CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL F. G. JACOBS

apresentadas em 14 de Março de 2002 [1]

1. Através do presente pedido de decisão a título prejudicial, o Oberster Gerichtshof, Áustria, pergunta ao Tribunal de Justiça se uma acção intentada por uma organização de consumidores nos termos da legislação nacional de protecção dos consumidores, que tem por objecto obter uma intimação destinada a proibir a fixação de cláusulas contratuais gerais que violem uma proibição legal ou os bons costumes, se insere na matéria extracontratual, na acepção do artigo 5.°, n.° 3, da Convenção de Bruxelas de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial [2].

A Convenção de Bruxelas

2. O artigo 1.° da Convenção dispõe o seguinte:

«A presente convenção aplica-se em matéria civil e comercial e independentemente da natureza da jurisdição. A presente convenção não abrange, nomeadamente, as matérias fiscais, aduaneiras e administrativas».

3. O título II da Convenção atribui competência internacional aos Estados contratantes e, nalguns casos, aos tribunais do Estado contratante pertinente. A regra básica da Convenção é a de que as pessoas domiciliadas no território de um Estado contratante devem ser demandadas perante os tribunais desse Estado (artigo 2.°). Todavia, em derrogação desta regra, outros tribunais podem ou devem ser competentes para conhecer certos tipos de acções.

4. O artigo 5.°, n.° 1, da Convenção confere competência «em matéria contratual, [ao] tribunal do lugar onde a obrigação que serve de fundamento ao pedido foi ou deva ser cumprida». O n.° 3 do mesmo artigo 5.° atribui competência ao «tribunal do lugar onde ocorreu o facto danoso». Decorre claramente da redacção dos artigos 2.° e 5.° que, em ambos os casos, a competência é complementar e não substitutiva da competência conferida pelo artigo 2.°

1 — Língua original: inglês.

2 — Convenção de 27 de Setembro de 1968. A versão consolidada da Convenção, com as alterações introduzidas pelas quatro Convenções de Adesão posteriores, está publicada no JO 1988, C 27, p. 1.

5. Em 1 de Março de 2002 entrou em vigor o Regulamento n.º 44/2001 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial [3], que veio substituir a Convenção, aplicando-se a todos os Estados-Membros, com excepção da Dinamarca [4].

6. O artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001 atribui competência em matéria extracontratual ao «tribunal do lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso».

A directiva relativa aos contratos com os consumidores

7. A Directiva 93/13 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores [5] tem por objectivo a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas às cláusulas abusivas em contratos celebrados entre profissionais e consumidores [6]. O preâmbulo desta directiva dispõe expressamente que «compete aos Estados-Membros providenciar para que não sejam incluídas cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores» [7]. Nos termos do artigo 6.º, os Estados-Membros estipularão que as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor não vinculem o consumidor.

8. No que interessa ao presente caso, o artigo 7.º da directiva dispõe que:

«1. Os Estados-Membros providenciarão para que, no interesse dos consumidores e dos profissionais concorrentes, existam meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional.

2. Os meios a que se refere o n.º 1 incluirão disposições que habilitem as pessoas ou organizações que, segundo a legislação nacional, têm um interesse legítimo na defesa do consumidor, a recorrer, segundo o direito nacional, aos tribunais ou aos órgãos administrativos competentes para decidir se determinadas cláusulas contratuais, redigidas com vista a uma utilização generalizada, têm ou não um carácter abusivo, e para aplicar os meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização dessas cláusulas».

3 — Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000 (JO 2001, L 12, p. 1).

4 — Artigo 1.º, n.º 3.

5 — Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993 (JO L 95, p. 29).

6 — Artigo 1.º, n.º 1.

7 — Quarto considerando.

