

Processo C-264/23

**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1,
do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça**

Data de entrada:

24 de abril de 2023

Órgão jurisdicional de reenvio:

Rechtbank Amsterdam (Tribunal de Primeira Instância de
Amesterdão, Países Baixos)

Data da decisão de reenvio:

22 de fevereiro de 2023

Demandantes:

Booking.com BV

Booking.com (Alemanha) GmbH

Demandadas:

25hours Hotel Company Berlin GmbH

Aletto Kudamm GmbH

Air-Hotel Wartburg Tagungs- & Sporthotel GmbH

Andel's Berlin Hotelbetriebs GmbH

Angleterre Hotel GmbH & Co. KG

Atrium Hotelgesellschaft mbH

Azimut Hotelbetrieb Köln GmbH & Co. KG

Barcelo Cologne GmbH

Business Hotels GmbH

Cocoon München GmbH

DJC Operations GmbH

Dorint GmbH
Eleazar Novum GmbH
Empire Riverside Hotel GmbH & Co. KG
Explorer Hotel Fischen GmbH & Co. KG
Explorer Hotel Nesselwang GmbH & Co. KG
Explorer Hotel Schönau GmbH & Co. KG
Fleming's Hotel Management und Servicegesellschaft mbH & Co. KG
G. Stürzer GmbH Hotelbetriebe
Hotel Bellevue Dresden Betriebs GmbH
Hotel Europäischer Hof W.A.L. Berk GmbH & Co KG
Hotel Hafen Hamburg. Wilhelm Bartels GmbH & Co. KG
Hotel John F GmbH
Hotel Obermühle GmbH
Hotel Onyx GmbH
Hotel Rubin GmbH
Hotel Victoria Betriebs- und Verwaltungs GmbH
Hotel Wallis GmbH
i31 Hotel GmbH
IntercityHotel GmbH
ISA Group GmbH
Kur-Cafe Hotel Allgäu GmbH
Lindner Hotels AG
M Privathotels GmbH & Co. KG
Maritim Hotelgesellschaft mbH
MEININGER Shared Services GmbH

Oranien Hotelbetriebs GmbH
Platzl Hotel Inselkammer KG
prize Deutschland GmbH
Relaxa Hotel GmbH
SANA BERLIN HOTEL GmbH
SavFra Hotelbesitz GmbH
Scandic Hotels Deutschland GmbH
Schlossgarten Hotelgesellschaft mbH
Seaside Hotels GmbH & Co. KG
SHK Hotel Betriebsgesellschaft mbH
Steigenberger Hotels GmbH
Sunflower Management GmbH & Co. KG
The Mandala Hotel GmbH
The Mandala Suites GmbH
THR Hotel am Alexanderplatz Berlin Betriebs- und Management GmbH
THR III Berlin Prager-Platz Hotelbetriebs- und Beteiligungsgesellschaft mbH
THR München Konferenz und Event Hotelbetriebs- und Management GmbH
THR Rhein/Main Hotelbetriebs- und Beteiligungs-GmbH
THR XI Berlin Hotelbetriebs- und Beteiligungsgesellschaft mbH
THR XXX Hotelbetriebs- und Beteiligungs-GmbH
Upstalsboom Hotel + Freizeit GmbH & Co. KG
VI VADI HOTEL Betriebsgesellschaft mbH & Co. KG
Weissbach Hotelbetriebsgesellschaft mbH
Wickenhäuser & Egger AG

Wikingerhof GmbH & Co. KG

Hans-Hermann Geiling, Hotel Präsident

Karl Herfurtner (Hotel Stadt München e.K.)

Objeto do processo principal

As demandantes pedem a declaração de que não agiram ilegalmente em virtude das cláusulas de paridade por si utilizadas. As demandadas pedem a declaração de que as demandantes violaram o direito europeu da concorrência ao utilizar as referidas cláusulas de paridade.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

O órgão jurisdicional de reenvio submete, nos termos do artigo 267.º TFUE, questões prejudiciais relativas às cláusulas de paridade à luz do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, e pergunta, nomeadamente, se as referidas cláusulas devem ser consideradas uma restrição acessória ou uma violação importante do referido artigo. Neste último caso, considera necessário obter elementos de interpretação para determinar o mercado relevante das transações mediadas por serviços de plataforma hoteleira em linha no âmbito da eventual aplicação do Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (JO 2010, L 102, p. 1).

