CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
F. G. JACOBS
apresentadas em 16 de Setembro de 2004 [1]

1. A questão principal no presente processo diz respeito à distinção, no âmbito da Convenção de Bruxelas [2], entre contratos celebrados pelos consumidores e contratos em geral.

2. Em especial, como deve ser decidido em que categoria se inclui um contrato quando é celebrado por um agricultor para a aquisição de telhas para o telhado de uma casa de quinta que é por ele utilizada em parte com carácter privado, como residência familiar, e em parte para fins agrícolas, para gado e forragens para os animais?

3. Além disso, outras questões, mais técnicas, dizem respeito às fases da celebração de um contrato por um consumidor que, para efeitos da aplicação da disposição relevante da Convenção, deve ser efectuado no Estado do domicílio do consumidor.

Convenção de Bruxelas

4. A Convenção de Bruxelas aplica-se em matéria civil e comercial. O título II reparte a competência para julgar entre os Estados contratantes. A regra básica, constante do artigo 2.º, é a de que as pessoas domiciliadas no território de um Estado contratante devem ser demandadas perante os tribunais desse Estado. No entanto, como excepção a esta regra, para julgar determinados tipos de acções são competentes outros tribunais.

5. O artigo 5.º, n.º 1, da Convenção atribui competência «em matéria contratual» ao «tribunal do lugar onde a obrigação que serve de fundamento ao pedido foi ou deva ser cumprida».

1 — Língua original: inglês.

2 — De 27 de Setembro de 1968, relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Foi publicada uma versão consolidada da Convenção, na redacção dada pelas quatro subsequentes convenções de adesão — versão pertinente no presente processo —, no JO 1998, C 27, p. 1. Desde 1 de Março de 2002 (depois dos factos do presente processo), a Convenção foi substituída, excepto em relação à Dinamarca e determinados territórios ultramarinos dos Estados-Membros, pelo Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO 2001, L 12, p. 1).

6. A secção 4 do título II da Convenção, que inclui os artigos 13.º a 15.º, intitula-se «Competência em matéria de contratos celebrados pelos consumidores». O artigo 13.º prevê, na parte relevante:

«Em matéria de contrato celebrado por uma pessoa para finalidade que possa ser considerada estranha à sua actividade comercial ou profissional, a seguir denominada 'o consumidor', a competência será determinada pela presente secção [...]:

1. Quando se trate de empréstimo a prestações de bens móveis corpóreos;

2. Quando se trate de empréstimo a prestações ou de outra operação de crédito relacionados com o financiamento da venda de tais bens;

3. Relativamente a qualquer outro contrato que tenha por objecto a prestação de serviços ou o fornecimento de bens móveis corpóreos se:

a) A celebração do contrato tiver sido precedida no Estado do domicílio do consumidor de uma proposta que lhe tenha sido especialmente dirigida ou de anúncio publicitário; e

b) O consumidor tiver praticado nesse Estado os actos necessários para a celebração do contrato.

[...]»

7. O artigo 14.º prevê que um consumidor pode intentar uma acção contra a outra parte no contrato, «quer perante os tribunais do Estado contratante em cujo território estiver domiciliada essa parte, quer perante os tribunais do Estado contratante em cujo território estiver domiciliado o consumidor».

Matéria de facto e tramitação processual

8. J. Gruber é agricultor na Áustria, próximo da fronteira com a Alemanha. A sua propriedade inclui uma quinta, numa parte da qual (62% da área útil, de acordo com o que foi referido) vive com a sua família utilizando o restante espaço como pocilga e para armazenar forragens, e construções separadas que incluem outra pocilga, um armazém para máquinas e alguns silos de forragens.

9. A Bay Wa AG explora vários estabelecimentos na Alemanha. Em Pocking, não

muito longe da fronteira com a Áustria, explora um estabelecimento de materiais de construção e de produtos para jardim. A secção de materiais de construção e produtos para jardim publicou folhetos publicitários, que também foram distribuídos na Áustria.

10. J. Gruber tomou conhecimento da Bay Wa através dos folhetos publicitários. Pretendendo colocar telhas novas no telhado da casa, J. Gruber pediu informações, por telefone, sobre a gama de telhas e os preços, embora não houvesse qualquer menção específica a telhas no material publicitário. Apresentou-se indicando o seu nome e morada, sem referir que era agricultor. O empregado com quem falou telefonou-lhe passado algum tempo e fez-lhe uma proposta. O recorrente no processo principal quis examinar as telhas, pelo que se deslocou às instalações da BayWa.

11. Aí, foi-lhe apresentada uma proposta escrita. J. Gruber comunicou que era agricultor e que tencionava cobrir o telhado da sua casa da quinta com telhas. Afirmou que tinha ainda outros anexos, essencialmente utilizados para fins agrícolas, mas não mencionou se a construção a cobrir com telhas era utilizada predominantemente para fins agrícolas ou privados.

12. No dia seguinte, J. Gruber telefonou da sua casa na Áustria para a Bay Wa para informar que aceitava a proposta. A BayWa enviou ao banco de J. Gruber um fax com a confirmação do contrato.

