CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL JULIANE KOKOTT apresentadas em 3 de Março de 2011 [1]

I — Introdução

1. O pedido de decisão prejudicial do Tribunale di Vicenza de 15 de Fevereiro de 2010 tem por objecto a interpretação do conceito de lugar de cumprimento da obrigação previsto no artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial [2].

2. De acordo com esta disposição, o lugar de cumprimento da obrigação fundamenta um foro alternativo ao foro comum do domicílio do requerido [3]. No caso de contratos de compra e venda de bens, o lugar de cumprimento da obrigação é, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 44/2001, em princípio [4], o lugar de entrega dos bens.

3. Em termos concretos, no caso vertente importa esclarecer onde se situa este lugar quando as mercadorias são entregues «franco na sede» [da vendedora italiana] a um transportador, que as faz chegar até ao comprador.

4. No que diz respeito às vendas à distância, o Tribunal de Justiça abordou recentemente, no acórdão de 25 de Fevereiro de 2010 [5], a problemática da localização do lugar de entrega e, na ausência de qualquer convenção em contrário das partes, baseou-se no lugar da entrega material dos bens ao comprador no «destino final da operação de venda» [6].

5. Ora, no caso vertente, tendo por base o mencionado acórdão Car Trim, importa, no essencial, esclarecer que relevância uma cláusula contratual, como a referida acima no n.º 3, pode ter para a determinação do lugar de entrega.

1 — Língua original: alemão.

2 — JO L 12, p. 1. Este regulamento vigora actualmente com a redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (UE) n.º 416/2010 da Comissão, de 12 de Maio de 2010.

3 — Artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001.

4 — «[S]alvo convenção em contrário» (artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 44/2001).

5 — Acórdão Car Trim (C-381/08, Colect., p. I-1255).

6 — Neste sentido, n.º 2 do dispositivo do acórdão Car Trim.

II — Quadro jurídico

6. O artigo 5.º do Regulamento n.º 44/2001 dispõe:

«Uma pessoa com domicílio no território de um Estado-Membro pode ser demandada noutro Estado-Membro:

1. a) Em matéria contratual, perante o tribunal do lugar onde foi ou deva ser cumprida a obrigação em questão;

b) Para efeitos da presente disposição e salvo convenção em contrário, o lugar de cumprimento da obrigação em questão será:

— no caso da venda de bens, o lugar num Estado-Membro onde, nos termos do contrato, os bens foram ou devam ser entregues,

[…]»

III — Cláusulas comerciais internacionais (International Commercial Terms ou, abreviadamente, Incoterms [7])

7. Ao elaborar os Incoterms, a Câmara de Comércio Internacional (International Chamber of Commerce, ICC) criou, pela primeira vez, em 1936, um conjunto de cláusulas-tipo, que têm sido, desde então, continuamente revistas [8]. O seu objectivo consiste no estabelecimento de regras internacionais, se bem que juridicamente não vinculativas, a fim de interpretar as formulações contratuais frequentemente utilizadas em contratos de comércio externo. Deste modo, procura-se evitar, tanto quanto possível, factores de incerteza que possam resultar de diferentes interpretações dessas cláusulas [9]. Desde 1 de Janeiro de 2011, está em vigor uma versão fundamentalmente nova dos Incoterms (Incoterms 2010) [10].

8. Os Incoterms baseiam-se em cláusulas-tipo. Por um lado, é-lhes atribuído um determinado significado e, por outro, uma sigla facilmente memorizável constituída por três letras. As cláusulas têm por objecto regular, de forma catalogada, as principais obrigações

7 — Os «Incoterms» são uma marca da Câmara de Comércio Internacional.

8 — Em 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 e 2000, foram publicadas novas versões, aditamentos e cláusulas complementares para acompanhar o desenvolvimento do comércio internacional. V., a este respeito, Jolivet, E., *Les Incoterms, Etude d'une norme du commerce international*, Litec, Paris 2003, n.os 136 e segs. e pp. 475 e segs., onde se pode encontrar uma listagem cronológica dos Incoterms franceses (até 2000).

9 — *Incoterms 2000, Die offiziellen Regeln der ICC zur Auslegung von Handelsklauseln*, ICC Deutschland-Vertriebsdienst, Colónia 1999, p. 2.

