

NOTA INFORMATIVA

INFORMATIVE NOTE

DIREITO COMUNITÁRIO E DA CONCORRÊNCIA
EU AND COMPETITION LAW

PLMJ

A.M.PEREIRA, SÁRAGGA LEAL, OLIVEIRA MARTINS, JÚDICE E ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE ADVOGADOS, RL

ROMA I - LEI APLICÁVEL ÀS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO

ROME I – LAW APPLICABLE TO CONTRACTUAL OBLIGATIONS DISTRIBUTION AGREEMENTS

Introdução

O Regulamento 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), substituiu, para os Estados Membros (EM), a Convenção de Roma de 1980 nesta matéria. O objectivo geral do novo Regulamento é a modernização das regras da Convenção e o aumento da certeza jurídica associada aos contratos no que toca à lei substantiva aplicável aos mesmos. Encontramo-nos, pois, no âmbito dos contratos internacionais e das normas de conflitos, i. e. as normas adjectivas dos ordenamentos jurídicos que determinam a lei substantiva aplicável, neste caso, às obrigações incluídas naqueles contratos.

Com efeito, apesar de as leis substantivas dos EM serem diferentes, o Regulamento procura que qualquer Tribunal desses EM aplique a mesma lei substantiva, seja a sua ou a de outro EM, ao contrato em causa. Espera-se com isso, aumentar a consistência do mercado interno, em particular em matéria de livre circulação de sentenças, independentemente do país do tribunal competente.

O Regulamento baseia-se nos princípios gerais da liberdade das partes na escolha da lei que regula as suas relações contratuais, da harmonização na falta de escolha de lei pelas partes e da protecção da parte mais fraca. Estes princípios estavam subjacentes já à Convenção de Roma, mas são agora aplicáveis numa nova veste aos EM e sem a necessidade de um instrumento de transposição interna destas regras uniformes.

Regime jurídico

O regime geral previsto no Regulamento estabelece, pois, que as partes são livres de escolher a lei que regerá os seus contratos e considera que houve escolha quando tal resulta expressamente dos mesmos ou, de forma clara, das disposições ou das circunstâncias do contrato. Por outro lado, quando esta escolha não se verifica, o Regulamento estabelece regras claras e previsíveis em matéria da lei aplicável ao contrato. A título de exemplo, regra geral, aos contratos de compra e venda de mercadorias, aplicar-se-á a lei do país de

Introduction

Regulation No 593/2008 of the European Parliament and the Council, of 17th of June 2008, on the law applicable to contractual obligations (Rome I) replaces, for the Member States (MS), in this matter, the Rome Convention of 1980. The general scope of this Regulation is to modernize the rules of the Convention and to increase juridical certainty in contract law area, namely as regards the substantive law applicable. The Regulation thus concerns the field of international contracts and rules on conflict-of-law, i. e. the adjective rules of the legal systems which determine the substantive law applicable, in this field, to contractual obligations.

In fact, although the substantive laws of MS are different, the Regulation intends to make it possible that any MS Court applies the same substantive law to the contract, whether this rule is national or of another MS. It is expected, in this way, to increase the consistency of the internal market, particularly in the field of the free movement of judgments, irrespective of which Court is competent. The Regulation is based on the general principles of the parties' freedom to choose the law applicable to their contractual relations, the harmonization in the absence of choice of law by the parties and the protection of the weaker party. These principles were already present in the Convention of Rome, but they are now applicable to the MS within a different framework and without the need for an internal transposition mechanism of such uniformed rules.

Legal framework

The framework foreseen in the Regulation thus establishes that the parties are free to choose the law which shall govern their contracts and considers that a choice has been made when this fact results expressly from these contracts or, clearly, from its provisions or the circumstances of the case. On the other hand, when the law applicable to the contract has not been chosen by the parties, the Regulation establishes clear and predictable rules concerning the law applicable to the contracts. For instance: to sales contracts applies the law of the country in which the seller has his usual residence; to contracts for

"Melhor Sociedade de Advogados no serviço ao Cliente" - Client Choice - International Law Office, 2008
"Best Portuguese Law Firm for Client Service"

"Sociedade de Advogados Portuguesa do Ano" - IFLR Awards 2006 & Who's Who Legal Awards 2006, 2008
"Portuguese Law Firm of the Year"

residência habitual do vendedor, aos contratos de prestação de serviços, a lei do país de residência habitual do prestador de serviços, aos contratos relativos a direitos reais ou arrendamento de imóveis, a lei do país onde se encontra o imóvel, às franquias, a lei do país da residência habitual do franqueado, aos contratos de distribuição, a lei do país da residência habitual do distribuidor, à compra e venda de bens em hasta pública, a lei do país em que se realiza a hasta pública, quando determinável, e aos contratos multilaterais de compra ou venda de instrumentos financeiros, a lei única não discricionária aplicável, se houver, de outro modo, remete-se para os sistemas normais de direito internacional privado aplicáveis ao caso. Além destas regras gerais, o Regulamento estabelece regras de conflitos específicas para casos especiais, tais como contratos celebrados por consumidores (lei do país de residência habitual do consumidor), contratos de transporte (lei do país da residência habitual do transportador), contratos de seguro (lei do país de residência habitual do segurador) e contratos individuais de trabalho (lei do país em que o trabalhador presta habitualmente trabalho). As repercussões destas soluções a nível de comércio internacional por tipo de contrato e por sector terão agora de ser ponderadas para os diversos casos.