Questões prejudiciais

1 As cláusulas de paridade ampla e restrita constituem uma restrição acessória no contexto do artigo 101.º, n.º 1, TFUE?

2 No âmbito da aplicação do Regulamento (UE) n.º 330/2010, como deve ser definido o mercado relevante nos casos em que as transações são mediadas através de uma plataforma de agência de viagens em linha [*online travel agency platform*, OTA)], na qual os estabelecimentos de alojamento podem oferecer quartos e entrar em contacto com viajantes, os quais podem reservar quartos através da plataforma?

Disposições de direito da União invocadas

Artigo 101.º, n.ºs 1 e 3, TFUE

Regulamento (UE) n.º 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (JO 2010, L 102, p. 1)

Regulamento (UE) 2022/1925 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de setembro de 2022, relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital e que altera as Diretivas (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Regulamento dos Mercados Digitais) (JO 2022, L 265, p. 1)

Comunicação da Comissão, de 9 de dezembro de 1997, relativa à [definição] de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (JO 1997, C 372, p. 5)

Comissão Europeia, Staff Working Document, «*Evaluation of the Vertical Block Exemption*» [«Avaliação da isenção por categoria vertical»], SWD (2020) 172 final, de 8 de setembro de 2020

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 A Booking.com BV explora uma plataforma em linha de reserva de alojamento e apoia-se, para o desenvolvimento da sua atividade, nomeadamente na Booking.com Alemanha (a seguir, conjuntamente, «demandantes»). As demandantes não especificam quais os quartos oferecidos na plataforma e a que preço, sendo tal determinado pelos próprios estabelecimentos de alojamento. Na plataforma das demandantes, os viajantes podem procurar, comparar e reservar alojamentos. As demandantes oferecem ainda serviços complementares, designadamente um serviço de apoio ao cliente e um sistema de avaliação. A plataforma é gratuita para os viajantes e tem interesse para os estabelecimentos de alojamento devido aos efeitos de rede (indiretos), em especial à medida que a plataforma é utilizada por um número crescente de viajantes.
- 2 Os estabelecimentos de alojamento, incluindo os oferecidos pelas demandadas, sociedades de direito alemão que são proprietárias de hotéis ou que exploram hotéis, pagam uma comissão às demandantes quando o viajante reserva um alojamento e não o anula. Para além da plataforma, os estabelecimentos de alojamento podem utilizar outros canais de venda alternativos em linha e fora de linha para os seus quartos («*multihoming*»).
- 3 Até 1 de julho de 2015, as demandantes utilizavam, nos contratos celebrados com estabelecimentos de alojamento, uma denominada «cláusula de paridade ampla». Ao abrigo da referida cláusula, não era permitido aos estabelecimentos de alojamento oferecer, nos seus próprios canais de venda ou nos canais de venda explorados por terceiros, quartos a preços inferiores aos oferecidos na plataforma das demandantes.

