CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL CARL OTTO LENZ

apresentadas em 8 de Março de 1994 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

A — Introdução

1. No presente pedido de decisão prejudicial, o Bundesgerichtshof suscita questões relativas à interpretação de duas disposições importantes da Convenção de Bruxelas, a saber, o artigo 5.°, n.° 1, relativo à determinação do lugar de cumprimento de uma obrigação, bem como, se for caso disso, o artigo 17.° relativo aos pactos atributivos de jurisdição. Segundo as indicações do Bundesgerichtshof, as duas disposições referidas são aplicáveis, quer na versão de 1978, quer na versão (idêntica) de 1982.

2. Estas questões colocam-se no âmbito de um recurso através do qual a Stawa Metallbau GmbH pede no tribunal do lugar da sua sede, Bielefeld, que o seu co-contratante em Londres, a sociedade Custom Made Commercial Ltd, seja condenado ao pagamento (parcial) de quantias devidas por portas e janelas que fabricou para esta última.

3. Estas mercadorias destinavam-se a um complexo imobiliário em Londres. O preço acordado era estabelecido em libras esterlinas. O contrato sobre o qual se fundamenta este pedido era o primeiro contrato celebrado entre as partes. Foi concluído verbalmente em Londres, em 6 de Maio de 1988, após negociações entre as partes em língua inglesa.

4. A recorrente confirmou a celebração do contrato por uma carta de 9 de Maio de 1988 escrita em inglês. Nesta carta, afirma-se, designadamente:

«Referimo-nos à nossa reunião de 6 de Maio e confirmamos a vossa encomenda relativa ao fabrico de portas e janelas para o projecto 'Cranbrook Estate', de acordo com as nossas condições gerais de venda e fornecimento.

...».

5. A esta carta foram pela primeira vez anexadas as condições gerais de venda de Stawa,

* Língua original: alemão.

redigidas em alemão e cujo artigo 8.° é do seguinte teor:

«Artigo 8.°: Competência territorial

O lugar de cumprimento e o foro competente para quaisquer litígios emergentes deste contrato é o de Bielefeld, na medida em que o comprador seja comerciante, pessoa colectiva de direito público ou património especial de direito público.»

6. A recorrida não suscitou quaisquer objecções a estas condições contratuais.

7. O Bundesgerichtshof verificou que o contrato em causa estava sujeito à lei uniforme sobre a compra e venda internacional de coisas móveis corpóreas (a seguir «lei uniforme sobre a venda»), cujo texto constitui um anexo à Convenção de Haia de 1 de Julho de 1964 [1]. Segundo o artigo aqui aplicável, o artigo 59.°, n.° 1, primeiro parágrafo, da referida lei uniforme, o lugar do cumprimento da obrigação de pagamento do preço é o lugar onde a empresa está estabelecida ou, na sua falta, a residência habitual do vendedor.

8. Tendo em conta o processo perante os órgãos jurisdicionais nacionais, deve chamar-se a atenção para o facto de a recorrente ter primeiro obtido uma decisão, proferida à revelia, do Landgericht Bielefeld, que condenou a recorrida a pagar a quantia controvertida. Tendo a recorrida recorrido desta decisão, o Landgericht, por decisão interlocutória, declarou o pedido admissível. O Oberlandesgericht Hamm, para o qual foi interposto recurso desta decisão, negou provimento ao mesmo. No que diz respeito à competência internacional dos órgãos jurisdicionais alemães, baseou-se no artigo 5.°, n.° 1, da Convenção de Bruxelas, visto que, nos termos do artigo 59.° da lei uniforme sobre a venda, a sede da demandante foi considerada como lugar de cumprimento, na acepção desta disposição.

9. O Bundesgerichtshof, para o qual foi interposto recurso do acórdão do Oberlandesgericht Hamm, submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) a) O local de cumprimento da obrigação, na acepção do n.° 1, do artigo 5.° da Convenção de Bruxelas relativa à competência judiciária, também deve ser determinado de acordo com o direito material aplicável à obrigação controvertida segundo as normas de conflito do tribunal ao qual foi presente o litígio, estando em causa uma acção de um fornecedor contra um adquirente resultante de um contrato de empreitada com fornecimento e respeitante ao pagamento da obra, encontrando-se este contrato, de acordo com as referidas normas, sujeito a direito unitário de compra e venda, nos termos do qual o lugar de cumprimento da obrigação de pagamento do preço da obra é o local do domicílio do fornecedor, neste caso o autor?

1 — *Recueil des traités des Nations Unies*, tomo 834, p. 107 e segs.

b) No caso de a resposta do Tribunal de Justiça à questão n.° 1, a) ser negativa:

Como deve ser determinado o local de cumprimento em casos como o presente, face ao n.° 1, do artigo 5.° da Convenção de Bruxelas relativa à competência judiciária?

2) No caso de, face ao teor das respostas às questões n.^{os} 1, a) e 1, b), a competência internacional dos tribunais alemães não poder resultar do n.° 1, artigo 5.°, da Convenção de Bruxelas relativa à competência judiciária:

a) Face à alínea c) do segundo período do primeiro parágrafo do artigo 17.° da Convenção de Bruxelas relativa à competência judiciária, na redacção de 1978, a celebração de um pacto atributivo de competência pode resultar do facto de um fornecedor, depois de celebração verbal do contrato confirmar por escrito ao adquirente aquela celebração, sendo aditadas a esta carta de confirmação condições contratuais gerais não mencionadas antes que contêm uma cláusula atributiva de jurisdição, não contrariando o adquirente tal cláusula, não existindo qualquer uso comercial no local da sede do adquirente, devendo o silêncio em relação àquela carta ser entendido como aceitação da cláusula, ainda que o adquirente não conheça tal uso comercial e se trate do primeiro contacto negocial entre as partes?

b) No caso de a resposta do Tribunal de Justiça à questão n.° 2, a) ser afirmativa:

O mesmo terá aplicação no caso de as condições contratuais gerais que contém a cláusula atributiva de jurisdição se encontrarem redigidas numa língua desconhecida do adquirente, diversa da utilizada nas negociações e no contrato, e na carta de confirmação, escrita nesta última língua, se referirem em geral às condições contratuais gerais mas não em particular a cláusula em questão?

3) No caso de a resposta do Tribunal de Justiça às questões n.^{os} 2, a) e 2, b) ser afirmativa:

O artigo 17.° da Convenção de Bruxelas relativa à competência judiciária proíbe a verificação da validade da inclusão em determinado contrato de uma cláusula atributiva de jurisdição contida em condições contratuais gerais face ao direito nacional material aplicável de acordo

com as normas de conflitos do tribunal perante o qual foi interpostaa acção, no caso de aquela cláusula satisfazer os requisitos de existência de um pacto atributivo de jurisdição válido contidos naquele artigo?»

clarificada, no âmbito desta disposição, a noção «lugar em que a obrigação que serve de fundamento ao pedido foi ou deve ser cumprida». Pretende mais precisamente saber se se deve, em casos como o presente, determinar o sentido desta noção — a seguir «lugar de cumprimento» — de acordo com o direito material que regula a obrigação controvertida, segundo as regras de conflito do órgão jurisdicional ao qual foi submetido o litígio. Em caso contrário, pretende saber de que outra forma deve determinar-se o lugar de cumprimento.

B — Análise

Quanto à primeira questão colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio

10. *I* — O artigo 5.°, n.° 1, da convenção, que deve analisar-se tendo em conta a primeira questão colocada pelo Bundesgerichtshof, está redigido da seguinte forma:

«O requerido com domicílio no território de um Estado contratante pode ser demandado num outro Estado contratante:

1. Em matéria contratual, perante o tribunal do lugar onde a obrigação que serve de fundamento ao pedido foi ou deve ser cumprida...».

11. Como resulta claramente do despacho de reenvio, o Bundesgerichtshof procura ver

12. *II* — Para resolver estes problemas, é importante, na nossa opinião, explicar mais pormenorizadamente o seu contexto, ou seja, o objectivo do artigo 5.°, n.° 1, da convenção, a origem da noção controvertida e o seu contexto na Convenção de Bruxelas, bem como a jurisprudência do Tribunal de Justiça que lhe é consagrada.

13. *1)* Quanto ao objectivo do artigo 5.°, n.° 1, resulta do relatório Jenard [2] que a adopção de regras de competência especiais na convenção se justificava

«pela razão de que existe um estreito elemento de ligação entre o diferendo e o tribunal chamado a conhecer dele».

2 — JO 1979, C 59, pp. 1 e 22, coluna da direita, penúltimo número; versão em português JO C 189, p. 142.

14. No que se refere designadamente ao artigo 5.°, n.° 1, o relatório Jenard enumera um certo número de casos que mostram, a título de exemplo, o interesse em definir assim a competência do órgão jurisdicional do lugar de cumprimento:

«O foro do lugar onde a obrigação foi ou deve ser cumprida apresenta interesse para as acções de cobrança de honorários: o credor terá a escolha entre os tribunais do Estado do domicílio do requerido e o tribunal de um outro Estado em cuja comarca tenha sido efectuada a prestação, nomeadamente quando, segundo a lei aplicável, a obrigação de pagar deva ser cumprida no lugar da prestação dos serviços. Esse foro é igualmente útil quando são necessárias medidas de peritagem ou exames» [3].

15. Esta interpretação do objectivo do artigo 5.°, n.° 1, foi expressamente retomada pelo Tribunal de Justiça. No acórdão Tessili [4], indica-se a este respeito, no que se refere à liberdade de opção entre diferentes órgãos jurisdicionais prevista pelo artigo 5.°:

«Esta liberdade de opção foi instituída tendo em atenção a existência, em casos bem determinados, de uma ligação especialmente estreita, para efeitos de organização útil do processo, entre o litígio e o órgão jurisdicional que pode ser chamado a apreciá-lo» [5].

16. Por outras palavras, as do advogado-geral Mancini, segundo esta interpretação, o juiz do lugar onde a alegada obrigação foi ou deve ser cumprida tem, «pelo facto da sua proximidade física com a relação controvertida, as melhores oportunidades de a apreciar com o melhor conhecimento possível dos elementos do processo» [6].

17. Mas alguns autores interpretam o objectivo do artigo 5.°, n.° 1, de forma diferente.

18. Assim, o órgão jurisdicional do lugar de cumprimento é considerado por alguns, que se baseiam a este respeito em fundamentos diferentes, como um elemento de um sistema no qual as vantagens e os riscos em matéria de competência judiciária são repartidos de modo equitativo entre o requerente e o requerido [7]. Os partidários desta tese tentam nesta base — e com resultados muito diversos — fazer do artigo 5.°, n.° 1, da convenção, um contrapeso à regra enunciada no artigo 2.° [8].

19. Sobre este ponto, consideramos que uma justa repartição, na acepção referida, é um objectivo plenamente legítimo. Os redactores da convenção tiveram, eles também, visivel-

3 — Pp. 23 e 24 do relatório Jenard, v. nota anterior.

4 — Acórdão de 6 de Outubro de 1976, Tessili/Dunlop (12/76, Recueil, p. 1473).

5 — N.° 13 do acórdão.

6 — Conclusões apresentadas em 1 de Fevereiro de 1983 no processo Peters (34/82, Recueil, pp. 1005, 1010).

7 — Por exemplo Schack: *Der Erfüllungsort im deutschen, ausländischen und internationalen Privat- und Zivilprozeßrecht*, Francoforte, 1985, n^{os} 144 e segs. 207 e 218; Spellenberg: *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1981, pp. 75,76 e segs.

8 — V. também Geimer: *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1986, pp. 85, 87.

mente em conta este tipo de considerações [9]. Como demonstram as passagens do relatório Jenard que acabámos de citar, os redactores da convenção partiram, contudo, da ideia que o artigo 5.°, n.° 1, satisfaz precisamente o princípio da «justa repartição» visto que é justificado por razões *objectivas*, ligadas aos diferentes «litígios» [10].