13. Quando da realização das obras de cobertura com as telhas, J. Gruber detectou consideráveis diferenças de cor, não obstante a garantia dada pela Bay Wa de que a cor seria uniforme. Nestes termos, intentou uma acção contra a BayWa nos tribunais austríacos, ao abrigo da garantia e a título de reparação dos danos, pedindo a restituição do preço das telhas e o pagamento das despesas de destelhamento e colocação de novo telhado e uma declaração da responsabilidade da recorrida por futuros encargos.

14. J. Gruber entende que são competentes os tribunais austríacos, baseando-se nos artigos 13.º e seguintes da Convenção de Bruxelas, o que a Bay Wa contestou. O tribunal de primeira instância considerou que era competente com base no facto de a acção dizer respeito a um contrato celebrado por um consumidor na acepção dessas disposições, mas essa decisão foi anulada em sede de recurso. O processo está actualmente pendente no Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal), que suspendeu a instância e colocou as seguintes questões ao Tribunal de Justiça, para decisão a título prejudicial:

«1) Para determinar a qualidade de 'consumidor', para efeitos do artigo 13.º da Convenção de Bruxelas, em caso de carácter parcialmente privado da operação, deve atender-se ao predomínio da finalidade privada ou da finalidade

comercial/profissional, e quais os critérios decisivos para determinar o predomínio da finalidade privada ou da finalidade comercial/profissional?

2) Deve a finalidade ser determinada em função das circunstâncias objectivamente reconhecíveis pelo co-contratante do consumidor?

3) Um contrato que possa ser considerado como relativo tanto à actividade privada como à actividade comercial/profissional deve, em caso de dúvida, ser considerado como um contrato celebrado pelo consumidor?

4) Deve entender-se que a celebração do contrato é precedida de anúncio publicitário, na acepção do artigo 13.°, [primeiro parágrafo], ponto 3, alínea a), da Convenção de Bruxelas, também quando o futuro co-contratante do consumidor distribuiu folhetos publicitários relativos aos seus produtos no Estado contratante do domicílio do consumidor, mas o produto subsequentemente adquirido pelo mesmo não é neles referido?

5) Está-se perante um contrato celebrado pelo consumidor, na acepção do artigo 13.° da Convenção de Bruxelas, quando o vendedor tenha formulado, por telefonema ao comprador, domiciliado noutro Estado, uma proposta que não foi aceite, mas o produto oferecido tenha sido subsequentemente adquirido pelo comprador no seguimento de uma proposta escrita?

6) Deve considerar-se que, nos termos do artigo 13.°, [primeiro parágrafo], ponto 3, alínea b), da Convenção de Bruxelas, o consumidor praticou no seu Estado os actos necessários para a celebração do contrato quando aceita uma proposta feita no Estado do domicílio do co-contratante por telefonema a partir do seu Estado?»

15. Apresentaram observações as partes no processo principal, os Governos austríaco, alemão, italiano, português e sueco, bem como a Comissão. Na audiência de 24 de Junho de 2004, apresentaram observações orais J. Gruber, o Governo italiano e a Comissão.

Classificação como contrato celebrado por um consumidor

16. As questões conexas suscitadas pelas três primeiras perguntas do órgão jurisdicional nacional são todas de alcance geral e podem ser convenientemente examinadas

em conjunto, embora prefira analisá-las em termos ligeiramente diferentes daqueles em que foram colocadas.

17. A questão essencial é a de saber se um contrato «misto» do tipo do que foi celebrado por J. Gruber com a Bay Wa deve ser considerado um contrato celebrado por um consumidor na acepção da Convenção de Bruxelas.

18. A esse respeito, o órgão jurisdicional de reenvio pretende igualmente saber as circunstâncias a ter em conta na apreciação e se devem ser objectivamente reconhecíveis pelo vendedor.

19. Como se verá, a resposta a estas questões parece-me razoavelmente evidente. No entanto, é útil analisar primeiro os antecedentes das disposições da Convenção de Bruxelas relativas aos contratos celebrados por consumidores e a interpretação que lhes é dada pelo Tribunal de Justiça.

Antecedentes

20. O artigo 13.º da versão original da Convenção de Bruxelas dizia respeito a contratos em matéria de venda a prestações de coisas móveis corpóreas, ou de empréstimo a prestações directamente relacionado com o financiamento da venda de tais bens. Não fazia referência a outras prestações de bens ou serviços ou ao comprador como agindo «para finalidade que possa ser considerada estranha à sua actividade comercial ou profissional».

21. A presente redacção foi introduzida pela convenção de adesão de 1978 [3]. O relatório Schlosser [4] sobre o projecto dessa convenção explica que o desenvolvimento foi originado por uma preocupação crescente de protecção dos consumidores nas relações transfronteiriças. Propôs-se o «alargamento da [...] secção 4 do título II numa secção relativa à competência em matéria de contratos celebrados pelos consumidores, esclarecendo simultaneamente que essa protecção especial apenas se aplica ao consumidor final, dela se encontrando excluídas as pessoas que, no exercício da sua actividade profissional, se comprometem a pagar a prestações os bens e serviços utilizados».

