CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ANTONIO LA PERGOLA

apresentadas em 6 de Maio de 1997 *

I — Introdução

1. No presente processo, o Tribunal de Justiça é mais uma vez chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade entre as normas comunitárias — em particular, o princípio da não discriminação consagrado no artigo 6.° do Tratado CE — e algumas disposições processuais nacionais: as do ordenamento jurídico austríaco que impõem, no caso concreto, a prestação de uma *cautio judicatum solvi* aos nacionais estrangeiros que actuem em juízo contra nacionais do país em que a acção é intentada.

II — Os factos do processo

2. S. Saldanha, residente na Florida (EUA), tendo as nacionalidades estado-unidense e britânica, e a sociedade MTS Securities Corporation, com sede nos Estados Unidos da América, são accionistas da sociedade Hiross Holding AG (a seguir «Hiross»), com sede na Áustria.

Em 27 de Setembro de 1994, S. Saldanha, juntamente com a MTS, propôs uma acção contra a Hiross no Handelsgericht de Viena, para impedir operações de reestruturação interna do grupo controlado pela Hiross, que comportaria a transferência de participações sociais de algumas sociedades para outras do mesmo grupo. O tribunal de reenvio, a pedido da demandada, exigiu aos demandantes a prestação da *cautio judicatum solvi* prevista no § 57 do Zivilprozeßordnung (Código de Processo Civil austríaco, a seguir «ZPO»), não existindo, no caso em apreço, qualquer das causas de isenção estabelecidas no n.° 2 da disposição mencionada. O tribunal de recurso em que S. Saldanha impugnou a decisão de primeira instância relativa à prestação da caução em causa entendeu por seu lado que, com base no artigo 6.° do Tratado CE, a norma processual austríaca controvertida constitui uma discriminação em razão da nacionalidade. Para efeitos da aplicação da norma do Tratado acima referida, esclarece ainda o tribunal de recurso, é irrelevante que o demandante tenha a dupla nacionalidade britânica e estado-unidense. Também não importa que o interessado resida fora da Comunidade: a perfeita equiparação entre nacionais austríacos e nacionais comunitários estabelecida pelo Tratado iria, de facto, no sentido de proibir, em qualquer caso, a caução em questão, já que, nos termos do direito nacional, os nacionais austríacos, mesmo residentes no estrangeiro, estão dispensados de a prestar.

3. Por seu lado, o tribunal de reenvio, em que está pendente o recurso da decisão acima

* Língua original: italiano.

referida, indica que, nos termos do § 57, n.° 1, do ZPO, os estrangeiros que recorram a um tribunal austríaco são obrigados a prestar aos demandados, a pedido destes, uma caução para as custas judiciais, com ressalva, todavia, das disposições em contrário contidas em acordos internacionais. Essa norma, prossegue o tribunal de reenvio, destina-se a proteger os demandados nos tribunais nacionais contra pretensões abusivas ou inúteis invocadas por demandantes de nacionalidade estrangeira. Nos termos do § 57, n.° 2, do ZPO, a obrigação de prestar tal garantia não existe, porém, se o demandante tiver residência habitual na Áustria ou se no Estado da residência habitual do demandante puder ser executada uma decisão judicial que imponha ao demandante o pagamento das custas judiciais suportadas pelo demandado.

O tribunal de reenvio precisa ainda que os nacionais austríacos que tenham a sua residência ou o seu domicílio habitual no estrangeiro não estão obrigados a prestar a caução nos termos do § 57 do ZPO. Portanto, refere o próprio tribunal *a quo*, a norma processual em questão não distingue consoante no território nacional exista ou não um património susceptível de ser executado. Na opinião do tribunal de reenvio, a norma controvertida é de facto ditada pela preocupação de proteger os seus nacionais residentes no estrangeiro, bem como de ter em conta, para efeitos de reciprocidade, a regulamentação análoga prevista nessa matéria pela maior parte das ordens jurídicas europeias.