20. Podem colocar questões quanto a saber se esta ideia aplicada a todo o campo de aplicação da disposição referida resiste a um exame crítico [11]. Trata-se, contudo, de uma opção política fundamental que o Tribunal de Justiça deve respeitar. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça não deverá procurar definir o objectivo do artigo 5.°, n.° 1, de forma sistemática com base na sua própria concepção do que é «justo». Sobre este aspecto, o Tribunal procede, de resto, com especial cuidado. Foi apenas no domínio do direito do trabalho, que é marcado pela especial importância dos contratos de trabalho no plano social, que o Tribunal admitiu que devem ser tidas em conta estas considerações relativas à protecção da parte mais fraca, e unicamente de forma *complementar* às suas reflexões sobre o juiz territorialmente mais qualificado [12].

21. Também não partilhamos a opinião segundo a qual o artigo 5.°, n.° 1, tem a sua justificação na ideia de que o devedor deve ser demandado perante o tribunal do lugar em que deve realizar a prestação, segundo as regras do direito material aplicável [13]. Esta concepção parece basear-se na constatação de que o potencial requerido se obrigou, por contrato, a realizar uma prestação num determinado lugar e que, por conseguinte, deve aceitar igualmente ser demandado perante o tribunal desse lugar. A isto deve retorquir-se que o lugar em que a prestação deve ser realizada, tal como definido pela lei aplicável, não permite esta conclusão. A solução referida é, aliás, ainda mais problemática em casos como o presente. Em direito substantivo, o lugar de cumprimento das obrigações pecuniárias determina, a maior parte das vezes [14], apenas a repartição dos riscos e dos encargos ligados à transferência de quantias de dinheiro, cuja disponibilidade não depende do lugar de execução da prestação. Não conseguimos compreender o que é que esta repartição puramente económica dos riscos tem a ver com a questão de saber se o devedor deve aceitar que o credor o accione perante esse tribunal ou outro.

22. *2)* Examinemos agora a noção de lugar de cumprimento, lugar que, segundo a concepção dos redactores da convenção, deve permitir, no domínio de aplicação do artigo 5.°, n.° 1, determinar um tribunal próximo dos factos.

9 — V. as considerações desenvolvidas no relatório Jenard, nota 2, no que diz respeito à questão do foro do lugar onde nasce a obrigação: p. 23, penúltimo parágrafo.

10 — V. acórdão de 17 de Junho de 1992, Handte (C-26/91, Colect., p. I-3967, n.os 11 e 13).

11 — V. Schack: *loc. cit.*, pontos 146 e 353.

12 — V. os seguintes acórdãos que se referem todos a factos anteriores à alteração da convenção pela Convenção de San Sebastien (JO 1989, L 285): acórdãos de 26 de Maio de 1982 Ivenel (133/81, Recueil, p. 1891, n.° 16); de 15 de Fevereiro de 1989, Six Constructions (32/88, Colect., p. 341, n.° 14 conjugado com o n.° 13), e de 13 de Julho de 1993, Mulox (C-125/92, Colect., p. I-4075, n.° 18).

13 — Geimar/Schütze: *Internationale Urteilsanerkennung*, tomo I, volume 1, Munique, 1983, p. 553.

14 — O direito alemão, que estabelece uma diferença entre as questões do lugar de cumprimento e as da repartição dos riscos da transferência, constitui uma excepção a este respeito: V. artigo 270.° do *Bürgerliches Gesetzbuch*, nomeadamente, o n.° 4.

23. A noção de lugar de cumprimento provém do *direito substantivo*.

24. Neste domínio, o *cumprimento constitui* uma acção pela qual a prestação devida é fornecida ao credor, cuja pretensão se extingue desse modo. Se esta pretensão for baseada num contrato — é apenas neste caso que ela é prevista pelo artigo 5.°, n.° 1 —, o termo «cumprimento» significa, além disso, que um dos objectivos do contrato definido pelas partes foi atingido, pelo menos quando se trata de uma pretensão que se refere a uma das duas prestações principais (trocadas).

25. Poder-se-ia deduzir que o *lugar do cumprimento*, que constitui a dimensão espacial da execução, seria assim o lugar onde a pretensão do credor se extingue pelo facto de o devedor ter satisfeito a prestação devida e, no que diz respeito à prestação principal, o lugar onde o objecto do contrato é realizado no todo ou em parte.

26. Todavia, esta conclusão deve ser sujeita a uma dupla reserva. Em primeiro lugar, não dá uma imagem exacta do objectivo das disposições materiais relativas ao lugar do cumprimento. Na falta de um acordo, estas disposições não devem apenas concretizar as obrigações das partes, mas igualmente delimitar os domínios de responsabilidade recíproca das partes, no caso de surgirem irregularidades no momento do cumprimento do contrato [15]. Conforme as obrigações contratuais em causa, a tónica será posta mais num ou noutro dos objectivos referidos. Tratando-se da obrigação de pagamento de um preço fixado no contrato, a determinação do lugar do cumprimento serve, como já referimos, antes de mais, para repartir alguns riscos. O mesmo sucede no que diz respeito à regra aqui aplicável, inscrita no artigo 59.°, n.° 1, da lei uniforme sobre a venda, que prevê que a obrigação de pagamento do comprador consiste numa obrigação que pode ser exigível no domicílio do credor. Esta regra baseia-se na ideia de que cabe ao devedor de uma dívida pecuniária suportar os riscos ligados às operações de pagamento [16].

27. Em segundo lugar, deve esclarecer-se que, no âmbito da delimitação da responsabilidade das partes, o lugar do comportamento exigido *para o cumprimento* do contrato e aquele onde esse comportamento *atinge o seu objectivo* podem divergir. A este respeito, basta remeter para o artigo 19.°, n.° 2, da lei uniforme sobre a venda. Segundo este artigo, no caso de o contrato implicar um transporte da coisa e quando nenhum outro lugar tiver sido acordado para a entrega, esta realizar-se-á pelo envio da coisa ao transportador para transmissão ao comprador. O objectivo do contrato, que consiste em proporcionar ao comprador a posse da coisa, só é alcançado quando este recebe a mercadoria. Pelo contrário, a responsabilidade do vendedor termina a partir do momento em que entregou a mercadoria ao transportador, de acordo com as modalidades previstas (v. igualmente os artigos 97.°, n.° 1 e 96.° da lei uniforme sobre a venda).

15 — Schack: *loc. cit.* (nota 7), n.° 10.

16 — Dölle: *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Munique, 1976, artigo 59.°, n.° 7.

28. Deve acrescentar-se que, segundo o direito substantivo, qualquer obrigação contratual pode ter o seu próprio lugar de cumprimento. Não é, por conseguinte, excluído que duas obrigações resultantes de um mesmo contrato tenham lugares de cumprimento diferentes, mesmo que apresentem relações estreitas no plano económico.

29. *3)* Deve reter-se como conclusão das nossas reflexões sobre este ponto que um foro que foi determinado com base numa noção extraída do *direito substantivo* se justifica por *motivos de processo*, tais como a necessidade de determinar um tribunal próximo dos factos.

30. No presente processo, este deslocamento é especialmente evidente. Basta indicar que o artigo 59.°, n.° 1, da lei uniforme sobre a venda serve, em primeiro lugar, para a repartição de riscos, pelo menos, nas condições actuais de pagamento.

31. Antes de analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça, gostaríamos de aproveitar a observação que acabámos de fazer para afastar um mal-entendido que poderia resultar de uma leitura superficial do despacho de reenvio.

32. Consideramos, mais precisamente, que a conjugação dos artigos 5.°, n.° 1, da convenção e do artigo 59.°, n.° 1, da lei uniforme não deve ser considerada problemática pelo simples facto de essa conjugação servir de base à competência da jurisdição do lugar de residência ou de estabelecimento do requerente. Tal reserva só poderia ser fundamentada se da convenção resultasse uma espécie de «antipatia» geral contra a competência do tribunal do requerente e que disso se fizesse um critério com o qual se pudesse, se necessário, corrigir o resultado de uma interpretação. A este respeito, é certamente necessário admitir que a convenção adoptou como regra geral, no seu artigo 2.°, a competência dos órgãos jurisdicionais do domicílio do requerido, afastando, no seu artigo 3.°, a aplicação de disposições nacionais que prevejam como competentes determinados foros [17]. Não se poderá também contestar que, tendo em conta os artigos referidos, a convenção «fora dos casos expressamente previstos, é hostil à admissão da competência dos órgãos jurisdicionais do domicílio do requerente» [18]. Contudo, estas «excepções» às condições previstas nos artigos 5.° e seguintes não são raras. Os artigos 13.° e 14.°, relativos à competência em matéria de contratos celebrados por consumidores, demonstram-no claramente. O tribunal competente nos termos do artigo 5.°, n.° 3 (em matéria extracontratual, lugar onde ocorreu o facto danoso), pode, também, conforme o caso, ter como consequência ser o tribunal do domicílio do requerente o competente. Por conseguinte, não é justificado retirar de uma «antipatia» maior ou menor que se verifica na convenção, em relação ao tribunal do domicílio do requerente, conclusões a favor de uma determinada interpretação.

33. A única conclusão convincente que resulta do sistema previsto pelos artigos 2.°,

17 — V. o acórdão de 11 de Janeiro de 1990, Dumez e Tracoba (C-220/88, Colect., p. I-49, n.° 16).

18 — Acórdão de 19 de Janeiro de 1993, Shearson Lehman Hutton (C-89/91, Colect., p. 139, n.° 17).

3.°, 5.° e seguintes, parece-nos ser a que o Tribunal de Justiça adoptou nos acórdãos Shearson Lehman Hutton [19] e Dumez France [20]. Consiste em afirmar que, no caso de uma interpretação dos artigos 5.° e seguintes que tenha como resultado ser tribunal competente o do domicílio do requerente, deve examinar-se com especial atenção a questão de saber se esta interpretação está de acordo com o objectivo desta disposição [21]. Por conseguinte, o Bundesgerichtshof toca no cerne do problema, na medida em que fundamenta as suas dúvidas no facto de a conjugação dos artigos 5.°, n.° 1, da convenção, e 59.°, n.° 1, da lei uniforme ter «como consequência uma competência *geral* do domicílio do requerente» [22].

34. *4)* Como é que a jurisprudência do Tribunal de Justiça reagiu à estrutura do artigo 5.°, n.° 1, tal como a definimos anteriormente?

35. *a)* Nos dois primeiros acórdãos que o Tribunal de Justiça consagrou à convenção, em 6 de Outubro de 1976, teve de definir as regras segundo as quais deve determinar-se o lugar de cumprimento, por um lado, no que diz respeito à escolha das obrigações a tomar em consideração [23] e, por outro lado, no que diz respeito à escolha das disposições ou dos princípios aplicáveis dos quais resulta o lugar de cumprimento das obrigações referidas [24].

19 — V. nota 18.

20 — V. nota 17.

21 — V. também os acórdãos de 27 de Setembro de 1988, Kalfelis (189/87, Colect., p. 5565, n.os 8 e 9), e Six Constructions, já referido (nota 12), n.° 18.

22 — P. 14 do despacho de reenvio; sublinhado nosso.

23 — De Bloos (14/76, Recueil, p. 1497).

24 — Acórdão Tessili, já referido (nota 4).

36. No que se refere a estes dois aspectos, o Tribunal de Justiça aderiu a uma interpretação material da disposição em causa neste processo.

37. De acordo com as reflexões que desenvolvemos anteriormente, ou seja, que, segundo o direito substantivo, as obrigações emergentes de uma relação contratual não devem, forçosamente, ser todas cumpridas no mesmo lugar, o Tribunal de Justiça declarou, no processo de Bloos, relativamente aos créditos de um concessionário de um contrato de distribuição exclusiva sobre os seus fornecedores:

«Para efeitos da determinação do lugar do cumprimento, na acepção do citado artigo 5.°, a obrigação a ter em conta é a que corresponde ao direito contratual em que se baseia a acção do autor» [25].