10 — Zwilling-Pinna, C., *Update wichtiger Handelsklauseln: Neufassung der Incoterms ab 2011*, Betriebs-Berater 2010, pp. 2980 e segs.

do vendedor [11] e do comprador [12] no que diz respeito à entrega dos bens, como, por exemplo, as modalidades de entrega, o momento da transferência do risco e a questão de saber qual a parte contratante que deve suportar os custos de transporte e de seguro. As várias cláusulas e a sua lista de obrigações têm em conta os possíveis diferentes interesses das partes contratantes. Por vezes impõem encargos mais gravosos ao comprador, outras vezes ao vendedor. Do ponto de vista terminológico, os Incoterms 2000 inspiram-se na Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 11 de Abril de 1980 [13].

9. No que se refere à entrega, a denominada cláusula de saída «EXW» (na fábrica, Ex Works) dos Incoterms 2000 prevê, no ponto A4, o seguinte:

«O vendedor deve colocar a mercadoria, não carregada em qualquer meio de transporte de recolha, à disposição do comprador no lugar designado para entrega, na data ou dentro do prazo estipulados ou, na ausência de acordo a respeito da data, no prazo habitual para a entrega desse tipo de mercadorias. […]»

10. O ponto B4 determina:

«O comprador deve receber as mercadorias quando estas forem entregues de acordo com o ponto A4.»

IV — Matéria de facto e questão prejudicial

11. No processo principal, as mercadorias foram entregues «franco na sede [da vendedora italiana] [14] a um transportador e levadas para França à compradora aí estabelecida. Demandada em Itália num processo de cobrança, a compradora deduziu oposição, excepcionando a incompetência dos tribunais italianos, alegando ter a sua sede em França. Para a vendedora, a competência dos tribunais italianos resulta da cláusula contratual acima mencionada.

12. O órgão jurisdicional de reenvio considera que como lugar de cumprimento da obrigação atributivo de competência na acepção do artigo 5.º do Regulamento n.º 44/2001 são elegíveis o destino final das mercadorias em França ou o lugar onde as mercadorias foram entregues ao transportador em Itália.

11 — Designado com a letra «A» e numerado, de forma sistemática, na lista de obrigações dos Inconterms 2000. Assim, a regra relativa à entrega encontra-se prevista, por exemplo, ao abrigo do ponto A4.

12 — Designado com a letra «B».

13 — *Incoterms 2000, Die offiziellen Regeln der ICC zur Auslegung von Handelsklauseln* (nota 9), p. 10.

14 — No original do contrato de 13 de Março de 2008 lê-se: "Resa: Franco ns. Sede"».

13. Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio submeteu à apreciação do Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

Deve o artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento (CE) n.º 44/2001, e em todo o caso o direito comunitário, quando estabelece que o lugar de cumprimento da obrigação, em caso de compra e venda de bens, é o lugar onde, nos termos do contrato, os bens foram ou devam ser entregues, ser interpretado no sentido de que o lugar da entrega, relevante para efeitos da determinação do tribunal competente, é o do destino final das mercadorias objecto do contrato, ou [no sentido de que é] aquele em que o vendedor se libera da obrigação de entrega com base na lei aplicável ao caso concreto, ou a referida norma deve ser interpretada de modo diferente?

V — Apreciação jurídica

A — *Observações preliminares*

14. Com o seu pedido de decisão prejudicial, que deu entrada na secretaria do Tribunal de Justiça em 15 de Fevereiro de 2010, o órgão jurisdicional de reenvio mexeu, antes de mais, num «ninho de vespas» jurídico [15]: o da localização do lugar de entrega na venda à distância [16].

15. Esta questão gerou grande controvérsia na doutrina [17] e na jurisprudência [18]. As soluções propostas giravam à volta das alternativas apresentadas pelo órgão jurisdicional de reenvio. Ao esboçar esquematicamente o objecto do litígio, não era claro, designadamente, se o lugar de entrega devia ser determinado segundo critérios factuais mais facilmente acessíveis ou com recurso a valorações materiais.

15 — Neste sentido, P. Mankowski, no seu comentário ao acórdão Car Trim publicado *in* EWiR 2010, Art. 5 EuGVVO 1/10, pp. 287 e segs.

16 — No seu comentário ao acórdão Car Trim acima mencionado, P. Mankowski refere que o Tribunal de Justiça não faz qualquer distinção consoante o transportador dos bens tenha sido encarregue do serviço pelo vendedor ou pelo comprador.

