convention.

Décide qu'il n'y a pas eu, dans la présente affaire, violation de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

COMISSÃO EUROPEIA
DOS DIREITOS DO HOMEM
PARECER NO CASO FRANCO CAPRINO
CONTRA O REINO UNIDO (1)

I. O recurso exigido pelo § 4.º do art.º 5.º da Convenção é para interpôr durante a detenção, não satisfazendo às exigências de tal preceito a possibilidade de, após a restituição à liberdade, reclamação de indemnização pela prisão irregular.

II. A conformidade da detenção com a alínea *f*) do § 1.º do art.º 5.º da Convenção não depende da legalidade do despacho de expulsão.

III. O controle judicial do § 4.º do art.º 5.º não é mera formalidade, devendo recair também sobre os motivos invocados para a detenção.

P.F.

(1) De 17 Julho de 1980

I. INTRODUCTION

1. On trouvera ci-après un résumé des faits de la cause tels qu'ils ont été exposés par les parties à la Commission européenne des Droits de l'Homme.

Exposé succinct du grief du requérant

2. Le requérant est un ressortissant italien, né en 1946, qui réside au Royaume-Uni. Après que le requérant eut sollicité, en 1974, un permis de séjour au Royaume-Uni en tant que citoyen de la CEE, le Ministre de l'Intérieur prononça à son encontre un arrêté d'expulsion, en vertu de l'article 3 (5) (b) de la loi de 1971 sur l'immigration (Immigration Act), au motif que l'expulsion était utile à l'intérêt général pour des raisons de sécurité nationale. Il ordonna simultanément le placement en détention du requérant conformément à l'article 2 (3) de l'annexe 3 de la loi sur l'immigration. Le requérant fut arrêté le 18 décembre 1974 et détenu jusqu'au 24 janvier 1975, date à laquelle le Ministre, qui avait reçu des protestations au nom du requérant, réexamina le dossier et décida de rapporter l'arrêté d'expulsion.

3. La partie de la requête déclarée recevable concerne le grief selon lequel, dans le cas d'espèce, où il s'agit d'une affaire intéressant la sécurité

nationale, le contrôle juridictionnel de la régularité de la détention du requérant en vue de son expulsion — par une procédure d'*habeas corpus*, par une action pour détention irrégulière ou par une demande d'ordonnance de *certiorari* — se borne à l'examen du point de savoir si le Ministre a agi par excès de pouvoir ou de mauvaise foi. Cette limitation du contrôle juridictionnel pose un problème au regard de l'article 5(4) de la Convention.

Procédure devant la Commission

4. La présente requête a été introduite au nom du requérant le 9 janvier 1975 par la "Joint Council for the Welfare of Immigrants" (Commission mixte pour le bien-être des immigrants) à Londres. Elle a été enregistrée le 14 janvier 1975. Le requérant a été ultérieurement représenté par MM. Seifert, Sedlay & Co., cabinet d'avocats londonien, avec Lord Gifford comme avocat-conseil.

5. Le requérant se plaint que sa détention n'a pas été régulière (article 5 (1) de la Convention), qu'il n'a pas été informé des raisons de son arrestation (article 5(2)) et qu'il n'a pas eu la possibilité d'introduire un recours conformément à l'article 5(4) de la Convention. Il se plaint également de violations des articles 3, 6 et 14 de la Convention.

6. Une fois son arrêté d'expulsion rapporté et lui-même remis en liberté, le requérant déclara vouloir maintenir la requête. Il s'écoula un certain délai car le requérant cherchait à se faire conseiller sur l'existence de voies de recours internes. Le 23 avril 1976, il présenta à la Commission l'avis d'un avocat selon lequel il n'y avait aucune voie de recours à sa disposition.

7. Le 8 octobre 1976, la Commission entama l'examen de la recevabilité de la requête. Elle décida de demander au requérant de lui présenter les documents nécessaires que ses avocats soumièrent à la Commission le 20 octobre 1976.

8. Le 17 décembre 1976, la Commission décida de communiquer la requête au Gouvernement défendeur en lui demandant de présenter ses observations écrites sur la recevabilité, notamment sur les problèmes que pose l'affaire au regard de l'article 5 (2) et (4) de la Convention.

Le Gouvernement soumit ses observations le 22 mars 1977 et les avocats du requérant y répondirent le 23 août 1977.

9. Le 12 octobre 1977, la Commission décida de tenir une audience contradictoire sur la recevabilité et sur le fond de la requête, en s'appuyant sur des questions précises qui furent communiquées aux parties le 2 octobre 1977.

10. L'audience eut lieu le 2 mars 1978. Les parties étaient représentées comme suit:

Le Gouvernement par M. D. H. Anderson, du Ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth en qualité d'agent du Gouvernement; Sir Vincent Evans, Q.C.; M. W. Hammond, conseiller juridique adjoint au Ministère de l'Intérieur et M. P. Taylor, secrétaire adjoint du Ministère de l'Intérieur.

Le requérant par Lord Gifford, conseil et Mlle Sylvia King, sollicituse
Le requérant était présent à l'audience.

11. Après l'audience, la Commission décida, le 3 mars 1978, de déclarer la requête recevable et de retenir pour un examen au fond le grief tiré par le requérant de l'article 5 (4) de la Convention, mais en revanche de déclarer le restant de la requête irrecevable (cf. décision de la Commission sur la recevabilité).

12. Le 26 juillet 1978, le requérant fut invité à présenter avant le 15 octobre 1978 ses observations écrites sur le fond de la partie de la requête déclarée recevable. A la demande de ses avocats, ce délai fut prorogé par décision du Président en exercice et le requérant présenta finalement le 7 décembre 1978 ses observations sur le fond.

Le 19 décembre 1978, ces observations furent communiquées au Gouvernement défendeur, qui fut invité à y répondre avant le 9 février 1979. A la demande du Gouvernement, ce délai fut lui aussi prorogé par décision du Président en exercice et le Gouvernement présenta finalement ses observations le 21 mars 1979.

13. Le présent Rapport a été établi par la Commission conformément à l'article 31 de la Convention après délibérations et vote en séance plénière, en présence des membres suivants.

MM. C. A. NØRGAARD, Président en exercice
J. E. S. FAWCETT
B. DAVER
C. H. F. POLAK
J. A. FROWEIN
G. TENEKIDES
S. TRECHSEL
B. KIERNAN
N. KLECKER
M. MELCHIOR

14. Le texte du présent Rapport a été adopté par la Commission le 17 juillet 1980 et sera transmis au Comité des Ministres conformément au paragraphe 2 de l'article 31 de la Convention.

15. Un règlement amiable n'ayant pu intervenir, le présent Rapport a donc pour objet, conformément à l'article 31 de la Convention:

- (1) d'établir les faits, et
- (2) de formuler un avis sur le point de savoir si les faits constatés révèlent de la part du Gouvernement défendeur une violation des obligations qui lui incombent aux termes de la Convention.

16. On trouvera, ci-joint, dans les Annexes I et II, un tableau retraçant l'historique de la procédure devant la Commission et la décision de la Commission sur la recevabilité de l'affaire. Un compte rendu des efforts tentés en vain par la Commission pour parvenir à un règlement amiable figure dans un document séparé (Annexe III).

17. Le texte intégral des plaidoiries des parties ainsi que d'autres pièces remises à la Commission sont conservés dans les archives de la Commission et peuvent être mis à la disposition du Comité des Ministres.

II. ETABLISSEMENT DES FAITS

18. Le requérant, né en 1946, est un ressortissant italien qui réside au Royaume-Uni.

19. Selon les informations fournies par le Gouvernement, le requérant a d'abord obtenu, le 8 décembre 1969, un permis de séjour d'un mois au Royaume-Uni avec interdiction d'exercer un emploi. Le 7 janvier 1970, il sollicita une prolongation de son permis de séjour, assortie d'une modification de ses conditions de séjour. Il apportait la preuve qu'il était employé comme garçon de cuisine. Sa demande fut refusée et on l'informa qu'à moins de trouver un emploi acceptable, par exemple un poste dans un hôpital, il serait tenu de quitter le pays sans tarder. Le 20 janvier 1970, il sollicita à nouveau une prolongation de son permis de séjour, cette fois comme touriste. Il bénéficia de prolongations successives jusqu'au 26 mars 1970, à chaque fois avec interdiction d'exercer un emploi. Il quitta le pays le 8 mars 1970.

20. Le 9 juin 1970, le requérant revint au Royaume-Uni et reçut un permis de séjour d'un mois avec interdiction d'exercer un emploi. Il s'inscri-

vit dans une école de langues, ce qui lui permit de bénéficier de prolongations ultérieures de son permis de séjour et de rester au Royaume-Uni comme étudiant jusqu'en 1972. En juillet 1972, son permis de séjour fut prolongé jusqu'au 30 juillet 1973 et l'interdiction d'exercer un emploi fut levée puisqu'il reçut l'autorisation de travailler comme employé comptable au Centre du livre italien. Son permis de séjour expira le 30 juillet 1973.

21. Le Gouvernement prétend qu'après cette date le requérant est demeuré illégalement dans le pays. Le requérant le nie en déclarant qu'à ce moment-là il n'habitait pas au Royaume-Uni.

22. Le 4 février 1974, le requérant sollicita un permis de séjour en qualité de ressortissant d'un État membre de la Communauté Economique Européenne, conformément aux dispositions récemment entrées en vigueur au Royaume-Uni. Avant qu'il ne soit pris une décision sur cette requête, plusieurs demandes furent présentées en son nom et examinées. Toutefois, aucune décision ne fut prise.

23. Par contre, le 11 décembre 1974, l'expulsion du requérant fut ordonnée par arrêté ministériel pris en vertu de l'article 3 (5) *b*) de la Loi de 1971 sur l'immigration, au motif que l'expulsion était utile à l'intérêt général pour des raisons de sécurité nationale. Le Ministre autorisa en même temps la détention du requérant conformément à l'article 2 (3) de l'Annexe 3 à la Loi sur l'immigration qui stipule que "lorsqu'un arrêté d'expulsion est prononcé, l'intéressé peut être détenu sur l'ordre du Ministre jusqu'à sa déportation ou son départ du Royaume-Uni...".

24. L'arrêté d'expulsion était ainsi libellé:

"Loi de 1971 sur l'immigration (4a)

Arrêté d'expulsion

Considérant que nous estimons utile à l'intérêt général d'expulser du Royaume-Uni

Franco CAPRINO

individu qui n'est pas un ressortissant ("patrial") au sens de la Loi de 1971 sur l'immigration;

Considérant que ledit Franco CAPRINO

est en conséquence passible d'expulsion en vertu de l'article 3 (5) *b*) de ladite Loi;

Ordonnons en conséquence, conformément à l'article 5 (4) de ladite Loi, audit Franco CAPRINO

de quitter le Royaume-Uni et lui en interdisons l'entrée tant que le présent arrêté restera en vigueur.

En outre, conformément à l'article 2 (3) de l'Annexe 3 à ladite Loi nous ordonnons par la présente qu'il soit détenu jusqu'à son départ du Royaume-Uni.

Ministère de l'intérieur

Whitehall

(signé) Roy Jenkins

11 décembre 1974".

Ministre de Sa Majesté

25. Cet arrêté fut signifié au requérant le 18 décembre 1974 ainsi que les instructions pour son renvoi en Italie. Le requérant reçut simultanément une lettre du 13 décembre 1974 précisant que la décision d'expulsion avait été prise pour des raisons de sécurité nationale. Il lui était dit également qu'en vertu de l'article 15 (3) de la Loi de 1971, il n'était pas autorisé à faire appel de l'arrêté d'expulsion dans le cadre du système prévu par la loi pour les recours en matière d'immigration. Il pouvait toutefois, s'il le désirait, soumettre son cas à une procédure consultative facultative. Il fut également informé du droit que lui reconnaît l'article 17 de la loi de faire appel de la décision de renvoi en Italie.

26. Le requérant fut immédiatement arrêté et incarcéré à la prison d'Etat de Pentonville. On ne lui indiqua pas pourquoi sa détention avant son expulsion vers l'Italie était considérée comme nécessaire ou utile.

A l'audience contradictoire devant la Commission le 2 mars 1978, il a été soutenu au nom du Gouvernement qu'à l'époque les autorités redoutaient que le requérant n'entre dans la clandestinité s'il n'était pas arrêté. Le requérant répondit que c'était la première fois qu'il entendait pareille accusation, que même maintenant aucun élément de preuve ne venait étayer. Il n'y a que la crainte des autorités justifiée.

27. Le requérant prétend qu'il était sur le point de demander aux policiers venus lui signifier son arrêté d'expulsion à quelle date il devrait quitter le pays lorsqu'il fut informé qu'en fait il était arrêté. Il n'eut donc pas la

possibilité de quitter le Royaume-Uni de son propre chef. Il a été soutenu au nom du requérant que celui-ci aurait quitté volontairement le territoire si ses recours étaient demeurés infructueux.

28. Le 31 décembre 1974, le requérant fit savoir qu'il désirait exercer le droit de recours que lui reconnaît l'article 17 de la Loi sur l'immigration et qu'en outre il souhaitait, par l'intermédiaire de la Commission mixte du bien-être des immigrants, faire valoir ses arguments devant la Commission consultative prévue dans le cadre de la procédure facultative.

29. Le requérant devait comparaître devant la Commission consultative le 27 janvier 1975 mais il reçut trois jours avant une lettre du Ministère de l'Intérieur l'informant que l'arrêté d'expulsion était rapporté. Le requérant fut alors élargi le 24 janvier 1975.

30. Le Gouvernement fait valoir qu'après avoir reçu de la part du requérant des protestations basées sur une argumentation, le Ministre réexamina l'affaire à la lumière des renseignements dont il disposait et décida de rapporter l'arrêté d'expulsion.

31. Un permis de séjour d'une durée de cinq ans fut accordé au requérant le 3 mars 1975.

32. La presse nationale se fit largement l'écho de cette affaire. Le 14 janvier 1975, le journal "The Guardian" indiqua que le requérant aurait été membre de "Lotta Continua", organisation terroriste liée à l'IRA. Le requérant repousse ces accusations. La presse indiqua aussi que le requérant s'occupait activement du bien-être des italiens en Grande-Bretagne et avait essayé d'organiser la représentation syndicale des travailleurs à Londres.

Le Gouvernement a fait valoir qu'il n'avait nullement "inspiré" ni été autrement lié à cet article de presse.

33. Le requérant se fit ultérieurement conseiller sur l'existence de voies de recours lui permettant de contester sa détention qu'il considérait comme irrégulière. Ses conseillers juridiques lui indiquèrent toutefois qu'aucune des voies de recours qui auraient pu autrement lui être ouvertes n'avait de

chance de réussir dans une affaire où l'expulsion et la détention concomitante de l'intéressé avaient été ordonnées pour des raisons de sécurité nationale. Il n'intenta en conséquence aucune action devant les tribunaux d'Angleterre.

III. ARGUMENTATION DES PARTIES

34. L'argumentation des parties résumée ci-dessus se limite aux arguments afférents au problème que soulève l'affaire au regard de l'article 5 (4) de la Convention. Outre les observations écrites des parties sur le fond de ce problème, elle comprend également les arguments qu'elles ont avancés au stade de la recevabilité et à l'audience contradictoire du 2 mars 1978.

Argumentation du requérant

35. A l'origine le requérant s'est plaint, notamment, que le recours proposé au groupe de conseillers (dont la séance devait être secrète et où les éléments de preuve réunis contre l'intéressé ne lui auraient pas été révélés) aurait été la seule voie de recours à sa disposition. En effet, le contrôle judiciaire de la légalité de sa détention était tellement limité qu'il ne pouvait être considéré comme une voie de recours efficace. Le requérant estimait donc qu'il n'était pas tenu, au regard de l'article 26 de la Convention, de solliciter ce contrôle judiciaire de sa détention et il alléguait en même temps une violation de l'article 5 (4) de la Convention.

36. Selon le requérant, la loi de 1971 sur l'immigration, même modifiée par la directive 64/221 de la CEE, confère un pouvoir illimité d'incarcérer les personnes contre qui un arrêté d'expulsion a été prononcé. Si sa détention

avait pour base l'article 2 (3) de l'annexe 3 à la loi précitée, d'autres dispositions de cette même loi s'appliquaient tout autant aux conditions de sa détention. C'est ainsi que l'article 18 (4) de l'annexe 2 considère "comme légalement détenu quiconque est incarcéré" en vertu de la disposition précitée.

37. Le requérant soutient qu'étant donné les dispositions légales applicables en l'espèce, il lui aurait été parfaitement inutile de contester la légalité de son arrestation par une action d'*habeas corpus*, une action pour détention irrégulière ou encore par une demande d'ordonnance de *certiorari*. La jurisprudence montre que les dispositions de la loi sur l'immigration donnent au gouvernement le droit absolu de détenir toute personne dont il a ordonné l'expulsion et que les tribunaux ne sont pas disposés à exercer un droit de regard sur le pouvoir discrétionnaire du Ministre à cet égard.

38. Le requérant évoque à cet égard cinq décisions judiciaires:

a) Dans l'affaire du *Duc de Chateau Thierry* (1917) 1 K.B. 922, la Cour d'appel devait trancher sur une demande d'annulation, par une ordonnance, de *certiorari*, d'un arrêté d'expulsion prononcé en vertu de la loi de 1914 sur les restrictions applicables aux étrangers. Elle déclara:

"Un Ministre n'est pas tenu de justifier devant un tribunal sa décision de prononcer un arrêté d'expulsion à l'encontre d'un étranger. Si la qualité d'étranger de l'intéressé est contestée l'affaire doit être tranchée par un tribunal. S'il n'est pas prouvé que l'intéressé soit un étranger, l'arrêté sera annulé comme entaché d'incompétence mais, à ma connaissance, aucun autre motif ne permet d'annuler un arrêté d'expulsion".

b) Dans cette première affaire, l'intéressé n'avait pas été incarcéré mais l'année suivante, dans l'affaire de *Sacksteder* (1918) 1 K.B. 578, le tribunal eut également à se prononcer sur la question de la détention. Le juge, Lord Pickford, déclara:

"Il m'apparaît que toute instruction, écrite ou verbale suffit, si elle émane du Ministre, à répondre aux conditions de l'arrêté.

Or, cette instruction existe bien en l'espèce et, à mon avis, nous ne pouvons aller au-delà. Je souhaite m'en tenir là... Je ne suis pas disposé à dire que chaque fois qu'il existe un mandat d'internement, le tribunal est habilité à aller au-delà pour examiner quels ont été les motifs de la décision. En revanche, je ne dirais certainement pas que le tribunal ne peut jamais rechercher ce que cache une décision d'internement ou de détention qui paraît valable à première vue. Si cette décision est en fait, je dirais, un trompe-l'oeil, si son objet caché est tel qu'il apparaît que la décision n'a pas été prise avec sincérité et de bonne foi, il me semble que le tribunal peut en rechercher les mobiles."

c) Cette affaire montre que le seul cas où les tribunaux peuvent exercer un droit de regard sur la décision est celui où elle n'a pas été prise de bonne foi. Cette question a été examinée dans l'affaire *Soblen* (1963) 2 Q.B. 243. Le juge Lord Donovan y déclarait à propos de l'idée que la décision était un trompe-l'oeil:

"La tâche de celui qui cherche à établir la véracité d'une telle allégation est bien lourde. En effet, à première vue, l'arrêté qu'il cherche à faire annuler par le tribunal semblera parfaitement valable et pour en rechercher les mobiles, pour en montrer la nature prétendument inexacte, il lui faudra avoir connaissance des communications, orales et écrites, qui auront existé entre les services nationaux et les autorités étrangères. Mais si le Ministre compétent atteste, comme il l'a fait en l'espèce, que cette divulgation serait contraire à l'intérêt public, alors en principe l'intéressé n'obtiendra pas le document".

d) Dans l'affaire *Liversidge c. Anderson* (1942) A.C. 206, qui concernait une action intentée du chef de détention irrégulière, le juge, Lord MacMillan, déclara à propos d'une disposition analogue autorisant l'internement lorsque le Ministre a des motifs raisonnables de penser que l'intéressé a eu des contacts avec l'ennemi:

"Un tribunal ne saurait manifestement se prononcer sur le caractère raisonnable des motifs du Ministre à moins de se mettre dans la situation dudit Ministre et d'avoir en sa possession tous les éléments de fait et de politique générale dont disposait le Ministre.

Or, de par la nature des choses, l'intérêt public empêchera souvent le Ministre de divulguer à un tribunal ou à quiconque les faits et les raisons qui l'ont amené à agir. Quelle est donc la situation? L'appelant déclare que le tribunal peut et doit examiner sur quels motifs s'appuie la conviction du Ministre. Par contre, le tribunal est tenu d'accepter aussi la déclaration du Ministre selon laquelle il ne saurait, pour des raisons d'intérêt public, divulguer ces motifs. On se trouve en vérité dans une impasse. La solution de l'appelant a le mérite du courage, voire de l'audace. Selon qui, si le Ministre... ne réussit pas à justifier l'internement, il doit être considéré comme ayant irrégulièrement détenu l'intéressé"... "Je me refuse" déclare le juge "à accepter une interprétation de la réglementation qui conduise à un résultat aussi extravagant."

e) Enfin, dans l'affaire *Hosenball* (1977) 1 W.L.R. 766, Lord Denning résumait ainsi l'attitude des tribunaux anglais devant ces questions:

"Il y a ici conflit entre, d'une part, les intérêts de la sécurité nationale et, d'autre part, la liberté de la personne. Ce n'est pas à un tribunal, mais au Ministre de l'Intérieur d'assurer l'équilibre entre les deux. C'est au Ministre que le parlement a confié cette tâche. Si, ailleurs dans le monde, la sécurité nationale a parfois été utilisée comme un prétexte pour porter toutes sortes d'atteintes à la liberté individuelle, ce n'est pas le cas en Angleterre. Tant pendant les guerres qu'après, les différents ministres se sont acquittés de leurs fonctions à la satisfaction générale. Ils ont, pour se faire aider, créé des commissions consultatives présidées généralement par une personnalité s'appliquant à ce que justice soit faite. Ils n'ont jamais porté atteinte à la liberté de mouvement de quiconque sauf là où c'était absolument nécessaire à la sûreté de l'Etat. En l'espèce, nous avons l'assurance que le Ministre de l'Intérieur lui-même a examiné l'affaire et je ne vois aucune raison de douter du soin qu'il a mis à peser l'ensemble de la question. C'est devant le Parlement qu'il doit répondre de la manière dont il l'a fait et non pas devant nos tribunaux."

39. Sur les cinq affaires précitées, quatre concernent des arrêtés d'expulsion, trois des personnes incarcérées, deux portent sur une procédure

d'*habeas corpus*, deux sont des demandes d'ordonnance de *certiorari*, une est une action intentée pour détention irrégulière. On voit donc que toutes les voies que le Gouvernement a proposées ont été essayées et qu'elles ne mènent nulle part.