38. De acordo com os termos utilizados pelo Tribunal de Justiça, esta solução fundamenta-se, por um lado, na vontade de evitar, na medida do possível, a multiplicação de critérios de competência em relação a um mesmo contrato; o Tribunal de Justiça recusou, por conseguinte, interpretar este artigo «como referindo-se a qualquer das obrigações decorrentes do contrato em causa» [26]. Fundamentou-se, por outro lado, na formulação deste artigo em alemão e em italiano, aplicável, na altura, na versão de 1968.

25 — N.° 13 do acórdão de Bloos.

26 — N.° 10 do acórdão de Bloos.

39. Todavia, o Tribunal de Justiça atenuou o princípio acima mencionado em relação aos casos em que as obrigações controvertidas substituíram as obrigações contratuais não cumpridas. Neste caso, a obrigação na acepção do artigo 5.°, n.° 1, continua a ser a obrigação cujo incumprimento é invocado para justificar tais pedidos [27]. Como se verifica claramente de uma comparação entre o acórdão e as conclusões [28], no processo já referido, também este princípio se destina a evitar um desdobramento dos tribunais competentes e, mais precisamente, favorecer o tratamento das questões conexas pelo mesmo tribunal.

40. Foi igualmente fundamentando-se no direito substantivo que, no acórdão Tessili, acima mencionado, o Tribunal fixou os critérios que determinam a escolha das disposições e dos princípios aplicáveis dos quais resulta concretamente o lugar de cumprimento da obrigação.

41. Neste acórdão, o «lugar onde a obrigação foi ou deve ser cumprida» na acepção do artigo 5.°, n.° 1, da convenção

«é determinado em conformidade com a lei que regula a obrigação em litígio, de acordo com as normas de conflito que vinculam o órgão jurisdicional a quem a questão foi submetida» [29].

42. Três aspectos da fundamentação do acórdão merecem ser destacados.

43. O primeiro diz respeito ao critério segundo o qual deve apreciar-se se uma noção da convenção deve ser interpretada de forma autónoma — e, por isso, comum a todos os Estados-membros — ou como um reenvio de regras de direito aplicáveis segundo as regras de conflito do primeiro tribunal a que foi submetido o litígio. A este respeito, o Tribunal de Justiça declarou que

«nenhuma destas duas opções se impõe excluindo a outra, devendo a escolha adequada ser feita apenas em função de cada uma das disposições da convenção, de forma a, no entanto, assegurar a plena eficácia desta na perspectiva dos objectivos previstos no artigo 220.° do Tratado» [30].

44. Quanto a este ponto, o Tribunal de Justiça exprime outra reserva relacionada com o alcance limitado da convenção:

«Em todo o caso, sublinhe-se que a interpretação das referidas expressões e noções, para efeitos da convenção, não tem influência na escolha da norma material aplicável à situação em litígio» [31].

27 — N.os 14 e 15.

28 — Conclusões do advogado-geral Reischl de 15 de Setembro de 1976 (Recueil, pp. 1511, 1518).

29 — Parte dispositiva do acórdão Tessili.

30 — N.° 11 do acórdão Tessili.

31 — V. nota anterior.

45. Quanto à escolha entre uma interpretação autónoma e o reenvio para as regras de conflito do foro, o Tribunal decidiu-se, em primeiro lugar, por um critério pragmático: é necessário chegar-se antes de mais a uma «escolha adequada». A este respeito, deve ter-se em conta o facto de a convenção, enquanto tal, prosseguir objectivos diferentes [32]: reforço da protecção jurídica das pessoas estabelecidas na Comunidade, tendo em vista suprimir os entraves nas relações jurídicas e na resolução dos litígios [33]; concessão dos mesmos direitos e obrigações em relação aos Estados contratantes e às pessoas interessadas [34]; necessidade de evitar a multiplicação dos tribunais [35]; previsibilidade da aplicação das regras de competência [36]. Além disso, qualquer disposição, qualquer noção constante da convenção, tem a sua função própria que pode apresentar uma relação mais ou menos estreita com os objectivos referidos. Foi de acordo com estas verificações que o Tribunal, embora tenha demonstrado nas suas decisões mais recentes uma preferência geral por uma interpretação autónoma [37], declarou que era conveniente, em definitivo, reservar-se, em cada caso, a escolha de uma interpretação adequada [38].

46. O segundo ponto importante da fundamentação do acórdão Tessili, já referido, é, como já indicámos, o facto de fazer referência aos objectivos dos tribunais especiais previstos pela convenção [39]. Aparentemente, o Tribunal não parece considerar que o facto de cumprir os objectivos da convenção através do reenvio para a *lex causae* pode dar lugar a discussão. Esta situação também não causa estranheza, uma vez que nenhuma das partes que tinham apresentado observações neste processo tinha posto em causa esta solução. A oportunidade de uma interpretação autónoma foi, certamente, discutida, mas sob um outro aspecto. No essencial, a discussão resumia-se, com efeito, a ponderar as vantagens desta interpretação com vista a uma aplicação uniforme da convenção e alguns inconvenientes que daí resultam, nomeadamente as dificuldades que implica em matéria de direito comparado e as suas consequências (não desejadas) sobre o direito material dos Estados-membros.

47. O advogado-geral Mayras [40] tinha na altura concentrado o essencial das suas reflexões na questão de saber quais as obrigações contratuais que se devem ter em conta para os efeitos do artigo 5.°, n.° 1, se o objecto do litígio não for a obrigação principal do ven-

32 — V. o resumo feito a esse respeito no acórdão Mulox (nota 12), n.° 11.

33 — V. o preâmbulo da convenção, bem como o n.° 9 do acórdão Tessili (nota 4).

34 — Acórdãos de 14 de Outubro de 1976, Eurocontrol (29/76, Recueil, p. 1541, n.° 3); de 22 de Março de 1983, Peters (34/82, Recueil, p. 987, n.° 9); de 8 de Março de 1988, Arcado (9/87, Colect., p. 1539, n.° 10), e de 27 de Setembro de 1988, Kalfelis, já referido, n.° 15); no mesmo sentido: acórdãos de 21 de Junho de 1978, Bertrand (150/77, Recueil, p. 1431, n^{os} 14 a 16); de 17 de Junho de 1992, Handte, já referido (nota 10), n.° 10, e de 19 de Janeiro de 1993, Shearson Lehman Hutton, já referido (nota 18), n.° 13.

35 — No que diz respeito ao artigo 5.°, n.° 1, v. o ponto 38 e a nota 24, e os acórdãos Ivenel, já referido, n^{os} 18 e 19; de 4 de Março de 1982, Effer (38/81, Recueil, p. 825, n.° 6), e de 15 de Janeiro de 1987, Shenavai (266/85, Colect., p. 239, n.° 8). V., em seguida, os acórdãos de 9 de Novembro de 1978, Meeth (23/78, Recueil, p. 2133, n.° 8) e de 7 de Março de 1987, Spitzley (48/84, Colect., p. 787, n^{os} 16 a 21).

36 — V. acórdão Handte (nota 10), n.° 18. V. também o acórdão de 20 de Janeiro de 1994, Owens Bank (C-129/92, Colect., p. I-117, n.° 32) que menciona neste contexto o princípio da *segurança jurídica*.

37 — Foi manifestada uma preferência muito acentuada no n.° 13 do acórdão Shearson Lehman Hutton (nota 18).

38 — V. n.° 10 do acórdão Mulox (nota 12), onde é afirmado que o Tribunal se pronuncia, *na medida do possível*, por uma interpretação autónoma das noções utilizadas na convenção.

39 — V. *supra*, ponto 15.

40 — Conclusões apresentadas em 15 de Setembro de 1976 no processo Tessili, já referido (Recueil, p. 1487).

dedor de entregar a mercadoria, mas uma pretensão fundamentada no carácter defeituoso do cumprimento alegado pelo adquirente [41]. Depois do advogado-geral ter referido que, neste caso, devia ter-se em conta a obrigação principal mencionada, analisou de forma relativamente breve a aplicação da *lex causae*. A este respeito, tal como nas observações que foram apresentadas ao Tribunal, analisou apenas o problema da harmonização (ou da falta de harmonização) das regras de conflito e do direito substantivo [42].

48. Abordamos aqui o terceiro aspecto da fundamentação do acórdão Tessili, relevante no caso em apreço. O Tribunal de Justiça analisou aí a questão de saber se, no interesse de uma harmonização da noção de lugar de cumprimento, podia ir mais longe do que um simples reenvio para a *lex causae*. Segundo o Tribunal, isso é impossível «neste estado da evolução jurídica» e, considerando as «divergências subsistentes entre as legislações nacionais em matéria de contratos e tendo em conta a ausência de qualquer unificação do direito substantivo aplicável... (tanto mais) quanto a determinação do lugar do cumprimento das obrigações contratuais está dependente do contexto contratual ao qual estas obrigações pertencem» [43].

49. Se se estabelecer, com base em todas estas considerações, um balanço dos acórdãos de Bloos e Tessili, já referidos, verifica-se que em nenhum destes acórdãos o Tribunal aproveitou a oportunidade de ter de determinar um tribunal próximo dos factos para examinar a questão de saber se deve afastar-se do direito substantivo (do contrato) para a interpretação do artigo 5.°, n.° 1. As reflexões do Tribunal, com base nas quais tal orientação foi prevista, eram de outra natureza: na medida em que, no acórdão de Bloos, preferiu estabelecer, em relação às obrigações resultantes de obrigações principais, o mesmo tribunal que em relação à própria obrigação principal, o Tribunal de Justiça entendeu opor-se a um desdobramento dos tribunais aos quais são submetidas questões conexas. [44] A questão em causa no acórdão Tessili, quanto a saber se se devia ir mais longe do que o reenvio para a *lex causae*, tinha sido suscitada tendo em conta o objectivo de harmonizar, sendo caso disso, a noção de lugar de cumprimento [45].

50. *b)* Na sua jurisprudência posterior, o Tribunal instituiu progressivamente um regime especial em relação aos litígios em matéria de direito do trabalho, mas permaneceu, regra geral, na linha que acabámos de descrever. Examinemos estas questões em pormenor.

51. No acórdão Ivenel já referido [46], que foi proferido sobre um pedido prejudicial submetido ao Tribunal de Justiça pela Cour de cassation francesa, tratava-se de vários créditos de um agente comercial, em consequência da pretensa resolução do seu contrato, que o tribunal de recurso tinha qualificado como contrato de trabalho. O despacho de reenvio suscitava a questão de saber qual era, nesse

41 — V. nomeadamente as páginas 1490, sob o ponto IV, bem como 1491, segundo parágrafo, no qual o advogado-geral apresenta a sua concepção do problema em questão no processo.

42 — V. p. 1495.

43 — N.° 14 do acórdão Tessili.

44 — V. *supra*, ponto 39.

45 — V. *supra*, ponto 48.

46 — V. nota 12.

caso, a obrigação controvertida determinante para os efeitos do critério desenvolvido no acórdão Tessili [47]. O Tribunal de Justiça deveria, assim, verificar se, nesse processo, deviam adoptar-se os princípios desenvolvidos no acórdão de Bloos ou pô-los de parte. Optou por esta última solução e declarou que:

«A obrigação a tomar em consideração para a aplicação do artigo 5.°, n.° 1, da convenção... no caso de pedido fundado em diferentes obrigações resultantes de um contrato de representação entre um trabalhador independente e uma empresa, é a que caracteriza esse contrato.»

52. O Tribunal indicou três fundamentos diferentes que justificam esta solução. Em *primeiro lugar*, tomou em consideração o *objectivo* do artigo 5.°, n.° 1, que visa estabelecer a competência de um tribunal que tenha uma *conexão estreita com o litígio*. No âmbito de um contrato de trabalho, o Tribunal viu essa conexão «nomeadamente, na lei aplicável ao contrato» [48], que, «regra geral, contém disposições que protegem o trabalhador» [49]. Esta lei determina-se, de acordo com a evolução das regras de conflito aplicáveis [50], pela obrigação que caracteriza o contrato em questão e que é, normalmente, a de executar o trabalho. Trata-se vulgarmente do direito do lugar onde o trabalho é executado.

