CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL L. A. GEELHOED

apresentadas em 8 de Novembro de 2001 [1]

I — Introdução

1. O Landesgericht Wels (República da Áustria), no exercício das suas competências de Handelsgericht, colocou, a título prejudicial, ao Tribunal de Justiça questões relativas à validade de um certo número de disposições de duas directivas relativas às sociedades [2] e à interpretação do Tratado.

2. No processo principal, o órgão jurisdicional de reenvio intimou uma sociedade, sob pena de sanção pecuniária compulsória, a satisfazer as suas obrigações de publicidade resultantes do direito das sociedades harmonizado. Esta sociedade apresentou reclamação dessa decisão no Landesgericht Wels. As questões do Landesgericht dizem respeito à compatibilidade das disposições em causa da directiva relativas à publicidade com o direito comunitário primário, o princípio jurídico geral da proporcionalidade, o direito fundamental da propriedade e o direito de exercício de uma actividade económica. Todavia, o Tribunal de Justiça deve, antes de mais, pronunciar-se sobre a sua competência para conhecer das questões prejudiciais. Com efeito, podemos interrogar-nos sobre a questão de saber se o Landesgericht Wels pode, no presente caso, ser qualificado de «órgão jurisdicional nacional» na acepção do artigo 234.° CE.

II — Enquadramento jurídico

A — *O direito comunitário*

3. Por força do artigo 2.°, n.° 1, alínea f), da Primeira Directiva, os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que a publicidade obrigatória relativa às sociedades abranja o balanço e a conta de ganhos e perdas de cada exercício.

4. O artigo 47.° da Quarta Directiva prevê que as contas anuais regularmente aprovadas e o relatório de gestão, assim como o relatório elaborado pela pessoa encarregada do controlo das contas, devem ser objecto de publicidade efectuada de acordo

1 — Língua original: neerlandês.

2 — Directiva 68/151/CEE, Primeira Directiva do Conselho, de 9 de Março de 1968, tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58.° do Tratado (que passou, após alteração, a artigo 48.°, segundo parágrafo, CE), a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade (JO L 65, p. 8; EE 17 F1 p. 3, denominada «directiva publicação» a seguir «Primeira Directiva»), e Directiva 78/660/CEE: Quarta Directiva do Conselho, de 25 de Julho de 1978, baseada no artigo 54.°, n.° 3, alínea g), do Tratado [que passou, após alteração, a artigo 44.°, n.° 2, alínea g), CE] e relativa às contas anuais de certas formas de sociedades (JO L 222, p. 11; EE 17 F1 p. 55, denominada «directiva contas anuais» a seguir «Quarta Directiva»).

com as modalidades previstas pela legislação de cada Estado-Membro em conformidade com o artigo 3.° da Primeira Directiva.

5. O artigo 54.°, n.° 3, alínea g), do Tratado CE [que passou, após alteração, a artigo 44.°, n.° 2, alínea g), CE] prevê que o Conselho e a Comissão exercerão as funções que lhes são confiadas nos termos do artigo 54.°, n.° 1, do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 44.°, n.° 1, CE) «coordenando as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58.° do Tratado CE (actual artigo 48.°, segundo parágrafo, CE), na medida em que tal seja necessário, e a fim de tornar equivalentes essas garantias».

B — *O direito nacional*

6. Na medida em que tal seja aqui relevante, o órgão jurisdicional de reenvio expôs o direito nacional aplicável do seguinte modo.

7. A fim de transpor as referidas disposições das Primeira e Quarta Directivas, a Áustria promulgou, em primeiro lugar, a Rechnungslegungsgesetz [3], com a nova versão resultante dos §§ 277 e 283 do Handelsgesetzbuch (a seguir igualmente «HGB»). A segunda lei de transposição, ou seja, a EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz [4] alargou a obrigação de publicidade, o que conclui a transposição integral da directiva.

8. Às grandes sociedades de capitais, na acepção do § 221 do HGB, aplica-se o § 277, n.° 1, do HGB, conforme alterado pela segunda lei de transposição, que dispõe o seguinte:

«Os representantes legais das sociedades de capitais devem apresentar, no Firmenbuchgericht [tribunal encarregado do registo comercial] da área da sede da sociedade de capitais, as contas anuais e o relatório de gestão aprovados na assembleia principal (assembleia geral), no prazo máximo de nove meses após o dia de fecho do balanço, acompanhados do texto de certificação ou de recusa ou das reservas a essa certificação; no mesmo prazo, devem ser apresentados o relatório do conselho de geral, a proposta de demonstração de resultados e a decisão sobre a sua utilização.