40. La jurisprudence montre que le Ministre doit seulement prouver qu'un arrêté d'expulsion a été prononcé. Les tribunaux ne rechercheront pas ce que cache l'arrêté, hormis le cas très rare d'une "imposture". Et même cette restriction n'a guère de valeur puisque, normalement, l'expulsé n'a pas connaissance des faits qui lui permettraient d'établir l'absence de bonne foi. Il n'existe, en outre, aucune disposition permettant à un tribunal de déterminer s'il est nécessaire ou raisonnable d'interner l'expulsé dans la période se situant entre le prononcé de l'expulsion et le départ de l'intéressé. Il n'existe non plus aucune procédure judiciaire permettant de déterminer si l'internement est ou non lié à la procédure d'expulsion et ne s'explique par aucune autre cause. Or, selon la décision de la Commission sur la recevabilité de la présente requête, c'est précisément là une condition de la justification de la détention au regard de l'article 5(1) (f). Le requérant se fonde également sur ce que constatait la Commission dans sa décision sur la recevabilité, à savoir que les griefs du requérant "ressortissent précisément au domaine dans lequel les tribunaux britanniques répugnent à contrôler le pouvoir discrétionnaire du Ministre et concernent des questions qui, selon le Gouvernement défendeur, ne relèvent pas de la compétence des tribunaux, mais présentent un caractère essentiellement administratif". Il soutient que, selon le même raisonnement, il ne lui est pas possible d'introduire un recours conformément à l'article 5(4)

41. Le requérant se réfère en outre à l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire d'Irlanda contre le Royaume-Uni (2). La Cour y a déclaré que, dans la procédure d'*habeas corpus*, les tribunaux britanniques estiment que leurs pouvoirs ne leur permettent pas d'aller au-delà de la justification légale de la détention, et que leur contrôle de la légalité des mesures litigieuses n'avait pas une étendue suffisante au regard du but et de l'objet de l'article 5(4).

Le recours qui était en fait ouvert en l'espèce au requérant — faire valoir ses arguments devant un groupe de trois conseillers indépendants — ne satisfait pas aux exigences de l'article 5(4). Les conseillers en effet ne pouvaient pas ordonner la mise en liberté du requérant, ils n'étaient pas tenu

(2) In annuaire, XIX, 513.

de l'informer des accusations formulées contre lui et ne peuvent absolument pas être considérés comme un tribunal. C'est d'ailleurs ce qui a été également confirmé dans l'Affaire irlandaise à l'égard d'organismes consultatifs analogues.

42. Le requérant soutient qu'un tribunal ne saurait se prononcer sur la légalité d'une détention si l'autorité qui a ordonné l'incarcération n'est pas tenue de lui en indiquer la raison autre que celle d'avoir agi en vertu d'une loi conférant des pouvoirs illimités.

L'article 5 (4) n'aurait aucun sens s'il pouvait être satisfait à ses exigences par une audience devant un tribunal qui ne pourrait pas rechercher le pourquoi de la décision prise par l'exécutif ni contrôler le bien-fondé de ladite décision.

Les voies de recours prévues par le droit pour satisfaire aux exigences de l'article 5 (4) doivent être efficaces. Une procédure judiciaire qui n'est pas qu'un tampon apposé sur une décision de l'exécutif est inacceptable dans une société démocratique.

43. Le requérant soutient que pour satisfaire à l'article 5 (4) les conditions minima suivantes doivent être remplies:

La procédure doit se dérouler devant un tribunal, ce qui n'est pas le cas d'un groupe consultatif. S'agissant d'une procédure judiciaire, les principes généraux de la justice doivent être respectés, autrement dit l'interné doit être informé des raisons pour lesquelles on estime nécessaire de l'incarcérer et il doit avoir la possibilité de se justifier.

Ladite procédure doit plus particulièrement permettre au détenu de découvrir:

- (i) si la décision de l'expulser a été prise conformément à la loi;
- (ii) si sa détention en attendant l'expulsion est légalement justifiée.

En conséquence, le tribunal doit avoir la possibilité d'examiner tous les éléments nécessaires pour se prononcer sur la régularité de la détention, même s'il n'est pas nécessairement requis qu'il soit à même à rentrer dans le détail des motifs de l'expulsion.

44. Le requérant estime enfin que, pour décider du bien-fondé de la question litigieuse au regard de l'article 5(4), les autres dispositions de l'article 5 sont également pertinentes, notamment les mots contenu dans le

§ 1^{er} “selon les voies légales”, ceux de l’article 5 (1) f) “la détention régulière” et le droit que pose l’article 5 (2) d’être informé des raisons de son arrestation.

Argumentation du Gouvernement

45. Le gouvernement soutient que les conditions de l’article 5 (4) sont respectées s’il existe une procédure permettant de déterminer la légalité, au regard du droit interne, de l’arrestation ou de la détention d’un individu. Selon lui, l’article n’exige pas l’existence d’une procédure permettant aux tribunaux nationaux de réexaminer le bien-fondé d’une décision privative de liberté dans la mesure où, en droit interne, pareille décision relève exclusivement des autorités administratives ou exécutives et non des tribunaux.

46. L’article 5 (4) doit être interprété dans le contexte de l’ensemble de l’article 5 et notamment par rapport au § 1. Cette dernière disposition précise les cas où il est possible, selon la Convention, d’arrêter ou de détenir une personne. Comme la Commission le déclarait dans sa décision sur la recevabilité de la présente affaire, le mot “régulière” à l’alinéa f) et dans les autres alinéas de l’article 5 (1) signifie “conforme au droit interne applicable”.

Sous réserve des conditions posées à l’article 5 (1) et des dispositions individu. Il n’est pas exclu que les pouvoirs d’arrestation et de détention puissent 2) et (3), être conférés par la loi à des autorités administratives ou exécut elle est, en vérité, la pratique courante dans les Etats. La Cour a expressément arrestation ou de détention d’un évoqué cette possibilité au § 76 de son arrêt du 18 juin 1971 dans les “Affaires de vagabondage”. Il en découle que la décision d’arrêter ou de détenir un individu peut fort bien émaner d’un organe administratif ou exécutif dans le cadre des pouvoirs que lui confère la loi. Rien dans la Convention ne laisse entendre que le droit interne ne pourrait pas laisser à ces organes une certaine discrétion dans l’exercice de leurs pouvoirs. Il leur faudra souvent, pour prendre leurs décisions, apprécier les faits ou les éléments de preuve à la lumière de certaines connaissances ou expériences spécialisées (dans les cas de maladie mentale par exemple). Ces organes agissent régulièrement s’ils le font dans le cadre des pouvoirs que leur confère la loi.

47. L'article 5 (4) exige l'existence d'un droit de recours aux tribunaux pour qu'il soit décidé si les autorités administratives ou exécutives concernées ont bien agi régulièrement, c'est-à-dire dans la limite des pouvoirs que leur confère la loi et conformément à la procédure légale. L'article n'exige pas le droit de faire contrôler par un tribunal tous les aspects de l'affaire, y compris les raisons matérielles ou le bien-fondé de la décision dans la mesure où, selon le droit interne applicable, il s'agit d'une question qu'il appartient exclusivement aux autorités concernées de trancher; cette disposition n'exige pas non plus que le tribunal substitue son propre pouvoir, discrétionnaire à celui de l'organe qui a pris la décision. En d'autres termes, l'article 5 (4) vise à garantir le droit à un contrôle judiciaire de la décision et non pas le droit de la révision de la décision par un tribunal.

48. Le tribunal n'est pas d'accord avec le point de vue adopté par la Commission dans son rapport sur les affaires de vagabondage (et réitéré dans son rapport sur l'affaire Winterwerp, §§ 88-89) selon lequel "il faut que l'organe appelé à statuer sur la légalité de la détention ait une compétence permettant un contrôle intégral, incluant les éléments tant de fait que de droit de la détention" (Publications de la Cour, série B, vol. 10, p. 95). Il s'associe en revanche au point de vue exprimé par le Gouvernement belge dans les affaires de vagabondage, aux termes duquel "cette opinion de la Commission contredit l'interprétation traditionnellement donnée à la notion du contrôle de légalité dans les systèmes juridiques des Parties contractantes, puisque ce contrôle est toujours considéré comme distinct du contrôle des éléments de fait ou des éléments d'opportunité (Ibid. p. 199).

49. Le Gouvernement soutient que son interprétation de l'article 5(4) est conforme au sens simples et naturel des mots employés dans cette disposition.

Il estime qu'elle est aussi étayée par l'arrêt rendu par la Cour dans les affaires de vagabondage (§ 76), par la jurisprudence de la Commission antérieure à ces affaires (référence à la décision sur la recevabilité de la requête 858/60 c. Belgique, Annuaire 4, p. 238), et aussi par la doctrine (Fawcett, *The Application of the European Convention on Human Rights*, p. 113).

50. Le Gouvernement se réfère également aux travaux préparatoires à la Convention. Les rédacteurs ont inclus l'article 5 (4) dans la Convention en songeant à une procédure du genre de l'*habeas corpus* qui, historiquement,

est sans doute la plus renommée de toutes les voies de recours pour protéger la liberté individuelle. C'était certainement l'idée du Gouvernement du Royaume-Uni qui, en fait, a proposé le texte de l'article 5 (4) (cf. Recueil Editions des "Travaux préparatoires", Vol. III. p. 284). Si le texte ne fait pas expressément référence à l'*habeas corpus*, c'est qu'il devait s'appliquer à des procédures comparables dans d'autres systèmes juridiques. Si l'on avait alors estimé concevable l'interprétation avancée par la Commission dans les paragraphes 88 à 90 de son rapport dans l'affaire Winterwerp, le Royaume-Uni n'aurait pas accepté l'article 5 (4) sans l'assortir d'une réserve ou d'une déclaration d'interprétation. Le Gouvernement pense que l'interprétation suggérée par la Commission dans cette affaire-là n'est ni conforme au sens simple et naturel des mots de l'article 5 (4) ni en accord avec l'intention des gouvernements lorsqu'ils ont conclu la Convention.

51. Vu les conditions dans lesquelles le requérant a été détenu, trois voies de recours lui étaient ouvertes pour lui permettre de faire statuer par les tribunaux sur la légalité de sa détention. premièrement, quiconque se prétende irrégulièrement détenu peut solliciter une ordonnance d'*habeas corpus*. Deuxièmement, quiconque prétend qu'il a été illégalement arrêté ou détenu peut intenter une action en dommages et intérêts pour détention irrégulière. Troisièmement, on peut, en demandant une ordonnance de *certiorari*, faire vérifier la régularité de l'arrêté d'expulsion est annulé, le mandat d'internement émis sur la base de l'arrêté cessera, bien sûr, d'avoir effet.

52. Le Gouvernement soutient que, parmi ces voies de recours, la procédure d'*habeas corpus* satisfait manifestement aux exigences de l'article 5 (4). Toute personne incarcérée par un organe, gouvernemental ou autre, ou par un individu, peut solliciter une ordonnance d'*habeas corpus* auprès d'une "Divisional Court" (composée de trois magistrats) de la "Queen's Bench Division" de la Haute Cour ou, hors sessions, auprès du juge unique qu'elle pourra trouver. Ce juge unique fera droit à la demande ou débouterà le demandeur, auquel cas ce dernier pourra renouveler sa demande à la Divisional Court. Il peut être fait appel de la décision de la Divisional court devant la cour d'appel et, ensuite, devant la Chambre des Lords.

L'ordonnance d'*habeas corpus* enjoint à l'organe ou à la personne qui détient l'intéressé de le présenter devant le tribunal pour que sa mise en liberté y soit ordonnée si la détention est irrégulière. Lorsque l'irrégularité est manifeste, le tribunal peut émettre l'ordonnance séance tenante mais, le plus souvent, le tribunal prendra des mesures pour que le responsable de la

détention soit informé de la requête et ait l'occasion de comparaître devant le tribunal pour justifier de la détention s'il le désire. Les demandes d'*habeas corpus* ont priorité sur toute autre affaire. Le tribunal examinera si l'intéressé a été détenu régulièrement conformément aux exigences de la législation pertinente et, s'il y a des indications de la possibilité d'un abus de pouvoir, le tribunal recherchera si l'organe responsable a agi de mauvaise foi, par fantaisie ou dans un but dommageable. Mais, hormis cette réserve, le tribunal ne réexaminera pas les motifs ni le bien-fondé de la décision dans la mesure où selon la législation pertinente, cette question relève exclusivement de l'autorité exécutive ou administrative concernée. Si le tribunal en conclut que l'organe responsable a agi de mauvaise foi ou dans un but dommageable ou qu'il n'est pas autrement convaincu que la détention soit régulière, il délivrera l'ordonnance qui aura pour effet la mise en liberté du détenu.

53. Le Gouvernement souligne que le méthode utilisée par les tribunaux anglais dans la procédure d'*habeas corpus* est très proche de celle qu'a adoptée la Commission en vérifiant, dans sa décision sur la recevabilité de la présente requête, si la détention du requérant était ou non "régulière" au sens de l'article 5(1) f). Les critères à utiliser pour déterminer si la détention est "régulière" au sens de l'article 5(1) f) sont également suffisants pour satisfaire à la condition requise pour se prononcer sur la "légalité" comme le prévoit l'article 5(4).

54. Le Gouvernement soutient en outre que les procédures que le requérant avait, en l'espèce, à sa disposition sont adéquates, vu le genre de privation de liberté dont il s'agit.

Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire de vagabondage, ⁽³⁾ évoquée par la Commission dans sa décision sur la recevabilité, la Cour a déclaré que les modalités de la procédure exigées par la Convention ne doivent pas nécessairement être identiques dans chacun des cas où l'article 5 (4) de celle-ci requiert l'intervention d'un tribunal et, pour trancher la question de savoir si une procédure offre des garanties suffisantes, il faut avoir égard à la nature particulière des circonstances dans lesquelles elle se déroule.

Le Gouvernement fait remarquer que dans le même paragraphe, la Cour évoque en l'approuvant l'arrêt qu'elle a rendu le 27 juin 1968 dans l'affaire Neumeister ⁽⁴⁾ sur la question de l'interprétation du terme "tribunal" contenu à l'article 5(4), et où elle déclarait (§ 24) que:

⁽³⁾ Ver Sumário n.º 13.

⁽⁴⁾ Ver Sumário n.º 8.

“Ce terme implique seulement que l’autorité appelée à statuer doit avoir un caractère judiciaire, c’est-à-dire être indépendante du pouvoir exécutif comme des parties en cause; il ne se rapporte aucunement à la procédure à suivre”.

Or, comme en l’espèce, on ne saurait guère contester le caractère judiciaire de la Divisional Court de la Haute Cour, le Gouvernement fait valoir que cette exigence de l’article 5 (4) se trouve incontestablement satisfaite.

55. Sans renoncer pour autant à la thèse selon laquelle les exigences de l’article 5 (4) sont pleinement satisfaites avec la procédure d’*habeas corpus*, le Gouvernement soutient en outre qu’au Royaume-Uni diverses procédures sont prévues par la loi pour les différents cas de privation de liberté évoqués à l’article 5 (1) de la Convention et que l’étendue du contrôle judiciaire varie selon la procédure applicable. Chacune de ces procédures spécifiques a été mise au point compte tenu des considérations propres aux cas auxquels elle s’applique. Selon le Gouvernement, ceci vaut également pour la privation de liberté dans les affaires d’expulsion.

56. Selon l’article 3 (5) *b*) de la Loi de 1971 sur l’immigration, une personne qui n’est pas un ressortissant (“patrial”), peut être expulsée du Royaume-Uni si le Ministre juge cette expulsions utile à l’intérêt général. En pareil cas, la procédure veut normalement qu’il soit d’abord signifié à l’intéressé que le Ministre a décidé de prononcer contre lui un arrêté d’expulsion. Il peut être fait appel de cette décision devant un arbitre ou devant le tribunal de recours en matière d’immigration crée aux termes de la loi susmentionnée. Si l’on en réfère à un arbitre en première instance et que l’une des parties ne soit pas satisfaite de la décision arbitrale, elle peut alors, sous réserve de satisfaire aux conditions prévues par le règlement pour interjeter appel, se pourvoir devant le tribunal des recours. Les procédures devant un arbitre ou devant le tribunal des recours sont de caractère judiciaire. En appel, la décision d’expulser est réexaminée aussi bien du point de vue du droit que sous l’angle des faits et si l’organe de recours décide que l’expulsion n’est pas justifiée, le Ministre est tenu de se plier à la décision. Un arrêté d’expulsion ne peut d’ailleurs pas être prononcé lorsqu’un recours est pendant.

L’article 2 de l’Annexe 3 à la loi régit la question de la détention en attendant l’expulsion. Si le requérant est détenu par décision du Ministre en attendant le prononcé d’un arrêté d’expulsion, l’arbitre ou le tribunal des recours peut, et parfois doit, de libérer sous caution en attendant le résultat de son recours. Quiconque s’estime irrégulièrement détenu a la faculté de

demander une ordonnance d'*habeas corpus* et s'il estime qu'un arrêté d'expulsion a été émis irrégulièrement à son encontre, il peut solliciter une ordonnance de *certiorari* pour en obtenir l'annulation. si son action réussit, il sera relaxé.

57. Toutefois, lorsque le Ministre a décidé de prendre un arrêté d'expulsion au motif que cette expulsion est utile à l'intérêt général pour des raisons de sécurité nationale, des considérations particulières s'appliquent et l'article 15 (3) de la Loi sur l'immigration prévoit qu'en pareil cas il n'est pas possible de se pourvoir devant un arbitre ou devant le tribunal des recours il arrive très souvent dans ce genre d'affaire que même l'intéressé ne puisse avoir communication des éléments de preuve. Cela s'explique par la nécessité de protéger les sources d'information dont disposent les services de l'État et les renseignements susceptibles de mener à la divulgation des sources. Pour la même raison, il n'est pas possible d'utiliser la procédure normale de recours devant un arbitre ou devant le tribunal des recours. Il existe dans ce cas une procédure non réglementaire selon laquelle l'intéressé peut, s'il le désire, formuler des protestations argumentées devant un groupe de conseillers. Il sera, dans la mesure du possible, informé de la nature des accusations portées contre lui, pourra comparaître devant les conseillers et citer des témoins en sa faveur. Les conseillers eux-mêmes auront communication des renseignements sur lesquels le Ministre s'est fondé pour décider de l'expulsion mais en appréciant le dossier, ils tiendront compte du fait que ces renseignements n'ont pas été vérifiés lors d'un interrogatoire contradictoire. Dès réception de l'avis des conseillers, le Ministre reconsidérera sa première décision. Mais à la différence de l'arbitre ou du tribunal des recours, les conseillers ne peuvent que donner un vis consultatif et leurs décisions ne lient pas le Ministre.

58. On voit donc que si, surtout dans les affaires intéressant la sécurité nationale, on n'a pas jugé opportun d'introduire une procédure de contrôle judiciaire intégral de tous les aspects, de fait ou de droit, des décisions que prendre le Ministre pour expulser ou pour autoriser la détention en attendant l'expulsion, c'est essentiellement en raison du caractère délicat des informations sur lesquelles se fondent souvent les décisions dans ces cas-là et de la nécessité de protéger les informateurs contre tout divulgation. Cela ne signifie pas toutefois que les tribunaux ne sauraient en pareil cas se prononcer sur la régularité de la détention de l'intéressé ou sur celle de l'arrêté

d'expulsion. Une action peut être entamée en vue de l'*habeas corpus* ou du chef de détention irrégulière ou pour obtenir le *certiorari* afin d'annuler l'arrêté d'expulsion. Il ne s'agit pas là d'une simple possibilité formelle. Les tribunaux, en effet, n'examineront pas seulement si les prescriptions légales pertinentes ont bien été respectées. Ils rechercheront en fait ce que cache l'arrêté si des éléments de preuve permettent de penser que le Ministre n'a pas agi de bonne foi dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires. Le Gouvernement renvoie ici à l'affaire Soblen ((1962) 3 All. E.R. p. 461 à la p. 661).

59. Le Gouvernement estime aussi utile de noter qu'outre la compétence des tribunaux pour contrôler la régularité de la décision du Ministre, celui-ci est responsable devant le Parlement de la manière dont il s'acquitte de ses fonctions, notamment dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires. C'est là un important moyen de contrôle des actes des ministres et de leurs services. Il peut conduire à la censure parlementaire, politiquement grave et dommageable pour le gouvernement et le ministre concerné. L'affaire de M. Caprino a de fait été soulevée au Parlement et le Ministre de l'Intérieur a, le 27 janvier 1975, informé la Chambre des Communes que l'arrêté d'expulsion avait été rapporté et l'intéressé libéré. La responsabilité devant le Parlement se trouve en outre renforcée par le Commissaire parlementaire chargé de l'administration ("Ombudsman") qui est habilité, lorsqu'il reçoit d'un parlementaire la plainte d'un administré, à examiner tous les dossiers concernant une action particulière du Ministre ou de son département et à rendre compte des résultats de son enquête. On voit donc qu'outre le contrôle exercé par les tribunaux sur la régularité d'une décision, il existe d'autres moyens importants de contrôler les faits et gestes de l'exécutif.

Le Gouvernement fait valoir qu'en ce qui concerne la limitation du contrôle exercé par les tribunaux sur les affaires comme celle du requérant les considérations suivantes sont pertinentes:

- (i) Le droit pour un étranger de résider sur le territoire d'un Etat donné n'est pas en tant que tel garanti par la Convention alors que le pouvoir d'expulser des étrangers est un droit que reconnaissent implicitement aux Parties contractantes l'article 5 § 1 de la Convention et les articles 3 et 4 du Protocole N.º 4. Si l'on interprète l'article 5 § 4 comme exigeant que l'organe qui se prononce sur la régularité de la détention ait compétence pour vérifier tous les aspects, de fait ou de droit, de la décision d'interner, il faudrait

rechercher les raisons qui ont motivé la décision d'expulser. Ceci élargirait en fait l'application de l'article 5 § 4 à une question qui ne relève pas de la Convention. Le Gouvernement renvoie ici à la décision de la Commission sur la recevabilité de l'affaire Agee. La Commission a décidé en l'espèce que l'article 6 ne s'applique pas aux procédures d'expulsion. De la même manière, l'article 5 § 4 ne saurait signifier qu'un tribunal doit être habilité à examiner le bien-fondé d'une décision administrative d'expulsion et avoir en conséquence pour effet de garantir une procédure judiciaire sur une question qui est exclue de l'article 6 § 1.

- (ii) Dans les affaires d'expulsion, la détention est une mesure accessoire à l'expulsion.
- (iii) En tant que telle, elle est généralement de durée très limitée et pas aussi longue que cela aurait pu être le cas par exemple en vertu de la Loi de 1922 sur les pouvoirs d'exception des autorités civiles en Irlande du Nord ou en vertu de la Loi belge dans les affaires de vagabondage.

Il est exact que, dans l'affaire Irlande contre Royaume-Uni, la Commission (p. 91 du rapport du 25 janvier 1976) et la Cour (§ 200 de l'arrêt du 18 janvier 1978) ont été d'avis, semble-t-il, qu'en matière d'arrestation et de détention opérées en vertu de la Loi de 1922 sur les pouvoirs d'exception des autorités civiles en Irlande du Nord, la procédure d'*habeas corpus* n'est pas une voie de recours suffisante pour satisfaire à l'article 5 § 4 car le contrôle judiciaire de la légalité des mesures litigieuses n'a pas une étendue suffisante au regard du but et de l'objet de l'article 5 § 4 de la Convention. La Cour n'a toutefois pas indiqué quelle aurait du être l'étendue de ce contrôle et n'a d'ailleurs pas constaté de violation de la Convention puisque les pouvoirs incriminés étaient couverts par les dérogations annoncées par le Royaume-Uni, conformément à l'article 15 de la Convention.

Le Gouvernement soutient qu'en l'espèce l'application de l'article 5 § 4 est un problème distinct auquel s'appliquent des considérations différentes. Une première différence est que, dans l'affaire irlandaise, la détention constituait l'objet même de la requête et la

deuxième différence, c'est qu'il s'agissait d'une détention ou d'un internement prolongé. En l'espèce, en revanche, l'objet de l'affaire est l'expulsion, la détention n'en étant qu'une mesure accessoire. En outre, il a été admis dans l'affaire irlandaise que la forme de détention incriminée ressemblait davantage aux cas envisagés à l'alinéa c) de l'article 5 § 1 qu'à ceux des autres alinéas, y compris notamment l'article 5 § 1 f).

