CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL FRANCESCO CAPOTORTI

apresentadas em 17 de Novembro de 1976 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. No presente processo, é submetida ao Tribunal uma questão de interpretação respeitante ao artigo 17.° da Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 relativa à Competência Judiciária e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial. Trata-se, permitam-nos recordar, do artigo relativo à extensão de competência. Este preceito aplica-se «se as partes, das quais pelo menos uma se encontre domiciliada no território de um Estado contratante, tiverem convencionado que um tribunal ou os tribunais de um Estado contratante têm competência para decidir quaisquer litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica» e considera exclusivamente competentes o tribunal ou tribunais assim designados, desde que o acordo das partes se celebre «por escrito» ou «verbalmente com confirmação escrita». É precisamente sobre o alcance deste requisito de forma que incidem as questões prejudiciais que o Bundesgerichtshof da República Federal da Alemanha submete ao Tribunal.

As partes no processo principal, a sociedade RÜWA, na qualidade de vendedora, e a sociedade italiana Estasis Salotti, na qualidade de compradora, celebraram em Milão, a 31 de Outubro de 1969, um contrato de compra e venda que redigiram em papel timbrado do vendedor, no verso do qual se encontravam impressas as condições gerais previamente fixadas por este. O texto do contrato não fazia qualquer referência nem remessa para estas condições. Afirmava-se que o comprador encomendava ao vendedor «as máquinas propostas em conformidade com a vossa carta de 18 de Setembro». Na realidade, a carta de 18 de Setembro acompanhava sete propostas de venda datadas de 11 de Setembro, cada uma das quais fazia referência às condições gerais de venda fixadas no verso; porém, a carta não continha qualquer referência deste tipo.

Tendo-se o comprador recusado a aceitar a entrega das máquinas, o vendedor accionou-o no tribunal alemão indicado no pacto atributivo de jurisdição contido nas condições gerais. Este tribunal, aplicando o disposto nos artigos 1341.° e 1342.° do Código Civil italiano (nos termos dos quais os pactos atributivos de jurisdição devem ser confirmados expressamente por escrito), acolheu a excepção de incompetência suscitada pelo comprador. Ao invés, o juiz de recurso, considerando dever basear-se no artigo 38.° do Código do Processo Civil alemão para determinar a validade da extensão de competência invocada pelo vendedor, admitiu a competência do órgão jurisdicional alemão.

O Bundesgerichtshof, para o qual foi interposto recurso, colocou ao Tribunal, em conformidade com o artigo 3.° do protocolo de 3 de Junho de 1971 relativo à interpretação da convenção de 27 de Setembro de 1968, a título prejudicial, as seguintes questões:

«1) A exigência de forma escrita prevista no primeiro parágrafo do artigo 17.° da Con-

* Língua original: italiano.

venção de 27 de Setembro de 1968 relativa à Competência Judiciária e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial é satisfeita quando um pacto atributivo de jurisdição é incluído nas condições gerais de venda impressas no verso de um contrato assinado por ambas as partes?

2) Em especial, a exigência de forma escrita prevista no primeiro parágrafo do artigo 17.° da convenção é satisfeita quando, no texto do contrato, as partes se referem expressamente a uma proposta anterior que remete para as condições gerais de venda anexas a essa proposta, condições entre as quais se inclui um pacto atributivo de jurisdição?»

2. A questão geral da escolha entre a interpretação autónoma das normas jurídicas da convenção e o reenvio para o direito material aplicável, de acordo com o direito internacional privado do tribunal competente, assinalada pelo Tribunal no acórdão Tessili/ /Dunlop, coloca-se novamente no presente processo. Incontestavelmente, a forma é apenas um dos aspectos da convenção privada que se destina a alargar a competência e a evidência da ligação entre os vários aspectos deste acordo revela-se mais nítida ainda quando a extensão de competência é unicamente objecto de uma cláusula inserida num contexto constituído por cláusulas contratuais relativas a questões de fundo. É por esta razão que, no plano do direito interno, alguns autores consideraram que a forma do acordo ou da cláusula de extensão de competência deve ser determinada tendo em conta a norma jurídica de direito internacional privado relativa à forma dos contratos (que, na maior parte dos Estados, segue o princípio «*locus regit actum*»). Poderá esta tese influenciar a questão de interpretação que temos de resolver no caso presente?