22. O essencial da definição de contrato celebrado por consumidores foi extraído do artigo 5.º do então projecto preliminar de convenção sobre a lei aplicável às obrigações

3 — Convenção de 9 de Outubro de 1978, relativa à adesão do Reino da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte à Convenção relativa à competência jurisdicional e à execução de decisões em matéria civil e comercial, bem como ao Protocolo relativo à sua interpretação pelo Tribunal de Justiça (JO 1978, L 304, p. 1).

4 — JO 1979, C 59, p. 71, pontos 153 a 161, pp. 225 a 227; a versão portuguesa deste relatório foi publicada no JO C 189, de 28 de Julho de 1990, p. 184.

contratuais e não contratuais, que mais tarde se tornou — apenas em relação às obrigações contratuais — a Convenção de Roma, a que o relatório Schlosser faz referência [5].

23. O artigo 5.º da Convenção de Roma prevê fundamentalmente que a escolha pelas partes da lei aplicável não pode ter como consequência privar o consumidor privado da protecção que lhe garantem as disposições imperativas da lei do país em que tenha a sua residência habitual. Define um contrato celebrado por um consumidor essencialmente da mesma maneira que a Convenção de Bruxelas como sendo aquele que tem por objecto «o fornecimento de bens móveis corpóreos ou de serviços a uma pessoa, o 'consumidor', para uma finalidade que pode considerar-se estranha à sua actividade profissional».

24. O relatório Giuliano-Lagarde [6] sobre o projecto de convenção elucida ainda mais este conceito:

«A definição de contratos celebrados por consumidores corresponde à do artigo 13.º da Convenção relativa à competência judiciária e à execução das decisões em matéria civil e comercial. Deveria ser interpretada à luz do objectivo pretendido, que é o de proteger a parte mais fraca, e em conformidade com outros instrumentos internacionais com o mesmo objectivo, tais como a Convenção relativa à competência judiciária e à execução das decisões. Assim, [...] a regra não se aplica aos contratos celebrados por comerciantes, industriais ou pessoas que exerçam uma profissão liberal (por exemplo, médicos) e que comprem equipamento ou obtenham serviços para o exercício das suas actividades profissionais. Se uma dessas pessoas agir em parte [no âmbito da sua actividade profissional e em parte fora, a situação só se inclui] no âmbito aplicação do artigo 5.º se essa pessoa agir essencialmente fora do âmbito da sua actividade profissional. Quando o destinatário do bem móvel corpóreo, do serviço ou do crédito tiver com efeito agido essencialmente fora do âmbito da sua actividade profissional, mas que a outra parte não tenha tido conhecimento e, tendo em conta os elementos, não pudesse ter tido conhecimento desse facto, [a] situação fica excluída do âmbito de aplicação do artigo 5.º»

25. O conceito de contratos celebrados por consumidores dos artigos 13.º e seguintes da Convenção de Bruxelas foi tomado em consideração pelo Tribunal de Justiça em

5 — JO 1980, L 266, p. 1; EE 01 F3 p. 36; v. relatório Schlosser, ponto 155.

6 — JO 1980, C 282, p. 1, especialmente p. 23; a versão portuguesa deste relatório foi publicada no JO C 327, de 12 de Dezembro de 1992, p. 1, especialmente p. 21.

especial nos acórdãos Shearson Lehman Hutton [7] e Benincasa [8].

26. No acórdão Shearson Lehman Hutton, o Tribunal de Justiça identificou o fundamento das disposições como sendo a «preocupação de proteger o consumidor enquanto parte do contrato reputada economicamente mais fraca e juridicamente menos experiente do que o seu co-contratante e que, por isso, não deve ser desencorajado de actuar judicialmente pelo facto de ser obrigado a intentar uma acção junto dos órgãos jurisdicionais do Estado em cujo território o seu co-contratante tem o seu domicílio» [9].

27. No entanto, também apresentou razões para não interpretar o termo «consumidor» de forma demasiado ampla nesse contexto: a norma de competência em questão é uma derrogação da regra geral do artigo 2.º; além dessas derrogações expressas, a convenção é hostil à atribuição de competência aos órgãos jurisdicionais do Estado do domicílio do requerente; e a função de protecção que desempenham estas disposições implica que a derrogação não seja alargada a pessoas para as quais essa protecção não se justifica [10]. Como tal, o termo apenas se aplica «ao consumidor final privado, não envolvido em actividades comerciais ou profissionais» [11].

28. No acórdão Benincasa, o Tribunal de Justiça confirmou esta abordagem e especificou que «há que atender à posição dessa pessoa num contrato determinado, em conjugação com a natureza e finalidade deste, e não à situação subjectiva dessa mesma pessoa. [...] [U]ma mesma pessoa pode ser considerada consumidor no âmbito de determinadas operações e operador económico no âmbito de outras. [...] [S]ó os contratos celebrados com o objectivo de satisfazer as próprias necessidades de consumo privado de um indivíduo ficam sob a alçada das disposições que protegem o consumidor enquanto parte considerada economicamente mais débil. A protecção especial que essas disposições pretendem assegurar não se justifica em casos de contratos cujo objectivo é uma actividade profissional, ainda que futura, dado que o carácter futuro de uma actividade nada retira à sua natureza profissional [...]» [12].

