



# Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL  
MICHAL BOBEK  
apresentadas em 28 de fevereiro de 2018<sup>1</sup>

**Processo C-27/17**

**AB flyLAL-Lithuanian Airlines, em liquidação  
contra  
Starptautiskā lidosta Rīga VAS  
Air Baltic Corporation A/S  
sendo intervenientes:  
ŽIA Valda AB,  
VA Reals AB,  
Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba**

[pedido de decisão prejudicial do Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal de Recurso, Lituânia)]

«Pedido de decisão prejudicial — Cooperação em matéria civil e comercial — Competência em matéria extracontratual — Acordos anticoncorrenciais — Perda de receitas provocada por atos anticoncorrenciais de concorrentes — Conceito de “lugar onde ocorreu [...] o facto danoso” — Litígio decorrente de atos de exploração de uma sucursal, agência ou qualquer outro estabelecimento — Conceito de “atos de exploração de uma sucursal”»

## Índice

I. Introdução.....	2
II. Quadro jurídico .....	3
III. Matéria de facto, tramitação processual e questões prejudiciais .....	4
IV. Apreciação .....	6
A. Introdução .....	6
B. Segunda questão: O «lugar onde o dano se materializou» .....	7
1. «Facto danoso» e «dano» .....	7
2. Distorções da concorrência e «lugar onde o dano se materializou» .....	10

<sup>1</sup> Língua original: inglês.

a) Âmbito da proteção conferida e consistência com o direito aplicável .....	10
b) Qualquer mercado afetado? .....	11
c) A natureza e o lugar do dano específico .....	12
1) Regra geral: o dano financeiro está «a jusante» do facto danoso .....	13
2) «Lugar onde o dano se materializou» em processos de concorrência.....	13
3. Aplicação ao caso em apreço.....	15
4. Conclusão sobre a segunda questão .....	16
C. Primeira questão: Lugar da atividade causal do dano (e identidade das recorridas) .....	16
1. Diferenças entre causalidade para efeitos de competência e de substância .....	16
2. Causalidade para efeitos de competência em casos que envolvem factos complexos .....	17
3. Lugar onde decorreu a atividade causal do dano em ações de indemnização fundadas no direito da concorrência .....	18
a) Artigo 101.º TFUE .....	19
b) Artigo 102.º TFUE .....	20
4. Aplicação ao presente caso .....	20
a) Lugar onde decorreu a atividade causal do dano .....	21
b) Identidade das recorridas.....	21
5. Conclusão quanto à primeira questão.....	22
D. Terceira questão .....	22
1. Ratio legis e requisitos do artigo 5.º, n.º 5 .....	23
2. Existe uma «sucursal»? .....	23
3. Conexão com o litígio .....	23
V. Conclusão .....	25

## I. Introdução

1. A AB flyLAL — Lithuanian Airlines (a seguir «flyLAL») operava voos a partir o aeroporto de Viena na Lituânia até ter entrado em liquidação.

2. Segundo a flyLAL, o seu declínio foi provocado pelos preços predatórios (isto é, abaixo do custo) praticados pela companhia aérea letã Air Baltic Corporation A/S (a seguir «Air Baltic»). Esses preços predatórios faziam, alegadamente, parte de uma estratégia anticoncorrencial acordada entre a Air Baltic e a operadora do Starptautiskā lidosta Rīga (aeroporto internacional de Riga, na Letónia, a seguir «Aeroporto de Riga»). Assim, o Aeroporto de Riga e a Air Baltic acordaram reduzir drasticamente os preços pagos pela Air Baltic por serviços no aeroporto de Riga. As poupanças eram depois utilizadas pela Air Baltic para financiar os preços predatórios que expulsaram a flyLAL do mercado em Vídnius, Lituânia.

3. A flyLAL tentou uma ação de indemnização contra a Air Baltic e o Aeroporto de Riga perante os tribunais de Vídnius. O tribunal de primeira instância considerou que a Air Baltic e o Aeroporto de Riga haviam violado o direito da concorrência da União e nacional e condenou a Air Baltic (mas não o Aeroporto de Riga) a pagar uma indemnização de 16,1 milhões de euros, acrescida de juros. A Air Baltic e o Aeroporto de Riga (a seguir «recorridas») recorreram dessa decisão para o Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal de Recurso, Lituânia), contestando a competência dos tribunais lituanos para julgar o litígio.

4. Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio submete três questões ao Tribunal de Justiça relativas à competência nos termos do Regulamento (CE) n.º 44/2001<sup>2</sup>. Dizem respeito, em substância, ao lugar onde ocorreu o facto danoso, à questão de saber se a perda de lucros conta como «dano» para efeitos da determinação da competência e à questão de saber se o litígio pode ser considerado decorrente da exploração da sucursal da Air Baltic na Lituânia.