53. Em *segundo lugar*, o Tribunal teve em conta a ideia da protecção da parte mais fraca no plano social [51].

54. Enfim, o Tribunal, baseando-se nas reflexões que tinha efectuado no acórdão de Bloos [52], pronunciou-se a favor de uma interpretação da convenção segundo a qual o «tribunal ao qual foi submetido o litígio não se encontra na situação de ter de se declarar competente para decidir sobre determinados pedidos, mas incompetente para conhecer de alguns outros» [53].

55. No acórdão Shenavai [54], o Tribunal viu-se obrigado — embora não se tratasse de questão colocada no domínio do direito do trabalho, mas de uma questão ligada ao recurso interposto por um arquitecto com vista a recuperar os seus honorários — a completar os argumentos do acórdão Ivenel sob o ponto de vista da ligação estreita com o litígio, argumentos segundo os quais, em direito do trabalho, os litígios devem ser, se possível, remetidos para um tribunal do lugar onde o trabalho em causa foi fornecido, uma vez que são, regra geral, as disposições materiais desse lugar que são aplicáveis [55]. Segundo o Tribunal, o facto de os contratos de trabalho e outros contratos semelhantes «criarem um laço duradouro que insere o trabalhador no quadro de uma determinada organização dos negócios da empresa ou do

47 — V. *supra*, ponto 41.

48 — N.° 15.

49 — N.° 19.

50 — O Tribunal refere-se, a este respeito, à convenção sobre o direito aplicável às obrigações contratuais (JO 1980, L 266, p. 1).

51 — N.° 16; v. também ponto 20, *supra*.

52 — V. *supra*, n.os 38 e 39.

53 — N.° 18 do acórdão Ivenel.

54 — Já referido (nota 35).

55 — V. a este respeito as reflexões críticas do advogado-geral Mancini (conclusões de 4 de Novembro de 1986 no processo Shenavai, Colect. 1987, pp. 246 e 249) bem como do advogado-geral Jacobs [conclusões apresentadas em 26 de Maio de 1993 no processo Mulox (nota 12), n.os 26 a 29].

empregador» [56] joga igualmente a favor da solução desenvolvida no acórdão Ivenel.

56. Após o Tribunal ter confirmado a jurisprudência Ivenel, assim esclarecida, no acórdão Six Constructions [57], foi-lhe submetido o processo Mulox que dizia respeito, também, a um litígio relativo a um contrato de trabalho. Diferentemente dos processos até agora referidos, não se tratava, contudo, no processo Mulox da escolha da obrigação a tomar em consideração, mas da determinação do lugar de cumprimento da obrigação.

57. O Tribunal chegou à conclusão de que, no domínio do direito do trabalho, não havia que determinar a noção de lugar de cumprimento segundo a *lex causae*, mas — de forma autónoma — em função de critérios uniformes que devia definir com base no regime e nos objectivos da convenção. Com efeito, as dificuldades resultantes de diferentes concepções relativas ao lugar de cumprimento da obrigação a tomar em consideração, com as quais o Tribunal tinha fundamentado no acórdão Tessili a sua escolha de um lugar de cumprimento segundo a *lex causae*, não existiriam no domínio do direito do trabalho. Com efeito, neste domínio, a obrigação de o trabalhador assalariado executar a actividade que acordou como obrigação principal do contrato de trabalho, constitui a obrigação a tomar em consideração na acepção do artigo 5.°, n.° 1. A este respeito, o Tribunal recorda as particularidades dos contratos referidos, que já enunciou na sua jurisprudência anterior: esses contratos criam um vínculo duradouro que insere o trabalhador assalariado na empresa do empregador e localizam-se no lugar do exercício das actividades, o qual determina a aplicação de disposições jurídicas imperativas e de convenções colectivas.

58. À questão de saber onde conviria, neste caso, situar concretamente o lugar de cumprimento (determinado de forma autónoma), o Tribunal respondeu no sentido de que se tratava do lugar onde o trabalhador assalariado realiza efectivamente a actividade acordada com o seu empregador. A este respeito, o Tribunal remete para os critérios que desenvolveu na sua jurisprudência anterior, respectivamente, o da estreita ligação com o litígio e o da protecção da parte mais fraca.

59. Seja-nos permitido neste momento fazer um balanço da jurisprudência que vai do acórdão Ivenel ao acórdão Mulox.

60. À primeira vista, verifica-se claramente que os critérios enunciados no acórdão Mulox para determinar o *lugar de cumprimento da obrigação* estavam já determinados previamente pela *escolha* que o Tribunal tinha feito desde o acórdão Ivenel, no que diz respeito à *obrigação a tomar em consideração*. Para justificar esta solução, o Tribunal baseou-se no acórdão Mulox exclusivamente em argumentos que tinham já sido invocados no acórdão Ivenel (esclarecido por acórdãos posteriores) [58]. A decisão a favor de uma interpretação autónoma da noção de lugar de

56 — N.° 16 do acórdão Shenavai.

57 — V. nota 13.

58 — V. também as conclusões do advogado-geral Jacobs no processo citado, *in fine*, ponto 21.

cumprimento tinha, por conseguinte, sido adoptada desde o acórdão Ivenel [59].

61. Se se tomarem em consideração os fundamentos do acórdão Ivenel, apercebemo-nos que o Tribunal já considerava nessa altura que a determinação do lugar de cumprimento em função das regras materiais do contrato não correspondia ao objectivo do artigo 5.°, n.° 1, pelo menos, não no domínio dos contratos de trabalho.

62. Nesta base, chegamos a uma dupla conclusão.

63. Em primeiro lugar, a jurisprudência que acaba de ser objecto da nossa análise mostra que o Tribunal de Justiça entendia, é certo, de forma geral, manter a determinação do lugar de cumprimento com base no direito substantivo do contrato, mas afasta-se, todavia, deste princípio quando a sua aplicação, *num determinado caso concreto, não corresponde manifestamente ao objectivo do artigo 5.°, n.° 1*. Trata-se, em nosso entender, e com razão, de uma via intermédia entre dois extremos (que deve rejeitar-se): por um lado, uma aplicação rígida do artigo já referido que se restringe à sua letra, mas que se afasta do seu objectivo [60]; por outro lado, uma interpretação que tem apenas em conta o ponto de vista da proximidade do tribunal com o litígio, mas que poderia esvaziar do seu conteúdo a noção de lugar de cumprimento e transformar o artigo 5.°, n.° 1, numa vaga regra de *forum conveniens* [61]. O Tribunal tinha já deixado aberta a possibilidade de fazer, a título excepcional, uma tal distinção entre os lugares de cumprimento material e processual no acórdão Tessili, se se estudar este de mais perto (v. *supra*, ponto 44).

64. Em segundo lugar, verifica-se que o problema da escolha da obrigação a tomar em consideração e do critério utilizado para determinar o lugar de cumprimento estão intimamente ligados. Qualquer interpretação que, afastando-se do direito substantivo do contrato (como também da letra de algumas versões linguísticas do artigo em questão), tomar em consideração uma obrigação que não seja a obrigação controvertida, constitui um passo para uma interpretação autónoma (em relação ao direito substantivo que regula o contrato). Quer se queira, quer não, essa interpretação influencia as relações entre o objectivo do artigo 5.°, n.° 1, e o resultado da sua aplicação. Inversamente, essa correcção pode — como um dos meios previsíveis — representar um instrumento preciso para ter em conta o objectivo do artigo 5.°, n.° 1, no momento da sua aplicação. Essa forma de proceder pode, como mostra a jurisprudência que acabámos de analisar, constituir uma melhor possibilidade de solução do que a que consiste em determinar o lugar de cumprimento utilizando o direito comparado, tanto mais que a utilização do direito comparado não garante obrigatoriamente que critérios que não são adaptados para determinar um tribunal próximo do lugar do litígio

59 — A este respeito, é significativo que a decisão de 1982 da cour d'appel de Metz, tomada na sequência do acórdão Ivenel (*Bull. Civ.* 1982, V, p. 304), coincida exactamente com os critérios que o Tribunal de Justiça enunciou em 1993 no acórdão Mulox.

60 — V. *supra*, ponto 22 e segs.

61 — Contra a última alternativa mencionada, v. Gothot-Holleaux: *La convention de Bruxelles du 27 de septembre 1968*, Paris, 1985, p. 41. V. também Droz: *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Paris, 1972, pp. 128 e segs., n.° 206.

sejam substituídos por critérios mais adequados. A determinação do lugar de cumprimento pela via do direito comparado pode, por sua vez, servir melhor para reforçar o efeito de harmonização do artigo 5.°, n.° 1: o critério da *lex causae* é, certamente, uniforme [62]. Todavia, pela sua natureza, está relativamente longe da determinação concreta do lugar de cumprimento.

65. Neste contexto, gostaríamos ainda de esclarecer que a noção de «interpretação autónoma» não deve levar a pensar que, num determinado caso, só se dispõe de duas possibilidades: ou determinar o lugar de cumprimento *de forma totalmente conforme* com o direito substantivo ou *de forma totalmente independente* deste. Pelo contrário — e sempre no interesse de uma interpretação adaptada aos objectivos da disposição em causa — é possível imaginar um certo número de soluções intermédias. Que nos seja permitido mencionar aqui, a título de exemplo, o acórdão de Bloos, que já evocámos. Neste acórdão, como nos recordamos, o Tribunal tinha declarado que, tratando-se de pedidos de indemnização ou de pedidos que visam a cessação do contrato considerado, a obrigação contratual a tomar em consideração era a obrigação cujo incumprimento tinha fundamentado os referidos pedidos. Este passo em direcção a uma interpretação autónoma do artigo 5.°, n.° 1, é, todavia, acompanhado de novo de uma referência à *lex causae*: «Quanto às acções para pagamento de prestações compensatórias, compete ao órgão jurisdicional nacional verificar se, *à luz do direito aplicável ao contrato*, se trata de uma obrigação contratual autónoma ou de uma obrigação substitutiva da obrigação contratual não cumprida» [63].

66. Voltemos, agora, à jurisprudência fora do domínio dos contratos de trabalho.

67. No acórdão Shenavai [64], o Tribunal decidiu que, no caso de um litígio relativo a uma acção de pagamento de honorários intentada por um arquitecto encarregado de elaborar um projecto para a construção de casas, a obrigação a tomar em consideração é a obrigação contratual que serve concretamente de fundamento à acção judicial. Para justificar esta solução em relação à escolha diferente que tinha sido feita no acórdão Ivenel, o Tribunal lembrou, em primeiro lugar, os argumentos que resultam da inserção do trabalhador na empresa do empregador, e da circunstância de os contratos se localizarem no lugar do exercício das actividades, o qual determina a aplicação de disposições de direito imperativo e de convenções colectivas [65]. O Tribunal de Justiça acrescentou que

«Quando não existam estas particularidades específicas, não é necessário, nem aconselhável, identificar a obrigação que caracteriza o contrato e centralizar no seu lugar de cumprimento a competência jurisdicional, com base no lugar de cumprimento, para os litígios relativos a todas as obrigações contratuais. Com efeito, a variedade e a multiplici-

62 — V. conclusões do advogado-geral Mayras no processo Tessili, nota 40 (Recueil 1976, p. 1495).

63 — *In fine*, n.° 17 do acórdão de Bloos (nota 23); sublinhado nosso.

64 — V. nota 54.

65 — N.° 16 do acórdão Shenavai.

dade de contratos, na sua generalidade, são tais que este critério poderia, nestes casos, criar incertezas quanto à competência jurisdicional, incertezas que a convenção tem por objecto, precisamente, reduzir.

Em contrapartida, tal incerteza não existe, quanto à generalidade dos contratos, quando se toma unicamente em consideração a obrigação estipulada no contrato e cujo cumprimento se pretende por via da acção judicial. Com efeito, o lugar onde aquela deve ser cumprida constitui, normalmente, o elemento de conexão mais estreito entre a disputa e o órgão jurisdicional competente, conexão que fundamentou o foro do lugar de cumprimento da obrigação em matéria contratual.»