Antecedentes da questão deferida ao Tribunal de Justiça

9. Os §§ 28 e 29 da Konsumentenschutzgesetz (lei de protecção dos consumidores) austríaca [8] contém medidas de aplicação do artigo 7.°, n.° 2, da Directiva 93/13. O § 28 (1) dispõe que quem empregar comercialmente cláusulas contratuais gerais em contratos em que seja contraente ou previr cláusulas em formulários de contratos utilizados para esse efeito que violem uma proibição legal ou os bons costumes, ou quem as recomendar comercialmente, pode ser demandado numa acção para cessação de tal comportamento. A referida proibição abrange também a interdição de invocar uma tal cláusula quando esta tenha sido ilicitamente acordada. O § 29 preceitua que o pedido de intimação pode ser apresentado por várias entidades austríacas, incluindo a Verein für Konsumenteninformation (associação para a informação aos consumidores, a seguir «Associação dos Consumidores»).

10. K. H. Henkel, demandado no processo principal, tem domicílio na Alemanha e não possui qualquer estabelecimento ou agência na Áustria. O processo principal diz respeito à utilização de cláusulas contratuais gerais impostas pelo recorrido em transacções comerciais com vários consumidores domiciliados em Viena, em promoção de viagens organizadas. A Associação dos Consumidores considera que essas cláusulas violam a lei de protecção dos consumidores, bem como a lei de protecção de dados e da concorrência, e pretende, por isso, obter uma intimação nos termos do § 28 da lei de protecção dos consumidores.

11. O Handelsgericht Wien negou provimento ao pedido de uma intimação, com base na incompetência dos tribunais austríacos: o artigo 5.°, n.° 3, da Convenção não se aplicaria porque a Associação dos Consumidores não invocara a existência de qualquer dano causado por um facto delituoso.

12. O Oberslandesgericht Wien deu provimento ao recurso da Associação dos Consumidores. Na opinião deste órgão jurisdicional, o Tribunal de Justiça interpreta o conceito de «matéria extracontratual» na acepção do artigo 5.°, n.° 3, da Convenção de Bruxelas, de modo autónomo e extensivo; caberão na alçada desta disposição todos os processos em que seja requerida a declaração de responsabilidade por danos do recorrido que não resulte de um contrato na acepção do artigo 5.°, n.° 1, da Convenção [9]. O conceito abrangerá também uma acção popular intentada por uma organização relativamente a um comportamento ilícito, apesar da inexistência de danos.

13. K. H. Henkel interpôs recurso para o Oberster Gerichtshof. Não estando este órgão jurisdicional seguro de que o pro-

8 — BGBl 1979/140.

9 — V. acórdão de 27 de Setembro de 1988, Kalfelis (189/97, Colect., p. 5565, n.° 17).

cesso para obter a intimação cabe no âmbito de «matéria extracontratual» na acepção do artigo 5.°, n.° 3, da Convenção de Bruxelas, decidiu submeter ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial nos termos referidos no n.° 1, *supra*.

14. No despacho de reenvio, o Oberster Gerichtshof salienta os dois pontos seguintes.

15. Primeiro, a Associação dos Consumidores não invoca qualquer dano no seu património. A sua legitimidade processual é determinada pela lei e tem em vista a prevenção de eventuais danos futuros de consumidores; estes danos resultarão, aliás, de responsabilidade contratual, o que sugere que a causa poderá caber no âmbito do artigo 5.°, n.° 1, da Convenção, se se considerar a Associação dos Consumidores representante *ope legis* dos consumidores. Alternativamente, em sede de acção popular, a perturbação da paz jurídica através da utilização de cláusulas contratuais ilícitas poderia ser considerada matéria extracontratual. O facto de o Tribunal de Justiça ainda não ter decidido se o direito à acção decorre da lei e não de responsabilidade contratual significa que a acção não diz respeito a «matéria contratual».

16. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça também não decidiu ainda se os meios preventivos em geral, ou seja, os que têm lugar antes da ocorrência de danos, cabem no âmbito de aplicação do artigo 5.°, n.° 3, da Convenção, que toma como base o lugar onde ocorreu o facto danoso e assim e de acordo com a sua redacção, pressupõe, portanto, que o dano já ocorreu.

