

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE
24 DE NOVEMBRO DE 2020, PROCESSO C-59/19,
*WIKINGERHOF GMBH & CO. KG V. BOOKING.COM BV**
*Marcelo Sequeira de Sousa***

1. INTRODUÇÃO

No dia 24 de novembro de 2020, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) pronunciou-se sobre o reenvio prejudicial relativo ao caso *Wikingerhof GmbH & Co. KG v. Booking.com BV* (Caso C-59/19), proferindo uma decisão de teor bastante otimista na matéria de *private enforcement* do direito da concorrência em litígios transfronteiriços comunitários entre partes contratantes – mais especificamente no que toca à distinção entre matéria contratual e extracontratual à luz do Regulamento n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e Conselho (Bruxelas I *Bis*).

A decisão aborda, diretamente, a natureza da ação que possíveis vítimas de condutas relacionadas com abuso de posição dominante podem invocar perante os tribunais nacionais, bem como (consequentemente) qual a competente jurisdição territorial perante a qual poderão tais lesados interpor a ação.

No âmbito de tais questões, o TJUE aproveita conceitos e definições de variada jurisprudência anterior (como veremos *infra*) e conclui com um verdadeiro *follow-up* do Acórdão *Brogstetter*¹, confirmando o seu critério apesar de alcançar uma solução diferente: o reconhecimento da causa de pedir como “matéria extracontratual”.

* *Key-Words*: Jurisprudência do TJUE; *Private Enforcement* de Direito da Concorrência; Abuso de Posição Dominante; Natureza da Causa de Pedir; Jurisdição Competente. *JEL Code* K210.

** Estudante finalista da Licenciatura em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

1 C-548/12, *Brogstetter*, EU:C:2014:148.

2. DOS FACTOS

O litígio subjacente a este caso reporta-se a um contrato celebrado em 2009 entre a empresa hoteleira *Wikingerhof GmbH & Co. KG* (daqui em diante “Wikingerhof”), que gere um hotel no norte da Alemanha, e a *Booking.com BV* (daqui em diante “Booking.com”), conhecida plataforma online de reservas de hotel com sede em Amsterdão, Holanda.

Tal contrato, celebrado pelas partes com o fim de fazer constar o hotel alemão na listagem da plataforma online, continha uma cláusula referente às condições gerais disponíveis no *website* da plataforma, onde consta uma cláusula atribuidora de exclusividade jurisdicional aos tribunais de Amsterdão.

Desconsiderando a cláusula supramencionada, a Wikingerhof interpôs ação contra a plataforma Booking.com perante os tribunais alemães por alegada imposição de termos contractuais injustos com base em posição dominante, procurando meter um fim a práticas contratualmente estipuladas como a cobrança de uma taxa de comissão superior a 15% para o hotel se posicionar melhor no motor de pesquisa da plataforma e a indicação de valores descontados nos preços do hotel, bem como exigindo obter contacto direto com os clientes provenientes desta plataforma de reservas.

O tribunal alemão de primeira instância julgou-se incompetente para conhecer da ação, considerando a cláusula de jurisdição aplicável *in casu*. Em sede de recurso, foi confirmada a primeira decisão de incompetência dos tribunais alemães, desta vez com fundamento no artigo 7.º, n.º 1 do Regulamento Bruxelas I *Bis* – considerou o tribunal de *appeal* que o pedido era de natureza contratual, pelo que seria irrelevante ponderar sequer a validade da cláusula de jurisdição. Finalmente, recorrendo o autor ao *Bundesgerichtshof* – Supremo Tribunal Alemão – aproveitou este último para submeter uma singela questão prejudicial ao TJUE em dezembro de 2018: é o artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento Bruxelas I *Bis* passível de ser aplicável a uma ação como a respetiva sub-júdice, onde se requer ordem judicial de interrupção de condutas implementadas entre partes contratantes e possivelmente com cobertura em provisões contratuais, tendo em conta que tal acusação se funda no abuso de posição dominante por parte da demandada?

O *main point* da questão reside na caracterização do pedido do autor como sendo de matéria contratual ou extracontratual, *ex vi* artigo 7.º, n.º 1 – segundo o qual a jurisdição competente seria a do local onde foi ou deva ser cumprida a obrigação (tribunais alemães não teriam competência) – e artigo 7.º, n.º 2 – segundo o qual a jurisdição competente seria a do local onde se verificou o dano contestado (seriam considerados competentes os tribunais

alemães) – do Regulamento Bruxelas I *Bis*, bem como qual o papel das normas concorrenciais na determinação da resposta à pergunta anterior. Serão abusos de posição dominante entre partes contratantes matéria contratual ou extracontratual na perspetiva deste Regulamento?