68. Estas considerações mostram, em primeiro lugar, que o Tribunal de Justiça reconheceu claramente o carácter imperfeito [66] do artigo 5.°, n.° 1, uma vez que admite que o lugar de cumprimento da obrigação controvertida é (apenas) de «forma geral» o lugar que apresenta uma conexão estreita entre o litígio e o tribunal competente. Em seguida, notar-se-á que as reflexões do Tribunal apenas se referem a um número limitado de problemas que se colocam. Por um lado, não foi tratada a questão de saber se as regras relativas ao lugar de cumprimento da obrigação de remuneração são susceptíveis de implicar a atribuição de um litígio a um tribunal próximo do lugar desse litígio. Apesar de o governo federal ter chamado a atenção para o facto de a tomada em consideração da obrigação característica do contrato corresponder mais ao objectivo do artigo 5.°, n.° 1, do que à tomada em consideração da obrigação de pagamento (controvertida no processo em causa), nem ele nem nenhuma das partes interessadas, nem o Tribunal, tinham evocado a ideia de que o artigo 5.°, n.° 1, não tinha manifestamente atingido o seu objectivo. Por outro lado, como resulta claramente do n.° 17 do acórdão, a única alternativa à solução adoptada que foi evocada foi a que consiste em «*centralizar*» no lugar de cumprimento da «*obrigação que caracteriza o contrato*... a competência jurisdicional para os litígios relativos a *todas* as obrigações contratuais» [67]. Esta foi a solução que o Tribunal rejeitou por causa das «incertezas» que parecem acompanhá-la. Por conseguinte, pode considerar-se que a questão de saber se é possível praticar correcções limitadas e cujos efeitos sejam previsíveis, permenece em aberto.

69. Fora do domínio dos contratos de trabalho, deve citar-se, para além do acórdão Shenavai, também o acórdão de 17 de Janeiro de 1980, Zelger [68], que tratava de uma cláusula relativa ao lugar de cumprimento em relação ao reembolso de um empréstimo. O Tribunal confirmou nesse acórdão a jurisprudência Tessili, visto que considerou como lugar de cumprimento, na acepção do artigo 5.°, n.° 1, o lugar que «foi designado pelas partes através de cláusula válida segundo o direito nacional aplicável ao contrato». Não foi colocada a questão de saber se esta solução era concretamente justificada pela «existência de uma conexão directa entre o litígio e o tribunal a que é submetido» [69]. O acórdão referido tinha como tema principal as relações existentes entre os artigos 5.°, n.° 1, e 17.°

66 — Deve notar-se, de passagem, que alguns autores exigem mesmo a eliminação do artigo 5.°, n.° 1, da convenção; v., por exemplo, Lasok/Stone: *Conflits of laws in the European Community*, 1987, pp. 220 e segs.

67 — Sublinhado nosso.

68 — 56/79, Recueil, p. 89.

69 — N.° 3, *in fine*, do acórdão.

70. *III* — Deve responder-se à primeira questão prejudicial tendo em conta todas estas considerações.

71. *1)* O problema suscitado pela alínea a) desta questão, o de saber *se* se deve afastar a aplicação da *lex causae*, deve apreciar-se em função do critério desenvolvido anteriormente a partir da jurisprudência [70]: é necessário verificar se a sua aplicação no presente processo não corresponde manifestamente ao objectivo do artigo 5.°, n.° 1.

72. A este respeito, deve verificar-se que, em relação a litígios respeitantes ao pagamento do preço de uma compra — quando a celebração do próprio contrato não é controvertida [71] —, trata-se, na maior parte dos casos, da questão de saber se a prestação fornecida pelo vendedor foi realizada de forma regular [72]. Entre os tribunais territorialmente próximos dos acontecimentos surgidos em matéria de cumprimento do contrato, o que deve tomar-se em consideração para o efeito do objectivo previsto pelo artigo 5.°, n.° 1, é o que estiver em melhores condições de apreciar a regularidade daquela prestação.

73. O artigo 59.°, n.° 1, primeiro parágrafo, aponta, pelo contrário, para a designação, de forma sistemática, do tribunal do lugar do domicílio do credor, visto que este deveria ser beneficiado, no quadro da repartição dos riscos nas operações internacionais de pagamento. Esta conclusão joga, em nosso entender, a favor de uma definição autónoma do lugar de cumprimento. A este respeito, deve ter-se em conta o facto de que para o artigo 59, n.° 1, primeiro parágrafo, da lei uniforme sobre a venda, o lugar de cumprimento da obrigação de pagamento do preço de uma compra é, por definição, independente do lugar de cumprimento da prestação em espécie (prestação sinalagmática), cujo cumprimento defeituoso alegado é, regra geral, a causa de um litígio sobre o pagamento do preço de compra. Só no caso referido no segundo parágrafo desta disposição é que os lugares de cumprimento coincidem.

74. Prova-se assim que o critério do artigo 59.°, n.° 1, primeiro parágrafo, não é manifestamente susceptível de determinar a atribuição de um litígio a um tribunal próximo dos factos. Deve, por conseguinte, responder-se pela negativa à questão 1), alínea a).

75. *2)* Para responder à questão 1), alínea b), que consiste em saber *como* deve ser apurado o lugar de cumprimento, em tal caso, podemos retomar directamente o que acabámos de dizer.

76. Em nosso entender, não deve tomar-se em consideração a obrigação de pagamento, mas a obrigação do vendedor de realizar a

70 — V. *supra*, ponto 63.

71 — Spellenberg: *Zeitschrift für Zivilprozeß 91*, 1978, pp. 38, e *in fine* p. 56. Este autor chama acertadamente a atenção para o facto de, em tal caso, o tribunal do lugar onde o contrato foi celebrado ser o mais adequado, mas a convenção não prevê esta solução.

72 — V. as observações do governo federal no processo Shenavai (v. *supra*, ponto 68); Spellenberg: *loc. cit.* (nota anterior).

prestação prevista no contrato [73]. Como já resulta das reflexões que efectuámos, trata-se, no caso de relações contratuais entre as partes, do «lugar de cumprimento» que mais facilmente permite determinar um tribunal próximo dos factos. Isto é tanto mais válido aqui, quanto, segundo o acórdão proferido em via de recurso pelo Oberlandesgericht Hamm [74], ao qual o Bundesgerichtshof faz expressamente referência, as janelas deviam ser entregues, de acordo com as normas técnicas e as normas de qualidade inglesas.

77. Antes de referir com mais pormenor esta solução, queremos esclarecer brevemente quais são as suas relações com os acórdãos de Bloos e Tessili, dos quais só se afasta, na realidade, de forma muito limitada. Quanto ao acórdão de Bloos, deve verificar-se que a solução proposta não visa, de forma alguma, uma «qualquer» obrigação contratual, mas a que é nitidamente mais susceptível de permitir determinar um tribunal próximo dos factos do que a obrigação controvertida. Além disso, esta solução é conforme com o princípio enunciado no acórdão de Bloos e confirmado no acórdão Shenavai, qualificado por alguns autores como «princípio de isolamento», segundo o qual, regra geral, o lugar de cumprimento é determinado em relação a cada obrigação do contrato. Apenas o método da determinação do lugar de cumprimento difere do previsto pelo acórdão de Bloos.

78. No que diz respeito ao acórdão Tessili, deve concluir-se que a *lex causae* continua a aplicar-se, apesar de não se aplicar à determinação do lugar de cumprimento da prestação controvertida, mas à prestação sinalagmática da outra parte.

79. Todavia, deve emitir-se uma certa reserva sobre esta última conclusão, esclarecendo com mais pormenor a solução que propomos. A este respeito, gostaríamos, antes de apresentar a nossa proposta de resposta, de fazer as seguintes reflexões.

80. A regra da *lex causae* relativa ao lugar de cumprimento da obrigação do vendedor de entregar a coisa, comporta, tal como a aplicável ao lugar de cumprimento para pagamento do preço da compra, elementos que apenas servem para a repartição do risco — aqui mais precisamente: do risco de transporte — e que não dão indicações fiáveis quanto ao *objectivo* económico das obrigações do vendedor [75]. Ora, se nós utilizamos os elementos referidos quando examinámos as regras relativas ao lugar de cumprimento da obrigação de pagamento, para nos afastarmos do direito substantivo do contrato, devido ao facto de essas regras não poderem servir para determinar um tribunal próximo dos factos do litígio, pareceria ilógico, aquando do exame das regras relativas ao lugar de cumprimento da obrigação de entrega do vendedor, utilizar outro método. A este respeito, deve concluir-se que, em relação aos litígios sobre o pagamento do preço devido, que surgem com fundamento no carácter defeituoso, ale-

73 — V. *supra*, ponto 64.

74 — Publicado na revista *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1992, p. 78.

75 — V. *supra*, ponto 27.

gado pelo comprador, da coisa fornecida pelo vendedor — o que nós tínhamos considerado como sendo o caso típico —, o tribunal do lugar de destino da entrega está, em geral, mais próximo dos factos do que o do lugar da expedição. Isto vale independentemente da questão de saber qual destes dois lugares é o «lugar de cumprimento», na acepção do direito substantivo e, portanto, independentemente da questão de saber qual dos contratantes suporta o risco do transporte.

81. Por conseguinte, parece oportuno esclarecer a resposta à questão colocada pelo Bundesgerichtshof no sentido que acabámos de indicar. Com efeito, resulta do acórdão proferido pelo Oberlandsgericht Hamm que este tribunal apenas considerou a cláusula de entrega «free site in London» como uma simples cláusula relativa às condições em que a entrega devia ser efectuada. Por conseguinte, parece que não considerou que Londres seria o lugar de cumprimento da prestação (da recorrente) e que, precisamente por este motivo, não foi o artigo 59.°, n.° 1, *segundo parágrafo*, mas o *primeiro parágrafo* desta disposição que se aplicou.

82. *IV* — Por todas estas razões, propomos que se responda às questões 1) alíneas a) e b), colocadas pelo Bundesgerichtshof, da seguinte forma:

Quando um fornecedor intenta contra um cliente uma acção para pagamento do preço devido, nos termos de um contrato de empreitada com fornecimento, e que a esse pagamento é aplicável em direito substantivo, o artigo 59.°, n.° 1, primeiro parágrafo da lei uniforme sobre a venda, o lugar de cumprimento, na acepção do artigo 5.°, n.° 1, da Convenção de Bruxelas, é o lugar de destino da entrega, previsto no contrato, independentemente da questão de saber qual das partes deve suportar o risco do transporte das mercadorias para esse lugar.

Quanto à segunda questão colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio

— *Considerações de ordem geral*

83. O Bundesgerichtshof só colocou a segunda questão na hipótese de, tendo em conta a resposta à primeira questão, a «competência dos tribunais alemães não poder resultar do artigo 5.°, n.° 1 (da convenção)». Visto que o lugar de cumprimento, na acepção do artigo referido, tal como acabámos de o interpretar, não se situa, no caso em apreço, na Alemanha, deve responder-se à segunda questão.

84. Através desta questão, o Bundesgerichtshof procura saber se, nas condições do caso em apreço, que pormenorizou na sua questão «(pode) ter sido validamente celebrado» um pacto atributivo de jurisdição, na acepção do artigo 17.° da convenção. Visto

que o Bundesgerichtshof considera que esse pacto não foi celebrado nem «por escrito» (n.° 1, segundo período, primeira hipótese mencionada pelo referido artigo) nem «verbalmente com confirmação escrita» (*loc. cit.*, segunda hipótese), trata-se, para ele, da *terceira hipótese* mencionada neste artigo. Esta disposição, aditada aquando da adesão de 1978, permite que um pacto atributivo de jurisdição

«(seja) celebrado no comércio internacional, em conformidade com os usos que as partes conheçam ou devam conhecer».