17. A Associação dos Consumidores, o recorrido, a Comissão e os governos da Áustria, França, Alemanha e Reino Unido apresentaram observações por escrito. Na audiência, estiveram representados os governos da França e do Reino Unido, a Associação dos Consumidores e a Comissão.

Aplicação da Convenção de Bruxelas *ratione materiae*

18. O Reino Unido alega que uma acção do tipo da que foi intentada pela Associação dos Consumidores na causa principal não cabe, de todo, no âmbito material da Convenção de Bruxelas. Na sua opinião, uma organização de protecção dos consumidores que exerça poderes nos termos do § 29 da lei de protecção dos consumidores é uma entidade de direito público e o direito a obter uma intimação destinada a proibir o estabelecimento de cláusulas contratuais gerais que violem uma proibição legal ou os bons costumes insere-se no poder público. Com base na jurisprudência

do Tribunal de Justiça relativa ao artigo 1.° da Convenção [10], o Reino Unido conclui que uma acção proposta pela Associação dos Consumidores nos termos dos §§ 28 e 29 da lei de protecção dos consumidores e nos termos do artigo 7.°, n.° 2, da Directiva 93/13 não constitui matéria civil e comercial na acepção do artigo 1.° da Convenção.

19. Ao contrário, o Governo alemão considera que a Convenção é aplicável com base no facto de a fiscalização das cláusulas gerais pela Associação dos Consumidores decorrer da protecção conferida aos consumidores pelo direito civil, ao passo que a Associação dos Consumidores e a Comissão defendem que a Associação dos Consumidores é uma associação de direito privado nos termos da lei austríaca, que nos termos do artigo 7.°, n.° 2, da Directiva 93/13 os Estados-Membros providenciarão para que existam meios que habilitem a agir em justiça as organizações que não revestem a qualidade de autoridades públicas, mas que têm um interesse legítimo na defesa do consumidor, e que as acções intentadas pela Associação dos Consumidores nos termos dos §§ 28 e 29 da lei de protecção dos consumidores dizem respeito a «matéria civil e comercial» na acepção do artigo 1.° da Convenção.

20. Concordo em que a Convenção é manifestamente aplicável no caso em apreço.

21. Como assinala o Reino Unido, o Tribunal de Justiça tem sustentado que «determinadas categorias de decisões jurisdicionais devem considerar-se excluídas do âmbito de aplicação da Convenção devido aos elementos que caracterizam a natureza das relações jurídicas entre as partes no litígio ou o objecto deste» e que, «ainda que determinadas decisões proferidas em litígios que opõem um autoridade pública a uma entidade privada possam entrar no âmbito de aplicação da convenção, o mesmo já não acontece se a autoridade pública actuar como entidade dotada de *ius imperii*» [11]. Embora este princípio tenha sido desenvolvido no contexto de litígios relativos ao reconhecimento e execução de decisões nos termos do Título III da Convenção, concordo com o Reino Unido em que o princípio diz respeito ao âmbito do artigo 1.° e que é igualmente aplicável a litígios que se inscrevem no âmbito do sistema das atribuições de competência objecto do Título II da Convenção.

22. A distinção entre matéria civil e comercial, por um lado, e matéria de direito público, por outro, é bem conhecida nas ordens jurídicas dos Estados-Membros de «civil law», embora nem sempre seja fácil distinguir entre situações em que o Estado e os seus órgãos independentes agem na qualidade de particulares e aquelas em que intervêm na qualidade de sujeitos de

10 — V. acórdãos de 14 de Outubro de 1976, Eurocontrol (29/76, Colect., p. 629), e de 16 de Dezembro de 1980, Rüffer (814/79, Recueil, p. 3807).