Se, para cumprimento deste prazo, forem apresentados as contas anuais e o relatório

3 — BGBl 475/1990.

4 — BGBl 304/1996.

de gestão sem os restantes documentos, devem imperativamente ser apresentados, após a sua elaboração, o relatório e a proposta, após a sua aprovação, as decisões, e, após a sua emissão, o texto de certificação. Se as contas anuais forem alteradas em virtude de fiscalização ou verificação posterior, deve essa alteração ser apresentada.»

9. O § 283, n.º 1, do HGB, conforme alterado pela segunda lei de transposição, prevê as seguintes sanções:

«Sob pena de aplicação judicial de uma sanção compulsória até ao montante de 50 000 ATS, são responsáveis os membros do conselho de administração (gerentes) ou os liquidatários, sem prejuízo das normas de direito comercial geral, pelo cumprimento do disposto nos §§ 244, 245, 247, 248, 270, 272 e 277 a 280, os membros do conselho de geral pelo cumprimento do disposto no § 270 e, no caso de filial ou sucursal no território nacional de uma sociedade com sede no estrangeiro, as pessoas com poderes de representação pelo cumprimento do disposto no § 280a.»

10. Em complemento, o § 24, n.º 1, da Firmenbuchgesetz (a seguir «FBG»)[5] dispõe que:

«Quem estiver obrigado a prestar uma declaração, a assinar ou a apresentar documentos no registo comercial, ou quem fizer uso de firma a que não se encontre ligado, está sujeito à aplicação judicial de uma sanção compulsória até ao montante de 50 000 ATS, para cumprimento das suas obrigações, ou para que deixe de fazer uso da firma, ou para que tome as medidas necessárias para legitimar o uso da firma.»

III — Matéria de facto, tramitação processual e questões prejudiciais

11. Encontra-se pendente no Landesgericht Wels um processo na acepção do § 227 do HGB. Este órgão jurisdicional nacional tinha intimado Lutz Gesellschaft mbH e o. (a seguir «Lutz e o.»), estabelecida em Wels, por decisão de 13 de Setembro de 1999, a apresentar, no prazo de quatro semanas, sob pena de uma sanção pecuniária compulsória de 10 000 ATS, os documentos previstos nos §§ 277 a 280a do HGB (contas anuais e relatório anual).

12. Dado que, segundo jurisprudência constante do Oberster Gerichtshof (Áustria), a ameaça de uma sanção pecuniária compulsória, como a prevista na decisão de

5 — Na redacção dada pelo BGBl 10/1991.

13 de Setembro de 1999, não é susceptível de recurso, Lutz e o. submeteram ao Verfassungsgerichtshof (Áustria) um pedido («Individualantrag»), para que fosse declarado que as disposições nacionais relativas à publicidade das contas anuais e do relatório de gestão são contrárias a certos direitos fundamentais e ao direito comunitário. Por decisão de 2 de Novembro de 1999, o Landesgericht Wels, no exercício das suas competências de Handelsgericht, prorrogou até à prolação do despacho do Verfassungsgerichtshof o prazo de apresentação dos documentos contabilísticos exigidos. O Verfassungsgerichtshof indeferiu o pedido de Lutz e o., por despacho de 29 de Novembro de 1999, porque uma sanção pecuniária compulsória pode ser suspensa até que seja decidido sobre a legalidade da obrigação cuja violação é acompanhada da sanção pecuniária compulsória.

13. Nos termos do artigo 234.° CE, o Landesgericht Wels, no exercício das suas competências de Handelsgericht, decidiu então, por despacho de 9 de Maio de 2000, *ex officio* e a pedido de Lutz e o. de 20 de Janeiro de 2000, colocar ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) As medidas previstas no artigo 2.°, n.° 1, alínea f), da Primeira Directiva 68/151/CEE e no artigo 47.° da Quarta Directiva 78/660/CEE, relativas à publicidade obrigatória das sociedades de capitais, violam o artigo 44.°, n.° 2, alínea g), CE, que confere o poder de coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades?

2) As medidas previstas no artigo 2.°, n.° 1, alínea f), da Primeira Directiva 68/151/CEE e no artigo 47.° da Quarta Directiva 78/660/CEE, quanto à publicidade obrigatória das sociedades de capitais, violam o artigo 44.°, n.° 2, alínea g), CE, quando não se verifiquem os imperativos da supressão das restrições à liberdade de estabelecimento ou da realização de outros objectivos do Tratado da União Europeia (em especial, a instituição de um quadro jurídico unitário)?