Implicações práticas mais controversas em matéria de distribuição

Apesar de o Regulamento apresentar desenvolvimentos significativos em matéria de certeza jurídica, não se optou ainda, desta vez, pela certeza absoluta, uma vez que as partes podem ainda ver afastada, em aspectos muito específicos, a lei que à partida escolheram para reger o seu contrato. Com efeito, a escolha da lei material pelas partes no contrato não obsta a que, em determinados casos, como sejam aqueles em que os elementos relevantes da situação regida pelo contrato se situem, no momento da escolha da lei, num país que não seja o país da lei escolhida, venham a ser aplicadas as leis substantivas desse país que não sejam derogáveis por acordo. Esta regra é particularmente importante, apesar de não ter já o alcance anteriormente previsto. Com efeito, apesar do Regulamento se restringir às normas de aplicação imediata do país com maior conexão com a situação contratual, e já não de qualquer outro, fica ainda em aberto, residualmente, a possibilidade de aplicação de uma lei que as partes não previram ou não quiseram à partida. Este dispositivo reduz, em termos práticos, a necessidade de averiguação das leis de diversos países, mas torna imperioso o conhecimento da lei onde o contrato vai ser principalmente executado. A desvantagem competitiva daí adveniente para os países mais protectores deverá ser colmatada tanto pela exigência mais estrita desta ponderação, como pelo facto de diversos países, de diversas formas, apresentarem esse tipo de protecção, nomeadamente em virtude do tipo de “parte” que normalmente o seu mercado apresenta. Portugal e a Bélgica, com um perfil de pequeno ou médio mercado e sobretudo com um perfil de operadores distribuidores, são um exemplo dessas nuances mais “politizadas”.

Com efeito, o Regulamento define de forma restritiva o que se possa entender como normas de aplicação obrigatória (necessária e imediata), que passam a ser consideradas apenas aquelas que salvaguardam interesses públicos, ao ponto de exigirem a sua aplicação em qualquer situação abrangida pelo seu âmbito, considerando-se nesta análise a natureza e objecto das normas,

the provision of services is applicable the law of the country in which the service provider has his usual residence; to contracts relating to a right *in rem* or renting of real estate applies the law of the country in which the property is situated; to franchising agreements, the law of the country in which the franchisee has his usual residence, to distribution agreements, the law of the country in which the distributor has his usual residence, to sales and purchases in public auction, the law of the country where the public auction takes place, when definable, and to multilateral sale agreements of financial instruments, the non discretionary sole applicable law, if this is the case, otherwise the general conflict-of-law rules of the juridical systems at stake will decide on the applicable law. Besides these general rules, the Regulation also establishes specific conflict-of-law rules for special cases, such as consumer contracts (law of the country in which the consumer has his usual residence), contracts of carriage (law of the country in which the carrier has his usual residence), insurance contracts (law of the country where the insurer has his usual residence) and individual employment agreements (law of the country in which the employee usually carries out his work). We will now proceed to examine the impact of these solutions on different situations in the international trade, by type of agreement and by sector.

Controversial Implications in practice concerning distribution agreements

Although the Regulation constitutes a significant development as regards juridical certainty, yet it did not make a choice for absolute certainty, since the parties’ election of the law which shall govern the contract may be disregarded concerning some specific aspects. As a matter of fact, the choice of the substantive law by the parties does not preclude the possibility, in specific cases, such as when the relevant elements of the situation governed by the contract have, at the time of the election of the law, connections with a country which is not the country of the chosen law; then that the substantive law of the latter country may apply to the contract by virtue of its mandatory nature. This rule is particularly important although it has not the extent foreseen before. In fact, although the Regulation only refers to the application of mandatory rules of the country with principal connection with the contractual situation, it remains the possibility to apply a law which the parties did not elect and, supposedly, did not want from the outset. In practice, this rule reduces the need to search for the laws of the different countries but makes it necessary to know the law of the country where the contract will be mainly executed. The resulting competitive disadvantage for more protective countries will be offset by a strict application of this rule, but also by the fact that many countries assure this protection, in different ways, in particular, according to the type of operators usually present on their market. Portugal and Belgium, with small or medium sized market profile and, specially, with a profile of mainly distributing operators, are an example of these.