Argumentos das partes

29. Pelo exposto, todas as partes que apresentaram observações consideram que a aplicação dos artigos 13.º e seguintes não é precludida no caso de contratos «mistos». Também existe um consenso geral de que a natureza desses contratos deve ser determinada pelo seu elemento predominante. No entanto, as opiniões dividem-se quanto às circunstâncias nas quais os aspectos de «consumidor» de um contrato deviam ser considerados predominantes para esse efeito.

7 — Acórdão de 19 de Janeiro de 1993 (C-89/91, Colect., p. I-139).
8 — Acórdão de 3 de Julho de 1997 (C-269/95, Colect., p. I-3767).
9 — V. n.º 18 do acórdão.
10 — V. n.ºs 16, 17 e 19 do acórdão.
11 — V. n.º 22 do acórdão.
12 — V. n.ºs 16 e 17 do acórdão.

Em termos amplos, podem dividir-se as opiniões em duas categorias.

30. Em linhas gerais, uma das teses é de que deve ser dada preferência, nomeadamente em casos de dúvida, à classificação como contrato celebrado por consumidores dada a preocupação de protecção dos consumidores. O objectivo da derrogação é a protecção dos consumidores, considerada a parte economicamente mais fraca e juridicamente menos experiente que o co-contratante, não sendo obrigado a intentar uma acção junto dos órgãos jurisdicionais de outro Estado contratante. Não deve ser negada protecção a quem estiver nesta posição.

31. A outra tese defende uma interpretação estrita dos artigos 13.° e seguintes, classificando um contrato como incluído na actividade comercial ou profissional do cliente em caso de dúvida, visto que aquelas disposições constituem uma derrogação à competência dos órgãos jurisdicionais do lugar de cumprimento da obrigação nos termos do artigo 5.°, n.° 1, que já por si é uma derrogação à regra geral do artigo 2.° segundo o qual as pessoas domiciliadas no território de um Estado contratante devem ser demandadas perante os órgãos jurisdicionais desse Estado (*actor sequitor forum rei*). Como derrogação a favor dos órgãos jurisdicionais nacionais do Estado do domicílio do requerente, à qual a convenção é em geral hostil, é particularmente excepcional. O Tribunal de Justiça tem declarado de forma reiterada que tais derrogações devem ser objecto de interpretação estrita e tem-no afirmado especificamente em relação aos artigos 13.° e seguintes.

32. Quanto às circunstâncias a ter em consideração, existe uma diversidade de pontos de vista. Alguns argumentam que a percentagem de bens adquiridos efectivamente utilizados ou destinados para cada finalidade deve ser um factor determinante, enquanto outros assinalam as dificuldades inerentes em confiar em considerações meramente quantitativas. J. Gruber alega que a intenção do cliente deve ser determinante, mas que uma empresa cuja publicidade se dirige a privados deve, em todo o caso, esperar lidar com consumidores. Outros alegam que se devem ter em conta os termos do próprio contrato ou uma gama de outros factores objectivos — como a utilização, pelo cliente, de papel timbrado comercial, a natureza dos bens ou serviços e a sua relação com a actividade do cliente, a quantidade de bens encomendados ou o contexto socioeconómico conhecido — que podem revelar uma conexão provável com a actividade comercial ou profissional do cliente. Os Governos italiano, português e sueco consideram irrelevante o estado do conhecimento do vendedor, ao passo que todas as outras partes que apresentaram observações consideram-no relevante.

Apreciação

33. Como referi, a questão essencial é saber se um contrato «misto» do tipo do celebrado por J. Gruber com a BayWa deve ser considerado um contrato celebrado por

consumidores na acepção da Convenção. Existem três pontos a ter em consideração.

34. Em primeiro lugar, na verdade é o contrato, e não o cliente, que deve ser objecto de classificação. Não existe qualquer estatuto de consumidor ou não consumidor: o que conta é a qualidade em que o cliente actuava quando celebrou o contrato em causa. É o que decorre da letra do artigo 13.°, tendo sido sublinhado pelo Tribunal de Justiça, nomeadamente no processo Benincasa.

35. Em segundo lugar, o contrato deve ser classificado como um todo, não podendo ser segmentado. Com efeito, neste âmbito não estamos perante um «contrato misto», existindo apenas contratos celebrados por consumidores e outros contratos. É o que decorre mais uma vez da redacção do artigo 13.° e é também um dos objectivos essenciais da Convenção de Bruxelas: o de evitar uma multiplicação de tribunais com competência sobre a mesma matéria, em especial sobre um mesmo contrato [13]. Seria absurdo e contrário ao próprio objectivo da Convenção se um tribunal tivesse competência num litígio relativamente a uma parte do valor do contrato, enquanto outro tribunal tinha competência sobre a parte restante. Um contrato do tipo do que está em causa deve, por conseguinte, ser abrangido ou pelo artigo 5.°, n.° 1, ou pelos artigos 13.° e seguintes.

