CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GERHARD REISCHL

apresentadas em 21 de Setembro de 1978 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

O demandado na acção principal que originou o presente pedido de decisão prejudicial foi, a partir de 1968, director administrativo do Instituto Franco-Alemão de Estudos Científicos Militares em Saint-Louis (Haut-Rhin), onde também residiu de 1 de Julho de 1968 a 28 de Julho de 1973.

Durante a sua permanência em França, o demandante realizava, por ordem do demandado, operações de bolsa a prazo, de modo que aquele transmitia as respectivas ordens de compra e de venda do demandado aos seus agentes na Bolsa de Paris. No prazo do vencimento, as acções compradas ou vendidas não eram efectivamente adquiridas nem transferidas e também não era inteiramente pago o preço de venda nem inteiramente recebido o preço de compra, procedendo-se antes ao mero cálculo da diferença das cotações das acções entre a que era estabelecida convencionalmente e a que existia realmente no prazo do vencimento. Os lucros e perdas resultantes eram inscritos em nome do demandado no activo ou no passivo da conta aberta em seu nome pelo demandante. No âmbito da sua intervenção para as operações a prazo e da manutenção da referida conta, o demandante concedeu ao demandado um crédito a descoberto.

Em 31 de Janeiro de 1975, o saldo devedor do demandado constante dessa conta elevava-se a 852 620,39 FF, que o demandante exigiu mediante acção intentada no Landgericht de Bona em 22 de Maio de 1975. Por sentença de 13 de Janeiro de 1977, este decidiu que o montante de 473 937,47 FF, correspondente às operações de bolsa a prazo, não era exigível em juízo, sendo-lhe oponível a excepção de jogo fundada nos §§ 52 e seguintes da lei alemã sobre a bolsa e nos §§ 762 e 764 do Código Civil alemão (a seguir «BGB»).

Tendo o demandante interposto recurso, o Oberlandesgericht de Colónia confirmou no essencial, num acórdão proferido à revelia em 11 de Agosto de 1977, a sentença do Landgericht de Bona, com o fundamento de que a excepção de jogo prevista pelo direito alemão para as operações de bolsa a prazo, por força da reserva de ordem pública do § 30 da lei de introdução ao Código Civil alemão (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, a seguir «EGBGB»), seria procedente ainda que, como no presente caso, o direito competente fosse o francês, que não conhece a excepção de jogo. Mediante reclamação do demandado contra este acórdão proferido à revelia, o Oberlandesgericht de Colónia, por despacho de 23 de Janeiro de 1978, suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

1. Os artigos 59.° e 60.° do Tratado CEE correctamente interpretados excluem a excepção de jogo *(Differenzeinwand)* prevista pelo direito alemão (§§ 764 e 762 do BGB; §§ 61, 58 e 50 da lei alemã sobre a

* Língua original: alemão.

bolsa — Börsengesetz; BGH NJW 75, 1600; 72, 382) no caso de um banco francês, por força do direito francês, exigir de um seu cliente de nacionalidade alemã a restituição de um crédito concedido para efeitos de operações de bolsa a prazo *(Differenzgeschäfte),* efectuadas, conforme fora estipulado, na Bolsa de Paris?

2. Tem importância para a resposta a dar à primeira questão o facto de saber se o cliente alemão tinha ou não capacidade, segundo o direito alemão, nos termos do § 53 da Börsengesetz, para efectuar operações de bolsa a prazo?

A minha posição quanto a estas questões é a seguinte:

I — Para começar, em meu entender, é necessário examinar se, no caso em juízo, há uma prestação de serviços, na acepção dos artigos 59.° e seguintes do Tratado CEE e, em caso afirmativo, em que é que consiste esta prestação de serviços.

A Comissão exprimiu, especialmente durante a fase oral do processo, sérias dúvidas quanto à existência efectiva dos pressupostos do artigo 59.° Em meu entender, esta questão deverá ser examinada mais de perto, devido ao facto de, por um lado, o demandante ter efectuado para o demandado mais do que uma prestação, e, por outro, de não ser evidente, no presente caso, o elemento «transfronteiriço».