11 — V. acórdão Eurocontrol, n.° 4, já referido na nota 10.

direito dotados de *ius imperii* [12]. No caso em apreço, contudo, a Associação dos Consumidores não é manifestamente um órgão do Estado: é uma associação de direito privado, sem fins lucrativos, constituída de acordo com a Vereinsgesetz (lei de regulamentação das associações) austríaca, de 1951.

23. O estatuto da Associação dos Consumidores pode ser confrontado com o das entidades envolvidas nos dois acórdãos do Tribunal de Justiça invocados pelo Reino Unido em apoio das suas alegações quanto a este ponto. O acórdão Eurocontrol [13] recaiu num processo instaurado pela Organização Europeia para a Segurança da Navegação Aérea, organização internacional de Estados estabelecida por tratado multilateral, enquanto o acórdão Rüffer [14] recaiu num processo instaurado pelo Reino dos Países Baixos.

24. Nem decorre do facto de a Associação dos Consumidores ser uma das entidades designadas para os efeitos do artigo 7.°, n.° 2, da Directiva 93/13 que seja uma autoridade pública: do teor desta disposição [15] resulta claramente que, tal como defendem a Associação dos Consumidores e a Comissão, os Estados-Membros podem determinar o tipo de entidade a quem conferem a possibilidade de agir judicialmente nos termos deste preceito e que este contempla sobretudo entidades de direito privado.

25. Nestes termos, uma acção do tipo da que foi intentada pela Associação dos Consumidores ao abrigo dos §§ 28 e 29 da lei de protecção dos consumidores e nos termos do artigo 7.°, n.° 2, da Directiva 93/13 inscreve-se, em meu entender, no âmbito da «matéria civil ou comercial» para efeitos do artigo 1.° da Convenção.

Aplicação do artigo 5.°, n.° 3, da Convenção

26. Essencialmente, pergunta-se ao Tribunal de Justiça se os tribunais austríacos são competentes, na acepção do artigo 5.°, n.° 3, da Convenção, para conhecer de uma acção proposta por uma organização de defesa dos consumidores, que tem por objecto obter uma intimação destinada a proibir, na Áustria, a utilização de cláusulas contratuais gerais que violem uma proibição legal ou os bons costumes, se o recorrido tiver domicílio noutro Estado-Membro onde o direito de agir judicialmente decorre da lei.

27. K. Henkel e o Governo francês sustentam que uma acção deste tipo não cabe no

12 — Relatório do Professor P. Schlosser sobre a Convenção relativa à adesão do Reino da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte à Convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, bem como ao Protocolo relativo à sua interpretação pelo Tribunal de Justiça (JO 1979, C 59, p. 71, n.os 23 e 25).

13 — Já referido na nota 10.

14 — Já referido na nota 10.

15 — V. também o penúltimo considerando do preâmbulo da Directiva 93/13.

âmbito de aplicação do artigo 5.°, n.° 3, com base em dois fundamentos. Primeiro, decorre dos seus termos, na interpretação dada pelo Tribunal de Justiça [16], que esta disposição não poder ser aplicável se o recorrente não tiver invocado danos sofridos ou, *a fortiori*, se não tiverem ocorrido danos. Segundo, o Tribunal de Justiça declarou que o artigo 5.°, n.° 3, abrange qualquer acção que tenha em vista desencadear a responsabilidade do réu e que não esteja relacionada com «matéria contratual» na acepção do n.° 1 do artigo 5.° [17]; todavia, a acção instaurada pela Associação dos Consumidores resulta de uma relação contratual.

28. A Associação dos Consumidores, os Governos austríaco e alemão e a Comissão entendem que este tipo de acção se inscreve no âmbito de aplicação do artigo 5.°, n.° 3. O Governo do Reino Unido também aceita esse ponto de vista, a título subsidiário (nomeadamente, se o Tribunal de Justiça não aceitar a sua alegação de que a acção não cabe, de todo, no âmbito da Convenção).