4. Além disso, no respeitante à aplicação no tempo das normas de direito comunitário, o órgão jurisdicional de reenvio formula algumas observações que militariam a favor da aplicação das normas do Tratado na presente causa, não obstante o litígio ser anterior à adesão da Áustria à Comunidade. De facto, o tribunal nacional observa que os tribunais de recurso, entre os quais se inclui, neste caso, o Oberster Gerichtshof, estão, na falta de disposições transitórias, obrigados a tomar em consideração o *ius superveniens* de natureza vinculativa, mesmo depois da decisão de primeira instância, apesar de os factos aduzidos em juízo terem ocorrido antes da entrada em vigor das novas normas. Ora, o tribunal *a quo* sustenta que as normas do Tratado, e em especial o artigo 6.°, têm essa natureza vinculativa. Portanto, a decisão a proferir no presente caso deveria basear-se nelas. Ainda pelas considerações acima expostas, o tribunal *a quo* exclui que, para efeitos da decisão que lhe é solicitada, possa ser importante a proibição análoga de discriminação em razão da nacionalidade, prevista no artigo 4.° do acordo sobre o Espaço Económico Europeu, de que a Áustria era parte desde 1 de Janeiro de 1994.

5. Atendendo à natureza comunitária dos aspectos jurídicos controvertidos no litígio, o Oberster Gerichtshof de Viena considerou necessário submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Um nacional britânico, que tem também a nacionalidade dos Estados Unidos da Amé-

rica, onde tem domicílio (na Florida), que intenta num tribunal austríaco, contra uma sociedade anónima com sede na Áustria, uma acção em que pede que esta seja condenada a não vender ou ceder por outro modo, à sua filial italiana ou às filiais desta com sede em Itália, participações sociais em determinadas filiais sem autorização da assembleia geral por maioria qualificada de três quartos ou — subsidiariamente — por maioria simples, e que não tem domicílio ou património na Áustria, é discriminado em razão da nacionalidade, em violação do primeiro parágrafo do artigo 6.° do Tratado CE, pelo facto de o tribunal austríaco competente (de primeira instância) lhe impor a prestação de caução para pagamento das custas judiciais, nos termos do n.° 1 do § 57 do Código de Processo Civil austríaco e a pedido da sociedade anónima demandada?»

III — Análise do litígio

A — *Admissibilidade*

6. A questão submetida ao Tribunal de Justiça no presente processo põe, a título preliminar, um problema delicado relativo à aplicação no tempo das normas do Tratado CE. De facto, o Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se sobre a interpretação de uma norma do Tratado em relação a factos que se verificaram numa época em que a República da Áustria, cujas disposições processuais são controvertidas no caso concreto, não era ainda membro da Comunidade. Devemos, pois, interrogar-nos sobre o tratamento dado na ordem jurídica interna às disposições comunitárias referidas e, mais em geral, sobre o critério que regula a aplicação no tempo do direito comunitário primário.

7. Uma situação muito parecida em vários aspectos com a situação ora em análise foi recentemente examinada pelo Tribunal de Justiça em relação ao processo Data Delecta e Forsberg [1]. Os factos de que resultava esse litígio no tribunal sueco tinham ocorrido antes da adesão do Reino da Suécia à Comunidade Europeia. O Tribunal de Justiça, porém, apreciou a questão que lhe foi submetida sem ter previamente apurado se e como o direito comunitário regulava *ratione temporis* o caso controvertido; não forneceu nesse acórdão ao tribunal *a quo* critérios hermenêuticos para a definição exacta da esfera temporal em que o direito comunitário produz os seus efeitos nem, por conseguinte, esclareceu se o caso em questão deveria ser resolvido nos termos do direito comunitário ou de normas de outro sistema normativo. O que, de facto, aconteceu nesse caso é que, ao conhecer do mérito da causa, o tribunal comunitário enunciou os princípios de direito que devia seguir o tribunal nacional, no caso concreto o Supremo Tribunal da Suécia. Todavia, este último órgão jurisdicional decidiu por seu lado, posteriormente, que o litígio não entrava no âmbito de aplicação do Tratado CE [2]. O resultado foi o de pôr de lado o acórdão do Tribunal de Justiça, que se tornou assim *inutiliter datum* em relação ao litígio que tinha sido submetido ao mesmo

1 — Acórdão de 26 de Setembro de 1996 (C-43/95, Colect., p. I-4661).