13 — V., por exemplo, acórdãos de 13 de Dezembro de 2001, Gabriel (C-96/00, Colect., p. I-6367, n.° 57); de 10 de Abril de 2003, Pugliese (C-437/00, Colect., p. I-3573, n.° 16); e de 5 de Fevereiro de 2004, DFDS Torline (C-18/02, Colect., p. I-1417, n.° 26).

36. Em terceiro lugar, e o mais importante, o objectivo dos artigos 13.° e seguintes é permitir a um consumidor privado — que, no contexto de um determinado contrato, está habitualmente numa posição mais fraca do que o vendedor, quer em termos económicos quer em termos de experiência comercial e jurídica e de recursos — intentar uma acção contra o vendedor em questão. É o que resulta claramente do relatório Giuliano-Lagarde e da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa aos artigos 13.° e seguintes. Em meu entender, é esta consideração que indica o caminho a seguir em relação aos contratos do tipo em causa.

37. É concedida aos consumidores protecção especial, e excepcional, pelo facto de, quando celebram um contrato nessa qualidade, estarem numa posição mais fraca do que o vendedor que actua no quadro da sua actividade comercial ou profissional.

38. Embora seja evidente que podem existir contratos nos quais a realidade seja diferente, a Convenção não exige que a fraqueza relativa da posição do consumidor seja apreciada em cada caso, mas, no interesse da segurança jurídica, considera que uma pessoa que adquire bens ou serviços para uma finalidade fora da sua actividade comercial ou profissional está numa posição mais fraca do que a do vendedor.

39. Por isso, deve considerar-se que uma pessoa que, ao invés, adquire esses produtos para uma finalidade incluída na esfera da sua actividade comercial ou profissional está em pé de igualdade com o vendedor, não tendo direito à protecção excepcional.

40. Sempre que um contrato seja celebrado para responder a uma necessidade simultaneamente privada e comercial ou profissional, pode ser possível determinar a proporção do contrato incluída em cada categoria. No entanto, não é possível considerar que o cliente esteja, nessa proporção ou de facto em qualquer outra proporção, tanto numa posição mais fraca do que o vendedor e ao mesmo tempo em pé de igualdade com ele no que respeita a um mesmo contrato.

41. Se um contrato for celebrado para fins comerciais ou profissionais do cliente, deve considerar-se que este está em pé de igualdade com o vendedor. Essa posição de igualdade — a sua presumida experiência comercial e jurídica e recursos em relação aos do vendedor — não pode ser posta em causa pelo facto de o contrato servir igualmente fins privados. O mesmo é válido qualquer que seja a importância relativa dos dois tipos de fins, desde que ambos sejam significativos.

42. Em consequência, a pessoa que celebrar um contrato para fins que estão em parte dentro e em parte fora da sua actividade comercial ou profissional não pode beneficiar da protecção excepcional concedida pelos artigos 13.º e seguintes da Convenção de Bruxelas, a menos que o fim comercial ou profissional seja irrelevante.

43. Esta conclusão é não apenas sustentada pelas considerações de ordem política expostas nos relatórios Schlosser e Giuliano-Lagarde e imposta pela lógica subjacente à protecção em questão, derivando também da jurisprudência do Tribunal de Justiça com a consequência de que, como derrogação à regra geral e em especial como derrogação que atribui competência aos órgãos jurisdicionais, aquelas disposições devem ser interpretadas de maneira estrita, não sendo alargadas a pessoas em relação às quais a protecção não se justifica.

44. O órgão jurisdicional nacional pretende igualmente saber se as partes do contrato que servem fins privados e comerciais ou profissionais do cliente devem ser objectivamente reconhecíveis pelo vendedor.

45. Perante a posição acima assumida, o órgão jurisdicional a que foi submetida a acção deve determinar, em caso de desacordo, se o contrato serviu de forma relevante uma finalidade incluída na esfera comercial ou profissional do cliente.

46. Essa determinação deve ser efectuada com base nas provas e concordo com a posição tomada em várias observações apresentadas ao Tribunal de Justiça de que o contexto global é relevante.

47. Caso se conclua com base na prova que o contrato serviu, em medida considerável, um fim dentro da esfera comercial ou profissional do cliente, então os artigos 13.º e seguintes não são aplicáveis, sendo irrelevante se o fim em questão era objectivamente reconhecível pelo vendedor ou não.

48. Se se chegar à conclusão de que não havia um fim comercial ou profissional relevante, o contrato deve ser classificado como contrato celebrado por um consumidor. Nesta hipótese, a única dificuldade seria se, não obstante a conclusão, o vendedor tivesse ainda assim motivo razoável para acreditar, pelas circunstâncias da situação, que o contrato foi celebrado para um fim dentro da esfera comercial ou profissional do cliente.