29. Em minha opinião, esta posição é correcta.

30. Convém considerar separadamente os dois argumentos principais adiantados em apoio da tese contrária: uma acção do tipo da que foi intentada pela Associação dos Consumidores (i) não constitui «matéria extracontratual» e (ii) seja como for, não é abrangida pelo disposto no artigo 5.°, n.° 3, porque, mais do que a reparação de um acto passado, tem em vista prevenir eventuais danos futuros.

O significado de «matéria extracontratual»

31. Embora seja certo que, no dizer do advogado-geral J.-P. Warner, «nunca alguém conseguiu, mesmo no contexto de uma ordem jurídica nacional, formular uma definição exacta de facto ilícito que não levante uma ou mais questões. Tal como o elefante do provérbio, o conceito de facto ilícito é mais fácil de reconhecer do que de definir» [18], o Tribunal de Justiça nem por isso deixou de fornecer algumas orientações.

32. Em especial, salientou que se impõe considerar o conceito de matéria extracontratual como um conceito autónomo que, para a aplicação da Convenção, deve ser interpretado principalmente por referência ao seu sistema e objectivos, a fim de garantir-lhe plena eficácia [19].

16 — V. acórdão de 30 de Novembro de 1976, Mines de Potasse d'Alsace (21/76, Colect., p. 677).

17 — V. acórdão Kalfelis, n.° 17, já referido na nota n.° 9.

18 — V. acórdão Rüffer, já referido na nota 10, pp. 3834-5.

19 — V. acórdão Kalfelis, já referido na nota 9, n.° 16; acórdão de 26 de Março de 1992, Reichert e Kockler (C-261/90, Colect., p. I-2149, n.° 15).

33. O Governo francês alega que, enquanto derrogações à regra geral de que os tribunais competentes são os do domicílio do demandado, as regras especiais enunciadas no artigo 5.° da Convenção devem ser interpretadas restritivamente. Não aceito este argumento. Por vezes, justifica-se a interpretação restritiva de uma derrogação: a derrogação a um direito fundamental, por exemplo, tem de ser interpretada em sentido restritivo. Mas esta abordagem não deve, em meu entender, ser generalizada a todas as excepções. Uma excepção legislativa, como qualquer outra disposição legislativa, deve ter o seu sentido próprio, determinado à luz da sua finalidade e teor e do sistema e do objectivo do instrumento de que faz parte. Prefiro a formulação alternativa utilizada pelo Tribunal de Justiça no contexto da Convenção de Bruxelas, segundo a qual «as regras de competência que estabelecem excepções a esse princípio geral não podem dar azo a uma interpretação que exceda as hipóteses consagradas pela Convenção» [20]. Além disso, o Tribunal de Justiça reconheceu que as situações previstas pelo artigo 5.°, n.° 3, são diversas, declarando que «com a sua formulação genérica, compreende[-se] que o n.° 3 do artigo 5.° da Convenção abrange os mais variados tipos de responsabilidade» [21].

34. A decisão do Tribunal de Justiça no acórdão Kalfelis [22], segundo a qual «há que admitir 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 n.° 1 do artigo 5.°», espelha esta abordagem.

35. O carácter genérico do seu teor parece claramente apto para abranger uma acção do tipo da que foi intentada pela Associação dos Consumidores no processo principal. Em especial, o termo «liability» — e o seu equivalente francês «responsabilité» — abarca facilmente tipos de responsabilidade legal diferentes da obrigação de proceder à reparação por sucedâneo financeiro, como, por exemplo, a obrigação em causa no presente processo, de abstenção de certos tipos de comportamento ilícito [23].

36. No acórdão Mines de Potasse d'Alsace [24] — o primeiro processo relativo ao artigo 5.°, n.° 3 —, o Tribunal de Justiça esclareceu que a liberdade de opção concedida ao recorrente por esta disposição «foi instituída tendo em conta a existência, em hipóteses bem determinadas, de uma vinculação especialmente estreita entre um litígio e o órgão jurisdicional que pode ser chamado a decidi-lo, aspecto relevante para fins de economia processual» [25]. Os dois elementos de conexão (lugar onde ocorreu o acto danoso e lugar da indemni-

20 — V. acórdão de 17 de Junho de 1992, Handte (Colect., p. I-3967, n.° 14).