1. Como nas operações bancárias as prestações de serviços por parte das instituições de crédito fazem-se acompanhar, regra geral, por movimentos de capitais, a relação entre as disposições do Tratado CEE sobre a livre prestação de serviços e as que respeitam à livre circulação de capitais apresentou, desde o início, dificuldades especiais de delimitação. Por este motivo, estabeleceu-se uma distinção entre prestações de serviços bancários «simples» e prestações «ligadas», das quais só as primeiras valem como prestações de serviços, na acepção dos artigos 59.° e 60.° do Tratado CEE, subsumindo-se às disposições do capítulo relativo aos serviços, ao passo que as prestações de serviços bancários «ligadas» só devem ser liberalizadas nos termos do artigo 61.°, n.° 2, do Tratado CEE, de harmonia com a progressiva liberalização da circulação de capitais. A resposta à questão de saber se se trata de prestações de serviços bancários simples ou ligadas, ou antes de uma pura circulação de capitais, funda-se em princípio na circunstância de as relações contratuais entre as partes girarem ou não à volta de um movimento de capitais. Sempre que no centro de tais relações se encontrar um movimento de capitais do género do que é abrangido pelas directivas relativas ao artigo 67.° do Tratado CEE, haverá *exclusivamente* circulação de capitais. Tal é, por exemplo, o caso dos «créditos, a curto ou médio prazo, ligados a transacções comerciais nas quais participe um residente» (v. a lista A do anexo I à primeira directiva para a aplicação do artigo 67.° do Tratado, de 17 de Maio de 1960, JO 1960, 43, p. 921). As prestações bancárias correlativas (transferências, pagamento de juros, etc.) não são consideradas como prestações de serviços *autónomas,* pelo que a liberalização *deste tipo* de movimentos de capitais se efectua unicamente nos termos do artigo 67.° do Tratado.

São em contrapartida prestações de serviços bancários *simples* as operações que não tenham qualquer relação com movimentos de capitais, como, por exemplo, os contratos de depósito, os estudos de mercado e prestações semelhantes.

Finalmente, devem ser consideradas como prestações de serviços bancários *ligadas*, na acepção do artigo 61.°, n.° 2, do Tratado, as prestações em que o movimento de capitais representa um complemento *necessário* ou, pelo menos, *típico*. Uma enumeração *exaustiva* das prestações de serviços bancários vinculadas que devem ser liberalizadas consta da Directiva 73/183/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1973, relativa à supressão das restrições à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços em matéria de actividades não assalariadas de bancos e outras instituições financeiras (JO L 194, p. 1; EE 06 F1 p. 135). Desta enumeração resulta que se trata, em geral, de actividades não autónomas, que são unicamente acessórias em relação ao movimento de capitais subjacente.

Quanto à questão de saber se as actividades do demandante no presente caso são afinal abrangidas pelos artigos 59.° e seguintes do Tratado CEE, é portanto decisivo saber se as suas actividades, e, se for caso disso, quais de entre elas, podem ser consideradas como prestações de serviços bancários simples para o demandado. Em meu entender, a intervenção na realização de operações a prazo e a manutenção de uma conta a este respeito constituem *prestações de serviços bancários simples*, que estão abrangidas pelos artigos 59.° e 60.° do Tratado CEE. O crédito a descoberto concedido neste contexto é, por conseguinte, um crédito a curto prazo «ligado», na acepção da lista A do anexo I à primeira directiva de 1960 sobre a circulação de capitais. Não pode de modo algum afirmar-se que a intervenção na realização de operações a prazo constitua um elemento necessário, ou mesmo apenas típico, da concessão de um crédito a descoberto. Ora, é precisamente uma tal ausência de autonomia a característica decisiva de uma prestação de serviços bancários «ligada», na acepção do artigo 61.°, n.° 2, do Tratado.