3) É compatível com o princípio geral da proporcionalidade a obrigação de publicidade prevista no artigo 2.°, n.° 1, alínea f), da Primeira Directiva 68/151/CEE conjugado com o artigo 47.° da Quarta Directiva 78/660/CEE, imposta às empresas sob pena de aplicação de sanções, do balanço e da conta de ganhos e perdas de cada exercício, que acarrete a divulgação de segredos comerciais, quando o previsto fim de protecção pode ser adequadamente alcançado através de medidas menos gravosas?

4) É compatível com o direito comunitário fundamental da propriedade a obrigação de publicidade prevista no artigo 2.°, n.° 1, alínea f), da Primeira Directiva 68/151/CEE conjugado com o artigo 47.° da Quarta Directiva

78/660/CEE, imposta às empresas sob pena de aplicação de sanções, do balanço e da conta de ganhos e perdas de cada exercício, que acarrete a divulgação de segredos comerciais, quando o previsto fim de protecção pode ser adequadamente alcançado através de medidas menos gravosas?

5) É compatível com o direito comunitário fundamental da liberdade de exercício de uma actividade comercial a obrigação de publicidade prevista no artigo 2.°, n.° 1, alínea f), da Primeira Directiva 68/151/CEE conjugado com o artigo 47.° da Quarta Directiva 78/660/CEE, imposta às empresas sob pena de aplicação de sanções, do balanço e da conta de ganhos e perdas de cada exercício, que acarrete a divulgação de segredos comerciais, quando o previsto fim de protecção pode ser adequadamente alcançado através de medidas menos gravosas?»

14. Conforme o disposto no artigo 20.° do Estatuto do Tribunal de Justiça, foram apresentadas observações escritas por Lutz e o., pelos Governos espanhol, italiano e austríaco, bem como pelo Conselho e pela Comissão. A audiência, na qual compareceram, Lutz e o., o Governo italiano, o Conselho e a Comissão, realizou-se em 25 de Outubro de 2001.

IV — A competência do Tribunal de Justiça

15. Durante a fase escrita, não foi formulada qualquer observação quanto à competência do Tribunal de Justiça para responder às questões colocadas pelo Landesgericht Wels. Depois de o Tribunal de Justiça ter convidado as partes a pronunciarem-se por escrito quanto a este ponto, o problema foi examinado na audiência.

16. Por força do artigo 234.°, primeiro parágrafo, CE, o Tribunal de Justiça é competente para decidir, a título prejudicial, nomeadamente, sobre a interpretação do Tratado e dos actos adoptados pelas instituições da Comunidade. O segundo parágrafo deste artigo acrescenta que os órgãos jurisdicionais nacionais podem, se considerarem que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal de Justiça que sobre ela se pronuncie.

17. O Tribunal de Justiça decidiu entretanto num certo número de processos que os órgãos jurisdicionais que satisfazem as exigências de ordem institucional — como no caso vertente —, mas que utilizam o processo prejudicial numa qualidade em que não exercem uma função jurisdicional, não são órgãos jurisdicionais na acepção do artigo 234.° CE. Nesses casos, examinam uma determinada situação administrativa sob uma forma jurisdicional e o Tribunal de Justiça declara-se incompetente para responder às questões colocadas. Esta juris-

prudência foi iniciada pelo acórdão Job Centre I [6], e recentemente confirmada pelo acórdão Salzmann [7] e pelo despacho do Tribunal de Justiça no processo HSB-Wohnbau GmbH [8].

18. No processo Job Centre I, as questões prejudiciais tinham sido colocadas pelo Tribunale civile e penale di Milano, a quem tinha sido submetido um pedido de homologação do acto constitutivo de uma sociedade pelo processo de «jurisdição voluntária». Segundo o Código Civil italiano, o Tribunale ordena a inscrição da sociedade no registo se verificar que os estatutos dessa sociedade satisfazem as condições previstas pela lei, depois de ouvido o Ministério Público. O Tribunal de Justiça considerou que os órgãos jurisdicionais nacionais só podem colocar questões prejudiciais «se perante eles se encontrar pendente um litígio e se forem chamados a pronunciar-se no âmbito de um processo que deva conduzir a uma decisão de carácter jurisdicional [...]». Ora, não era esse o caso. O Tribunal de Justiça verificou nesse processo que o juiz de reenvio «exerce uma função não jurisdicional, que, aliás, noutros Estados-Membros é confiada a autoridades administrativas. Com efeito, desempenha uma função de autoridade administrativa sem, ao mesmo tempo, ser chamado a decidir um litígio» [9].