A nossa resposta é negativa e isto por duas razões. Em primeiro lugar, parece-nos que, ao disciplinar os requisitos que a cláusula ou a convenção de extensão de competência devem preencher a fim de produzir o efeito pretendido pelas partes, o artigo 17.° permanece ligado à função processual que caracteriza a Convenção de Bruxelas e não prejudica de modo algum nem certas questões de fundo inerentes a esta manifestação de vontade (capacidade de exercício, eventuais vícios do consentimento) nem a questão da forma a respeitar pelo contexto contratual em que a cláusula se integra. Por outras palavras, o artigo 17.° limita-se a determinar os requisitos exigidos para que possa produzir-se o efeito processual em que a extensão da competência se traduz. Em segundo lugar, é evidente a importância da uniformidade de tratamento, em todos os Estados contratantes, dos sujeitos de direito privado que celebram convenções de extensão de competência; esta exigência seria ignorada em caso de reenvio para um ou outro direito material aplicável à forma dos actos, consoante o direito internacional privado de cada Estado-membro. Consequentemente, o artigo 17.° da Convenção de Bruxelas deve ser interpretado de forma autónoma relativamente às ordens jurídicas nacionais.

3. A formulação do artigo 17.° da Convenção de Bruxelas é bastante parecida com a do artigo 3.°, n.° 2, da convenção germano-belga de 30 de Junho de 1958, que entrou em vigor em 27 de Janeiro de 1961, por sua vez inspirado no disposto no artigo 2.° da Convenção de Haia, de 15 de Abril de 1958, relativa à competência do tribunal designado no contrato, em caso de venda de natureza internacional de bens móveis corpóreos.

Como observa o relatório Jenard relativo à Convenção de Bruxelas, a exigência de forma escrita destina-se a garantir a segurança das relações jurídicas, o que significa que é

necessária uma prova segura da existência de uma vontade comum das partes quanto à cláusula que fixa o tribunal competente, de modo a evitar as incertezas e disparidades de decisões sobre a existência e os termos do acordo em questão, que teriam sido possíveis se tivesse sido acolhido o critério da plena liberdade de forma.

Ainda segundo o relatório Jenard, o disposto no artigo 17.° deveria permitir a protecção destas exigências sem cair num formalismo exagerado susceptível de criar obstáculos aos usos comerciais. Com efeito, os autores da convenção tentaram proteger o interesse que o comércio pode ter na fluidez e na flexibilidade das formalidades jurídicas, especialmente quando permitem que as partes contratantes possam validamente celebrar acordos em matéria de extensão de competência mesmo mediante uma cláusula verbal, desde que esta seja «confirmada por escrito». O mecanismo da confirmação não é claramente definido e pode provocar algumas dificuldades de interpretação, especialmente no caso da confirmação ser apenas feita por uma das partes; porém, essa é uma questão que ultrapassa o âmbito do presente processo. Teremos oportunidade de voltar a este argumento nas conclusões relativas ao processo 25/76.

A principal questão que este processo levanta é de outra ordem; trata-se do problema das cláusulas de extensão de competência, previamente estipuladas por escrito por uma das partes contratantes no seu próprio interesse e que geralmente já se encontram inscritas nos formulários utilizados para os contratos ou para as propostas de contrato. Sabe-se que determinadas ordens jurídicas nacionais, perante o risco de que estas cláusulas sejam precocemente aceites pela parte que não as fixou, sem que a mesma se aperceba do alcance do compromisso que tais cláusulas implicam, impõem requisitos formais mais restritos: isto é, não só a forma escrita, que é manifestamente respeitada quando a cláusula é fixada previamente e, especialmente, quando é impressa, mas ainda a aceitação expressa por escrito. A Convenção de Bruxelas não contém qualquer disposição deste tipo e mesmo a reserva formulada pelo Luxemburgo, que exige uma aceitação expressa e especial para que o pacto atributivo de jurisdição produza efeitos em relação às pessoas domiciliadas neste Estado (artigo 1.°, parágrafo segundo, do protocolo anexo à convenção), demonstra que, geralmente, a aprovação especial por escrito vai para além do que está previsto no artigo 17.°, o que se deve, provavelmente, à constante preocupação em não criar obstáculos aos usos comerciais, através da imposição de requisitos formais que poderiam mostrar-se demasiado rígidos. Porém, ao citar o relatório que acompanha a convenção germano-belga de 1958, o relatório Jenard revela uma preocupação bastante significativa nesta matéria, ao afirmar que se trata de neutralizar «os efeitos das cláusulas que podem passar despercebidas nos contratos». E acrescenta: «É por isso que essas cláusulas apenas serão tomadas em consideração se forem objecto de uma convenção, o que pressupõe o consentimento de ambas as partes. Portanto, serão nulas as estipulações que constem nos impressos destinados à correspondência ou ao estabelecimento de facturas que não tenham sido aceites pela parte a quem são oponíveis».