21 — V. acórdão Mines de Potasse d'Alsace, já referido na nota 16, n.° 18.

22 — N.° 17 do acórdão já referido na nota 9.

23 — V. também as conclusões do advogado-geral L. A. Geelhoed no processo C-334/00, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi Spa/Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH, Colect., p. I-7357, p. I-7359. No n.° 76 das conclusões, o advogado-geral manifesta a opinião de que o incumprimento de normas de comportamento de origem legal pode, em determinadas circunstâncias, constituir um facto ilícito na acepção do artigo 5.°, n.° 3.

24 — Já referido na nota 16.

25 — N.° 11 do acórdão.

zação) foram subsequentemente considerados «especialmente út[eis] do ponto de vista da prova e da organização do processo» [26]. A lógica da competência especial atribuída pelo artigo 5.°, n.° 3, parece, assim, ser a de que o tribunal do lugar onde ocorreu o facto danoso estará, por razões de boa administração da justiça e de organização útil do processo [27], melhor colocado para conhecer de acções decorrentes desse facto. Em meu entender, esse objectivo é manifestamente melhor servido se o tribunal do lugar onde ocorreu o alegado facto danoso for competente para conhecer de pedidos de intimação destinados a prevenir um comportamento ilícito [28]. É o que acontecerá se processos como o presente forem considerados relativos a «matéria extracontratual» na acepção do artigo 5.°, n.° 3.

37. No entanto, tem sido objectado que a acção intentada pela Associação dos Consumidores está relacionada com «matéria contratual», uma vez que diz respeito a alegadas cláusulas contratuais ilícitas. Nessa base, argumenta-se que a acção não pode caber no âmbito de aplicação do artigo 5.°, n.° 3, segundo a interpretação que deste fez o Tribunal de Justiça.

38. Este argumento não me convence. Da leitura do acórdão Kalfelis — e, nomeadamente, do texto francês do acórdão — resulta que o que se pretende afirmar é que o conceito de matéria extracontratual abrange todas as acções destinadas a estabelecer a responsabilidade de um demandado e que não se insiram na «matéria contratual» na acepção do artigo 5.°, n.° 1. Quanto a este último ponto, decorre do acórdão do Tribunal de Justiça no processo Handte [29] que a expressão «matéria contratual» não pode ser entendida como abrangendo uma situação em que não existe nenhum compromisso livremente assumido por uma parte relativamente à outra. A acção da Associação dos Consumidores no caso em apreço não diz, contudo, respeito à «matéria contratual» nessa acepção: a Associação dos Consumidores pretende sobretudo — como assinalaram os Governos austríaco e alemão e a Comissão — fazer valer um direito que lhe é especificamente conferido por lei, a fim de prevenir um comportamento ilícito. O Reino Unido observa, além disso, que o órgão jurisdicional de reenvio refere que a Associação dos Consumidores dispõe do direito de «prevenir os danos aos consumidores», o que, muito naturalmente, considera ser matéria extracontratual. Concordo com esta asserção.

39. O Governo francês invoca o acórdão Reichert e Kockler [30] do Tribunal de Justiça como precedente para afirmar que acções cujo objecto não seja obter uma indemnização pecuniária não caem no âmbito de aplicação do artigo 5.°, n.° 3.

40. Em meu entender, tal asserção não pode ser deduzida desse acórdão, que respeitava ao estatuto, na Convenção de Bruxelas, da *action paulienne* do direito

26 — N.° 17 do acórdão.

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

28 — Mais adiante abordo a questão de saber se uma acção destinada a prevenir a ocorrência futura desse comportamento cabe no âmbito do artigo 5.°, n.° 3.

29 — N.° 15 do acórdão já referido na nota 20.