49. Nessa situação, parece-me que ao consumidor não pode ser negada a protecção dos artigos 13.º e seguintes da Convenção, a menos que se tivesse comportado de maneira que levasse à conclusão óbvia de que estava a actuar na sua qualidade comercial ou profissional, podendo assim considerar-se que actuou como estando a celebrar um contrato no âmbito da sua actividade.

50. Embora as disposições dos contratos celebrados por consumidores não possam ser entendidas como forma de alargar a protecção a quem não se justifica, também não devem ser entendidas como forma de negar a protecção a quem dela deve beneficiar. Esta protecção é indubitavelmente concedida a todo aquele que celebra um contrato apenas ou predominantemente para fins que se podem considerar estarem fora da sua actividade comercial ou profissão. A importância da finalidade em questão é reforçada pelo artigo 153.º CE, que prossegue o mesmo objectivo geral de assegurar um elevado nível de protecção dos consumidores.

51. Se, porém, um consumidor se comporta como actuando no âmbito da sua actividade comercial ou profissional — por exemplo, utilizando papel timbrado comercial, recebendo mercadoria na sua morada comercial ou fazendo referência à possibilidade de ser reembolsado do IVA — e o vendedor não tenha, de boa fé, motivos que lhe façam crer o contrário, pode legitimamente considerar-se que o consumidor prescindiu do seu direito àquela protecção, como sugerido pelo relatório Giuliano-Lagarde.

52. À luz das considerações precedentes, parece-me provável que o contrato entre J. Gruber e a Bay Wa não pode ser classificado como um contrato celebrado por um consumidor na acepção da Convenção, de modo que as outras questões

submetidas ao Tribunal de Justiça, que só são relevantes se o contrato puder ser classificado como tal, não se colocam. Apesar de essa apreciação dever ser feita pelo órgão jurisdicional nacional, não obstante, devo examinar essas questões.

Anúncio publicitário feito previamente no Estado do domicílio do consumidor

53. A quarta questão submetida pelo órgão jurisdicional nacional decorre do facto de, tendo J. Gruber tomado conhecimento das actividades da Bay Wa através de folhetos publicitários que lhe foram enviados para a Áustria, tais folhetos não fazerem qualquer referência às telhas que pretendia adquirir e que na realidade acabou por adquirir. Será que esta situação se inclui na noção de contrato «precedido [...] de anúncio publicitário»?

54. O relatório Schlosser remete para o relatório Giuliano-Lagarde para um mais amplo esclarecimento do que se deve entender por publicidade feita no Estado do domicílio do consumidor.

55. Este último relatório refere que esta condição [14] «diz respeito a situações nas quais o comerciante efectuou diligências para vender os seus bens móveis corpóreos ou serviços no país onde reside o consumidor. [...] Deve nomeadamente abranger as vendas por correspondência e as vendas porta a porta. O comerciante deve portanto ter efectuado certos actos tais como a publicidade na imprensa, na radiotelevisão ou no cinema, ou através de catálogos especialmente destinados a este país, ou então deve ter feito propostas de negócios individualmente por intermédio de um agente ou de um angariador. [...]» [15].

56. Em dois processos, o Bundesgerichtshof alemão questionou o Tribunal de Justiça sobre se a disposição exige a conexão entre a publicidade e a celebração do contrato [16], mas em ambos o Tribunal de Justiça decidiu que o artigo 13.°, n.° 3, alínea a), da Convenção de Bruxelas não era aplicável por outros motivos e não examinou esse aspecto.

57. No processo Shearson Lehman Hutton, o advogado-geral M. Darmon considerou, porém, que não era necessário estabelecer um nexo causal entre a publicidade e a celebração do contrato [17]. Referiu que a Convenção não exige que o consumidor prove que foi efectivamente incitado pelo anúncio ou que haja um nexo de causalidade entre o anúncio e a celebração do contrato, exigência que em todo o caso seria geralmente impossível de satisfazer. Acresce que tal entendimento seria contrário à finalidade de protecção do consumidor, cujas restrições

14 — No contexto da Convenção de Roma, o artigo 5.°, n.° 2, primeiro travessão.

15 — P. 24 do relatório, já referido na nota 6.

16 — Acórdão Shearson Lehman Hutton, já referido na nota 7, segunda questão; acórdão de 15 de Setembro de 1994, Brenner e Noller (C-318/93, Colect., p. I-4275), terceira questão.

17 — V., nomeadamente, n.os 81 a 85 das conclusões do advogado-geral e n.° 113, ponto 2, da decisão alternativa proposta.

devem resultar dos próprios termos da Convenção. A única limitação concebível resulta do bom senso: a publicidade não poderá estar temporalmente demasiado afastada da celebração do contrato, apreciação que é da competência do órgão jurisdicional nacional. Assim, considerou que o artigo 13.°, n.° 3, alínea a), «contém [...] uma espécie de presunção irrefragável de ligação entre a publicação do anúncio e a celebração do contrato, desde que a primeira tenha precedido a segunda».