17 — Uma interpretação subtil da disposição com uma apreciação global da doutrina e da jurisprudência encontra-se em: Wipping, F., *Der europäische Gerichtsstand des Erfüllungsorts – Art. 5 Nr. 1 EuGVVO*, Duncker & Humblot, Berlim 2008, pp. 180 e segs; Lynker, Th., *Der besondere Gerichtsstand am Erfüllungsort in der Brüssel I-Verordnung (Art. 5 Nr. 1 EuGVVO)*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2006, pp. 84 e segs.; e Ignatova, R., *Art. 5 Nr. 1 EuGVO – Chancen und Perspektiven der Reform des Gerichtstands am Erfüllungsort*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2005, pp. 210 e segs.. Este último ocupa-se, designadamente, da questão de saber se se deve ter em conta o lugar de expedição ou o lugar de destino, faz uma comparação gramatical das diversas versões linguísticas e conclui que: «A redacção da disposição é aberta.»

18 — V. as indicações na nota 17, o resumo *in* Wittwer, A., *Gerichtsstand des Erfüllungsorts beim internationalen Versendungskauf*, European Law Reporter 2010, pp. 151, 152, e, com a referência VIII ZR 184/07, o pedido de decisão prejudicial do Bundesgerichtshof alemão de 9 de Julho de 2008 apresentado no processo Car Trim na página principal do sítio web do Bundesgerichtshof (http://www.bundesgerichtshof.de/cln_134/DE/Entscheidungen/entscheidungen_node.html).

16. Todavia, dez dias após a entrada do presente pedido de decisão prejudicial, o Tribunal de Justiça como que deitou fumo sobre esse «ninho de vespas» e declarou no acórdão Car Trim: «O artigo 5.º, n.º 1, alínea b), primeiro travessão, do Regulamento n.º 44/2001 deve ser interpretado no sentido de que, em caso de venda à distância, o lugar onde os bens foram ou devam ser entregues, por força do contrato, deve ser *determinado com base nas disposições desse contrato. Se for impossível determinar o lugar de entrega nessa base*, sem fazer referência ao direito material aplicável ao contrato, esse lugar é o da entrega material dos bens, através da qual o comprador adquiriu ou deva ter adquirido o poder de dispor efectivamente desses bens, no destino final da operação de venda» [a seguir «fórmula Car Trim»]. [19]

17. Numa primeira análise, a problemática suscitada pelo órgão jurisdicional de reenvio parece, por conseguinte, ter sido já esclarecida à luz do acórdão Car Trim: em primeira linha, o lugar de entrega deve, portanto, ser identificado pelo órgão jurisdicional nacional [20] com base nas convenções celebradas pelas partes que sejam, por si só, conclusivas, mas apenas na medida em que isto seja possível sem recorrer, a título preliminar e subsidiário, ao direito material aplicável ao contrato [21]. Na impossibilidade de determinar o lugar de entrega com base no contrato, deve, em segunda linha, tomar-se em consideração o lugar onde ocorre a entrega dos bens ao comprador [22].

B — *Semelhanças e diferenças entre o presente processo e o processo Car Trim*

18. Porém, numa análise mais precisa, torna-se claro que tanto os factos que estão na origem do acórdão Car Trim, como as questões prejudicais que se colocaram na altura, se distinguem das do presente processo.

1. Processo Car Trim

19. No processo Car Trim, a entrega à compradora recorrida devia efectuar-se «a pedido e em conformidade com o convencionado a preço franco na fábrica de Colleferro» [23] (a seguir «cláusula Car Trim») em Itália.

20. Em primeiro lugar, é surpreendente que esta cláusula não tenha sido objecto de uma

19 — N.º 2 do dispositivo. Itálico meu.
20 — Acórdão Car Trim, n.º 54.
21 — Acórdão Car Trim, n.º 53.
22 — Acórdão Car Trim, n.ºs 60 a 62.
23 — Neste sentido, n.º 3 das conclusões do advogado-geral J. Mazák apresentadas em 24 de Setembro de 2009.

análise mais profunda no acórdão Car Trim. No essencial, o Tribunal de Justiça limitou-se a declarar em termos gerais que «as partes do contrato dispõem de uma autonomia de vontade para determinar o lugar de entrega dos bens» [24]. O Tribunal de Justiça não se pronuncia sobre a questão de saber se essa vontade das partes em determinar o lugar de entrega podia ser expressa, em termos concretos, na cláusula «a pedido a preço franco na fábrica».