3. ANÁLISE DO ACÓRDÃO

O TJUE começa por abordar, no par. 25 deste acórdão, a exigência de interpretação autónoma do artigo 7.º, n.os 1 e 2 do Regulamento Bruxelas I *Bis* face ao direito interno dos Estados Membros, de maneira a assegurar uma interpretação comunitária uniforme destes conceitos autónomos de Direito da União Europeia. Cabendo aos tribunais nacionais qualificar a disputa como contratual ou extracontratual de acordo com a natureza da obrigação que constitui a causa de pedir (par. 31)², não o poderão fazer à luz do seu direito nacional, mas sim de acordo com a interpretação europeia destas disposições.

Em sentido geral, estaremos em domínio contratual aquando da violação de uma obrigação contratual (caso típico das ações cujo fundamento reside nas cláusulas de determinado contrato ou nas regras de direito a eles aplicável)³ e em domínio extracontratual perante violação de disposições legais gerais

Prossegue o TJUE, de seguida, a uma densificação de tal problemática, definindo e distinguindo as ações judiciais de matéria contratual e extracontratual entre partes contratantes, recorrendo a jurisprudência prévia sobre o tópico (par. 32-33):

- Uma ação terá cariz contratual nos termos do artigo 7.º, n.º 1, de acordo com a jurisprudência *Brogstetter*⁴, quando a interpretação do contrato que liga o demandado ao demandante é indispensável para aferir do carácter lícito ou ilícito da conduta do demandado.
- *A contrario*, poder-se-á classificar a ação entre partes contratantes como extracontratual quando, se baseada num pedido de responsabilidade extracontratual de violação da lei, não se considere indispensável

2 Adota aqui a mesma opinião expressada pelo AG Saugmandsgaard Øe nas suas Conclusões sobre o caso.

3 Vide C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie e o*, EU:C:2015:574, par. 53, e C-249/16, *Kareda*, EU:C:2017:472, par. 30 a 33.

4 C-548/12, *Brogstetter*, EU:C:2014:148, par. 25 e 26.

examinar o conteúdo do contrato celebrado com o demandado para apreciar o caráter lícito ou ilícito do comportamento censurado – visto que tal obrigação se imporia ao demandado independentemente desse contrato.

Decorre que é desde logo possível aplicar o artigo 7.º, n.º 2 e estabelecer jurisdição extracontratual se a causa de pedir não tiver qualquer conexão com o contrato. Além disto, ainda poderemos estabelecer jurisdição extracontratual em causas que, não obstante existir uma ligação entre a causa de pedir e o contrato, não seja indispensável examinar o conteúdo do último para aferir a legalidade da conduta (o que denominamos de critério *Brogsitter*).

É nesta última hipótese que o TJUE vai enquadrar o caso concreto sub-júdice. Sendo o pedido fundamentado numa infração de direito alemão da concorrência, mais especificamente num abuso de posição dominante, esclarece o TJUE – citando o *reasoning* do AG Saugmandsgaard Øe nos par. 122 e 123 das suas conclusões – que não será indispensável *in casu* proceder à interpretação do contrato entre as partes para avaliar a licitude do comportamento da demandada (par. 35), daí resultando que a ação intentada pela demandante Wikingerhof, fundada no abuso de posição dominante da demandada Booking.com, se enquadra no conceito de matéria extracontratual no termos do artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento Bruxelas I *Bis*.

Assim chega o TJUE à conclusão geral do Acórdão *Wikingerhof v. Booking.com*, respondendo à questão prejudicial que lhe foi colocada: o artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento Bruxelas I *Bis* entende-se aplicável a ações destinadas a fazer cessar determinados comportamentos configurantes de uma violação do direito da concorrência como o abuso de posição dominante, ainda que tais comportamentos tenham sido adotados no âmbito de uma relação contratual (par. 37).

Destaca-se ainda o par. 38 do acórdão, onde o tribunal europeu aproveita para salientar os objetivos de proximidade e de boa administração da justiça subjacentes ao artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento⁵.

4. CONCLUSÕES FINAIS

O Acórdão *Wikingerhof v. Booking.com* representa outro passo em frente do TJUE à consolidação do *private enforcement* do Direito da Concorrência

5 Princípios que, a nosso ver, muito importam para aferir o mérito desta decisão ao nível do cumprimento do princípio da efetividade e do direito fundamental de acesso à justiça, como explicaremos *infra*.

no espaço comunitário, em especial no que toca à *trend* atual de reforço do direito de acesso a tutela jurisdicional por parte dos lesados por práticas anti concorrenciais.

Deste acórdão é finalmente possível extrair, sem quaisquer reservas, que o TJUE é contra a máxima de que a mera existência de um contrato entre as partes excluiria a hipótese de jurisdição extracontratual na matéria do mesmo, no que se afigura (como apontado *supra*) um oportuno e valioso afluoramento – a nosso ver acertado – da jurisprudência *Brosgitter*, expressamente estendendo o critério diferencial para a matéria concorrencial do abuso da posição dominante através da aplicação do critério da indispensabilidade previsto neste de forma *a contrario*.