- 4 Num processo contra outro serviço de plataforma hoteleira em linha, o Bundeskartellamt (Autoridade da Concorrência alemã) considerou, por Decisão de 20 de dezembro de 2013, que uma cláusula de paridade ampla, semelhante à das demandantes, violava a proibição de acordos, decisões e práticas concertadas europeia e alemã e emitiu uma ordem de cessação da sua utilização. A referida decisão foi confirmada em sede de recurso pelo Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Düsseldorf, Alemanha).
- 5 Em 1 de julho de 2015, com o acordo das autoridades francesas, italianas e suecas da concorrência, as demandantes substituíram a cláusula de paridade ampla por uma cláusula de paridade restrita (a seguir, conjuntamente, «cláusulas de paridade»). Por força da cláusula de paridade restrita, não era permitido aos estabelecimentos de alojamento oferecer quartos nos seus próprios canais de venda a um preço inferior ao praticado na plataforma das demandantes. A referida cláusula de paridade restrita foi incluída nos contratos celebrados com os estabelecimentos de alojamento até 1 de fevereiro de 2016.
- 6 Por Decisão de 22 de dezembro de 2015, o Bundeskartellamt (Autoridade da Concorrência alemã) considerou que a cláusula de paridade restrita das demandantes era contrária ao direito europeu e alemão da concorrência e emitiu uma ordem de cessação da sua utilização.
- 7 As demandantes interpuseram recurso da referida decisão no Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Düsseldorf), que, na sua Decisão de 4 de junho de 2019, considerou, nomeadamente, que a cláusula de paridade restrita, embora restritiva da concorrência, era necessária para atribuir uma remuneração equitativa aos serviços prestados pelas demandantes. Por conseguinte, o Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Regional Superior de Düsseldorf) considerou que a cláusula de paridade restrita não era contrária à proibição alemã e europeia dos acordos, decisões e práticas concertadas e anulou a injunção de cessação do Bundeskartellamt (Autoridade da Concorrência alemã).
- 8 Em sede de recurso de cassação, o Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça Federal, Alemanha) decidiu, por Despacho de 18 de maio de 2021, que a cláusula de paridade restrita restringia significativamente a concorrência entre os serviços de plataformas hoteleiras no mercado dos serviços de plataformas hoteleiras e entre os hotéis no mercado dos quartos de hotel. O Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça Federal) afirma igualmente que a cláusula de paridade restrita não pode ser qualificada de restrição acessória e não está isenta nos termos do Regulamento (UE) n.º 330/2010 ou da isenção legal da proibição europeia ou alemã de acordos, decisões e práticas concertadas.
- 9 Além disso, em 2020, foi igualmente intentada uma ação coletiva por um grande número de estabelecimentos de alojamento alemães (e não pelas demandadas), destinada a indemnizar os hotéis em questão pelo prejuízo que alegam ter sofrido devido às cláusulas de paridade e ao abuso de posição dominante cometidos pelas demandantes (a seguir: «iniciativa daBeisein»). Por requerimento de citação de 31

de março de 2021, as demandantes intentaram uma ação no Landgericht Berlin (Tribunal Regional de Berlim, Alemanha) contra os estabelecimentos de alojamento inscritos na iniciativa daBeisein. No momento da apresentação do presente pedido de decisão prejudicial, o referido processo encontra-se ainda pendente.

- 10 Através do processo principal pendente no órgão jurisdicional de reenvio neerlandês, as demandantes pretendem obter a declaração de que não agiram ilicitamente mediante a utilização das cláusulas de paridade. Em contrapartida, as demandadas pedem a declaração de que as demandantes violaram o artigo 101.º, n.º 1, TFUE em virtude da utilização das referidas cláusulas de paridade e que agiram, portanto, de forma ilícita.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

Restrição acessória

- 11 As **demandantes** alegam que as cláusulas de paridade constituem uma restrição acessória, uma vez que os acordos celebrados entre elas e os estabelecimentos de alojamento têm efeitos positivos ou neutros sobre a concorrência e que as referidas cláusulas são inerentes e necessárias à prestação de serviços.
- 12 As demandantes alegam que as cláusulas de paridade foram instituídas para evitar a utilização abusiva e não remunerada dos serviços da sua plataforma de reserva em linha (o denominado comportamento de «*free riding*» ou parasitismo). Com efeito, na falta de tais cláusulas, os viajantes e os estabelecimentos de alojamento poderiam beneficiar dos investimentos das demandantes nas funções de busca e de comparação, e as demandantes não poderiam recuperar os referidos investimentos.
- 13 As **demandadas** contestam que as cláusulas de paridade sejam uma restrição acessória. Alegam que a cláusula de paridade restrita não é indispensável, uma vez que a sua abolição em 2016 não teve efeitos negativos notórios nas atividades das demandantes. Além disso, invocam o facto de as demandantes não demonstrarem a inexistência de meios menos restritivos para contrariar o parasitismo.