85. Resulta do relatório Schlosser [76] que, em relação às duas outras hipóteses previstas pelo artigo 17.°, a interpretação dada pelo Tribunal de Justiça põe condições que «não correspondem nem aos usos nem às exigências do comércio internacional». Para os autores da reforma, tratava-se, nomeadamente, de atenuar as consequências que decorriam do acórdão Segoura [77]. Tendo-lhe sido submetido para apreciação um contrato de venda celebrado verbalmente, que não continha, todavia, cláusula atributiva de jurisdição, na acepção do artigo 17.°, o Tribunal negou qualquer efeito a uma carta de confirmação do vendedor a que este tinha anexado as suas condições gerais de venda, nas quais constava uma cláusula atributiva de jurisdição. Segundo o Tribunal de Justiça, essa cláusula só se torna parte integrante do contrato quando o comprador aceita as condições de venda por escrito [78]. O facto de o comprador não levantar objecções contra uma confirmação emanada unilateralmente da outra parte, só vale como aceitação no que respeita à cláusula atributiva de jurisdição, se o acordo verbal se situar no quadro das relações comerciais correntes entre as partes, fixadas com base nas condições gerais de uma delas, condições que incluem uma cláusula atributiva de jurisdição [79]. No relatório Schlosser, afirma-se a este respeito que «não é razoável, na prática comercial internacional, exigir que o co-contratante do utilizador das condições gerais de venda confirme por escrito a inclusão destas últimas».

86. A análise a seguir apresentada dos problemas suscitados pelo Bundesgerichtshof permitir-nos-á reflexões mais pormenorizadas quanto ao alcance do texto em questão.

— *Quanto à questão 2, alínea a)*

87. *I* — Nesta parte da questão, o Bundesgerichtshof indica, em primeiro lugar, *o comportamento das partes* que poderia eventualmente fundamentar uma cláusula atributiva

76 — JO 1979, C 59, pp. 71,124 e segs. (n.° 179): versão em português: JO C 189, p. 232, n.° 179.

77 — Acórdão de 14 de Dezembro de 1976 (25/76, Recueil, p. 1851).

78 — N.os 8 e 10 do acórdão Segoura, já referido.

79 — N.° 2 do dispositivo.

de jurisdição válida (no que diz respeito às condições da terceira hipótese):

— depois de um contrato celebrado verbalmente, o fornecedor confirma ao seu cliente, por escrito, a celebração do contrato;

— junta pela primeira vez a esta carta de confirmação as condições gerais de venda que contêm uma cláusula atributiva de jurisdição, e

— o adquirente não levanta objecções contra essa cláusula.

88. O Bundesgerichtshof indica, em seguida, *alguns elementos de direito ou de facto* que poderiam ser relevantes para a apreciação do processo:

— no lugar da sede do adquirente «não existe qualquer uso comercial» segundo o qual o silêncio em relação àquela carta deva ser entendido como aceitação da cláusula atributiva de jurisdição;

— tal uso comercial é também desconhecido do adquirente, e

— trata-se do primeiro contacto comercial entre as partes.

89. Visto que ao Tribunal de Justiça ainda não foi submetida a terceira hipótese prevista pelo artigo 17.° (na versão de 1978), o Bundesgerichtshof não relacionou a sua questão com as diferentes condições de aplicação desta norma, mas com a norma em termos gerais. Segundo o Bundesgerichtshof, pode perguntar-se se esta disposição, para além da sua formulação, visa não apenas a forma, mas também as condições materiais da celebração de um pacto atributivo de jurisdição. Além disso, pode, segundo ele, perguntar-se como devem ser interpretadas as noções de trocas comerciais internacionais e usos internacionais cujo conteúdo concreto deve ser esclarecido, bem como os elementos subjectivos constitutivos desta disposição [80].

90. Nestas circunstâncias, parece indicado expor sucessivamente as condições fixadas pela disposição controvertida, tendo em conta os elementos de facto e de direito comunicados pelo Bundesgerichtshof.

91. *II — 1)* Em primeiro lugar, deve verificar-se se o caso em apreço diz respeito ao «comércio internacional» na acepção do artigo 17.° Esta questão, que não foi objecto de observações pormenorizadas n o Tribunal, deve ter, em nosso entender, uma resposta afirmativa. Deve, sem dúvida, considerar-se

80 — P. 17 do despacho de reenvio.

que a operação abrangida pela cláusula atributiva de jurisdição, enquanto contrato de venda que tem por objecto o fornecimento de uma mercadoria de um Estado aderente à convenção noutro Estado, e em que as partes estão instaladas como sociedades comerciais nesses Estados, é de natureza *internacional*. É certo que se poderia considerar esta condição no sentido de que ela deve limitar a aplicação da disposição em causa a certos ramos comerciais que podem claramente ser determinados. É esta situação que parece ter estado no espírito do Select Committee on the European Communities da House of Lords quando propôs aditar um terceiro caso exemplificativo no artigo 17.° [81]. O objectivo do artigo 17.° — que consiste em impedir que cláusulas atributivas de jurisdição passem despercebidas nos contratos [82] — não permite apoiar essa interpretação. Sem limitar assim, *à primeira vista*, o campo de aplicação do artigo controvertido, parece mais oportuno tomar em consideração [83], aquando da interpretação das noções de uso comercial e de condições subjectivas do terceiro caso exemplificativo previsto, as eventuais diferenças entre o comércio institucionalizado (no sector das matérias-primas, por exemplo) e outras operações comerciais internacionais.

92. Visto que os co-contratantes são sociedades comerciais e que agiram um e outro no seu próprio sector de actividade, também não temos dúvida quanto ao facto de as operações aqui em causa se integrarem no *comércio* (internacional).

93. *2)* É necessário, em seguida, examinar as indicações que podem ser prestadas ao Bundesgerichtshof em matéria de interpretação, tendo em conta a obrigação de celebrar um pacto atributivo de jurisdição «*em conformidade com os usos nesse domínio*».

94. *a)* Como já vimos, a terceira hipótese prevista no artigo 17.° foi introduzida para permitir outros modos de celebração válida de um pacto atributivo de jurisdição, para além da celebração por escrito ou a celebração verbal com confirmação escrita. Tendo em conta a estrutura deste artigo, é claro que deve autorizar-se como tipo de pactos válidos, os pactos que correspondam aos «usos comerciais» no domínio considerado.

95. Este critério não tem, em contrapartida, um alcance muito claro. Tal como observou, acertadamente, o Bundesgerichtshof, refere-se, de acordo com a redacção do citado artigo, apenas à «forma» do pacto em causa e

81 — V. sessão 1976-1977,45.° relatório, ponto 20.

82 — V. o relatório Jenard (nota 2), n.° 37.

83 — A Convenção de Lugano (JO 1988, L 319, p. 1) que não é aplicável no presente processo, e a Convenção de Bruxelas na versão de San Sebastien (JO 1989, L 285, p. 4) parecem jogar no mesmo sentido. Nestas duas convenções, o critério «no comércio internacional» foi mantido, mas foi posta uma nova condição, ou seja, a de o uso em causa «ser um uso que as partes conheçam ou devam conhecer e que seja amplamente conhecido e regularmente observado no sector comercial considerado».

pergunta-se se também não deve referir-se à formação do pacto em si mesmo, à determinação de uma vontade comum.

96. Em nosso entender, é este último ponto de vista que é convincente. É certo que a Comissão chama, justamente, a atenção para o facto de o relatório Schlosser só considerar o terceiro caso previsto no artigo 17.° «como» uma «flexibilização das exigências de forma» e suscita a questão de saber «se os problemas do acordo de vontades para além da questão de forma devem ser apreciados em função do direito nacional aplicável ou de princípios comunitários uniformes» [84]. O objectivo da reforma de 1978 não seria, todavia, alcançado se apenas se tratasse de uma simples disposição de forma. No acórdão Segoura, o Tribunal de Justiça negou, com efeito, que houvesse uma cláusula atributiva de jurisdição válida, precisamente devido à falta de prova de um acordo efectivo entre as partes, exigido pelo artigo 17.° [85]: o facto de o comprador não ter levantado objecções em resposta a uma carta de confirmação não deve «ser considerado como aceitação» [86]. Se esta nova versão apenas se referisse à forma, a necessidade de um acordo efectivo de vontades devia ser analisada como anteriormente, *de acordo com esta jurisprudência*, sem que haja uma flexibilização adaptada às necessidades do comércio internacional. De forma mais geral, deve concluir-se que, segundo uma jurisprudência constante do Tribunal, na qual se integra o acórdão Segoura, as exigências de forma do artigo 17.° não têm um fim em si mesmas [87], mas têm como função

«assegurar que o consenso entre as partes seja efectivamente estabelecido» [88].

97. O Tribunal de Justiça confirmou esta análise ainda muito recentemente no processo Powell Duffryn [89], no qual se tratava de uma cláusula atributiva de jurisdição inserida nos estatutos de uma sociedade. Depois de ter observado que os *estatutos da sociedade* revestem forma escrita nas ordens jurídicas de todos os Estados contratantes, e que constituem o instrumento de base que disciplina as relações entre o accionista e a sociedade, o Tribunal sublinhou, em seguida, que

«*independentemente do modo de aquisição das acções*, quem adquire a qualidade de accionista de uma sociedade *sabe*, ou *deve saber*, que fica vinculado pelos estatutos da mesma...» [90].

98. No que diz respeito ao presente processo, deve acrescentar-se que usos comerciais que, no domínio em causa, só se referem a exigências de *pura forma* só podem formar-se com as maiores dificuldades, se é que chegam a formar-se. Estas exigências relevam, com efeito, do *direito processual*, de

84 — *Loc. cit.* (nota 76), p. 125 (n.° 179).

85 — V. n.° 6 do acórdão Segoura.

86 — V. segunda parte do dispositivo do acórdão referido.

87 — V. *supra*, nota 82 e o texto que ela cita.

88 — Acórdãos de 14 de Dezembro de 1976, Estatis Salotti (24/76, Recueil, p. 1831, n.° 7), e Segoura, já referido, n.° 6; de 6 de Maio de 1980, Porta-Leasing (784/79, Recueil, p. 1517, n.° 5); de 14 de Julho de 1983, Gerling (201/82, Recueil, p. 2503, n.° 13); de 19 de Junho de 1984, Tilly Russ (71/83, Recueil, p. 2417, n.° 14); de 11 de Julho de 1985, Berghoefer (221/84, Recueil, p. 2699, n.° 13), e de 11 de Novembro de 1986, Iveco Fiat (73/85, Colect., p. 337, n.° 5).

89 — Acórdão de 10 de Março de 1992, Powell Duffryn (214/89, Colect., p. 1745).

90 — N.° 27; sublinhado nosso.

que os Estados-membros podem adaptar as regras imperativas de forma diferente e que podem alterar a qualquer momento [91]. Como mostra o relatório Schlosser, em relação à determinação do tribunal competente, podem muito bem existir, pelo contrário, usos comerciais relativos ao modo como se forma o *acordo de vontades*, visto que este problema releva do direito *substantivo*. Estes usos, como os que se referem ao silêncio, em resposta a uma carta de confirmação comercial, podem misturar elementos de forma e acordos materiais de vontades. Por outras palavras, podem referir-se a uma determinada *forma*, entendida como o *modo* como se forma o acordo de vontades. A terceira hipótese prevista pelo artigo 17.° refere-se, por conseguinte, a uma situação na qual a conformidade do comportamento das partes com os usos comerciais, combinada com certas condições subjectivas, garante o que só é garantido, fora do seu domínio de aplicação, por escrito ou pela forma designada «semiescrita»: as cláusulas atributivas de jurisdição não devem passar despercebidas num contrato [92].

99. *b)* Não é por acaso que o Bundesgerichtshof fornece indicações sobre o comportamento das partes bem como sobre a situação jurídica do Reino Unido, tendo em vista a interpretação do artigo 17.° A relevância destas circunstâncias aprecia-se em função da questão de saber como se interpreta a noção de «usos comerciais», nomeadamente no caso de silêncio em resposta a uma carta comercial de confirmação. Este ponto é discutido na doutrina e aí encontram-se, no essencial, *três concepções diferentes* que apresentamos a seguir:

— No que se refere a um modo específico de formação do acordo de vontades, a noção de uso comercial significa um uso de facto seguido, de forma geral e contínua, e regularmente observado pelos meios interessados, nas operações comerciais que corresponde, simultaneamente do ponto de vista comercial e da localização, à operação comercial controvertida e que permite a conclusão de que o comportamento em causa contém um acordo (ou um consentimento da parte em causa). O artigo 17.° atribui a este uso um efeito jurídico [93]. Deste ponto de vista, deve *provar-se* a existência de uso comercial relevante [94].