- (iv) Les incidences sur la sécurité nationale placent des affaires comme la présente dans une catégorie particulière. La réalité des problèmes auxquels les gouvernements sont confrontés dans la lutte contre le terrorisme a été reconnue par la Cour dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire Klass ⁽⁵⁾ où elle a admis que pour lever efficacement ce genre de menace, l'Etat doit pouvoir faire surveiller secrètement les éléments subversifs qui opèrent sur son territoire. Au § 59 du même arrêt, la Cour convenait avec la Commission qu'une certaine forme de conciliation entre les impératifs de la défense de la société démocratique et ceux de la sauvegarde des droits individuels est inhérent au système de la Convention.
- (v) Selon la Loi sur l'immigration, les décisions d'expulser et d'interner en attendant l'expulsion ne sont pas soumises à une révision judiciaire au sens le plus large, mais assujetties, comme on l'a décrit plus haut, à un contrôle judiciaire de la Haute Cour avec toute l'autorité que cela entraîne.

60. Le Gouvernement soutient enfin qu'il est très important de ne pas interpréter l'article 5 § 4 dans un sens qui restreindrait indûment les possibilités de choix dont disposent les gouvernements pour mettre au point les procédures les mieux adaptées à chaque type de cas dans le contexte de leur système constitutionnel, juridique et administratif propre.

AVIS DE LA COMMISSION

61. Le seul point litigieux qui reste à trancher sur le fond par la Com-

(5) In Annuaire, XXI, 623.

mission est celui de savoir s'il y a eu ou non en l'espèce violation de l'article 5 § 4 de la Convention.

62. Cette disposition est ainsi libellée:

“Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale”.

63. La Commission fait tout d'abord remarquer que cette disposition est applicable nonobstant la constatation, faite au stade de la recevabilité, que la détention du requérant était en tant que telle couverte par l'article 5 § 1 de la Convention. En effet, quiconque a été légalement privé de sa liberté a aussi droit à faire examiner par un tribunal la légalité de sa détention (cf. l'arrêt rendu de 18 juin 1971 par la Cour eur. D. H. dans l'affaire de vagabondage § 73) (6) article 5 § 4 n'envisage que les voies de recours ouvertes pendant la durée de la détention. En conséquence, la possibilité, ouverte en droit anglais, de réclamer après libération des dommages et intérêts du chef de détention irrégulière n'entre pas en ligne de compte aux fins de cette disposition.

64. Puisque l'article 5 § 4 prévoit un contrôle judiciaire de la privation de liberté, ses dispositions doivent être examinées en liaison avec les différents cas, prévus à l'article 5 § 1 de la Convention, où cette privation de liberté est justifiée. En l'espèce, la Commission doit interpréter l'article 5 § 4 en liaison avec la détention prévue à l'article 5 § 1 f).

65. Le requérant laisse entendre, semble-t-il, que le contrôle de la légalité de sa détention auquel il avait droit en vertu de l'article 5 § 4 devait inclure également la légalité de l'arrêté d'expulsion en tant que tel. Toutefois, la détention est justifiée au regard de l'article 5 § 1 f), dès lors qu'une “procédure d'expulsion est en cours”. Ceci montre bien que la légalité de l'arrêté d'expulsion n'est pas une condition pour que la détention soit conforme à l'article 5 § 1 f).

Il n'est pas donc pas utile en l'espèce de savoir si le contrôle juridictionnel de l'arrêté d'expulsion prévu par la procédure de *certiorari* aurait dû se limiter à un examen du point de savoir si le Ministre avait agi par excès de pouvoir ou de mauvaise foi. La Convention n'exige absolument pas de contrôle juridictionnel des procédures d'expulsion (cf. la décision de la

(6) Ver Sumário n.º 13.

Commission sur la recevabilité de la requête N.º 7729/76, Agee c/R.U., D.R. 7, p. 164) et on ne saurait juger autrement de la situation juridique au regard de la Convention même si c'est un arrêté d'expulsion qui est à l'origine de la détention.

C'est donc seulement la légalité de la détention elle-même qui doit faire l'objet d'un contrôle judiciaire au regard de l'article 5 § 4.

66. Il ne faut pas voir dans le contrôle judiciaire de la légalité de la détention prévue à l'article 5 § 4 une simple formalité. Ce contrôle a pour but de protéger la liberté de l'individu et d'empêcher des mesures arbitraires de détention (cf. Cour eur. D.H., arrêt du 24 octobre 1979 dans l'affaire Winterwerp, § 45 et suiv.). (7) La Commission et la Cour ont donc dit que la procédure prévue à l'article 5 § 4 doit englober les motifs de fond de la détention (cf. le rapport de la Commission du 15 décembre 1977 sur la requête N.º 6301/73, Winterwerp c/Pays-Bas, § 90, et le rapport du 16 juillet 1980 sur la requête N.º 6998/75, Hinchliffe c/Royaume-Uni, §§ 131, 133 et 137; la Cour eur. D.H. n'a pas répondu à la question dans l'arrêt précité qu'elle a rendu dans l'affaire Winterwerp, § 68; cf. toutefois le § 200 de l'arrêt du 18 janvier 1978 dans l'affaire Irlande c/Royaume-Uni). Cela ne signifie pas pour autant que, dans les procédures qu'envisage l'article 5 § 4 de la Convention, le tribunal doit disposer de pouvoir de contrôle illimités. La question de l'étendue du contrôle peut varier selon le type de privation de liberté qui est en cause (Cour eur. D.H., arrêt dans les affaires de vagabondage, §§ 76, 78). C'est ainsi qu'au regard de l'article 5 § 4, le tribunal n'a pas à réexaminer la régularité de la condamnation pénale dont il est question à l'article 5 § 1 a), alors qu'il doit, au regard de l'article 5 § 1 e), établir si une personne est bien aliénée.

67. En l'espèce, la possibilité du recours à l'*habeas corpus* n'est pas contestée. Seulement, le requérant fait valoir que cette procédure ne permettait d'établir que la légalité formelle du mandat d'internement. Selon lui, la procédure d'*habeas corpus* n'aurait pas permis au tribunal d'examiner les motifs de l'expulsion ni ceux pour lesquels la détention a été ordonnée. La Commission relève que, selon la pratique suivie au Royaume-Uni, les tribunaux casseront, par la voie de l'*habeas corpus*, toute décision d'interner qui aura été prise par excès de pouvoir ou de mauvaise foi. En revanche, et controversé le point de savoir si cela sera toujours suffisant pour le contrôle prévu par l'article 5 § 4 de la Convention. La Commission a déclaré qu'une

(7) In Annuaire, XXII, 427.

détention conforme à l'article 5 § 1/ f) devait être considérée comme soumise à des principes tels que la nécessité ou la proportionnalité (cf. la décision de la Commission sur la recevabilité de la requête N.º 7317/75, *Lynas c/Suisse*, D.R. 6, pp. 141, 153). On ne sait pas bien si, dans une procédure d'*habeas corpus*, les tribunaux se prononceraient sur les problèmes de ce genre.

68. En l'espèce, toutefois, la Commission n'est pas tenue d'approfondir cette question. Le requérant n'a pas sollicité une ordonnance d'*habeas corpus*. Il n'a pas non plus indiqué pourquoi, dans son cas, la détention pourrait être considérée comme "irrégulière" pour une raison de recours qui en principe répond aux exigences de l'article 5 § 4 de la Convention, la Commission ne saurait conclure à une violation de cette disposition en se fondant simplement sur un jugement hypothétique, d'autant plus que le requérant a choisi de se prévaloir des procédures de recours informelles qui existent en matière d'arrêté d'expulsion et a par là-même obtenu ce qu'il désirait.

69. La Commission a parfaitement conscience du caractère formel de la garantie prévue à l'article 5(4). Lorsqu'il n'existe aucune voie de recours, cet article sera enfreint quand bien même il n'y aurait aucune indication sur l'illégalité de la détention (cf. le rapport précité de la Commission dans l'affaire *Winterwerp* et l'arrêt rendu par la Cour dans cette affaire, §§ 33 et suiv.). La question est toutefois différente lorsqu'il existe une voie de recours et que le litige porte sur son étendue. Le requérant aurait dû utiliser cette voie de recours ou alors indiquer à la Commission pourquoi, en ce cas précis,

Conclusion

70. Par ces motifs, la Commission, par huit voix contre une, avec une abstention, conclut qu'il n'y a pas eu, en l'espèce, violation de l'article 5 (4) de la Convention.

Le Secrétaire
de la Commission

(H.C. KRÜGER)

Le Président en exercice
de la Commission

(C.A. NØRGAARD)

Opinion dissidente de M. Melchior

1. L'opinion exprimée par la majorité de la Commission pourrait, de façon tendancieuse peut-être, être résumée de la manière suivante: il n'y a pas eu violation de l'article 5 § 4 de la Convention parce que le requérant n'a pas épuisé les voies de recours internes ou qu'il n'a pas démontré en quoi celles-ci n'étaient pas effectives. Cet avis me paraît en contradiction avec la décision prise par la Commission le 3 mars 1978 et déclarant recevable la requête N.º 6871/75.

2. Je ne puis partager l'opinion, énoncée au § 65 du rapport, selon laquelle puisqu'une détention est justifiée au regard de l'article 5 § 1*f*) dès que'une "procédure d'expulsion est en cours...", il en découlerait, *a fortiori*, que la légalité d'un arrêt d'expulsion ne serait pas une condition nécessaire pour que la détention soit conforme à l'article 5 § 1*f*). Il me semble que l'on doit raisonner différemment selon *a*) qu'une procédure d'expulsion est en cours et *b*) qu'un arrêté est une condition de la "régularité" de la détention au regard de l'article 5 § 1*f*), régularité dont le contrôle doit être garanti conformément à l'article 5 § 4.

3. Il est bien évident que c'est seulement la légalité de la détention elle-même qui doit faire l'objet d'un contrôle judiciaire en vertu de l'article 5 § 4, mais il est tout aussi évident que l'on ne doit pas envisager ce contrôle comme un simple formalité, car il vise à empêcher les mesures arbitraires de détention. Je suis d'avis également que cette disposition n'implique pas l'existence pour la juridiction compétente de pouvoirs de contrôle ou de révision illimités.

4. J'incline à penser néanmoins que, puisque la détention du Sieur Caprino était fondée sur l'existence à son encontre d'un arrêté d'expulsion — et qu'une telle détention ne pourrait être régulière si l'arrêté d'expulsion était lui-même irrégulier — le contrôle judiciaire au titre de l'article 5 § 4 pouvait et même devait porter sur la régularité de l'arrêté d'expulsion lui-même, soit en tant que tel, soit en tant que base de la détention.

5. Une telle opinion n'est pas en contradiction avec la jurisprudence de la Commission selon laquelle (requêtes N.º 7729/76, 7916/77, 7902/77) le pouvoir d'expulser un étranger peut être conçu par une législation nationale comme relevant essentiellement du domaine administratif et non pas du

judiciaire. A dire vrai cependant, en supposant même qu'un arrêté d'expulsion à l'origine d'une détention conforme à l'article 5 § 1 f) puisse être interprété comme un fait du prince dont la régularité échappe au contrôle des tribunaux, il n'en serait pas de même de la détention proprement dite. Même lorsqu'elle est accessoire à une mesure d'expulsion, la détention d'un individu ne saurait jamais être du ressort exclusif d'une instance administrative puisque l'article 5 § 4 de la Convention exige un contrôle judiciaire de sa légalité. J'estime que le contrôle judiciaire spécial de la légalité de toute détention prévu dans cette disposition ne saurait, pour avoir quelque effet, se limiter à la simple constatation de la légalité formelle en droit interne, indépendamment du contenu du droit applicable.

6. Il faut rappeler en l'espèce que le droit en vigueur au Royaume-Uni présume qu'une détention sera toujours légale si elle est ordonnée par le Ministre après le prononcé d'un arrêté d'expulsion à l'encontre d'un étranger (article 18 § 4 de l'Annexe II applicable en vertu de l'article 2 § 4 de l'Annexe III à la Loi de 1971 sur l'immigration).

7. Il s'ensuit que le contrôle judiciaire par la procédure de l'ordonnance de *certiorari* (pour contester la régularité d'un arrêté d'expulsion à l'origine d'une détention) ou par la procédure de l'*habeas corpus* (pour contester la détention elle-même) ne répondent pas aux exigences de l'article 5 § 4 de la Convention. En effet, ces deux procédures se résoudraient en un contrôle purement formel en raison du large pouvoir discrétionnaire conféré au Ministre et de la compétence limitée que se reconnaissant les tribunaux en pareil cas.

8. En ce qui concerne la contestation de la légalité de la détention proprement dite (*habeas corpus*), la compétence du tribunal se limite au point de savoir si le Ministre, a ou non agi de bonne foi lorsqu'il a ordonné la détention. Or, il n'existe à cet égard aucun critère juridique qui permettrait au tribunal d'apprécier les actions du Ministre. La loi ne précise pas si, dans des cas comme celui-ci, la détention doit être la règle ou l'exception et elle ne précise pas non plus les faits pouvant servir de fondement au Ministre pour ordonner la détention après avoir prononcé un arrêté d'expulsion. En l'absence de critères prévues par la loi, la bonne foi du Ministre ne peut se mesurer que par référence aux considérations qui ont été les siennes lorsqu'il a ordonné la détention, mais les tribunaux s'abstiendront de contraindre le Ministre à dévoiler ses considérations et les faits qui les sous-tendent sinon à

l'expulsé, du moins au tribunal lui-même. Le Gouvernement a fait valoir que cette ligne de conduite était nécessaire pour empêcher que l'intéressé ne connaisse les sources d'information du Gouvernement mais il n'a pas montré pourquoi il serait nécessaire de soustraire ces sources de renseignements à l'examen des tribunaux eux-mêmes.

En laissant exclusivement au Ministre non seulement un pouvoir discrétionnaire absolu mais aussi toutes les informations concernant la détention d'un individu, la loi ne permet pas aux tribunaux de vérifier effectivement si telle détention a été ou non ordonnée arbitrairement.

9. Le même raisonnement pourrait être développée en ce qui concerne la contestation de la légalité de l'arrêté d'expulsion sur lequel se fonde la détention du requérant (*certiorari*).

10. J'estime en conséquence que, dans les circonstances de l'espèce, on se trouve devant une situation qui ne satisfait pas aux exigences de l'article 5 § 4 de la Convention puisqu'aucun contrôle effectif de l'excès de pouvoir ne peut être exercé par les tribunaux à l'égard des actes du Ministre.

**COMISSÃO EUROPEIA
DOS
DIREITOS DO HOMEM
DECISÃO NA QUEIXA DE E. A. ARRONDELLE
CONTRA O REINO UNIDO**

**COMISSÃO EUROPEIA
DOS
DIREITOS DO HOMEM
DECISÃO NA QUEIXA DE E. A. ARRONDELLE
CONTRA O REINO UNIDO**

1. É admissível a queixa por danos resultantes da exploração de um aeroporto e passagem de auto-estrada junto à casa propriedade da requerente e por ela habitada, quando o Estado se recusa a indemnizar ou comprar o imóvel.

2. Importa proceder ao exame de fundo, face ao disposto no art.º 8.º da Convenção e art.º 1.º do Primeiro Protocolo Adicional.

P.F.

La requérante réside à Horley dans le Surrey, Angleterre. Sa maison, Gable Cottage, qu'elle même et son défunt mari, décédé à la fin de 1979, ont acheté à Fernhill en 1960, se trouve à un peu plus d'un Kilomètre et demi de l'extrémité de la piste de l'aéroport de Gatwick. La piste a été étendu côté est en 1969 et côté ouest en 1973. Par ailleurs, l'autoroute M23, achevée en 1975, passe à 150 m. environ à l'est de la maison de la requérante.

Cette maison est à vendre depuis 1969. Afin d'obtenir pour ce bien une valeur conforme aux conditions du marché, la requérante sollicite à cette époque du Conseil du comté de Surrey l'autorisation de modifier la destination du terrain pour l'affecter à l'industrie légère, à des entrepôts ou à des bureaux. Bien qu'une enquête menée localement ait conclu que la maison de la requérante et de son époux n'était plus un endroit agréable à vivre et que le bruit pourrait affecter leur santé, l'autorisation fut refusée par les services

d'urbanisme conformément à leur politique constante de maintien du cadre rural de l'aéroport.

En 1973, une demande fut présentée par les résidents pour l'ensemble du quartier et également refusée.

En automne 1975, la requérante chargea une agence immobilière d'offrir sa propriété à la vente. L'agence proposa d'entrer en pourparlers avec les ministères de l'Aviation civile et des Transports pour savoir si l'un ou l'autre de ces ministères, ou les deux à la fois accepteraient de délivrer un "avis de dévalorisation" ("Blight Notice") et d'acheter la propriété à sa pleine valeur marchande. Toutefois cette tentative se solda par un échec.

En 1976, la requérante déposa une nouvelle demande aux Services d'urbanisme, qui la rejetèrent une fois de plus. Elle forma recours conformément à l'article 36 de la loi de 1971 sur l'aménagement du territoire. L'inspecteur qui mena l'enquête au cours de la procédure de recours conclut que la requérante et son époux étaient soumis à un stress intolérable en raison de l'intensité, de la durée et de la fréquence du bruit des avions passant à basse altitude, presque au-dessus de leurs têtes. La requérante et son mari étaient tellement gênés par la ligne de vol qu'ils n'étaient plus en mesure de profiter des agréments de leur maison et de leur jardin. L'inspecteur estimait également que la situation avait empiré depuis 1972, date du rejet d'un précédent recours, du fait de l'extension de l'aéroport, de l'accroissement progressif des mouvements d'avions et de la construction de l'autoroute M23.

Toutefois, selon l'inspecteur, l'épreuve subie par la requérante et son mari ne justifiait pas d'autoriser l'utilisation proposée à titre d'exception à la politique suivie par le Conseil de comté et tendant à restreindre l'aménagement d'un terrain situé dans la "ceinture verte" de Londres. Il conclut également qu'il ne serait pas indiqué d'installer des bureaux dans ce secteur et que, s'il était fait droit au recours de la requérante, bon nombre d'autres résidents s'attendraient à recevoir une autorisation analogue des services d'urbanisme. Il recommandait en conséquence de rejeter le recours. Le Ministre de l'Environnement sa rangea aux conclusions de l'inspecteur, et, souscrivant à sa recommandation, débouta la requérante le 26 janvier 1978.

La requérante fait valoir que son plus proche voisin, propriétaire de Gatwick House, a été autorisée en mai 1960 à modifier la destination de sa propriété, de sorte qu'une société précédemment installée sur l'aéroport de

Gatwick a été autorisée à occuper les locaux et à y installer bureaux et entrepôts. Or, Gatwick House est un bâtiment important qui servait, avant 1960, à l'école primaire de garçons. Le propriétaire de Gatwick House a récemment acheté deux villas dans le voisinage de la requérante, alors qu'il existe encore deux autres propriétés dans son voisinage immédiat.

En 1972, Lowfield Heath, village situé près de l'aéroport fut déclassé et les bâtiments furent achetés par la British Airport Authority (BAA), qui les a démolis et utilise ou va utiliser le terrain pour les besoins de l'aéroport.

Il semble qu'en 1976 une commission conjointe des deux chambres du Parlement, constituée par le décret de 1975 sur l'aviation civile fut saisie d'une plainte déposée par un voisin de la requérante. La commission estima que le bruit causé par les avions à réaction utilisant l'aéroport de Gatwick avait rendu les terrains voisins pratiquement inhabitables. Elle recommanda qu'en toute justice le Ministre du Commerce achète les propriétés ou indemnise leur propriétaire. Le porte-parole du Gouvernement expliqua que, selon la loi de 1973 sur les indemnités foncières (Land Compensation Act 1973), une indemnité n'était due pour perte de valeur d'une propriété qu'à raison d'un trouble accru dû à de nouvelles installations mais qu'il ne pouvait être tenu compte à cet effet du trouble dû à un usage plus intensif d'installations existantes.

Pour montrer comme il est difficile de faire une distinction nette dans l'examen des questions d'indemnisation, il est mentionné que le voisin de la requérante s'est installé dans la région en 1966, alors que l'aéroport de Gatwick était déjà bien installé et ses plans de développement bien avancés. Il aurait donc dû être manifeste que l'activité accrue que l'on escomptait de l'aéroport conduirait à une augmentation des nuisances. De plus, à l'époque du vote du projet de loi, on avait envisagé d'étendre les possibilités d'indemnisation de façon à couvrir les nuisances accrues provenant d'installations existantes mais l'opinion avait prévalu que les incidences financières d'un tel engagement indéfini seraient trop lourdes.

Il avait aussi été avancé que ce principe devrait s'appliquer à toutes les habitations autour de tous les aéroports et ne pas être limité à seul bruit des aéronefs. Mais les conséquences dans le domaine de la circulation routière seraient multiples et l'actuelle période de restriction financière ne permettait pas au Gouvernement d'accepter de prendre un tel engagement.

Le 2 juin 1978, le ministère du Commerce adressa au député de la requérante une lettre évoquant la possibilité de renforcer les dispositions prévues pour le versement d'une indemnité aux résidents des quartiers pro-

ches de l'aéroport et soumis à des bruits d'avions très violents. Il déclara notamment "qu'après avoir encore une fois examiné la question, sa conclusion était malheureusement identique à celle à laquelle le Gouvernement avait abouti la dernière fois où il avait examiné le problème, à savoir que ce serait une erreur, en matière d'indemnisation, de traiter différemment les victimes du bruit des avions et les victimes d'autres bruits et que modifier la date (17 octobre 1969) à partir de laquelle des ouvrages publics, nouveaux ou modifiés, donnent droit à une indemnisation entraînerait un surcroît de dépenses publiques, en raison notamment de la circulation routière". La lettre soulignait *in fine* qu'une indemnisation était déjà payable, au titre de la loi de 1973 sur l'indemnisation foncière, pour dépréciation entraînée par une augmentation de la circulation due à des ouvrages publics, commencés ou sensiblement modifiés après le 17 octobre 1969. "Toute augmentation du bruit due à l'extension d'une piste de roulement ou d'une aire de manoeuvre qui accroîtrait la capacité de Gatwick est donc déjà prévue par les dispositions en vigueur. C'est précisément pour l'usage accru des installations existant à Gatwick que les résidents de Fernhill réclamaient une indemnisation et le Gouvernement a estimé qu'il ne serait pas judicieux de légiférer en ce sens sans traiter pareillement toutes les autres sources de bruit relevant de la loi de 1973 sur les indemnisations foncières. Il fut donc décidé de ne prévoir aucune nouvelle indemnisation dans la loi de 1978 sur l'aviation civile et le Parlement ne renversa pas cette décision".

II. GRIEFS

La requérante se plaint que le bruit excessif des avions et de l'autoroute M23 la place dans une douloureuse situation et affecte fâcheusement sa santé, comme il affectait celle de son défunt mari.

Elle soutient que la BAA et le ministère du Commerce devraient être obligés d'acheter sa propriété.

Elle souligne qu'il ne lui était pas possible de saisir de l'affaire les tribunaux civils, puisque les articles 40 et 41 de la loi de 1949 sur l'aviation civile interdisent d'une façon générale d'intenter des actions pour nuisances provenant d'avions civils en vol ou au sol.

III. PROCÉDURE DEVANT LA COMMISSION

Le 4 décembre 1978, la Commission a décidé de communiquer la requête au Gouvernement défendeur en l'invitant à présenter ses observations sur la recevabilité, dans la mesure où la requête peut poser des problèmes au regard des articles 6, 8 et 13 de la Convention et de l'article 1 du Protocole additionnel.

Le Gouvernement et la requérante ont présenté leurs observations le 2 mai 1979 et le 12 juillet 1979 respectivement.

Le 15 juillet 1980, la Commission a tenu une audience sur la recevabilité et sur le fond de la requête. Le Gouvernement y était représenté par Mme A. Glover en qualité d'Agent, M. N. Bratza en qualité de conseil et MM. I.H.H. Baxter et I. Tighe-Ford en qualité de conseillers. La requérante était représentée par M. C. Walsh, solliciteur.

