CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL L. A. GEELHOED

apresentadas em 31 de Janeiro de 2002 [1]

I — Introdução

1. A Corte suprema di cassazione (Itália) submeteu ao Tribunal de Justiça uma questão relativa à interpretação dos artigos 2.° e 5.°, ponto 1, primeiro parágrafo, e ponto 3, da Convenção de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial [2] (a seguir «Convenção de Bruxelas»). O tribunal de reenvio pretende saber como deve ser qualificada uma acção em sede de responsabilidade pré-contratual, a fim de poder determinar qual o órgão jurisdicional competente para apreciar um determinado litígio. Tratar-se-á de uma acção que se inscreve no domínio extracontratual *ex* artigo 5.°, ponto 3, ou, pelo contrário, de uma acção que se inscreve no domínio contratual *ex* artigo 5.°, n.° 1, da Convenção de Bruxelas? O órgão jurisdicional de reenvio evoca ainda a possibilidade de o artigo 5.° da Convenção de Bruxelas não ser de todo aplicável.

2. Nos termos do artigo 5.° da Convenção de Bruxelas, o requerido com domicílio no território de um Estado contratante pode ser demandado num outro Estado contratante. O artigo 5.°, ponto 1, determina que, em matéria contratual, o tribunal competente é o tribunal do lugar onde a obrigação que serve de fundamento ao pedido foi ou deva ser cumprida. As partes no contrato podem elas próprias convencionar qual a jurisdição competente para dirimir um eventual litígio. Por força do artigo 5.°, ponto 3, é competente para dirimir o litígio em matéria extracontratual o tribunal do lugar onde ocorreu o facto danoso.

3. O Tribunal de Justiça já se debruçou várias vezes sobre a interpretação da Convenção de Bruxelas, e em particular sobre o seu artigo 5.° Porém, é a primeira vez que se pede ao Tribunal de Justiça que se pronuncie, no âmbito dessa Convenção, sobre a responsabilidade que pode resultar do comportamento das partes nos preliminares de um contrato.

4. Após uma descrição do enquadramento jurídico, da matéria de facto e da tramitação do processo, começarei por analisar a

1 — Língua original: neerlandês.

2 — JO 1972, L 299, p. 32; EE 01 F1 p. 198. A versão consolidada da Convenção, entretanto modificada, foi publicada no JO 1998, C 27, p. 1.

jurisprudência relevante do Tribunal de Justiça. Reproduzirei, em seguida, as observações apresentadas pelas partes ao Tribunal de Justiça. Essas observações centram-se fundamentalmente na questão de saber como deve ser qualificada a responsabilidade pré-contratual à luz dessa jurisprudência do Tribunal de Justiça. Posteriormente, abordarei as características específicas da responsabilidade pré-contratual. Na ausência de jurisprudência comunitária sobre a matéria, basear-me-ei, *inter alia*, nos sistemas jurídicos nacionais. O conjunto destes elementos permitir-me-á chegar à apreciação propriamente dita da questão colocada ao Tribunal de Justiça.

II — Enquadramento jurídico

5. De acordo com o seu artigo 1.°, a Convenção de Bruxelas aplica-se em matéria civil e comercial e independentemente da natureza da jurisdição. Em relação à competência judiciária, vigora o princípio geral consagrado no artigo 2.°, segundo o qual as pessoas domiciliadas no território de um Estado contratante devem ser demandadas, independentemente da sua nacionalidade, perante os tribunais desse Estado. Nos termos do artigo 3.°, as pessoas domiciliadas no território de um Estado contratante só podem ser demandadas perante os tribunais de um outro Estado contratante por força das regras enunciadas nas secções 2 a 6 do título relativo à «competência». Dessas disposições assumem relevância no caso concreto os artigos 5.° e 17.°

6. O artigo 5.° da Convenção de Bruxelas prevê o seguinte:

«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 deva ser cumprida; [...]

[...]

3. Em matéria extracontratual, perante o tribunal do lugar onde ocorreu o facto danoso;

[...]»

7. O artigo 17.° da Convenção de Bruxelas dispõe, designadamente, o seguinte:

«Se as partes, das quais pelo menos uma se encontre domiciliada no território de um

Estado contratante, tiverem convencionado que um tribunal ou os tribunais de um Estado contratante têm competência para decidir quaisquer litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica, esse tribunal ou esses tribunais terão competência exclusiva. Este pacto atributivo de jurisdição deve ser celebrado:

a) Por escrito ou verbalmente com confirmação escrita;

ou

b) Em conformidade com os usos que as partes estabeleceram entre si;

ou

c) No comércio internacional, em conformidade com os usos que as partes conheçam ou devam conhecer e que, em tal comércio, sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelas partes em contratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado.»

8. Em 1 de Março de 2002 a Convenção de Bruxelas será substituída pelo Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial [3]. Os considerandos 11 e 12 desse regulamento têm a seguinte redacção:

«(11) As regras de competência devem apresentar um elevado grau de certeza jurídica e devem articular-se em torno do princípio de que em geral a competência tem por base o domicílio do requerido e que tal competência deve estar sempre disponível, excepto em alguns casos bem determinados em que a matéria em litígio ou a autonomia das partes justificam outro critério de conexão. No respeitante às pessoas colectivas, o domicílio deve ser definido de forma autónoma, de modo a aumentar a transparência das regras comuns e evitar os conflitos de jurisdição.

(12) O foro do domicílio do requerido deve ser completado pelos foros alternativos permitidos em razão do vínculo estreito entre a jurisdição e o litígio ou com vista a facilitar uma boa administração da justiça.»

Estes considerandos não são aplicáveis *strictu sensu* ao caso em apreço. Não

3 — JO 2001, L 12, p. 1.

obstante, clarificam o alcance das disposições da Convenção de Bruxelas.

Direito nacional

9. O artigo 1337.° do Codice civile estipula que as partes devem, durante as negociações e quando da conclusão de um contrato, proceder segundo as regras da boa fé.

III — Matéria de facto e tramitação processual

Matéria de facto

10. Os factos no processo principal são os seguintes.

11. A Fonderie Officine Meccaniche Tacconi (a seguir «Tacconi») e a HWS Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (a seguir «HWS») negociaram um contrato que teria por objecto a venda à Tacconi de uma instalação de moldagem automática, fabricada pela HWS. O contrato devia ser celebrado entre a B.N. Commercio e Finanza Spa (a seguir «BN»), sociedade de locação financeira, e a HWS. A Tacconi havia já celebrado, com o acordo da HWS, um contrato de locação financeira com a BN. As máquinas nunca foram entregues.

12. As partes têm opiniões divergentes quanto à questão de saber se houve ou não um contrato entre a BN e a HWS. Segundo a Tacconi, esse contrato não chegou a existir devido à recusa da HWS em vender as máquinas à BN. Ainda de acordo com a Tacconi, a HWS havia rejeitado todas as propostas apresentadas durante as longas negociações, às quais acabou por pôr inopinadamente termo. A HWS considera, pelo contrário, que houve contrato.