21. No entanto, com base em duas ordens de razões, o Tribunal de Justiça não estava obrigado a abordar detalhadamente a cláusula «a pedido a preço franco na fábrica» convencionada entre as partes, nem a analisar se isto poderia constituir uma convenção sobre o lugar de entrega. Com efeito, por um lado, o Tribunal de Justiça atribui o esclarecimento dessas questões ao órgão jurisdicional de reenvio [25], por outro, na própria questão prejudicial não se considerou que a cláusula em causa poderia ser relevante para a determinação do lugar de entrega [26]. Isto não causa, por sua vez, surpresa, dado que resulta, desde logo, do pedido de decisão prejudicial do Bundesgerichtshof alemão de 9 de Julho de 2008 [27], que «ao apreciar a matéria de facto provada em primeira instância» o tribunal de recurso examinou essa «cláusula acordada no início da relação contratual» e concluiu, «segundo o contexto geral do acordo contratual», que esta deveria ser considerada não uma convenção relativa ao lugar de entrega, mas sim uma cláusula relativa aos custos [28].

22. Por outras palavras: nem o órgão jurisdicional de reenvio, nem o Tribunal de Justiça estavam obrigados a atribuir à cláusula em causa uma importância determinante para a localização do lugar de entrega.

2. Processo Electrosteel Europe

23. O contrato em causa no processo principal contém uma disposição aparentemente semelhante, num primeiro momento, à cláusula Car Trim, disposição esta segundo a qual, nos termos do contrato, as mercadorias devem ser entregues «franco na sede [da vendedora italiana]». No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio limita-se a referir a este respeito a existência desta cláusula sem se pronunciar, em termos concretos, sobre a sua relevância para a determinação do lugar de entrega.

24. Em contrapartida, as partes no processo defendem pontos de vista firmes e contrários nesta matéria: a vendedora considera-a uma cláusula comercial, que deve ser equiparada

24 — Acórdão Car Trim, n.º 45.

25 — Acórdão Car Trim, n.º 54.

26 — A segunda questão prejudicial do processo Car Trim reza: no caso de vendas à distância, o lugar onde, nos termos do contrato, os bens vendidos foram ou devam ser entregues deve ser determinado de acordo com o lugar da entrega material ao comprador ou de acordo com o lugar onde os bens são entregues ao primeiro transportador com vista à sua transmissão ao comprador?

27 — V., *supra*, nota 18.

28 — Isto parece ter sido tido em conta por A. Wittwer (nota 18), pp. 193,195.

à cláusula «franco fabbrica» (na fábrica, Ex Works, sigla: EXW) dos Incoterms e que consiste na determinação, nos termos do contracto, do lugar de entrega na acepção do acórdão Car Trim. Por conseguinte, decisivo para o lugar de cumprimento da obrigação é o lugar da entrega dos bens adquiridos ao transportador em Itália, e não o destino final das mercadorias em França. Ao contrário, a Comissão estabelece um nível de exigência elevado para a determinação nos termos do contrato do lugar de entrega pelas partes, que devem precisar claramente a forma, o momento e o lugar da entrega dos bens adquiridos. Os Incoterms e as cláusulas semelhantes regulam, em primeira linha, a transferência do risco, assim como a questão do suporte dos custos. A cláusula em causa no processo principal é irrelevante para a determinação do lugar de entrega, desde logo devido ao facto de, numa apreciação global dos elementos dos autos, restarem dúvidas quando ao objectivo prosseguido pela mesma. Por conseguinte, à luz do acórdão Car Trim, na ausência de uma determinação nos termos do contrato do lugar de entrega, deve ter-se por base o destino final das mercadorias onde o comprador adquire o poder de dispor efectivamente delas. Por isto deve entender-se, em termos meramente factuais, a tomada de posse, sem que esteja em causa o aspecto jurídico da transferência da propriedade.

C — *Questões jurídicas a esclarecer*

25. Em primeiro lugar, há que esclarecer qual o significado da cláusula «franco na sede [da vendedora italiana]» no caso vertente.

26. Este esclarecimento compete, em última análise [29], ao órgão jurisdicional de reenvio. Este terá, porventura, de analisar se a cláusula se tornou um elemento do contrato válido para determinar a vontade concreta das partes e, eventualmente, terá de apreciar, de igual modo, o facto de a cláusula em causa não ser completamente idêntica, em termos de redacção [30], à cláusula «franco fabbrica» dos Incoterms.