Pronunciando-se o TJUE no sentido de caracterização das ações inibitórias com base em condutas qualificáveis como abuso de posição dominante como ações de cariz extracontratual, perfilhamos a conclusão de que – *mutatis mutandis* – a mesmo *ratio* será aplicável às ações de indemnização por danos derivados de abuso de posição dominante: em ambas as ações, o lesado procura compensação dos danos provocados por uma infração do Direito da Concorrência, ao invés de uma infração contratual.⁶

Fica patente neste acórdão a colocação das ações relacionadas com o abuso de posição dominante em pé de igualdade com as ações relativas a cartéis (que conheceram tal desenvolvimento com o Acórdão *Hydrogen Peroxide*⁷ e o mais recente *Tibor-Trans*⁸ no âmbito do caso do cartel dos camiões), tendo o hipotético lesado em ambas a faculdade de escolher interpor ação pela regra geral do artigo 4.º do Regulamento Bruxelas I *Bis* (Estado-Membro do acusado) ou pela regra especial do artigo 7.º, n.º 2 do mesmo diploma (onde ocorreu o facto danoso), respeitando-se os objetivos do diploma de proximidade jurisdicional do sujeito lesado e da boa administração da justiça – destacados pelo presente acórdão. Julgou corretamente o TJUE neste sentido.

Acreditamos também, pela influência dos supramencionados objetivos, que esta solução é não só a mais adequada, como também a única que salvaguarda o *effet utile* do artigo 102.º (e 101.º, em casos análogos de cartéis) do TFUE. A inaplicabilidade do artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento Bruxelas I *Bis*,

6 Barennes, M., 2020. *The Booking Judgment Adopted By The ECJ: Greater Access To Justice For Victims Of Abuses Of A Dominant Digital Platform*. Kluwer Competition Law Blog. Disponível em: <<http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/11/26/the-booking-judgment-adopted-by-the-ecj-greater-access-to-justice-for-victims-of-abuses-of-a-dominant-digital-platform/>> [26 novembro 2020].

7 C-352/13, *Hydrogen Peroxide*, EU:C:2015:335.

8 C-451/18, *Tibor-Trans*, EU:C:2015:335.

em casos pan-europeus de infração do Direito da Concorrência, pode gerar situações em que o lesado terá de interpor a sua ação em tribunais ligados a um idioma diferente do seu, e/ou até um ordenamento jurídico completamente diferente, o que afiguramos ser uma clara violação do princípio da efetividade⁹, bem como uma injustificada e inadmissível restrição ao direito fundamental do acesso à justiça do lesado. É previsível, *prima facie*, que o autor do processo de *private enforcement* faça valer este recente entendimento jurisprudencial para conseguir litigar no seu Estado-Membro de origem, salvo quaisquer especificidades concretas de dado caso.

Em termos finais, vale a pena relembrar que cabe aos tribunais nacionais ponderar caso a caso a verificação do critério de aplicação do artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento. Não obstante a sua aparente simplicidade, a questão da indispensabilidade da interpretação do contrato para classificar a conduta como ilegal ainda dará muito que falar, considerando as diferenças sistémico-jurídicas de cada Estado-Membro da União Europeia. Os tribunais terão grande margem de apreciação, o que se revelará fulcral aquando do aparecimento de verdadeiros *hard cases*. Ademais, o previsto impacto deste Acórdão poderá ser mitigado (apesar de tal não ter acontecido no litígio sub-júdice devido à sua inaplicabilidade *in casu*) mediante a prática de introdução de cláusula jurisdicional válida nos contratos – entendimento apoiado na jurisprudência *Apple v. Ebizcuss.com*¹⁰ – pelo que deverá ser prestada especial atenção à *fine print* do contrato pelas partes contraentes.

Resta apelar a tais órgãos jurisdicionais para decidirem conforme o princípio da efetividade e com respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos europeus, promovendo o desenvolvimento do *private enforcement* do Direito da Concorrência e (se e quando necessário) o diálogo juiz-a-juiz através do mecanismo de reenvio prejudicial com o Tribunal da Justiça da União Europeia.

9 Princípio aqui aplicado fora do âmbito da autonomia processual dos Estados Membros, à luz de entendimento lato que defendemos existir em relação à dicotomia Direito Primário / Direito Secundário da União Europeia (terá o segundo que respeitar o efeito útil das disposições do primeiro, *mutatis mutandis* com o que acontece no campo da autonomia processual dos Estados Membros).

10 C-595/17, *Apple Sales International*, EU:C:2018:854; onde podemos verificar que “a aplicação, a uma ação de indemnização intentada (...) ao abrigo do artigo 102.º TFUE, de uma cláusula atributiva de jurisdição contida no contrato que vincula as partes não está excluída pelo simples facto de essa cláusula não se referir expressamente aos litígios relativos à responsabilidade decorrente de uma infração ao direito da concorrência” (par. 30).