19. O processo Salzmann dizia respeito a um reenvio prejudicial do Bezirksgericht Begrenz no âmbito da inscrição no registo predial de um contrato de compra e venda de um terreno para construção. Segundo a lei federal austríaca sobre o registo predial de 1955, o Bezirksgericht é competente para inscrever transacções imobiliárias no registo predial. Para o efeito, examina se um pedido de inscrição preenche as condições previstas na lei. O Tribunal de Justiça decidiu no seu acórdão de 14 de Junho de 2001 que, nesse caso, o Bezirksgericht não decide um litígio, mas é convidado a pronunciar-se sobre a questão de saber se o pedido preenche as condições legais. No âmbito desta actividade, exerce uma função não jurisdicional. A demandante no processo principal tinha alegado que submetera ao Bezirksgericht no âmbito de um procedimento qualificado de «Rekurs» um pedido de inscrição do seu direito de propriedade no registo predial, dado que um Rechtspfleger — um funcionário judicial — tinha indeferido o seu pedido na primeira instância, mas o Tribunal de Justiça verifica que o «Rekurs» da decisão do Rechtspfleger tem a natureza de uma reclamação administrativa interna ao órgão considerado [10].

20. No processo HSB-Wohnbau, o Tribunal de Justiça, por despacho de 10 de Julho de 2001, declarou-se manifestamente incompetente para responder às questões colocadas. O Amtsgericht — Registergericht — Heidelberg tinha convidado o Tribunal de Justiça a decidir a título prejudicial sobre a interpretação dos artigos 43.° e 48.° CE na sequência de um diferendo relativo à inscrição no registo comercial alemão da transferência da sede social de uma GmbH da Alemanha para Espanha, sobre o qual o Amtsgericht se devia pronunciar por decisão. Resulta do despacho de reenvio que o Amtsgericht submeteu o

6 — Acórdão de 19 de Outubro de 1995 (C-111/94, Colect., p. I-3361).

7 — Acórdão de 14 de Junho de 2001 (C-178/99, Colect., p. I-4421).

8 — Despacho de 10 de Julho de 2001 (C-86/00, Colect., p. I-5353).

9 — Acórdão Job Centre I, já referido, n.os 9 a 11.

10 — Acórdão Salzmann, já referido, n.os 13 a 22. V., em especial, no que respeita à posição do Rechtspfleger no processo, as minhas conclusões nesse processo, (Colect., p. I-4423), n.os 38 a 43.

assunto ao Tribunal de Justiça na sua qualidade de autoridade encarregada do registo comercial na Alemanha e no âmbito de um processo relativo a uma inscrição nesse registo. O Amtsgericht é a primeira autoridade a conhecer do pedido de inscrição da sociedade. Daí resulta, segundo o Tribunal de Justiça, que o Amtsgericht não exerce a respeito desta inscrição uma função jurisdicional [11].

21. É necessário deduzir destes três processos que as actividades em causa têm carácter administrativo, e não carácter jurisdicional, com base nas seguintes circunstâncias:

— as questões foram colocadas no âmbito de processos em que o pedido respeita à inscrição de uma situação jurídica determinada num registo;

— à autoridade de reenvio foi solicitado que se pronunciasse em primeira instância sobre um pedido de inscrição;

— antes de proceder à inscrição, as autoridades de reenvio limitam-se a verificar que o pedido preenche as condições legais;

— existe contra a decisão a via do recurso judicial.

22. No presente processo, a decisão de reenvio dá poucas informações sobre as circunstâncias factuais do caso concreto. É um facto que o órgão jurisdicional de reenvio e as partes que apresentaram observações escritas referiram as disposições mais pertinentes. Em minha opinião, pode-se deduzir da legislação austríaca relativa às obrigações de publicidade e da legislação relativa à organização judiciária que o Landesgericht Wels, no exercício das suas competências de Handelsgericht, colocou as questões prejudiciais não na qualidade de autoridade jurisdicional, mas no âmbito de actividades de natureza administrativa.