27. No entanto, não compete ao Tribunal de Justiça pronunciar-se a este respeito.

28. Um problema diferente é a questão prévia de carácter geral de saber quais as exigências que o artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 44/2001 impõe a uma convenção sobre o lugar de cumprimento da obrigação ou a uma definição contratual do lugar de entrega que deva ser apreciada pelo órgão jurisdicional de reenvio.

29. Embora o acórdão Car Trim admita a determinação do lugar de entrega com base em disposições do contrato, este esclarece que esse lugar de entrega deve, em todo o caso, ser determinado sem recurso ao direito aplicável ao contrato [31].

29 — Acórdão Car Trim, n.º 54.

30 — Quanto à problemática da interpretação das cláusulas de entrega, v. Fogt, M.M., *Die Vereinbarung und Auslegung von FRANCO-Lieferklauseln beim CISG-Kauf*, The European Legal Forum 2003, pp. 61, 67 e 68.

31 — Acórdão Car Trim, n.º 53.

30. Neste contexto, coloca-se a questão de saber se as cláusulas comerciais internacionais, como as cláusulas dos Incoterms, para cuja interpretação se deve recorrer às regras da Câmara de Comércio Internacional, preenchem a exigência de precisão estabelecida no dispositivo do acórdão Car Trim em relação à determinação do lugar de entrega com base no contrato. Com efeito, se à luz do acórdão Car Trim não é permitido o recurso ao direito material aplicável ao contrato, o mesmo poderia ser igualmente válido relativamente ao recurso aos Incoterms.

31. Uma vez que não é de excluir que o órgão jurisdicional de reenvio, para a interpretação da cláusula contratual em causa, não venha a recorrer ao conjunto de regras dos Incoterms [32], considero útil abordar esta problemática na resposta à questão prejudicial. Esta problemática é igualmente englobada na questão abrangente colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio, que solicita, em termos gerais, ao Tribunal de Justiça que interprete o artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 44/2001 («[...] ou a referida norma deve ser interpretada de modo diferente») no âmbito do processo que lhe foi submetido.

32 — U. Magnus propõe o recurso à definição prevista nos Incoterms para interpretar uma cláusula aí igualmente definida, ainda que as partes não se tenham a ela referido expressamente, na medida em que não existam indícios claros que apontem para uma vontade diferente das partes (*in* Staudinger, J., Magnus, U., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht [CISG]*, Sellier-de Gruyter, Berlim 2005, Art. 31 CISG, n.º 31).

32. Por conseguinte, analisarei, num primeiro momento, se as cláusulas comerciais, como as cláusulas dos Incoterms, são elegíveis para a determinação do lugar de entrega nos termos do contrato na acepção do n.º 2 do dispositivo do acórdão Car Trim. Num segundo momento, a «fórmula Car Trim» deve ser adaptada ao caso vertente à luz do resultado assim obtido.

1. Os Incoterms e as cláusulas comerciais semelhantes com conteúdo definido em termos concretos constituem disposições de um contrato, com base nas quais é possível determinar o lugar de entrega na acepção do artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 44/2001?

33. O acórdão Car Trim define a margem de manobra concedida às partes para a determinação nos termos do contrato do lugar de entrega na acepção do artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 44/2001.

34. Do ponto de vista sistemático, de acordo com a estrutura do artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 44/2001, há que distinguir entre convenções sobre o «lugar de cumprimento da obrigação» e convenções sobre o lugar de entrega.

a) Admissibilidade das convenções sobre o lugar de cumprimento da obrigação à luz das expressões divergentes «salvo convenção em contrário» e «[lugar de entrega] nos termos do contrato» (artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 44/2001)

35. Numa primeira análise, a redacção do artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 44/2001 parece estabelecer duas possibilidades para a determinação do lugar de cumprimento da obrigação nos termos do contrato: por um lado, uma espécie de convenção indirecta relativa ao lugar de cumprimento da obrigação através da especificação no contrato do lugar de entrega [33] como o «lugar [...] onde, nos termos do contrato, os bens foram ou devam ser entregues [[34]]», por outro, uma convenção directa, porventura até mesmo independente do lugar de entrega [35], relativa ao lugar de cumprimento da obrigação. Com efeito, de acordo com a redacção do artigo 5.º, n.º 1, alínea b), é possível recorrer ao lugar de entrega para determinar o lugar de cumprimento da obrigação, «salvo convenção em contrário».