Tramitação processual

13. Em 23 de Janeiro de 1996, a Tacconi demandou a HWS, com sede na República Federal da Alemanha, no Tribunale di Perugia, em Itália. Pedia que fosse declarado que o contrato entre a BN e a HWS, que teria por objecto a venda da instalação, não se tinha concluído. Baseava a sua pretensão na recusa, a seu ver injustificada, da HWS em vender as máquinas. A Tacconi sustentava que a HWS, ao rejeitar

todas as propostas apresentadas durante as longas negociações e, em seguida, ao pôr inopinadamente termo às mesmas, violara o dever de correcção e de boa fé, frustrando-se assim a confiança legítima que a Tacconi depositara na conclusão do contrato. Em consequência, a Tacconi invocou a responsabilidade pré-contratual da HWS, com base no artigo 1337.° do Codice civile [4]. A Tacconi requereu na primeira instância a condenação da HWS na reparação do prejuízo sofrido, avaliado em 3 000 000 000 ITL.

14. Na contestação, a HWS alegou que tinha concluído um contrato com a Tacconi e que o tribunal italiano não era competente, pois as condições gerais do contrato incluíam uma cláusula compromissória, que estabelecia uma arbitragem externa. A título subsidiário, pediu ao Tribunale di Perugia que declarasse, com base no artigo 5.°, ponto 3, da Convenção de Bruxelas, a ilegitimidade da Tacconi para intentar a acção. Em relação ao mérito, pediu que o pedido da demandante fosse julgado improcedente. A título mais subsidiário e em reconvenção, pediu a condenação da Tacconi no pagamento de 450 248,39 DEM.

15. Sublinho que a HWS não contestou a alegação da Tacconi de que teria inopinadamente posto termo às negociações. Tão-pouco o faz no processo no Tribunal de Justiça.

4 — A Tacconi defende que a HWS incorreu em culpa *in contrahendo*.

16. Em 16 de Março de 1999, a Tacconi pediu à Corte suprema di cassazione, nos termos do artigo 41.° do Codice di procedura civile, que esta designasse o tribunal competente. Requereu à Corte que declarasse o tribunal italiano competente para conhecer do litígio, sustentando que a determinação do tribunal competente devia ter lugar segundo as disposições da Convenção de Bruxelas. A acção intentada pela Tacconi inscrevia-se no domínio da responsabilidade extracontratual na acepção do artigo 5.°, ponto 3, da Convenção de Bruxelas. De acordo com este artigo, o tribunal competente é o tribunal do lugar onde ocorreu o facto danoso, entendendo-se por dano o prejuízo material sofrido pela pessoa que se afirma lesada. De acordo com a Tacconi, a acção havia pois sido acertadamente proposta no Tribunale di Perugia, local onde a Tacconi tem a sua sede e onde se verificou o dano alegadamente sofrido por ela.

17. A HWS deduziu um pedido reconvencional em que alegava que o contrato se tinha concluído com a sua carta de 28 de Abril de 1995, na qual confirmava a encomenda da Tacconi de 27 de Abril de 1995. Por esse motivo, e dado que o contrato incluía uma cláusula compromissória que estabelecia uma arbitragem externa, o tribunal italiano não era competente.

Questão prejudicial

18. Por despacho de 9 de Junho de 2000, que deu entrada na Secretaria do Tribunal

de Justiça em 11 de Setembro de 2000, a Corte Suprema di Cassazione (Itália) submeteu-lhe a seguinte questão prejudicial:

«A acção em que se invoca a responsabilidade pré-contratual do demandado integra-se no domínio extracontratual (artigo 5.°, ponto 3, da Convenção de Bruxelas)? Na negativa, esta acção integra-se no domínio contratual (artigo 5.°, ponto 1, da Convenção de Bruxelas) e, na afirmativa, qual é a 'obrigação que serve de fundamento ao pedido'? Em caso de resposta negativa, é de aplicar a essa acção unicamente o critério geral do domicílio do demandado?»

19. Na decisão de reenvio, o tribunal nacional entende que a responsabilidade não resulta de um contrato. Segundo a Tacconi, não foi concluído qualquer contrato com a HWS. Contudo, uma vez que a responsabilidade pré-contratual é, em Itália, regulada pelas normas aplicáveis aos contratos, existe assim uma ligação com a matéria contratual a que se refere o artigo 5.°, ponto 1, da Convenção de Bruxelas. O critério de competência especial aí previsto não se afigura, no entanto, aplicável à responsabilidade pré-contratual. De acordo com o órgão jurisdicional de reenvio, esta responsabilidade não decorre do incumprimento de uma obrigação contratual, mas sim do desrespeito da obrigação legal de actuar de boa fé durante as negociações para conclusão de um contrato.

Tramitação no Tribunal de Justiça

20. As partes no processo principal e a Comissão apresentaram observações escritas ao Tribunal de Justiça. Não houve audiência.

IV — Jurisprudência do Tribunal de Justiça

21. A resposta à questão prejudicial será em grande parte determinada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à Convenção de Bruxelas. Nesta parte das minhas conclusões, tal jurisprudência será reproduzida na medida em que possa influenciar essa resposta. Analisarei, em primeiro lugar, as principais características da Convenção de Bruxelas e, posteriormente, as disposições com especial interesse neste caso.

Natureza da Convenção de Bruxelas

22. A regra de base vem formulada no artigo 2.° da Convenção. O requerido pode ser sempre demandado perante o tribunal do Estado do seu domicílio. Nalguns casos

expressamente previstos, que devem ser encarados como excepções à regra de base, o requerente pode igualmente intentar uma acção noutro tribunal. Os pontos 1 e 3 do artigo 5.° constituem excepções desse tipo.

23. Segundo o preâmbulo, a Convenção de Bruxelas visa reforçar na Comunidade a protecção jurídica das pessoas estabelecidas no seu território [5]. Para o efeito, define as regras de competência aplicáveis às acções cíveis. O Tribunal de Justiça entende que protecção jurídica das pessoas é reforçada pelo facto de se permitir simultaneamente ao requerente identificar facilmente o órgão jurisdicional a que se pode dirigir e ao requerido prever razoavelmente aquele perante o qual pode ser demandado [6]. As regras de competência devem apresentar um elevado grau de certeza jurídica, conforme resulta expressamente do considerando 11 do Regulamento n.° 44/2001. Assim se reforça a segurança jurídica, o que constitui igualmente um objectivo da Convenção de Bruxelas.

24. Com base no exposto, um dos objectivos da Convenção consiste nomeadamente em uniformizar as regras de competência internacional dos órgãos jurisdicionais dos Estados contratantes. Contudo, o âmbito de aplicação da Convenção é limitado. Esta não enuncia as condições que devem presidir à apreciação do carácter danoso do facto e à prova da existência e do alcance do prejuízo. Essas condições são regidas pelo direito material designado pelas normas de conflito de leis do direito nacional do tribunal onde foi proposta a acção, na condição de essa aplicação não afectar o efeito útil da Convenção [7].

25. A posição do Tribunal de Justiça é a de que os conceitos utilizados na Convenção de Bruxelas devem, em geral, ser interpretados de uma forma autónoma. Essa interpretação, no âmbito da aplicação da Convenção de Bruxelas, deverá atender, principalmente, ao sistema e aos objectivos da Convenção, com vista a assegurar a plena produção dos seus efeitos. Os referidos conceitos não podem, portanto, ser entendidos como remetendo para a qualificação que a lei nacional aplicável efectua da relação jurídica em causa no órgão jurisdicional nacional [8].