Delimitação do mercado

- 14 Segundo as **demandantes**, o mercado da reserva e de distribuição de alojamentos de viagens é o mercado relevante. Sublinham que a plataforma de reserva em linha é uma plataforma bilateral, em que tanto para os hotéis como para os viajantes, os diferentes canais de distribuição em linha e fora de linha são substituíveis e constituem, por conseguinte, um mesmo mercado.
- 15 As **demandadas** sustentam que existe um mercado distinto (alemão) dos serviços de plataformas hoteleiras em linha, uma vez que só estas plataformas oferecem os serviços combinados da pesquisa, da comparação e da reserva. A distribuição em

linha de quartos de hotel não é, portanto, substituível pela distribuição fora de linha.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

Questão 1

- 16 O órgão jurisdicional de reenvio observa que não existe apenas desacordo entre as demandantes e as demandadas quanto à questão de saber se uma cláusula de paridade está excluída do âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, enquanto restrição acessória. É o que resulta das decisões do Bundeskartellamt (Autoridade da Concorrência alemã), do Oberlandesgericht (Tribunal Regional Superior) e do Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal de Justiça Federal) relativas às cláusulas de paridade.
- 17 O órgão jurisdicional de reenvio salienta, além disso, que tanto a cláusula de paridade ampla como a cláusula de paridade restrita são atualmente proibidas por lei na Bélgica, na França, na Itália e na Áustria e refere o processo atualmente pendente no Landgericht Berlin (Tribunal Regional de Berlim) onde está em causa a mesma problemática. A resposta à primeira questão é, pois, necessária para evitar decisões contraditórias na União.

Questão 2

- 18 O órgão jurisdicional de reenvio considera que, à luz dos desenvolvimentos no domínio do direito europeu da concorrência, subsistem dúvidas quanto à forma como deve ser definido o mercado dos serviços de plataformas hoteleiras em linha.
- 19 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, resulta da Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, de 9 de dezembro de 1997, que a substituíbilidade do lado da procura é importante para efeitos da definição do mercado relevante de um determinado produto. As funcionalidades do produto específicas dos serviços de plataforma hoteleira em linha — designadas pelas demandadas como «pesquisa, comparação e reserva» — constituem certamente uma orientação para a definição do mercado relevante, mas não são suficientes para definir este mercado.
- 20 O órgão jurisdicional de reenvio observa igualmente a dualidade dos argumentos das demandadas. Por um lado, as demandadas adotam a posição de que o canal de venda através do seu próprio sítio Web hoteleiro pertence a um mercado diferente; por outro, afirmam que a cláusula de paridade elimina a «concorrência horizontal» entre a distribuição em linha pela plataforma das demandantes e a distribuição direta pelos próprios hotéis. Resulta deste último argumento, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, que os hotéis estão sujeitos, através do seu próprio sítio Web, a uma pressão concorrencial por parte da plataforma das demandantes e que

o mercado é mais amplo do que o dos serviços de plataforma hoteleira em linha. Invoca igualmente, a este respeito, uma decisão da Comissão Europeia de 30 de maio de 2011 relativa à existência de um mesmo mercado para a distribuição em linha de bilhetes de avião através de serviços de plataformas em linha e dos próprios sítios Web das companhias aéreas (COMP/M.6163, C (2011) 3913, considerando 25).

- 21 Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio refere os desenvolvimentos recentes do direito europeu da concorrência que podem ser importantes para a definição do mercado. A Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência, de 9 de dezembro de 1997, será revista pela Comissão Europeia, já tendo sido publicado para o efeito um documento de trabalho (*Staff Working Document, Evaluation of the Vertical Block Exemption SWD (2020) 172 final*, de 8 de setembro de 2020). Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o conteúdo deste documento de trabalho inclina-se para a posição de que a ênfase deve ser menos colocada na definição do mercado e mais na identificação da pressão concorrencial que é exercida dos dois lados. Daqui resulta igualmente que a atenção solicitada pelas demandantes para uma abordagem diferente da sua posição enquanto plataforma bilateral receba um maior apoio. O órgão jurisdicional de reenvio refere igualmente o Regulamento (UE) 2022/1925 relativo à regulamentação das plataformas digitais, um regulamento recente que procura regulamentar o comportamento no mercado das maiores empresas que oferecem serviços essenciais de plataforma, quando as possibilidades anteriormente existentes para o efeito eram insuficientes.
- 22 O órgão jurisdicional de reenvio considera que, à luz dos desenvolvimentos acima referidos no domínio do direito europeu da concorrência, subsistem dúvidas quanto ao modo de definição do mercado no âmbito do artigo 101.º, n.º 1, TFUE.