2 — Acórdão do Högsta Domstolen, de 13 de Novembro de 1996.

tribunal nacional; e deveria portanto dizer-se, reflectindo sobre o caso, que essa questão prejudicial nem sequer poderia ou deveria ter sido submetida.

8. Na causa ora em análise pelo Tribunal de Justiça os factos situam-se também num contexto temporal anterior à entrada em vigor do Tratado CE na Áustria. No processo Data Delecta e Forsberg, o órgão jurisdicional de reenvio não tinha precisado as razões de direito que podiam justificar a aplicação retroactiva das normas comunitárias ao litígio. Aqui, porém, é o próprio tribunal *a quo* a indicar, ainda que com um ténue véu de dúvida, que o direito comunitário se aplicaria em relação a factos que remontam a uma época em que a Áustria não era ainda membro da Comunidade. A razão desta aplicação do direito comunitário *ante temporem*, refere o tribunal de reenvio, residiria na natureza vinculativa do direito comunitário, que, enquanto *ius superveniens*, seria imediatamente aplicável por força do direito processual austríaco a todos os casos ainda não judicialmente definidos na data de entrada em vigor do Tratado CE na Áustria.

9. Porém, este modo de argumentar a propósito da aplicação temporal do direito comunitário cria perplexidade em vários aspectos. Pelo meu lado, duvido efectivamente que o direito comunitário possa, por si, regular situações ocorridas na vigência de outras leis, que não fornecem, a menos que se trate de circunstâncias especiais, como as que permitem a aplicação retroactiva das normas penais mais favoráveis, elementos suficientes de conexão com as normas comunitárias, que podiam ser invocadas na época em que tais situações se verificaram. É, de facto, o princípio *tempus regit actum* que regula a eficácia no tempo do direito comunitário, a menos que haja uma previsão expressa noutro sentido. Assim, são subtraídas ao âmbito de aplicação temporal do Tratado as situações que remontam a um momento em que as normas em questão não eram ainda *direito* em relação aos factos da causa. Resulta daí que o princípio *tempus regit actum*, já recordado, deve ter aplicação uniforme no âmbito comunitário. De outra forma, o regime dos efeitos no tempo das normas do Tratado poderia variar, com evidente e injustificado tratamento diferenciado de situações iguais, consoante o sistema jurídico nacional que em cada caso fosse chamado a garantir as disposições do ordenamento jurídico comunitário.

10. Do que acaba de ser dito decorre outra consequência a assinalar. Pode dar-se o caso de um Estado-Membro dispor, por opção própria, que certas normas comunitárias sejam retroactivamente aplicadas a situações que remontam a um momento anterior àquele em que o mesmo Estado passou a fazer parte da Comunidade; e isto precisamente com a finalidade de atribuir direitos e faculdades de que os particulares interessados não poderiam de outra forma beneficiar com base no Tratado. O ordenamento comunitário não impede, em minha opinião, que o legislador nacional adopte um regime desse tipo. A questão é que se trataria, de qualquer forma, de normas internas, que não mudam de natureza pelo simples facto de serem elaboradas por remissão para as normas comunitárias. O que impõe a aplicação destas últimas normas na esfera interna do Estado não é o ordenamento comunitário, mas o próprio ordenamento nacional que as adoptou, conferindo-lhes uma eficácia temporal de que estariam privadas no ordenamento de

origem. Portanto, a meu ver, o Tribunal de Justiça não seria competente para se pronunciar a título prejudicial sobre as normas assim introduzidas no ordenamento interno, precisamente porque não são normas susceptíveis de caber no âmbito do exercício da sua jurisdição definido no artigo 177.° do Tratado [3].