58. De entre os intervenientes que apresentaram observações quanto a esta questão, apenas o Governo português considera necessária uma ligação próxima entre os bens ou serviços publicitados e os adquiridos para que as disposições relativas à protecção dos consumidores se apliquem. Os outros entendem, no essencial, que é suficiente que o consumidor tenha recebido anúncios publicitários e tenha posteriormente adquirido bens ou serviços do anunciante, independentemente da sua natureza exacta. Até o Governo português admite que não é necessária uma identidade total entre os bens publicitados e os adquiridos, desde que sejam similares ou estejam dentro do mesmo ramo de actividade.

59. Além da dificuldade inerente ao estabelecimento do nexo causal específico, a Comissão nomeadamente chama a atenção para o risco de os vendedores poderem moldar a sua publicidade em termos tais que excluem a aplicação dos artigos 13.° e seguintes, deste modo subtraindo-se à finalidade da Convenção.

60. Concordo inteiramente com a posição tomada pelo advogado-geral M. Darmon no processo Shearson Lehmann Hutton e defendida pela maioria das observações apresentadas ao Tribunal de Justiça. Como foi salientado, a Convenção apenas refere um contrato «precedido» — e não «provocado» — por um anúncio publicitário.

61. A situação referida no artigo 13.°, n.° 3, alínea a), é, no essencial, uma situação de publicidade transfronteiriça deliberada. Um comerciante num Estado contratante que anuncia os seus produtos ou serviços a pessoas noutro Estado contratante deve estar consciente de que um contrato que daí resulte será um contrato celebrado por consumidores na acepção da Convenção, se estiverem preenchidos os outros requisitos. Um entendimento que dependa do estabelecimento de um vínculo específico entre o anúncio publicitário e os produtos ou serviços efectivamente adquiridos não cumpre o requisito da segurança jurídica.

62. Além disso, o objectivo da publicidade comercial quase nunca está limitado à promoção de determinados produtos com exclusão de qualquer outro negócio. Pelo contrário, o objectivo é geralmente divulgar o mais possível a existência do anunciante e ramo de actividade e fazer o máximo de comércio. Em compensação, é frequente que quem recebe material publicitário, atraído pela natureza geral da actividade do anunciante, proceda a mais investigações e possa

adquirir bens ou serviços não mencionados especificamente no referido material.

63. Consequentemente, deve-se considerar que a celebração de um contrato é precedida de anúncio publicitário no Estado do domicílio do consumidor na acepção do artigo 13.º, n.º 3, alínea a), da Convenção de Bruxelas, quando o vendedor publicitou previamente os bens ou serviços naquele Estado, mesmo que não tenha mencionado especificamente os produtos adquiridos pelo consumidor.

Proposta especialmente dirigida ao consumidor

64. O órgão jurisdicional nacional pede também orientação, na sua quinta questão, sobre o requisito alternativo do artigo 13.º, n.º 3, alínea a), no caso de um contrato precedido de uma proposta especialmente dirigida ao consumidor no seu Estado de domicílio. Esse conceito abrange uma situação em que o vendedor faz uma proposta por telefone ao consumidor no Estado de domicílio deste, seguida de uma proposta escrita apresentada ao consumidor no Estado do vendedor, que foi posteriormente aceite pelo consumidor?

65. As observações apresentadas ao Tribunal de Justiça concordam, no essencial, que o requisito é cumprido nas circunstâncias descritas, embora o Governo português sublinhe que as duas propostas devem referir-se ao mesmo produto. A Comissão salienta que, também neste caso, o único requisito é que o contrato deve ser precedido de uma proposta especialmente dirigida ao consumidor no seu Estado de domicílio, e não que aquele se deve basear naquela proposta.

66. Também concordo com a posição defendida. Nas circunstâncias do caso em apreço, não se pode considerar que a proposta escrita entregue a J. Gruber na Alemanha lhe foi apresentada no seu Estado de domicílio, a Áustria. No entanto, quando ainda estava na Áustria recebeu uma proposta oral, o que vai claramente ao encontro da definição do artigo 13.º, n.º 3, alínea a). Essa proposta precedeu a celebração do contrato.

67. Talvez seja porém útil distinguir entre «proposta especialmente dirigida» e «anúncio publicitário». Este é, por natureza, geral; a primeira é expressamente definida como específica. Como tal, embora não seja necessário que o material publicitário diga respeito aos mesmos bens ou serviços que foram posteriormente adquiridos, parece necessário que haja uma identidade substancial entre os que foram propostos numa proposta específica e os que foram adquiridos. Assim, se a proposta telefónica feita a J. Gruber dizia respeito a telhas e a proposta

escrita e a compra subsequente tivessem sido relativas a vigas de madeira, o requisito da «proposta específica» não teria sido preenchido.

68. Entendo assim que, quando um consumidor recebe, no seu Estado de domicílio, uma proposta específica por telefone de um vendedor de outro Estado e posteriormente a ele adquire os bens ou serviços propostos, deve considerar-se que a celebração do contrato é precedida de uma proposta específica na acepção do artigo 13.°, n.° 3, alínea a), da Convenção de Bruxelas, mesmo que os termos do contrato se baseiem numa proposta posterior não recebida no Estado de domicílio do consumidor.