IV. ARGUMENTATION DES PARTIES

1. Le Gouvernement

A. *Quant aux faits*

a. Observations générales

Lorsqu'elle acheta sa maison en 1960, la requérante devait s'attendre à souffrir de certains désagréments dus au bruit des avions et pouvait raisonnablement prévoir que les niveaux sonores augmenteraient. De plus, la proximité de l'aéroport s'est vraisemblablement traduite dans le prix qu'elle a payé pour acquérir la maison.

La valeur actuelle de la propriété de la requérante est de 40 000 Livres St. environ, alors que la valeur probable serait de 50 000 Livres si la maison n'était pas si proche de l'autoroute et de l'aéroport.

b. Mesures tendant à atténuer l'effet du bruit des avions

En juin 1978, la requérante a reçu une subvention pour insonoriser plusieurs pièces de sa maison. Cette subvention lui a été versée au titre de l'article 29A de la loi de 1971 sur l'aviation civile. La requérante pourra prétendre à une nouvelle subvention pour améliorer l'insonorisation de sa maison au titre d'un régime plus favorable qui entrera bientôt en vigueur. En outre, diverses mesures ont été prises au titre de l'article 29, paragraphe 1, de la loi de 1971 sur l'aviation civile. Cette disposition habilite le ministre à imposer des restrictions "aux fins de limiter ou d'atténuer l'effet du bruit et des vibrations liés au décollage et à l'atterrissage des aéronefs. Ces mesures comprennent des instructions quant aux hauteurs minimales de vol et aux vitesses ascensionnelles, à l'imposition de limites phoniques maximales et au contrôle de celles-ci, à l'établissement d'itinéraires de bruit minimum afin de concentrer les bruits sur des régions moins peuplées, ainsi que des restrictions quant aux types d'avions à réaction autorisés à utiliser l'aéroport".

c. Situation d'autres propriétaires dans la même région

La situation de Gatwick House n'est pas du tout identique à celle des maisons d'habitation privées. Il s'agit du bâtiment d'une oeuvre de charité qui, pour être utilisé, ne pouvait en pratique servir qu'à des fins commerciales. D'ailleurs, en accordant l'autorisation de modifier la destination du bâtiment, les services d'urbanisme précisèrent que, même à cette date, c'est-à-dire en 1960, ils étaient opposés à l'implantation de commerces ou d'industriessupplémentaires dans une région rurale mais que l'autorisation serait toutefois accordée "comme exception particulière à cette politique pour réimplanter une entreprise locale affectée par l'extension de l'aéroport de Gatwick et pour utiliser un bâtiment important qui serait autrement demeuré vide".

Quant à Lowfield Heath, qui a fait l'objet d'un déclassement, sa situation diffère de celle de Fernhill. Le premier village se trouve littéralement en bordure de l'aéroport et entouré de trois côtés par la zone d'entretien de celui-ci. Le deuxième en revanche est situé à plus d'un kilomètre et demi de l'extrémité de la piste et la BAA ne pourrait en justifier l'achat pour les besoins de l'aéroport (voir ci-dessus B.c.).

B. *Quant au droit applicable et à la pratique interne*

a. Loi de 1973 sur l'indemnisation foncière

La loi de 1973 sur l'indemnisation foncière vise à des mesures d'amélioration pour faire face aux effets sur l'environnement d'ouvrages publics, nouveaux ou modifiés. Le titre II de la loi donne aux autorités qui entreprennent ces travaux le pouvoir d'imposer une meilleure intégration des installations dans l'environnement et de prévoir une protection contre le bruit par des travaux d'isolation phonique. Le titre I charge l'autorité responsable des ouvrages en question de verser une indemnisation dans la mesure où la valeur de certaines propriétés, surtout résidentielles, agricoles et de petits commerces se trouve, du fait des installations, dépréciée par des facteurs d'ordre physique (bruits, vibrations, poussière, etc.) en dépit des mesures d'atténuation déjà prises.

Avant la loi de 1973, l'indemnité n'était normalement due que pour l'acquisition d'immeubles (y compris des bâtiments) ou lorsque l'exécution de travaux sur un terrain acquis portait atteinte à un droit foncier; en revanche, aucune indemnité n'était due en l'absence d'expropriation pour les effets sur les propriétés voisines de l'utilisation d'ouvrages publics.

Pour avoir droit à indemnisation, l'intéressé devait prouver qu'aucune action en dommages-intérêts pour trouble de jouissance et nuisances ne pouvait être intentée contre l'aéroport. Cette immunité provenait de l'article 41, paragraphe 2, de la loi de 1949 sur l'aviation civile et a été étendue à l'exploitation de Gatwick.

Les nouveaux droits à indemnisation sont fonctions de la nouveauté ou de la modification d'ouvrages publics mis en service après le 16 octobre 1969. Lors du vote de cette loi, on s'est interrogé sur une rétroactivité plus étendue mais le Parlement a décidé que ce qui était déjà un degré inhabituel de rétroactivité ne devrait pas être étendu davantage. L'accroissement d'une utilisation existante, c'est-à-dire d'ouvrages mis en service avant la date retenue pour la loi de 1973, ne donne pas lieu à indemnisation, ceci pour des raisons de principe et de pratique. La loi ne donne pas droit par exemple à une densité déterminée de circulation routière ou à un taux précis d'utilisation d'un ouvrage public. Les personnes qui vivent près d'ouvrages de ce genre doivent un jour s'attendre à les voir utilisés à pleine capacité.

b. Loi d'aménagement

Depuis la promulgation de la loi de 1947 sur l'aménagement du territoire, l'utilisation des terrains et des bâtiments est soumise à des contrôles d'utilité publique par les services d'urbanisme. Une autorisation de ces services est nécessaire pour modifier la destination d'un bâtiment, par exemple pour en faire un bureau lorsqu'il s'agit d'une maison d'habitation. Les propositions de modifications de ce genre sont examinées selon leur mérite du point de vue de l'aménagement en général et compte tenu des éléments pertinents: effets sur l'agrément du lieu (compte tenu de la politique de maintien d'une "ceinture verte") et opportunité d'empêcher la perte d'un logement utile. La personne qui se voit refuser l'autorisation par les services locaux d'urbanisme a le droit de recourir au Ministre de l'Environnement, qui doit, avant de trancher et si requérant et services d'urbanisme le désirent, donner à chacun d'eux l'occasion d'être entendu par un inspecteur désigné par lui. La décision du ministre peut être attaquée devant la "High Court" en invoquant qu'elle excédait les pouvoirs conférés par la loi ou que les conditions posées par la loi n'avaient pas été respectées, ce qui a eu pour effet de causer un préjudice important. En revanche, la décision du ministre ne peut pas être contestée en invoquant que celui-ci aurait dû exercer autrement son pouvoir discrétionnaire et les tribunaux ne sont pas habilités à substituer à la décision du ministre leur propre décision sur le problème d'urbanisme.

c. Possibilité d'achat par les pouvoirs publics

L'article 26 de la loi d'indemnisation foncière confère à l'organisme responsable d'un ouvrage public le pouvoir d'acquérir de gré à gré un terrain dont la jouissance est gravement affectée par l'utilisation dudit ouvrage. Or, si les aérodromes sont bien des ouvrages publics aux fins dudit article, ce n'est pas le cas des installations qui relèvent d'une entreprise de service public. La BAA (British Airport Authority) précisément étant une entreprise de service public, les aérodromes que gère cet organisme échappent à l'article 26.

Quant aux villas (Lochend Cottages) achetées par la BAA après la construction d'une nouvelle piste à l'aéroport d'Edimbourg en 1976 et 1977, cet organisme reconnu par la suite, lors de l'enquête sur l'aérogare N.º 2 de Gatwick, qu'il avait par erreur excédé ses pouvoirs en procédant à ces acquisitions.

Un autre pouvoir d'acquisition est implicitement accordé à la BAA par la loi de 1975 sur les services d'aéroport, mais il est exigé que l'acquisition en question favorise les buts pour lesquels la BAA a été créé dans ses fonctions officielles. C'est en vertu de ce pouvoir que la BAA a acheté les propriétés de Lowfield Heath, destinées à être utilisées par l'aéroport. Fernhill en revanche est trop éloigné de l'aéroport pour qu'on puisse soutenir qu'en achetant la propriété de la requérante la BAA exercerait ses pouvoirs dans le cadre de ses fonctions officielles.

Enfin, dans le cas de la requérante, rien ne justifiait une demande de ce que l'on appelle un "avis de dévalorisation", délivré seulement lorsque la propriété a perdu toute sa valeur ou son utilité du fait d'un aménagement pratiqué en application de pouvoirs réglementaires.

Le simple fait que la requérante ne puisse aménager sa propriété en raison de l'application de la politique de "ceinture verte" ne constitue pas en soi un motif suffisant pour délivrer un "avis de dévalorisation" obligeant la collectivité locale à acheter le terrain.

C. Sur la recevabilité

a. Requête incompatible avec la Convention

La Convention ne protège en tant que tel ni le droit pour un individu de faire acheter sa propriété ni le droit à la conservation de la nature ou à un logement convenable.

La majeure partie du bruit incriminé est le fait d'avions non gouvernementaux. Au demeurant, la BAA n'est pas responsable du bruit causé par les avions en vol au-dessus de la maison de la requérante ni du bruit de l'autoroute. Il n'y a donc pas eu atteinte directe par les pouvoirs publics aux droits de la requérante tels que les protège la Convention.

b. Epuisement des voies de recours internes

La requérante n'a pas, dans les délais prescrits, présenté de demande d'indemnisation au titre de la loi de 1973 sur l'indemnisation foncière en raison du bruit dont elle pâtit du fait de l'autoroute M23 ou de l'aéroport.

Incontestablement, on ne peut prétendre à l'indemnisation du bruit qui résulte de l'utilisation accrue d'ouvrages publics existants mais seulement du supplément de bruit résultant de l'extension en 1973 des installations et de la piste de Gatwick. Or, il n'y a pas eu, depuis le 17 octobre 1969, extension de la partie Est de la piste qui puisse donner lieu à indemnisation.

c. Articles invoqués

Article 8 de la Convention

L'article 8, paragraphe 1, vise à protéger l'individu contre toute ingérence arbitraire des pouvoirs publics. Or, il n'y a pas eu intrusion dans la vie privée de la requérante en ce sens que les autorités n'ont pas pénétré dans la maison de la requérante sans son consentement.

Subsidiairement, si la Commission devait estimer qu'une question se pose au regard de l'article 8, paragraphe 1, le Gouvernement invoquerait l'article 8, paragraphe 2. En effet, toute ingérence imputable à la BAA serait "prévue par la loi" en ce sens que cet organisme a été autorisé par la loi à exploiter l'aéroport de Gatwick (de même que les avions ont été autorisés à utiliser l'aéroport). La décision de construire et, plus tard, d'élargir l'aéroport a été prise dans le but de doter Londres et le Sud-Est de l'Angleterre d'un deuxième aéroport international, ce que le développement de la circulation aérienne avait rendu nécessaire. L'autoroute relie Gatwick à Londres. Les décisions prises à propos de Gatwick n'ont pas dépassé le pouvoir d'appréciation laissé par la Convention aux instances nationales.

Quand au bruit, il fait inévitablement partie de l'aviation. Tous les efforts raisonnables sont faits pour en minimiser les effets nuisibles. Il est nécessaire, dans une société démocratique, de maintenir un nombre convenable d'aéroports, dotés des liaisons routières et ferroviaires voulues pour répondre aux besoins du public en transport rapide de passagers et de marchandises. Les aéroports jouent en effet un rôle important dans l'économie nationale. Par ailleurs Gatwick est situé dans une région du Sud de l'Angleterre relativement peu peuplée. En conséquence, seul un petit nombre de personnes s'est trouvé affecté par le bruit, au contraire d'Heathrow par

exemple, ou de l'ancien aéroport de Croydon (Au Sud de Londres). Par ailleurs, l'aéroport fournit des emplois à bon nombre de personnes dans les environs et contribue de bien d'autres manières encore à soutenir l'économie locale.

Aussi, toute ingérence dans l'exercice des droits reconnus à la requérante par l'article 8, paragraphe 1, était-elle nécessaire "au bien-être économique du pays", ainsi qu' "à la protection des droits et libertés d'autrui".

Article 1 du Protocole additionnel

Nuisances par le bruit:

Même si le bruit des avions ou celui de l'autoroute pouvait être imputé au Gouvernement du Royaume-Uni, l'expression "respect de ses biens" contenue au paragraphe 1 de l'article 1 ne pourrait pas être interprétée dans le sens d'une protection de l'individu contre les risques de bruits ou d'odeurs.

Refus d'aurotisation des services d'urbanisme:

Imposer des règles d'urbanisme pourrait en effet constituer une atteinte au droit d'utilisation par un particulier de ses propres immeubles. Toutefois, la réglementation se justifie en l'espèce au regard du paragraphe 2 de l'article 1 car elle est imposée par une loi, celle de 1971 sur l'aménagement du territoire, dont le but est de réglementer l'aménagement des sols dans l'intérêt général en préservant des espaces verts, en empêchant l'aménagement fragmentaire et en interdisant une utilisation des sols ou des bâtiments incompatible avec le caractère de la région.

S'il devait se poser dans ce contexte une question de proportionnalité, il faudrait remarquer que, pour les deux demandes présentées aux services d'urbanisme, l'inspecteur et le ministre ont soigneusement étudié les éléments en leur possession et ont conclu, au vu des informations disponibles, que l'effet nuisible du bruit des avions ne pouvait pas l'emporter sur les graves objections qu'il y avait, d'un point de vue d'urbanisme, à autoriser l'aménagement de Gable Cottage pour un usage commercial.

Article 6 de la Convention

Droit d'accès aux tribunaux:

Le fait que les articles 40 et 41 de la loi de 1949 sur l'aviation civile excluent à la fois le droit d'intenter une action en dommages-intérêts pour trouble de jouissance et nuisances dus au vol d'un avion au-dessus de la propriété et celui d'intenter une action pour trouble de jouissance à raison du bruit ou de l'irritation causés par un avion sur un aérodrome, ne saurait être considéré comme une refus d'accès aux tribunaux contraire à l'article 6, mais plutôt comme une restriction apportée aux droits subjectifs sur lesquels se fonderait une action pour trouble de jouissance et nuisances.

Même si l'incapacité créée par les dispositions des articles 40 et 41 pouvait soulever un problème au regard de l'article 6, l'effet de ces dispositions se trouve au Royaume-Uni largement compensé par les dispositions d'indemnisation prévues par la loi de 1973 sur l'indemnisation foncière. Tout refus de la BAA d'accorder une indemnisation à une victime qui y aurait droit selon la loi pourrait être sanctionné par un tribunal.

Refus d'autorisation des services d'urbanisme:

La loi en vertu de laquelle les instances administratives d'un Etat accordent des autorisations d'urbanisme conformes à l'intérêt général relève du droit public et aucun droit de caractère civil, au sens de l'article 6, n'est affecté par les mesures administratives prises en application de cette loi.

En outre, le refus du ministre peut faire l'objet d'un recours judiciaire pour excès de pouvoir. Bien sûr, le juge n'est pas habilité à réformer la décision du ministre quant au fond, mais l'article 6, n'accorde ni ne portège un droit d'accès aux tribunaux dans le but de contester le bien-fondé d'une décision convenablement prise par une instance administrative selon les voies légales et en vertu de pouvoirs conférés par la loi.

Article 13 de la Convention

Comme aucun droit ou aucune liberté reconnu dans la Convention n'a été affecté, il ne se pose aucun problème au regard de l'article 13.

Au demeurant, les exigences de cet article ont été satisfaites puisqu'en ce qui concerne les droits garantis par l'article 8, une indemnisation aurait pu être réclamée au titre de la loi de 1973 sur l'indemnisation foncière et que, si les conditions de la loi étaient remplies, ses dispositions auraient pu être appliquées par le biais d'une action devant les tribunaux.

Quant à l'article 1^{er} du Protocole, le droit, prévu par la loi, de recourir au ministre en cas de refus d'une autorisation par les services d'urbanisme et le droit, également prévu par la loi, d'attaquer la décision du ministre devant les tribunaux constituait bien des "recours effectifs devant une instance nationale" au sens de l'article 13.

2. La requérante

A. Quant aux faits

a. Observations générales

Mme Arondelle et son époux ignoraient tout du développement potentiel de l'aviation et ne se rendaient pas compte qu'il pourrait y avoir des bruits d'une aussi forte intensité lorsqu'ils ont acheté leur maison. A cette époque également, on pensait encore que Gatwick ne serait qu'un aéroport de délestage pour Heathrow et la proximité de l'aéroport n'avait encore aucune influence sur le prix qu'ils ont dû acquitter.

La valeur de leur villa se situe à présent entre 65 et 75 000 livres sterling mais, en raison du bruit, ils ne pourraient guère en obtenir à la vente plus de 40 000 livres.

b. Mesures tendant à atténuer les effets du bruit des avions

Les mesures prises pour atténuer l'effet du bruit des avions n'étaient rien de plus qu'un léger palliatif. La BAA, comme le souligne la requérante, reconnaît que la gêne due au bruit a augmenté et continuera d'augmenter. Un rapport établi par une entreprise spécialisée (bickerdike Allen Partners) a chiffré à 60 NNI (Noise and Number Index) le niveau phonique et, respectivement, de 100 m en altitude et de 225 à 540 m en distance par rapport à la maison de la requérante le passage des avions.

c. Situation d'autres propriétaires du voisinage

Le propriétaire de Gatwick House a eu l'avantage d'obtenir un certain nombre d'autorisations des services d'urbanisme.

Quant à Lowfield Heath, sa situation n'est guère différente de celle de la requérante. Les propriétaires de Lowfield Heath ont eu l'avantage de pouvoir s'organiser en association de façon à faire entendre leur voix.

La requérante évoque également le cas de London Borough of Hounslow où, d'après elle, le ministre a admis que le bruit était l'objection majeure à l'utilisation du site pour l'habitat et a, en conséquence, refusé l'autorisation d'y construire des logements.

B. Sur la recevabilité

a. La requête n'est pas incompatible avec la Convention.

La BAA est responsable du bruit et l'a admis en adoptant des mesures pour en atténuer les effets.

La Convention offre une protection contre les nuisances occasionnées par le bruit en ce sens qu'elles sont une ingérence dans la vie privée et une atteinte au droit au "respect de ses biens".

b. Epuisement des voies de recours internes

La requérante soutient n'avoir eu aucun moyen de faire remédier à la situation par les tribunaux internes. La loi de 1973 sur l'indemnisation foncière n'est en effet pas applicable à l'extension de l'extrémité est de la piste, intervenue en 1969.

c. Articles invoqués

Article 8 de la Convention

Selon la requérante, le bruit incriminé affecte si gravement sa santé et ses conditions d'existence qu'il constitue incontestablement une ingérence

dans l'exercice des droits que lui garantit l'article 8, paragraphe 1, d'autant que l'on a jugé nécessaire, en droit britannique, de se prémunir par un texte de loi contre toute action en établissant une immunité.

L'article 8, paragraphe 2, vise, selon la requérante, ce qu'on appelle en Grande-Bretagne la prééminence du droit, c'est-à-dire que la loi émane du Parlement et doit s'appliquer également à tous les citoyens. Il ne permet pas que, si le Gouvernement adopte une certaine mesure, approuvée par le Parlement, celle-ci pourra pénaliser certains citoyens innocents. Autrement dit, le maintien d'un nombre convenable d'aéroports ne doit pas se faire aux dépens de la requérante. Le fait que "relativement" peu de gens puissent en être gravement affectés renforce, au lieu de l'effacer, le droit à indemnisation.

De l'avis de la requérante, le Gouvernement défendeur n'a pas établi que cette ingérence fût nécessaire dans l'intérêt du bien-être économique du pays ou de la protection des droits d'autrui. En effet, l'extension de l'aéroport de Gatwick à l'origine du grief de la requérante était évitable puisque plusieurs possibilités s'offraient au Gouvernement.

Article 1 du Protocole additionnel

Ayant été arbitrairement privée des avantages de sa maison et d'un sommeil paisible, la requérante estime qu'il y a eu atteinte à ses biens par deux types de troubles de jouissance cumulés, à savoir le bruit de l'aéroport et celui de l'autoroute.

Article 6 et 13 de la Convention

La requérante estime que le refus de l'autorisation par les services d'urbanisme était déraisonnable car

- l'inspecteur a reconnu le caractère intolérable du stress causé par le bruit;
- il y a eu le précédent de Lowfield Heath et d'autres encore;

- par suite de l'aménagement de la région, le droit pour la requérante d'obtenir une décision équitable se trouvait compromis par une politique d'urbanisme arbitraire.

Les droits à indemnisation qu'elle a en contrepartie sont manifestement inadéquats.

V. EN DROIT

La requérante se plaint du bruit causé à la fois par la circulation aérienne liée à l'aéroport de Gatwick et par la circulation routière sur l'autoroute M23. Elle soutient que, contrairement à elle, d'autres propriétaires voisins de l'aéroport ont obtenu réparation, soit que les services d'urbanisme les aient autorisés à modifier la destination de leur immeuble, soit qu'un organisme public ait acheté leur propriété.

La Commission a examiné le grief sous l'angle des articles 6, 8 et 13 de la Convention et de l'article 1^{er} du Protocole additionnel ainsi que de l'article 14, combiné avec l'article 8 et/ou l'article 1^{er} du Protocole.

1. Le Gouvernement défendeur soutient qu'il ne saurait être tenu pour responsable du bruit des avions en vol ou des véhicules sur l'autoroute et que la requête est donc incompatible avec les dispositions de la Convention.

Toutefois, le fait que la "British Aviation Authority" (BAA) ne soit pas elle-même l'auteur du bruit ne saurait être un élément décisif. Ce qui importe en l'espèce, c'est que la situation géographique de l'aéroport, notamment de ses pistes qui ont été construites et aménagées par la BAA, oblige les avions à décoller et à atterrir d'une manière qui, en raison du bruit excessif causé par les moteurs, gêne la requérante qui habite dans le voisinage immédiat. Il s'ensuit que le Royaume-Uni est responsable selon la Convention de la situation dont se plaint la requérante en l'espèce. Il en va de même de l'autoroute M32, construite et gérée par des autorités publiques.

2. Le Gouvernement défendeur fait valoir en outre que la requérante n'a pas épuisé les voies de recours internes. Comme, en vertu de l'article 41,

paragraphe 2 de la loi de 1949 sur l'aviation civile, l'immunité des aéroports contre toute action en dommages-intérêts pour trouble de jouissance et nuisances a été étendue à l'exploitation de Gatwick, la requérante ne pouvait pas intenter une action pour trouble devant un tribunal.

En revanche, il existe un recours au titre de la loi de 1973 sur l'indemnisation foncière qui prévoit notamment une indemnisation pour la dépréciation accrue imputable à des ouvrages publics créés ou sensiblement modifiés après le 17 octobre 1969. Pourtant, il ne semble pas contesté entre les parties que si la loi prévoit bien une indemnisation pour dommages causés par un bruit accru dû à l'extension en 1973 des installations et de la piste de Gatwick, aucune indemnisation ne peut être réclamée pour un trouble de jouissance accru du fait de l'usage plus intensif d'ouvrages existants, en l'occurrence, les installations de Gatwick.

Comme, postérieurement à octobre 1969, il n'y a pas eu prolongation de l'extrémité est de la piste, où se trouve située la propriété de la requérante — ce qui aurait donné lieu à indemnisation — il faut en conclure que la voie de recours prévue par la loi de 1973 n'est pas accessible à la requérante.

Il s'ensuit que la requête n'est pas irrecevable pour non-épuisement des voies de recours internes au sens des articles 26 et 27, paragraphe 3, de la Convention.

