CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL FRANCESCO CAPOTORTI

apresentadas em 17 de Novembro de 1976 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Tal como o processo 24/76, este processo diz respeito à interpretação do artigo 17.° da Convenção de Bruxelas, de 27 de Setembro de 1978, relativa à Competência Judiciária e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial. Assim, também aqui estão em causa os requisitos de validade que uma convenção de extensão de competência deve preencher (invocada no caso em análise pelo vendedor contra o comprador). Mas, diversamente do que acontece no processo 24/76, as questões prejudiciais colocadas pelo Bundesgerichtshof alemão referem-se desta vez ao caso de um contrato verbal. Os problemas assim suscitados dizem respeito quer aos requisitos necessários para que um acordo verbal em matéria de extensão de competência possa ser considerado existente quer às modalidades da confirmação escrita da convenção de extensão, que o artigo 17.° exige para que a validade possa ser reconhecida.

A 14 de Setembro de 1971, foi celebrado verbalmente um contrato de compra e venda entre a empresa alemã Bonakdarian, com sede em Hamburgo, parte vendedora, e a empresa Segoura, com sede em Bruxelas, parte compradora. Nessa ocasião, o comprador procedeu à entrega de uma parte do preço. Nesse mesmo dia, recebeu a mercadoria que constituía o objecto do contrato, acompanhada de um documento que valia como «carta de confirmação e factura» que se referia formalmente às condições gerais de venda, entrega e pagamento impressas no verso. Entre essas condições figurava uma cláusula que atribuía competência exclusiva ao Tribunal de Hamburgo para decidir de qualquer eventual litígio. O comprador não reagiu.

Na sequência de um litígio surgido a propósito do pagamento do montante restante, inicialmente, o juiz de primeira instância alemão condenou à revelia a empresa Segoura ao pagamento de uma importância correspondente à sua dívida, acrescida dos respectivos juros, mas, na sequência de apelação interposta por esta empresa, o juiz anulou esta decisão e declarou-se incompetente, alegando a inexistência de convenção relativa à extensão de competência conforme ao disposto no primeiro parágrafo do artigo 17.° da Convenção de Bruxelas de 28 de Setembro de 1968. O tribunal afastou a existência desta convenção pela ausência de elementos susceptíveis de provar que a cláusula de extensão tinha sido objecto de um acordo verbal. No que respeita à tese do vendedor, segundo a qual o consentimento do adquirente na extensão de competência resultava do seu silêncio, posterior ao recebimento da carta-factura, que se referia às condições gerais de venda, o Tribunal observou que, nesta perspectiva, a carta-factura que se referia pela primeira vez à cláusula de extensão de competência teria, no máximo, o valor de uma proposta contratual que modificava o contrato originário. No entanto, sobre este aspecto, também não tinha existido a aceitação escrita exigida pelo artigo 17.°

* Língua original: italiano.

Todavia, o juiz de apelação foi de outra opinião; considerou que a referência às condições gerais de venda contida na factura enviada ao comprador constituía a confirmação de um acordo verbal relativo igualmente às condições gerais de venda, onde estava incluída a cláusula de extensão de competência. O facto de esta confirmação não ter sido objecto de contestação era suficiente, no entender do juiz de apelação, para que os requisitos formais fixados no artigo 17.° estivessem preenchidos quanto a este aspecto.

A divergência de pontos de vista que subsiste entre os dois juízes de mérito quanto à apreciação dos factos e à existência de um acordo verbal em matéria de competência, no caso concreto, talvez explique por que razão o Bundesgerichtshof, no qual o comprador interpôs um recurso contra o acórdão do tribunal de apelação, colocou, a propósito do artigo 17.°, duas questões de interpretação distintas fazendo referência a duas hipóteses diferentes. A primeira hipótese corresponde à interpretação dos factos dada pelo juiz de apelação e a segunda, em contrapartida, parece visar o modo diferente de apreciação dos factos pelo primeiro juiz. As questões são as seguintes:

1) Está o requisito previsto no artigo 17.° da Convenção de 27 de Setembro de 1968 relativa à Competência Judiciária e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial preenchido quando, na celebração verbal de um contrato de compra e venda, o vendedor declarou que pretendia negociar com base nas suas condições gerais de venda e, seguidamente, confirmou este contrato por escrito ao comprador juntando a esta confirmação as condições gerais de venda por ele fixadas que incluem uma cláusula atributiva de jurisdição?