11. O raciocínio exposto não é alterado pela possível aplicação ao caso em apreço das normas contidas no acordo sobre o Espaço Económico Europeu (EEE) [4], entrado em vigor em 1 de Janeiro de 1994 e do qual a Áustria era parte nessa data. Mesmo que o Tribunal de Justiça qualificasse de novo nesta perspectiva a questão prejudicial em análise, para a reconduzir à norma correspondente do acordo EEE (artigo 4.°), não seria, em meu entender, competente para se pronunciar sobre a questão prejudicial que lhe é submetida. Efectivamente, a questão no caso concreto provém de um órgão jurisdicional nacional que, na época em que se verificaram os factos controvertidos ou no momento posterior em que foi intentada a acção principal, não estava habilitado para interrogar o Tribunal de Justiça com base nas disposições do acordo referido. A verdade é que, nos termos do artigo 107.° do acordo EEE e do respectivo protocolo n.° 34 [5], um Estado-Membro pode permitir que um órgão jurisdicional solicite ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias «que se pronuncie sobre a interpretação de determinadas normas do EEE». O exercício de tal faculdade está todavia expressamente subordinado ao respeito prévio do ónus, previsto no artigo 2.° do referido protocolo n.° 34, de notificar o depositário do acordo e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias na medida em que o protocolo se aplica aos órgãos jurisdicionais do Estado interessado e das respectivas modalidades de aplicação. A Áustria não aproveitou porém a faculdade em causa nem cumpriu o ónus previsto para a exercer. Não se pode, por outro lado, considerar que a competência do Tribunal de Justiça tenha passado a existir devido à posterior adesão da Áustria à Comunidade. As normas do referido protocolo nada dispõem em tal sentido. Nem existe qualquer razão para se presumir que a faculdade em causa tenha sido implicitamente autorizada pelo protocolo mas deixada, por assim dizer, em *statu dormienti* até à adesão do país interessado à CE.

12. Também não se pode considerar que o Tribunal de Justiça substitui actualmente o Tribunal EFTA para interpretar, em vez deste, normas do acordo EEE em relação às quais não era institucionalmente chamado a dar tal contributo jurisdicional na época em que ocorreram os factos controvertidos ou na época em que foi intentada a acção. A este respeito, deve por outro lado recordar-se que o acordo EEE, no artigo 108.°, previu a constituição de um Tribunal EFTA dotado de um mecanismo jurisdicional similar em alguns aspectos ao estabelecido pelo artigo 177.° do Tratado, ao qual podem recorrer os

3 — V., a este respeito, o acórdão de 28 de Março de 1995, Kleinwort Benson (C-346/93, Colect., p. I-615), e as respectivas conclusões do advogado-geral G. Tesauro apresentadas em 31 de Janeiro de 1995. V. também as conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs apresentadas em 17 de Setembro de 1996 nos processos Leur-Bloem (C-28/95, acórdão de 17 de Julho de 1997, Colect., pp. I-4161, I-4165) e Giloy (C-130/95, acórdão de 17 de Julho de 1997, Colect., pp. I-4291, I-4294).

4 — Publicado no JO 1994, L 1, p. 3.

5 — Protocolo n.° 34 relativo à possibilidade de os órgãos jurisdicionais nacionais dos Estados da EFTA solicitarem ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias que se pronuncie sobre a interpretação das normas do EEE correspondentes às normas comunitárias (JO 1994, L 1, p. 204).

tribunais nacionais dos países membros do acordo EEE que não sejam membros da Comunidade [6]. Por ocasião da adesão da Áustria, da Finlândia e da Suécia à Comunidade, foram estabelecidas, através de um acordo *ad hoc* [7], normas que permitem a estes três Estados-Membros, embora por um breve período, a apresentação, pelos seus tribunais, de processos do tipo mencionado no Tribunal EFTA, mesmo após a adesão à Comunidade. Ora, nos casos em que está expressamente prevista a competência do Tribunal EFTA, o tribunal nacional chamado a aplicar as disposições do acordo EEE não está certamente habilitado a submeter em alternativa a questão prejudicial ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, em vez de ao Tribunal EFTA. Tal faculdade de opção não existe nem poderia ter sido prevista sem contrariar o princípio da competência exclusiva que o tribunal comunitário tem de resto afirmado mesmo especificamente em relação ao acordo EEE [8].

B — *Mérito*

13. Para o caso de o Tribunal se considerar competente, formulo em seguida algumas considerações sobre o mérito da questão prejudicial.

Em meu entender, só se põe um único e verdadeiro problema com base na jurisprudência deste Tribunal em matéria de compatibilidade entre a *cautio judicatum solvi* e o princípio da não discriminação. Trata-se de apurar se a acção proposta pelo demandante está relacionada com um direito essencial protegido pelo ordenamento comunitário ou se o Tribunal de Justiça se encontra perante uma acção intentada apenas por referência às disposições do direito das sociedades então em vigor no ordenamento austríaco.