As a matter of fact, the Regulation gives a strict interpretation to what can be considered mandatory rules. These are just those rules safeguarding public interests so important that they command respect in any situation falling within their scope, consideration being given to the nature and the aim of these rules, as well as the

bem como as consequências da sua aplicação ou não aplicação. Esta situação poderá, pois, abranger, por exemplo, as regras de aplicação obrigatória do regime da agência em Portugal, também aplicável a outros contratos de distribuição por analogia, no que respeita ao regime de cessação destes contratos e à atribuição de uma indemnização de clientela, quando a mesma se justifique, nas situações de execução dos contratos em Portugal. A opção do Regulamento pode reforçar a ideia, já contemplada na lei portuguesa, da sua aplicabilidade obrigatória, salvo regime mais favorável ao agente na lei estrangeira escolhida pelas partes. Esta solução encontra-se entretanto enfraquecida, em termos práticos, pelos últimos desenvolvimentos jurisprudenciais em Portugal numa matéria paralela da escolha do Tribunal competente. Com efeito, a jurisprudência uniforme do Supremo Tribunal de Justiça de Abril deste ano, a qual vai precisamente no sentido do respeito das cláusulas de jurisdição estabelecidas pelas partes quanto ao foro, permite que se relegue a aplicação do direito português (direito material) considerado de aplicação obrigatória para Tribunais de outros EM, aos quais caberá averiguar a natureza de “interesse público” dessas regras. Este aspecto, conjugado com a tendência internacional dos Tribunais da aplicação da lei escolhida pelas partes sem mais, tem exigido um esforço quase inglório de algumas empresas portuguesas para implementar as regras de aplicação obrigatória portuguesas, como sejam as relativas à consideração da atribuição de uma indemnização de clientela. O Regulamento poderá, neste âmbito, facilitar a triagem objectiva e mais uniformizada em termos europeus dessas regras de aplicação imediata, nomeadamente nos casos em que a sua não aplicação implicar a ilegalidade do contrato no País de execução do mesmo.

O Regulamento prevê um período de adaptação relativamente alargado, uma vez que entrará em vigor apenas em 17 de Dezembro de 2009, um ano pois para diversas ponderações a nível contratual e respectivos ajustamentos legislativos.

Lisboa, 11 de Dezembro de 2008

consequences of their being complied or not. This can be the case of the mandatory rules on agency in Portugal, which are considered applicable to similar distribution agreements as regards the termination of these contracts and the right to a goodwill indemnity, when justified, whenever the execution of the contracts occurs in Portugal. The option made by the Regulation is in line with the regime under Portuguese law of mandatory applicability, except when the law elected by the parties is more favorable to the agent. Meanwhile, this solution has been weakened in practice by the last developments of the jurisprudence in Portugal regarding the parallel issue of the election by the parties of the competent jurisdiction. In fact, a judgment of the Supreme Court of Justice of April 2008 setting uniform jurisprudence gives priority to the election of forum made by the parties and permits the application of Portuguese (substantive) mandatory rules by the Courts of other MS, which shall examine the nature of “public interest” of those rules. This aspect, together with the international tendency of Courts to simply apply the law chosen by the parties has requested an almost inglorious effort of some Portuguese companies in order for Portuguese mandatory rules apply, such as those concerning the goodwill indemnity. On this point, the Regulation can facilitate the task of the identification of mandatory rules in Europe, especially in those cases where acting with disregard for such rules invalidates the contract in the country where it is to be executed.

The Regulation foresees a relatively long period for adaptation, since it will only enter into force on the 17th December 2009. Therefore, there is still one year for the contractual adjustments that may be needed.

Lisbon, 11th of December 2008

A presente Nota Informativa destina-se a ser distribuída entre Clientes e Colegas e a informação nela contida é prestada de forma geral e abstracta, não devendo servir de base para qualquer tomada de decisão sem assistência profissional qualificada e dirigida ao caso concreto. O conteúdo desta Nota Informativa não pode ser reproduzida, no seu todo ou em parte, sem a expressa autorização do editor. Caso deseje obter esclarecimentos adicionais sobre o assunto contacte Dra. Susana Santos Vítor - e-mail: sv@plmj.pt, tel: (351) 21 319 73 34.

This Informative Note is intended for general distribution to clients and colleagues and the information contained herein is provided as a general and abstract overview. It should not be used as a basis on which to make decisions and professional legal advice should be sought for specific cases. The contents of this Informative Note may not be reproduced, in whole or in part, without the express consent of the author. If you should require further information on this topic, please contact Dra. Susana Santos Vítor - e-mail: sv@plmj.pt, tel: (351) 21 319 73 34.

Escritórios Locais: Lisboa, Porto, Faro e Coimbra, Açores, Guimarães e Viseu (em parceria)

Escritórios Internacionais: Angola, Brasil e Macau e Moçambique (em parceria)

Local Offices: Lisbon, Oporto, Faro and Coimbra, Azores, Guimarães and Viseu (in joint venture)

International Offices: Angola, Mozambique, Brazil and Macao (in joint venture)