Não há dúvida de que, ao mencionarem «cláusulas que podem passar despercebidas», as passagens citadas se referem implicitamente às cláusulas previamente fixadas por uma das partes.

A orientação que resulta do relatório Jenard pode, em nosso entender, traduzir-se nos seguintes termos: ainda que a parte contratante que não participou na redacção antecipada da cláusula tenha a possibilidade de a conhecer (por exemplo, através da leitura do que está impresso no verso do formulário), isso não é suficiente; é necessário provar que

houve consenso, vontade comum das partes que, obviamente, é mais do que o simples conhecimento ou a possibilidade de conhecimento das cláusulas que uma das partes previamente fixou em seu próprio benefício. Afigura-se-nos que esta orientação é perfeitamente pertinente: não só porque corresponde ao princípio geral da protecção do contratante mais fraco, no qual também se inspira o artigo 17.°, mas também porque atinge aquele ponto limite em que a inobservância de uma exigência formal pode significar a ausência total de consentimento.

Na prática, este risco verifica-se sobretudo nos casos em que as cláusulas previamente fixadas foram redigidas fora do texto do contrato (já demos o exemplo, que, de resto, coincide com o caso em análise, de cláusulas impressas no verso da folha em que foi redigido o contrato). Numa hipótese como esta, o contrato poderia remeter para tais cláusulas, mas o emprego desta técnica de remessa faz surgir algumas dificuldades suplementares. Sem pretender ser exaustivo acerca das formas como o reenvio pode ser formulado, limitar-nos-emos a afirmar que este deve ser suficientemente claro, de forma a fazer razoavelmente presumir que a parte à qual a extensão de competência é proposta aceitou tal extensão.

Definitivamente, nos casos em que a cláusula de extensão de competência tenha sido previamente fixada e, especialmente, quando esta figura nas condições gerais de venda, a função de garantia do consentimento desempenhada pela forma escrita exigida pelo artigo 17.° impõe uma verificação rigorosa do consentimento do comprador na extensão de competência. Este rigor justifica-se pela gravidade de que se reveste, no plano internacional, o facto de afastar uma das partes no contrato do seu juiz natural, tal como é indicado nos artigos 2.° e 5.° da Convenção de Bruxelas.

4. Analisemos agora as duas questões colocadas pelo Bundesgerichtshof, à luz dos conceitos gerais já expostos.

No que respeita à primeira questão, observaremos que, quando a cláusula da extensão competência consta entre as condições gerais de venda impressas no verso da folha em que se encontra escrito o texto do contrato, é necessário que o conteúdo do próprio acto no qual figura a assinatura do comprador faça uma referência clara a esta cláusula ou, pelo menos, às condições gerais de venda, a fim de evitar que esta cláusula seja oponível ao comprador sem este ter tido conhecimento da sua existência no momento da assinatura do contrato e, consequentemente, a fim de garantir que houve acordo quanto a essa extensão. A mera circunstância de um contrato ter sido redigido sobre um formulário, no verso do qual se encontram impressas as condições gerais previamente fixadas pelo vendedor, entre as quais se inclui também a cláusula de extensão de competência, não basta para provar que o comprador teve efectivamente conhecimento da cláusula de extensão nem que, por outro lado, teve intenção de a aceitar, se se demonstrasse, aliás, que dela teve conhecimento.

Atento, portanto, o facto de a forma escrita imposta pelo artigo 17.° da Convenção de Bruxelas servir, principalmente, para garantir a existência do acordo relativo à extensão de competência, o disposto neste artigo não pode ser considerado respeitado no caso atrás referido. Concluir de outra forma seria pôr em perigo o critério de segurança das relações jurídicas que determinou a adopção da norma em questão. Também não nos parece que exigir uma remessa clara e expressa, se não especificamente para a cláusula de extensão pelo menos para as condições gerais entre as quais essa cláusula se inclui, seja fazer prova de um formalismo excessivo.

5. A segunda questão refere-se a uma hipótese mais complexa: a de as partes se referirem expressamente a uma proposta anterior que remetia para as condições gerais anexas a essa proposta, condições que, por sua vez, continham a cláusula relativa à competência judiciária.