14. A Comissão pretendia relacionar o caso vertente com o disposto no artigo 54.°, n.° 3, alínea g), e com o artigo 220.°, quarto parágrafo, do Tratado CE. O demandante considera, por seu lado, que a acção se inclui no âmbito dos direitos previstos no artigo 52.° e no artigo 54.°, n.° 3, alínea g), do Tratado. Parece-me, todavia, que a acção em questão não encontra qualquer fundamento nas normas do direito comunitário, precisamente devido ao momento em que foi intentada, anterior à entrada da Áustria na Comunidade. A única possibilidade que me parece razoavelmente fundada é portanto a de relacionar a acção intentada pela demandante

6 — O artigo 108.° foi aplicado pelos Estados EFTA através da conclusão do *Agreement on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice*. O artigo 34.° de tal acordo prevê que «1. The EFTA Court shall have jurisdiction to give advisory opinions on the interpretation of the EEA Agreement. 2. Where such question is raised before any court or tribunal in an EFTA State, that court or tribunal may, if it considers it necessary to enable it to give judgment, request the EFTA Court to give such an opinion...»

7 — *Agreement on transitional Arrangements for a period after the Accession of certain EFTA States to the European Union*. V., em especial, o artigo 5.°, n.° 1, que prevê que: «After accession, new proceedings may only be instituted before EFTA Courts in cases in which the events giving rise to an action under the EEA Agreement on the Surveillance and Court Agreement occurred before accession and an application is lodged with the EFTA Court within three months after accession...»

8 — Parecer 1/92 de 10 de Abril de 1992 (Colect., p. I-2821). A clara distinção do âmbito de competência entre o Tribunal de Justiça CE e o Tribunal EFTA, posteriormente introduzida em relação ao texto inicial do acordo, permitiu de facto considerar compatível com o Tratado CE o mecanismo jurisdicional criado pelo artigo 108.° do acordo EEE (n.° 19). A exigência do respeito dos artigos 164.° e 219.° do Tratado foi além disso claramente acentuada pelo Tribunal de Justiça no parecer 2/94 de 28 de Março de 1996 (Colect., p. I-1759, n.° 20).

com as normas do acordo EEE e precisamente com as dos artigos 31.° a 35.°, para eliminar as restrições à liberdade de estabelecimento, que dizem igualmente respeito às sociedades, e ainda com o artigo 77.°, relativo ao direito das sociedades, que por sua vez remete para o Anexo XXII, que introduz a obrigação de os Estados da EFTA partes no acordo darem execução no âmbito do EEE a uma série de directivas comunitárias que visam tornar equivalentes as garantias destinadas a proteger os interesses dos sócios e dos terceiros no âmbito das sociedades, e ainda a regular aspectos particulares das sociedades, como cisões, fusões, etc.

15. Tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça na matéria [9], são portanto improcedentes os argumentos aduzidos pela demandada em relação à cidadania do demandante e à pretensa inexistência de discriminação no tratamento a que ele continua sujeito nos termos da legislação austríaca. A jurisprudência do Tribunal de Justiça é clara a este respeito: o que conta para efeitos do exercício dos direitos atribuídos pelo Tratado é o facto de se ser nacional de um Estado-Membro da Comunidade. Tal critério não pode deixar de valer também no que respeita ao âmbito de aplicação *ratione personae* do acordo EEE: se o interessado tem outra nacionalidade não comunitária (ou não do EEE), isso nada retira ou acrescenta aos direitos que lhe são reconhecidos pelo ordenamento jurídico comunitário e pelo ordenamento criado pelo acordo EEE.

16. O outro aspecto controvertido diz respeito à própria natureza e efeitos da norma processual austríaca que deu origem ao litígio submetido ao Tribunal de Justiça. Remeto, sobre este ponto, quanto às considerações de carácter geral relativas à legalidade comunitária da *cautio iudicatum solvi* e quanto aos critérios que permitem a sua aplicação, para os acórdãos muito recentes [10] proferidos pelo Tribunal de Justiça na matéria e para as conclusões por mim apresentadas naqueles processos [11].