2) É o artigo 17.° da convenção aplicável quando, entre comerciantes, o vendedor, após celebração verbal de um contrato de compra e venda, entrega ao comprador uma confirmação escrita da celebração do contrato, nos termos da qual o contrato é regulado pelas condições gerais de venda fixadas pelo vendedor e junta a esta confirmação o texto das suas condições de venda, condições que incluem uma cláusula atributiva de jurisdição, e o comprador não manifesta o seu desacordo com esta confirmação escrita?

2. No interesse da fluidez do comércio, o artigo 17.° considera que o acordo verbal sobre a extensão de competência constitui um meio válido para fundamentar a competência exclusiva do juiz previamente escolhido; mas, por razões de segurança das relações jurídicas e de protecção da parte mais fraca, esta convenção só produz efeitos se tiver sido confirmada por escrito (o artigo citado exige, textualmente, «uma convenção verbal confirmada por escrito»). Esta confirmação deverá, obviamente, ser susceptível de satisfazer a exigência para cujo fim foi prevista. Além disso, quando a cláusula de extensão de competência se integra num conjunto de condições gerais previamente fixadas por uma das partes, deverá estar-se especialmente atento ao facto de a confirmação ser efectuada de modo a não deixar dúvidas sobre o consentimento da outra parte na extensão da competência.

É nesta altura que aparece a questão da confirmação, proveniente apenas de uma das partes em causa. O relatório Jenard, que acompanha a Convenção de Bruxelas, afirma que a formulação do artigo 17.° é «bastante próxima» da formulação da convenção germano-belga, ela própria inspirada na Convenção de Haia, de 15 de Abril de 1958, sobre a competência do foro contratual em caso de compra e venda internacional de coisas móveis corpóreas. Ora, no que respei-

ta à eficácia dos acordos verbais em matéria de extensão de competência, a convenção germano-belga exige «uma confirmação por escrito que não tenha sido objecto de contestação» (n.° 2 do artigo 3.°) e a Convenção de Haia exige uma confirmação «através de uma declaração escrita proveniente de uma das partes ou de um intermediário que não tenha sido objecto de contestação» (artigo 2.°); obviamente, ambas as convenções se referem especificamente à designação do tribunal competente. O relatório Jenard acrescenta que, «pressupondo a cláusula atributiva de competência um verdadeiro acordo entre as partes, o juiz não pode, necessariamente, deduzir a existência de um acordo verbal a partir de um documento que emane da parte que o invoque».

Tendo em conta estes elementos, cremos, antes de mais, que não se justifica acolher, no que respeita aos requisitos de validade da confirmação, uma posição tão rígida como a que é proposta pela empresa Segoura e que levaria a excluir, de modo geral e absoluto, a possibilidade de uma confirmação válida proveniente da parte que fixou previamente a cláusula de extensão de competência. Esta exclusão não parece imposta pela redacção do artigo 17.° e também não seria necessária para a protecção da parte em relação à qual a extensão de competência é invocada, uma vez que esta mantém sempre a possibilidade, após o recebimento da carta de confirmação, de se opor ao que aí se declara a propósito do acordo verbal relativo à extensão.

A confirmação por escrito de um acordo verbal relativo à extensão da competência tem por função, essencialmente, dar uma formulação objectivamente certa à cláusula verbal e definir os seus termos exactos, que produzirão efeitos em relação às partes e ao juiz designado, que, por força desta cláusula, adquire competência para conhecer dos litígios relativos a determinadas relações jurídicas. Esta função também pode ser preenchida quando o acto escrito de confirmação vier da parte que fixou previamente a cláusula de extensão, desde que tal modo de proceder, tendo em conta o comportamento anterior e ulterior das partes no acordo, possa ser equiparado a uma prova objectiva do consenso obtido em relação à cláusula que é aceite na «confirmação».

Afastando a hipótese de uma confirmação bilateral, que, evidentemente, não suscita qualquer dificuldade, podem, portanto, delinear-se duas hipóteses distintas de confirmação escrita proveniente apenas de uma das partes, na hipótese de as condições gerais incluírem a cláusula de extensão de competência e serem fixadas previamente por um dos co-contratantes, no seu próprio interesse. A primeira é a hipótese de a confirmação vir da parte que não fixou previamente as condições gerais e que está em desvantagem em relação à cláusula; pode considerar-se que, ainda que diga respeito às condições gerais no seu todo, esta confirmação é suficiente para que a cláusula de extensão produza efeitos. A segunda é a hipótese de a confirmação vir da mesma parte que fixou previamente as condições gerais. É óbvio que, neste caso, é necessário ser-se mais rigoroso: assim, a confirmação escrita deverá determinar não só o acordo verbal sobre as condições gerais, mas também especificar o acordo sobre a cláusula de extensão de competência.