30 — Já referido na nota 20.

francês, pela qual um credor pode obter a anulação, em relação a si, de um acto de transmissão de direitos reais sobre imóveis efectuado pelo seu devedor de uma forma que ele considera ser uma violação dos seus direitos. A impugnação «pauliana» tanto pode ser deduzida contra os actos de disposição praticados pelo devedor a título oneroso quando o beneficiário esteja de má-fé, como contra os actos praticados pelo devedor a título gratuito, mesmo estando o beneficiário de boa-fé. Uma leitura do acórdão sugere que este último ponto foi decisivo: uma acção susceptível de ser proposta contra um terceiro que não tenha cometido qualquer acto ilícito não pode ser considerada como uma acção «destinada a estabelecer a responsabilidade de um demandado» [31]. O mesmo raciocínio não pode manifestamente ser transposto para o caso em apreço, em que K. Henkel é acusado de ter violado proibições impostas por lei a determinados tipos de cláusulas contratuais.

41. Por conseguinte, em meu entender, uma acção como a que foi intentada pela Associação dos Consumidores no processo principal insere-se na «matéria extracontratual» na acepção do artigo 5.°, n.° 3.

A aplicação do artigo 5.°, n.° 3, às medidas meramente preventivas

42. A segunda objecção principal suscitada contra a aplicação do n.° 3 do artigo 5.° à acção proposta pela Associação dos Consumidores no caso em apreço reside no facto de essa acção procurar prevenir um possível facto danoso futuro, ao passo que o artigo 5.°, n.° 3, se limita, consoante os seus próprios termos, a acções relativas a um facto danoso que já ocorreu.

43. É certo que o artigo 5.°, n.° 3, que declara competente em «matéria extracontratual» o tribunal do lugar onde ocorreu o facto danoso, poderia parecer aplicável somente se já ocorreu o facto danoso em que se baseia a alegação.

44. Mesmo que fosse esta a interpretação correcta, não vejo que devesse excluir a aplicação no caso em apreço do n.° 3 do artigo 5.°, uma vez que decorre do despacho de reenvio que a acção proposta pela Associação dos Consumidores foi motivada pela utilização, em várias ocasiões, por parte de K. Henkel, das alegadas cláusulas contratuais abusivas. Tanto a Associação dos Consumidores como o Governo austríaco insistem neste ponto. Além disso, será de esperar que essas acções sejam normalmente desencadeadas pela utilização efectiva de cláusulas contratuais ilícitas.

45. Seja como for, não julgo que possa ser compatível com a sistemática e com os objectivos da Convenção que o artigo 5.°,

31 — V. n.os 18 a 20 do acórdão.

n.º 3, seja interpretado de forma a excluir acções destinadas a obter intimações que visam prevenir danos puramente futuros. É este também o ponto de vista da Associação dos Consumidores, dos governos austríaco e alemão e da Comissão.

46. Atente-se, por exemplo, no que o professor Schlosser escreveu no seu Relatório [32]:

«São inúmeros os argumentos a favor da possibilidade de intentar igualmente perante o tribunal referido no ponto 3 do artigo 5.º as acções principais nos termos do processo ordinário que visam impedir a prática iminente de um delito».

47. Como já antes referi [33], o Tribunal esclareceu no acórdão Mines de Potasse d'Alsace [34] que a opção conferida ao recorrente por esta disposição «foi instituída tendo em conta a existência, em hipóteses bem determinadas, de uma vinculação especialmente estreita entre um litígio e o órgão jurisdicional que pode ser chamado a decidi-lo, aspecto relevante para fins de economia processual», especialmente útil do ponto de vista da prova e da organização do processo [35]. A competência especial atribuída pelo artigo 5.º, n.º 3, justifica-se pelo facto de o tribunal do lugar onde ocorreu o facto danoso se encontrar, por razões de boa administração da justiça e de organização útil do processo [36], melhor colocado para conhecer das acções daí decorrentes. Esta lógica aplica-se igualmente a medidas destinadas a prevenir esses factos danosos.