A uma apreciação diversa também não nos pode levar a lista B ao anexo I à primeira directiva de 1960 sobre a circulação de capitais, na medida em que diz respeito a «transacções de títulos negociados na bolsa, com exclusão de partes de fundos de investimento». As prestações de serviços bancários «ligadas» a este tipo de movimento de capitais pertence na verdade, nos termos da directiva de 1973, a «*recepção de ordens de compra ou de venda*». Deve notar-se, no entanto, a este propósito, que as operações do demandado não cabiam no âmbito das transacções de títulos, nos termos da directiva atrás referida. Por transacção de títulos, na acepção desta directiva, deve com efeito entender-se apenas, de acordo com a definição constante da lista B do anexo I à primeira directiva de 1960 sobre a circulação de capitais, a *aquisição* de títulos nacionais ou estrangeiros negociados na bolsa, bem como o repatriamento ou a utilização do produto da liquidação dos referidos títulos. Ora, é incontestável que as operações realizadas com a intervenção do demandante não conduziram a este tipo de transacções de títulos; os títulos constituíam meramente o meio fungível de realização de lucros especulativos, sem que alguma vez se tenha assistido a uma «aquisição» real de títulos ou à sua «liquidação». Na intervenção do demandante na conclusão de operações a prazo também nem sequer pode ver-se, por conseguinte, uma prestação de serviços bancários «ligada» a uma transacção de títulos, na acepção do artigo 61.°, n.° 2, do Tratado.

2. Decisivo é, no entanto, em meu entender, antes de mais, o elemento «transfronteiriço», que deve existir como característica necessária da situação de facto para a aplicabilidade dos artigos 59.° e seguintes do Tratado. Tal como já demonstrei, a intervenção do demandante para a conclusão de operações de bolsa a prazo representa uma prestação de serviços bancários simples, à qual está ligada a concessão de um crédito. Em si mesma, a prestação de serviços bancários simples poderia ser considerada como um facto interno exclusivamente francês, sem qualquer elemento transfronteiriço, se o de-

mandado tivesse tido — como se deve aqui pressupor — o seu domicílio em França durante todo o período em que se realizaram as operações a prazo. Poderia ser de outra forma se a soma devida por esta prestação de serviços bancários simples, por conseguinte, as provisões e as despesas, não tivessem ainda sido pagas. Neste caso, poder-se-ia sustentar que a transferência de domicílio por parte do demandado antes do cumprimento definitivo das obrigações resultantes das prestações de serviços bancários simples faria nascer, *a posteriori*, o elemento transfronteiriço necessário. A meu ver, no entanto, este problema pode permanecer aqui em suspenso, pois, na verdade, a acção principal só trata em primeira linha do reembolso do crédito concedido a curto prazo, ou seja, de uma transacção de capitais que não é abrangida pelos artigos 59.° e seguintes, mas sim pelo artigo 67.° do Tratado; mas, perante estas repercussões da relação de crédito noutro Estado-membro, o demandado refere-se à prestação originária de serviços bancários, dela deduzindo a inexigibilidade em juízo da pretensão do demandante. Esta penetração demonstra que a intervenção para a realização de operações de bolsa a prazo, enquanto prestação de serviços bancários simples, *não pode* ser encarada como um facto interno exclusivamente francês. Por conseguinte, e ainda que se parta da suposição de que o demandado manteve sempre o seu domicílio em França e de que todas as ordens foram por ele dadas neste país, basta o *efeito continuado* da simples prestação de serviços bancários originária para que se submetam as relações negociais entre as partes aos artigos 59.° e 60.° do Tratado.

