

## CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

HENRI MAYRAS

apresentadas em 11 de Outubro de 1978 \*

*Senhor Presidente,  
Senhores Juizes,*

I — Os estabelecimentos Somafer, de Uckange, na Lorraine, candidataram-se a um concurso do Ministério do Interior do Land do Sarre, para efectuar alguns trabalhos de demolição no perímetro das fábricas Röchling-Burbach.

Como as garantias de segurança apresentadas pelo empreiteiro francês lhe parecessem insuficientes, a sociedade alemã Saar-Ferngas, cujas canalizações passavam na proximidade imediata da obra a demolir, considerou dever ela própria tomar medidas suplementares de protecção, que notificou aos estabelecimentos Somafer, em 16 de Janeiro de 1974.

Após ter regularmente avisado o Gewerbeaufsichtsamt do Land do Sarre, cujas funções correspondem, neste aspecto, às do Ponts et Chaussées e do service des Mines em França, os estabelecimentos Somafer obtiveram, em 29 de Janeiro de 1974, uma licença de obras do presidente da Câmara de Völklingen.

Para ser indemnizada das despesas que teve que suportar, a sociedade alemã enviou a respectiva factura aos estabelecimentos Somafer, em 29 de Outubro de 1974. Foi suscitada uma questão de inadmissibilidade pelo representante (Vertretung) para a República Federal, em Beckingen do Sarre, da

administração principal (Hauptverwaltung) de Uckange. A Saar-Ferngas demandou então os estabelecimentos Somafer no tribunal da situação desta «representação» na República Federal, o Landgericht Saarbrücken. Diga-se, de passagem, que, em França, os litígios em matéria de contratos administrativos e de danos causados por obras públicas são da competência dos tribunais administrativos.

O papel desempenhado pela instância de Beckingen nas discussões travadas entre o Ministério do Interior e a Inspeção do Trabalho, por um lado, e os estabelecimentos Somafer, por outro, constitui objecto de afirmações contraditórias das partes e é precisamente para resolver esse problema que o Oberlandesgericht Saarbrücken se dirige a este Tribunal.

Antes de abordar a análise das questões que nos são submetidas, convirá recordar que a Saar-Ferngas tinha invocado em primeira instância a competência do Landgericht Saarbrücken, baseando-se no facto de que os estabelecimentos Somafer possuíam, em Beckingen, uma sucursal nos termos do direito alemão [§ 21 do Zivilprozeßordnung (Código do Processo Civil alemão)] e, além disso, no facto de que este tribunal era o «do lugar em que a obrigação foi ou deve ser cumprida» nos termos do artigo 5.º, n.º 1, da Convenção de Bruxelas de 1968.

O tribunal de primeira instância não aceitou nenhum desses argumentos, mas conside-

\* Língua original: francês.

rou-se competente nos termos do artigo 5.º, n.º 5, daquela Convenção, pois, em seu entender, esta disposição vai mais longe do que o direito interno alemão: permite que uma relação com a exploração de uma simples sucursal ou agência possa determinar a competência do tribunal do foro em que se encontrem situadas essa sucursal ou essa agência. Aquele tribunal entendeu que a Somafer possuía em Beckingen, pelo menos, uma agência, nos termos do artigo 5.º, n.º 5, da Convenção; com efeito, ela serviu-se do seu escritório naquela localidade para negociar com terceiros, ou, quanto mais não seja, deu a impressão à Saar-Ferngas de que aquele escritório constituía uma agência. Ao decidir deste modo, o tribunal recorreu a critérios de direito alemão, mas considera que estes podem também valer para a aplicação do artigo 5.º, n.º 5, da Convenção.

A empresa do Sarre utilizou em seu favor este argumento no recurso. Renunciou, portanto, também, ao fundamento que invocava subsidiariamente na primeira instância, extraído do § 23 do Zivilprozessordnung. Esta disposição, que constitui uma norma de competência exorbitante do direito nacional, prevê que, na falta de qualquer outro tribunal competente no território alemão, as acções *patrimoniais* intentadas contra uma pessoa que não tenha domicílio no território nacional são da competência do tribunal do foro da localização dos bens ou do objecto controvertido; porém, a mesma disposição já não pode ser invocada nos termos do artigo 3.º da Convenção de 1968.