— O artigo 17.° admite que o silêncio, em resposta a uma carta comercial de confirmação, vale, de acordo com os usos comerciais, como um acordo sobre a cláusula atributiva de jurisdição inserida na referida carta (pelo menos quando as partes conheçam esse uso ou devam conhecê-lo). Esse uso não necessita de prova específica [95].

91 — V., a este respeito, as observações pertinentes de Kohler: *Dirito del Commercio Internazionale*, 1990, pp. 611, 622.

92 — V. nota 82, *supra*, e o texto que é citado.

93 — V. nomeadamente, com uma fundamentação pormenorizada, Stöve: *Gerichtstandsvereinbarungen nach Handelsbrauch, Art. 17 EuGVÜ und § 38 ZPO* Heidelberg, 1993, pp. 20 a 23, 56 e segs.; no mesmo sentido: Geimer/Schutze: *loc. cit.* (nota 13), p. 478; Schütze: *Deutsches Internationales Zivilprozeßrecht*, Berlim, 1985, p. 56; Gothot-Holleaux (nota 60), n.° 175, bem como Kaye: *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgements*, Abingdon, 1987, pp. 1062 e segs.

94 — Huet: *Journal du Droit international*, 1990, pp. 153, 159.

95 — V., em especial, Schmidt: *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1992, pp. 173, 177.

— Tratando-se de um determinado tipo de acordo, existe uso comercial se (uma) ou várias ordens jurídicas admitirem que deve determinar-se que o comportamento das partes constitui um acordo (ou um consentimento) nos termos de um uso. O critério segundo o qual deve determinar-se essa ordem ou essas ordens jurídicas deve ser estabelecido ao interpretar o artigo 17.° [96].

100. Gostaríamos de propor ao Tribunal que adira *à primeira* concepção que expusemos, com os fundamentos seguintes.

101. A conclusão que resulta da segunda concepção que expusemos, ou seja, que a própria convenção admite que a prática da carta comercial de confirmação constitui um uso comercial, não é seguramente fundamentada. É certo que se pode deduzir do relatório Schlosser que o acórdão Segoura, já referido, que se referia a esta prática, *fundamentou* a alteração do artigo 17.° Todavia, não é possível determinar o conteúdo exacto de uso comercial pretensamente reconhecido. Basta a este respeito verificar que, nos Estados que aderiram à convenção, existem concepções muito diferentes sobre a importância jurídica da prática acima mencionada [97], e que também não podem ser excluídas as diferenças conforme o ramo comercial considerado.

102. A última concepção que descrevemos, que reconheceria no artigo 17.° a natureza de uma norma de conflito, até mesmo de um reenvio para um direito nacional de conflitos, parte directamente desta reflexão. A respeito desta concepção, deve admitir-se que pode ser difícil determinar concretamente os usos comerciais no que diz respeito às trocas internacionais (salvo nos domínios que, pela sua natureza, têm um carácter internacional). Esta circunstância não fornece, contudo, qualquer argumento que permita interpretar o artigo 17.° no sentido da referida opinião da doutrina.

103. Em primeiro lugar, resulta da economia da disposição aqui em causa, nomeadamente nas versões francesa e inglesa, que os usos comerciais relevantes devem referir-se ao «comércio internacional». A versão alemã refere-se, ainda que de uma maneira que pode trazer confusão, à «Internationale Handelsbräuche» (usos comerciais internacionais). A introdução no artigo 17.°, por intermédio do direito dos conflitos, de usos locais, quanto aos quais não está estabelecido que se impuseram no domínio das trocas internacionais em causa, teria como consequência facilitar a inserção de cláusulas atributivas de jurisdição num contrato, para além do que a reforma pretendeu. A este respeito, deve chamar-se a atenção para a

96 — Jung: *Vereinbarungen über die Internationale Zuständigkeit nach dem EWP-Gerichtstands- und Vollsstreckungsübereinkommen und nach § 38 Abs. 2 ZPO*, Bochum, 1980, pp. 172 e segs.; Lindacher: *AGB-Gesetz, Kommentar*, in Wolf/Horn/Lindacher, 2.ª edição, Munique, 1989, anexo ao artigo 2.°, n.os 90 e 92; Rauscher: *Zeitschrift für Zivilprozeß 104* (1991), pp. 272, 292 e segs.; *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1992, pp. 143, 145; Ulmer: *AGB-Gesetz, Kommentar*, in Ulmer/Brandner/Hensen, 5.ª edição, Colónia, 1987, anexo ao artigo 2.°, n.° 33; também Hausmann: *Internationales Vertragsrecht*, in Reithmann/Martiny, 4.ª edição, Colónia, 1988, n.° 1203.

97 — V. uma descrição pormenorizada da questão por Stöve (nota 93), pp. 129 e segs.

redacção das convenções de Lugano e de San Sebastien [98] que, para além das condições fixadas na versão de 1978, exigem que esse uso seja, «por um lado, amplamente conhecido no comércio internacional e, por outro lado, regularmente observado pelas partes em contratos do mesmo tipo no ramo comercial considerado». Segundo o relatório Jenard/Moller [99], relativo à Convenção de Lugano, «tendo em conta nomeadamente as expressões 'Internationale Handelsbräuche' e 'usages' utilizadas nas versões alemã e francesa do artigo 17.° da Convenção de Bruxelas, afigura-se não existirem diferenças fundamentais significativas entre as disposições consideradas das duas convenções». Em nosso entender, este comentário seria dificilmente compatível com a nova versão se o artigo 17.° da versão de 1978 apresentasse a natureza de uma simples norma de conflitos ou de um reenvio para o direito nacional de conflitos.

104. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça considerou, como afirmámos, as exigências de forma previstas nos dois primeiros casos citados como garantia de um acordo efectivo de vontades e, deste modo, colocou algumas *exigências autónomas no que diz respeito ao próprio acordo de vontades*. A este respeito, evitou introduzir nesta disposição problemas complexos e muito discutidos do direito de conflitos [100]. Foi, além do mais, lamentado à partida que, tendo em conta algumas questões prévias ao acordo de vontades (nomeadamente aquelas que dizem respeito à capacidade de celebrar actos e as respeitantes à representação), o artigo 17.° não tenha sido acompanhado de uma norma de conflito expressa [101]. A interpretação da terceira hipótese prevista neste artigo 17.° deveria, em nosso entender, manter-se nesta linha, embora a alternativa devesse dar lugar, tal como as outras duas, a uma interpretação autónoma [102].

105. *c)* A aplicação da solução que acabámos de propor, no caso em apreço, requer as seguintes observações.

106. *aa)* Em primeiro lugar, deve concluir-se que a situação jurídica no Reino Unido, tal como a descreve o Bundesgerichtshof, não é decisiva em si mesma, nem tão-pouco a que existe na Alemanha: o artigo 17.° não é uma norma de conflito. Voltaremos a referir, de seguida, a importância — limitada — dos direitos nacionais para efeitos da prova da existência de um uso comercial, bem como as condições subjectivas de aplicação do artigo 17.°

107. *bb)* Gostaríamos, em seguida, de explicar a importância do critério que acabámos de propor para poder fornecer uma resposta útil às questões colocadas pelo Bundesgerichtshof, sob dois aspectos. O primeiro diz respeito à necessidade de um uso ser suficientemente divulgado, tendo em conta as

98 — V. nota 83.

99 — JO 1990, C 189, pp. 57, 77 (*in fine*, n.° 58).

100 — V. Roth: *Zeitschrift für Zivilprozeß 93*, 1980, pp. 156 e segs.

101 — V. Droz (nota 61), p. 134 (n.° 215).

102 — V. também O'Malley/Layton: *European Civil Practice*, Londres, 1989, pontos 21.37 e 21.70.

características da operação controvertida. Para que o objectivo do artigo 17.° possa ser alcançado aquando da aplicação do referido critério, apenas podem ser tomados em consideração os usos do comércio internacional que se refiram geográfica e materialmente à operações do tipo controvertido [103]. Para impedir que, contrariamente à finalidade do artigo 17.°, as cláusulas atributivas de jurisdição passem despercebidas nos contratos, não bastaria fazer referência, num caso como o dos autos, por exemplo, aos usos em vigor no sector automóvel ou aos das trocas comerciais franco-alemãs.

108. O segundo aspecto diz respeito à relevância que um uso comercial deve ter adquirido no sector em causa. Para os efeitos do artigo 17.°, deve provar-se que o uso é regularmente observado nos meios interessados pelas trocas comerciais em causa. É apenas nestas condições, que também foram inscritas nas convenções de Lugano e de San Sebastien, segundo o exemplo constante do artigo 9.°, segundo parágrafo, da Convenção de Viena sobre os contratos de venda [104], que o uso reveste o efeito prático que lhe permite ser igualmente reconhecido juridicamente por intermédio do artigo 17.° No que se refere à prática da carta comercial de confirmação, quando a mesma visa incluir *a posteriori* cláusulas gerais de contrato, as condições da terceira hipótese só estarão preenchidas quando os operadores do ramo comercial considerado entenderem que as condições assim introduzidas são vinculativas.

109. Gostaríamos aqui de observar, à margem, que essas condições não estão, de modo algum, à primeira vista, preenchidas em todas as operações abrangidas pelo âmbito de aplicação da convenção. Em domínios marcados por uma repetição frequente de operações idênticas num círculo de operadores económicos essencialmente fechado, esses usos encontram um território mais favorável do que noutros.

110. *cc)* De qualquer modo, cabe ao juiz que decide do mérito averiguar o que for necessário quanto às circunstâncias determinantes à luz do critério assim desenvolvido, fazendo-se assistir pela Câmara de Comércio Internacional ou por uma câmara de comércio comum aos países em causa [105].

111. Na apreciação das circunstâncias que jogam a favor da existência de um uso

103 — De outro parecer, aparentemente, Kroppholler: *Europäisches Zivilprozeßrecht*, 4.ª edição, Heidelberg, 1993, ponto 42, relativo ao artigo 17.° da convenção: basta que exista um uso no comércio internacional, sem que seja necessário verificar precisamente em que Estados esse uso se aplica. Encontra-se uma ideia análoga em Kropholler/Pfeifer: *Festschrift für Heinrich Nagel*, Münster, 1988, pp. 157, 163.

104 — Convenção de Viena das Nações Unidas, de 11 de Abril de 1980, sobre os contratos relativos à venda internacional de mercadorias.

105 — Em todas as hipóteses, deve chamar-se a atenção para o facto de a questão colocada pelo Bundesgerichtshof não suscitar qualquer problema no que diz respeito ao critério habitual da introdução de uma cláusula atributiva de jurisdição nas condições gerais anexas à carta de confirmação ou no que diz respeito ao carácter habitual do conteúdo da referida cláusula. Isto pode prender-se com o tipo de operações controvertidas e também com o facto de as verificações necessárias não terem ainda sido efectuadas pelo juiz que decide do mérito. A este respeito, haverá, talvez, que esclarecer o critério que acabámos de propor num processo posterior.

comercial ou contra a existência desse uso, é possível, conforme os casos, tomar também em consideração — com toda a prudência requerida — as ordens jurídicas nacionais em causa. A *formação* e a *manutenção* de usos no comércio internacional depende, com efeito, entre outros factores, da questão de saber em que medida estes usos são admitidos pelos tribunais dos Estados-membros. Assim, no comércio entre dois Estados-membros cujos tribunais não dão qualquer importância à prática da carta comercial de confirmação para documentar um eventual acordo de vontades, praticamente nunca se poderá formar um uso nesse sentido. Verifica-se o inverso quando os tribunais dos dois Estados-membros aceitam esse reconhecimento jurídico. No estado actual do processo, estas indicações — necessariamente muito gerais — devem bastar.