La Commission a donc procédé à un examen préliminaire des renseignements et des arguments présentés par les parties. Ce faisant, elle a pris en considération la situation particulière de la requérante, dont la propriété est située en un lieu si proche de la piste de l'aéroport que le bruit des avions la soumet, selon un rapport d'inspection de 1976, à un stress intolérable. Le bruit de l'autorout M 23 aggrave encore, semble-t-il, cette situation. Alors que certains propriétaires affectés par le bruit ont pu modifier la destination de leur propriété, aucune solution de rechange n'a été trouvée pour la requérante. Dans ces conditions, la Commission estime que le grief pose, au regard des articles précités, des questions de droit et de fait tellement complexes qu'il faut, pour les trancher, procéder à un examen au fond.

Il s'ensuit que la requête ne saurait être considérée comme manifestement mal fondée au sens de l'article 27, paragraphe 2 de la Convention et doit donc être déclarée recevable, aucun autre motif d'irrecevabilité n'ayant été établi.

Par ces motifs, la Commission.

DÉCLARE LA REQUÊTE RECEVABLE, tous moyens de fond étant réservés.

**ESTUDOS
SOBRE OS DIREITOS
HUMANOS**

LA JURISPRUDENCE RÉCENTE
DE LA COUR
RELATIVE AUX ARTICLES 8 ET 10
DE LA CONVENTION EUROPPEENNE
DES
DROITS DE L'HOMME

LA JURISPRUDENCE DE LA COUR
RELATIVE AUX ARTICLES 8 ET 10
DE LA CONVENTION EUROPÉENNE
DES DROITS DE L'HOMME

Par

M. Dimitrios Evrigenis

Juge à la Cour Européenne des Droits de l'Homme

(1), (2) e (3)

SOMMAIRE

1. Observations préliminaires. Les arrêts relatifs aux articles 8 et 10. Nombre et importance.
2. Plan de l'exposé.
3. Rappel des arrêts relatifs aux articles 8 et 10.
4. L'article 8. Rappel des affaires l'ayant mis en jeu.
5. La structure de l'article 8 et les phases logiques de son application.
6. Classement en deux groupes des arrêts relatifs à l'article 8 sur la base de la structure de la disposition: Premier groupe — arrêts ayant trait au paragraphe 1 : *Affaire linguistique belge, Marckx, Airey, Guzzardi*. Deuxième groupe — arrêts relatifs au paragraphe 2: *vagabondage, Golder, Klass*.
 - a) L'arrêt *Marckx*
 - b) L'arrêt *Airey*.
 - c) L'arrêt *Golder*. Les "ingérences légitimes" aux droits protégés par la Convention. Problèmes posés par l'application du paragraphe 2 de l'article 8.
 - d) L'arrêt *Klass*.
7. Arrêts relatifs à l'article 10:
 - a) L'arrêt *Handyside*
 - b) L'arrêt *Sunday Times*

8. Observations d'ensemble:

- a) L'interprétation de la définition des droits protégés.
- b) L'Etat contemporain et les droits de l'homme: obligations d'abstention et obligations d'intervention
 - aa) Les droits protégés par la Convention et leur dimension sociale.
 - bb) Responsabilité de l'Etat du fait de violations non étatiques
- c) Restrictions nationales aux droits protégés par la Convention, pouvoir d'appréciation des autorités étatiques et contrôle de la Cour.

(1) Communication présentée à la rencontre de la Cour européenne des Droits de l'Homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, à la salle de délibérations de la Commission européenne des Droits de l'Homme, Strasbourg 23 à 25 Septembre 1981.

(Comunicação apresentada ao encontro do Tribunal europeu dos Direitos do Homem e Tribunal interamericano dos Direitos do Homem (23 a 25 de Setembro de 1981) proferida na sala de deliberações da Comissão europeia dos Direitos do Homem).

(2) Le juge Dimitrios Evrigenis, né à Thessaloniki en 1925, est professeur ordinaire de droit international privé à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Thessalonikn, directeur du Centre de droit économique international et européen, associé à l'institut de droit international. A enseigné à l'Université libre de Berlin, à la Ohio State University, à l'Académie de droit international de la Haye, à la Faculté internationale de droit comparé de Luxembourg et a donné des conférences aux Facultés de droit des Universités de Paris, Fribourg-Bâle, Perugia, Louvain-la-Neuve et Bâton Rouge. Il a été élu juge de la Cour européenne des Droits de l'Homme le 25 Avril 1975. (O Juiz Dimitrios Evrigenis, nascido em Tessalónica em 1925, é professor catedrático de direito internacional privado da Faculdade de direito e ciências económicas da Universidade de Tessalónica, director do Centro de direito económico internacional e europeu, associado do Instituto de direito internacional. Ensinou na Universidade livre de Berlin, na Universidade estadual de Ohio, na Academia de direito internacional da Haia, na Faculdade internacional de direito comparado do Luxemburgo e proferiu conferências nas Faculdades de direito das Universidades de Paris, Friburgo, Perugia, Basileia e Lovaina. Foi eleito juiz do Tribunal europeu dos direitos do Homem em 25 de Abril de 1975).

(3) La publication de la communication fut autorisée à la demande du Conseiller Pinheiro Farinha, Juge à la Cour européenne des Droits de l'Homme.

(A publicação da comunicação foi autorizada por intermédio do Conselheiro Pinheiro Farinha, Juiz do tribunal Europeu dos Direitos do Homem).

1. Il m'a été confié de présenter la jurisprudence récente de la Cour relative aux articles 8 et 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Ces dispositions se réfèrent, on le sait, à deux droits fondamentaux figurant traditionnellement sur les catalogues, nationaux et internationaux, des droits et libertés fondamentales: la première protège le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance; la seconde, le droit à la liberté d'expression.

On pourrait dire que la jurisprudence mettant en jeu ces deux dispositions est suffisamment représentative de l'oeuvre accomplie jusqu'ici par la Cour. Le choix satisfait, semble-t-il, aux critères qui déterminent habituellement la matière de ce genre d'exposés. Critère du nombre des arrêts, tout d'abord: sur un ensemble d'approximativement trente arrêts de fond prononcés jusqu'ici par la Cour, ceux rendus dans les affaires ayant mis en jeu les dispositions en question sont au nombre de dix, dont sept relèvent du domaine de l'article 8 et trois de celui de l'article 10. Il faut également rappeler que sur ces dix arrêts, huit ont été prononcés depuis 1974, donc dans les sept dernières années de la vie de notre juridiction.

Critère de l'importance des arrêts; ensuite: en effet, il y a dans la jurisprudence récente de la Cour relative aux droits protégés par ces articles, des arrêts qu'un observateur extérieur serait en droit d'appeler "célestres", dans le sens conventionnel et, dans une certaine mesure, volontairement équivoque de ce qualificatif. Des arrêts tels que ceux rendus dans les affaires *Marckx* et *Klass*, pour ce qui concerne l'article 8, ainsi que ceux prononcés dans les affaires *Handyside* et *Sunday Times*, pour ce qui est de l'article 10, ont bien marqué le travail de la Cour à deux points de vue au moins: d'une part, en raison de l'importance intrinsèque des questions qu'ils ont tranchées et des solutions qu'ils leur ont réservées, non moins qu'en raison des commentaires variés qu'ils leur ont réservées, non moins qu'en raison des commentaires variés qu'ils ont suscités. Et, d'autre part, à cause des orientations et, peut-être, des réorientations qu'ils ont laissé se dessiner quant aux méthodes d'interprétation et aux attitudes intellectuelles adoptées par la Cour et au sein de celle-ci.

2. Mon exposé sera divisé en trois parties: après avoir procédé à un inventaire des arrêts ayant trait aux articles 8 et 10 de la Convention, je

consacreraï la première partie aux arrêts relatifs à l'article 8, puis la deuxième partie aux arrêts se référant à l'article 10. Dans une troisième partie, j'essayerai de formuler quelques réflexions de caractère général sur cette jurisprudence.

3. Commençons par rappeler les arrêts qui entrent dans notre sujet: l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance) a été appliqué dans les arrêts rendus dans les affaires *linguistique belge* (1968), *vagabondage* (1971), *Golder* (1975), *Klass* (1978), *Marckx* (1979), *Airey* (1979) et *Guzzardi* (1980). En outre, il constituait la base légale principale du grief invoqué dans l'affaire *Van Oosterwijck* (1980) où la Cour n'a pas abordé le fond faute d'épuisement des recours internes. Une violation de l'article 8 est également invoquée dans l'affaire *Dudgeon* où l'arrêt de la Cour n'a pas été encore prononcé. (4)

De son côté, l'article 10 (droit à la liberté d'expression) a été appliqué dans les arrêts rendus dans les affaires *Engel* (1976), *Handyside* (1976) et *Sunday Times* (1979). Cette même disposition a été mise en jeu dans deux autres affaires: l'affaire *De Becker* (arrêt de 1962) rayée du rôle de la Cour, et l'affaire *Young, James et Webster* (arrêt de 1981) où le droit à la liberté d'expression protégé à l'article 10 a été pris en compte non pas de façon autonome mais pour mieux mettre en relief certains objectifs de l'article 11 relatif à la liberté d'association et en particulier à la liberté syndicale. Il faut également rappeler que la Cour s'est référée aux articles 8 et 10 dans l'arrêt *Kjeldsen* (1976) pour étayer son interprétation de l'article 2 du Protocole n^o 1. (5)

4. J'en viens maintenant à la jurisprudence relative à l'article 8. Ce groupe de sept arrêts, anciens et récents, couvre une grande variété de situations sociales mais aussi, comme on le verra, de questions juridiques: mesures d'organisation scolaire en Belgique portant prétendument atteinte, entre autres, au droit au respect de la vie privée et familiale en raison des

(5) Arrêts de la Cour mentionnés dans le texte:

De Becker (arrêt du 27.3.62. Série A, vol. 4), Affaire *linguistique Belge* (arrêt du 23.7.1967. Série A, vol. 6), *Vagabondage* (arrêt du 18.7.61. Série A, vol. 12), *Golder* (arrêt 21.2.75. Série A, vol. 18), *Engel*, (arrêt du 8.7.76. Série A, vol. 22), *Kjeldsen* (arrêt du 7.12.76. Série A, vol. 23), *Handyside* (arrêt du 7.12.76. Série A, vol. 24), *Klass* (arrêt du 6.9.78. Série A, vol. 28), *Sunday Times* (arrêt du 26.4.79. Série A, vol. 30) *Marckx* (arrêt du 13.6.79. Série A, vol. 31), *Airey* (arrêt du 9.10.79. Série A, vol. 32), *Guzzardi* (arrêt du 6.11.80. Série A, vol. 39), *Van Oosterwijck* (arrêt du 6.11.80. Série A, vol. 40), *Dudgeon* (arrêt du 22.10.81. Série A, vol. 45), *Young, James et Webster* (arrêt du 13.8.81. Série A, vol. 44).

différences dans le régime linguistique de l'enseignement, dans l'affaire *linguistique belge*; ingérence dans l'exercice du droit au respect de la correspondance des personnes privées de leur liberté en Belgique et au Royaume-Uni, dans les affaires de *vagabondage* et *Golder*; atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale et de la correspondance par l'effet de la législation allemande autorisant la surveillance secrète, dans l'affaire *Klass*; incompatibilité de certaines dispositions du droit belge en matière d'enfants nés hors mariage avec l'article 8, dans l'affaire *Marckx*; violation du droit au respect de la vie familiale du fait de l'absence d'un accès effectif pour la requérante du recours aux tribunaux irlandais en matière de séparation de corps, dans l'affaire *Airey*; ingérence alléguée dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale du requérant en raison de son assignation à résidence sur une île italienne, dans l'affaire *Guzzardi*.

5. Avant d'essayer de voir de plus près les arrêts les plus représentatifs de cette jurisprudence, j'estime nécessaire de faire une analyse sommaire de la structure logique de l'article 8 de la Convention. Cette analyse permettra une classification plus rationnelle et une étude plus systématique de ces arrêts. Je voudrais signaler que cette référence à la structure logique de l'article 8 est, *mutatis mutandis*, valable également pour l'article 10 auquel nous allons venir par la suite.

L'article 8, comme d'ailleurs une série de dispositions matérielles de la Convention (articles 9, 10 et 11; cf. aussi l'article 2 du Protocole n.º 4), se compose de deux paragraphes. Le premier définit le droit à protéger. C'est, aux termes de la disposition, le droit de chacun "au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance". On s'aperçoit qu'il ne s'agit guère d'une définition, au sens propre du terme, mais plutôt d'un simple énoncé du droit visé. Ce procédé est habituel en matière de droits fondamentaux dont l'expression législative oscille traditionnellement entre une proclamation en termes généraux et une description, plus ou moins détaillée, du droit en question, selon la nature et le caractère technique de ce dernier. Le deuxième paragraphe de l'article 8 fixe, de son côté, les conditions dans lesquelles des restrictions pourraient être légitimement apportées au droit énoncé au paragraphe 1^{er}.

Face à cette structure, la démarche intellectuelle qu'implique une application intégrale de l'article 8 comporte trois phases: La première a trait à la question de savoir si l'article est du tout applicable en l'espèce ou, dans une formule inverse, si les griefs dont la Cour est saisie relèvent du domaine de l'article tel qu'il est défini dans son premier paragraphe. Une fois cette

question tranchée par l'affirmative, on examine, dans une deuxième phase, si les faits de la cause s'analysent en une ingérence dans la jouissance ou l'exercice du droit protégé. Dans l'affirmative, on envisage, dans une troisième phase, si et dans quelle mesure l'ingérence peut être considérée comme légitime au regard de la Convention. Les deux premières parties de ce raisonnement par étapes, à savoir celles concernant l'applicabilité de l'article et la constatation d'une ingérence — la première étant souvent absorbée par la seconde — relèvent du champ logique du paragraphe 1. La troisième, c'est-à-dire celle qui porte sur la justification éventuelle de l'ingérence retenue, ressortit au domaine du paragraphe 2.

Le schéma rudimentaire ainsi esquissé ne reproduit, certes, que les étapes principales de l'enchaînement logique que comportent l'interprétation et l'application de la disposition, étapes qui, il faut la rappeler, ne sont cloisonnées ni entre elles ni par rapport à l'ensemble de la Convention. La Cour s'efforce toujours de situer dans leur contexte les dispositions qu'elle interprète et ne cesse d'affirmer que la Convention forme un tout.

6. Ayant comme toile de fond la structure de l'article 8, telle que nous venons de l'esquisser, nous pouvons classer les arrêts relatifs à cette disposition en deux groupes. Au premier appartiennent les arrêts où la question juridique principale consistait pour la Cour à se prononcer sur l'applicabilité de l'article en question et sur l'existence d'une ingérence dans l'exercice du droit visé par celui-ci. Il s'agit, en d'autres termes, d'espèces dans lesquelles le problème d'interprétation majeur se posait sur le terrain du paragraphe 1. Les arrêts rentrant dans ce groupe sont ceux rendus dans les affaires *linguistique belge*, *Marckx*, *Airey* et *Guzzardi*.

Le second groupe est, en revanche, formé par les arrêts dont le centre de gravité se trouve situé sur le terrain du paragraphe 2. Ce sont les cas où la Cour, ayant conclu à l'existence d'une ingérence, avait par la suite à se pencher sur la question de savoir si cette entorse au droit protégé pouvait néanmoins être justifiée en vertu de ce texte. Pareille question constituait la partie principale du processus d'application de l'article 8 dans les affaires de *vagabondage*, *Golder* et *Klass*.

Nous avons choisi pour notre analyse deux arrêts de chacun de ces groupes: *Marckx* et *Airey* relevant du premier groupe, *Golder* et *Klass* du second.

a. Dans l'affaire *Marckx*, les requérantes Paula Marckx, mère célibataire, et sa fille Alexandra, se plaignaient d'être victimes, entre autres, d'une

violation de leur droit au respect de leur vie privée et familiale en raison du traitement que leur réservait le droit belge en matière d'enfants nés hors mariage. Elles avaient notamment formulé à cet égard trois griefs: le premier portait sur le mode d'établissement du lien de filiation entre la mère et son enfant naturel. Ce lien n'est pas créé de plein droit et du seul fait de la naissance; il doit être établi soit au moyen d'un acte de reconnaissance de la part de la mère, soit à la suite d'une action en recherche de maternité intentée par l'enfant. Le deuxième grief concernait l'étendue de la famille de l'enfant: même reconnu par sa mère, l'enfant naturel n'entre pas juridiquement dans la famille maternelle. Enfin, dans leur troisième grief, les requérantes invoquaient l'incompatibilité avec la Convention des dispositions de la loi nationale régissant leurs droits mutuels en matière de succession et de libéralités. En effet, selon le droit belge, l'enfant naturel jouit à l'égard de sa mère de droits successoraux limités par rapport à ceux de l'enfant légitime. En outre, il n'a aucune vocation successorale à l'égard des parents de sa mère. Ces restrictions sont valables également en matière de libéralités. l'enfant naturel ne peut rien recevoir par donation entre vifs et par testament au delà de ce qui peut lui être accordé au titre des successions. Tel étant le droit belge sur ces points, il enfreignait, selon les requérantes, la Convention par ses restrictions aussi bien au droit de l'enfant de recevoir qu'au droit de la mère de disposer.

Dans son arrêt, la Cour s'est tout d'abord penchée sur le problème de l'applicabilité de l'article 8, ce qui l'obligeait à déterminer le sens des termes "respect de la vie familiale". Elle a, dans un premier temps, répondu par l'affirmative à la question de savoir si le lien de filiation naturelle entre la mère célibataire et son enfant donne lieu à une "vie familiale" au sens de l'article 8. Sur la base d'une série de raisonnements, elle a conclu que l'article 8 vaut pour la vie familiale de la famille "naturelle" comme de la famille "légitime", tout en soulignant qu'il a toujours existé entre les requérantes une vie familiale effective.

Dans un second temps, la Cour a entendu préciser la portée du terme "respect" de la vie familiale, eu égard aux questions soulevés dans les requêtes. Elle a rappelé que dans son arrêt rendu en 1968 dans l'affaire *linguistique belge*, elle avait reconnu au droit au respect de la vie familiale une fonction négative en ce sens que ce droit a "essentiellement" pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics. Or, cette obligation d'abstention de la part de l'Etat ne paraît pas épuiser l'effet du paragraphe 1 de l'article 8. L'Etat pourrait bien être soumis, en

vertu de cette disposition, à des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale qu'il a le devoir d'assurer. C'est ainsi qu'en fixant le régime applicable à certains rapports de famille, tels que ceux des enfants nés hors mariage, l'Etat "doit agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale". Une telle conception du respect de la vie familiale, a conclu la Cour, implique l'existence dans le droit national d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille.

L'article 8 ayant été ainsi déclaré applicable au titre du droit des requérantes au respect de leur vie familiale, il incombait par la suite à la Cour de décider si les griefs invoqués permettaient ou non de constater une atteinte à ce droit. La réponse à cette question a été recherchée successivement sur un double plan juridique: tout d'abord, sur le plan de l'article 8 pris isolément et, ensuite, sur celui de l'article 14 — qui, rappelons-le, constitue la clause "anti-discrimination" de la Convention — combiné avec l'article 8.

Pour ce qui est du mode d'établissement de la filiation, l'arrêt a conclu à l'existence d'une violation de l'article 8 considéré isolément, ainsi que de l'article 14 combiné avec l'article 8, dans le chef des deux requérantes. Devoir recourir aux procédés de la reconnaissance pour la mère et de l'action en recherche de maternité pour l'enfant est la conséquence d'un refus de consacrer pleinement sur le plan juridique leur lien de filiation naturelle et constitue un manque de respect de leur vie familiale. En outre, la différence de traitement en l'espèce entre enfants légitimes et enfants naturels ne trouve pas de justification objective et raisonnable et s'analyse ainsi en une discrimination qui enfreint l'article 14 combiné avec l'article 8.

Des raisonnements analogues ont amené la Cour à constater également une violation de l'article 8 et de l'article 14 combiné avec l'article 8 dans le chef des deux requérantes en ce qui concerne le grief relatif à l'étendue juridique de la famille de l'enfant. Le respect de la vie familiale, dit l'arrêt, implique pour l'Etat l'obligation d'agir de manière à permettre l'épanouissement normal de la vie familiale d'une mère célibataire et de son enfant reconnu par elle. Il n'en est pas ainsi lorsque des liens juridiques de famille ne sont possibles qu'entre la mère et l'enfant seulement, et ceci contrairement à ce qui vaut pour les enfants légitimes.

Les griefs concernant les règles de droit national incriminées relatives aux droits patrimoniaux ont posé des problèmes plus délicats. La Cour a estimé que l'article 8 était également applicable en la matière, le domaine des successions et libéralités entre proches parents constituant, compte tenu

du droit de la majorité des Etats contractants, un élément non négligeable de la vie familiale. Mais elle n'a pas cru devoir en arriver à la conclusion que cette disposition, prise isolément, avait été violée. Sa thèse a été principalement fondée sur la considération que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par les Etats dans la définition des limites de la capacité en matière de successions et de libéralités ne saurait être, en principe, incompatible avec l'article 8. Par contre, la différence de régime patrimonial entre les parents et leurs enfants légitimes ou naturels constitue une discrimination s'analysant en une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8.

b. Tandis que l'arrêt *Marckx* se plaçait principalement sur le terrain de l'article 8, l'arrêt *Airey*, rendu quelque mois plus tard, avait affaire à une requête fondée pour l'essentiel sur l'article 6 § 1 de la Convention, mais néanmoins mettant en cause également l'article 8. Mme Airey invoquait en substance que voulant obtenir en Irlande un jugement de séparation de corps contre son mari, qu'elle accusait de cruauté physique et mentale, elle ne pouvait pas entamer la procédure judiciaire à cet effet faute de moyens lui permettant de supporter les frais judiciaires et surtout les honoraires d'avocat. La Cour, à la suite de son arrêt en l'affaire *Golder*, a vu dans ce grief une violation de l'article 6 § 1 dans la mesure où la requérante ne bénéficiait pas d'un accès effectif à un tribunal pour y faire valoir son droit à une séparation de corps.

Or, la situation incriminée s'analysait aussi, pour la requérante, en une violation de l'article 8 de la Convention: faute de lui offrir une procédure accessible en matière de droit de la famille, l'Etat défendeur n'assurait pas le respect dû à sa vie familiale. La Cour a cru devoir entrer également dans l'examen de cet aspect de l'affaire. En rappelant son interprétation du paragraphe 1 de l'article 8 dans l'arrêt *Marckx*, elle a encore une fois souligné que le droit au respect de la vie familiale, au-delà d'une obligation d'abstention d'ingérence, peut faire naître dans le chef de l'Etat des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie familiale. Le droit à une séparation de corps étant un élément de l'organisation juridique nationale de la vie familiale, l'Etat défendeur était dans l'obligation de rendre ce moyen effectivement accessible. Ayant manqué à cette obligation, il devait être tenu pour responsable d'une violation de l'article 8.

c. Venons-en maintenant aux arrêts intéressant au premier chef l'interprétation du paragraphe 2 de l'article 8.

Dans l'affaire *Golder*, le requérant, purgeant une peine de réclusion dans une prison britannique, avait été accusé par un de ses gardiens de l'avoir assailli au cours d'une émeute. Désirant se défendre contre ces accusations, Golder adressa, conformément au règlement pénitentiaire, une requête au ministre de l'intérieur en lui demandant la permission de consulter un avocat afin d'intenter une action civile pour diffamation, ce qui lui fut formellement refusé. Ces faits constituaient, selon le requérant, une violation de son droit d'accès à un tribunal en matière de contestations portant sur ses droits civils, fondé sur l'article 6 § 1, mais en même temps, s'analysaient en une violation de son droit au respect de sa correspondance, protégé par l'article 8 § 1 de la Convention. La Cour a conclu à l'existence de ces deux violations.