26. A este propósito, o Tribunal de Justiça declarou, no acórdão Peters [9], que tendo em conta os objectivos e a estrutura geral da Convenção de Bruxelas e a fim de assegurar, na medida do possível, a igualdade e a uniformidade dos direitos e obrigações que decorrem da Convenção para os Estados contratantes e para as pessoas interessadas, o conceito de matéria contratual (na acepção do artigo 5.°,

5 — Por outro lado, o Regulamento n.° 44/2001 considera que o bom funcionamento do mercado interno é um objectivo essencial.

6 — Acórdão de 20 de Março de 1997, Farrell (C-295/95, Colect., p. I-1683, n.° 13).

7 — Acórdão de 7 de Março de 1995, Shevill e o. (C-68/93, Colect., p. I-415, n.° 39).

8 — V., nomeadamente, acórdão de 27 de Outubro de 1998, Réunion européenne e o. (C-51/97, Colect., p. I-6511, n.° 15).

9 — Acórdão de 22 de Março de 1983 (34/82, Recueil, p. 987, n.° 9).

ponto 1) não deve ser interpretado como uma simples remissão para o direito interno de um ou de outro dos Estados em causa [10]. O conceito de matéria extracontratual (na acepção do artigo 5.°, ponto 3) deve igualmente ser interpretado de maneira autónoma [11].

27. A Convenção procura ainda evitar, na medida do possível, que vários órgãos jurisdicionais sejam competentes para apreciar uma mesma relação jurídica. A concomitância de competências jurisdicionais aumenta o risco de decisões inconciliáveis. Esta exigência, formulada pelo Tribunal de Justiça no acórdão De Bloos [12], tem como objectivo garantir a segurança jurídica.

28. No acórdão Peters, o Tribunal de Justiça considerou que o artigo 5.°, ponto 1, da Convenção de Bruxelas pretendera deixar a possibilidade de submeter a um mesmo órgão jurisdicional todos os problemas que pudessem resultar do cumprimento de uma obrigação contratual. Tratava-se, no caso concreto, do tribunal do lugar de cumprimento. O Tribunal de Justiça orientou-se aqui pelo princípio segundo o qual o acessório segue o principal (*acessorium sequitur principale*) [13]. Além disso, o autor dispõe sempre da faculdade de propor integralmente a acção no tribunal do domicílio do réu. Por outro lado, o artigo 22.° da Convenção de Bruxelas permite, em certas condições, que o tribunal demandado em primeiro lugar conheça integralmente do litígio, desde que as acções intentadas perante órgãos jurisdicionais diferentes sejam conexas [14].

29. No entanto, esta faculdade de submeter à apreciação do mesmo tribunal todos os elementos de uma acção não é ilimitada. O tribunal competente, nos termos do ponto 3 do artigo 5.°, para conhecer de um elemento da acção baseado em facto ilícito, não o é para conhecer dos outros elementos da mesma acção não baseados em facto ilícito [15].

30. Isto leva-me a uma outra característica da Convenção. A escolha do tribunal competente no acórdão Peters [16] é ditada pelos laços estreitos que um contrato cria entre os contraentes. O Tribunal de Justiça aplica assim o princípio de que as atribuições especiais de competência se baseiam na existência de uma conexão particularmente estreita entre a contestação e um foro diferente do do Estado do domicílio do demandado, a qual justifica a atribuição de competência a esse tribunal por razões de

10 — O que foi confirmado pelo Tribunal de Justiça, entre outros, nos acórdãos de 8 de Março de 1988, Arcado (9/87, Colect., p. 1539, n.° 11), e de 17 de Junho de 1992, Handte (C-26/91, Colect., p. I-3967).

11 — V. acórdão de 27 de Setembro de 1988, Kalfelis (189/87, Colect., p. 5565, n.° 15).

12 — Acórdão de 6 de Outubro de 1976 (14/76, Colect., p. 605, n.° 9).

13 — V. acórdão de 15 de Janeiro de 1987, Shenavai (266/85, Colect., p. 239, n.° 19).

14 — Acórdão Kalfelis, já referido na nota 11, n.° 20.

15 — Acórdão Kalfelis, já referido na nota 11, n.° 19.

16 — Já referido na nota 9, n.° 12 do acórdão.

boa administração da justiça e de organização útil do processo[17]. A propósito do artigo 5.° da Convenção de Bruxelas, fala-se ainda da proximidade do tribunal declarado competente[18]. A proximidade do juiz do lugar onde deve ser cumprida a obrigação facilita a administração da prova. Em resumo — conforme explicita ainda o considerando 12 do Regulamento n.° 44/2001 —, deve existir um vínculo estreito entre a jurisdição competente e o litígio.

Artigo 2.°

31. O artigo 2.° estipula que as pessoas domiciliadas no território de um Estado contratante devem ser demandadas, independentemente da sua nacionalidade, perante os tribunais desse Estado. Subjacente a este artigo está o adágio *actor sequitor forum rei*. A regra de competência do artigo 2.° reveste a natureza de um princípio geral. O objectivo do artigo 2.° reside assim na protecção dos direitos do demandado. Com efeito, este pode mais facilmente defender-se perante os tribunais do Estado do seu domicílio do que perante órgãos jurisdicionais de um Estado estrangeiro. O artigo 2.° constitui assim a contrapartida do reconhecimento e execução simplificados de decisões judiciais estrangeiras previstos na Convenção de Bruxelas[19]. O reconhecimento simplificado resulta do artigo 26.°, primeiro parágrafo, da Convenção, segundo o qual as decisões proferidas num Estado contratante são reconhecidas nos outros Estados contratantes, sem necessidade de recurso a qualquer processo.

Artigo 5.° da Convenção de Bruxelas e interpretação restritiva

32. O artigo 5.° define os casos em que uma pessoa com domicílio no território de um Estado contratante pode, nos termos da Convenção de Bruxelas, ser demandada num outro Estado contratante. A escolha do tribunal cabe ao demandante e resulta da introdução da petição inicial. A possibilidade de escolha por parte do demandante comporta o risco de *forumshopping* e, por conseguinte, também de *lawshopping*[20]. Com efeito, o demandante pode escolher o tribunal competente em função do direito que lhe for mais favorável.

33. Segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, o carácter geral do princípio consagrado no artigo 2.° implica que as derrogações ao mesmo sejam interpretadas restritivamente[21]. O mesmo se pode afirmar em relação ao artigo 5.°, que

17 — Acórdãos de 30 de Novembro de 1976, Bier (21/76, Colect., p. 677), e de 11 de Janeiro de 1990, Dumez France e Tracoba (C-220/88, Colect., p. I-49).

18 — V. as conclusões do advogado-geral Ruiz-Jarabo Colomer apresentadas em 16 de Março de 1999 no processo GIE Groupe Concorde e o. (C-440/97, Colect., p. I-6307, n.os 64 e 65).

19 — Acórdão de 4 de Julho de 1985, AS-Autoteile Service (220/84, Recueil, p. 2267, n.° 15).