De facto, trata-se de evitar o risco que esta cláusula passe despercebida, ou que não seja mencionada, no quadro de uma referência global às condições gerais do contrato. Efectivamente, é preciso não esquecer que todas as normas convencionais atrás citadas prevêem a confirmação escrita de um acordo verbal em matéria de extensão de competência; assim, é a celebração de tal acordo que se impõe provar. E a parte mais fraca deve ter concorrido para a formação de tal acordo,

como é normal, não só através do conhecimento da cláusula de extensão, mas também através da manifestação da vontade de aceitá-la.

3. À luz das considerações expostas, vamos agora proceder à análise da hipótese contemplada na primeira questão, na qual, na altura da estipulação verbal do contrato de compra e venda, o vendedor se limitou a declarar, unilateralmente e de forma absolutamente geral, que pretendia contratar com base nas condições gerais por ele fixadas. Num caso deste tipo, poderá considerar-se que a cláusula relativa à competência, não tendo sido directamente mencionada, faz parte do acordo?

Note-se que esta hipótese é bastante diferente da hipótese em que a referência global às condições de venda fixadas previamente pelo vendedor figura no texto de um contrato escrito, que contém estas condições impressas no verso, nelas estando incluída a cláusula sobre a competência judiciária. Com efeito, neste caso, o comprador tem, facilmente, a possibilidade de tomar conhecimento desta cláusula antes de celebrar o contrato.

Ao invés, quando se celebra um contrato verbal, é lógico supor (e, no caso *sub judice*, o próprio vendedor o confirma nas suas observações) que a atenção dos contratantes se concentra nos aspectos essenciais do acordo, enquanto que as condições gerais não são especificamente consideradas. Efectivamente, o comprador só toma conhecimento destas condições quando recebe do vendedor a carta de confirmação do acordo verbal relativo aos aspectos essenciais, acordo ao qual está anexo o texto das condições gerais. Ora, se a cláusula de extensão não fosse conhecida pelo comprador, é inconcebível que esta tivesse sido aceite; admitir o consentimento hipotético do comprador num número indeterminado de condições gerais significaria deixar ao vendedor o poder de determinar o juiz competente, o que é bastante diferente do acordo relativo à designação específica do juiz competente, prevista no artigo 17.°

Eventualmente, a situação poderia ser diferente na hipótese, sobre a qual não devemos pronunciar-nos aqui, de duas empresas terem relações comerciais contínuas, no quadro das quais é habitual aplicar a cláusula de extensão, no sentido determinado pelas condições gerais fixadas previamente por uma das partes. Neste caso, não é de excluir que uma simples referência verbal e geral da parte do vendedor a estas condições, que foi aceite pelo comprador, possa ter o valor de consentimento da parte deste último na cláusula de extensão.

Enquanto que, na fase da estipulação da venda os factos se desenrolaram no sentido indicado pela primeira questão, o facto de anexar o texto escrito das condições de venda à carta de confirmação dirigida posteriormente ao comprador, onde é feita referência a essas condições, não poderá valer como confirmação na acepção do artigo 17.°, porque falta a condição prévia indispensável: a existência prévia de um acordo relativo à extensão de competência. Esta carta poderia valer como proposta de modificação do contrato verbal, mas, enquanto tal, só poderia produzir efeitos se fosse aceite por escrito pela outra parte.

4. É inutilmente que seria levantada a objecção que este raciocínio ultrapassa uma análise dos requisitos formais previstos no artigo 17.° da convenção e que aborda a questão dos próprios requisitos de existência de um acordo relativo à atribuição de competência a um juiz determinado. Na realidade, as questões colocadas pelo juiz nacional dizem

respeito à conformidade de determinadas hipóteses com os requisitos (todos os requisitos) fixados no artigo 17.°, o «carácter suficiente» de determinados comportamentos para efeitos do mesmo artigo. Assim, o artigo 17.° deve ser considerado no seu todo e é óbvio que, antes mesmo de enunciar determinados requisitos de forma, ele exige a existência de uma convenção (ou de uma cláusula) celebrada entre as partes, destinada a designar um tribunal competente para conhecer dos litígios já surgidos ou a surgir entre as partes em conexão com uma determinada relação jurídica. Portanto, a norma jurídica em questão contém igualmente requisitos de fundo, o primeiro dos quais consiste na existência de um acordo de determinado tipo e com determinada função.