Bien que, comme on s'en aperçoit, la mise en jeu de l'article 8, au titre du droit au respect de la correspondance, ne constituait pas la question juridique principale de l'affaire, la partie de l'arrêt qui s'y réfère présente un intérêt particulier en ce qui concerne l'interprétation du paragraphe 2 de cette disposition, interprétation en principe valable pour les autres dispositions de la Convention ayant un contenu similaire.

La Cour n'a pas hésité à répondre par l'affirmative à la question de savoir si le refus du ministre de permettre à Golder de prendre contact avec un avocat s'analysait en une ingérence dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa correspondance. Applicabilité de l'article 8 et constatation de l'ingérence ressortaient sans difficulté majeure des faits de la cause. Le seul point sur lequel la Cour a cru devoir s'expliquer à cet égard était celui soulevé par le Gouvernement selon lequel, pour réprimer une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la correspondance, l'article 8 § 1 suppose qu'une correspondance ait effectivement lieu. Cette condition faisant défaut en l'espèce, l'article 8 devait être considéré comme inapplicable. La Cour n'a pas retenu cet argument. Entraver la possibilité même de correspondre, a-t-elle remarqué, représente la forme la plus radicale d'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la correspondance. Pareille mesure ne saurait donc être laissée en dehors du domaine de l'article 8 alors qu'un simple contrôle de la correspondance en relève. L'article 8 était donc applicable.

On devait, dans ces conditions, s'attendre à ce que le gouvernement défendeur se déplace sur le terrain d'une justification de l'ingérence constatée. Il l'a fait en traçant même une double ligne de défense: il a, en premier

lieu, invoqué l'existence dans la Convention de limitations implicites au droit au respect de la correspondance; en second lieu, et à titre subsidiaire, il a soutenu que l'ingérence en question entrerait dans le faisceau d'exceptions ménagées au paragraphe 2 de l'article 8 et par conséquent se trouvait justifiée en vertu de ce texte.

La thèse de limitations implicites au droit protégé par le paragraphe 1 de l'article 8 se ramenait, en substance, à une extension, par voie d'interprétation, des exceptions expressément prévues au paragraphe 2. Elle a été étayée d'un argument tiré de l'article 5 § 1 a) de la Convention: une privation de liberté régulière à la suite d'une condamnation prononcée par un tribunal compétent entraînerait inévitablement, selon le Gouvernement, des conséquences rejaillissant sur le jeu d'autres articles de la Convention, dont l'article 8. Sans vouloir formuler un rejet total et inconditionnel de la doctrine des limitations implicites aux droits et libertés consacrés par la Convention, la Cour a refusé d'admettre la thèse du Gouvernement en se référant au texte même de l'article 8. La tournure restrictive dont se sert de paragraphe 2 — "Il ne peut y avoir ingérence (...) que pour autant que (...)" — ne laissait pas place à l'idée de limitations implicites. Il ne restait donc qu'à envisager une justification de l'ingérence sous l'angle du paragraphe 2.

Avant de regarder de plus près la façon dont la Cour a examiné le moyen du Gouvernement tiré du paragraphe 2 de l'article 8, il ne serait peut-être pas sans intérêt de consacrer quelques mots à la fonction que cette disposition — et les autres qui appartiennent à la même catégorie — remplit dans le contexte de la Convention. L'idée qui se trouve derrière ces règles est qu'à côté de certains droits fondamentaux qui sont de par leur nature irréductibles, il en existe d'autres qui sont considérés comme susceptibles de restrictions légitimes dictées par des contraintes politiques et sociales inhérentes à la vie d'une société démocratique contemporaine. La difficulté de l'enjeu est de savoir comment définir les conditions et circonscrire l'étendue de ces restrictions, ce qui est une question à la foi de politique et de technique législatives.

La Convention européenne des Droits de l'Homme, à côté d'autres possibilités de dérogation à ses dispositions matérielles, a reconnu aux Etats contractants la faculté d'apporter des restrictions à certains des droits qu'elle protège. Tel est, entre autres, le cas des articles 8 et 10 qui nous intéressent dans cet exposé et qui dans leur paragraphe 2, lu à la lumière de l'article 18 de la Convention, définissent les conditions et la mesure dans lesquelles des restrictions peuvent être apportées aux droits énoncés au paragraphe 1.

Comme on devrait s'y attendre, les Etats défendeurs ne manquent pas, d'habitude, d'invoquer le caractère légitime de l'ingérence qui leur est imputée en soulevant le moyen tiré du paragraphe 2 des articles en question. Il existe donc une jurisprudence relativement abondante qui permet d'identifier une certaine méthode d'interprétation qui a pu se former en la matière.

Revenons à l'affaire *Golder* qui constitue un cas représentatif de cette jurisprudence. L'Etat défendeur a soutenu que l'ingérence dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa correspondance remplissait les conditions énumérées au paragraphe 2 de l'article 8 et se trouvait ainsi justifiée.

La première de ces conditions consistait en ce que la restriction devait, aux termes du paragraphe 2 être "prévue par la loi". La Cour a reconnu que cette condition était satisfaite en l'espèce, le pouvoir de contrôle du ministre en matière de correspondance des détenus résultant expressément du règlement pénitentiaire en vigueur.

La restriction devait ensuite — et c'était la deuxième condition — être "nécessaire dans une société démocratique" pour servir un ou plusieurs des buts énoncés au paragraphe 2. Selon le Gouvernement, l'ingérence dont se plaignait le requérant était nécessaire pour la défense de l'ordre, la prévention des infractions pénales et, dans une certaine mesure, la sûreté publique et la protection des droits d'autrui. La Cour a estimé que cette condition n'était pas satisfaite. A son avis, il était difficile de discerner, même eu égard au pouvoir d'appréciation laissé aux Etats contractants, en quoi les impératifs invoqués par le Gouvernement, tels qu'ils se comprennent dans une société démocratique, pouvaient commander au ministre d'empêcher le requérant de correspondre avec un avocat afin d'assigner son accusateur en justice.

Il faut mentionner qu'avant d'arriver à la conclusion que l'ingérence n'était pas justifiée au regard du paragraphe 2 de l'article 8, la Cour n'a pas manqué de tenir compte de deux autres considérations: elle a, d'un côté, admis que la nécessité d'une ingérence dans l'exercice du droit d'un condamné détenu au respect de sa correspondance devait s'apprécier en fonction des exigences normales et raisonnables de la détention et justifier ainsi des ingérences plus amples que celles qui seraient permises dans le cas d'une personne en liberté. De l'autre côté, elle a souligné que l'ingérence dans l'exercice par le requérant du droit au respect de sa correspondance était d'autant moins nécessaire dans une société démocratique que l'intéressé se proposait, en prenant contact avec son avocat, de préparer la saisine d'un tribunal dans un litige de caractère civil, en d'autres termes, de faire valoir un droit que la Convention elle-même lui assurait dans son article 8.

d. Les problèmes, relatifs à l'application du paragraphe 2 de l'article 8 se sont de nouveau posés, quelques années plus tard, dans l'affaire *Klass*. Les requérants — un procureur, un juge et trois avocats allemands — dénonçaient, comme contraires à la Convention, certaines dispositions du droit allemand portant restrictions au secret de la correspondance, des envois postaux et des télécommunications. Ils attaquaient notamment cette législation dans la mesure où elle permettait ces ingérences sans obliger les autorités à en aviser *a posteriori* et dans tous les cas les intéressés et qu'elle excluait tout recours à la justice contre l'adoption et l'exécution de pareilles mesures.

La législation nationale mise en cause — et dont nous ne pouvons donner ici qu'un aperçu très sommaire, en renvoyant au texte de l'arrêt — était fondée sur un amendement à la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne autorisant des restrictions, par voie législative, à l'inviolabilité de la correspondance, des envois postaux et des télécommunications. En vertu de cette législation, les autorités compétentes étaient habilitées à ouvrir et contrôler la correspondance et les envois postaux, à lire les messages télégraphiques et à écouter et enregistrer les communications téléphoniques quand il existait des indices d'un danger imminent contre l'ordre fondamental démocratique et libéral, l'existence ou la sécurité de la Fédération ou d'un *Land*.

Les conditions d'introduction et de mise en oeuvre de pareilles mesures, ainsi que les modalités de surveillance de leur exécution étaient fixées dans la législation en question. Les autorités investies de ces compétences étaient soumises au contrôle d'un comité de cinq parlementaires désignés par le *Bundestag* à la proportionnelle des formations politiques représentées, ainsi que d'une commission de trois membres nommés, après consultation du gouvernement fédéral, par le comité parlementaire. Des procédures analogues avaient été introduites dans les *Länder*.

Comme nous l'avons fait remarquer, les requérants n'avaient pas attaqué cette législation dans son ensemble. Leur grief se limitait à celles de ses dispositions qui, d'une part, excluaient le recours à la justice contre les mesures restrictives et, d'autre part, ne permettaient pas que la personne surveillée soit avisée, même après coup, des mesures qui avaient été prises à son égard. Toujours est-il que sur pourvoi des requérants, la Cour constitutionnelle fédérale avait déclaré nulle, comme contraire à la Loi fondamentale de la République fédérale, cette dernière disposition pour autant qu'elle excluait l'information de l'intéressé sur les mesures de surveillance même

quand cette information pouvait se faire sans compromettre le but de la restriction. Le dispositif de cet arrêt ayant force de loi, la disposition attaquée devait dorénavant être considérée comme modifiée dans le sens indiqué par la Cour constitutionnelle fédérale.

Face à cet ensemble particulièrement compliqué de données de fait et de droit, notre Cour a procédé de la façon suivante: elle a, tout d'abord, constaté que la législation litigieuse en permettant les mesures de surveillance en question, s'analysait en une ingérence dans l'exercice du droit garanti par l'article 8 au titre du droit au respect de la vie privée et familiale et de la correspondance. Elle n'a pas cru, en revanche, nécessaire de statuer sur le point de savoir si le droit au respect du domicile entraînait également en ligne de compte.

L'ingérence ainsi retenue était-elle justifiée au regard du paragraphe 2 de l'article 8? La Cour a consacré de longs développements à cette question. Il est à noter qu'elle a introduit cette partie de l'arrêt par l'énoncé d'un principe général d'interprétation selon lequel le paragraphe 2, ménageant une exception à un droit garanti par la Convention, appelle une interprétation étroite.

Les données de l'affaire permettaient à la Cour d'arriver sans difficulté à la conclusion que l'ingérence en question était "prévues par la loi". Elle a également partagé l'opinion du Gouvernement selon laquelle la législation incriminée avait pour but de sauvegarder la sécurité nationale et d'assurer la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales. Ses objectifs étaient donc à cet égard en conformité avec le paragraphe 2.

La question principale de l'affaire et de loin la plus difficile se posait cependant quant à la nécessité de l'ingérence, au sens du paragraphe 2. La Cour a procédé à un examen minutieux du système de surveillance secrète prévu par la législation nationale mise en cause. En s'exprimant en des formules bien pesées, elle a conclu que ce système, grâce aux garanties et aux sauvegardes dont il était entouré, et malgré l'absence d'un contrôle judiciaire, d'ailleurs souhaitable, ne transgressait pas dans l'ensemble les limites de ce qui pouvait passer pour nécessaire en l'espèce, dans une société démocratique. L'absence d'une obligation d'informer toujours l'intéressé des mesures de surveillance prises à son encontre et, par conséquent, son impossibilité de recourir *a posteriori* à un contrôle judiciaire de ces mesures pourraient également être considérées comme répondant à l'exigence de la nécessité si elles étaient examinées dans le contexte d'un système largement muni

de garanties contre des abus et sous l'angle d'un équilibre entre le droit de l'individu et la nécessité de la protection de la société démocratique dans son ensemble. La Cour a ainsi unanimement conclu à l'absence de violation de l'article 8.

7. Comme dans les affaires *Golder et Klass*, les problèmes que soulève la justification des ingérences au regard de la Convention, ont également constitué le noyau des affaires *Handyside* et *Sunday Times*, toutes deux relatives au droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention.

a. L'éditeur *Handyside* avait publié au Royaume-Uni une traduction en anglais d'un livre rédigé par deux auteurs danois et intitulé "Le petit livre rouge à l'usage des écoliers" ("The little red schoolbook"), qui fit l'objet de saisies en vertu de la législation anglaise sur les publications obscènes. Par décision judiciaire, l'auteur fut condamné à une amende et les exemplaires du livre saisis ont été confisqués et détruits pour le motif que le livre contenait des passages tendant "à dépraver et corrompe une importante fraction des jeunes ayant des chances de le lire". Sur la base de ces faits le requérant se plaignait d'une violation de son droit à la liberté d'expression protégé par l'article 10.

Dans son arrêt, la Cour a constaté que les mesures incriminées constituaient "sans nul doute" des ingérences dans l'exercice par le requérant de sa liberté d'expression. Selon le Gouvernement, cette ingérence était justifiée au regard du paragraphe 2 de l'article 10.

Pour se prononcer sur le bien-fondé de ce moyen, la Cour devait, selon le schéma consacré, rechercher si les conditions énoncées au paragraphe 2 étaient réunies. Elle est vite parvenue à la conclusion que les mesures restrictives étaient "prévues par la loi" et qu'elles avaient pour but la protection de la morale. Dans cette mesure, elles répondaient donc aux exigences du paragraphe 2. Il restait à vérifier si elles étaient en même temps "nécessaires dans une société démocratique" pour servir l'objectif légitime qu'elles s'étaient assignées.

Pour statuer sur cette question, la Cour a, tout d'abord, écarté la thèse que son rôle en l'espèce consistait uniquement à vérifier si les juridictions anglaises avaient agi de bonne foi. Elle a, ensuite, rappelé que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport à celui des Etats contractants auxquels revient, en premier lieu, la tâche d'assurer la jouissance des droits et libertés consacrés dans cet instru-

ment international. Par ailleurs, la notion de morale variant dans le temps et l'espace, les autorités de chaque Etat contractant se trouvent mieux placées pour en définir le contenu et se prononcer sur la nécessité des mesures à prendre pour sa protection. Il s'ensuit que les Etats disposent en la matière d'une marge d'appréciation.

Ayant ainsi reconnu le principe de la priorité d'initiative et de responsabilité des Etats contractants en la matière, la Cour s'est empressée de préciser que le pouvoir d'appréciation des autorités nationales n'est pas illimité. C'est à la Cour qu'il appartient de statuer en définitive sur la question de savoir si une mesure de restriction, prise par une autorité nationale dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, se concilie avec les exigences de la Convention. "La marge nationale d'appréciation va donc de pair avec un contrôle européen". Ce contrôle porte aussi bien sur la finalité que sur la nécessité de la mesure nationale de restriction. En outre, a précisé la Cour, la restriction doit être proportionnée au but légitime poursuivi.

Se référant au droit protégé par l'article 10, la Cour a souligné son importance dans le cadre d'une société démocratique. La liberté d'expression constitue, selon les termes de l'arrêt, l'un des fondements d'une pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Elle doit obéir aux principes du pluralisme, de la tolérance et de l'ouverture, qui sont les caractéristiques fondamentales d'un régime démocratique. On ne doit pas, cependant, perdre de vue que l'exercice du droit à la liberté d'expression comporte, aux termes mêmes du paragraphe 2 de l'article 10, "des devoirs et des responsabilités".

Sur la base de ces principes et après avoir examiné les données de fait de l'affaire et les mesures prises contre le requérant, la Cour a estimé que ces mesures n'avaient pas dépassé les limites définies au paragraphe 2 de l'article 10 et a conclu à l'absence de violation.

b. Les problèmes relatifs à l'application de l'article 10 et en particulier de son paragraphe 2 ont été de nouveau posés devant la Cour dans le cadre de l'affaire *Sunday Times*. Ce journal britannique avait couvert par des articles, parus de 1967 à 1972, l'affaire de la thalidomide, substance médicale commercialisée au Royaume-Uni et dont l'usage par des femmes enceintes avait provoqué la naissance de centaines d'enfants atteints de malformations graves. L'entreprise qui fabriquait et distribuait sous licence des médicaments contenant cette substance fut assignée devant les tribunaux en

dommages-intérêts dans un nombre de cas qui pour la plupart ont abouti à un règlement amiable homologué en justice. Il reste qu'en 1971 quelque quatre cents demandes se trouvaient encore pendantes. Les défendeurs désirant un arrangement extrajudiciaire proposèrent la création d'un fonds de secours en faveur des enfants dont le cas n'était pas encore réglé. Un accord en ce sens était élaboré en septembre 1972 et on comptait le soumettre à l'homologation judiciaire en octobre.

Le *Sunday Times* avait publié, en septembre 1972, un article sur l'affaire critiquant comme peu généreuse l'offre de l'entreprise intéressée et annonçait la publication imminente d'un autre article qui retraçerait l'histoire de la tragédie. La publication de cet article fut interdite par voie judiciaire comme incompatible, en l'état de l'affaire, avec les règles relatives au *contempt of court*, institution traditionnelle du droit anglais ayant comme objectif la protection de l'administration de la justice. Sur appel de l'éditeur l'interdiction fut levée mais finalement rétablie sous une forme modifiée par un arrêt de la Chambre des Lords. La Cour fut donc appelée à décider si l'arrêt en question, en ce qu'il interdisait toute publication "jugeant prématurément" des questions relatives à des actions en justice pendantes ou imminentes, violait dans le chef des requérants le droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10.

Comme dans les affaires *Klass* et *Handyside*, la Cour n'a pas tardé à arriver à la conclusion que la mesure nationale de restriction, telle que l'avait finalement définie l'arrêt de la Chambre des Lords, constituait une ingérence dans l'exercice par les requérants de leur liberté d'expression. Il fallait donc examiner si, comme l'affirmait le Gouvernement défendeur, cette ingérence remplissait les conditions énumérées au paragraphe 2 de l'article 10 et par conséquent se trouvait justifiée en vertu de cette disposition.

La question de savoir si l'ingérence était "prévue par la loi" a prêté à une vive controverse entre requérants et Gouvernement. Malgré certaines hésitations qu'aurait pu créer la nature jurisprudentielle du droit du *contempt of court* et l'existence en la matière de peu de précédents utiles, eux-mêmes d'ailleurs non uniformément motivés, la Cour a conclu que cette condition était satisfaite. Par contre, il a été relativement aisé pour la Cour d'admettre que la mesure incriminée, vue dans le contexte des règles du *contempt of court*, avait pour objectif la garantie de l'autorité du pouvoir judiciaire, donc un des buts légitimes visés au paragraphe 2 de l'article 10.

Les deux premières des conditions posées par le paragraphe 2 étant ainsi satisfaites, il restait à vérifier si l'ingérence était "nécessaire dans une

société démocratique” pour servir l’objectif légitime qu’elle visait. Encore une fois, cet aspect de l’affaire a fini par constituer non seulement le problème central, mais également la zone de tension du litige. On sait que la Cour a été divisée sur cette question. Elle a conclu, par une majorité de onze voix, que la mesure nationale de restriction ne répondait pas à l’exigence de nécessité telle que la conçoit le paragraphe 2 de l’article 10, et, par conséquent, a constaté l’existence d’une violation. En revanche, neuf membres de la Cour ont estimé, dans une opinion dissidente commune, que nul manquement à l’article 10 ne se trouvait établi en l’espèce, l’ingérence litigieuse n’ayant pas excédé les limites de ce qui peut être considéré comme une mesure nécessaire dans une société démocratique pour garantir l’autorité et l’impartialité du pouvoir judiciaire.

Il faut étudier attentivement les longs passages à la fois de l’arrêt et de l’opinion dissidente commune, consacrés à cet aspect de l’affaire, pour parvenir à saisir les considérations qui ont motivé cette divergence d’attitude. Un résumé entrepris pour les besoins de cet exposé aurait forcément déformé les réflexions qui sont à la base des deux thèses opposées et en aurait laissé échapper des nuances pourtant importantes dans un domaine tellement sensible.

Ce que je voudrais cependant relever en l’espèce est que chacune de ces thèses s’est, peut-être, fondée sur une lecture différente des précédents qu’offrait la jurisprudence de la Cour avec, en tête, l’arrêt *Handyside*. Dans l’arrêt *Sunday Times* la tour a de nouveau écarté la thèse selon laquelle son contrôle devait se borner à l’examen de la question de savoir si les autorités nationales avaient agi “de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable”. Les éminents collègues qui ont cru devoir s’écarter de la solution de l’arrêt, semblent, en revanche, avoir considéré comme un élément d’appréciation déterminant ce que les autorités nationales “étaient en droit de croire” nécessaire en l’espèce et c’est en ce sens qu’ils ont interprété la formule qu’on trouve dans des arrêts anciens et récents de la Cour.

Un autre point de discordance entre l’arrêt et l’opinion dissidente commune portait sur la marge d’appréciation nationale et inversement sur l’étendue du contrôle de la Cour quant au contenu de l’objectif que visait la *Handyside*, mesure restrictive nationale. Désirant “distinguer” sur la Cour a fait ce point le précédent *observer dans l’arrêt Sunday Times* que contrairement à la notion de “morale”, mise en cause dans l’affaire *Handyside*, notion qui varie en fonction du temps et de l’espace, celle d’“autorité du pouvoir judiciaire”, qui était le but de la mesure de restriction incriminée, peut se

préciser de façon plus objective et concordante sur le plan des Etats contractants, compte tenu également d'une série de dispositions de la Convention et notamment de l'article 6. Cette vue n'a pas été partagée par les membres de la Cour qui se sont exprimés dans l'opinion dissidente commune et qui ont estimé que la notion d' "autorité du pouvoir judiciaire" n'est pas dégagée des contingences nationales et ne saurait être appréciée de façon uniforme. Ici même, le pouvoir d'appréciation des autorités nationales ne devrait pas être affaibli.

On nous permettra d'observer que les conclusions divergentes auxquelles sont parvenues majorité et minorité de la Cour étaient le fruit non seulement d'une appréciation différente des données de l'affaire, mais également d'une certaine différence de conceptions sur l'étendue du contrôle de la Cour. De par sa nature l'enjeu reste entier. Le caractère largement conjoncturel, le contenu volontairement indéterminé et la forte connotation politique des concepts et des intérêts que renferment les redoutables "paragraphes 2" ne devrait pas, à notre avis, avoir pour effet d'élargir, par la reconnaissance d'un "pouvoir d'appréciation" national, ici et là pratiquement incontrôlable, la zone d'immunité de l'Etat, mais au contraire rendre le contrôle des organes de la Convention, dans les limites que celle-ci lui circonscrit, plus pénétrant et plus subtil.

8. On convient que le droit d'un juge de faire une évaluation de l'oeuvre accomplie par la juridiction dont il fait partie est grevé des servitudes inhérentes à la fonction juridictionnelle. En principe, il ne lui appartient pas d'en faire ni la censure, ni non plus l'éloge public, peut-être même lorsqu'il lui arrive de s'adresser principalement, comme aujourd'hui, aux membres d'une juridiction soeur et à ses propres collègues. Aussi, me contenterai-je de formuler à la suite de l'exposé que je viens de faire, quelques observations générales qui pour être, dans un certain sens, objectives, n'en finiraient pas moins de paraître comme des truismes ou des platitudes.

a. Une première observation, tirée de l'analyse de certains des arrêts que j'ai présentés, mais également d'autres arrêts rendus dans les dernières années, est que la Cour entend donner aux droits et libertés définis dans la Convention une interprétation qui tienne compte de l'évolution des données et des conceptions juridiques et sociales en Europe. On parle souvent à cet

égard d'une interprétation "évolutive" ou "dynamique". Les termes peuvent prêter à l'équivoque, voire au soupçon. Il serait, à mon sens, plus exact d'affirmer, sous le contrôle de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qu'il s'agit plutôt d'une interprétation téléologique qui recherche en vertu du texte et à travers celui-ci, le sens de la disposition à appliquer en situant son objet et son but dans un environnement historique et social en constante transformation.

