

Processo C-59/19

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

29 de janeiro de 2019

Órgão jurisdicional de reenvio:

Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal, Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

11 de dezembro de 2018

Recorrente em «Revision»:

Wikingerhof GmbH & Co. KG

Recorrida em «Revision»:

Booking.com BV

BUNDESGERICHTSHOF [Supremo Tribunal Federal]

DESPACHO

[Omissis]

de

11 de dezembro de 2018

no litígio

Wikingerhof GmbH & Co. KG, *[omissis]* Kropp,

autora e recorrente em «Revision»,

[Omissis]

contra

Booking.com BV, *[omissis]* Amesterdão (Países Baixos),

ré e recorrida em «Revision»

[*Omissis*]

em 11 de dezembro de 2018 [*omissis*], a Secção de Concorrência do Bundesgerichtshof

decidiu:

- I. Suspender a instância.
- II. Submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia, em aplicação do artigo 267.º TFUE, a seguinte questão prejudicial relativa à interpretação do direito da União:

Deve o artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO 2012, L 351, p. 1), ser interpretado no sentido de que pode aplicar-se a regra da competência do foro em matéria de responsabilidade extracontratual no caso de uma ação destinada a fazer cessar determinados comportamentos, quando o comportamento contestado estiver abrangido por disposições contratuais, mas o autor alegar que essas disposições assentam numa exploração abusiva de uma posição dominante do réu no mercado?

Fundamentos:

- 1 A. A autora explora um hotel em Schleswig-Holstein. A ré, que tem a sua sede nos Países Baixos, explora uma plataforma de reserva de hotéis.
- 2 Em março de 2009, a autora assinou um formulário contratual apresentado pela ré, no qual se indicava, designadamente:

«Cláusulas contratuais gerais

O hotel declara ter recebido da Booking.com uma cópia da versão 0208 das cláusulas contratuais gerais [...]. Estas encontram-se em linha em Booking.com [...]. O hotel confirma que leu, compreendeu e aceitou as cláusulas. As cláusulas fazem parte integrante do presente contrato [...]

- 3 As cláusulas contratuais gerais preveem, nomeadamente, que a ré disponibiliza ao hotel um sistema de Internet designado «Extranet» através do qual se pode atualizar as informações sobre o hotel e obter dados sobre as reservas. As cláusulas contratuais gerais contêm igualmente uma regra, segundo a qual o foro competente para todos os litígios decorrentes do contrato, com exceção de litígios em matéria de pagamentos e faturação, é Amesterdão.
- 4 Posteriormente, a ré alterou várias vezes as suas cláusulas contratuais gerais, disponíveis na Extranet. A autora opôs-se por escrito à inclusão de uma versão das

cláusulas contratuais gerais que a ré deu a conhecer aos seus parceiros contratuais por mensagem de correio eletrónico de 25 de junho de 2015.

- 5 A autora considera que empresas hoteleiras de pequena dimensão como a sua são obrigadas a celebrar um contrato com a ré, devido à sua forte posição no mercado de intermediação de reservas através de portais de reserva de hotéis. Considera determinados comportamentos da ré relacionados com a intermediação de reservas de hotéis um obstáculo desleal e, assim, contrários ao direito da concorrência.
- 6 A autora pediu que a ré fosse condenada, sob cominação da aplicação de determinadas sanções legais, a abster-se de:
 - indicar, na plataforma de reserva de hotéis, um preço correspondente ao hotel da autora, fazendo referência a um desconto ou a um preço reduzido, sem o consentimento prévio da autora,
 - ocultar total ou parcialmente os dados de contacto dos contratantes da autora obtidos através da plataforma de reserva de hotéis e de lhe exigir que contacte com os contratantes por intermediação apenas através das funções de contacto próprias à ré,
 - condicionar o aparecimento do hotel em pesquisas à concessão de uma comissão superior a 15%.
- 7 A autora alega que, na medida em que este comportamento está abrangido pelas cláusulas contratuais gerais apresentadas pela ré, só o aceitou devido à posição dominante da ré no mercado.
- 8 A ré contestou, *inter alia*, a competência territorial e internacional do Landgericht Kiel (Tribunal Regional de Kiel, a seguir «LG Kiel») chamado a pronunciar-se. O LG Kiel julgou a ação improcedente por falta de competência territorial e internacional. O recurso interposto pela autora não teve provimento. A autora contesta esta apreciação através do recurso de «Revision» admitido pela presente Secção.
- 9 B. A decisão sobre o recurso de «Revision» depende da interpretação do artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO 2012, L 351, p. 1, a seguir «Regulamento n.º 1215/12»). Por conseguinte, antes de ser proferida uma decisão sobre o recurso, a instância deverá ser suspensa e deverá ser submetido ao Tribunal de Justiça da União Europeia um pedido de decisão prejudicial, nos termos do artigo 267.º, primeiro parágrafo, alínea b), e terceiro parágrafo, TFUE.
- 10 I. A título de fundamentação da sua decisão, o tribunal de recurso referiu, em substância, o seguinte:

- 11 Na ação intentada não foi reconhecida competência territorial e internacional ao tribunal chamado a pronunciar-se. Não é o foro do lugar do cumprimento (artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1215/12), nem o foro da responsabilidade extracontratual (artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1215/12). Por conseguinte, não está em causa a questão de saber se houve um pacto atributivo de jurisdição válido.
- 12 De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, é necessária uma interpretação estrita do artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1215/12. A norma diz respeito apenas às ações que têm em vista a responsabilidade da ré e que não estejam relacionadas com matéria contratual. Para tal, não é suficiente que exista uma relação contratual entre as partes. No entanto, há uma conexão com o contrato se o comportamento censurado puder ser considerado um incumprimento das obrigações contratuais, tal como podem ser determinadas atendendo ao objeto do contrato. Em princípio, é esse o caso quando uma interpretação do contrato se afigura indispensável para determinar se o comportamento censurado é legal ou ilegal. Portanto, os pedidos formulados na ação não configuram pedidos extracontratuais na aceção do artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1215/12. A ação visa uma alteração do conteúdo do contrato e dos comportamentos da ré. Os litígios entre as partes tiveram origem nas suas relações contratuais. O objeto do litígio não era, por isso, apenas um qualquer comportamento anticoncorrencial da ré completamente fora do contrato. Os direitos e obrigações da ré devem ser determinados nos termos do contrato. As questões suscitadas pela autora através do pedido inibitório não se poderiam colocar sem uma celebração prévia do contrato entre as partes. O mesmo se aplica a uma apreciação ao abrigo do direito da concorrência. O objeto do litígio não tem por objeto direitos em matéria contratual, mas sim um contrato, uma vez que se trata de esclarecer se este existe, no todo ou em parte.
- 13 II. O recurso de «Revision» será procedente se o LG Kiel for territorial e internacionalmente competente. Por isso, torna-se decisivo saber se o tribunal de recurso negou, com razão, a competência deste tribunal em conformidade com o artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1215/12.
- 14 1. O tribunal de recurso deixou em aberto a questão de saber se falta, desde logo, competência ao LG Kiel por as partes terem celebrado um pacto atributivo de jurisdição válido. No entanto, esta deve ser respondida negativamente.
- 15 A cláusula atributiva de jurisdição estava contida nas cláusulas contratuais gerais da ré. O LG Kiel considerou, a este respeito, que não estão preenchidos os requisitos previstos no artigo 25.º, n.º 1, terceira frase, alínea a), e n.º 2 do Regulamento n.º 1215/12, uma vez que faltou a comunicação por via eletrónica das cláusulas contratuais gerais que permite um registo duradouro do acordo. Esta apreciação não é posta em causa em sede de recurso de «Revision».
- 16 Segundo o entendimento do LG Kiel, foi celebrado um pacto atributivo de jurisdição, nos termos do artigo 25.º, n.º 1, terceira frase, alínea b), do

Regulamento n.º 1215/12 de acordo com os usos que as partes estabeleceram entre si, entendimento com o qual esta Secção não concorda. Por conseguinte, não se coloca nenhuma questão que careça de esclarecimento no plano do direito da União. Os usos, na aceção desta disposição, só podem substituir a forma escrita habitualmente exigida e não o acordo das partes *[omissis]*. Neste sentido, o LG Kiel constatou apenas que após a celebração do contrato houve repetidamente alterações das cláusulas contratuais gerais. Em contrapartida, não se verificou se estas alterações foram inseridas na Extranet e de que forma a autora reagiu a este respeito, em especial, se concordou com esta forma de transmissão de informações. Pelo contrário, o tribunal de recurso considerou, a este respeito, que as partes estão em desacordo quanto à questão de saber se a autora tomou conhecimento de cada uma das alterações às cláusulas contratuais gerais.