II — Com a primeira questão, pretende-se fundamentalmente saber se os conceitos de «agência», «sucursal» ou «qualquer outro estabelecimento» devem ser interpretados por remissão para o direito nacional ou se, pelo contrário, devem antes ser objecto de uma interpretação autónoma.

1) Em favor de uma remissão para o direito nacional com o objectivo de determinar o lugar da situação do órgão jurisdicional competente, pode dizer-se que, em geral, há toda a vantagem em aplicar a lei do Estado a cujos tribunais o assunto foi submetido ou o direito aplicável ao mérito da causa: com efeito, é importante que as questões de competência possam ser resolvidas rapidamente. Um tribunal terá sempre maior facilidade em aplicar a sua própria lei; além disso, quase todos os critérios de competência referidos na Convenção se encontram associados a conceitos que são utilizados no direito interno dos Estados-membros para outros fins que não a determinação da competência.

Ora, para o conceito de domicílio das pessoas singulares ou de sede das sociedades e das pessoas colectivas, de que, ao fim e ao cabo, os conceitos do artigo 5.º, n.º 5, apenas constituem uma subdivisão ou subcategoria, a Convenção refere-se expressamente à aplicação da lei interna do tribunal a que recorreu (artigo 52.º, n.º 1) ou às normas do direito internacional privado desse órgão jurisdicional (artigo 53.º).

Uma interpretação autónoma dos conceitos referidos no artigo 5.º, n.º 5, não teria, além disso, nada a ver com a «simplificação das formalidades a que se encontram subordinados o reconhecimento e a execução recíprocos das decisões judiciais» que representa o objectivo que o artigo 220.º fixa à Convenção; pelo contrário, teria sido mais prático para a Saar-Ferngas demandar directamente a Somafer no tribunal do lugar em que se encontra situada a sede social desta empresa, para obter uma condenação desta que seria directamente executória em França.

Por outro lado, poderá pôr-se em dúvida que os autores da Convenção tenham pretendido

dar uma definição comum e autónoma de sucursal, agência ou estabelecimento. Uma tal definição correria o risco de ser ultrapassada pela evolução das leis e das jurisprudências nacionais. O próprio facto de terem utilizado a expressão «qualquer outro» que constitui uma espécie de categoria «residual» destinada a cobrir todas as outras hipóteses, confirmaria que renunciaram a dar um conteúdo preciso, pelo menos, à noção de estabelecimento. Um tal objectivo, que pertence ao domínio da *lei uniforme*, seria alheio à Convenção.

Finalmente, o Tribunal de Justiça decidiu, por acórdão de 6 de Outubro de 1976, Tessili (12/76, Colect., p. 585), a respeito da interpretação da Convenção *em geral*, que, em certas condições, as expressões e conceitos utilizados na Convenção (tratava-se, no caso concreto, precisamente, de um conceito utilizado no artigo 5.º, o do «lugar em que a obrigação foi ou deve ser cumprida») devem ser considerados como remetendo para as regras materiais do direito aplicável nos termos das normas de conflitos do tribunal a que o assunto foi submetido em primeiro lugar.

2) Em favor do carácter autónomo da qualificação do artigo 5.º, n.º 5, podem, em contrapartida, invocar-se as seguintes considerações:

Mesmo que a lei interna do órgão jurisdicional a que o assunto foi submetido ou que o direito internacional privado aplicável ao mérito da causa façam depender a competência de critérios mais ou menos idênticos aos referidos no artigo 5.º, n.º 5, da Convenção, é pouco provável que o significado correntemente atribuído a estes critérios por aquele órgão jurisdicional nacional convenha aos processos a que a Convenção é aplicável.

No acórdão de 6 de Outubro de 1976, De Bloos (14/76, Colect., p. 605), o próprio Tribunal de Justiça começou a interpretar os conceitos referidos no artigo 5.º, n.º 5, de maneira uniforme e autónoma, procurando delimitar o conteúdo do conceito de «sucursal». Todavia, este precedente não nos parece totalmente determinante em si mesmo, uma vez que o esboço de definição enunciado neste acórdão é puramente negativo e foi elaborado a propósito das relações *internas* entre um concessionário de uma exclusividade de venda e o seu concedente.