23. A principal diferença com os referidos processos Job Centre I, Salzmann e HSB-Wohnbau é que ao juiz nacional não é submetido um pedido de inscrição de uma determinada situação jurídica num registo. O Landesgericht Wels, no exercício das suas competências de Handelsgericht, tem a seu cargo o registo comercial. Nos termos do Handelsgesetzbuch, as contas anuais e os documentos respeitantes às mesmas devem ser depositados para efeitos de publicidade. No desempenho desta tarefa administrativa, o Handelsgericht pode intimar as sociedades, sob pena de sanção pecuniária compulsória, a apresentarem estes documentos. Por força do § 24 da FBG, a qualquer sociedade que não satisfaça a sua obrigação no prazo fixado pode ser aplicada uma sanção pecuniária compulsória. Além disso, o Handelsgericht é competente para se pronunciar em primeira

11 — Despacho HSB-Wohnbau, já referido, n.os 14 a 17.

instância sobre assuntos relativos à publicidade [12].

24. O Handelsgericht deve apenas verificar se não estão preenchidas as condições legais de publicidade. Com base em tal, pode intimar a sociedade relapsa a apresentar os documentos contabilísticos. A sanção pecuniária compulsória é essencialmente administrativa destinando-se a incentivar a sociedade em causa a satisfazer as suas obrigações legais e é frequente em direito austríaco. É imposta automaticamente. O Handelsgericht só tem competência discricionária para determinar o montante da mesma [13]. Se o Handelsgericht fizer uso destas competências, está vinculado pelas disposições legais exaustivas do Handelsgesetzbuch e da Firmenbuchgesetz [14].

25. Contra uma decisão ordenando a apresentação dos documentos e ameaçando com uma sanção pecuniária compulsória, a sociedade pode, em direito austríaco, reclamar junto do Handelsgericht que proferiu a decisão («Vorstellung») ou interpor um recurso no Oberlandesgericht («Rekurs») [15]. No caso vertente, Lutz e o. apresentaram ao Handelsgericht uma reclamação da decisão de 13 de Setembro de 1999. Ao agirem deste modo, parece-me evidente que, no presente processo, houve uma reclamação administrativa contra a decisão [16].

26. Assim, o Landesgericht Wels colocou as questões prejudiciais no âmbito de um processo de reclamação administrativa, no exercício de uma função não jurisdicional, mas sim administrativa. Estas questões não emanam assim de um órgão jurisdicional exercendo uma função jurisdicional na acepção do artigo 234.° CE. O Tribunal de Justiça não é competente para responder às mesmas [17].

27. A sociedade que deseje contestar a decisão que ordena a publicidade e a sanção pecuniária compulsória que a acompanha pode recorrer ao Oberlandesgericht. Se este órgão jurisdicional tiver de se pronunciar sobre a legalidade da obrigação imposta e da sanção pecuniária compulsória que a acompanha em sede de recurso na qualidade de órgão jurisdicional, pode pedir ao Tribunal de Justiça que se pronuncie a título prejudicial.

12 — V. § 120, n.° 1, da FBG. As actividades em questão são aliás desempenhadas por um juiz singular («Einzelrichter»), v. § 7a, n.° 3, da Juridiktionsnorm (na última redacção do BGBl 140/1997).

13 — Esta eleva-se, por força do § 24, n.os 1 e 2, da FBG, respectivamente a 50 000 ATS no máximo e — se não for dado seguimento à primeira intimação no prazo de dois meses — 100 000 ATS no máximo.

14 — V., em especial, §§ 282, n.° 1, do HGB, e 24 da FBG.

15 — V. § 9 da Ausserstreitgesetz (RGBl 208/1854).

16 — Neste sentido, v. também acórdão Salzmann, já referido, n.° 21.

17 — A este respeito, v. igualmente as conclusões do advogado-geral D. Ruiz-Jarabo, de 28 de Junho de 2001, no processo C-17/00, De Coster. Nas mesmas, o advogado-geral propõe uma nova definição do conceito de órgão jurisdicional na acepção do artigo 234.° CE. Como regra geral, preconiza que o Tribunal de Justiça devia ser competente para responder às questões prejudiciais colocadas por todas as instâncias que façam parte da organização judiciária nacional. Todavia, acompanhada esta proposta da condição de o órgão de reenvio dever, além disso, exercer a sua competência jurisdicional (n.° 85).

V — Conclusão

28. Atendendo ao que precede, proponho que o Tribunal de Justiça declare que não é competente para responder às questões colocadas pelo Landesgericht Wels no seu despacho de 9 de Maio de 2000.