36. A questão de saber em que medida as partes podem estabelecer uma «convenção em contrário» como uma conexão com o lugar de entrega, permanece, em última análise, globalmente por esclarecer mesmo após o acórdão Car Trim [36], pelo que as interpretações controversas da doutrina [37] a este respeito continuam a aguardar um esclarecimento [38].

37. No entanto, no que diz respeito ao caso vertente, esta questão é irrelevante, visto que não se trata aqui de saber se eventuais convenções relativas ao lugar de cumprimento da obrigação *independentes do lugar de entrega* são admissíveis, mas sim se o *lugar de entrega* pode ser validamente definido mediante uma cláusula comercial e se o lugar de cumprimento da obrigação pode, por esse meio, ser determinado contratualmente.

33 — No n.º 51, o acórdão Car Trim reconhece que o regulamento não define o conceito de lugar de entrega, remetendo para efeitos dessa determinação, em primeira linha, para as disposições do contrato (n.º 54).

34 — Denominado lugar "jurídico" de cumprimento da obrigação.

35 — No entanto, no acórdão de 20 de Fevereiro de 1997, MSG (C-106/95, Colect., p. I-911, n.º 35), o Tribunal de Justiça já contestou, no âmbito de aplicação da Convenção de Bruxelas, as «convenções abstractas relativas ao lugar de cumprimento da obrigação» sem relação com os serviços prestados, considerando-as apenas admissíveis, na medida em que tenham sido, simultaneamente, tidas em conta as condições exigidas para os acordos atributivos de jurisdição (artigo 17.º da Convenção de Bruxelas). V., ainda, quanto à jurisprudência a favor das convenções, acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 1980, Zelger (56/79, Recueil, p. 89, n.º 5).

36 — Na sua nota de comentário ao acórdão Car Trim *in* EuZW 2010, pp. 303 a 305, S. Leible considera que, uma vez que o n.º 46 faz referência a uma convenção relativa ao «lugar de cumprimento da obrigação», se pode concluir, ainda assim, que o Tribunal de Justiça, por um lado, não admite ter em conta, em vez do lugar de cumprimento da obrigação, outros lugares com ligação ao contrato, e, por outro, continua a desaprovar, além disso, quaisquer convenções abstractas relativas ao lugar de cumprimento da obrigação.

37 — A doutrina alemã é especialmente rica em interpretações: neste sentido, por exemplo, Klemm, M., *Erfüllungsortvereinbarungen im Europäischen Zivilverfahrensrecht*, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena 2005, pp. 71-80, e abrangente quanto ao objecto do litígio, Leible, S. in Rauscher, Th., *Europäisches Zivilprozessrecht und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR*, ed. Revista 2001, Sellier, Munique 2011, Art. 5 Brüssel I-VO, n.º 57b.

38 — São significativas as conclusões aparentemente fatalistas de Briggs, A. e Rees, R., *Civil Jurisdiction and Judgments*, Informa Publishing Group, 3.ª edição 2002, p. 131: «It is close to impossible to make sense of the words "or otherwise agreed" [...] They can be forgotten until an imaginative court is able to breathe meaning into them».

b) Critérios estabelecidos pela «fórmula Car Trim» para determinação do lugar de entrega nos termos do contrato e sua aplicação às cláusulas comerciais com conteúdo definido em termos concretos

38. De acordo com o acórdão Car Trim, as partes contratantes podem celebrar uma convenção sobre o lugar de entrega [39], apesar de este lugar de entrega se dever poder depreender do contrato, «sem fazer referência ao direito material [a este] aplicável […]» [40].

39. Se estes critérios forem projectados, por exemplo, sobre a cláusula «na fábrica» dos Incoterms 2000, pode constatar-se, antes de mais, que esta não faz referência ao direito aplicável ao contrato. Interpretando-se literalmente o acórdão Car Trim, esta cláusula não levantaria, portanto, quaisquer problemas a este respeito.

40. A cláusula «na fábrica» seria, além disso, igualmente elegível para determinar o lugar de entrega, visto que esta descreve não só a transferência do risco (pontos A5 e B5), mas também o lugar de entrega (pontos A4 e B4) na acepção de uma cláusula de saída pura. Nesta linha, confirma-se o entendimento seguido pela doutrina [41] e a jurisprudência [42] de que o lugar de entrega e de cumprimento da obrigação na acepção do artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 44/2001 pode ser determinado mediante a cláusula «na fábrica» dos Incoterms incluída validamente do contrato.