Um pouco mais tarde, em 14 de Outubro de 1976, o Tribunal de Justiça declarou, no processo LTU (29/76, Colect., p. 629), que o conceito de «matéria civil e comercial» utilizado no artigo 1.º da Convenção não poderia ser interpretado em função apenas da repartição de competências entre as diferentes ordens jurisdicionais existentes em certos Estados e que deveria considerar-se o referido conceito como um conceito *autónomo* que deve ser interpretado recorrendo, por um lado, aos objectivos e ao sistema da Convenção e, por outro lado, aos princípios gerais que se extraem do conjunto dos sistemas de direito nacionais.

Em 14 de Julho de 1977, nos processos apensos Bavaria Fluggesellschaft e Germanair (9/77 e 10/77, Colect., p. 535), o Tribunal de Justiça declarou que o método de interpretação utilizado se inspirava na preocupação de garantir, no âmbito do direito comunitário, a igualdade e a uniformidade dos direitos e obrigações que resultam da Convenção para os Estados contratantes e as pessoas interessadas e que o princípio da segurança jurídica na ordem comunitária e os objectivos prosseguidos pela Convenção nos termos do artigo 220.º do Tratado, no qual a Convenção encontra fundamento, exigem uma aplicação uniforme, em todos os Estados-membros, dos conceitos e qualificações jurídicos elaborados pelo Tribunal no âmbito da Convenção.

No processo Industrial Diamond Supplies, o Tribunal de Justiça decidiu, em 22 de Novembro de 1977 (43/77, Colect., p. 791), que uma interpretação do conceito de «recurso ordinário» por remissão para um sistema jurídico nacional — quer se trate do do Estado de origem ou do do Estado do reconhecimento ou da execução — acarretaria, em certos casos, a impossibilidade de qualificar um recurso determinado, com o desejado grau de certeza, relativamente aos artigos 30.º e 38.º da Convenção, e que a interpretação do conceito de «recurso ordinário» só pode ser utilmente procurada no contexto da própria Convenção.

Por fim, o Tribunal de Justiça seguiu a mesma orientação no acórdão de 21 de Junho de 1978, Bertrand (150/77, Colect., p. 487), relativo à «venda a prestações de coisas móveis corporais».

Com base nestes precedentes, consideramos portanto que a competência para as acções «relativas à exploração de uma sucursal, de uma agência ou de qualquer outro estabelecimento» deveria ser determinada de forma autónoma, isto é, em função dos objectivos e do sistema da Convenção de 1968, bem como dos princípios gerais que se extraem das ordens jurídicas nacionais.

Esta interpretação «autónoma» deverá inspirar-se nos direitos e nas jurisprudências dos Estados-membros partes na Convenção quanto às consequências, do ponto de vista do foro, das noções de sucursal, de agência ou de estabelecimento, bem como nas jurisprudências nacionais relativas ao foro dos estabelecimentos secundários das pessoas colectivas, previsto em certas convenções bilaterais celebradas entre os Estados-membros antes da Convenção de Bruxelas.

Estas convenções bilaterais admitem este critério de conexão quer a título de competência directa quer a título de competência indirecta, através de uma escolha de domicílio. A Convenção de Bruxelas teria, por assim dizer, «codificado» e internacionalizado as disposições bilaterais, sem no entanto ter unificado as diferentes jurisprudências relativas à sua aplicação.

O antepassado do artigo 5.º, n.º 5, da Convenção de Bruxelas parece assim ser o artigo 4.º, n.º 1, d), da Convenção germano-neerlandesa de 30 de Agosto de 1962, que estabelece:

«Os tribunais do Estado em que a decisão foi proferida reconhecem-se competentes para efeito da presente Convenção:

... se, no Estado em que a decisão foi proferida, o réu foi citado no local do seu estabelecimento comercial ou de uma sucursal para as acções relativas à exploração do referido estabelecimento ou da referida sucursal.»

Mas, é necessário salientar que a Convenção de Bruxelas estabelece, no seu artigo 5.º, n.º 5, um critério de conexão a título de competência *directa*, a partir daquilo que era apenas um critério de competência *indirecta* para fins de reconhecimento e de execução e de uma presunção de escolha de domicílio.

Sempre nesta linha de raciocínio, propomos também que seja dada resposta negativa à questão I, b), uma vez que o recurso a uma qualificação de acordo com o direito aplicável à questão de mérito do litígio submetido

ao tribunal nacional conduziria, em definitivo, a uma referência a leis nacionais provavelmente diferentes.

III — No caso de a competência relativa à exploração de uma sucursal, de uma agência ou de qualquer outro estabelecimento dever ser determinada de modo autónomo, o juiz nacional pretende saber, através da sua segunda questão, quais os critérios de interpretação que deverão ser utilizados para os conceitos de «sucursal» e «agência», relativamente à autonomia de decisão (designadamente a celebração de negócios) e à importância das instalações materiais. Deve notar-se que o pedido não se refere ao *estabelecimento*, mas parece-nos necessário incluir este conceito na nossa análise.

Duas observações nos orientarão a este propósito. Antes de mais, qualquer que seja o elemento de conexão escolhido, os conceitos referidos na secção II da Convenção («Competências *especiais*») e, nomeadamente, no seu artigo 5.º, n.º 5, devem ser objecto de uma interpretação restritiva, uma vez que não pode perder-se de vista que existe um outro critério *geral* de competência, o do domicílio do réu (artigo 2.º). Esta regra resulta do acórdão de 30 de Novembro de 1976, Bier (30/76, Colect., p. 677).

Em segundo lugar, de um modo geral, é difícil determinar as características de um estabelecimento ou de uma agência, aos quais se aplica a regra de competência do artigo 5.º, n.º 5. Se a noção de sucursal tem contornos relativamente precisos, os conceitos de agência ou de estabelecimento são, a maior parte das vezes, mesclados de aspectos de facto que, nas jurisprudências nacionais, são geralmente deixados à apreciação soberana dos tribunais de instância. Mesmo que se entenda que os conceitos do artigo 5.º, n.º 5, têm um conteúdo autónomo, é inevitável, por

consequente, que, para precisar o seu conteúdo, seja necessário esclarecer os aspectos de facto e que essa função caiba ao juiz nacional.

1) A questão refere-se também, se não mesmo fundamentalmente, ao conceito de *exploração*, mais do que de sucursal, agência ou estabelecimento. É, portanto, necessário que se trate mesmo de uma acção relativa à exploração de uma daquelas entidades e não de uma acção relativa a algo puramente ligado à actividade da administração principal ou que com esta se confunda. Por outras palavras, é necessário que a sociedade comercial estrangeira *explore* o seu objecto na República Federal e ainda que a entidade em causa aí possa desenvolver uma actividade *própria*, distinta da da sociedade mãe, sem que por isso goze de personalidade jurídica.

A Convenção manifesta uma total ausência de formalismo: refere-se não apenas à sucursal ou agência, que são sempre desprovidas de personalidade jurídica, se bem que tenham um estatuto jurídico relativamente preciso, pelo menos a sucursal, mas também a «*qualquer outro estabelecimento*». O elemento comum às noções a que se refere o artigo 5.º, n.º 5, é, portanto, que se trate de entidades que não possuem personalidade jurídica; deve notar-se, em especial, que não fica abrangida a *filial* de uma empresa pela simples razão de que essa filial goza de personalidade jurídica e pode, portanto, ser demandada judicialmente no local onde se encontra estabelecida.

Consequentemente, é necessário, para que haja exploração, que a sociedade disponha no estrangeiro de instalações materiais, industriais, ou comerciais com uma consistência *suficiente*. Alguns critérios, consagrados pela Convenção sobre o reconhecimento mútuo das sociedades e pessoas colectivas de 29 de

Fevereiro de 1968, poderiam ser aplicados por analogia, com as necessárias adaptações, se bem que esta Convenção tenha um objectivo diferente e não tenha ainda entrado em vigor: para poder beneficiar do reconhecimento, é necessário (artigo 3.º) que a sociedade ou a pessoa tenha uma *ligação séria* com a economia de um dos territórios a que se aplica a Convenção; a sociedade ou a pessoa colectiva em causa deve demonstrar que *exerceu efectivamente a sua actividade durante um periodo de tempo razoável* no Estado contratante, em conformidade com a lei do qual foi constituída (artigo 4.º).

2) Apesar de a entidade visada no artigo 5.º, n.º 5, poder gozar de uma certa autonomia de decisão e de, designadamente, se encontrar habilitada a concluir negócios por conta da administração principal, assumindo obrigações que a vinculam, é todavia necessário que se encontre *submetida ao seu controlo e à sua direcção*.

Este princípio foi afirmado no acórdão De Bloos já citado:

•Um dos aspectos essenciais característicos dos conceitos de sucursal e de agência é a sujeição à direcção e ao controlo da empresa-mãe. (n.º 20).

Este critério foi alargado ao estabelecimento:

•Quanto à noção de 'estabelecimento' que figura no referido artigo, resulta tanto do objectivo como da letra deste preceito que tal noção, no espírito da Convenção, assenta nos mesmos aspectos essenciais que os da sucursal ou da agência. (n.º 21).

No entanto, não poderá daí extrair-se automaticamente a *contrario* que, nas suas relações com terceiros, qualquer «representação» que esteja vinculada pelas instruções que recebe da administração principal só possa ser qualificada como sucursal ou agência.

Põe-se aqui o problema delicado do ónus da prova: a quem caberá demonstrar a existência deste controlo e desta direcção da administração principal? Será necessário exigir que este controlo e esta direcção decorram dos estatutos internos da administração principal e da entidade subordinada, que, portanto, esta última seja *legalmente* capaz de a obrigar, ou bastará que, aos olhos de terceiros, a competência da sucursal, da agência ou do estabelecimento resulte do comportamento destes últimos, mesmo que, juridicamente, tenham ultrapassado o seu mandato? A resposta a esta questão prende-se, assim, com a análise da terceira questão suscitada pelo juiz nacional.

IV — Pensamos que, tendo em conta o carácter especial da competência do artigo 5.º, n.º 5, convém procurar a realidade dos factos para lá das aparências e que competirá aos terceiros que pretendam invocar essa excepção produzir a prova de que a entidade que pretendem demandar judicialmente se encontrava submetida ao controlo e à direcção da administração principal, que, em particular, o negócio que deu origem à acção era da competência da sucursal ou da agência e apresentava uma conexão suficiente com a sua exploração.

No caso concreto, competiria à sociedade do Sarre demonstrar que o gerente «sarrois» do escritório da sociedade da Lorena não era um simples executante ou agente técnico, mas tinha poderes e qualidades para celebrar negócios e que a discussão foi conduzida por este representante e não pela sede social.

A este respeito, não é inútil recordar uma disposição do tratado franco-alemão sobre o Sarre de 26 de Outubro de 1956, se bem que esta disposição só constitua uma competência indirecta e que já não esteja em vigor. Trata-se do artigo 46.º deste tratado que determinava:

•Quando um francês possui no Sarre ou quando um natural do Sarre possui em França um estabelecimento ou uma sucursal de natureza industrial, comercial ou outra, estes podem ser demandados com base nos contratos *directamente* celebrados por aquele estabelecimento ou aquela sucursal, perante os órgãos jurisdicionais do país em que estes últimos se encontram.

Nestas condições, pensamos que é necessário afastar a tese da aparência a que se re-

fere o juiz na sua última questão. Não sabemos exactamente em que medida uma tal teoria é admitida em direito alemão para os simples estabelecimentos, e, mesmo se se admitir que o problema dos «efeitos práticos» das aparências não constitui uma particularidade própria desse direito, parece-nos duvidoso que ele faça parte da ordem jurídica de todos os Estados-membros partes na Convenção. Sobretudo, fazer apelo a um tal critério, deixaria, de facto, a porta aberta a todas as interpretações e «renacionalizaria», por assim dizer, uma qualificação que se pretende, por hipótese, autónoma. Cremos poder encontrar também uma indicação no facto de, segundo a jurisprudência deste Tribunal, o comportamento *revelador* de uma parte num contrato não poder substituir a prorrogação expressa de competência prevista no artigo 17.º da Convenção (acórdãos de 14 de Dezembro de 1976, Estasis Salotti, 24/76, Colect., p. 717, e Segoura, 25/76, Colect., p. 731).

Concluimos propondo que o Tribunal de Justiça declare que, em matéria civil e comercial, para efeitos do artigo 5.º, n.º 5, da Convenção de Bruxelas, basta que a entidade referida nessa disposição tenha celebrado directamente o contrato que serve de base ao pedido.