Dans les arrêts *Marckx* et *Airey* la Cour a estimé que le paragraphe 1 de l'article 8 ne se limite pas à instaurer pour la vie familiale un régime d'immunité contre des ingérences "extérieures". Cette disposition, selon la Cour, entend, d'autant plus, assurer à ce domaine de l'existence et de l'action de l'individu un respect effectif. On ne saurait donc interpréter cette disposition comme étant, par définition et de manière générale, étrangère à l'organisation interne que le législateur national réserve à la vie familiale. Cette interprétation qui, dans l'affaire *Marckx*, touchait aux règles matérielles de la législation nationale en matière d'enfants nés hors mariage, a été, comme nous l'avons vu, non seulement corroborée par l'arrêt *Airey* mais étendue par celui-ci à la suprastructure procédurale du droit matériel national mis en cause. Aux yeux de la Cour, si l'article 8 impose un minimum de protection relativement à l'organisation de la vie familiale, dont il appartient à l'Etat de définir l'expression juridique particulière, il n'en exige pas moins qu'un droit subjectif intimement lié à la vie familiale soit assuré d'un accès effectif à sa protection en justice. L'Etat est tenu d'y pourvoir.

b. Les solutions ainsi retenues par ces arrêts nous permettent de faire une deuxième observation: la Cour se trouve de plus en plus amenée à reconnaître que la protection des droits garantis par la Convention, loin de s'exprimer principalement par des obligations d'abstention de l'Etat, exige de ce dernier des mesures d'action positive. La doctrine traditionnelle des droits fondamentaux réservait cette dernière catégorie de mesures surtout aux droits sociaux et économiques. Or, il apparaît que même la protection effective des droits et libertés fondamentaux de caractère traditionnel s'en réclame toujours davantage. Cette mutation du contenu et de la fonction juridiques des droits fondamentaux est le reflet d'une transformation de la réalité sociale. La complexité croissante du tissu social impose à l'Etat d'intervenir par action positive pour protéger droits et libertés qui dans leur conception traditionnelle ne devaient être prémunis que contre les ingérences des pouvoirs publics. Le droit moderne des droits de l'homme se réclame

de plus en plus d'un "Etat de prestation", d'un *Leistungsstaat*. Les droits de l'homme sont désormais le terrain où s'opère constamment pour l'Etat une subtile et changeante synthèse entre ingérences interdites et interventions exigées.

aa. Cette évolution se répercute sur deux aspects particuliers de la protection des droits fondamentaux: le premier est la distinction conventionnelle des droits fondamentaux entre droits civils et politiques, d'une part, et droits économiques et sociaux de l'autre. Il paraît que cette distinction s'estompe ici et là dans la jurisprudence de la Cour. "Nulle cloison étanche ne sépare" la sphère des droits économiques et sociaux "du domaine de la Convention" a observé la Cour dans l'arrêt *Airey*. Bien que pour la plupart conçus comme des droits civils et politiques, selon la classification scolaire, les droits et libertés protégés par la Convention révèlent souvent une importante dimension sociale.

bb. L'autre aspect de la protection des droits de l'homme où se manifestent les incidences de cette jurisprudence, est celui concernant les ingérences qui ne sont pas directement imputables à l'activité de l'Etat. Les droits de l'homme sont actuellement exposés à l'action des forces non étatiques contre lesquelles l'individu doit être protégé. C'est le problème de l'effet des droits de l'homme à l'égard des tiers, connu sous le terme allemand de *Drittwirkung*. Bien que non auteur de telle sorte d'ingérences, l'Etat n'en est pas moins tenu pour responsable et se doit d'intervenir pour les empêcher. Il ne répond pas seulement des violations qu'il commet lui-même mais, plus généralement, des violations qui sont commises par n'importe quel auteur dans l'espace qui relève de sa juridiction. On pourrait, à cet égard, parler d'une "responsabilité écologique" de l'Etat contemporain en matière de droits de l'homme. Quoiqu'il en soit, cette extension du rôle des pouvoirs publics les oblige à sortir de l'état d'abstention et à déployer une action positive.

Cette partie de la ligne de défense des droits de l'homme est-elle également couverte par la Convention? Dans son arrêt rendu récemment en l'affaire *Young, James et Webster*, relative à la liberté syndicale, la Cour a laissé entendre qu'il fallait donner une réponse affirmative à cette question. Pareille attitude avait néanmoins déjà été adoptée par la Cour, ne serait-ce que de façon latente, dans l'arrêt *Airey*. L'Etat défendeur y a été tenu pour responsable de l'impossibilité pour la requérante d'avoir un accès effectif à la justice, bien que la cause principale, sinon unique, en eût été le taux élevé des honoraires pratiqué par le Barreau.

c. Ma troisième observation concerne le problème des restrictions que l'Etat est autorisé à apporter, selon le paragraphe 2 des articles 8 et 10, aux droits énoncés au paragraphe 1.

Il faut tout d'abord relever à cet égard que la Cour n'a pas retenu, au moins dans le cas de l'article 8, la thèse selon laquelle à côté des restrictions expressément prévues par le paragraphe 2, il peut également y avoir des restrictions implicites. Si pour être légitimes les restrictions doivent, aux termes du paragraphe 2, être "prévues par la loi" de l'Etat qui les introduit, elles doivent, à plus forte raison, être prévues par la Convention.

La Cour a ensuite souligné que les limitations prévues par le paragraphe 2 des articles 8 et 10, pour être des exceptions à la pleine jouissance des droits définis au paragraphe 1 de ces articles, doivent faire l'objet d'une interprétation étroite.

On sait que cette approche doublement restrictive des limitations qui peuvent être légitimement apportées à la jouissance et à l'exercice des droits en question est cependant tempérée par la reconnaissance à l'Etat d'une marge d'appréciation en la matière. La notion de "marge d'appréciation" a des racines très anciennes dans la jurisprudence de la Cour, comme dans la pratique de la Commission. On disait qu'elle est inhérente à la conception même de la Convention et de son système institutionnel. En premier lieu, il faut rappeler que la Convention n'est pas un instrument de droit uniforme au sens technique du terme. Elle se contente de fixer un standard de protection des droits qu'elle consacre en laissant aux Etats la liberté, d'une part, d'aller au-delà de ce standard et, d'autre part, de choisir les formes et les moyens juridiques de réalisation de cette protection. Sur la base de ces caractéristiques on pourrait qualifier la Convention d'instrument tendant à harmoniser le droit des pays contractants autour d'un standard minimum de protection.

En second lieu, aussi bien la jouissance effective que la sanction prioritaire des droits de l'homme relèvent du domaine de l'ordre juridique interne. Le système de contrôle européen instauré par la Convention n'intervient qu'à titre subsidiaire. Dans ces conditions, il est clair qu'un espace large d'initiative et de discrétion est laissé aux autorités nationales. Parler en ce sens d'une marge ou d'un pouvoir d'appréciation des Etats contractants, étendu sur l'ensemble du domaine de la Convention, serait exact.

Il paraît cependant que la notion de "marge d'appréciation" est utilisée dans une acception particulière et technique sur le plan des restrictions que les Etats sont autorisés à introduire dans le domaine de certains droits et libertés protégés par la Convention. Une longue jurisprudence, dont les

arrêts *Golder, Klass, Handyside* et *Sunday Times* font par excellence partie, semble reconnaître aux Etats une certaine latitude dans l'appréciation des conditions qui doivent être respectées pour rendre légitime une restriction apportée à la jouissance d'un droit consacré par la Convention. Faut-il en conclure que cette appréciation est, dans une certaine mesure, soustraite au contrôle des organes de la Convention ou bien soumise à un contrôle moins serré, peut-être externe ou formel? En d'autres termes, pourrait-il y avoir dans le domaine couvert par la Convention des îlots où le contrôle européen de l'action étatique s'efface ou s'atténue?

Une réponse à cette question sous l'angle de la jurisprudence de la Cour serait nuancée. L'attitude de notre juridiction présente en la matière une certaine fluctuation inévitable et peut-être, en raison des données du problème, nécessaire. Le langage de la Cour donne parfois l'impression de légères variations d'arrêt en arrêt, p. ex. de *vagabondage* à *Golder* ou de *Handyside* à *Sunday Times*. Mais il faut conclure, à la lumière de la jurisprudence, qu'en général la Cour estime pouvoir et devoir soumettre la mesure nationale litigieuse à un contrôle intégral et substantiel, bien que subtilement adapté, au moyen, entre autres, de la doctrine de la "marge nationale d'appréciation", aux différents concepts juridiques des paragraphes 2 et à la physionomie particulière de l'affaire.

Cette conclusion, qu'on devrait toutefois lire sans perdre de vue les opinions dissidentes parfois très fortement appuyées, est-elle valable sans exception pour l'ensemble de la jurisprudence de la Cour? J'estime que non. Une fissure a été apportée au principe du contrôle intégral par l'arrêt *Klass* où la Cour a estimé à l'unanimité qu'elle pouvait, en tenant compte des caractéristiques particulières de l'espèce, conclure à l'absence de violation, en se limitant à un contrôle externe des garanties nationales entourant le système de surveillance secrète incriminé et se fiant pour le reste à la légitimité présumée de la conduite des autorités étatiques.

L'avenir montrera si l'affaire *Klass* restera un cas limite ou bien si le système normatif de la Convention sera appelé à tolérer l'existence en son sein d'autres soi-disant "boîtes noires". Toujours est-il que pareilles hypothèses se situent aux zones de tension de l'histoire et exigent d'un organe juridictionnel des équilibres subtils souvent difficiles à atteindre. Elles constituent, en même temps, les grands défis lancés en direction du pouvoir et, je dirais, du talent, de l'ingéniosité et de l'esprit civique d'une institution de justice internationale.

Je ne voudrais pas clore cet exposé sans reconnaître — surtout en parlant dans cette salle — le grand avantage que le système de la Convention réserve à notre Cour en soumettant préalablement les affaires portées devant elle à l'examen approfondi et à la réflexion critique de la Commission européenne des Droits de l'Homme. Le lecteur méticuleux des rapports de la Commission et des arrêts de la Cour voudra sans doute faire la part de la contribution de chacune de ces institutions à ce fond jurisprudentiel déjà important. Il n'en constatera pas moins qu'à travers la convergence et parfois la divergence de vues il existe une communauté d'esprit et de responsabilité entre les deux organes chargés de la garantie collective des droits et libertés consacrés par la Convention.

**DIREITO
ESTRANGEIRO**

EVOLUTION DU DROIT DE LA FAMILLE AU LUXEMBOURG NOTAMMENT AU POINT DE VUE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ (1)

Par
F. Schockweiler (2)

Le Luxembourg a hérité de son occupation par la France aux temps de la Révolution les grandes codifications napoléoniennes, héritage qu'il a pieusement maintenu, dans le domaine civil, tout en suivant, fût-ce des fois avec certains retards, l'évolution ultérieure en France.

Traditionnellement orienté vers la France pour tout ce qui concerne le droit civil, le Luxembourg est resté très longtemps attaché aux vieilles conceptions du Code civil qui dans le domaine du droit de la famille était resté presque inchangé jusque dans les années 1970, si l'on excepte une loi du 11 juin 1925 ouvrant plus largement les cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité.

A l'heure actuelle, le droit luxembourgeois a largement suivi les grandes réformes françaises et adapté en conséquence le Code civil. Dans certains domaines, toutefois, il a apporté des solutions originales.

(1) Publicação autorizada por intermédio do Conselheiro Pinheiro Farinha, ao tempo Presidente da Comissão Internacional do Estado Civil.

(2) Conselheiro do Governo no Ministério da Justiça.

Dans ce rapide survol de l'évolution du droit de la famille au Luxembourg, je voudrais, en passant en revue les différents domaines, me borner à mettre l'accent sur les points sur lesquels le droit luxembourgeois diffère du droit français ainsi qu'à indiquer le régime de droit international privé. Ce dernier aspect est, en effet, au Luxembourg d'une importance toute particulière en raison de la très forte proportion d'étrangers dans sa population.

Mariage

A. Formation du mariage

La majorité civile étant fixée à 18 ans depuis une loi du 6 février 1975, l'enfant peut dès cet âge contracter mariage sans avoir besoin du consentement de ses parents ou de ceux qui à leur défaut sont investi du droit de consentir au mariage.

Pour les enfants mineurs qui ont besoin de ce consentement (à noter que l'âge nubile pour les filles est fixé à 15 ans et pour les garçons à 18 ans, avec possibilité de dispense par le Grand-Duc pour motifs graves), une loi du 4 juillet 1967, en introduisant l'article 160 bis au Code civil, permet de surmonter le refus abusif des parents, en reconnaissant compétence au tribunal civil à l'effet d'accorder l'autorisation. Mais, pour éviter des demandes irréflechies, la loi prévoit que le tribunal ne peut être saisi que par le procureur d'Etat qui est ainsi appelé à exercer un contrôle préalable, en appréciant les motifs et mobiles qui ont pu inspirer le refus des parents.

Au plan du droit international privé, en ce qui concerne la formation du mariage, le Luxembourg est toujours lié par la Convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois en matière de mariage qui impose le respect par chaque époux des conditions prévues par sa loi nationale, règle consacrée également de façon générale par la jurisprudence nationale. Cette règle sera assouplie prochainement par l'adoption de la

nouvelle Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages (dont l'approbation parlementaire est en cours) et qui permet de soumettre les conditions de fonds, en dehors des lois personnelles de chacun des époux, tels que désignées par les règles de conflit, à la loi de l'Etat de célébration, lorsqu'au moins un des époux a la nationalité de cet Etat ou y réside habituellement.

B. Effets du mariage

Lorsque les époux sont de nationalités différentes se pose la question de savoir qu'elle loi régit les effets découlant du mariage, qu'il s'agisse des effets personnels entre époux (droits et devoirs réciproques, capacité civile et pouvoirs, représentation de l'un par l'autre) des effets patrimoniaux.

A l'époque où le *mari* avait encore la qualité de chef de famille, il était naturel de soumettre ces questions à sa *loi nationale*. Depuis l'abandon de cette notion et la reconnaissance de la parfaite égalité entre époux — qui s'est réalisée chez nous par les lois du 12 décembre 1972 dans le domaine des droits et devoirs des époux, du 4 février 1974 dans celui des régimes matrimoniaux et du 6 février 1975 pour ce qui concerne l'exercice de l'autorité parentale et l'administration des biens des enfants — la jurisprudence luxembourgeoise, suivant d'ailleurs la jurisprudence française, rattache ces domaines à la *loi du domicile commun*.

Un sort particulier devrait toutefois être réservé au *nom de famille* des époux, et notamment à celui de la *femme mariée* qui, en tant qu'élément de son état civil devrait être régi par la loi régissant son *statut personnel*, dans notre conception, sa loi nationale.

A noter qu'en *droit interne* le mariage n'affecte en rien le nom patronymique des époux, chacun gardant le sien. En l'absence d'une réglementation spécifique, cette conséquence découle d'un texte de la période d'annexion française, le décret du 6 fructidor an II interdisant à tout citoyen de porter d'autres noms que ceux exprimés à son acte de naissance.

La coutume, toutefois, admet que dans les relations sociales la femme porte le nom du mari. C'est également en vertu de la coutume mais considérée cette fois comme règle de droit, que les *enfants légitimes* portent le nom patronymique du père.

Ce n'est que pour les *enfants nés hors mariage* que la loi est venu récemment introduire des règles sur l'attribution du nom.

Les régimes matrimoniaux, s'ils font partie des effets du mariage, méritent une mention spéciale, non seulement parce qu'ils relèvent d'un statut particulier de droit international privé, mais encore par l'existence au Luxembourg d'une réglementation spécifique sur certains points.

En droit interne, les lois précitées du 12 décembre 1972 et 4 février 1974 ont supprimé toute prééminence du mari dans la gestion des affaires familiales et reconnu à la femme des droits égaux.

Cette *égalité des droits* est assurée par un *régime*, qu'il est convenu d'appeler "*primaire*", de règles impératives, assurant à chaque époux, quel que soit le régime adopté, la *libre disposition de ses avoirs et le plein exercice de ses droits*, sous le contrôle, toutefois, de son conjoint qui, en cas d'abus, peut en appeler à la justice et, au besoin, faire dessaisir de ses pouvoirs l'époux qui compromet l'intérêt familial.

Cette égalité se retrouve au niveau de la *contribution aux charges* qui pèse de façon égale sur chacun des époux suivant ses facultés et peut s'acquitter en nature, notamment par le travail domestique dont la valeur économique se trouve ainsi reconnue.

Le défaut de contribution se trouve *sanctionné* par la possibilité donnée à un conjoint de se faire autoriser par justice à percevoir, au lieu et place du conjoint défaillant, par voie de *délégation* auprès de tous débiteurs de celui-ci, les sommes nécessaires à l'entretien du ménage et l'éducation des enfants.

Le souci d'éviter les abus de cette égalité explique une autre mesure destinée à *protéger la base matérielle du foyer* contre toute velléité du conjoint de la détourner de son but. Elle consiste à interdire à l'époux même propriétaire en propre de disposer, sans le concours de l'autre, des droits par lesquels est assuré le logement de la famille et des meubles meublants qui le garnissent.

Ces mesures de sauvegarde se justifient d'autant mieux que sous le *régime légal* qui est celui de la communauté réduite aux acquêts il n'y a pas d'administrateur unique des biens. *Chaque époux gère*, en effet, *sous sa seule responsabilité* les biens communs qui sont entrés en communauté de son chef. Ce n'est que pour les biens entrés en communauté du chef des deux époux, de même que pour ceux à l'égard desquels la provenance ne peut être établie que l'accord des deux époux est requis, les actes d'adminis-

tration pouvant, toutefois, être accomplis par l'un ou l'autre, l'époux agissant seul étant réputé avoir reçu mandat de l'autre.

On peut dire qu'en raison de sa complexité même, ce régime assure, *en fait*, la *cogestion* des deux époux pour tous les actes importants.

Le nouveau droit admet également de façon inconditionné la possibilité de *modifier le régime matrimonial* après deux années de fonctionnement. Ce changement, qui n'est plus soumis à homologation judiciaire, prend effet à l'égard des tiers trois mois après mention en marge de l'acte de mariage, mais reste inopposable aux créancier pouvant invoquer des droits antérieurs à la mutation.

La sanction de cette obligation de contribuer à l'entretien du ménage consiste, du moins, lorsqu'il s'agit de contraindre un époux à affecter des sommes d'argent aux dépenses familiales, à ce que l'autre époux peut se faire autoriser par le juge de paix à percevoir au lieu et place de l'époux défaillant les sommes nécessaires pour assurer l'entretien du ménage et l'éducation des enfants.

Pour protéger la base matérielle du foyer contre toute velléité du conjoint de la détourner de son but, il est prévu que l'époux même propriétaire en propre ne peut, sous aucun régime matrimonial, disposer sans le concours de l'autre des droits par lesquels est assuré le logement de la famille et des meubles meublants qui le garnissent. Ainsi, aucun époux ne peut seul, quels que soient ses droits sur le logement, le vendre, le donner à bail, renoncer à un droit d'usufruit ou d'habitation ou renoncer à un droit au bail, sans l'accord de l'autre.

En ce qui concerne le régime matrimonial proprement dit, la loi du 4 février 1974 a institué comme régime légal le régime de la communauté réduite aux acquêts, comme en France, mais avec cette particularité qu'il y a pas d'administrateur unique des biens. Chaque époux gère, en effet, sous sa seule responsabilité les biens communs qui sont entrés en communauté de son chef. Toutefois, il ne peut en disposer à titre gratuit, sauf par testament, qu'avec le consentement de l'autre. Pour les biens entrés en communauté du chef des deux époux, de même que pour ceux à l'égard desquels la provenance ne peut être établie, la disposition nécessite l'accord des deux époux, les actes d'administration pouvant, toutefois, être accomplis par l'un ou l'autre, l'époux agissant seul étant réputé avoir reçu mandat de l'autre.

Le nouveau droit admet également de façon inconditionnée la possibilité de modifier le régime matrimonial après deux années de fonctionnement. Ce changement qui n'est plus soumis à homologation judiciaire prend effet à l'égard des tiers trois mois après mention en marge de l'acte de mariage, mais reste inopposable aux créanciers pouvant invoquer des droits antérieurs à la mutation.

Sur le plan des conflits de lois, il est admis que les époux ont toute liberté de soumettre leur régime matrimonial à la loi désignée par elles, cela même si elles sont une nationalité commune, la matière des régimes matrimoniaux étant considérée comme relevant du régime d'autonomie de la volonté des contrats. Ce principe semble également admis en ce qui concerne le régime légal applicable à défaut de convention particulière. Seulement, en l'absence d'indication des époux, la détermination de leur volonté présumée peut se révéler délicate et suppose une analyse de leur comportement. C'est à ce titre que la loi du premier domicile conjugal peut avoir vocation à s'appliquer, à condition qu'il s'agisse d'un établissement définitif et non d'une résidence provisoire ou fortuite. La détermination de la loi applicable est d'importance, alors qu'il semble qu'elle doive régir également la mutabilité ou non-mutabilité du régime initialement adopté, la jurisprudence admettant que la loi régissant le régime a compétence également pour déterminer les événements qui y mettent fin (Lux. 22 novembre 1961, Pas. 18, 471). A moins d'admettre, comme l'a laissé entrevoir le Ministre français de la Justice dans une réponse à une question parlementaire (cf. Loussouarn et Bourel: *dip.* p. 163), que l'ordre public pourrait intervenir pour faire reconnaître le bénéfice de la mutabilité à des Luxembourgeois mariés à l'étranger sans contrat et supposés s'être soumis à la loi étrangère et même à des étrangers domiciliés au Luxembourg. Une autre solution consisterait à admettre que la loi applicable change avec le changement du domicile commun, a moins, que les époux peuvent amener ce changement de législation par déclaration commune, comme l'admet la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

C. Vocation successorale du conjoint survivant.

Depuis une loi du 26 avril 1979, le conjoint survivant à la qualité d'héritier légal, sans toutefois être réservataire. Au point de vue de l'étendue de ses droits en présence de descendants, la loi lui permet d'opter, soit pour l'attribution d'une part en pleine propriété à l'égal d'un enfant, cette part ne pouvant toutefois être inférieure au quart de la succession, soit pour l'usufruit sur l'immeuble d'habitation et le mobilier le garnissant, la part des descendants étant réduite dans toute la mesure nécessaire pour parfaire la part du conjoint, fût-ce par empiètement sur la réserve. L'option doit être exercée par déclaration au greffe dans les trois mois et 40 jours suivant l'ouverture de la succession. A défaut, le conjoint est réputé avoir opté pour l'attribution en usufruit dans l'hypothèse évidemment où il existe un immeuble susceptible d'en être affecté.

En l'absence de descendants, le conjoint vient seul à la succession et écarte tous autres parents, même les frères et soeurs du défunt et ses père et mère qui ne disposent plus d'une part de réserve dans la succession.

Autorité parentale

Ainsi qu'il a déjà été indiqué, une loi du 6 février 1975 a remanié les dispositions du code civil consacrées à l'autorité parentale et l'administration légale pour reconnaître aux deux parents des droits égaux quant à l'exercice des prérogatives découlant de ces deux institutions.

En ce qui concerne l'autorité parentale, à l'égard d'enfants issus du mariage, cette autorité est exercée conjointement par le père et la mère, leurs conflits éventuels étant réglées par le juge des tutelles, juge spécialisé qui a pour mission de veiller à la protection, des intérêts des mineurs et superviser la gestion de ceux chargés d'assurer leur représentation.

A l'égard d'un enfant né hors mariage, l'autorité parentale appartient à celui qui l'a volontairement reconnu. S'il est reconnu par ses deux parents,

elle est autorité exercée, en principe, par la mère seule. Toutefois, le juge des tutelles peut la confier soit au père et mère conjointement, soit au père seul, cette dernière solution ne jouant évidemment que dans le cas où la mère se montrerait indigne.