Não se pode excluir nem admitir, de forma absoluta, que uma remessa indirecta para uma cláusula de extensão preenche os requisitos do artigo 17.° Deve verificar-se casuisticamente se a remessa foi feita em termos suficientemente claros, de modo a satisfazer objectivamente a exigência de segurança que a norma jurídica em causa se destina a proteger.

Para responder adequadamente à pergunta do Bundesgerichtshof será, portanto, necessário considerar de mais perto a hipótese em relação à qual a questão foi colocada.

A carta de 18 de Setembro de 1969 que acompanhava as sete propostas de venda e à qual se refere o contrato de 31 de Outubro seguinte não fazia, na realidade, qualquer referência às condições gerais de venda que figuravam no verso de cada uma das propostas, referindo-se unicamente a estas propostas, que, por seu lado, remetiam para as condições de venda impressas no verso de cada uma delas. Assim, a partir do contrato encontramo-nos perante uma cadeia de três remessas: do contrato para a carta, desta última para as propostas de venda e de cada uma destas propostas para as condições gerais de venda. É preciso não esquecer que a cláusula de extensão é apenas uma das condições gerais e não era, portanto, especialmente posta em evidência.

Poder-se-á considerar que uma remessa de tal forma indirecta é suficiente para preencher os requisitos de forma previstos no artigo 17.°, primeiro parágrafo?

Se esta questão devesse ser resolvida com base no direito interno dos estados signatários da Convenção de Bruxelas, a solução poderia variar consoante a ordem jurídica nacional a ter em consideração. Não há dúvida que a extensão não teria sido validamente efectuada à luz do direito italiano, uma vez que, nos termos do artigo 1341.° do Código Civil, as condições gerais de um contrato fixadas previamente por um dos contratantes não podem produzir efeitos em relação ao outro contratante, se este não as tiver aprovado expressamente por escrito. À luz do direito francês, a solução iria provavelmente no mesmo sentido da solução acolhida pelo direito italiano. O artigo 48.° do novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor a 1 de Janeiro de 1976, prevê, com efeito, que qualquer cláusula que afaste as regras de competência territorial é considerada como não escrita, a não ser que tenha sido convencionada entre as pessoas que actuaram na qualidade de comerciantes e que tenha sido especificada «*de façon très apparente* dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée» (*de modo bem visível* no compromisso da parte a que é oposta).

À luz do direito alemão, a solução poderia, ao invés, ser favorável à oponibilidade da cláusula de extensão, por força do n.° 38 do Código de Processo Civil, tal como foi interpretado no caso em análise pelo Oberlandesgericht de Colónia, cuja decisão foi impugnada perante o órgão jurisdicional que nos submeteu as questões que são objecto do presente processo.

Deixaremos de lado a questão tal como se pode suscitar quando um contrato de compra e venda se insere no contexto de relações comerciais contínuas entre duas empre-

sas, no quadro das quais o uso da cláusula de extensão de competência é frequente: com efeito, não parece ser esse o caso em análise. Em nosso entender, deve considerar-se insuficiente, à luz dos requisitos de forma previstos no artigo 17.°, primeiro parágrafo, da Convenção de Bruxelas, uma técnica de remessa tão complexa e tão amplamente indirecta como a que resulta do caso relativamente ao qual o Bundesgerichtshof colocou as questões em análise. Com efeito, ela não pode satisfazer a exigência de certeza do pretenso acordo entre a parte que fixou previamente as condições gerais e a parte à qual a cláusula de extensão de competência é oposta.

6. Consequentemente, concluímos propondo ao Tribunal que responda da seguinte forma às duas questões que lhe foram colocadas pelo Bundesgerichtshof:

a) O requisito de forma escrita contido no artigo 17.°, primeiro parágrafo, da Convenção de 27 de Setembro de 1968 relativa à Competência Judiciária e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial não está preenchido se a cláusula de extensão de competência figurar entre as condições impressas no verso do contrato assinado pelas duas partes, sem que, no próprio conteúdo do contrato, haja uma remessa clara para essas condições.

b) Também não são preenchidos os requisitos do artigo 17.° quando o contrato remete para um documento anterior que, sem ele próprio indicar o conteúdo das condições de venda, entre as quais figura a cláusula de atribuição de competência e sem se referir a esta última, se limita, por sua vez, a remeter para outro documento, que faz remessa para as condições gerais de venda inscritas no seu verso.