20 — V., a este propósito, P. Vlas, Forumshopping *in* EEX en EVEX, *A&V*, ano 3, 1995, pp. 112-118.

21 — Acórdão Kalfelis, já referido na nota 11, n.° 19.

permite que o requerido com domicílio no território de um Estado contratante seja demandado num outro Estado contratante. A exigência de interpretação restritiva significa que as regras de competência do artigo 5.° não podem ser aplicadas por analogia fora dos casos previstos na Convenção de Bruxelas [22]. No acórdão Dumez France e Tracoba, o Tribunal de Justiça sublinha que isso é importante sobretudo na medida em que a Convenção de Bruxelas permite que o requerido seja demandado no tribunal do Estado contratante onde o requerente tem o seu domicílio. Com efeito, fora dos casos expressamente previstos, a Convenção de Bruxelas manifestou-se claramente contrária à competência dos tribunais do domicílio do demandante [23].

34. Nas suas recentes conclusões no processo Gabriel [24], o advogado-geral F. G. Jacobs contesta que o direito comunitário comporte um princípio geral segundo o qual todas as derrogações devem ser interpretadas restritivamente. De uma maneira geral, concordo com a posição do advogado-geral F. G. Jacobs. Porém, em relação ao artigo 5.° da Convenção de Bruxelas, não está em causa a necessidade de uma interpretação restritiva. Tal resulta de um dos objectivos da Convenção, a protecção da segurança jurídica.

35. Por outro lado, o carácter restritivo da interpretação não pode ir ao ponto de esvaziar de conteúdo o artigo 5.° [25]. Com base no meu entendimento da jurisprudência, a obrigação de interpretação restritiva implica, no caso concreto, o afastamento da possibilidade de interpretação por analogia, sendo, no entanto, a formulação das disposições derrogatórias determinante.

Artigo 5.°, ponto 1: matéria contratual

36. Nos termos do artigo 5.°, ponto 1, da Convenção, o requerido pode, em matéria contratual, ser demandado perante o tribunal do lugar onde a obrigação que serve de fundamento ao pedido foi ou deva ser cumprida. Por «obrigação contratual» entende-se aquela que serve de base à acção judicial [26]. Caso a acção se baseie em diferentes obrigações, que devam, em princípio, ser executadas em locais diferentes, deve atender-se à obrigação que caracteriza o contrato [27].

37. O Tribunal de Justiça condiciona fortemente a aplicabilidade do artigo 5.°,

22 — V., por exemplo, acórdão de 19 de Janeiro de 1993, Shearson Lehman Hutton (C-89/91, Colect., p. I-139, n.° 16), e acórdão Handte, já referido na nota 10, n.° 14.

23 — Já referido na nota 17, n.os 16 e 19. V., no mesmo sentido, acórdão de 13 de Julho de 2000, Group Josi (C-412/98, Colect., p. I-5925, n.° 50).

24 — Conclusões apresentadas em 13 de Dezembro de 2001 (C-96/00, ainda não publicadas na Colectânea).

25 — V. acórdão de 4 de Março de 1982, Effer (38/81, Recueil, p. 825, n.° 7), assim como as conclusões do advogado-geral G. Reischl nesse processo.

26 — Acórdão De Bloos já referido na nota 12, n.° 11, e confirmado no acórdão Shenavai, já referido na nota 13, n.° 20.

27 — Acórdão de 26 de Maio de 1982, Ivenel (133/81, Recueil, p. 1891).

ponto 1. Na jurisprudência, é determinante o elemento voluntário, conforme resulta, designadamente, do acórdão Handte, no qual o Tribunal de Justiça declarou que o conceito de matéria contratual não pode ser interpretado de molde a abranger os casos em que não existe qualquer obrigação voluntariamente contraída por uma parte perante outra. Se não estiver preenchido o requisito da vontade, o artigo 5.°, ponto 1, não é aplicável. Por outro lado, o Tribunal de Justiça afirma que o artigo 5.°, ponto 1, pode pelo contrário ser aplicado quando é a própria existência do contrato que é impugnada. O Tribunal de Justiça não aceita que uma das partes no contrato se possa subtrair à aplicação do artigo 5.°, ponto 1, mediante a simples alegação de que o contrato não se concluiu [28].

38. A aplicabilidade limitada do artigo 5.°, ponto 1, resulta ainda do acórdão De Bloos [29]. Nem todas as obrigações emergentes de um contrato são abrangidas pelo artigo 5.°, ponto 1. Deve tratar-se de uma obrigação contratual que sirva de base a uma acção judicial. O Tribunal de Justiça coloca a ênfase na reciprocidade da obrigação: a acção diz respeito à obrigação que constitui a contrapartida do direito contratual invocado pelo requerente.

39. Nos termos do artigo 5.°, ponto 1, o requerido pode ser demandado perante o tribunal do lugar do cumprimento do contrato. Segundo os autores da Convenção de Bruxelas, esse lugar deve ter uma ligação estreita com os factos [30]. O Tribunal de Justiça subscreveu essa posição ao declarar que o lugar onde a obrigação deve ser executada é em regra aquele que tem uma ligação mais estreita entre o litígio e o órgão jurisdicional competente, e que tal é determinante para designar o tribunal competente em matéria contratual [31]. O Tribunal de Justiça afirmou ainda que o lugar do cumprimento da obrigação foi escolhido como critério de competência porque, preciso e claro, integra-se no objectivo geral da Convenção, que consiste na criação de regras que garantam uma certeza quanto à repartição de competências entre os diferentes órgãos jurisdicionais nacionais a que pode ser submetido um litígio em matéria contratual [32].

40. Já anteriormente, no acórdão Tessili, o Tribunal de Justiça tinha indicado que, nos termos do artigo 5.°, ponto 1, compete ao juiz a quem a questão foi submetida determinar se, por força da Convenção, o lugar onde a obrigação foi ou deve ser cumprida se situa dentro dos limites da sua competência territorial. Para esse efeito, deve determinar, em virtude das suas próprias normas de conflitos, qual a lei aplicável à relação jurídica em causa e, em conformidade com essa lei, definir o lugar do cumprimento da obrigação contratual em litígio [33]. Esta regra, que remete para a legislação nacional aplicável, constitui uma

28 — V. acórdão Effer, já referido na nota 25, n.° 7.

29 — Já referido na nota 12. V. n.os 10 e 11 do acórdão.

30 — O advogado-geral C. O. Lenz subscreve essa opinião. V. conclusões no processo C-288/92, acórdão de 29 de Junho de 1994, Custom Made Commercial (Colect., p. I-2913).

31 — Acórdão Peters, já referido na nota 9.

32 — V. acórdão Custom Made Commercial, já referido na nota 30, n.° 15.

33 — V. acórdão de 6 de Outubro de 1976, Tessili (12/76, Colect., p. 585, n.° 13).

excepção ao princípio de base segundo o qual os conceitos utilizados na Convenção de Bruxelas devem, em geral, ser objecto de uma interpretação autónoma.