Quant à l'administration légale, elle appartient aux père et mère, légitimes ou naturels, dans la mesure où ils sont investis de l'autorité parentale. Dans le cas de mariage, cette fonction qui entraîne celle de la jouissance légale des biens des enfants est exercée conjointement par les père et mère qui peuvent accomplir tous actes même de disposition, sauf ceux d'échange et d'apport en société d'un immeuble ou d'un fonds de commerce, d'emprunt ou de renonciation à un droit, actes qui nécessitent l'autorisation du juge des tutelles. Celui-ci intervient encore pour arbitrer les conflits entre parents et décide lorsqu'ils sont en désaccord.

Lorsque l'un des père et mère est décédé, l'administration légale appartient au survivant, mais dans ce cas les fonctions de contrôle du juge des tutelles sont accrues et son accord préalable est requi pour tout acte dépassant le cadre de la pure administration. Ce régime d'*administration légale sous contrôle judiciaire* a été substitué à celui jugé trop lourd de la tutelle qui s'appliquait auparavant dans ce cas.

Dans le cas de filiation naturelle, c'est ce même régime qui s'applique, les parents naturels, même s'ils ont tout deux reconnu l'enfant, ne jouissant pas de la plénitude des droits attachés à l'administration légale.

Sur le plan des *conflits de lois*, lorsque l'enfant et les parents n'ont pas la même nationalité, il semble que l'autorité parentale et les droits et obligation qui en découlent sont régis par la *loi nationale de l'enfant*. C'est du moins ce qui pourrait se déduire de l'article 3 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence et la loi applicable en matière de protection des mineurs, convention à laquelle le Luxembourg est Partie. Toutefois, en cas de divorce, la *loi applicable au divorce* devrait être reconnue pour régir les effets découlant du divorce quant à la garde de l'enfant et la gestion de ses biens. Dans tous les cas, la *loi du for* devrait avoir compétence subsidiaire et même de façon générale, chaque fois qu'il s'agit de la protection d'intérêts du mineur, fut-ce par la voie de mesures provisoires. Cette compétence est d'ailleurs expressément prévue par l'article 11 de la loi du 12 novembre 1971 sur la protection de la jeunesse.

Filiation hors mariage

En matière d'établissement d'un lien de filiation hors mariage, le droit luxembourgeois était resté longtemps attaché aux conceptions traditionnelles qui avaient inspiré les auteurs du Code Civil préoccupés essentiellement de protéger les intérêts patrimoniaux de la famille bourgeoise. Aussi, malgré une réforme législative en 1925 les cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité restaient suffisamment restreints. L'établissement de la filiation maternelle exigeait une reconnaissance formelle de la part de la mère.

Ce n'est que par la loi du 13 avril 1979 que toutes ces barrières artificielles à l'établissement d'un lien de filiation hors mariage ont été supprimées.

D'abord, l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant établit, sans autre condition, la filiation maternelle.

En ce qui concerne la filiation paternelle, son établissement volontaire ne se heurte à aucune autre prohibition que celle interdisant la constatation d'une filiation incestueuse à l'égard de parents entre lesquels il existe une prohibition absolue de mariage. De même, l'action judiciaire en constatation de filiation n'est plus limitée par aucune condition, le nouveau texte de l'article 340 du Code Civil se bornant à exiger la preuve, par tous moyens, de relations sexuelles au cours de la période légale de conception. Tant dans l'action que dans la défense, tous moyens de preuve de nature scientifique sont admissibles, notamment l'examen comparatif des sangs, l'analyse généto-morphologique. Il reste un moyen d'irrecevabilité tirée de l'inconduite notoire de la mère ou du fait qu'elle a eu durant la période légale de conception des relations sexuelles avec un autre individu. Dans ce dernier cas, toutefois, elle peut écarter ce moyen, en établissant par une preuve scientifique que cet individu ne peut être le père de l'enfant.

La filiation naturelle peut même être établie à l'encontre d'une filiation légitime apparente, lorsque cette dernière résultant des indications de l'acte de naissance n'est pas corroborée par une possession d'état correspondante. D'ailleurs lorsque le nom du mari n'est pas indiqué à l'acte de naissance, l'enfant d'une femme mariée est de plein droit considéré comme son enfant naturel s'il n'a de possession d'état qu'à son égard et non à l'égard du mari.

L'attribution du nom patronymique, qui auparavant répondait de la coutume qui faisait porter à l'enfant le nom du père dans tous les cas où la filiation était établie à son égard, est désormais réglée par la loi.

Elle confère à l'enfant, en principe, le nom de celui de ses auteurs à l'égard duquel la filiation est établie en premier lieu, ce qui, en fait, aboutit à lui donner dans la généralité des cas le nom de la mère. Le nom du père est conféré au cas où la filiation paternelle est établie en même temps que la filiation maternelle, ce qui suppose de sa part une reconnaissance au moment de la déclaration de naissance. L'enfant pourra, toutefois, se voir attribuer le nom de la mère, par déclaration conjointe de ses père et mère devant le juge des tutelles.

Si la reconnaissance du père intervient plus tard, l'enfant peut encore prendre le nom de celui, mais seulement pendant sa minorité et à condition que ses deux auteurs en font la déclaration devant le juge des tutelles.

Au point de vue successoral, cette réforme a été suivie par l'assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes quant à leur droits successoraux, réalisée par la loi du 25 avril 1979, cela sans distinguer suivant qu'il s'agit d'enfants naturels dit simples ou d'enfants adultérins. La seule restriction à l'égard de ces derniers prévoit qu'ils ne peuvent être élevés dans le foyer de leur auteur qui les a procréés en violation des obligations d'un mariage existant qu'avec l'accord du conjoint de celui-ci.

Sur le plan du droit international privé, une abondante jurisprudence rend applicable à l'établissement du lien de filiation la loi nationale de l'enfant. En cas d'action en recherche de paternité, la jurisprudence avait à un certain moment écarté cette loi au profit de la loi luxembourgeoise du père recherché, au motif d'ordre public que le succès de l'action devait avoir pour conséquence l'attribution à l'enfant de la nationalité luxembourgeoise. Cette jurisprudence paraît toutefois abandonnée, une décision très récente du tribunal d'arrondissement de Luxembourg rejetant expressément toute intervention de l'ordre public en matière d'établissement de filiation et déclarant applicable sans réserves la loi de la nationalité que possède l'enfant au moment de l'intentement de l'action (Lux. 12 dec. 1980, Dury-Schratz, n.º 566/80, inédit).

Il convient de signaler qu'en ce qui concerne la reconnaissance volontaire, le Luxembourg a signé la Convention issue des travaux de votre commission déterminant la loi applicable et qui prévoit pour les conditions de fond et de capacité, à titre alternatif, la compétence de la loi nationale ou de la résidence habituelle, soit de l'enfant, soit de l'auteur de la reconnaissance. La procédure d'approbation parlementaire de cette convention n'est pas encore entamée. On peut d'ailleurs se demander si les solutions retenues

par cette convention peuvent facilement être acceptées, en raison d'une part, de leur extrême libéralisme et, d'autre part, de leur limitation à la seule reconnaissance volontaire.

Filiation légitime

La traditionnelle présomption de paternité pesant sur le mari de la femme qui a mis l'enfant au monde a reçu de fort sérieuses exceptions par la réforme du 13 avril 1979. D'abord, le père peut dans des cas plus fréquents la réduire à néant par la procédure du désaveu de paternité, n'ayant qu'à prouver que biologiquement il ne peut être le père de l'enfant, tous moyens de preuve étant admissibles. Mais, surtout, la présomption de paternité ne s'applique plus à l'enfant né au cours d'une procédure en dissolution de mariage, ni à l'enfant inscrit à l'état civil sans indications du nom du père. Ce dernier n'en pourra pas moins revendiquer la paternité légitime, en faisant état d'une réunion des époux rendant au moins vraisemblable sa paternité.

Divorce

La législation sur le divorce a été profondément remaniée par deux lois récentes, des 6 février 1975 et 5 décembre 1978.

D'une part, le divorce par consentement mutuel, qui était toujours admis chez nous depuis le Code civil, a été libéralisé et débarrassé des

conditions d'admissibilité qui en limitaient l'accès. Dorénavant, il est admis aux trois seules conditions que les conjoints soient âgés de 23 ans au moins, que leur mariage ait duré plus de deux ans et qu'ils aient réglé conventionnellement leur situation personnelle et patrimoniale. Au point de vue procédural, cette forme de divorce ne nécessite l'intervention d'aucun auxiliaire de justice. Tout ce qui est exigé, ce sont trois présentations devant le président du tribunal d'arrondissement échelonnées sur un an, par lesquelles les conjoints manifestent ou répètent leur volonté de mettre fin à leur union. Lors de la première présentation, les conjoints doivent soumettre leur convention sur la garde des enfants, s'il y en a, et l'exercice du droit de visite, sur les pensions alimentaires éventuellement payables pendant la procédure ou après et le règlement de leur situation patrimoniale.

En ce qui concerne le divorce pour cause déterminée, la réforme a laissé subsister le traditionnel divorce pour faute, en omettant toutefois la cause spécifique et péremptoire de l'adultère (notion qui par ailleurs a complètement disparu du droit pénal), mais a ajouté deux causes nouvelles, la désunion irrémédiable extériorisée par une séparation de fait de plus de trois ans et l'aliénation mentale ayant entraîné la cessation de la vie commune pendant plus de cinq ans. Dans ces deux cas, le divorce peut être refusé si le juge constate qu'il aurait pour le défendeur, en raison notamment de son âge ou de la durée du mariage, ou pour les enfants communs ou adoptés des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté.

Parmi les conséquences du divorce, il y a lieu de relever que dorénavant le divorce ne donne plus automatiquement ouverture à un droit à pension alimentaire au profit du conjoint qui a obtenu le divorce. Celle-ci ne peut être exigée que par un époux qui prouve qu'il n'est pas à même de subvenir lui-même à ses besoins et dans la mesure nécessaire pour lui assurer un train de vie conforme à sa situation, la limitation au tiers des revenus de l'époux redevable ayant été supprimée. Cette contribution financière doit cesser dès qu'aura disparu la cause empêchant le bénéficiaire d'assurer lui-même sa subsistance. Elle peut être exigée même dans le cas du divorce prononcé aux torts réciproques des deux époux, auquel cas elle peut être fonction de la gravité des torts retenus à charge de celui qui demande la contribution. Aucune contribution n'est toutefois due à celui aux torts exclusifs duquel le divorce a été prononcé, ni à celui qui s'est remarié ou vit en concubinage. Pour le recouvrement de la pension, le juge

peut autoriser le créancier à en percevoir le montant directement, par voie de délégation, auprès de tout tiers débiteur à l'organisme servant une pension ou rente.

Au point de vue sécurité sociale, la femme divorcée garde dans tous les cas ses droits à une pension dérivée de celle du mari. Le montant en est établi en fonction de la durée du mariage, avec répartition proportionnelle au cas où plusieurs épouses sont en concours. Toutefois, la rente n'est servi qu'après le décès de l'ex-époux. Le droit disparaît en cas de remariage.

Sur le terrain des conflits de lois, la jurisprudence luxembourgeoise applique au divorce la loi nationale du demandeur, après dénonciation de la Convention de La Haye de 1902 qui avait prescrit l'application cumulative des deux lois nationales en présence.

Un projet de loi actuellement soumis au parlement entend remédier aux inconvénients de la solution jurisprudentielle et notamment à son caractère arbitraire. Il propose de soumettre l'admissibilité du divorce, en principe, à la loi nationale commune ou, si celle-ci ne connaît pas l'institution du divorce, à la loi de la dernière nationalité commune. A défaut de nationalité commune, l'admissibilité est régie par la loi de l'Etat du juge saisi si au moins un des conjoints a la nationalité de cet Etat, à moins que la loi nationale du demandeur n'admet pas le divorce. Lorsque les époux ont leur domicile, même séparé, sur le territoire d'un même Etat, la loi de cet Etat s'applique, pourvu que le domicile sur cet Etat ait été d'au moins 5 ans. Quant aux causes de divorce, elles devraient dans tous les cas être régies par la loi de l'Etat du juge saisi.

Adoption

Pour terminer ce rapide survol des innovations apportées au droit de la famille, permettez-moi de mentionner encore une institution particulièrement chère au législateur, l'adoption, qui depuis 1959, date de la première

réforme fondamentale, a déjà fait l'objet de quatre remaniements successifs par les lois des 22 février 1974, 6 février 1975, 16 mai 1979 et 30 avril 1981.

Les conditions mises à l'adoption ont, à la suite de ces différentes interventions, été largement libéralisées. Ainsi, l'âge minimum exigé dans le chef de l'adoptant est fixé à 35 ans et est même ramené, lorsqu'il s'agit de deux époux, à 25 ans, sous conditions que leur mariage remonte à plus de cinq ans, et à 30 ans, sans condition de durée de mariage. L'existence d'enfants légitimes ou naturels ne constitue plus un obstacle à l'adoption. Par ailleurs, une procédure judiciaire simple permet de faire constater l'abandon des enfants dont les oeuvres d'aide sociale du droit de consentir à l'adoption. Les parents peuvent également renoncer volontairement en faveur d'une telle oeuvre à ce droit.

Mais la préoccupation majeure du législateur consistait à assurer une intégration aussi complète que possible de l'enfant dans sa famille adoptive, de façon à l'assimiler à tous points de vue à un enfant légitime, dans le cas évidemment où l'adoption est faite par un couple marié. Ainsi, d'abord, lorsque l'enfant a moins de seize ans, le tribunal peut — et en fait il le fait toujours — prononcer la rupture de tous liens entre l'adopté et sa famille d'origine, à condition, soit que les parents de sang y consentent, soit qu'il s'agisse d'enfants abandonnés ou dont les parents sont inconnus ou décédés. Par l'effet de cette adoption dite "plénière" l'enfant entre complètement dans la famille adoptive et notamment dispose des mêmes droits successoraux que les enfants légitimes.

Cette intégration dans la nouvelle famille est extériorisée, au point de vue état civil, par l'établissement d'un nouvel acte de naissance à la suite de la transcription du jugement d'adoption et qui ne doit plus faire apparaître la filiation réelle de l'enfant.

Cette intégration est également réalisée au point de vue de la nationalité, l'adoption dite "plénière" conférant de plein droit à l'enfant la nationalité luxembourgeoise du père adoptif ou même de la mère adoptive lorsque le père est apatride ou ressortissant d'un pays dont la loi n'attribue pas à l'enfant adopté la nationalité du père. Il en est de même en cas d'adoption simple lorsque l'enfant, soit est apatride, soit perd sa nationalité d'origine par l'effet de l'adoption.

Sur le plan des conflits de lois, l'article 370 du Code civil indique expressément les critères de rattachement, en faisant régir les conditions requises pour pouvoir adopter par la loi nationale de l'adoptant et celles

requisites pour être adopté par la loi nationale de la personne à adopter. Quant aux effets de l'adoption, ils sont régis par la loi nationale de l'adopté, sauf le cas d'adoption plénière où ils relèvent de la loi nationale de l'adoptant et, en cas d'adoption par deux époux de nationalité différente par celle du mari. A défaut de nationalité, la loi du domicile s'y substitue. Quant aux formes et à la compétence des autorités, ces questions relèvent de la loi du pays dans lequel l'adoption est intervenue.

A l'issue de cet aperçu forcément superficiel des récentes réalisations dans le domaine du droit de la famille on aura constaté qu'au cours de la décennie écoulée tous les chapitres du vénérable Code Napoléon ayant trait aux relations familiales sur le plan personnel, patrimonial et successoral ont subi des transformations profondes pour les adapter aux conceptions libérales et aux sentiments de justice actuels. Le législateur a suivi dans cette voie les mouvements d'idées qui ont inspiré les réformes des pays avec lesquels il se sent en communauté de culture. Les solutions qu'il a trouvées ne sont guère originales par rapport à celles retenues par les pays qui lui ont servi de modèle, sauf peut-être sur certains points de détail.

La grande rénovation du droit matériel de la famille s'est ainsi achevée, si l'on fait abstraction d'un projet de réforme du statut des incapables majeurs, actuellement en discussion devant le parlement et qui entend, à l'instar du régime français, introduire des mécanismes plus souples et surtout plus différenciés pour assurer la protection juridique des personnes qui en raison d'insuffisances mentales ou physiques sont totalement ou partiellement hors d'état de veiller à leurs intérêts.

Dorénavant en dehors peut-être de réaménagements de détail, il faudra s'attendre à ce que les interventions du législateur en ce domaine se situeront principalement dans le domaine du droit international privé, pour tenter, en dehors du régime de conventions basées sur la réciprocité, d'aboutir à une codification des règles de conflits de lois, domaine où à côté de la Conférence de La Haye de droit international privé votre commission semble également chercher fortune. ⁽³⁾

⁽³⁾ Comunicação apresentada, em 8 de Setembro de 1981, na assembleia geral da C.I.E.C., reunida em Luxemburgo.

ÍNDICE

ÍNDICE

7.º VOLUME

1981

1. DIREITO COMUNITÁRIO

- 1.1. Direito Comunitário e suas implicações no sistema bancário português — J. Simões Patrício. 7
- 1.2. O Euratom — Maria do Céu de Athayde de Tavares. 119
- 1.3. Análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias — Nuno Mimoso Ruiz. 189
- Acórdãos proferidos nos casos:
- 168/78 Comissão C. República Francesa.
 - 169/78 Comissão C. República Italiana.
 - 170/78 Comissão C. Reino Unido.
 - 171/78 Comissão C. Reino da Dinamarca.
 - 46/80 Vinal C. Orbat.

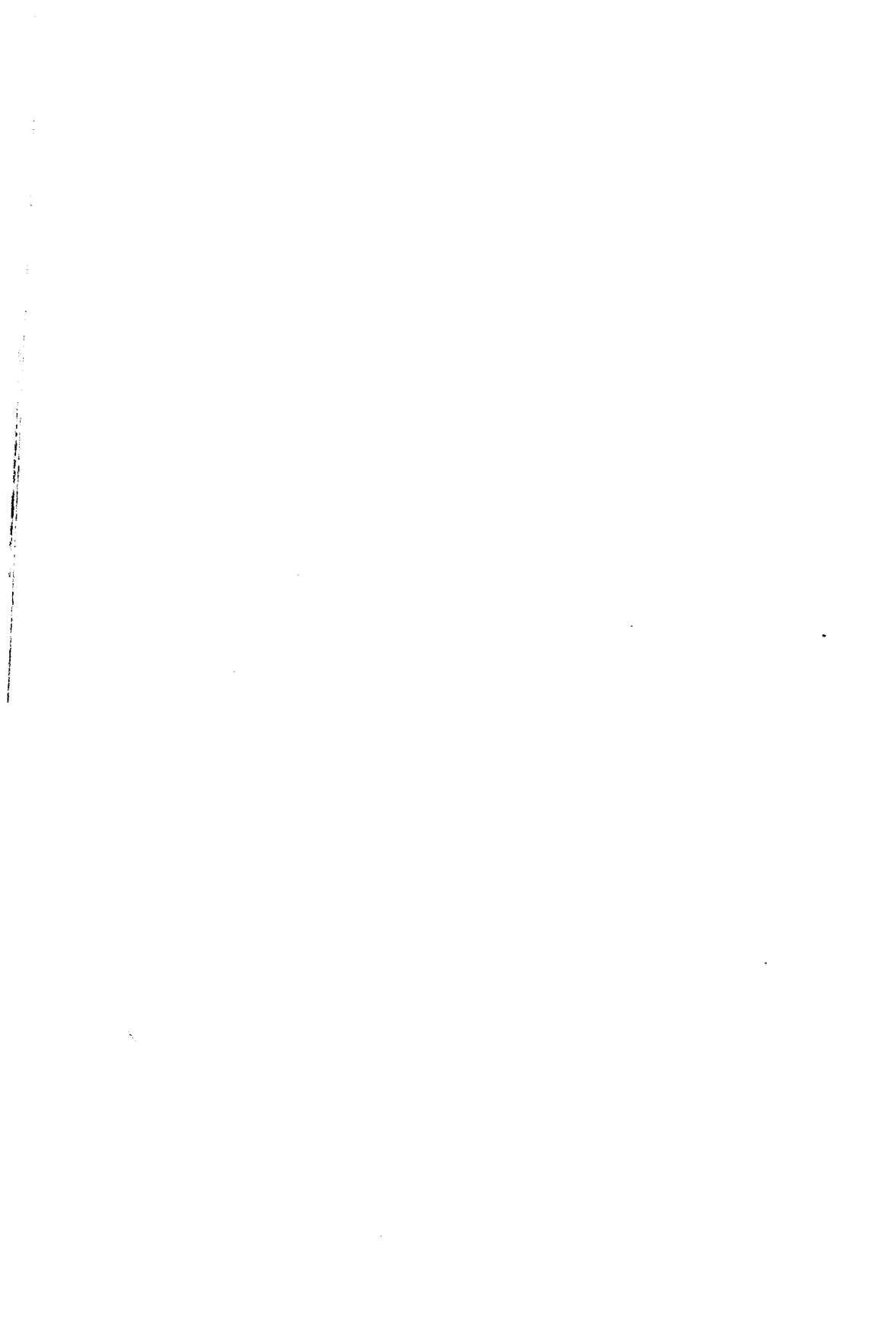
2. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS

- 2.1. Sumário das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (21 a 25). 247
- 2.2. Sumário e texto da decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso “Young, James e Webster contra o Reino Unido”. 253

2.3. Sumário e texto da Resolução do Comité de Ministros no caso “Franco Caprino contra o Reino Unido.	289
2.4. Sumário e texto do parecer da Comissão Europeia dos Direitos do Homem no caso “Franco Caprino contra o Reino Unido”.	291
2.5. Sumário e texto da decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem na queixa de “E. A. Arrondelle contra o Reino Unido”.	323
3. ESTUDOS SOBRE OS DIREITOS DO HOMEM	
La jurisprudence récente de la Cour relative aux articles 8. ^o et 10. ^o de la Convention Européenne des Droits de l’Homme — D. Evrigenis.	343
4. DIREITO ESTRANGEIRO	
Évolution du droit de la famille au Luxembourg au point de vue du droit international privé — F. Schockweiler	371

ERRATA

Página 48	
onde se lê	leia-se
na 3. ^a linha	
será e pelo menos legítimo	será pelo menos legítimo
8. ^a linha	
comunitária do País.	comunitária do País ⁽¹⁾ .
10. ^a linha	
(¹) e foi depois repetido	(²) e foi depois repetido
16. ^a linha	
de 14 Març.) quer	de 14 Març.), quer
18. ^o linha	
interditas) se volve	interditas) — se volve
21. ^a linha	
português ⁽¹⁾ que,	português ⁽³⁾ que,
27. ^a linha	
pior do que os estrangeiros	<i>pior do que os estrangeiros</i>
Falta a nota (³)	(³) J. C. Moitinho de Almeida, entrevista ao <i>Correio da Manhã</i> de 18 Jul. 80. Segundo transcrição feita pouco mais acima, trata-se de posição coincidente com a do Governo, depois de iniciadas as negociações Portugal/CEE. Aí se afirma também, sem poder suscitar por certo a nossa concordância, que “o art. 222. ^o permite a colectivização total da actividade económica”. Já aludimos, <i>supra</i> , a este ponto. Podem apontar-se as opiniões contrárias do próprio acórdão Costa/ENEL e L. CONSTANTINESCO “La Constitution Économique de la CEE,” <i>Rev. Trim. Droit Europ.</i> , 244.
Página 63	
nota	
(⁴) supra 18.	(⁴) supra 24.



Composto
e Impresso
na
LITOGRAFIA TEJO
Lisboa