- 17 2. O recurso de «Revision» não contesta a afirmação do tribunal de recurso de que a competência do tribunal chamado a pronunciar-se não resulta do artigo 7.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 1215/12. Esta apreciação também não é posta em causa em sede de recurso de «Revision».
- 18 3. Segundo o recurso de «Revision», o tribunal de recurso negou indevidamente a competência em matéria extracontratual ao abrigo do artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento n.º 1215/12. Só se invoca validamente um direito contratual se o pedido também se basear, pelo menos, num compromisso livremente assumido pelas partes. Ora, isto não se verificou no processo principal. Assim, suscita-se a questão formulada no dispositivo que carece de esclarecimento no plano do direito da União.
- 19 a) Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, a competência nos termos do artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1215/12 não depende apenas da questão de saber se a ação em causa é de natureza extracontratual, nos termos do direito nacional do Estado-Membro. Para tal ação, o foro do artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1215/12 também não é aplicável, se esta tiver como base «matéria contratual» na aceção do artigo 7.º, n.º 1, alínea a), do mesmo regulamento. Por sua vez, o conceito de contrato refere-se a compromissos livremente assumidos em relação a outras pessoas (Acórdão do Tribunal de Justiça, de 17 de setembro de 2002, Tacconi, C-334/00, n.º 23; Acórdão de 20 de janeiro de 2005, Engler, C-27/02, n.ºs 50 e segs.).
- 20 Os conceitos de «matéria contratual» na aceção do artigo 7.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 1215/12, e de «matéria extracontratual», na aceção do artigo 7.º, n.º 2 do Regulamento n.º 1215/12 são autónomos e devem ser interpretados tendo sobretudo em conta o sistema e os objetivos do referido regulamento, de modo a assegurar a sua aplicação uniforme em todos os Estados-Membros (Acórdão do Tribunal de Justiça, de 27 de setembro de 1988, Kalfelis, C-189/87, n.ºs 15 e segs.; Acórdão de 18 de julho de 2013, ÖFAB, C-147/12, *[omissis]* n.º 27). Consequentemente, no caso de uma ação cível, na qual é pedida indemnização é necessário avaliar, se os direitos invocados revestem, independentemente da sua qualificação no direito nacional, natureza contratual (Acórdão do Tribunal de

Justiça, de 13 de março de 2014, C-548/12, Brogsitter [*omissis*] n.º 21, Acórdão de 10 de setembro de 2015, Holtermann Ferho Exploitatie, C-47/14, [*omissis*] n.ºs 70 e segs.; Acórdão de 14 de julho de 2016, Granarolo, C-196/15, [*omissis*] n.ºs 20 e segs.). O mesmo se aplica às ações inibitórias (Acórdão do Tribunal de Justiça, de 1 de outubro de 2002, Henkel; Acórdão de 5 de fevereiro de 2004, DFDS Torline, C-18/02, n.º 27).

- 21 Com efeito, não pode ser admitida uma natureza contratual dos direitos invocados apenas e só porque uma das partes contratantes intentou uma ação de responsabilidade civil contra a outra. Mesmo no caso de esta ação ter natureza extracontratual ao abrigo do direito nacional, a mesma diz, no entanto, respeito a matéria contratual, na aceção do artigo 7.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento n.º 1215/12, quando o comportamento contestado puder ser considerado um incumprimento das obrigações contratuais, determinadas tendo em conta o objeto do contrato. É o caso, *a priori*, se a interpretação do contrato for indispensável para estabelecer o caráter lícito ou, pelo contrário, o caráter ilícito do comportamento censurado à ré pela autora (Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de março de 2014, Brogsitter, C-548/12, n.ºs 23 e segs.).
- 22 b) No processo principal, as partes estão em desacordo quanto à questão de saber se a ré detém uma posição dominante no mercado em relação à autora e se a usa de modo abusivo em violação das disposições do direito da concorrência. Nesse contexto, a autora alega que quando a ré classifica os preços da autora como reduzidos ou com desconto, não dispõe de uma base contratual eficaz para esta atuação. Os outros dois comportamentos, cuja abstenção se pretende com a ação, estão abrangidos pelas cláusulas contratuais gerais, mas a autora só aceitou celebrar o contrato com base nestas condições, por não ter outra opção devido à posição dominante no mercado da ré.
- 23 c) Em princípio, é inquestionável que podem ser invocados direitos em matéria extracontratual na aceção do artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1215/12, se forem ações indemnizatórias ou inibitórias, baseadas no facto de o comportamento impugnado dever ser classificado como exploração abusiva de uma posição dominante no mercado na aceção do artigo 102.º TFUE ou de uma disposição correspondente do direito nacional da concorrência (Acórdão do Tribunal de Justiça, de 5 de julho de 2018, flyLAL-Lithuanian Airlines, C-27/17, n.ºs 51 e segs.). Tal comportamento abusivo pode consistir, em especial, no facto de uma empresa com uma posição dominante no mercado condicionar o estabelecimento de relações contratuais, ao facto de o contrato incluir cláusulas contratuais gerais não equitativas [artigo 102.º, n.º 2, alínea a), TFUE, [*omissis*]].
- 24 Ao contrário do tribunal de recurso, esta Secção tende a considerar que uma apreciação diferente também não é adequada, se a autora no momento da propositura da ação já tiver estabelecido relações contratuais com a empresa que alega ser a empresa dominante no mercado, sendo equacionável que o comportamento contestado esteja abrangido pelas disposições contratuais, embora a autora conteste essas disposições por não serem equitativas e alegue que não as

aceitou voluntariamente, mas sim devido à posição dominante no mercado da ré. De facto, a interpretação do contrato não está em primeiro plano no litígio entre as partes, mas sim a questão de saber se a imposição de determinadas condições contratuais ou a sua invocação por uma empresa (presumivelmente) dominante no mercado deve ser considerada abusiva e, portanto, contrária às disposições do direito da concorrência.

[Omissis]

DOCUMENTO DE TRABALHO