II — No presente caso, incumbe-me examinar a compatibilidade com os artigos 59.° e seguintes do Tratado CEE de uma restrição que reside no facto de uma pretensão de direito civil, validamente nascida a favor do demandante, nos termos do direito francês, não poder ser exigida em juízo na República Federal da Alemanha, porque os tribunais alemães, reconhecendo embora também eles o princípio da aplicabilidade do direito francês, procedem — directamente ou por intermédio da reserva de ordem pública alemã (§ 30 da EGBGB) — à aplicação de determinadas regras do direito material alemão relativas à inexigibilidade em juízo de créditos do tipo dos que estão aqui em causa.

Com a sua primeira questão, o tribunal *a quo* pretende saber se a excepção de inexigibilidade em juízo, isto é, a chamada excepção de jogo, infringe, num caso como o presente, os artigos 59.° e 60.° do Tratado CEE.

Para decidir se a aplicação e a interpretação do direito alemão pelo tribunal de reenvio devem ser consideradas como uma restrição à livre prestação de serviços, proibida nos termos dos artigos 59.° e seguintes do Tratado CEE, é competente em primeira linha o Programa Geral para a Supressão das Restrições à Livre Prestação de Serviços, de 18 de Dezembro de 1961 (JO 1962, 1, p. 32; EE 06 F1 p. 3) que, para os casos — que aqui nos interessam — de livre prestação de serviços em matéria de actividades não assalariadas de bancos e outras instituições financeiras, foi executado pela Directiva 73/183/ /CEE.

Para as prestações de serviços bancários simples (v. o artigo 2.°, primeiro parágrafo, da directiva), o artigo 1.°, primeiro parágrafo, da directiva remete para as restrições mencionadas no título III do Programa Geral, a cuja eliminação os Estados-membros estão obrigados.

1. O melhor método para mostrar a sistemática e a orientação teleológica do Programa Geral é o da referência às normas programáticas enunciadas no título III, letra A, primeiro parágrafo, e letras B, C e D, primeiro parágrafo. O título III, letra A, proscre-

ve «qualquer proibição ou dificuldade às actividades não assalariadas do prestador que se traduzam num tratamento discriminatório dos nacionais...». Este preceito é concretizado logo a seguir. Do terceiro parágrafo da letra A consta a seguir: «Consideram-se igualmente disposições e práticas restritivas as que, *apenas em relação aos estrangeiros,* excluem, limitem ou condicionem a faculdade de exercício de direitos normalmente ligados à prestação de serviços...».

Nos termos do título III, letra B, é ilícita «qualquer proibição ou dificuldade à deslocação do objecto ou do suporte da prestação ou do instrumento, das máquinas, aparelhos e outros meios auxiliares utilizados nesta».

No título III, letras C e D, proíbem-se as restrições respeitantes à transferência dos meios financeiros necessários à execução da prestação ou ao seu pagamento, quando as trocas de serviços forem apenas limitadas por restrições aos pagamentos delas resultantes.

Estas disposições demonstram claramente que se devem eliminar em primeiro lugar as restrições à livre prestação de serviços do âmbito do direito dos estrangeiros, isto é, as disposições que tratam os *estrangeiros* diferentemente dos próprios nacionais, ou ainda — nos termos das disposições das letras B a D — as restrições conexas com normas reguladoras das relações económicas externas, em particular em matéria de divisas.

É mais do que evidente que no caso em juízo não se trata de restrições deste tipo, dado que é absolutamente irrelevante o facto de o demandante ser uma pessoa colectiva *estrangeira.*