48. K. Henkel invoca o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo Reichert e Kockler [37] em apoio do seu argumento de que o artigo 5.º, n.º 3, só se aplica se já tiver ocorrido um dano causado por um acto ilícito. Contudo, pelas razões que já aduzi, não considero que esse acórdão sirva de esteio a quaisquer afirmações gerais quanto ao âmbito de aplicação do artigo 5.º, n.º 3 [38].

49. Além disso, é manifesto que a disposição equivalente (também o n.º 3 do artigo 5.º) do Regulamento n.º 44/2001 [39], que actualmente, para a maioria dos Estados-Membros, substituiu a Convenção, se aplica a medidas destinadas a prevenir o risco previsível de um acto danoso. Não existindo qualquer razão clara e imperiosa para interpretar diferentemente as duas disposições, considero apropriado inter-

32 — Já referido na nota 12, n.º 134.

33 — V. n.º 36.

34 — Já referido na nota 16.

35 — N.ºs 11 e 17 do acórdão.

36 — V. acórdão Dumez France e Tracoba, já referido na nota 27, n.º 17.

37 — Já referido na nota 19.

38 — V. n.º 40, *supra*.

39 — Já referido na nota 3. V. n.º 6, *supra*.

pretá-las do mesmo modo. E certamente a Comissão, na sua proposta de regulamento, foi de opinião de que a redacção revista era necessária mais para dissipar dúvidas no que diz respeito à interpretação da disposição do que para alargar o seu âmbito de aplicação [40].

50. Além disso, seria manifestamente insatisfatório que — não existindo uma vez mais qualquer razão clara e imperiosa — o quase idêntico artigo 5.°, n.° 3, da Convenção tivesse um âmbito de aplicação mais limitado no que toca à Dinamarca, único Estado-Membro que não está vinculado pelo regulamento. O mesmo se pode dizer no que respeita às partes na Convenção de Lugano relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial [41], cujo artigo 5.°, n.° 3, está redigido nos mesmos termos que o artigo 5.°, n.° 3, da Convenção de Bruxelas e que continua em vigor entre os Estados-Membros e a Islândia, a Noruega e a Suíça.

51. Finalmente, gostaria de assinalar que o Governo francês alega que o artigo 5.°, n.° 3, não pode ser aplicável a medidas meramente preventivas, pois que essas medidas são objecto do artigo 24.° da Convenção. O artigo 24.° dispõe o seguinte:

«As medidas provisórias ou cautelares previstas na lei de um Estado contratante podem ser requeridas às autoridades judiciais desse Estado, mesmo que, por força da presente convenção, um tribunal de outro Estado contratante seja competente para conhecer da questão de fundo».

52. Tal como a Comissão assinalou na audiência, essa disposição não é aplicável no caso presente, já que a Associação dos Consumidores não pretende obter uma medida provisória no processo principal [42].

53. Por conseguinte, entendo que uma medida destinada a prevenir a prática de um facto ilícito insere-se na «matéria extracontratual», na acepção do artigo 5.°, n.° 3, da Convenção de Bruxelas.

40 — V. a exposição de motivos da proposta de Regulamento do Conselho relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, COM (1999) 348 final, JO 1999, C 376, p. 1.

41 — Convenção de 16 de Setembro de 1988 (JO L 319, p. 9).

42 — V. ainda acórdão Reichert e Kockler, já referido na nota 19, n.° 34.

Conclusão

54. Pelas razões que antecedem, sugiro ao Tribunal de Justiça que responda ao Oberster Gerichtshof o seguinte:

«Uma acção instaurada por uma organização de consumidores ao abrigo da legislação nacional de protecção dos consumidores, que tem por objecto um pedido de intimação destinada a proibir a fixação de cláusulas contratuais gerais que violem uma proibição legal ou os bons costumes, insere-se na matéria extracontratual na acepção do artigo 5.°, n.° 3, da Convenção de Bruxelas de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial».