

AS PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS E O DIREITO EUROPEU COMUM DA COMPRA E VENDA¹

Fernando Dias Simões

Professor Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

1. Um instrumento opcional de Direito Contratual Europeu Comum

Uma das notas características do processo de integração europeia passa pela ênfase dada à eliminação das barreiras comerciais entre os Estados-Membros. A redução progressiva dos obstáculos às transacções transfronteiriças é vista como condição imprescindível para que cidadãos e empresas possam beneficiar em pleno das liberdades fundamentais que o mercado único propicia. Uma vez que as transacções económicas assentam em contratos, e tendo presentes as diferenças existentes entre o Direito contratual dos Estados-Membros, a União Europeia tem na última década empreendido vários esforços no sentido da criação de um Direito Contratual Europeu². Este longo processo culminou há pouco mais de um

-
- 1 O texto que agora se dá à estampa corresponde, no essencial, ao que apresentámos no Colóquio “Direito, Economia e Negócios” que teve lugar no dia 29 de Outubro de 2012, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
 - 2 Em Julho de 2001 a Comissão Europeia lançou um processo de consulta pública sobre os problemas decorrentes das diferenças entre os Direitos dos Contratos dos vários Estados-Membros (Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o Direito Europeu dos Contratos, COM(2001) 398 final, de 11 de Julho de 2001). Dois anos depois foi apresentado um Plano de Acção que propunha melhorar a qualidade e aumentar a coerência do Direito Europeu dos Contratos (Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, Maior coerência no Direito Europeu dos Contratos: Plano de Acção, COM(2003) 68, de 12 de Fevereiro de 2003). A Comissão financiou ainda uma investigação jurídica preparatória levada a cabo por uma rede internacional de académicos, trabalho que foi concluído em 2009 com a publicação de um Projecto de Quadro Comum de Referência (Christian Von Bar, Eric Clive e Hans Schulte-Nölke (Eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Munique, Sellier, 2009. Uma versão deste document pode ser encontrada na Internet: <<http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private->



ano, no dia 11 de Outubro de 2011, com a apresentação pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia de uma Proposta de Regulamento relativo a um Direito Europeu Comum da Compra e Venda (doravante, “a Proposta”)³. A publicação da Proposta marca, no entender de alguns, o clímax provisório de um desenvolvimento que se estendeu desde os Princípios de Direito Europeu dos Contratos, passando pelo Draft Common Frame of Reference até à presente proposta legislativa, marcando o início de um novo debate sobre o futuro do Direito Europeu dos Contratos⁴. A Proposta tem sido descrita como o “último e mais espectacular” desenvolvimento no campo do Direito Privado Europeu⁵ ou um “marco no desenvolvimento do Direito Europeu dos Contratos”⁶. A Proposta

law_en.pdf>). Trata-se de um trabalho de natureza essencialmente académica e que não constitui, deste modo, um documento oficial da Comissão. Em 26 de Abril de 2010 a Comissão decidiu criar um grupo de peritos sobre Direito Europeu dos Contratos (Decisão da Comissão de 26 de Abril de 2010, Jornal Oficial L 105/109, de 27 de Abril de 2010). O grupo foi encarregado de elaborar um estudo de viabilidade sobre um futuro instrumento em matéria de Direito Europeu dos Contratos que abrangesse as principais questões práticas suscitadas pelas transacções transfronteiriças. O estudo de viabilidade foi publicado em 3 de Maio de 2011, sob a forma de uma «caixa de ferramentas» para inspirar o trabalho das instituições da UE. Em 1 de Julho de 2010 a Comissão lançou uma consulta pública, o Livro Verde sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um Direito Europeu dos Contratos para os consumidores e as empresas (COM(2010) 348 final, de 1 de Julho de 2010). O Livro Verde avançava com diferentes opções estratégicas, de entre as quais constavam uma “caixa de ferramentas” que estabelecia definições coerentes, princípios e normas-modelo sobre questões relacionadas com o Direito dos Contratos, um regulamento que substituiria todos os Direitos nacionais dos contratos por um Direito Único Europeu, ou a adopção de um instrumento europeu de carácter facultativo, que constituiria uma alternativa que as partes poderiam adoptar em detrimento das legislações nacionais. Em Junho de 2011, em resposta ao Livro Verde, uma maioria de quatro quintos dos membros do Parlamento votou favoravelmente a adopção de normas aplicáveis aos contratos à escala da UE que facilitassem as transacções transfronteiriças – opção 4 do Livro Verde (Resolução de Junho de 2011 sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um direito europeu dos contratos para os consumidores e as empresas, Processo 2011/2013 (INI)). O Comité Económico e Social Europeu também emitiu um parecer favorável à adopção de um novo regime de carácter facultativo em matéria de Direito dos Contratos (Jornal Oficial C 84/1, de 17 de Março de 2011).

3 COM(2011) 635 final, de 11 de Outubro de 2011.

4 Christoph Busch e Ronny Domröse, *From a Horizontal Instrument to a Common European Sales Law. The Development of European Consumer and Market Law in 2011*, Journal of European Consumer and Market Law, vol. 1, 2012, p. 50.

5 Jan Wouters, *Private Law, Global Governance And The European Union*, Working Paper no. 85, Março de 2012, Leuven Centre for Global Governance Studies and Institute for International Law, K.U. Leuven, disponível na Internet: <http://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/new_series/wp81-90/wp85.pdf>, p. 2.

6 Horst Eidenmüller *et al.*, *The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Deficits of the Most Recent Textual Layer of European Contract Law*, Max Planck Private Law Research Paper No. 12/14, p. 3; Horst Eidenmüller, *What Can Be Wrong with an Option? An Optional Common European*



não é apenas uma “lei académica”, enquanto conjunto de regras proposto por um grupo de professores, mas antes um projecto de codificação de uma das áreas centrais do Direito Privado, constituindo, provavelmente, o primeiro passo no sentido de um Código Civil Europeu.

A Proposta prevê a criação de um Direito Europeu Comum da Compra e Venda (DECCV), um vasto conjunto de normas de Direito dos Contratos uniforme, abrangendo a totalidade do ciclo de vida do contrato, que passaria a fazer parte do Direito nacional de cada Estado-Membro, enquanto “segundo regime” de Direito dos Contratos. Este Direito comum não implica alterações ao Direito dos Contratos nacional preexistente, antes criando dentro do Direito nacional de cada Estado-Membro um segundo regime jurídico para os contratos abrangidos pelo seu âmbito de aplicação, idêntico em toda a União Europeia e que vigora paralelamente às normas preexistentes em matéria de Direito dos Contratos a nível nacional. O DECCV será aplicável numa base voluntária aos contratos transfronteiriços, mediante o acordo expresso das partes. O DECCV não pretende, deste modo, substituir-se ao Direito dos Contratos nacional existente nem às regras sobre a lei aplicável a tais contratos⁷. Diversamente, pela sua inclusão na legislação secundária da União Europeia, a Proposta irá criar no Direito de cada Estado Membro uma segunda lei aplicável aos contratos que se situem no seu âmbito.

Da Exposição de Motivos e dos Considerandos da Proposta resulta que os seus propósitos são essencialmente económicos e não sociais ou políticos. O fundamento da Proposta é o artigo 114.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de acordo com o qual o Parlamento Europeu e o Conselho “adoptam as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do *mercado interno*”. Embora a Proposta refira que o Regulamento, no que se refere aos contratos entre profissionais e consumidores, “contempla um vasto conjunto de normas de protecção do consumidor, destinadas a garantir um elevado nível de protecção, a estimular a confiança dos consumidores no mercado interno e a incentivá-los a fazer compras fora das suas fronteiras (n.º 3 do artigo 1.º), tal como exigido pelo n.º 3 do artigo 114.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, a protecção do consumidor não é o objectivo da Proposta⁸. A Proposta constitui a

Sales Law as a Regulatory Tool, disponível na Internet: <<http://ssrn.com/abstract=2102827>>, p. 1.

7 Nomeadamente, o Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais – Roma I (Jornal Oficial L 177, de 4 de Julho de 2008, pp. 6-16).

8 Simon Whittaker, *Identifying Legal Costs of the Operation of the Common European Sales Law: Legal Framework, Scope of the Uniform Law and National Judicial Evaluations*, disponível na Internet:

primeira tentativa de utilização do artigo 114.º do Tratado para regular matérias tradicionais do Direito Privado, embora num contexto transfronteiriço⁹. Alguns Autores questionam mesmo a competência da União Europeia para apresentar esta Proposta, uma vez que esta não procura harmonizar as leis nacionais¹⁰.

A Proposta tem como principal fundamento, as palavras da Comissão Europeia, a subsistência de “muitos obstáculos entre os Estados-Membros da UE que impedem os cidadãos e as empresas de tirar pleno partido do mercado único e, mais concretamente, do comércio transfronteiriças. Muitos desses obstáculos decorrem das diferenças existentes entre os sistemas jurídicos nacionais. Um dos principais obstáculos ao comércio transfronteiriças reside nas diferenças entre os regimes de direito dos contratos dos 27 Estados-Membros da EU”¹¹. A Comissão calcula que o valor do comércio no interior da UE que não se concretiza por as empresas desistirem das transacções transfronteiriças em razão do Direito dos Contratos varie entre os 26 mil milhões de Euros (equivalente ao PIB da Lituânia) e os 184 mil milhões de Euros (um pouco mais do que o PIB de Portugal)¹². Numa nota informativa sobre a situação em Portugal, a Comissão refere que as empresas portuguesas não estão a aproveitar todo o potencial do Mercado único, uma vez que metade das empresas portuguesas interessadas em promover os seus negócios no estrangeiro enfrentam uma variedade de obstáculos de natureza contratual, nomeadamente a obtenção de informação acerca do direito contratual

<<http://www.law.uchicago.edu/files/files/Whittaker%20paper.pdf>>, p. 1.

- 9 Hans-Wolfgang Micklitz e Dennis Patterson, *From the Nation State to the Market: The Evolution of EU Private Law*, EUI Working Papers, LAW 2012/15, disponível na Internet: <<http://ssrn.com/abstract=2115463>>, p. 16.
- 10 Karl Riesenhuber, *The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law – Competence, Subsidiarity, Proportionality – a Report to the Committee on Legal Affairs of the German Bundestag*, disponível na Internet: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1998134>. Jan Smits entende que o artigo 144.º não fornece uma base legal para um instrumento jurídico tão vasto – *Party Choice and the Common European Sales Law, or: How to prevent the CESL from becoming a lemon on the Law Market*, Maastricht european private law institute, Working Paper no. 2012/13, disponível na Internet: <<http://ssrn.com/abstract=2060017>>, p. 14, nota 71. Vide ainda Jan-Jaap Kuipers, *The Legal Basis for a European Optional Instrument*, European Review of Private Law, vol. 19, no. 5, 2011, pp. 545-564.
- 11 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: “Um direito europeu comum da compra e venda para facilitar as transacções transfronteiriças no mercado único”, COM(2011) 636 final, de 11 de Outubro de 2011, p. 2.
- 12 Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão “Resumo da avaliação de impacto que acompanha o documento Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda, COM(2011) 635 final, SEC (2011) 1165 final, de 11 de Outubro de 2011, p. 2.

estrangeiro (33%), a obtenção de conselho jurídico sobre direito contratual estrangeiro (33%), a resolução de litígios transfronteiriços (29%) e o acordo quanto à lei que deverá ser aplicada (23%). O documento conclui que 71 % das empresas portuguesas estariam dispostas a utilizar um Direito Contratual Europeu Comum para transacções transfronteiriças¹³.

A Comissão sublinha que a dificuldade em encontrar as disposições aplicáveis do Direito contratual estrangeiro é *um dos maiores obstáculos às transacções entre as empresas*. E vai mais longe, comparando mesmo a situação com outras regiões do mundo. De acordo com a Comissão, “esta situação é diferente nos Estados Unidos da América. Apesar de existirem diferentes sistemas de direito contratual nos 50 Estados norte-americanos, uma empresa estabelecida em Maryland, por exemplo, pode facilmente vender os seus produtos a um consumidor baseado no Alasca, pois segundo a legislação dos EUA, numa situação desse tipo, a empresa só tem de ter em conta as normas de direito dos contratos aplicáveis no Estado de Maryland, não tendo de se preocupar com o direito dos contratos do Alasca. Além disso, o Código Comercial Uniforme dos EUA criou uma forte convergência entre os regimes de direito dos contratos dos diferentes Estados-Membros. Para as empresas norte-americanas, a área económica dos 50 Estados representa, por conseguinte, muito mais um mercado interno em termos de direito dos contratos do que os 27 Estados-Membros da União Europeia representam para as empresas da União Europeia”¹⁴. Um bom argumento em favor da harmonização europeia no âmbito do Direito Contratual (especialmente na área dos contratos comerciais) é pois o de que a harmonização nos Estados Unidos e, certamente, na China, é mais avançada do que na União Europeia, e aparentemente mais bem-sucedida – pese embora seja difícil avaliar qual seria a situação na ausência de tal harmonização¹⁵.

Um dos elementos mais interessantes da Proposta é o facto de abranger não apenas os contratos entre profissionais e consumidores mas também, em alguns casos, os contratos entre profissionais (contratos comerciais). Com efeito, a Proposta centra-se nos contratos entre profissionais e consumidores (contratos “B2C”, *business to consumer*) e nos contratos entre profissionais (contratos “B2B”, *business to business*) em que pelo menos uma das partes seja uma Pequena

13 Comissão Europeia, *A Common Sales Law for Europe: Factsheet for Portugal*, disponível na Internet: <http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/sales_law_portugal_en.pdf>.

14 Comunicação “Um direito europeu comum da compra e venda para facilitar as transacções transfronteiriças no mercado único”, p. 3, nota 1.

15 Saul Levmore, *Harmonization, Preferences, and the Calculus of Consent in Commercial and other Law*, Institute for Law and Economics Working Paper no. 602 (2d series), Public Law and Legal Theory Working Paper no. 387, disponível na Internet: <<http://ssrn.com/abstract=2079295>>, p. 15.

e Média Empresa (PME). A Comissão considera que o âmbito de aplicação do DECCV deve ser centrado nos aspectos que suscitam problemas concretos nas transacções transfronteiriças, que no seu entender são as relações entre empresas e consumidores e as relações entre empresas em que pelo menos uma das partes é uma PME. Os contratos celebrados entre particulares (“C2C”, *consumer to consumer*) e os contratos entre empresas nos quais nenhuma delas seja PME não são abrangidos, uma vez que não se considera demonstrada a necessidade de a União Europeia intervir para abranger este tipo de contratos transfronteiriças.

A inclusão de algumas empresas – as PME – no âmbito de aplicação pessoal da Proposta marca uma mudança de paradigma no Direito Contratual Europeu. Com efeito, enquanto os anteriores instrumentos de Direito Contratual Europeu se centravam exclusivamente na harmonização de alguns aspectos do Direito do Consumidor, a Proposta marca uma clara extensão do âmbito do Direito Contratual Europeu para abranger também alguns contratos comerciais. A existência de diferenças significativas entre o Direito dos Contratos dos vários Estados-Membros foi abordada, no passado, através de Directivas de harmonização mínima que visavam única e exclusivamente a protecção do consumidor. Foi neste âmbito – visando essencialmente a protecção dos consumidores – que foram aprovadas, por exemplo, a Directiva 85/577/CEE do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985, relativa à protecção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais¹⁶; a Directiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores¹⁷; ou a Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância¹⁸. O último passo deste processo foi dado através da Directiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que deverá ser transposta para os Estados-membros até 13 de Dezembro de 2013¹⁹. Quanto aos contratos entre profissionais (contratos comerciais), a intervenção da União Europeia limitou-se à área da agência comercial²⁰, ao comércio electrónico²¹, e à luta contra os atrasos

16 Jornal Oficial L 372, de 31 de Dezembro de 1985, p. 31-33.

17 Jornal Oficial L 95, de 21 de Abril de 1993, pp. 29-34.

18 Jornal Oficial L 144, de 4 de Junho de 1997, p. 19-27.

19 Jornal Oficial L 304, de 22 de Novembro de 2011, pp. 64-88.

20 Directiva 86/653/CEE do Conselho, de 18 de Dezembro de 1986, relativa à coordenação do Direito dos Estados-membros sobre os agentes comerciais, Jornal Oficial L 382, de 31 de Dezembro de 1986, pp. 17-21.

21 Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no

de pagamento nas transacções comerciais²².

O objectivo geral da proposta é apresentado de forma clara: facilitar e promover a expansão do comércio transfronteiriço. No que se refere aos profissionais, visa-se simplificar as negociações quanto à legislação aplicável, passando as partes a poder optar pela aplicação do DECCV para reger a sua relação contratual. Como consequência directa, espera-se que os profissionais reduzam os custos de transacção decorrentes do Direito dos Contratos e exercer a sua actividade num quadro jurídico menos complexo para o comércio transfronteiriço e com base num único conjunto de normas aplicáveis em toda a União²³.

No segundo Considerando da Proposta pode ler-se: “Os contratos são o instrumento jurídico indispensável de qualquer transacção económica. Contudo, a necessidade de os profissionais identificarem ou negociarem o direito aplicável, analisarem as disposições da legislação estrangeira aplicável, que muitas vezes requer uma tradução, obterem aconselhamento jurídico para poder compreender todas as suas exigências e adaptarem os seus contratos às diversas legislações nacionais eventualmente aplicáveis em operações transfronteiriças torna o comércio além-fronteiras mais complexo e oneroso do que o comércio nacional. Os obstáculos relacionados com o direito dos contratos constituem, assim, um factor de peso para dissuadir profissionais virados para a exportação de entrarem no comércio transfronteiriço ou expandirem a sua actividade para outros Estados-Membros”²⁴. No sétimo Considerando pode ainda ler-se: “As diferenças entre os direitos contratuais nacionais e os seus efeitos no comércio transfronteiriço também reduzem a concorrência. Com um nível reduzido de trocas comerciais transfronteiriças, existe menos concorrência e, por conseguinte, menos incentivos aos profissionais para inovarem e melhorarem a qualidade dos seus produtos ou reduzirem os preços. Em particular nos Estados-Membros de menor dimensão, onde existe um número limitado de concorrentes nacionais, a decisão dos profissionais estrangeiros de não entrar nesses mercados, face aos seus custos e complexidade, pode limitar a concorrência, tendo um impacto considerável na escolha e nos preços dos produtos disponíveis”²⁵.

Outra nota essencial da Proposta é a sua natureza opcional. Com efeito, a

mercado interno (“Directiva sobre comércio electrónico”), Jornal Oficial L 178, de 17 de Julho de 2000, pp. 1-16.

22 Directiva 2011/7/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 2011, que estabelece medidas de luta contra os atrasos de pagamento nas transacções comerciais, Jornal Oficial L 48, de 23 de Fevereiro de 2011, p. 1-10.

23 Proposta, pp. 4-5.

24 Proposta, pp. 16-17.

25 Proposta, p. 18.

Proposta integra um regime de Direito substantivo que as partes de um contrato transfronteiriço poderão, se assim o entenderem, aplicar ao contrato. A Proposta integra um instrumento facultativo, uma vez que o DECCV não se aplica directamente aos contratos, dependendo de um acordo expresso das partes nesse sentido (artigo 8.º do Regulamento). Há quem entenda mesmo que o aspecto mais importante²⁶ ou pelo menos a característica distintiva²⁷ da Proposta é o seu carácter opcional. Esta particularidade está em claro contraste com os outros métodos que têm sido seguidos em busca de convergência na área do Direito dos Contratos, nomeadamente, o método tradicional da União Europeia (harmonização através de Directivas); a criação de uma lei modelo a que os Estados podem aderir (como acontece nos Estados Unidos com o *Uniform Commercial Code*); ou a unificação através de um Tratado (como acontece com a Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias – Convenção de Viena, de 1980)²⁸.

A escolha do DECCV é voluntária. Em conformidade com o princípio da liberdade contratual, um profissional pode escolher propor a celebração de um contrato ao abrigo deste regime (o chamado sistema de adesão voluntária ou *opt-in*) ou recorrer ao Direito dos Contratos nacional. A ideia básica é a de que as partes que receiem ficar vinculadas por uma lei estrangeira que não conhecem podem, em vez disso, ficar vinculadas ao DECCV, precisando deste modo de aprender apenas uma lei estrangeira (o DECCV) em vez de 26, sempre que entrem em transacções transfronteiriças²⁹. O DECCV será introduzido nos Direitos nacionais dos Estados-membros como um “segundo regime nacional de Direito contratual”, a ser aplicado se as partes assim decidirem. Estaremos, deste modo, perante um fenómeno algo semelhante ao que acontece com a Convenção de Viena, que funciona como um segundo regime legal aplicável aos contratos de compra e venda nos estados membros que ratificaram a Convenção. Crê-se que esta opção permitirá reduzir a incerteza e os custos associados com a transacção. Por ser um instrumento opcional, o DECCV é visto como estando a meio caminho entre uma

26 Jan Smits, *Party Choice and the Common European Sales Law, or: How to prevent the CESL from becoming a lemon on the Law Market*, p. 3.

27 Horst Eidenmüller, *What Can Be Wrong with an Option? An Optional Common European Sales Law as a Regulatory Tool*, p. 1; Jan M. Smits, *The Common European Sales Law (CESL) Beyond Party Choice*, Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2012/11 (2012), disponível na Internet: <<http://ssrn.com/abstract=2039345>>, p. 3.

28 Jan Smits, *Party Choice and the Common European Sales Law, or: How to prevent the CESL from becoming a lemon on the Law Market*, p. 3.

29 Eric A. Posner, *The Questionable Basis of the Common European Sales Law: The Role of an Optional Instrument in Jurisdictional Competition*, Institute for Law and Economics Working Paper no. 597 (2d Series), disponível na Internet: <<http://ssrn.com/abstract=2049594>>, pp. 2-3.



lei uniforme e a competição entre as diferentes jurisdições.

O DECCV constitui um segundo regime de Direito dos Contratos dentro do Direito nacional de cada Estado-Membro. Se as partes tiverem acordado na aplicação do DECCV, essas disposições serão as únicas normas nacionais aplicáveis às questões abrangidas pelo seu âmbito de aplicação. Deste modo, o acordo quanto à aplicação do DECCV não constitui uma escolha da lei aplicável na acepção das normas de Direito Internacional Privado³⁰.

Por força do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento, a aplicação do DECCV exige que as partes estejam de acordo para esse efeito. A existência deste acordo e a sua validade são determinadas nos termos dos n.os 2 e 3 do artigo 8.º, do artigo 9.º e de outras disposições pertinentes do DECCV. Este preceito aplica-se tanto aos contratos com consumidores como aos contratos entre profissionais. Em ambos os casos deve existir um acordo sobre o uso do DECCV. No entanto, existe uma diferença entre os dois tipos de contratos. Com efeito, e de acordo com o n.º 2 do artigo 8.º, “nas relações entre profissionais e consumidores, o acordo quanto à aplicação deste direito só é válido se o consentimento do consumidor tiver sido dado mediante declaração expressa, distinta da declaração de manifestação de vontade de celebrar o contrato. O profissional deve fornecer ao consumidor uma confirmação desse acordo num suporte duradouro”. Esta opção é explicada no considerando 22 da Proposta de Regulamento: “O acordo entre as partes no contrato é indispensável para se poder aplicar o direito europeu comum da compra e venda. Esse acordo deve ser sujeito a requisitos rigorosos nas transacções entre empresas e consumidores. Uma vez que, na prática, será normalmente o profissional a propor o recurso ao direito europeu comum da compra e venda, os consumidores devem estar bem conscientes de que estão a concordar com a aplicação de normas diferentes das normas nacionais em vigor. Assim, o consentimento do consumidor na aplicação do direito europeu comum da compra e venda só é válido se revestir a forma de uma declaração expressa, distinta da declaração em que manifesta a sua vontade de celebrar o contrato. Não deve ser possível, portanto, propor a aplicação do direito europeu comum da compra e venda como uma cláusula do contrato a celebrar, designadamente como um elemento das cláusulas e condições gerais do profissional. O profissional tem de enviar ao consumidor, em suporte duradouro, uma confirmação do acordo em aplicar o direito europeu comum da compra e venda”³¹.

No casos de contratos entre profissionais, e ao contrário do que sucede nos contratos com consumidores, não é necessário que o consentimento seja dado mediante declaração expressa, distinta da declaração de manifestação de vontade

30 Vide a Proposta, pp. 6-7.

31 Proposta, p. 21.

de celebrar o contrato. Assim, o acordo não tem de ser necessariamente expresso, podendo ser também tácito. Aliás, o acordo sobre a utilização do DECCV pode figurar nas próprias cláusulas contratuais gerais. O profissional que submete a outro profissional as cláusulas contratuais gerais não tem, de igual modo, qualquer dever de lhe fornecer uma confirmação desse acordo num suporte duradouro. Finalmente, e de acordo com n.º 3 do artigo 8.º, nas relações entre profissionais e consumidores, o DECCV não pode ser aplicado de forma parcial mas apenas na sua totalidade. Daqui se deduz, *a contrario*, que nos contratos entre profissionais pode recorrer-se ao DECCV apenas parcialmente.

Por se tratar de um instrumento facultativo, a aplicação pelas partes do DECCV depende das vantagens comparativas que este possa oferecer às partes. Alguns Autores entendem que um vigésimo oitavo modelo pode funcionar como uma “ordem de reserva neutra com o selo da União Europeia”³². A criação de um regime europeu de natureza opcional na área do Direito dos Contratos enquadraria-se em iniciativas anteriores para criar “vigésimos oitavos” sistemas jurídicos, tais como a Sociedade Europeia (*Societas Europaea*, SE)³³, o Agrupamento Europeu de Interesse Económico (AEIE)³⁴, a Sociedade Cooperativa Europeia (SCE)³⁵ e a Marca Comunitária³⁶; bem como a Proposta relativa ao Estatuto da Sociedade Privada Europeia (SPE)³⁷ e a Proposta relativa a uma Patente comunitária³⁸. No âmbito do Direito Societário Europeu, por exemplo, a Sociedade Europeia (*Societas Europaea*, SE) concorre com as formas societárias disponíveis no Direito interno de cada Estado-membro. Alguns estudos têm demonstrado que a Sociedade Europeia goza de alguma popularidade, especialmente na Europa de Leste. De forma idêntica, um vigésimo oitavo modelo de Direito contratual, desenhado pela União Europeia e disponível em todas as línguas europeias poderá

32 Horst Eidenmüller, *What Can Be Wrong with an Option? An Optional Common European Sales Law as a Regulatory Tool*, p. 7.

33 Regulamento (CE) n.º 2157/2001 do Conselho, de 8 de Outubro de 2001, relativo ao Estatuto da Sociedade Europeia (SE), Jornal Oficial L 294, de 10 de Novembro de 2001, pp. 1-21.

34 Regulamento (CEE) n.º 2137/85 do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativo à instituição de um Agrupamento Europeu de Interesse Económico (AEIE), Jornal Oficial L 199, de 31 de Julho de 1985, pp. 1-9.

35 Regulamento (CE) n.º 1435/2003 do Conselho, de 22 de Julho de 2003, relativo ao Estatuto da Sociedade Cooperativa Europeia (SCE), Jornal Oficial L 207, de 18 de Agosto de 2003, pp. 1-24.

36 Regulamento (CE) n.º 207/2009 do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2009, sobre a Marca Comunitária, Jornal Oficial L 78, de 24 de Março de 2009, pp. 1-42.

37 Proposta de Regulamento do Conselho relativo ao Estatuto da Sociedade Privada Europeia (SPE), COM(2008) 396 final, de 25 de Junho de 2008.

38 Proposta de Decisão do Conselho que autoriza uma cooperação reforçada no domínio da criação da protecção de patente unitária, COM(2010) 790 final, de 14 de Dezembro de 2010.



tornar-se num modelo popular, especialmente nos Estados membros com regimes de Direito contratual menos desenvolvidos. Para além disso, o “selo” europeu deste regime, considerado neutral e opcional, pode estabelecer um “ponto focal” e aumentar a popularidade deste regime³⁹.

A proposta de Regulamento é composta por três partes principais:

- O Regulamento, contendo 16 artigos, que dispõe, entre outras matérias, sobre o seu âmbito de aplicação territorial, material e pessoal, e de que modo podem as partes optar pelo DECCV;

- O Anexo I, com um conjunto de regras que constitui o DECCV, que se desdobra nas diversas fases de vida do contrato: Disposições introdutórias (Parte I); Celebração de um contrato vinculativo (Parte II); Avaliação do conteúdo do contrato (Parte III); Obrigações e meios de defesa das partes num contrato de compra e venda ou num contrato de fornecimento de conteúdos digitais (Parte IV); Obrigações e meios de defesa das partes nos contratos de serviços conexos (Parte V); Indemnização e juros (Parte VI); Restituição (Parte VII), e Prescrição (Parte VIII).

- O Anexo II, que inclui a ficha informativa sobre o DECCV, que deve ser entregue pelo profissional ao consumidor antes de este manifestar o seu acordo quanto à aplicação desse direito.

O propósito do presente artigo é o de analisar se a Proposta de um DECCV verdadeiramente interessa às PME, e se é apto a ultrapassar os problemas com que as PME se debatem no mercado actual.

2. A necessidade de protecção das PMEs

Há muito que o conceito de PME entrou no léxico comunitário⁴⁰. A importância das PME para o tecido produtivo europeu é inegável. O Comité Económico e Social Europeu cita dados do Eurostat segundo os quais 99,8 % das empresas são PME, das quais 92 % são microempresas com uma dimensão média de 2 trabalhadores⁴¹. O Comité lembra que “as microempresas exportam para um número reduzido de Estados-Membros, após terem efectuado análises

39 Horst Eidenmüller, *What Can Be Wrong with an Option? An Optional Common European Sales Law as a Regulatory Tool*, p. 7.

40 Vide, por exemplo, a Recomendação 96/280/CE da Comissão, de 3 de Abril de 1996, relativa à definição de pequenas e médias empresas (Jornal Oficial L 107, de 30 de Abril de 1996, pp. 4-9), entretanto substituída pela Recomendação da Comissão 2003/361 de 6 de Maio de 2003 relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas (Jornal Oficial L 124, de 20 de Maio de 2003, pp. 36-41).

41 Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um Direito Europeu Comum da Compra e Venda, COM (2011) 635 final, Jornal Oficial da União Europeia C 181, de 21 de Junho de 2012, p. 78.



detalhadas do mercado, normalmente, o modelo comercial de uma microempresa não visa a celebração de contratos transfronteiriços em 27 Estados-Membros, e há também entraves importantes às transacções transfronteiriças das PME”⁴².

2.1 As PME face aos custos de transacção

Na Exposição de motivos da Proposta é dado bastante ênfase às PME, ao sublinhar-se que “os custos decorrentes do contacto com legislações nacionais diferentes são bastante pesados, sobretudo para as PME. Nas relações com empresas de maior dimensão, as PME vêem-se muitas vezes obrigadas a aplicar a legislação imposta pelos seus parceiros comerciais e a suportar os custos relacionados com a análise do conteúdo do direito estrangeiro aplicável ao contrato e ao seu cumprimento. Nos contratos entre PME, a necessidade de negociar o direito aplicável constitui um sério obstáculo ao comércio transfronteiriço. Nos dois tipos de contratos (unicamente entre empresas ou entre empresas e consumidores), os custos adicionais para as PME podem mesmo ser desproporcionais ao valor de transacção”⁴³.

No segundo Considerando pode também ler-se: “este efeito dissuasor é particularmente grave para as pequenas e médias empresas (PME), para as quais os custos de penetração em mercados estrangeiros são muitas vezes particularmente elevados proporcionalmente ao seu volume de negócios. Em consequência, os profissionais não conseguem reduzir os seus custos tanto como conseguiram se pudessem comercializar bens e serviços com base num direito dos contratos uniforme para todas as suas transacções transfronteiriças e, na internet, num único sítio”⁴⁴. Finalmente, o considerando sete remata: “os obstáculos ao comércio transfronteiriço podem prejudicar a concorrência entre as PME e as empresas de maior dimensão. Atendendo ao impacto significativo dos custos das transacções comparativamente com o seu volume de negócios, as PME terão maior tendência para evitar entrar em mercados estrangeiros do que os seus concorrentes de maior dimensão”⁴⁵.

A Comissão Europeia enfatizou a necessidade de reduzir os custos de transacção quando, em Outubro de 2011, referiu que “para os profissionais, a dificuldade em encontrar as disposições aplicáveis do direito contratual estrangeiro figura em primeiro lugar na lista dos obstáculos às transacções entre empresas e consumidores e em terceiro lugar no que se refere às transacções entre empresas.

42 *Idem*, p. 79.

43 Proposta, p. 3.

44 Proposta, pp. 16-17.

45 Proposta, p. 18.



Para ultrapassar estes obstáculos as empresas têm de suportar custos de transacção adicionais. Tais custos têm mais impacto sobre as pequenas e médias empresas (PME), em particular sobre as micro e as pequenas empresas, na medida em que os custos de entrar em vários mercados estrangeiros são particularmente elevados quando comparados com o seu volume de negócios. Os custos de transacção para exportar para outro Estado-Membro podem atingir 7% do volume de negócios anual de uma microempresa. Caso exporte para quatro Estados-Membros, esse custo pode elevar-se a 26% do seu volume de negócios anual. As empresas dissuadidas de efectuar transacções transfronteiras devido aos obstáculos de direito contratual existentes perdem todos os anos 26 mil milhões de EUR de comércio intracomunitário⁴⁶. A preocupação com a redução dos custos transaccionais já resultava da Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho “Maior coerência no Direito Europeu dos contratos. Um plano de acção”, de 2003, onde se reconhecia que para as PME “os custos do recurso à assistência jurídica são proporcionalmente mais elevados” e que “consequentemente, ou as PME renunciam completamente às actividades transfronteiriças, ou são desfavorecidas do ponto de vista da concorrência”⁴⁷.

A Proposta almeja a que, que nos contratos a que se dirige, as PME possam beneficiar do DCCV na medida em que não terão de incorrer nos custos relacionados com a análise do conteúdo do Direito aplicável ao contrato mais ou menos impostos pela parte economicamente mais forte. No entanto, nestes casos é improvável que as PME incorram em custos relacionados com a redacção das cláusulas contratuais, uma vez que o mais frequente será que contratem com base nas cláusulas contratuais gerais apresentadas pela parte mais forte. O seu prejuízo é, deste modo, meramente substantivo, não estando relacionado com esta categoria de custos de transacção. O objectivo é o de que, quando as partes optem pelo DCCV e uma delas seja uma SME, ambas as partes consigam reduzir os seus custos relacionados com a análise do Direito aplicável⁴⁸.

2.2 As PMEs como parte mais frágil

Tradicionalmente, umas das justificações para a tutela do consumidor centra-se na assimetria negocial face ao profissional, uma vez que aquele é considerado um agente pouco informado, inexperiente e mesmo dependente

46 Comunicação “Um direito europeu comum da compra e venda para facilitar as transacções transfronteiras no mercado único”, p. 3.

47 COM (2003) 68 final, de 12 de Fevereiro de 2003, p. 12.

48 Simon Whittaker, *Identifying Legal Costs of the Operation of the Common European Sales Law: Legal Framework, Scope of the Uniform Law and National Judicial Evaluations*, p. 5.

economicamente. Pois bem: as PMEs, atenta a sua pequena dimensão, podem ser tão vulneráveis quanto os consumidores no que se refere à falta de informação, inexperiência ou dependência⁴⁹. De acordo com Ole Lando, “a situação do ‘pequeno’ profissional, o agricultor, o pescador, o lojista, o artesão, *etc*, é mais ou menos a mesma do consumidor”⁵⁰. Numa perspectiva de coerência normativa (tratando de forma semelhante os casos semelhantes) existe um forte argumento no sentido de estender às PMEs a protecção concedida aos consumidores, pelo menos em algumas situações⁵¹. Nesta óptica, não existem argumentos significativos que se oponham à extensão da protecção oferecida aos consumidores a PMEs vulneráveis ou a organizações não-lucrativas.

Não surpreende, deste modo, que em 2006 o Parlamento Europeu tenha recordado a Comissão, na Resolução sobre o Direito Europeu dos Contratos e a revisão do acervo: o caminho a seguir (2005/2022(INI)) que “o termo ‘empresa’ não abrange apenas as grandes sociedades, mas inclui também as pequenas empresas, até mesmo unipessoais, que frequentemente precisarão de contratos especificamente adaptados às suas necessidades e que tomem em conta a sua relativa vulnerabilidade quando celebram contratos com grandes sociedades”⁵².

O “Livro Verde da Comissão sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um Direito Europeu dos Contratos para os consumidores e as empresas” enfatiza a necessidade de proteger as PME que se encontram numa posição de fragilidade semelhante à de um consumidor. Aí se refere, por exemplo, que “as grandes empresas com poder de negociação considerável têm meios para garantir que os seus contratos sejam submetidos a uma lei nacional específica. As PME podem ter mais dificuldade em consegui-lo, o que pode criar obstáculos à possibilidade de uma estratégia comercial uniforme em toda a União, impedindo que as empresas aproveitem as oportunidades do mercado interno. Além disso, garantir a conformidade com diferentes sistemas de normas contratuais ou obter

49 Martijn W. Hesselink, *CFR & Social Justice. A short study for the European Parliament on the values underlying the draft Common Frame of Reference for European private law: what roles for fairness and social justice?*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/08, disponível na Internet: <<http://ssrn.com/abstract=1270575>>, p. 33. Vide ainda, do mesmo autor, *Towards a Sharp Distinction between b2b b2c? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive*, European Review of Private Law, vol 18, no. 1, 2010, pp. 57-102.

50 Ole Lando, *Liberal, Social and “Ethical” Justice in European Contract Law*, Common Market Law Review, vol. 43, 2006, p. 829.

51 Vide Martijn W. Hesselink, *SMEs in European contract law; Background note for the European Parliament on the position of small and medium-sized enterprises (SMEs) in a future Common Frame of Reference (CFR) and in the review of the consumer law acquis*, disponível na Internet: <<http://www педз.uni-mannheim.de/daten/edz-ma/ep/07/EST17293.pdf>>, pp. 13 e ss.

52 Jornal Oficial 292 E, de 1 de Dezembro de 2006, pp. 109-112.



informações sobre a lei aplicável noutro Estado-Membro e noutra língua pode fazer aumentar os custos de natureza jurídica”⁵³. Aí se refere também que “o âmbito do instrumento opcional poderia também abranger normas vinculativas de direito dos contratos que estão na origem de barreiras ao mercado interno e práticas prejudiciais aos consumidores e às PME, como as cláusulas contratuais abusivas”⁵⁴.

Idêntica preocupação com a tutela das PMEs resulta do considerando 13 da Directiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que lembra que “nos termos da legislação da União, os Estados-Membros deverão continuar a ter competência para aplicar as disposições da presente directiva em domínios não abrangidos pelo seu âmbito de aplicação. Por conseguinte, os Estados-Membros poderão manter ou introduzir legislação nacional correspondente às disposições da presente directiva, ou a algumas das suas disposições, em relação a contratos que não se enquadram no âmbito da presente directiva. Por exemplo, os Estados-Membros poderão decidir alargar a aplicação das regras da presente directiva a pessoas singulares ou colectivas que não são «consumidores» na acepção da presente directiva, como, por exemplo, as organizações não-governamentais, as novas empresas ou as pequenas e médias empresas”⁵⁵.

Em Junho de 2011, Viviane Reding, VicePresidente da Comissão Europeia, sublinhou num discurso público que o instrumento opcional deve ter em conta as especificidades das PMEs, especialmente o facto de que elas podem constituir muitas vezes a parte mais fraca num contexto de contratos entre empresas⁵⁶. O *Feasibility Study* apenas se refere às PMEs uma vez, para dizer que “consciente da posição mais fraca da maioria das PME, o Grupo de Especialistas também elaborou uma série de regras para lhes conferir um grau de protecção em determinadas circunstâncias. Por exemplo, se a outra parte incluir uma cláusula abusiva nas suas cláusulas contratuais que a PME não esperava, a lei vai iria conferir-lhes alguma protecção, anulando a cláusula abusiva”⁵⁷.

53 COM(2010) 348 final, de 1 de Julho de 2010, p. 6.

54 *Idem*.

55 Jornal Oficial L 304, de 22 de Novembro de 2011, p. 65.

56 Viviane Reding, *The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers*, Keynote Speech at the Conference “Towards a European Contract Law” co-organised by the Study Centre for Consumer Law of the Catholic University of Leuven and the Centre for European Private Law of the University of Münster Leuven, 3 June 2011, disponível na Internet: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/411&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>.

57 Comissão Europeia, *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders*

Como é que podemos enquadrar o *background* de protecção do consumidor, claramente presente no DECCV, com a extensão do seu regime às vendas comerciais? Uma vez que o propósito que subjaz ao DECCV está firmemente enraizado na ideia de protecção da parte mais fraca, a extensão do diploma às vendas comerciais significa que um elemento de protecção é também necessário neste âmbito. Embora nem todas as normas de protecção do consumidor tenham sido estendidas às compras e vendas comerciais, e muitas tenham sido tornadas supletivas ao invés de imperativas, a tónica do instrumento opcional é, ainda assim, a de que as empresas podem estar numa posição à dos consumidores e carecer, portanto, de protecção⁵⁸.

3. A aplicação do DECCV às PMEs

O âmbito de aplicação do DECCV encontra-se regulado nos artigos 4.º (âmbito de aplicação territorial), 5.º e 6.º (âmbito de aplicação material) e 7.º (âmbito de aplicação pessoal) da Proposta de Regulamento.

3.1 Âmbito de aplicação territorial

O n.º 1 do artigo 4.º começa por prescrever que o DECCV pode ser aplicado aos contratos transfronteiriços. Para efeitos de aplicação do Regulamento, os contratos entre profissionais são transfronteiriços se as partes tiverem residência habitual em Estados diferentes, dos quais pelo menos um seja um Estado-Membro (n.º 2 do mesmo preceito). O n.º 3 refere-se aos contratos entre profissionais e consumidores. De acordo com o n.º 4, para efeitos do Regulamento, a residência habitual de sociedades e de outras entidades, dotadas ou não de personalidade jurídica, é o lugar em que se situa a sua administração central. A residência habitual de um profissional que seja uma pessoa singular é o lugar em que esta tenha o seu estabelecimento principal. Se o contrato for celebrado através de uma sucursal, agência ou qualquer outro estabelecimento do profissional, considera-se que o lugar em que se encontra essa sucursal, agência ou outro estabelecimento é o lugar de residência habitual do profissional em causa (n.º 5). Finalmente, para se determinar se um contrato é ou não transfronteiriço, o momento relevante é aquele em que for acordada a aplicação do DECCV (n.º 6).

and legal practitioners' feedback, 2011 disponível na Internet: <http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility_study_final.pdf>, p. 6.

58 Nicole Kornet, *The Common European Sales Law And The Cisg – Complicating Or Simplifying The Legal Environment?*, Maastricht European Private Law Institute, Working Paper No. 2012/4, disponível na Internet: <<http://ssrn.com/abstract=2012310>>, p. 15.



Do n.º 1 do artigo 4.º parece resultar que o DECCV só pode ser aplicado aos contratos transfronteiriços. No entanto, a Proposta também permite que os Estados-Membros decidam tornar o DECCV aplicável a contratos em que a residência habitual dos profissionais ou, nos contratos entre profissionais e consumidores, a residência habitual do profissional, a morada indicada pelo consumidor, a morada de entrega dos bens e a morada de facturação se situem nesse Estado-Membro (artigo 13.º, al. a)). Deste modo, os Estados podem permitir a aplicação deste dispositivo legal a contratos domésticos, ou seja, intra-fronteiriços. Trata-se de uma norma redundante, uma vez que os Estados-membros já teriam a liberdade de o fazer de qualquer modo. Parece, deste modo, que estamos perante um convite politicamente motivado aos Estados-membros para que façam uso desta opção⁵⁹.

A limitação que resulta da Proposta aos contratos transfronteiriços pode ser considerada problemática pois leva a que os profissionais que desejem operar, tanto no seu próprio país como no estrangeiro, a utilizar pelo menos dois modelos de contratos: um para os contratos transfronteiriços e outro para os contratos nacionais. Por outro lado, nos contratos entre profissionais, em que o princípio da liberdade contratual é basilar, pode não ser justificada a opção por privar as partes da possibilidade de optar por um instrumento europeu em transacções estritamente nacionais⁶⁰. O próprio Livro Verde reconhece que, “nos contratos entre empresas em que o princípio da liberdade contratual é essencial, pode parecer desrazoável negar às partes a possibilidade de escolherem o instrumento europeu nas transacções meramente nacionais. Um instrumento que abrangesse os dois tipos de contratos poderia representar mais um incentivo para as empresas se expandirem além-fronteiras, dado que poderiam recorrer a um único conjunto de normas e definir uma única estratégia económica”⁶¹.

Sujeitar os contratos puramente internos e os contratos transfronteiriços a regimes legais diferentes está em oposição clara com o espírito do mercado interno⁶². Estas dúvidas podem dissuadir as empresas que não estão dispostas a

59 Christoph Busch e Ronny Domröse, *From a Horizontal Instrument to a Common European Sales Law. The Development of European Consumer and Market Law in 2011*, p. 50.

60 Também assim, Martin Ebers, *El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional*, InDret – Revista para el Análisis del Derecho, 1/2012, Janeiro de 2012, disponível na Internet: <<http://ssrn.com/abstract=1998670>>, p. 11.

61 Livro Verde da Comissão sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um Direito Europeu dos Contratos para os consumidores e as empresas, p. 12.

62 Horst Eidenmüller et al., *The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Deficits of the Most Recent Textual Layer of European Contract Law*, p. 3; Ole Lando, *On a European contract law for consumers and businesses – future perspectives*, in Reiner Schulze e Jules Stuyck (Eds.), *Towards a European Contract Law*, Sellier, Munique, 2011, p. 213.



em prestações enquanto durar o fornecimento ou prestação”.

3.3 Âmbito de aplicação pessoal

A Proposta apresenta um âmbito de aplicação pessoal limitado. De acordo com o n.º 1 do artigo 7.º, o DECCV “só pode ser aplicado se o vendedor dos bens ou o fornecedor dos conteúdos digitais for um profissional. Se todas as partes contratuais forem profissionais, o direito europeu comum da compra e venda pode ser aplicado se pelo menos uma delas for uma pequena ou média empresa (PME)”. O n.º 2 da mesma disposição fornece o conceito de PME. Para efeitos do regulamento, “uma PME é um profissional que (a) Emprega menos de 250 pessoas; e (b) Tem um volume de negócios anual que não excede 50 milhões de EUR ou um balanço anual total que não excede 43 milhões de EUR, ou, no caso das PME com residência habitual num Estado-Membro cuja moeda não é o euro ou num país terceiro, o montante equivalente na moeda desse Estado-Membro ou país terceiro”.

Esta definição de PME tem na sua base a Recomendação 2003/361 da Comissão relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas⁶⁵. De acordo com a Exposição de Motivos, a Proposta é “coerente com a política da União de ajudar as PME a aproveitar melhor as oportunidades proporcionadas pelo mercado interno. O direito europeu comum da compra e venda pode ser escolhido para regular os contratos entre profissionais, desde que pelo menos um deles seja uma PME”⁶⁶. Na mesma Exposição de Motivos pode ler-se que “o âmbito de aplicação pessoal da proposta é limitado às transacções em que mais se fazem sentir os problemas relacionados com o mercado interno, ou seja, as relações entre empresas em que pelo menos uma das partes é uma PME e as relações entre empresas e consumidores. Não são abrangidos os contratos celebrados entre particulares e os contratos entre profissionais em que nenhuma das partes é uma PME, uma vez que não ficou demonstrada a necessidade de abranger também este tipo de contratos”⁶⁷.

É notório o esforço da Comissão para justificar a limitação do âmbito de aplicação do diploma. No Considerando 21 refere-se que “a fim de resolver os actuais problemas do mercado interno e da concorrência de uma forma selectiva e proporcional, o âmbito de aplicação pessoal do direito europeu comum da compra e venda deve centrar-se nas pessoas e empresas que ainda evitam fazer negócios no estrangeiro dadas as divergências entre os diferentes regimes

65 Jornal Oficial L 124, de 20 de Maio de 2003, pp. 36-41.

66 Proposta, p. 7.

67 Proposta, p. 11.



nacionais, com efeitos francamente negativos no comércio transfronteiriço. Este direito comum deve, por conseguinte, abranger todas as transacções entre empresas e consumidores, assim como os contratos entre profissionais em que pelo menos uma das partes seja uma PME, com base na Recomendação 2003/361 da Comissão, de 6 de Maio de 2003, relativa à definição de micro, pequenas e médias empresas⁶⁸. Deste modo, a distinção que tradicionalmente se faz entre “B2C” (contratos entre profissionais e consumidores) e “B2B” (contratos entre profissionais) tem de ser aqui feita entre “B2C” (contratos entre profissionais e consumidores), “SME2C” (contratos entre PMEs e consumidores) e “B2SME” (contratos entre profissionais e PMEs)⁶⁹.

O Regulamento deixa aos Estados-membros a opção de estender o regime do DECCV aos contratos nos quais todas as partes sejam profissionais mas nenhuma delas seja uma PME (al. b) do artigo 13.º). Assim, os Estados-Membros são livres de aprovar legislação que torne o DECCV aplicável aos contratos entre profissionais que não sejam PME. Como refere a Comissão, o DECCV “deixa ainda aos Estados-Membros a possibilidade de tornarem as suas normas aplicáveis aos contratos em que ambas as partes sejam empresas mas nenhuma delas seja uma PME. A Comissão vai acompanhar esta questão durante os próximos anos a fim de apurar se são necessárias novas soluções legislativas relativamente aos contratos “C2C” e “B2B”⁷⁰.

O facto de o n.º 1 do artigo 7.º do DECCV se referir às empresas apenas quando estas sejam PMEs pode considerar-se pouco comum⁷¹. A definição em apreço pode suscitar dúvidas, desde logo em relação àquelas empresas que estão perto do limiar legal e cujo número de empregados ou volume de vendas flutua de acordo com os diferentes momentos económicos⁷². A incerteza sobre se uma das partes é ou não uma PME pode criar dúvidas sobre se o acordo para usar o DECCV é válido ou não, e, caso não seja, quais as regras contratuais que se aplicam. Para além de se poder questionar se é razoável criar um regime jurídico específico para as PMEs, este método legislativo cria incerteza nas relações contratuais

68 Proposta, p. 21.

69 Também assim, Martin Illmer, *Related Services in the Commission Proposal for a Common European Sales Law COM(2011) 635 final – Much ado about nothing?*, Max Planck Private Law Research Paper no. 12/13, disponível na Internet: <<http://ssrn.com/abstract=2102476>>, p. 8, nota 24.

70 Comunicação “Um direito europeu comum da compra e venda para facilitar as transacções transfronteiriças no mercado único”, p. 9.

71 Christoph Busch e Ronny Domröse, *From a Horizontal Instrument to a Common European Sales Law. The Development of European Consumer and Market Law in 2011*, p. 51.

72 Richard A. Epstein, *Harmonization, Heterogeneity and Regulation: Why the Common European Sales Law Should Be Scrapped*, disponível na Internet: <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/RAE%20paper.pdf>>, p. 2, nota 3.



entre empresas. Com efeito, no futuro, as partes podem vir a ter de se informar sobre o número de empregados do seu potencial cliente de modo a saberem que regime jurídico podem escolher. Por outro lado, a Proposta desfavorece as PMEs de sucesso e que estejam em crescimento: quanto mais sucesso tiverem, mais cedo ficarão fora do âmbito de aplicação do DECCV⁷³. Eidenmüller, por exemplo, questiona como é que uma grande empresa vai avaliar se a outra parte tem um volume de negócios anual que não excede 50 milhões de EUR ou um balanço anual total que não excede 43 milhões de EUR⁷⁴.

No entender de GÓMEZ POMAR e GILI SALDAÑA, a opção da Proposta por este âmbito de aplicação pessoal limitado é pouco justificável teoricamente, por diversos motivos. Em primeiro lugar, parece não fazer muito sentido que o DECCV só possa ser aplicado se o *vendedor* dos bens ou o *fornecedor dos conteúdos digitais* for um *profissional*, ou que, se todas as partes contratuais forem profissionais, pelo menos uma delas seja uma PME, pois as vantagens de um instrumento opcional não dependem da natureza do comprador⁷⁵. Em segundo lugar, se é verdade que o conceito europeu de PME abarca 99% das empresas europeias, também é verdade que 60% das operações comerciais europeias provém precisamente das grandes empresas que constituem o 1% restante⁷⁶. Finalmente, alguns menos bem-intencionados poderiam alegar que a restrição se trata simplesmente de um “piscar de olho” para conseguir a aprovação – ou pelo menos a não oposição activa – do Reino Unido, que pretende conservar a primazia do Direito inglês nos contratos entre grandes empresas. Contudo, essa preferência pelo Direito de matriz inglesa, expressada pelas partes de um contrato, ainda que não sejam inglesas, acontece precisamente num tipo de contratos – os contratos financeiros – que se encontra excluído do âmbito de aplicação do Regulamento (artigo 5.º). Em consequência, os Autores entendem que seria muito desejável que os Estados Membros fizessem uso da faculdade que lhes concede o artigo 13.º, al. b) do Regulamento, suprimindo a exigência de intervenção de uma PME nos contratos entre empresas⁷⁷.

EBERS considera incompreensível a restrição do âmbito de aplicação do

73 Christoph Busch e Ronny Domröse, *From a Horizontal Instrument to a Common European Sales Law. The Development of European Consumer and Market Law in 2011*, p. 51.

74 Horst Eidenmüller et al., *The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Deficits of the Most Recent Textual Layer of European Contract Law*, p. 3.

75 Fernando Gómez Pomar e Marian Gili Saldaña, *El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos*, p. 12.

76 *Idem*.

77 *Ibidem*, pp. 12-13.



DECCV às PMEs. O Autor questiona por que motivo as grandes empresas não podem ter, em general, a possibilidade de basear os seus contratos num instrumento opcional⁷⁸. Eu meu entender esta crítica não é completamente certeira uma vez que as grandes empresas têm sempre a liberdade de se inspirarem no normativo opcional, decalcando as suas soluções nos contratos que redigirem. Com efeito, nas transacções entre empresas, os profissionais beneficiam de plena liberdade contratual e são mesmo encorajados pela Comissão a inspirarem-se no DECCV aquando da redacção das suas cláusulas contratuais”⁷⁹. Com efeito, a Proposta incita os profissionais a inspirarem-se nas disposições do DECCV para redigir as suas cláusulas contratuais, propondo o desenvolvimento de “modelos europeus de cláusulas contratuais” em áreas comerciais específicas que estarão disponíveis em todas as línguas oficiais da União Europeia⁸⁰.

A necessidade de encontrar um enquadramento jurídico adequado que proporcione algum tipo de protecção às PMEs, especialmente às micro-empresas, é inegável. De acordo com Hans-Wolfgang Micklitz e Norbert Reich seria, porém, mais fácil alargar o conceito de consumidor do que introduzir uma nova categoria de “empresas que carecem de protecção”. A legislação secundária existente na União Europeia nas áreas das telecomunicações, energia e serviços financeiros indica em que direcção este conceito pode ser desenvolvido. O Direito Europeu usa o conceito de cliente (“customer”), que é distinto do de consumidor e que pretende justamente integrar no seu âmbito de aplicação aquelas PMEs que carecem de protecção. Qualquer proposta que aponte para o alargamento do conceito de consumidor pode ser mais promissora do que o previsível conflito sobre a definição de PME⁸¹.

Na sua avaliação da Proposta, o European Law Institute vai mesmo mais longe, recomendando o abandono da restrição formal às PMEs. Tal como se encontra, a Proposta exige que num contrato entre profissionais, pelo menos uma das partes seja uma PME. Deste modo, antes de aceitar uma encomenda, uma grande empresa terá de verificar se o cliente se encontra incluído na definição de PME. O Grupo de Trabalho considera que estes critérios são complexos e criam especiais dificuldades para empresas com mais do que uma filial ou estabelecimento. Um vendedor teria de solicitar ao cliente informação relativa ao volume de negócios anual, balanço anual e número de empregados, o que é difícil

78 Martin Ebers, *El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional*, pp. 29-30.

79 Proposta, p. 21.

80 Vide *infra*, 4.3.

81 Hans-Wolfgang Micklitz e Norbert Reich, *The Commission Proposal for a “Regulation on a Common European Sales Law (CESL)” – Too Broad or Not Broad Enough?*, EUI Working Papers LAW 2012/04, disponível na Internet: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2013183>, p. 13.



de realizar e causa embaraço e incerteza quanto à aplicabilidade do DECCV ao contrato. O Grupo de Trabalho não tem conhecimento de qualquer precedente que faça uma distinção entre diferentes empresas num instrumento desta natureza. Uma vez que mais de 90% das empresas da União Europeia são PMEs, o Grupo de Trabalho recomenda o abandono da restrição formal às PMEs. Seria suficiente a referência, no artigo introdutório, de que o instrumento opcional visa proteger os interesses das PMEs⁸². Esta alteração é considerada essencial⁸³.

4. Qual a vantagem do DECCV para as PMEs?

Actualmente as empresas que desejem oferecer os seus produtos além-fronteiras deparam-se com uma miríade de ordenamentos jurídicos internos. A existência de 27 diferentes regimes de Direito dos Contratos deixa aos profissionais a liberdade para escolher o Direito aplicável. A questão que se coloca é a de saber se será desejável ou mesmo necessário dispor de um vigésimo oitavo produto legal, criado pela própria União Europeia⁸⁴. Se a Proposta for aprovada, as empresas e os consumidores passarão a ter a opção de submeter alguns contratos a um regime de direito contratual genuinamente europeu⁸⁵. Trata-se de uma escolha e não de uma obrigação, pois as empresas e os consumidores passam a ter a possibilidade de usar o DECCV mas não são forçados a fazê-lo. À primeira vista, a introdução de um regime opcional parece ser uma escolha inteligente e difícil de criticar: o que pode haver de errado numa opção? Será que os participantes do mercado não preferem ter um ou mais “produtos legais” disponíveis, que podem escolher livremente?⁸⁶

4.1 A redução dos custos de transacção

Um dos propósitos claramente afirmados pela Proposta é o de reduzir os custos que resultam para os profissionais da dificuldade em obter informações sobre as disposições aplicáveis dos Direitos contratuais estrangeiros, da necessidade

82 European Law Institute, *Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law COM(2011) 635 final*, 2012, disponível na Internet: <https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_elis/Publications/S-2-2012_Statement_on_the_Proposal_for_a_Common_European_Sales_Law.pdf>, pp. 18-19.

83 *Idem*, p. 13.

84 Horst Eidenmüller, *What Can Be Wrong with an Option? An Optional Common European Sales Law as a Regulatory Tool*, p. 6.

85 *Idem*, p. 1.

86 *Idem*.



de aconselhamento jurídico e das negociações quanto à legislação aplicável. As diferenças relativas ao Direito Contratual aplicável têm o efeito de um “imposto” nas transacções transfronteiriças, especialmente nos contratos entre profissionais e consumidores. Desta forma, a redução dos custos relacionados com o Direito contratual nas transacções transfronteiriças é um dos principais objectivos da política europeia. A harmonização e padronização das regras de Direito contratual reduz os custos de transacção e cria benefícios em rede⁸⁷. A este propósito, a Comissão defende que “nos contratos entre empresas (“B2B”), a aplicação do direito europeu comum da compra e venda viria facilitar as negociações quanto ao direito aplicável às PME. Seria mais fácil chegar-se a um acordo quanto a uma lei neutra, igualmente acessível a ambas as partes na respectiva língua. Uma vez familiarizadas com o direito europeu comum da compra e venda, as empresas não teriam de suportar quaisquer custos adicionais. Na medida em que a questão dos custos afecta em particular as PME, o direito europeu comum da compra e venda é especialmente orientado para os contratos “B2B” em que pelo menos uma das partes seja uma PME. Para que este tipo de empresas possa tirar o máximo partido do direito europeu comum da compra e venda, a Comissão incentivará os Estados-Membros a manterem as empresas informadas sobre o direito europeu comum e os respectivos benefícios”⁸⁸.

Apesar das suas boas intenções, o DECCV não é apto a reduzir de forma significativa nenhum dos custos a que se dirige, podendo, bem pelo contrário, aumentar alguns deles. A relevância prática das medidas propostas não é clara. Em primeiro lugar, porque os contratos puramente domésticos ou contratos entre profissionais em que nenhuma das partes seja uma PME apenas ficarão sujeitos ao DECCV se os Estados exercerem as opções previstas no artigo 13.º. Em consequência, os efeitos da redução dos custos de transacção resultante da harmonização ou padronização serão limitados⁸⁹. Depois, porque subsistem outras barreiras às transacções transfronteiriças, como a diferença linguística, a possibilidade de ter de litigar perante tribunais estrangeiros e a eventual necessidade de execução de sentenças em jurisdições estrangeiras⁹⁰. Em terceiro lugar, porque o alcance de quaisquer medidas de harmonização ou padronização depende da amplitude dessas medidas. Esta situação suscita o problema da

87 Horst Eidenmüller, *What Can Be Wrong with an Option? An Optional Common European Sales Law as a Regulatory Tool*, p. 2.

88 Comunicação “Um direito europeu comum da compra e venda para facilitar as transacções transfronteiriças no mercado único”, p. 11.

89 Horst Eidenmüller, *What Can Be Wrong with an Option? An Optional Common European Sales Law as a Regulatory Tool*, pp. 10-11.

90 *Idem*, p. 2.

chamada “diversidade escondida”: a prática de Direito contratual nos diferentes países pode ser muito diferente mesmo que as regras nos livros sejam idênticas⁹¹. Finalmente, os custos associados à mudança para um novo regime harmonizado ou padronizado podem ser especialmente significativas para as PMEs. Deste modo, o argumento de redução dos custos de transacção associados ao Direito Contratual baseia-se numa base empírica pouco sólida⁹².

Numa perspectiva económica, a Proposta tem suscitado diversas preocupações acerca do seu papel potencial no desenvolvimento do mercado interno. Tem-se referido, desde logo, que os custos do DECCV podem ser superiores aos seus benefícios e que a sua introdução pode criar um risco de excesso de regulamentação do Direito da Compra e Venda na Europa⁹³. O Comité Económico e Social Europeu é pouco entusiasta em relação à Proposta, considerando necessário introduzir algumas melhorias de modo a ter mais em conta as especificidades das PMEs. No seu entender, “a proposta não é suficientemente favorável às PME. A aplicação pelas PME de um instrumento complexo e abstrato no domínio do direito dos contratos, que remeta em determinadas áreas para os diferentes ordenamentos jurídicos dos 27 Estados-Membros, pressupõe o recurso a serviços de assistência e a consultas jurídicas. A existência de instrumentos de aplicação é indispensável e pode contribuir para que as PME optem pelo direito europeu comum de compra e venda”⁹⁴. O Comité lembra que “o direito europeu comum da compra e venda deve assegurar, em todas as fases, a aplicação plena do princípio «Think Small First» e do princípio da proporcionalidade, com a redução da carga administrativa e as despesas desnecessárias das PME. O CESE considera ser extremamente importante limitar ao mínimo os custos de regulamentação que impendem sobre as PME, e apela à Comissão, ao Conselho e ao Parlamento para que tenham em conta estes aspetos quando da criação de um direito europeu comum da compra e venda”.

O argumento da Comissão Europeia de que os custos de transacção serão reduzidos se a Proposta entrar em vigor tem de ser confrontado com os custos associados com a criação de um regime jurídico opcional. Estes custos envolvem necessariamente não apenas os custos com a obtenção de informação comparativa face ao regime tradicional mas também os custos associados com a mudança de

91 *Idem*, p. 3.

92 *Idem*.

93 Chantal Mak, *Unweaving the CESL – Legal-economic reason and institutional imagination in European Contract Law*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper no. 2012-73, disponível na Internet: <<http://ssrn.com/abstract=2088777>>, p. 1.

94 Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um Direito Europeu Comum da Compra e Venda, p. 79.



formulários contratuais, sítios da internet e cláusulas contratuais gerais e com a formação de funcionários. Por outro lado, os custos associados com a incerteza que envolve a aplicação de um regime opcional podem ser elevados, uma vez que a correcta interpretação do novo regime pode só ser possível através das decisões dos tribunais. Todos estes custos devem ser analisados tendo em vista os eventuais benefícios que possam resultar de uma opção pelo novo regime⁹⁵. O fulcro da questão passa por saber se a criação de um regime europeu opcional, com a competição vertical (entre regras jurídicas nacionais e europeias) que ele gera, possui um valor acrescentado comparável com a tradicional competição horizontal entre diferentes sistemas jurídicos nacionais⁹⁶.

No que se refere aos contratos entre profissionais, as partes têm indiscutivelmente mais interesse num regime legal transparente e previsível que seja substantivamente uniforme. Porém, o que é necessário para reconhecer as diferenças existentes entre os diferentes sistemas jurídicos? A simples disponibilização de informação sobre a existência de um regime opcional não é suficiente. Particularmente as PMEs e os consumidores só são capazes de tomar decisões racionais sobre a escolha de regras jurídicas se conseguirem identificar as diferenças entre a lei que é aplicável por defeito e qualquer outra lei que possam escolher. As PMEs *não irão em princípio despender muito dinheiro em consultadoria jurídica para lhes explicar o regime jurídico ou para adaptar os seus formulários contratuais*. Isto reclama a prestação de informação por via comparativa: as partes devem poder compreender claramente as vantagens e desvantagens associadas à escolha de um regime legal específico⁹⁷.

Ao contrário das leis tradicionais, um instrumento opcional deriva a sua validade completamente do facto de ser escolhida pelas partes. Isto significa que um instrumento opcional deve ser publicitado de uma forma mais inovadora⁹⁸. Este facto é ainda reforçado pela crescente complexidade que resulta da introdução do DECCV, tal como é reconhecido no Livro Verde: “um instrumento opcional europeu pode ser criticado por vir complicar o quadro normativo. A junção de um regime paralelo não retiraria a complexidade do quadro normativo, continuando a ser necessário divulgar informações claras para que os consumidores compreendam os direitos que lhes assistem e possam fazer uma escolha informada quanto à celebração de contratos nos termos desta base alternativa”⁹⁹.

95 Jan M. Smits, *Party Choice and the Common European Sales Law, or: How to prevent the CESL from becoming a lemon on the Law Market*, p. 12.

96 *Idem*, p. 4.

97 *Idem*, pp. 10-11.

98 *Idem*, p. 12.

99 Livro Verde da Comissão sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um Direito Europeu



A Proposta pretende reduzir os custos e as dificuldades associados à dificuldade em obter informações sobre as disposições aplicáveis dos Direitos contratuais estrangeiros, que são vistos como uma barreira significativa às trocas comerciais. No entanto, o DECCV não parece ser apto a inverter esta situação, mesmo que seja adoptado de forma massiva. Tendo em conta o seu carácter vago, o uso de conceitos comuns aos diferentes sistemas jurídicos nacionais mas que são aplicados com algumas diferenças e a previsível “tendência de regresso a casa” (“homeward trend”) que emergiu na interpretação da Convenção de Viena (em que os tribunais nacionais implicitamente se baseiam no Direito nacional quando interpretam disposições legais vagas), a obtenção de informações sobre as disposições aplicáveis dos Direitos contratuais estrangeiros irá continuar a ser necessária e importante para os profissionais que concluem contratos no âmbito do DECCV¹⁰⁰.

Por outro lado, a lei é considerada um “produto de crença”: é impossível determinar a sua qualidade através de inspecção ou imediatamente através da conclusão do contrato. Apenas se pode aferir da qualidade da lei quando um possível litígio é resolvido de forma satisfatória, o que pode ter lugar anos após o contrato ser concluído¹⁰¹. Desta forma, pode demorar anos até se poder aferir cabalmente da utilidade do DECCV para as PMEs.

Saber se as PMEs estarão verdadeiramente interessadas no DECCV depende de vários factores. Depende, desde logo, de saber quais são as aspirações das PMEs europeias. Algumas empresas estão mais focadas no mercado doméstico e, para elas, o problema da diversidade de regimes jurídicos é irrelevante. As PMEs, em contraste com as grandes empresas, podem não aspirar ao comércio transfronteiriço. Deste modo, o DECCV pode não lhes parecer muito atractivo.

Segundo alguns Autores a existência de regimes contratuais diferentes só por si pode não criar barreiras significativas aos negócios transfronteiriços, tendo em atenção o papel desempenhado pela padronização (ou estandardização) dos contratos¹⁰². Por diversos motivos, as empresas, tal como os indivíduos, apreciam a familiaridade dos contratos padronizados e das leis que costumam aplicar. Muitas vezes os problemas são resolvidos sem mudar de leis mas sim

dos Contratos para os consumidores e as empresas, p. 10.

100 Lisa Bernstein, *An (Un)Common Frame of Reference: An American Perspective on the Jurisprudence of the CESL*, disponível na Internet: <<http://ssrn.com/abstract=2067196>>, p. 9.

101 Jan M. Smits, *Party Choice and the Common European Sales Law, or: How to prevent the CESL from becoming a lemon on the Law Market*, p. 11.

102 Nicole Kornet, *The Common European Sales Law And The Cisg – Complicating Or Simplifying The Legal Environment?*, p. 5.

mudando ou refinando as cláusulas contratuais¹⁰³. As empresas utilizam a sua liberdade contratual para baixar os custos de transacção associados com a contratação e para reduzir os efeitos da diversidade de regimes legais aplicáveis através de cláusulas contratuais sobre garantias, limitação e exclusão de responsabilidade, consequências em caso de incumprimento, *etc.* Neste sentido, a ORGALIME (European Engineering Industries Association) lembra que a liberdade contratual é o princípio fundamental do Direito dos Contratos em todos os sistemas jurídicos europeus, permitindo às empresas negociar os contratos com relativa facilidade através da utilização das suas próprias cláusulas contratuais gerais ou de cláusulas redigidas pelas associações industriais. Isto é especialmente verdade no caso das PMEs. Durante décadas as empresas têm vindo a concluir vendas transfronteiriças de forma diária, a maior parte das vezes sem qualquer assistência jurídica. Apenas naqueles casos em que a liberdade contratual pode ser limitada por normas imperativas nacionais é que podem surgir obstáculos¹⁰⁴.

O recurso a cláusulas contratuais gerais essencialmente auto-suficientes leva a que a divergência entre as normas supletivas dos diferentes Direitos nacionais, da Convenção de Viena ou do DECCV se torne largamente irrelevante, excepto quando tais diplomas sejam necessários para a interpretação e execução de tais contratos. As empresas parecem estar a lidar com a diversidade de regimes legais aplicáveis através de outros mecanismos, como o desenvolvimento de contratos padronizados, que tornam desnecessária a utilização das diferentes normas supletivas nacionais. Estes contratos padronizados são geralmente desenvolvidos em forte ligação com a lei nacional, de forma a assegurar a sua validade e exequibilidade. Deste modo, o DECCV só será apelativo para as empresas na medida em que lhes ofereça certeza jurídica nesta matéria.

As opções à escolha dos profissionais que celebrem contratos transfronteiriços caso o DECCV seja aprovado são resumidas por SMITS da seguinte forma¹⁰⁵:

– As partes decidem não fazer nada. Isto significa que a regra supletiva do artigo 4.º do Regulamento (CE) n. 593/2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) será aplicável (lei aplicável na falta de escolha). O contrato será então regulado pela lei do país onde o vendedor tenha a sua residência

103 Gary Low, *Unitas via diversitas. Can the Common European Sales Law harmonize through diversity?*, disponível na Internet: <<http://ssrn.com/abstract=1991070>>, p. 143.

104 ORGALIME, *Orgalime comments on the Commission Green paper on policy options for progressing towards a European Contract Law – Comm (2010) 348*, disponível na Internet: <http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/270_en.pdf>, p. 1.

105 Jan M. Smits, *Party Choice and the Common European Sales Law, or: How to prevent the CESL from becoming a lemon on the Law Market*, pp. 13-14.



habitual (al. a) do n.º 1). Uma vez que a maior parte dos países europeus aderiram à Convenção de Viena, o efeito prático será que a Convenção irá regular os aspectos de formação e mecanismos aplicáveis ao incumprimento, e que a lei nacional aplicável regulará outros aspectos do contrato. Há que ter em conta, no entanto, que a Convenção sofre de várias limitações quanto à sua aplicabilidade, visto que alguns Estados-Membros não a assinaram: o Reino Unido, a Irlanda, Malta e Portugal. Por outro lado, esta Convenção regula determinados aspectos dos contratos de compra e venda de mercadorias mas deixa de fora questões importantes, nomeadamente os vícios da vontade, as cláusulas contratuais abusivas e a prescrição. Finalmente, na falta de uma jurisdição obrigatória no âmbito das Nações Unidas, equivalente à proporcionada pelo Tribunal de Justiça Europeu para o mercado único, a Convenção não prevê qualquer mecanismo que garanta a sua aplicação uniforme. Em consequência, a Convenção apenas é aplicada por um número relativamente reduzido de profissionais¹⁰⁶.

– As partes decidem excluir expressamente a aplicação da Convenção de Viena. Isto terá o efeito de que todo o contrato e as suas consequências serão governados pela lei nacional aplicável por força do artigo 4.º do Regulamento Roma I.

– As partes escolhem uma lei nacional de acordo com o artigo 3.º do Regulamento Roma I (liberdade de escolha). Isto não irá implicitamente excluir a aplicabilidade da Convenção de Viena, dependendo do facto de o país escolhido ser um estado signatário. Se o país escolhido não for signatário da Convenção de Viena (como acontece com o Reino Unido, a Irlanda, Malta e Portugal), o Direito nacional irá governar a totalidade do contrato e as suas consequências.

– As partes optam pelo DECCV. Esta escolha tem o efeito de excluir a aplicação da Convenção de Viena¹⁰⁷. O contrato de compra e venda será substancialmente regulado pelo DECCV, mas em alguns aspectos importantes as partes ainda terão de recorrer à lei nacional.

Tendo em conta estas opções, é difícil perceber por que motivos as PMEs poderão considerar o DECCV como uma opção atractiva. Em termos de Direito substantivo, o DECCV não difere significativamente da Convenção de Viena ou de algumas leis nacionais que estão igualmente à disposição das partes numa transacção transfronteiriça. Para além disso, a opção pelo DECCV significa necessariamente que algumas regras de Direito nacional ainda serão aplicáveis a matérias não cobertas, ao contrário do que acontece com a escolha de uma lei

106 Vide a Comunicação “Um direito europeu comum da compra e venda para facilitar as transacções transfronteiriças no mercado único”, p. 6.

107 Considerando 25 da Proposta.

nacional¹⁰⁸.

De acordo com SMITS, existem dois pontos em que o DECCV pode fazer a diferença quando comparado com os regimes legais disponíveis. O primeiro tem a ver com o seu âmbito de aplicação: se o DECCV puder estar disponível também para os contratos domésticos e independentemente do tipo de partes envolvidas (PMEs ou consumidores), o incentivo para as partes mudarem o seu comportamento será provavelmente maior. Neste momento, a opção pela Convenção de Viena ou por outra lei nacional é possível apenas numa situação transfronteiriça. O DECCV poderia mudar isto, especialmente tendo em conta que a Proposta contém regras que cobrem mais matérias¹⁰⁹.

O segundo ponto o onde o DECCV poderia fazer a diferença prende-se com as regras substantivas que oferece. Se estas forem suficientemente inovadoras, ou reflectirem claramente um tipo de justiça que as partes (ou pelo menos alguns tipos de partes) apreciam, o seu uso poderá ser mais frequente. Provavelmente as regras sobre contratos de fornecimento de conteúdos digitais acabarão por se apresentar como suficientemente inovadoras¹¹⁰.

É previsível que demore bastante tempo até que o “elevado nível de segurança jurídica” a que alude o n.º 2 do artigo 1.º seja semelhante ao oferecido pelas jurisdições nacionais¹¹¹. De acordo com o Considerando 29 da proposta, “uma vez validamente acordada a sua aplicação, só o direito europeu comum da compra e venda pode regular as questões abrangidas pelo seu âmbito de aplicação. As disposições deste direito devem ser interpretadas autonomamente, em conformidade com princípios bem estabelecidos quanto à interpretação da legislação da União. As questões relativas a assuntos abrangidos pelo âmbito de aplicação do direito europeu comum da compra e venda que não possam ser expressamente resolvidas através deste direito, serão resolvidas unicamente através da interpretação do mesmo sem recurso a quaisquer outras normas. As disposições do direito europeu comum da compra e venda devem ser interpretadas com base nos princípios e objectivos subjacentes e na totalidade das suas disposições”. A existência de muitos conceitos indeterminados na Proposta e a ausência de um tribunal superior europeu que possa decidir suscitam muitas dúvidas como sobre se há-de atingir uma tal “interpretação autónoma”. A “tendência de regresso a casa”

108 Jan M. Smits, *Party Choice and the Common European Sales Law, or: How to prevent the CESL from becoming a lemon on the Law Market*, p. 14.

109 *Idem*.

110 *Idem*.

111 *Idem*, p. 18; John Cartwright, ‘*Choice is good. ’Really?*’, European Review of Contract Law, 2011, vol 7, no. 2, p. 347.



que por vezes existe na jurisprudência da Convenção de Viena parece inevitável¹¹².

4.2 As PMEs como parte mais frágil: das normas imperativas às cláusulas contratuais gerais

A extensão do DECCV às vendas comerciais, nomeadamente quando esteja envolvida uma PME, tem implícito o reconhecimento de que algumas empresas podem estar numa posição semelhante à dos consumidores e carecer, portanto, de protecção. Esta orientação para o consumidor influencia naturalmente a natureza das normas, que geralmente são direcionadas à protecção da parte mais fraca e à restauração do equilíbrio entre o consumidor e o profissional. Quando as normas são redigidas primariamente para o contexto consumerista, a extensão de tais regras a contextos diferentes pode levar a um “arrastamento consumerista” em que as soluções que são adequadas num contexto de consumo são generalizada e usadas num contexto profissional¹¹³.

Um bom exemplo disto é o artigo 23.º, que estabelece um dever de fornecer informações sobre bens e serviços conexos por um profissional a outro profissional, e cuja violação pode dar origem a responsabilidade pelos danos causados. Tais deveres de informação são frequentes no contexto de contratos com consumidores, essencialmente para reparar a falta de equilíbrio negocial entre as partes. De forma diversa, os profissionais são geralmente tratados como estando em situação de igualdade e uma tal extensão dos deveres de informação parece ser inapropriada e pela sua amplitude parece conduzir necessariamente a um grau de incerteza jurídica que não pode ser tolerado no comércio internacional¹¹⁴. Deste preceito resulta uma mensagem clara: a de que é necessário restaurar o equilíbrio entre as partes, mesmo quando ambas são profissionais.

Quando olhamos para as respostas das empresas às propostas para a criação de um Direito Contratual europeu, a preocupação não passa tanto pelas diferentes normas supletivas mas sim pelas diversas normas imperativas, especialmente aquelas que podem afectar a validade das suas cláusulas contratuais padronizadas. Saber se as empresas irão optar pelo DECCV vai, deste modo, depender em grande parte da sua confiança nas regras sobre interpretação e execução de tais contratos padronizados¹¹⁵. No entender de EIDENMÜLLER, o DECCV contém

112 Jan M. Smits, *Party Choice and the Common European Sales Law, or: How to prevent the CESL from becoming a lemon on the Law Market*, p. 18.

113 Nicole Kornet, *The Common European Sales Law And The Cisg – Complicating Or Simplifying The Legal Environment?*, p. 15.

114 *Idem*, p. 16.

115 *Idem*, p. 5.



várias normas imperativas aplicáveis a contratos entre profissionais, o que torna o regime pouco atractivo para as empresas, levando a presumir que muitas não irão fazer uso da opção que lhes é dada¹¹⁶. EPSTEIN realça que uma das maneiras de entender o vasto uso de normas imperativas no DECCV passa pelo facto de estas reduzirem os custos de transacção ao permitir certas medidas de padronização, combatendo deste modo outras falhas de mercado habitualmente suspeitas como são a desigualdade de poder de negociação ou a assimetria informativa. No entanto, e estranhamente, a Proposta é omissa a este propósito, invocando outros intentos¹¹⁷.

A este propósito, KORNET lembra que as PMEs *não são necessariamente, por definição, partes mais fracas que carecem de protecção*. A autora questiona: quando duas PMEs celebram um contrato entre si, pode dizer-se que uma das partes é mais fraca do que a outra, e que por isso carece de protecção? Elas devem em regra ser tratadas como tendo o mesmo poder de negociação, *não carecendo, por isso, de qualquer tipo de protecção para além da que resulta das regras gerais, por exemplo sobre erro e dolo*¹¹⁸. A ORGALIME expendeu considerações semelhantes, notando que os consumidores e as PMEs *não estão na mesma situação de vulnerabilidade. Ser uma PME não significa automaticamente ser a parte mais fraca: o poder negocial de uma empresa não é medido apenas pelo seu tamanho mas também pela sua posição no mercado, por exemplo, como detentora de uma tecnologia inovadora*. Para além disso, a posição de força é relativa e pode mudar. Uma PME com 200 empregados que negoceia com uma grande multinacional pode ser considerada como a parte mais fraca. No entanto, a mesma empresa pode entrar em negociações com uma PME com apenas 20 empregados, sendo neste caso a parte mais forte. Se a protecção legal resulta apenas do tamanho da empresa, a competição pode ser distorcida. A ORGALIME defende que não é possível operar uma distinção justa e clara entre empresas que precisam de protecção, e empresas que não carecem de qualquer protecção¹¹⁹.

Como é evidente, a Proposta dirige-se à protecção das PMEs face ao poder negocial de empresas de maior dimensão. Mas será bem-sucedida neste propósito? Com efeito, a aplicação do DECCV é voluntária, e as grandes empresas que têm poder negocial não irão provavelmente escolher o DECCV, continuando a optar

¹¹⁶ Eidenmüller, *What Can Be Wrong with an Option? An Optional Common European Sales Law as a Regulatory Tool*, p. 13.

¹¹⁷ Richard A. Epstein, *Harmonization, Heterogeneity and Regulation: Why the Common European Sales Law Should Be Scrapped*, p. 3.

¹¹⁸ Nicole Kornet, *The Common European Sales Law And The Cisg – Complicating Or Simplifying The Legal Environment?*, p. 16.

¹¹⁹ ORGALIME, *Orgalime comments on the Commission Green paper on policy options for progressing towards a European Contract Law – Comm (2010) 348*, p. 2.

pelo regime jurídico com que estão mais familiarizadas e que lhes oferece maior certeza jurídica, ao invés de optarem por um conjunto de regras que essencialmente procura proteger a parte mais fraca (as PMEs). Deste modo, o objectivo de repor o equilíbrio entre PMEs e grandes empresas irá provavelmente falhar¹²⁰. KORNET suscita mesmo a questão de saber se o Direito dos Contratos é a ferramenta adequada a controlar o abuso de uma posição dominante e se este problema não será melhor tratado no âmbito do Direito da Concorrência¹²¹.

No final de contas, saber se o DECCV vai acrescentar algum valor e ser uma escolha popular entre as empresas depende da adequação das suas regras. Os contratos padronizados assumem um papel determinante neste âmbito. Com efeito, as empresas preocupam-se essencialmente com a interpretação, validade e execução das cláusulas contratuais gerais. Enquanto a Convenção de Viena não regula especificamente as cláusulas contratuais gerais, o DECCV dirige-se ao problema. Saber se as empresas vão optar pelo instrumento opcional vai deste modo depender, em grande medida, da exequibilidade das suas cláusulas padronizadas à luz do DECCV.

O instrumento opcional dispõe de regras sobre “cláusulas contratuais gerais” e “cláusulas contratuais não especificamente negociadas”, que se aplicam tanto aos contratos entre profissionais como aos contratos com consumidores. No entanto, estas regras não são reguladas em bloco. Desde logo, enquanto o conceito de “cláusulas contratuais gerais” se encontra definido na al. d) do artigo 2.º da Proposta de Regulamento, a noção de “cláusulas contratuais não especificamente negociadas” encontra-se no art. 7.º do DECCV. Para além disso, as várias regras relevantes encontram-se dispersas pelo diploma. Assim, enquanto a incompatibilidade entre cláusulas contratuais gerais é tratada no artigo 39.º (que pertence ao Capítulo terceiro, sobre celebração do contrato), o princípio de preferência pelas cláusulas contratuais especificamente negociadas (artigo 62.º) faz parte do Capítulo 6, dedicado à interpretação, tal como a norma sobre interpretação *contra proferentem* (art. 65.º). Por outro lado, o dever de sensibilização para cláusulas contratuais não negociadas especificamente (artigo 70.º) é regulado no Capítulo 7, sobre os conteúdo e efeitos do contrato. Por fim, o Capítulo 8 contém normas gerais sobre o controlo do conteúdo das cláusulas contratuais abusivas (secção 1, artigos 79.º a 81.º), sobre os contratos com consumidores (secção 2, artigos 82.º a 85.º) e sobre os contratos entre profissionais (secção 3, artigo 86.º). Este modo de proceder é criticável, pois uma tal arrumação das matérias não é coerente nem facilita a análise do regime aplicável aos contratos celebrados com

120 Nicole Kornet, *The Common European Sales Law And The Cisg – Complicating Or Simplifying The Legal Environment?*, p. 16.

121 *Idem*.



recurso a cláusulas contratuais gerais.

A al. d) do artigo 2.º da Proposta de Regulamento fornece a definição de “cláusulas contratuais gerais”: cláusulas contratuais redigidas antecipadamente para várias transacções envolvendo diferentes partes e que não tenham sido especificamente negociadas entre as partes na acepção do artigo 7.º do direito europeu comum da compra e venda. Este artigo preceitua: “Uma cláusula contratual não é especificamente negociada se foi incorporada por uma parte e a outra parte não teve possibilidade de influenciar o seu conteúdo” (n.º 1). De acordo com o n.º 2 da mesma disposição, “sempre que uma parte proponha à outra uma selecção de cláusulas contratuais, uma cláusula não será considerada especificamente negociada só porque a outra parte escolheu essa cláusula a partir da selecção proposta”. Deste modo, o âmbito de aplicação das disposições do DECCV sobre cláusulas abusivas é bastante vasto, estendendo-se para além das cláusulas contratuais gerais, no sentido de cláusulas que foram padronizadas para um uso em massa, e abrangendo a todas aquelas “cláusulas contratuais não especificamente negociadas”, incluindo deste modo cláusulas incorporadas por uma parte e a outra parte não teve possibilidade de influenciar o seu conteúdo, mas também os casos em que uma das partes propõe à outra uma selecção de cláusulas contratuais que a outra parte pode escolher. De acordo com o n.º 3 do artigo 7.º, a parte que alegue que uma cláusula contratual incorporada a título de cláusula contratual geral foi depois especificamente negociada tem o ónus de provar esse facto. O regime é ainda complementado pela existência de dois preceitos que apenas se aplicam aos contratos entre um profissional e um consumidor¹²².

O artigo 39.º (incompatibilidade entre cláusulas contratuais gerais) dispõe que “sempre que as partes chegaram a acordo, o contrato é considerado celebrado mesmo quando a oferta e a aceitação remeterem para cláusulas contratuais gerais incompatíveis. As cláusulas contratuais gerais fazem parte do contrato na medida em que o seu conteúdo coincida no essencial” (n.º 1). Sem prejuízo deste preceito, não há celebração do contrato se uma das partes tiver indicado previamente, de forma explícita e não por meio de cláusulas contratuais gerais, a intenção de não ficar vinculada por um contrato com base no n.º 1; ou comunicar essa intenção à outra parte sem demora excessiva (n.º 2).

O artigo 62.º, aplicável tanto aos contratos com consumidores como aos contratos entre profissionais, estabelece o princípio da preferência pelas cláusulas contratuais especificamente negociadas: na medida em que exista uma incoerência,

122 De acordo com o n.º 4, num contrato entre um profissional e um consumidor, o primeiro tem o ónus de provar que a cláusula contratual por si incorporada foi especificamente negociada. Por outro lado, num contrato entre um profissional e um consumidor, as cláusulas contratuais redigidas por um terceiro são consideradas como tendo sido incorporadas pelo profissional, salvo se tiverem sido inseridas no contrato pelo consumidor (n.º 5 do artigo 7.º).

as cláusulas contratuais que tiverem sido especificamente negociadas prevalecem sobre as que o não foram.

Por outro lado, e de acordo com o artigo 65.º, sempre que, num contrato não abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 64.º (interpretação a favor dos consumidores nos contratos entre um profissional e um consumidor) existir uma dúvida quanto ao significado de uma cláusula contratual que não foi especificamente negociada na acepção do artigo 7.º, prevalece a interpretação contrária aos interesses da parte que a tiver proposto. Dito de outro modo, a interpretação *contra proferentem* das cláusulas não especificamente negociadas não é a interpretação preferida mas sim a interpretação obrigatória¹²³.

O artigo 70.º é dedicado ao dever de sensibilização para cláusulas contratuais não negociadas especificamente. De acordo com o primeiro número, de aplicação geral, as cláusulas contratuais incorporadas por uma parte e não negociadas especificamente na acepção do artigo 7.º só podem ser invocadas contra a outra parte se esta última delas teve conhecimento, ou se a parte que as incorporou adoptou medidas razoáveis para chamar a atenção da outra parte para as mesmas antes ou quando o contrato foi celebrado. O que é que são medidas razoáveis para chamar a atenção da outra parte não resulta claro da norma, mas uma referência num documento contratual assinado pela outra parte parece ser suficiente no contexto comercial. Tal referência não será suficiente nos contratos com consumidores. Com efeito, o n.º 2, dedicado apenas aos contratos entre um profissional e um consumidor, refere que nestes casos “a mera referência às cláusulas contratuais num documento contratual não é suficiente para considerar que se chamou a atenção do consumidor, mesmo que este último tenha assinado o documento”. Finalmente, o n.º 3 prescreve que as partes não podem excluir a aplicação do artigo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

O Capítulo 8, dedicado especificamente às cláusulas contratuais abusivas, é iniciado pela secção 1, que estabelece algumas disposições gerais. Assim, de acordo com o n.º 1 do artigo 79.º, a cláusula contratual incorporada por uma parte e considerada abusiva de acordo com o disposto nas secções 2 (cláusulas contratuais abusivas nos contratos entre um profissional e um consumidor) e 3 (cláusulas contratuais abusivas nos contratos entre profissionais) não é vinculativa para a outra parte. Sempre que o contrato possa continuar em vigor sem a cláusula contratual abusiva, as outras cláusulas contratuais continuam a ser vinculativas (n.º 2 do artigo 79.º).

O artigo 80.º abre duas excepções à *apreciação do carácter abusivo*. Primeiro, as secções 2 e 3 não se aplicam às cláusulas contratuais que reflectam

123 Nicole Kornet, *The Common European Sales Law And The Cisg – Complicating Or Simplifying The Legal Environment?*, p. 17.



disposições do DECCV que se aplicariam se tais cláusulas não regulassem a matéria (n.º 1). Depois, a secção 2 não se aplica à definição do objecto principal do contrato nem à adequação do preço a pagar na medida em que o profissional tenha cumprido o dever de transparência estabelecido no artigo 82.º (n.º 2). Finalmente, a secção 3 não se aplica à definição do objecto principal do contrato nem à adequação do preço a pagar (n.º 3).

O artigo 81.º encerra as disposições gerais estabelecendo a natureza imperativa do Capítulo oitavo: as partes não podem excluir a aplicação deste capítulo, nem derrogar ou modificar os seus efeitos.

A secção 3 do Capítulo oito (cláusulas contratuais abusivas nos contratos entre profissionais) é composta apenas de um artigo (o artigo 86.º), enquanto a secção 2 dedica quatro artigos às cláusulas contratuais abusivas nos contratos entre um profissional e um consumidor. O artigo 86.º é dedicado ao significado de “abusivo” nos contratos entre profissionais. Este preceito sujeita todas as cláusulas que não tenham sido especificamente negociadas a um controlo de justeza substantiva, de acordo com o qual, num contrato entre profissionais, uma cláusula contratual é considerada abusiva se formar parte das cláusulas não especificamente negociadas (artigo 7.º) e for de natureza tal que a sua aplicação se desvie manifestamente das boas práticas comerciais, contrariamente ao princípio da boa fé contratual (n.º 1). Na avaliação do carácter abusivo de uma cláusula contratual, deve ter-se em conta a natureza da prestação a executar nos termos do contrato; as circunstâncias prevalecentes durante a celebração do contrato; as outras cláusulas contratuais; e as cláusulas de qualquer outro contrato do qual dependa (n.º 2).

Embora o n.º 2 forneça várias indicações sobre como se dever aferir do carácter abusivo de uma cláusula contratual, pode dizer-se que o preceito contém uma norma demasiado aberta, que pode levar a considerável incerteza na sua aplicação e, em consequência, quanto à validade e exequibilidade das cláusulas contratuais gerais¹²⁴. Por outro lado, pode surgir um receio de que, tendo em conta a lógica de protecção que subjaz ao DECCV, as listas negra e cinzenta que se aplicam aos contratos com consumidores (artigos 84.º e 85.º) possam influenciar a forma como a norma aberta é aplicada, especialmente por tribunais nacionais que têm essa tendência a respeito do Direito nacional¹²⁵. Levará algum tempo até que a incerteza quanto à natureza e âmbito deste teste quanto ao carácter abusivo das cláusulas seja estabelecido. Até lá, as empresas irão provavelmente continuar a desenvolver os seus contratos padronizados em forte ligação com a lei nacional,

124 *Idem*.

125 *Idem*.



que já experimentaram e testaram¹²⁶.

De acordo com n.º 3 do artigo 8.º da Proposta de Regulamento, nas relações entre profissionais e consumidores, o DECCV não pode ser aplicado de forma parcial mas apenas na sua totalidade. Daqui se deduz, *a contrario*, que nos contratos entre profissionais pode recorrer-se ao DECCV apenas em parte. Ora, o DECCV não esclarece directamente se as partes, caso tenham optado pela aplicação do DECCV, podem excluir, por exemplo, a aplicação da norma sobre o controlo de cláusulas abusivas nos contratos entre profissionais (artigo 86.º). De qualquer forma, é necessário ter em conta que as partes (estejam apenas envolvidos profissionais ou também consumidores) não podem excluir a aplicação das regras sobre o dever de sensibilização para cláusulas contratuais não negociadas especificamente (n.º 3 do artigo 70.º) nem dos preceitos do Capítulo 8, sobre cláusulas contratuais abusivas (artigo 81.º), que têm natureza imperativa. Assim, e uma vez que ambos os artigos falam genericamente em “as partes”, estão incluídos os contratos entre profissionais. Deste modo, os profissionais não podem excluir a aplicação do disposto nos artigos 70.º e 86.º, mesmo que escolham aplicar o DCCV como instrumento opcional mas apenas parcial.

As normas do DECCV para controlo de cláusulas cláusulas contratuais gerais e de cláusulas não negociadas individualmente é mais restritivo que as contidas na Convenção de Viena e no Direito nacional de muitos ordenamentos jurídicos europeus. A Convenção de Viena não dispõe de quaisquer regras sobre o controlo de tais cláusulas. Na União Europeia, pelo menos 14 Estados-membros renunciaram a estabelecer normas de carácter geral que se dirijam especificamente ao controlo das cláusulas contratuais gerais nas relações entre profissionais. A restrição do controlo de cláusulas aos contratos com as PMEs faz sentido se pensarmos que estas carecem de protecção, enquanto que as grandes empresas têm sempre a possibilidade de solicitar aos seus departamentos jurídicos que verifiquem as cláusulas do contrato¹²⁷. Existem vários exemplos no Direito interno de vários Estados-Membros onde o controlo das cláusulas abusivas é permitido no âmbito dos contratos entre profissionais, como quando por exemplo na Holanda, quando estejam envolvidas empresas com menos de 50 trabalhadores. É o que acontece, desde logo, em Portugal, onde a segunda secção (artigos 17.º a 19.º) do Capítulo quinto (cláusulas contratuais gerais proibidas) do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, sobre cláusulas contratuais gerais, é dedicada especificamente às “relações entre empresários ou entidades equiparadas”, independentemente de serem ou não PMEs.

A verdade, porém, é que o DECCV não responde adequadamente ao

126 *Idem*.

127 Martin EBERS, *El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional*, p. 30.



problema da insegurança jurídica. O *standard* de “boas práticas comerciais” que resulta do n.º 1 do artigo 86.º não oferece um apoio suficiente para efeito de determinar se as cláusulas são ou não inválidas, já que por enquanto não existe na Europa um consenso geral sobre como deva entender-se esse *standard*¹²⁸. Por isso, é de supor que as grandes empresas que contratam com PMEs não irão escolher este instrumento opcional para evitar um controlo de conteúdo das suas cláusulas contratuais¹²⁹.

4.3 A criação de modelos europeus de cláusulas contratuais

Saber se as PMEs europeias irão adoptar o DECCV depende, em última análise, da ponderação dos seus custos e benefícios. Eidenmüller, bastante crítico da Proposta, receia que o instrumento facultativo se venha a tornar num “ponto focal” para a investigação jurídica, para a prática forense e para o processo político independentemente do seu sucesso no mercado, com consequências indesejáveis¹³⁰. Com efeito, o DECCV pode vir a tornar-se num mero “texto de referência”. O Tribunal Europeu de Justiça pode recorrer aos conceitos que resultam do DECCV considerando que reflectem princípios fundamentais do Direito Europeu dos Contratos. O legislador europeu irá com bastante probabilidade apoiar-se nos conceitos do instrumento facultativo quando estiver a legislar em áreas relacionadas com o Direito Europeu dos Contratos.

De forma a contornar algumas das críticas que lhe são dirigidas, a Comissão propõe a adopção futura de medidas de apoio. Umas vez que, nas transacções entre empresas, os profissionais beneficiam de plena liberdade contratual, estes são encorajados a inspirar-se no DECCV aquando da redacção das suas cláusulas contratuais”¹³¹. No entanto, o mero incentivo pode não ser suficiente. EPSTEIN considera que o DECCV, tal como outros códigos gerais, fala a duas vozes. Primeiro, refere-se que nas transacções entre empresas, os profissionais beneficiam de plena liberdade contratual e são mesmo encorajados a inspirar-se no DECCV aquando da redacção das suas cláusulas contratuais. No entanto, depois o DECCV muda de mecanismos, ao apoiar dois tipos de intervenções coercivas – uma nos contratos que envolvem PMEs, que o DECCV entende que sofrem na sua relação com as empresas maiores, e a outra nos contratos com consumidores¹³².

128 *Idem*, pp. 36-37.

129 Martin EBERS, *El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional*, p. 36.

130 Eidenmüller, *What Can Be Wrong with an Option? An Optional Common European Sales Law as a Regulatory Tool*, pp. 13-14.

131 Considerando 21 da Proposta, p. 21.

132 Richard A. Epstein, *Harmonization, Heterogeneity and Regulation: Why the Common European Sales*



Por outro lado, a Comissão incentiva também o desenvolvimento de “modelos europeus de cláusulas contratuais” em áreas comerciais específicas. A Comissão refere que “irá trabalhar em estreita colaboração com todos os interessados para ajudar a desenvolver um «modelo europeu de cláusulas contratuais» para domínios especializados de comércio ou sectores de actividade. Um contrato-modelo, que preveja cláusulas e condições normalizadas e esteja disponível em todas as línguas oficiais da União Europeia, pode ser útil aos profissionais que pretendam celebrar contratos transfronteiriços regidos pelo direito europeu comum da compra e venda”¹³³. No prazo de três meses a contar da data de entrada do instrumento opcional, a Comissão criará um grupo de peritos representativo dos interesses dos utilizadores do DECCV. Os interessados poderão contribuir com os respectivos conhecimentos e experiências em matéria de práticas comerciais, elaborando as cláusulas e as condições normalizadas para o respectivo sector e aplicando os ensinamentos retirados da sua experiência em primeira mão na aplicação do DECCV.

A ideia é encorajar a criação de cláusulas que as PMEs e outras empresas envolvidas no comércio transfronteiriço possam usar a um custo baixo, cláusulas essas que teriam a vantagem de se tornarem mais claras ao longo do tempo de acordo com as interpretações que fossem enviadas para a base de dados. A ideia não é nova. Já em 2003 a Comissão Europeia dizia ter conhecimento de iniciativas no âmbito das quais foram elaboradas cláusulas-tipo específicas para as transacções transfronteiriças, citando o exemplo da ORGALIME, que elaborou condições gerais, formulários-tipo e directrizes que constituem um auxílio prático para as empresas na redacção dos vários tipos de contrato normalmente utilizados nas operações de comércio internacional, nos sectores em causa¹³⁴. De acordo com a Comissão, este tipo de cláusulas gerais, se fossem utilizadas em maior escala, poderiam resolver alguns dos problemas e factores dissuasivos evocados. A Comissão propunha-se promover o estabelecimento de cláusulas-tipo facilitando o intercâmbio de informação sobre as iniciativas e propondo directrizes sobre a utilização dessas cláusulas.

Se o processo de criação de tais “modelos europeus de cláusulas contratuais” for estruturado de forma cuidadosa, esta medida de acompanhamento pode promover os propósitos do DECCV. Cláusulas contratuais gerais redigidas pela indústria podem também codificar aqueles usos e práticas que são, de facto, largamente reconhecidos e observados, reduzindo ou eliminando deste modo

Law Should Be Scrapped, pp. 1-2.

133 Comunicação “Um direito europeu comum da compra e venda para facilitar as transacções transfronteiriças no mercado único”, pp. 12-13.

134 Comunicação “Maior coerência no Direito Europeu dos Contratos: Plano de Ação”, p. 25.



os custos associados com a sua disponibilização e resolvendo conflitos entre usos locais. Para além disso, se as cláusulas destes contratos forem aceites pela Comissão e considerados razoáveis e consistentes com as boas práticas comerciais e a boa fé, poderiam ser eliminados alguns dos custos associados à incerteza do requisitos fixados pelo DECCV¹³⁵.

5. Conclusões

A apresentação de uma Proposta de Regulamento relativo a um DECCV constitui o último passo de um longo processo dirigido à criação de um Direito Contratual Europeu, tida como condição indispensável ao fortalecimento do mercado único. A Proposta prevê a criação de um vasto conjunto de normas de Direito dos Contratos uniforme que passaria a fazer parte do Direito nacional de cada Estado-Membro, enquanto “segundo regime” de Direito dos Contratos. São abrangidos não apenas os contratos entre profissionais e consumidores mas também os contratos entre profissionais que pelo menos uma das partes seja uma PME. Espera-se que as empresas reduzam os custos de transacção decorrentes do Direito dos Contratos e possam exercer a sua actividade num quadro jurídico menos complexo. Por se tratar de um instrumento facultativo, a aplicação do DECCV depende das vantagens comparativas que este possa oferecer às partes.

Os custos decorrentes do contacto com legislações nacionais diferentes são muito pesados para as PMEs, dificultando a sua penetração em mercados estrangeiros. Por outro lado, estas empresas podem ser tão vulneráveis quanto os consumidores no que se refere à falta de informação, inexperiência ou dependência. O DECCV só pode ser aplicado se o vendedor dos bens ou o fornecedor dos conteúdos digitais for um profissional. Se todas as partes contratuais forem profissionais, o direito europeu comum da compra e venda pode ser aplicado se pelo menos uma delas for uma PME. O Regulamento deixa aos Estados-membros a opção de estender o regime do DECCV aos contratos nos quais todas as partes sejam profissionais mas nenhuma delas seja uma PME. A definição de PME que resulta da Proposta pode suscitar dúvidas, criando incerteza nas relações contratuais entre empresas. Seria preferível alargar do conceito de consumidor, deste modo evitando os previsíveis conflitos sobre a definição legal de PME.

Actualmente as PMEs que desejem oferecer os seus produtos além-fronteiras deparam-se com 27 diferentes regimes de Direito dos Contratos. A questão que se coloca é a de saber se será desejável ou mesmo necessário dispor de um vigésimo oitavo produto legal, criado pela própria União Europeia. Apesar

135 Lisa Bernstein, *An (Un)Common Frame of Reference: An American Perspective on the Jurisprudence of the CESL*, p. 16.



das suas boas intenções, o DECCV não é apto a reduzir de forma significativa nenhum dos custos a que se dirige, podendo, bem pelo contrário, aumentar alguns deles. A relevância prática das medidas propostas não é clara. O argumento da Comissão Europeia de que os custos de transacção serão reduzidos se a Proposta entrar em vigor tem de ser confrontado com os custos associados com a criação de um regime jurídico opcional. Particularmente as PMEs e os consumidores só são capazes de tomar decisões racionais sobre a escolha de regras jurídicas se conseguirem identificar as diferenças entre a lei que é aplicável por defeito e qualquer outra lei que possam escolher.

A existência de regimes contratuais diferentes só por si pode não criar barreiras significativas aos negócios transfronteiriços, tendo em atenção o papel desempenhado pela padronização dos contratos. O recurso a cláusulas contratuais gerais essencialmente auto-suficientes leva a que a divergência entre as normas supletivas dos diferentes Direitos nacionais, da Convenção de Viena ou do DECCV se torne largamente irrelevante, excepto quando tais diplomas sejam necessários para a interpretação e execução de tais contratos. Estes contratos padronizados são geralmente desenvolvidos em forte ligação com a lei nacional, de forma a assegurar a sua validade e exequibilidade. Deste modo, o DECCV só será apelativo para as empresas na medida em que lhes ofereça certeza jurídica nesta matéria. É previsível que demore bastante tempo até que o DECCV ofereça um nível de segurança jurídica semelhante ao oferecido pelas jurisdições nacionais. A preocupação das empresas não passa tanto pelas diferentes normas supletivas mas sim pelas diversas normas imperativas, especialmente aquelas que podem afectar a validade das suas cláusulas contratuais padronizadas. Saber se as empresas irão optar pelo DECCV vai, deste modo, depender em grande parte da sua confiança nas regras sobre interpretação e execução de tais contratos padronizados.

As normas do DECCV para controlo de cláusulas cláusulas contratuais gerais e de cláusulas não negociadas individualmente é mais restritivo que as contidas na Convenção de Viena e no Direito nacional de muitos ordenamentos jurídicos europeus. O DECCV não responde adequadamente ao problema da insegurança jurídica. Uma vez que a aplicação do DECCV é voluntária, as grandes empresas não irão provavelmente escolher o DECCV, continuando a optar pelo regime jurídico com que estão mais familiarizadas e que lhes oferece maior certeza jurídica, ao invés de optarem por um conjunto de regras que essencialmente procura proteger a parte mais fraca. O sucesso do DECCV pode passar pelo desenvolvimento, em paralelo, de “modelos europeus de cláusulas contratuais” em áreas comerciais específicas. Se o processo de criação de tais “modelos europeus de cláusulas contratuais” for estruturado de forma cuidadosa, esta medida de acompanhamento pode promover os propósitos do DECCV. Se as cláusulas destes contratos forem aceites pela Comissão e considerados razoáveis

e consistentes com as boas práticas comerciais e a boa fé, poderão ser eliminados alguns dos custos associados à incerteza do requisitos fixados pelo DECCV.

Face à crise que abala a Europa, a Comissão Europeia parece interessada em implementar o DECCV logo que possível, como estratégia para “dar um impulso bem ajustado ao crescimento e ao emprego”¹³⁶. Os esforços no sentido da harmonização do Direito Contratual europeu podem também (ainda que não tal não seja assumido de forma clara) ser incitados pela necessidade de competir com os Estados Unidos e a China, onde a harmonização é mais avançada e aparentemente mais bem-sucedida. Porém, é consabido que a tradição jurídica europeia é bem distinta da dos rivais económicos com que o continente europeu se defronta. Por outro lado, um esforço de harmonização numa área vital para o mercado único não pode ser feito à custa do rigor e sem ponderar devidamente as diferentes envolventes do problema. Finalmente, deve ter-se em conta que a criação de um regime jurídico harmonizado não equivale necessariamente a um regime jurídico menos complexo. Os custos associados à mudança para um novo regime podem ser bem mais elevados do que os ganhos resultantes de uma apenas aparente simplificação.

136 Comunicação da Comissão: Um roteiro para a estabilidade e o crescimento, COM(2011) 669 final, de 12 de Outubro de 2011, p. 6.