Artigo 5.°, ponto 3: matéria extracontratual

41. O conceito de matéria extracontratual abrange, segundo o Tribunal de Justiça, qualquer acção que tenha em vista desencadear a responsabilidade do réu e que não esteja relacionada com a matéria contratual na acepção do ponto 1 do artigo 5.° [34]. Por conseguinte, os pontos 1 e 3 do artigo 5.° não podem ser aplicados em simultâneo.

42. O âmbito de aplicação material do artigo 5.°, ponto 3, da Convenção de Bruxelas é determinado pelos conceitos de «matéria extracontratual» e de «lugar onde ocorreu o facto danoso». Estes conceitos também são interpretados de forma autónoma pelo Tribunal de Justiça. No acórdão Marinari declarou que a Convenção não pretendeu ligar as regras de competência territorial do artigo 5.°, ponto 3, às disposições nacionais relativas às condições da responsabilidade civil extracontratual. Isto porque uma interpretação da Convenção em que tivesse de atender-se ao direito aplicável em matéria de responsabilidade civil extracontratual deixaria a determinação do órgão jurisdicional competente dependente de circunstâncias incertas, o que seria incompatível com o objectivo da Convenção que é o de definir atribuições de competência certas e previsíveis [35].

43. Ao interpretar o artigo 5.°, ponto 3, da Convenção, o Tribunal de Justiça tem em consideração a sua *ratio*. À semelhança do ponto 1 do artigo 5.°, está aqui em causa a existência de um nexo especialmente estreito entre o litígio e o órgão jurisdicional de um Estado que não seja o do domicílio do demandado. Este nexo traduz-se no ponto de conexão territorial que determina a escolha do tribunal competente [36].

44. É possível que o lugar onde se situa o facto causador do dano e gerador de responsabilidade extracontratual não coincida com o lugar onde esse dano se materializou. No acórdão Bier, o Tribunal de Justiça afirmou que ambos os lugares podem constituir elementos de conexão para a atribuição de competência judicial. Cada um deles pode, consoante as circunstâncias, constituir um ponto de partida útil em termos de prova e da organização do processo. O Tribunal de Justiça acrescen-

34 — V. acórdão Kalfelis, já referido na nota 11, n.° 18.

35 — Acórdão de 19 de Setembro de 1995 (C-364/93, Colect., p. I-2719, n.° 18).

36 — V. acórdão Bier, já referido na nota 17, n.° 11.

tou ainda que a indicação apenas do lugar onde decorre a actividade causal pode provocar, num considerável número de casos, uma confusão entre as competências previstas nos artigos 2.° e 5.°, ponto 3, retirando a este último preceito o seu efeito útil [37].

45. Aliás, do exposto não resulta que o lugar onde ocorreu o facto danoso abranja todo e qualquer lugar onde se façam sentir os efeitos danosos de um facto que já tenha efectivamente causado danos noutro lugar. O artigo 5.°, ponto 3, visa apenas o lugar onde o facto causal provocou danos directos [38]. O Tribunal de Justiça declarou, no acórdão Marinari, que o conceito de lugar onde ocorreu o facto danoso não pode ser interpretado como abrangendo o lugar onde a vítima pretende ter sofrido um dano patrimonial consecutivo a um dano inicial ocorrido e sofrido por ela noutro Estado contratante [39].

V — Observações das partes

46. A Tacconi sustenta que a responsabilidade pré-contratual deve ser considerada extracontratual, constituindo assim uma responsabilidade por factos ilícitos. Acrescenta ainda que durante a fase pré-contratual não existe qualquer vínculo contratual entre as partes.

47. A Tacconi afirma, com base na jurisprudência do Tribunal de Justiça, que o conceito de matéria contratual não pode abranger situações em que não existe nenhum compromisso livremente assumido por uma parte relativamente à outra [40]. Uma vez que na fase pré-contratual não existe qualquer vínculo contratual entre as partes, se as negociações não culminarem num contrato, daí não nasce, segundo a Tacconi, qualquer obrigação contratual para as partes.

48. A HWS alega que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a Convenção de Bruxelas deve ser interpretada de forma autónoma, isto é, sem ter em conta a interpretação da Convenção assente no direito nacional aplicável. Assim, segundo a HWS, não deve atribuir-se importância à doutrina e à jurisprudência italiana segundo a qual a responsabilidade pré-contratual equivale à responsabilidade extracontratual. A HWS recorda o acórdão Kalfelis, no qual se declarou que o conceito de matéria extracontratual abrange qualquer acção que tenha em vista desencadear a responsabilidade do réu e que não esteja relacionada com a matéria contratual na acepção do ponto 1 do artigo 5.° [41]. A HWS considera que o artigo 5.°, ponto 1, da Convenção de

37 — Já referido na nota 17, n.° 20.
38 — V. acórdão Bier, já referido na nota 17, n.° 15 e segs.
39 — Já referido na nota 35, n.° 21.
40 — Refere-se ao acórdão Handte, já referido na nota 10, n.° 15.
41 — Já referido na nota 11, n.° 17.

Bruxelas não é aplicável, na medida em que pressupõe a existência de um contrato e a pretensão da Tacconi assenta precisamente no facto de não ter sido concluído qualquer contrato.

49. Além disso, a HWS sustenta que a diferença entre a responsabilidade pré-contratual e a responsabilidade extracontratual, na acepção do artigo 5.°, ponto 3, reside no facto de esta última ser aplicável a todo aquele que viole o princípio *neminem laedere*, ou seja, que cometa um delito ou viole um direito absoluto. A responsabilidade pré-contratual, pelo contrário, só pode ser invocada contra alguém que tenha uma relação especial com a pessoa lesada, ou seja, quem esteja a negociar um contrato. De acordo com a HWS, quem enceta negociações com outrem aceita o risco de que a parte contrária possa violar as regras da boa fé e, nessa medida, causar-lhe um prejuízo.

50. A HWS conclui que os critérios especiais de competência não são aplicáveis à responsabilidade pré-contratual, pelo que, no caso concreto, se aplica a regra geral de competência do artigo 2.°[42]. Com base nisso, devia ter sido demandada perante um tribunal alemão.

51. Nas suas observações, a Comissão reproduz a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Faz referência à interpretação restritiva do artigo 5.° da Convenção, ao significado autónomo dos conceitos de matéria contratual e de matéria extracontratual e à exigência de que um requerido normalmente diligente possa razoavelmente prever em que tribunal, para além dos do Estado do seu domicílio, pode ser accionado. Segundo a Comissão, resulta ainda do acórdão Handte que o conceito de matéria contratual não abrange os casos em que não exista nenhum compromisso livremente assumido por uma parte relativamente à outra[43]. Caso contrário, este conceito violaria o princípio da segurança jurídica. A Comissão entende assim que, na opinião do Tribunal de Justiça, a vontade de assumir um compromisso representa uma condição fundamental para a conclusão de um contrato.

52. A Comissão sustenta ainda que o conceito de matéria contratual se presta a uma interpretação literal, o que não acontece com o conceito de matéria extracontratual. Considera que é por este motivo que, em matéria extracontratual, o Tribunal de Justiça utiliza a responsabilidade como denominador comum. Isto significa que a matéria extracontratual inclui as acções que não sejam expressamente abrangidas pelo direito dos contratos. Esta interpretação dá lugar a critérios inequívocos para a aplicação da competência especial.