2. O Programa Geral contém ainda, no título III, letra A, último parágrafo, uma disposição residual, nos termos da qual «constituem restrições, as condições às quais uma disposição... subordina a prestação de serviços e que, embora aplicáveis sem distinção de nacionalidade, criam dificuldades exclusiva ou principalmente à prestação de serviços por estrangeiros». Poder-se-á perguntar se a restrição ocorrida no presente caso representa uma das discriminações *de facto* dos estrangeiros referidas neste preceito. Em meu entender, não se pode ver, na regulamentação alemã relativa à bolsa, qualquer condição a que esteja subordinada a prestação de serviços e que crie dificuldades exclusiva ou principalmente aos estrangeiros. Na medida em que as normas alemãs também estendem a excepção de jogo às operações efectuadas em bolsas estrangeiras, é natural que, sob o ponto de vista numérico, elas atinjam principalmente os estrangeiros, mas a disposição do título III, letra A, não pode ser entendida no sentido de prescrever a equiparação entre as operações efectuadas no estrangeiro por estrangeiros e as operações efectuadas no território nacional por nacionais. A inserção sistemática da disposição do título III demonstra, na realidade, que as restrições ilícitas devem referir-se a *operações* efectuadas por estrangeiros em *território nacional.* A disposição não contém nenhum *imperativo* universal de igualdade de tratamento.

3. A outra directiva invocada pela Comissão — a Directiva 63/340/CEE do Conselho, de 31 de Maio de 1963 (JO 1963, 86, p. 1609), relativa à supressão de todas as proibições ou dificuldades de pagamentos de prestações quando as trocas de serviços forem apenas limitadas por restrições aos pagamentos delas resultantes, diz respeito exclusivamente, como se deduz dos seus fundamentos e das suas disposições, a determinadas restrições

impostas por normas de direito público — em particular em matéria de relações económicas externas ou de divisas — aos pagamentos relativos a prestações de serviços e não a questões relativas aos efeitos de direito civil ou à possibilidade de prossecução de pretensões nascidas de contratos de prestações de serviços. Por conseguinte, não existe, na verdade, o «paralelo» que, segundo o memorando da Comissão, «se impõe».

4. É evidente, aliás, que a Comissão também não quer a aplicação imediata das disposições do Programa Geral e das directivas acima mencionadas, limitando-se somente a usar tais disposições como indícios para fundamentar o seu ponto de vista — segundo o qual as restrições resultantes do direito alemão seriam incompatíveis com o artigo 59.° do Tratado CEE — directamente com base nesta disposição do Tratado.

Na verdade, não se encontra no tratamento diferenciado que resulta da jurisprudência alemã qualquer restrição proibida pelos artigos 59.° e seguintes do Tratado CEE, dado que estes preceitos visam meramente — no máximo — o tratamento dos nacionais. Ora, não é de modo algum disso que se trata no presente caso. Numa situação comparável, um banco alemão estaria tão exposto à excepção de jogo quanto um banco francês. Na situação inversa de operações a prazo validamente concluídas em território nacional, o especulador *não* poderia invocar a excepção de jogo, ainda que tivesse efectuado tais operações por intermédio da filial nacional de um banco estrangeiro.

Os artigos 59.° e seguintes do Tratado CEE não exigem que se permita a estrangeiros a execução de prestações de serviços proibidas a nacionais, como resulta com toda a clareza do artigo 60.°, terceiro parágrafo, bem como do Programa Geral de 1961. A proibição *específica* de discriminação dos artigos 59.° e seguintes, que concretizam a proibição geral de discriminação do artigo 7.° do Tratado CEE, não tem como corolário um *imperativo* de privilegiar os prestadores de serviços estrangeiros, o que conduziria, na realidade, pelo seu lado, a uma discriminação dos prestadores de serviços nacionais.

Este ponto de vista está de acordo com a opinião absolutamente dominante na doutrina.

É assim que, no comentário do Tratado CEE de Von Groeben-Boeckh-Thiesing [nota I, 2 b), ao artigo 59.°], se diz que a total liberdade de prestações, ou seja, a possibilidade de oferecer, da mesma forma, prestações em território nacional ou no estrangeiro — o que é, em suma, no presente caso, a pretensão do demandante —, não é possível por meio da liberalização, mas tão-só através de uma aproximação das legislações. No seu livro sobre o Direito Comunitário Europeu, Ipsen escreve (p. 645): «O estabelecimento das liberdades visa a abolição de *discriminações*, e não a eliminação de restrições que, em cada Estado-membro, valem *também para os nacionais*. A liberalização num Estado-membro não elimina, portanto, as restrições a uma liberdade que o direito interno, *pelo seu lado*, impõe aos seus *próprios* nacionais. E na medida em que existam *tais* restrições, elas limitam *também* licitamente os nacionais dos outros Estados-membros, sem que tal implique qualquer discriminação a seu respeito». Idêntica opinião é, afinal, também sustentada por Maestripieri (La libre circulation des personnes et des services dans la CEE, 1972, p. 47 a 53).