112. *dd)* Tudo isto nos conduz ao último problema que nos falta analisar neste contexto. Como vimos, de acordo com a versão da convenção concluída em 1968, a inclusão de cláusulas atributivas de jurisdição só pode efectuar-se nas formas previstas pelas primeira e segunda hipóteses do artigo 17.° Por conseguinte, no âmbito de aplicação deste artigo, os usos diferentes, relativos à inclusão de cláusulas nos contratos, não podem dizer respeito às cláusulas atributivas de jurisdição, ainda que esses usos existam em relação a outras normas. O artigo 17.°, na sua antiga versão, impedia, liminarmente, uma extensão desses usos às cláusulas atributivas de jurisdição [106]. Por estas razões, é necessário, sempre que se examinam os usos em vigor, deixar de lado os efeitos exercidos pela antiga versão do artigo 17.° quanto à inclusão de cláusulas atributivas de jurisdição. Se a reforma de 1978 deve ter um efeito prático, são os usos respeitantes às outras disposições contratuais que são determinantes. Por outras palavras, é necessário considerar a terceira hipótese prevista pelo artigo 17.° no sentido de que deve atribuir aos usos gerais, no domínio das cláusulas atributivas de jurisdição, os efeitos jurídicos que lhes negava a antiga versão deste artigo.

113. *3)* Voltemos agora às condições subjectivas da disposição controvertida, que prevê «os usos comerciais que as partes conheçam ou devam conhecer».

114. Estas condições devem impedir que, quaisquer que sejam os usos praticados num determinado ramo comercial, cláusulas atributivas de jurisdição possam ter efeitos para as pessoas que não conheçam nem devam conhecer os referidos usos e que, por conseguinte, não conheciam nem se podia pressupor que conhecessem os modos de introdução de cláusulas num contrato, modos a que se referiam esses usos.

115. Se o critério de «usos comerciais» é, no essencial, um critério de facto, o mesmo deve suceder em relação às condições subjectivas

106 — V. também n.° 98 e nota 91.

já referidas. Assim, podem tomar-se em consideração todas as circunstâncias relevantes.

116. No que se refere ao presente processo, resulta do despacho de reenvio que o uso comercial invocado, segundo o qual o silêncio em resposta a uma carta de confirmação do tipo descrito pelo Bundesgerichtshof deve ser considerado como um acordo sobre a cláusula atributiva de jurisdição, não era conhecido pelo cliente. Esta circunstância é, em qualquer caso, relevante se a parte interessada não tinha conhecimento, de forma geral — independentemente do problema das cláusulas atributivas de jurisdição [107] —, do uso comercial alegado pela outra parte.

117. Na resposta à questão de saber se essa parte *devia conhecer* esse uso, é possível ter em conta duas circunstâncias que nos foram transmitidas pelo Bundesgerichtshof: a circunstância de o uso alegado não se aplicar onde a sociedade cliente tem a sua sede, e o facto de se tratar do primeiro contacto comercial entre as partes. No que diz respeito ao primeiro ponto, a doutrina citada pelo Bundesgerichtshof revela que no Reino Unido, em geral — isto é, não apenas no domínio das cláusulas atributivas de jurisdição —, o silêncio em resposta a uma carta comercial de confirmação, à qual são anexadas pela primeira vez condições gerais de venda, não é considerado como significando um acordo sobre o conteúdo dessas condições [108]. Neste caso, o uso em causa não pode ser considerado como conhecido do cliente, excepto se fossem invocadas e, sendo caso disso, provadas, outras circunstâncias (por exemplo, contactos comerciais com outros operadores económicos do ramo considerado) que demonstrassem suficientemente a hipótese inversa. É igualmente ao juiz que decide do mérito que cabe esta apreciação.

118. *III* — Por todos estes motivos, deve responder-se à questão 2, alínea a) da seguinte forma:

Nas circunstâncias indicadas pelo Bundesgerichtshof, um pacto atributivo de jurisdição só pode, nos termos do artigo 17.°, n.° 1, terceira hipótese, ter sido validamente celebrado quando existe um uso, seguido de modo geral e continuado e regularmente observado pelos meios interessados em operações comerciais que correspondam, simultaneamente do ponto de vista material e da localização, à operação comercial controvertida e que permita a conclusão de que o comportamento em causa implica um acordo quanto ao conteúdo da carta de confirmação e

107 — V. *supra*, ponto 112.

108 — V. por exemplo, Ebenroth: *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenchaft*, 77, 1978, pp. 161, 164 e segs.

quanto às condições gerais de venda anexas a essa carta.

Se, tendo em conta o facto de uma das partes ignorar tal uso — supondo que ele exista —, a resolução do litígio depender da questão de saber se essa parte deve conhecer esse uso, quando esse uso não existia no lugar da sede da parte interessada e que se trata do primeiro contacto comercial com uma parte que procede de acordo com o referido uso, deve responder-se negativamente a essa questão. O mesmo não sucede quando outras circunstâncias são invocadas e, se for caso disso, provadas, que demonstrem suficientemente que a parte interessada devia conhecer o uso em causa.

— *Quanto à questão 2, alínea b)*

119. O Bundesgerichtshof suscitou esta parte da questão para a hipótese de uma cláusula atributiva de jurisdição poder ser concluída validamente nas circunstâncias enunciadas na alínea a) da questão. Se, no que diz respeito às condições subjectivas do artigo em questão, outras condições para além das enunciadas no despacho de reenvio não estavam preenchidas, devia responder-se pela negativa à alínea a) da questão e não responder à alínea b). Consideramos legítimo que o Tribunal de Justiça, se considerar o nosso ponto de vista, se atenha à resposta à alínea a).

120. De qualquer forma, o problema do «risco linguístico» [109], suscitado na parte da questão que vamos agora analisar, não nos parece especialmente complexo.

121. A este respeito, deve remeter-se liminarmente para o acórdão Elefanten Schuh [110], segundo o qual as disposições do direito nacional que estipulam a utilização de determinada língua nas relações privadas, não devem ser tomadas em consideração no domínio de aplicação do artigo 17.° O mesmo deve suceder em relação à regulamentação relativa ao «risco linguístico», que foi desenvolvida pela jurisprudência de um Estado-membro, visto que esta regulamentação, tal como as disposições mencionadas, tem uma consequência sobre as exigências relativas ao modo como o pacto é celebrado (forma e condições materiais) [111].

109 — V. p. 20 do despacho de reenvio, sob o n.° 3.

110 — Acórdão de 24 de Junho de 1981 (150/80, Recueil, p. 1671).

111 — Kohler: *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 1991, pp. 299 e 300 (nota 7).

122. Assim, o Bundesgerichtshof pergunta se uma cláusula atributiva de jurisdição pode ser celebrada validamente e indica-nos, sobre esta questão, os seguintes factos:

— as condições gerais de venda anexas à carta de confirmação estão redigidas numa língua diferente daquela em que o contrato está redigido e na qual se desenvolveram as negociações;

— o cliente não conhece esta língua, e

— a carta de confirmação, redigida na língua em que as negociações se desenrolaram e na qual o contrato está redigido, remete globalmente para as condições gerais de venda, mas não especificamente para a cláusula atributiva de jurisdição.

123. Sabemos, além disso, que se trata do primeiro contacto comercial entre as partes em causa.

124. Nestas circunstâncias — nomeadamente, na falta de uma indicação redigida na língua em que foi redigido o contrato e em que se desenrolaram as negociações, visando especificamente a cláusula atributiva de jurisdição —, não se pode pretender normalmente que a parte interessada tenha podido tomar conhecimento, de forma adequada, da cláusula atributiva de jurisdição. Por conseguinte, falta um requisito essencial ao acordo efectivo de vontades. Neste caso, se se aplicar a terceira hipótese prevista pelo artigo 17.°, só poderia formar-se um acordo de vontades se o uso em vigor permitisse ele próprio que se possa preterir a língua em que foi redigido o contrato e em que se desenrolaram as negociações. É neste sentido que deve responder-se à questão 2, alínea b).

Quanto à terceira questão colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio

125. Seja-nos permitido, para ser completo, voltar brevemente aos problemas suscitados por esta questão, ou seja, se na hipótese de uma cláusula atributiva de jurisdição celebrada validamente em aplicação do artigo 17.° «(deve) verificar-se com base no direito substantivo nacional aplicável, nos termos das normas de conflito do tribunal ao qual foi presente o litígio, se a cláusula atributiva de jurisdição foi validamente integrada no contrato celebrado entre as partes».

126. No contexto em que esta questão é colocada, requer uma resposta negativa. O artigo 17.° deve criar, no seu âmbito de aplicação, um direito autónomo e, portanto, uniforme [112]. O artigo 17.° define de forma exaustiva os requisitos em matéria de acordo material de vontades, bem como as formas necessárias para garantir esses requisitos. Não podem ser utilizadas paralelamente disposições do direito interno que tenham a mesma função. É neste sentido que deve responder-se à terceira questão.

C — Conclusão

127. Pelos fundamentos anteriormente apresentados, propomos que o Tribunal responda às questões colocadas pelo Bundesgerichtshof da seguinte forma:

À questão 1, alíneas a) e b):

«1) Estando em causa a acção de um fornecedor contra um cliente em que é pedido o pagamento do preço devido, nos termos de um contrato de empreitada com fornecimento, e que a esse pagamento é aplicável em direito substantivo o artigo 59.°, n.° 1, primeiro período, da lei uniforme sobre a venda, o lugar de cumprimento, na acepção do artigo 5.°, n.° 1, da Convenção de Bruxelas, é o lugar de destino da entrega, previsto pelo contrato, independentemente da questão de saber qual das partes deve suportar o risco do transporte das mercadorias para esse lugar.»

Deve responder-se às questões seguintes, na medida do necessário:

«2) a) Nas circunstâncias indicadas pelo Bundesgerichtshof, um pacto atributivo de jurisdição só pode, nos termos do artigo 17.°, n.° 1, terceira hipótese, ter sido validamente celebrado quando existir um uso seguido de forma geral e continuada e regularmente observado pelos meios interessados em operações comerciais que correspondem, simultaneamente do ponto de vista

112 — V. os acórdãos Estatis Salotti (nota 88) e Segoura (nota 77), já referidos. V. também *supra*, n.° 104.

material e de localização, à operação comercial controvertida, e que permita a conclusão de que o comportamento em causa inclui um acordo quanto ao conteúdo da carta de confirmação e quanto às condições gerais de venda anexas a essa carta.

Se, tendo em conta o facto de uma das partes ignorar esse uso — supondo que existe —, a resolução do litígio depender da questão de saber se essa parte deve normalmente conhecer esse uso, deve responder-se pela negativa a esta questão quando esse uso não existe no local da sede da parte interessada e se tratar do primeiro contacto comercial com uma parte que procede de acordo com o referido uso. O mesmo não sucede quando são invocadas e, se for caso disso, provadas, outras circunstâncias que demonstrem suficientemente que a parte interessada devia normalmente conhecer o uso em causa.

b) Um acordo sobre uma cláusula atributiva de jurisdição não pode ser validamente celebrado, para os efeitos da disposição já referida, pelo silêncio subsequente a uma carta de confirmação, se as condições gerais anexas à carta de confirmação que contém a cláusula controvertida estiverem redigidas numa língua diferente da língua do contrato e da língua em que se desenrolaram as negociações, se o destinatário dessa carta não conhecer a língua em questão, se nenhuma indicação específica sobre esta cláusula tiver sido fornecida na língua das negociações e do contrato, e se se tratar do primeiro contacto comercial entre as partes. Só seria diferente se o uso comercial em vigor permitisse a utilização de uma língua diferente da utilizada no contrato e nas negociações.

3) As normas de direito nacional relativas à inclusão num contrato de disposições contratuais, nomeadamente as contidas em condições gerais, que visam o acordo efectivo de vontades e a forma desse acordo, não são aplicáveis paralelamente ao artigo 17.° da Convenção de Bruxelas. Essas normas do direito substantivo nacional, aplicável de acordo com as normas de conflito do tribunal ao qual foi presente o litígio, não podem, assim, ser utilizadas para verificar se uma cláusula atributiva de jurisdição que preenche os requisitos do artigo 17.° foi validamente incluída no contrato celebrado entre as partes.»