42 — Aparentemente, a HWS abandonou a ideia de que a responsabilidade pré-contratual se inscreve na matéria contratual.

43 — Já referido na nota 10, n.° 15.

53. A Comissão considera pertinente estabelecer uma distinção entre acções que têm em vista o respeito de obrigações contratuais e acções com vista à declaração da responsabilidade do réu. Em relação à primeira categoria de acções, o carácter específico da obrigação contratual justifica a competência do tribunal do lugar onde a obrigação foi ou deva ser cumprida. No que diz respeito à segunda categoria, o tribunal mais idóneo para conhecer do litígio é, de uma forma geral, o do lugar onde ocorreu o facto danoso.

54. Com base no exposto, a Comissão conclui que uma acção em que se invoca a responsabilidade pré-contratual é matéria extracontratual na acepção do artigo 5.°, ponto 3.

VI — Responsabilidade pré-contratual

55. O princípio da liberdade contratual implica que todos sejam livres de escolher com quem desejam negociar, o objecto das negociações e até onde estão dispostos a ir no âmbito das mesmas. Por conseguinte, são em princípio livres de pôr termo às negociações quando querem, sem incorrerem em qualquer tipo de responsabilidade. Mas a liberdade de pôr termo às negociações não é absoluta. Os UNIDROIT Principles determinam, no artigo 2.15, o seguinte: «a party who [...] breaks off negociations in bad faith is liable for losses caused to the other party». Segundo a nota explicativa a este artigo, a partir de determinado momento as negociações já não podem ser rompidas de forma abrupta e sem justificação. Esse momento depende, em primeiro lugar, das razões que a parte contrária tiver para, com base no comportamento da parte que põe termo às negociações, confiar no resultado positivo das mesmas. Em segundo lugar, depende do número de aspectos que já tiverem sido objecto de acordo entre as partes. Se, apesar de tudo, uma das partes romper abruptamente e sem justificação as negociações, terá de indemnizar a parte contrária pelo prejuízo sofrido.

56. A responsabilidade pré-contratual resulta assim da ruptura injustificada das negociações de um contrato.

57. É a primeira vez que o Tribunal de Justiça é chamado a apreciar, no quadro da Convenção de Bruxelas, a natureza jurídica da responsabilidade que pode surgir entre dois potenciais contraentes durante as negociações de um contrato. A responsabilidade pré-contratual enquanto tal não é regulada pela Convenção de Bruxelas. A referência mais inequívoca encontra-se no relatório Evrigenis, que faz uma interpretação do conteúdo da Convenção de Bruxelas quando da adesão da Grécia. De acordo com este relatório, as relações pré-

contratuais podem ser abrangidas pelo artigo 5.°, ponto 1[44]. O relatório não indica, contudo, qual a base para essa afirmação. A questão da responsabilidade pré-contratual é ainda objecto de uma abundante doutrina nos Estados-Membros, no contexto do direito internacional privado e fora dele. Porém, a doutrina dos vários Estados-Membros não vai toda no mesmo sentido.

58. Na maioria dos sistemas jurídicos, a parte que ponha termo às negociações sem justificação válida, depois de ter induzido a parte contrária a confiar na conclusão do contrato, é responsável por interesse contratual negativo. Este interesse contratual negativo inclui, de uma forma geral, não apenas as despesas, mas também a perda de oportunidades da conclusão de um contrato com um terceiro. No caso de ruptura de negociações, está em causa a confiança que se tem no resultado a que as mesmas podem conduzir. Abordarei em seguida, de forma sucinta, alguns desses sistemas jurídicos. Esta breve descrição do direito aplicável à responsabilidade pré-contratual não pretende esgotar o panorama do direito em vigor nos Estados-Membros, tendo antes uma função meramente ilustrativa. O Tribunal de Justiça pode inspirar-se no direito nacional para responder à questão que lhe foi colocada.

59. No direito italiano, o artigo 1337.° do Codice civile contém uma disposição específica sobre responsabilidade pré-contratual. As partes devem, durante as negociações e quando da conclusão de um contrato, proceder segundo as regras da boa fé. A parte que ponha termo às negociações sem justificação válida, depois de ter induzido a parte contrária a confiar na conclusão do contrato, é responsável por interesse contratual negativo. Este interesse contratual negativo inclui expressamente, para além das despesas, a perda de oportunidades[45]. O interesse contratual positivo não é indemnizado, isto é, a parte contrária não tem de ser reposta na situação em que se encontraria caso o contrato tivesse efectivamente sido concluído. A obrigação que é violada pela ruptura abrupta das negociações visa evitar que a parte contrária sofra um prejuízo por ter participado nas negociações e não compensá-la pelo facto de as negociações não terem culminado na conclusão de um contrato. Não é necessária a existência de culpa.

60. No direito alemão, a parte que rompa indevidamente as negociações sem justifi-

44 — Relatório Evrigenis, JO 1986, C 298, n.° 49.

45 — Segundo os UNIDROIT Principles, por perdas devem entender-se os custos em que a outra parte incorreu e a perda da oportunidade de contratar com um terceiro.

cação válida, ou por considerações no caso irrelevantes, depois de ter induzido a parte contrária a confiar na conclusão do contrato, é responsável por interesse contratual negativo. A responsabilidade baseia-se frequentemente na doutrina da culpa *in contrahendo*: a parte que rompe abruptamente as negociações é responsável pela violação indevida da obrigação pré-contratual de atender aos interesses da parte contrária [46]. O critério em vigor na Alemanha é, pois, muito semelhante ao que vigora em Itália, excepto no que diz respeito ao papel da culpa.

61. O direito francês não contém disposições sobre negociações pré-contratuais e formação de contratos. A responsabilidade pré-contratual baseia-se na doutrina do abuso de direito em conjugação com o princípio da razoabilidade e da equidade. Há responsabilidade sempre que uma das parte rompa subitamente e de forma injustificada as negociações num momento em que a parte contrária já possa confiar na conclusão do contrato. Enquanto o contrato não tiver sido concluído, o prejuízo que resulte da fase pré-contratual deve ser apreciado à luz do direito aplicável aos factos ilícitos. O prejuízo sofrido pela parte contrária tem de ser indemnizado. É discutível se esse prejuízo abrange também a perda de oportunidades («perte d'une chance»), uma vez que não se sabe ao certo se aquela parte teria efectivamente concluído um contrato com um terceiro. De resto, os tribunais franceses têm-se mostrado reservados na determinação de responsabilidade pré-contratual, por não quererem interferir no princípio da liberdade contratual.

62. O direito neerlandês afasta-se desta orientação. A responsabilidade pode existir mesmo antes de a parte contrária poder confiar na conclusão do contrato. De acordo com o direito neerlandês, existe uma fase das negociações a partir da qual já não é possível rompê-las. Se isso acontecer, pode existir responsabilidade por interesse contratual positivo [47]. As negociações comportam três fases. Na primeira fase, podem ser rompidas livremente, sem dar lugar a qualquer tipo de responsabilidade. Segue-se uma fase em que é possível romper as negociações desde que se indemnize a parte contrária pelas despesas. Por último, temos a última fase, que já não permite a ruptura. Verifica-se quando a parte contrária já podia confiar na conclusão do contrato ou quando outras circunstâncias não justifiquem a ruptura das negociações. Se uma das partes romper as negociações nesta fase, pode ser responsável até pelos lucros

46 — Quanto à questão de saber se e em que medida é exigida a culpa, não existe na Alemanha uma *communis opinio*.