III — Poder-nos-íamos ainda interrogar sobre se a aplicação, com os meios do Direito Internacional Privado alemão, do direito alemão em matéria de bolsa não infringirá talvez outras disposições do Tratado, que não

as dos artigos 59.° e seguintes. Como está excluída a aplicabilidade do artigo 7.° — por não estarem preenchidos os pressupostos dos artigos 59.° e seguintes —, só nos resta a cláusula residual do artigo 5.°, segundo parágrafo, do Tratado CEE, nos termos da qual os Estados-membros abster-se-ão de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos do Tratado.

Trata-se assim finalmente de saber se as discriminações que resultam imperativamente da diversidade dos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros, inclusive dos diferentes sistemas do Direito Internacional Privado, dificultam o funcionamento do mercado comum de tal forma que as restrições correspondentes devam sem mais considerar-se proibidas. No entanto, a situação não é esta. O Tratado parte da existência de diferentes ordenamentos jurídicos nos Estados-membros, e prevê, em particular nos artigos 100.° e seguintes, a aproximação das legislações para eliminar quaisquer perturbações ao funcionamento do mercado comum daí resultantes. No presente caso, a «perturbação» resulta, por um lado, das diferenças entre as regulamentações administrativas dos Estados-membros em matéria de bolsa e, por outro, do facto de a República Federal da Alemanha estender unilateralmente, com os meios do Direito Internacional Privado, a sua regulamentação em matéria de bolsa a situações de facto localizadas no estrangeiro. Esta «perturbação» só pode, por conseguinte, ser eliminada, *primo,* por meio de uma harmonização das legislações em matéria de bolsa, e, *secundo,* por meio de uma unificação do Direito Internacional Privado.

Gostaria no entanto de indicar que os tribunais nacionais, na aplicação do seu direito nacional e do Direito Internacional Privado do seu Estado, estão obrigados a um comportamento «inspirado nas regras do Tratado». É assim, por exemplo, que uma interpretação excessiva e, portanto, inadequada do princípio da «ordem pública» poderia no fim de contas constituir uma violação do Tratado CEE, que é vedada a todos os órgãos dos Estados-membros, incluindo, por conseguinte, os tribunais, por força da disposição fundamental do artigo 5.° O Oberlandesgericht de Colónia deverá ter isto em conta, ao proferir a sua decisão.

IV — Em resumo, deve registar-se que a aplicação da regulamentação alemã em matéria de bolsa e do direito civil alemão, por intermédio do Direito Internacional Privado alemão, a um caso como o presente, não infringe, *em si mesma,* a proibição de discriminação constante dos artigos 59.° e 60.° do Tratado CEE. Isto vale também para o artigo 5.° do Tratado CEE, com os limites por mim traçados quanto à interpretação das disposições alemãs.

Também, a questão de saber em que medida a capacidade para celebrar operações de bolsa a prazo, segundo o disposto no § 53 da lei alemã sobre a bolsa, poderia desempenhar um papel, é uma questão do âmbito de interpretação do direito alemão — que é em princípio o direito aplicável —, que é missão dos tribunais alemães.

Proponho, assim, que às questões formuladas pelo órgão jurisdicional *a quo* seja dada a seguinte resposta:

«Os artigos 59.° e 60.° do Tratado CEE não excluem, em si, no presente caso, a aplicação da regulamentação alemã em matéria de bolsa e do direito civil alemão, por intermédio do Direito Internacional Privado alemão.»