41. Considero correcto este entendimento. Por que razão devem as partes ser impedidas de utilizar cláusulas comerciais válidas para determinar o lugar de entrega nos termos do contrato? A favor destas cláusulas comerciais milita o facto de estas serem devidamente ponderadas e determináveis em termos objectivos quanto ao seu conteúdo graças ao conjunto de regras da Câmara de Comércio Internacional, diferentemente, porventura, das cláusulas contratuais formuladas livremente pelas partes ou, até mesmo, numa língua estrangeira não perfeitamente dominada.

42. Em contrapartida, a objecção segundo a qual o aplicador do direito, por exemplo, o órgão jurisdicional que aprecia a sua competência, apenas poderá compreender o significado concreto da cláusula eventualmente após a consulta do conjunto de regras da Câmara de Comércio Internacional, parece não convencer.

43. Embora, no acórdão Car Trim, o Tribunal de Justiça se tenha pronunciado expressamente a favor do princípio da designação

39 — Acórdão Car Trim, n.ºs 45 e 46.

40 — Acórdão Car Trim, n.º 55.

41 — V., por exemplo, S. Leible (nota 37) com referências ulteriores.

42 — V., por exemplo, quanto à cláusula «delivery: ex works», a decisão do Oberlandesgericht Karlsruhe de 28 de Março de 2006, IPRspr 2006, n.º 111, pp. 242-250.

pragmática do lugar de cumprimento da obrigação excluindo eventuais recursos às normas de conflito e ao direito material [43], uma referência aos Incoterms definidos em termos concretos não me parece, contudo, comparável à «referência ao direito material aplicável ao contrato» rejeitada pelo Tribunal de Justiça [44]. O seu significado concreto pode determinar-se, independentemente de questões jurídicas complexas, designadamente mediante consulta do conjunto de regras prontamente disponíveis. Isto é válido pelo menos quando a cláusula dos Incoterms é formulada de forma clara no que diz respeito igualmente à versão em vigor *ratione temporis* (por exemplo, Incoterms 2000). Seria um puro formalismo sem qualquer fundamento no artigo 5.º do Regulamento n.º 44/2001, se a resposta à questão de saber se um lugar de entrega pode ser validamente acordado através de uma cláusula dos Incoterms estivesse subordinada à circunstância de o contrato ser acompanhado ou não, a título complementar, por um exemplar do conjunto de regras descrevendo a cláusula.

c) Conclusão intermédia

44. Como conclusão intermédia pode, portanto, afirmar-se que os Incoterms e as cláusulas comerciais comparáveis podem, em princípio, constituir disposições de um contrato, com base nas quais é possível determinar o lugar de entrega na acepção do artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 44/2001.

2. Adaptação da fórmula Car Trim ao caso vertente

45. A fim de facultar ao órgão jurisdicional de reenvio uma resposta útil há que recordar que os princípios estabelecidos no acórdão Car Trim devem aplicar-se aos contratos de compra e venda, em geral, e não apenas à venda à distância. O artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 44/2001 – como, de resto, a questão prejudicial do caso vertente – não faz qualquer distinção nomeadamente entre a venda à distância e os restantes contratos de compra e venda [45], ainda que se deva reconhecer que a determinação do lugar de entrega no caso da venda à distância suscita dificuldades especiais.

46. Em primeiro lugar, é relevante, portanto, em termos gerais, a convenção conclusiva em si mesma celebrada pelas partes [46]. Os Incoterms e as cláusulas comerciais comparáveis com conteúdo definido em termos concretos podem, neste sentido, em princípio, constituir disposições de um contrato, com base nas quais é possível determinar o lugar de entrega

43 — Acórdão Car Trim, n.os 54 e 53.

44 — Acórdão Car Trim, n.º 2 do dispositivo.

45 — No mesmo sentido, advogado-geral J. Mazák no n.º 32 das suas conclusões no processo Car Trim.

46 — Acórdão Car Trim, n.os 54 e 55.

na acepção do artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 44/2001.

47. Na impossibilidade de determinar o lugar de entrega com base na convenção conclusiva em si mesma celebrada pelas partes, deve, como no acórdão Car Trim, proceder-se de acordo com o princípio da «designação pragmática do lugar de cumprimento» assente em critérios factuais [47] e deve ter-se em conta o lugar da entrega material dos bens ao comprador, através da qual este adquire o poder de dispor efectivamente desses bens.