47 — V. HR de 18 de Junho de 1982, NJ 1983, p. 723 (Plas/Valburg).

cessantes. A doutrina neerlandesa tem defendido que seja possível introduzir nesta fase acções ao abrigo do artigo 5.°, ponto 1, da Convenção de Bruxelas, devido às «relações estreitas» que se criaram entre as partes [48].

63. O direito britânico nunca admitiu a responsabilidade decorrente da ruptura de negociações. O risco de uma parte pôr termo às negociações antes da conclusão do contrato é encarado como «business loss». O conceito continental de boa fé pré-contratual é desconhecido enquanto tal no Reino Unido: não existe qualquer obrigação de negociar em conformidade com as exigências da razoabilidade e da equidade. Isto não significa, porém, que o comportamento das partes durante a fase pré-contratual não esteja sujeito a regras. Assim, é possível falar de responsabilidade com base na doutrina da «misrepresentation» [49]. Não obstante, considero mais importante a figura jurídica do «estoppel by representation» [50], que impede uma parte de contrariar uma declaração que anteriormente tenha efectuado se daí resultar prejuízo para a parte contrária. Trata-se, por conseguinte, de uma figura jurídica comparável — embora não idêntica — a outros conceitos do direito continental, como a protecção da boa fé e da confiança legítima. Por último, importa sublinhar que a ruptura das negociações é causadora de responsabilidade, esta tem a sua base em actos geradores de «tort». Essa responsabilidade distingue-se claramente da responsabilidade resultante do não cumprimento de obrigações contratuais.

64. Coloca-se agora a questão de saber qual o significado que as concepções jurídicas acima enunciadas podem ter na resposta à questão aqui colocada sobre a Convenção de Bruxelas.

65. Para o efeito, distingo duas fases no processo de negociações. Na primeira fase, prevalece a liberdade contratual. As partes podem romper as negociações. Na segunda fase, as partes não podem romper sem mais as negociações. A confiança gerada na parte contrária e o prejuízo que esta possa sofrer devido à ruptura das negociações podem dar lugar a responsabilidade. Esta responsabilidade abrange sempre o interesse contratual negativo, ou seja, as despesas efectuadas e a perda de oportunidades. De uma forma geral, não vai ao ponto de permitir que a parte contrária exija a conclusão do contrato [51].

48 — V. a nota de Schultz sobre o acórdão Peters (já referido na nota 9), NJ 1983, p. 644, e J. E. J. Th. Deelen, IPR en de afgebroken onderhandelingen, Studiekring «Prof. Mr. J. Offerhaus», Reeks Handelsrecht, n.° 18, 1984, p. 126.

49 — Comparar com a doutrina continental do erro.

50 — A par desta, o direito britânico conhece ainda a figura do «promissory estoppel», que implica que uma parte possa ficar vinculada a uma promessa que tenha feito à parte contrária. A figura do «promissory estoppel» é geralmente invocada em relações contratuais existentes; normalmente, não pode ser utilizada em casos de responsabilidade pré-contratual.

51 — Esta situação também se verifica — até em maior medida — no ordenamento jurídico do Reino Unido, onde vigoram princípios jurídicos diferentes dos que caracterizam os sistemas jurídicos continentais acima descritos.

66. Teoricamente — tendo em conta as concepções jurídicas prevalecentes nos Países Baixos — é possível distinguir ainda uma terceira fase. As relações entre as partes podem ter-se tornado de tal modo estreitas que seja possível falar de interesse contratual positivo. Poderá então exigir-se a conclusão efectiva do contrato, ou uma indemnização correspondente.

VII — Apreciação

Enquadramento geral

67. Na sua jurisprudência, o Tribunal de Justiça, no que importa para o caso concreto, explicou a sistemática da Convenção de Bruxelas (v. parte IV das presentes conclusões). Em síntese:

— os conceitos da Convenção de Bruxelas são, de uma forma geral, interpretados autonomamente; o seu significado não depende da interpretação que deles seja feita no direito nacional dos Estados-Membros;

— os conceitos são interpretados à luz do objectivo da Convenção de reforçar a protecção jurídica; as partes devem poder prever qual será o tribunal competente;

— a regra principal é enunciada no artigo 2.° da Convenção: os tribunais do Estado-Membro onde o demandado tenha o seu domicílio são competentes para conhecerem os litígios cíveis. Em determinados casos específicos, o artigo 5.° oferece uma alternativa ao demandante num litígio;

— o artigo 5.° deve ser interpretado restritivamente, ou seja, não se pode aplicar por analogia.

— deve evitar-se que vários órgãos jurisdicionais sejam competentes para apreciar a mesma relação jurídica;

— a competência prevista no artigo 5.° deve basear-se na existência de uma ligação especialmente estreita entre o litígio e o outro órgão jurisdicional que não o do Estado do domicílio do demandado;

— o artigo 5.° constitui em si um sistema fechado. Aos litígios em matéria de

responsabilidade civil é aplicável o ponto 1 ou o ponto 3 do artigo 5.°;

— o elemento determinante para a aplicação do artigo 5.°, ponto 1, é a existência de uma obrigação livremente contraída.

68. Estes elementos formam o enquadramento da resposta a dar. Paralelamente, gostaria de esclarecer dois aspectos.

69. Em primeiro lugar, considero que a competência judicial e o direito aplicável devem ser na medida do possível coincidentes. É, evidentemente, preferível que um órgão jurisdicional possa aplicar o direito do seu próprio país. Com efeito, é ele o mais qualificado para o fazer. Assim se evitaria — no caso concreto — que o tribunal italiano tivesse de apreciar a eventual responsabilidade da HWS à luz do direito alemão.

70. O interesse das partes deve, tanto quanto possível, ser tido em consideração. É este o segundo aspecto. Importa referir que o artigo 5.° visa proteger o interesse do requerente no processo. Este não deve ser invariavelmente obrigado a dirigir-se ao tribunal do domicílio do requerido. Evidentemente que a Convenção de Bruxelas não vai ao ponto de permitir que o requerente escolha o tribunal do seu próprio domicílio [52], mas oferece-lhe as alternativas ditadas por um equilíbrio processual entre as partes.

Relação entre artigo 5.°, ponto 1, e artigo 5.°, ponto 3

71. Em matéria de responsabilidade cível, a Convenção de Bruxelas caracteriza-se, conforme foi referido, por um sistema fechado: ou é aplicável o artigo 5.°, ponto 1, ou o artigo 5.°, ponto 3. As duas disposições nunca podem ser aplicadas em simultâneo.

72. Subscrevo a apreciação da Comissão sobre a relação existente dentro deste sistema fechado entre o artigo 5.°, ponto 1, e o artigo 5.°, ponto 3. Segundo a Comissão, ao contrário do conceito de matéria extracontratual, o conceito de

52 — Mais, os autores da Convenção revelaram-se mesmo avessos a essa possibilidade (v. acórdãos Dumez France e Tracoba, já referido na nota 17, e Group Josi, já referido na nota 23).

matéria contratual presta-se a uma interpretação literal.