Actos necessários para a celebração do contrato

69. A última questão do órgão jurisdicional nacional é sobre se um consumidor pratica todos os actos necessários para a celebração de um contrato no seu próprio Estado na acepção do artigo 13.°, n.° 3, alínea b), quando lhe é feita uma proposta no Estado do vendedor e ele aceita, por telefone, essa proposta a partir do seu próprio Estado.

70. Dos termos da disposição resulta claro que a questão deve ser respondida afirmativamente, como proposto por todas as partes que apresentaram observações sobre este ponto, posição confirmada pelos relatórios Schlosser e Giuliano-Lagarde.

71. O relatório Schlosser declara que «o princípio que subjaz às novas disposições inspira-se igualmente no anteprojecto de convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais e não-contratuais. É necessário que se encontrem cumulativamente preenchidas as duas condições previstas no ponto 3 do artigo 13.°, ou seja, é necessário que a celebração do contrato tenho sido precedida, no Estado do domicílio do consumidor, de uma proposta ou de um anúncio publicitário, e que o consumidor tenha praticado nesse Estado os actos necessários para a celebração do contrato» [18].

72. O relatório Giuliano-Lagarde declara que a expressão «actos necessários» foi deliberadamente adoptada «a fim de não tocar no problema clássico da determinação do local de celebração do contrato. Esta questão é particularmente delicada nas situações acima referidas, pois trata-se de contratos internacionais normalmente celebrados por correspondência. A palavra 'acto' inclui, nomeadamente, um documento escrito ou qualquer diligência efectuados na sequência de uma oferta ou de uma publicidade» [19].

18 — V. pp. 226 e 227 do relatório, já referido na nota 4.
19 — V. p. 24.

73. Como tal, o local de celebração do contrato é irrelevante, desde que o consumidor tenha recebido uma proposta (ou um anúncio publicitário) no seu estado de domicílio. O que importa é que o consumidor pratique os actos necessários para a celebração do contrato no seu estado de domicílio. Os meios de comunicação utilizados na celebração do contrato são igualmente irrelevantes.

74. Torna-se evidente que, quando um consumidor telefona da sua casa para aceitar uma proposta, esse acto é necessário para a celebração do contrato. Por outro lado, mesmo que tivessem existido discussões prévias ou negociações no Estado do vendedor que influenciassem os termos do contrato, esses actos são mais susceptíveis de ser praticados pelo vendedor do que pelo consumidor e, em todo o caso, susceptíveis de preceder a celebração do contrato.

75. Em consequência, na acepção do artigo 13.º, n.º 3, alínea b), um consumidor pratica os actos necessários para a celebração de um contrato no seu Estado de domicílio quando comunica a sua aceitação de uma proposta a partir daquele Estado, independentemente do local onde foi feita a proposta e independentemente dos meios de comunicação utilizados.

Conclusão

76. Por conseguinte, defendo que o Tribunal de Justiça responda da seguinte maneira às questões suscitadas pelo Oberster Gerichtshof:

«1) A pessoa que celebrar um contrato para fins que estão em parte dentro e em parte fora da sua actividade comercial ou profissional não pode beneficiar da protecção excepcional concedida pelos artigos 13.º e seguintes da Convenção de Bruxelas, a menos que o fim comercial ou profissional seja irrelevante.

2) Ao determinar se uma pessoa celebrou um contrato para um fim que se pode considerar fora da sua actividade comercial ou profissional na acepção dos artigos 13.º e seguintes, não é necessário ter em conta circunstâncias que podiam ser objectivamente reconhecíveis pelo co-contratante, a menos que o consumidor se comporte como actuando no âmbito da sua actividade comercial ou profissional e a outra parte não tenha, de boa fé, motivos que lhe fizessem crer o contrário.

3) Deve-se considerar que a celebração de um contrato é precedida de anúncio publicitário no Estado do domicílio do consumidor na acepção do artigo 13.º, n.º 3, alínea a), da Convenção de Bruxelas, quando o vendedor publicitou previamente os bens ou serviços naquele Estado, mesmo que não tenha mencionado especificamente os produtos adquiridos pelo consumidor.

4) Quando um consumidor recebe, no seu Estado de domicílio, uma proposta específica por telefone de um vendedor de outro Estado, e posteriormente a ele adquire os bens ou serviços propostos, deve considerar-se que a celebração do contrato é precedida de uma proposta específica na acepção do artigo 13.º, n.º 3, alínea a), da Convenção de Bruxelas, mesmo que os termos do contrato se baseiem numa proposta posterior não recebida no Estado de domicílio do consumidor.

5) Na acepção do artigo 13.º, n.º 3, alínea b), da Convenção de Bruxelas, um consumidor pratica os actos necessários para a celebração de um contrato no seu Estado de domicílio quando comunica a sua aceitação de uma proposta a partir daquele Estado, independentemente do local onde foi feita a proposta e independentemente dos meios de comunicação utilizados.»