48. O facto de que está aqui em causa um critério puramente factual relacionado com a simples posse resulta, de forma suficientemente clara, da versão alemã vinculativa do acórdão Car Trim e não necessita de qualquer clarificação.

49. No entanto, de esclarecimentos mais precisos necessita aquilo que a fórmula Car Trim entende por lugar de entrega «no destino final da operação de venda».

50. Deve trata-se, aqui, do lugar onde «os bens, que constituem o objecto material do contrato, devem estar, *em princípio*, [...] depois do cumprimento desse contrato [através da entrega material ao comprador [48]]» [49].

51. Daqui se conclui, por um lado, que a entrega dos bens ao transportador (distinto da pessoa do comprador) não determina o lugar de entrega [50]. Do ponto de vista do Tribunal de Justiça, a operação de venda só termina com a entrega material ao comprador.

52. Por outro lado, torna-se claro que qualquer movimentação posterior *imprevista* dos bens pelo comprador é irrelevante para a localização do lugar de entrega. Com efeito, esse transporte posterior, por exemplo, do armazém do comprador para outro estabelecimento, situar-se-ia fora da operação de venda e conduziria a um lugar onde os bens, *em princípio*, não tinham que estar depois do cumprimento do contrato.

53. Uma vez que a operação de venda deve ser considerada o critério decisivo, o critério do destino final parece-me adequar-se não só à venda à distância, mas também ao caso da recolha dos bens pessoalmente pelo

47 — Acórdão Car Trim, n.º 52.

48 — Acórdão Car Trim, n.º 60.

49 — Acórdão Car Trim, n.º 61. Itálico meu.

50 — No mesmo sentido, P. Mankowski (nota 15), p. 288.

comprador. Assim, o «destino final da operação de venda» seria atingido justamente no estabelecimento do vendedor e a operação de venda terminaria com a entrega dos bens ao comprador que procedeu à sua recolha.

54. Portanto, em todos estes casos, o que é relevante, em última análise, é a entrega material ao comprador efectuada na sequência do cumprimento do contrato. Numa análise mais aprofundada das situações referidas, essa entrega material é necessária, e também suficiente, para determinar o lugar de entrega.

55. Face ao exposto, coloca-se a questão de saber se a tomada em consideração adicional do critério do «destino final» não trará mais confusão do que utilidade. Em termos sistemáticos, este critério afigura-se também discutível, visto que relembra o do «local final da entrega da mercadoria [...]» previsto no artigo 63.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001, que deve expressamente ser apenas aplicável em benefício das pessoas domiciliadas no Luxemburgo. Não há qualquer motivo para uma generalização desta medida excepcional no caso da venda à distância.

56. Fonte de incertezas é, contudo, em especial, o adjectivo «final». Como deveria ser apreciada a situação se, por exemplo, os bens fossem provisoriamente colocados num armazém do comprador e, posteriormente, levados pelo mesmo para outros estabelecimentos, tendo o vendedor conhecimento desta intenção desde o início? É fácil imaginar que esta questão, baseada no critério do destino final, se presta a uma grande controvérsia. Neste caso, coloca-se, além disso, o problema da diferença entre o eventual destino final (outros estabelecimentos) e o lugar da primeira entrega efectiva (armazém provisório).

57. Por conseguinte, parece-me preferível abandonar a expressão «no destino final da operação de venda». O lugar da entrega material ao comprador proporciona um critério suficientemente claro e previsível para ambas as partes, que não necessita de uma adaptação posterior.

VI — Conclusão

58. Por conseguinte, proponho que o Tribunal de Justiça responda à questão do órgão jurisdicional de reenvio da forma seguinte:

«O artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento (CE) n.º 44/2001 deve ser interpretado no sentido de que o lugar de entrega relevante para a determinação do órgão jurisdicional competente deve ser definido com base nas convenções contratuais celebradas entre as partes.

Os Incoterms e as cláusulas comerciais comparáveis com conteúdo definido em termos concretos podem constituir, em princípio, disposições de um contrato, com base nas quais é possível determinar o lugar de entrega, na acepção do artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 44/2001.

Se for impossível determinar o lugar de entrega nessa base, sem recurso ao direito material aplicável ao contrato, esse lugar é aquele em que ocorra a entrega material dos bens, pela qual o comprador adquira ou deva adquirir o poder de disposição efectiva sobre esses bens.»