73. Em resumo, da jurisprudência do Tribunal de Justiça resulta que o alcance do artigo 5.°, ponto 1 é delimitado com exactidão. Caso uma acção não se inscreva no âmbito de aplicação do artigo 5.°, ponto 1, aplicar-se-á o artigo 5.°, ponto 3, que constitui assim uma categoria residual. A questão está pois em saber quando é que uma acção cai no âmbito de aplicação do artigo 5.°, ponto 1. Para o efeito, é determinante a vontade das partes. O conceito de «matéria contratual» não pode «ser interpretado de molde a abranger os casos em que não exista uma obrigação voluntariamente contraída por uma parte perante outra», conforme declarado no acórdão Handte [53]. Para determinar se existe ou não uma obrigação voluntariamente assumida é, desde logo, necessário recorrer ao princípio da segurança jurídica, como o Tribunal de Justiça fez nomeadamente no acórdão Handte. Deve um particular medianamente prudente perceber que assumiu uma obrigação?

74. A delimitação exacta do alcance do artigo 5.°, ponto 1, é ainda importante por outra razão. Esta disposição comporta a possibilidade de escolher o tribunal competente. As partes num contrato podem, nos termos do artigo 17.° da Convenção de Bruxelas, conferir a um outro tribunal, ou até a um árbitro, competência exclusiva para decidir eventuais litígios. Ao fazerem-no, renunciam voluntariamente ao tribunal designado por lei. A renúncia a semelhante direito fundamental só pode ter lugar com base numa escolha bem ponderada.

Consequências para as relações pré-contratuais

75. Conforme sublinha o tribunal de reenvio, a responsabilidade pré-contratual resulta do desrespeito de uma obrigação legal e não do incumprimento de uma obrigação contratual. Com efeito, ainda não existe um contrato. A obrigação legal está, no caso concreto, consagrada no artigo 1337.° do Codice civile, segundo o qual durante as negociações e quando da conclusão de um contrato as partes devem proceder segundo as regras da boa fé.

76. Encaro esta obrigação como uma norma legal de comportamento de aplicação geral, igual a outras normas de comportamento de origem legal. O incumprimento de tais regras de comportamento pode, em determinadas circunstâncias, constituir um facto ilícito. Nesse caso, aplicar-se-ia o artigo 5.°, ponto 3, da Convenção de Bruxelas.

53 — Já referido na nota 10, n.° 15.

77. Assim se poderia dar uma resposta simples à questão colocada pelo tribunal de reenvio. Considero, porém, que a questão da responsabilidade pré-contratual é mais complexa. Para a aplicação da Convenção de Bruxelas, é determinante saber se nasceu uma obrigação entre as partes. Assumiram as partes *obrigações* recíprocas? Se uma obrigação tiver sido contraída voluntariamente, aplica-se o artigo 5.°, ponto 1. Importa distinguir entre obrigações e expectativas — justificadas ou não — das partes. Assim, pode criar-se a expectativa de que as negociações não serão rompidas, ou de que, por exemplo, não se negociará em simultâneo — e secretamente — com um concorrente. Entendo que a violação de tais expectativas constitui um facto ilícito.

78. O aspecto referido no número anterior não tem de dizer respeito ao contrato propriamente dito, que está a ser objecto de negociações. Pode tratar-se de um contrato preparatório com base no qual uma das partes dê início à execução. A situação em causa no processo principal pode constituir um bom exemplo. Mesmo antes de existir um contrato perfeito relativo à entrega do equipamento de moldagem pela HWS, onde por exemplo também se encontrem reguladas todas as condições de financiamento, é possível que o compromisso existente entre as partes leve a HWS a dar início à execução do contrato, por exemplo, reservando a capacidade de produção ou encomendando materiais. Os eventuais litígios a partir desse momento poderiam assim ser abrangidos pelo artigo 5.°, ponto 1, da Convenção de Bruxelas.

79. Para saber a partir de que momento existe uma obrigação, podemos recorrer aos critérios do artigo 17.° da Convenção de Bruxelas, nomeadamente aos que figuram nas alíneas b) e c). Na ausência de acordo escrito (ou de confirmação escrita de acordo verbal), a existência de uma obrigação poderá ser provada com base:

— nos usos que as partes estabeleceram entre si;

— no comércio internacional, nos usos que as partes conheçam ou devam conhecer e que, em tal comércio, sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelas partes em contratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado.

80. Gostaria de esclarecer a minha posição com base nas diferentes fases do processo de negociações que identifiquei na parte VI das presentes conclusões [54].

81. Na primeira fase do processo de negociações, as partes podem romper as negociações sem incorrerem em qualquer tipo de responsabilidade. Durante esta fase, não é aplicável o artigo 5.° da Convenção de Bruxelas, uma vez que não existe facto ilícito e, muito menos, contrato.

82. Na segunda fase já se gerou uma expectativa cuja frustração é susceptível de causar danos. Uma parte já não pode romper inopinadamente as negociações. Se apesar disso o fizer, tornar-se-á responsável por facto ilícito. Pode então ser condenada a indemnizar a parte contrária pelas despesas em que esta tenha incorrido, ou até pelas oportunidades perdidas.

83. A terceira fase é aquela em que ainda não existe um contrato (assinado), mas em que já resulta das circunstâncias que as partes assumiram obrigações recíprocas. Durante esta fase, é aplicável o artigo 5.°, ponto 1, da Convenção de Bruxelas. Poderão incluir-se aqui os casos em que já se tenha chegado a acordo sobre os principais elementos de um contrato — o objecto do contrato e o preço — mas em que ainda se discutam as restantes condições. Também é possível que uma das partes já tenha dado início à execução do contrato, por ter inferido do comportamento da parte contrária existir um encontro de vontades. Por último, importa mencionar as circunstâncias referidas no artigo 17.° da Convenção de Bruxelas.

84. Estou convencido de que nesta última fase já existe praticamente um contrato perfeito. Até que ponto esta fase é ainda pré-contratual depende do direito privado nacional.

85. Concluo que uma acção em sede de responsabilidade pré-contratual pode ser qualificada de acção em matéria extracontratual na acepção do artigo 5.°, ponto 3, da Convenção de Bruxelas. Caso essa acção diga respeito a uma obrigação contraída pela parte contrária para com o demandante, pode então ser qualificada de acção em matéria contratual na acepção do artigo 5.°, ponto 1, da Convenção de Bruxelas.

54 — V. n.os 65 e 66.

VIII — Conclusão

86. Tendo em conta o que precede, proponho ao Tribunal de Justiça que responda à questão da Corte suprema di cassazione da seguinte forma:

«Uma acção em sede de responsabilidade pré-contratual pode ser qualificada de acção em matéria extracontratual na acepção do artigo 5.°, ponto 3, da Convenção de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Caso a acção diga respeito a uma obrigação contraída pela parte contrária para com o demandante, pode então ser qualificada de acção em matéria contratual na acepção do artigo 5.°, ponto 1, da Convenção.»