Poderíamos ainda perguntar-nos, a este propósito, se os aspectos de fundo do acordo de extensão de competência devem ser deduzidos do artigo 17.°, interpretado de modo autónomo, ou se a disciplina destes aspectos não é, antes, deixada aos diversos direitos nacionais. O dilema é semelhante àquele que já tínhamos referido nas conclusões que apresentámos no processo 24/76, a propósito da forma do acordo aí em questão e, especialmente, acerca da possibilidade de o alcance da expressão «forma escrita» dever ser determinado com base nos vários direitos nacionais aplicáveis. A resposta deve aqui obedecer à mesma lógica: na medida em que determinados requisitos — de fundo ou de forma, é indiferente — são fixados pela convenção como condições prévias e necessárias para que os efeitos processuais regulados pela convenção se produzam, é necessário tentar encontrar uma interpretação autónoma partindo da lógica e do contexto da convenção. Tudo isso, bem entendido, sem prejuízo da regulamentação nacional dos outros aspectos, relativos à forma e ao fundo, que são estranhos ao quadro das normas jurídicas convencionais sujeitos à interpretação comunitária.

Ora, é evidente que existe um vínculo extremamente estreito, entre a questão da confirmação escrita de um acordo verbal de extensão de competência e a questão da existência de tal acordo. Separar a existência do acordo verbal da sua confirmação, no sentido de considerar a primeira exlusivamente subordinada ao direito nacional e, consequentemente, a normas e jurisprudências diferentes ao passo que a segunda seria disciplinada uniformemente, seria correr o risco de graves divergências na aplicação do artigo 17.° no interior dos Estados contratantes. Pode acrescentar-se que, se a definição dos requisitos necessários à existência do acordo fosse estranha ao sistema da convenção, a apreciação da condição formal da confirmação escrita, que compete ao Tribunal, poderia resultar ora demasiado restrita ora demasiado permissiva, do ponto de vista deste ou daquele sistema nacional considerado competente para regular a existência do acordo de extensão. Daqui resultaria uma situação contrária a este princípio de uniformidade, cuja aplicação a convenção tem em vista.

5. Chegados a este ponto da nossa análise, não será necessário um grande discurso para encontrar a resposta a dar à segunda questão colocada pelo juiz nacional. O Tribunal deve recordar-se que a diferença entre a hipótese formulada na primeira questão e a que está na base da segunda consiste no seguinte: na primeira questão, pressupunha-se que a declaração feita pelo vendedor de pretender aplicar ao contrato as suas próprias condições gerais era feita no momento da estipulação verbal deste contrato; na segunda questão, pressupunha-se que esta declaração era feita por escrito apenas *depois* da celebração verbal do contrato e sem objecção da parte do comprador. Dito isto, parece claro que, quando não se mencionam as condições gerais que incluem a cláusula sobre a competência ao longo das negociações

que conduzem ao contrato verbal de venda, é absolutamente inexistente o concurso de vontades em matéria de extensão de competência judiciária, sem o qual não poderia existir qualquer «confirmação» na acepção do artigo 17.°

6. Consequentemente, propomos ao Tribunal que responda às questões colocadas pelo Bundesgerichtshof declarando que os requisitos fixados no artigo 17.° da Convenção de Bruxelas, de 27 de Setembro de 1968, não são preenchidos quando, no momento da celebração verbal do contrato de compra e venda, o vendedor manifesta a sua vontade de contratar com base nas condições gerais de venda por ele fixadas, limitando-se a fazer uma referência global a estas condições sem referir especificamente a extensão de competência e, seguidamente, envia ao comprador uma confirmação escrita do contrato à qual são anexadas as condições gerais, que incluem uma cláusula atributiva de competência judiciária.

A resposta deve ser idêntica quando, após a celebração de um contrato verbal de compra e venda entre comerciantes, o vendedor confirma o contrato por escrito declarando ao mesmo tempo, pela primeira vez, que este se deve considerar sujeito às condições gerais fixadas pelo próprio vendedor, anexas ao contrato de compra e venda — condições que incluem uma cláusula atributiva de competência — e que o comprador não manifesta o seu desacordo sobre este aspecto.