A disposição em questão também se baseia manifestamente no critério de discriminar o nacional em relação ao estrangeiro. O nacional austríaco está de facto dispensado de pagar a caução mesmo que resida no estrangeiro ou não possua no território nacional bens suficientes para satisfazer as pretensões da parte demandada em relação ao pagamento das custas judiciais por esta suportadas. A norma não tem assim qualquer intenção de proteger a parte contra a qual são propostas acções inúteis ou *ad aemulationem* a não ser no caso de o autor em tais acções ser um estrangeiro. Não merece portanto qualquer consideração especial quanto às finalidades de equidade ou de garantia que a demandada lhe atribui, em meu entender injustificadamente.

9 — Acórdão de 7 de Julho de 1992, Micheletti (C-369/90, Colect., p. I-4239).

10 — Acórdão Data Delecta e Forsberg, referido na nota 1, e acórdão de 20 de Março de 1997, Hayes (C-323/95, Colect., p. I-1711).

11 — Conclusões apresentadas respectivamente em 23 de Maio de 1996 e 28 de Janeiro de 1997.

17. Pelo contrário, merece atenção o raciocínio aduzido pelo Governo austríaco, segundo o qual a disposição controvertida da lei nacional é compatível com o direito comunitário porque ressalva as disposições em contrário previstas em acordos internacionais, com a consequência de excluir a exigência de caução em relação aos nacionais comunitários. Isto valeria, diga-se, também no que respeita ao EEE. A interpretação, adaptando-a, da norma em análise feita pelo Governo austríaco não modifica, antes confirma, o resultado a que cheguei: só que ela desloca a obrigação de respeito do preceito comunitário ou EEE do órgão legislativo, a quem competiria revogar ou modificar a disposição contrária ao princípio da não discriminação, para as instâncias judiciais, que estariam igualmente obrigadas a não a aplicar, para garantir o respeito das normas em que esse princípio é estabelecido. Seja como for, o que conta, para efeitos do processo submetido ao Tribunal de Justiça, é que as normas cuja tutela lhe compete tenham plena e imediata aplicação no ordenamento nacional. Por outro lado, mantém-se indiscutível a competência do Estado-Membro para as soluções de carácter constitucional consideradas aptas ou preferíveis para atingir tal resultado, desde que garantam a efectividade e a certeza dos direitos conferidos aos particulares pelo ordenamento comunitário ou do EEE [12]. Em todo o caso, os tribunais nacionais serão obrigados a considerar que a *cautio* controvertida não é aplicável ou oponível a um nacional comunitário ou do EEE [13].

IV — Conclusão

18. Com base nas considerações acima expostas, proponho que se responda do seguinte modo à questão submetida pelo Oberster Gerischtshof de Viena:

«O Tribunal de Justiça não é competente para se pronunciar sobre a questão prejudicial submetida pelo Oberster Gerischtshof de Viena, uma vez que os factos em que se baseia o litígio pendente naquele tribunal são anteriores à adesão da República da Áustria às Comunidades Europeias e não se incluem, portanto, no âmbito de aplicação temporal do Tratado CE.»

12 — Acórdãos de 20 de Março de 1986, Comissão/Países Baixos (C-72/85, Colect., p. 1219); de 15 de Outubro de 1986, Comissão/Itália (C-168/85, Colect., p. 2945), e de 24 de Março de 1988, Comissão/Itália (C-104/86, Colect., p. 1799).

13 — Acórdão de 9 de Março de 1978, Simmenthal (C-106/77, Colect., p. 243).

A título subsidiário, caso o Tribunal se considere competente para se pronunciar sobre a questão prejudicial, proponho que responda do seguinte modo:

«O artigo 4.° do acordo sobre o Espaço Económico Europeu opõe-se a que uma caução para as custas judiciais, como a prevista pelo § 57, n.° 2, do Código de Processo Civil austríaco, seja exigida aos nacionais dos Estados-Membros da Comunidade ou dos Estados partes no acordo EEE quando a mesma caução não é exigida, nas mesmas condições, aos nacionais austríacos.»