## II. Quadro jurídico

5. Os considerandos 11 e 12 do Regulamento n.º 44/2001, que era aplicável à data dos factos, determinam o seguinte:

«(11) As regras de competência devem apresentar um elevado grau de certeza jurídica e devem articular-se em torno do princípio de que em geral a competência tem por base o domicílio do requerido e que tal competência deve estar sempre disponível, exceto em alguns casos bem determinados em que a matéria em litígio ou a autonomia das partes justificam outro critério de conexão. No respeitante às pessoas coletivas, o domicílio deve ser definido de forma autónoma, de modo a aumentar a transparência das regras comuns e evitar os conflitos de jurisdição.

(12) O foro do domicílio do requerido deve ser completado pelos foros alternativos permitidos em razão do vínculo estreito entre a jurisdição e o litígio ou com vista a facilitar uma boa administração da justiça.»

6. Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001:

«1. Sem prejuízo do disposto no presente regulamento, as pessoas domiciliadas no território de um Estado-Membro devem ser demandadas, independentemente da sua nacionalidade, perante os tribunais desse Estado.»

<sup>2</sup> Regulamento do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO 2001, L 12, p. 1).

7. O artigo 5.º do Regulamento n.º 44/2001, inserido na secção 2, «Competências especiais», determina o seguinte:

«Uma pessoa com domicílio no território de um Estado-Membro pode ser demandada noutro Estado-Membro:

[...]

3. Em matéria extracontratual, perante o tribunal do lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso;

[...]

5. Se se tratar de um litígio relativo à exploração de uma sucursal, de uma agência ou de qualquer outro estabelecimento, perante o tribunal do lugar da sua situação.»

### III. Matéria de facto, tramitação processual e questões prejudiciais

8. Em 2004, a flyLAL era a principal transportadora aérea a operar a partir do aeroporto de Víliaus. Em 2004, a Air Baltic, a principal transportadora aérea a operar a partir do Aeroporto de Riga também começou a operar voos a partir do aeroporto de Víliaus. Pelo menos alguns desses voos tinham os mesmos destinos que os oferecidos pela flyLAL.

9. Subsequentemente, a posição de mercado da flyLAL em Víliaus enfraqueceu, enquanto a da Air Baltic se reforçou. Na sequência de perdas financeiras significativas, a flyLAL foi colocada em liquidação.

10. A flyLAL considera que o seu declínio foi provocado pelos preços predatórios praticados pela Air Baltic em rotas a partir do aeroporto de Víliaus, dessa forma expulsando a flyLAL do mercado. Segundo a flyLAL, os preços predatórios foram financiados por descontos concedidos pelo Aeroporto de Riga relativamente a serviços prestados à Air Baltic no Aeroporto de Riga.

11. No que respeita a esses descontos, por decisão de 22 de novembro de 2006 proferida num processo distinto, o Latvijas Republikas Konkurences padome (Conselho da Concorrência letão) entendeu que o Aeroporto de Riga tinha introduzido um sistema de descontos, com efeitos a partir de 1 de novembro de 2004, que previa descontos de até 80% nos serviços de descolagem, aterragem e segurança de aeronaves. O Latvijas Republikas Konkurences padome (Conselho da Concorrência letão) declarou que o sistema de descontos infringia o artigo 82.º, alínea c), do Tratado CE [atualmente, artigo 102.º, alínea c), TFUE] e ordenou ao Aeroporto de Riga que deixasse de o aplicar.

12. A flyLAL intentou uma ação contra a Air Baltic e o Aeroporto de Riga no Víliaus apygardos teismas (Tribunal Regional, Víliaus, Lituânia), com vista a obter a declaração de que a conduta das recorridas consubstanciava um acordo proibido e um abuso de posição dominante, sendo contrária aos artigos 81.º e 82.º CE (atualmente artigos 101.º e 102.º TFUE<sup>3</sup>), bem como a condenação das recorridas no pagamento solidário da quantia de 57 874 768,30 euros a título de indemnização por danos financeiros.

13. Na contestação, as recorridas alegaram que eram pessoas coletivas registadas na República da Letónia e que, por conseguinte, o litígio tinha de ser julgado nos tribunais letões.

3 Por uma questão de simplicidade utilizarei a numeração pós-Lisboa dos artigos do Tratado no resto das presentes conclusões.

14. Por decisão de 27 de janeiro de 2016, o Vilniaus apygardos teismas (Tribunal Regional, Vínius) julgou a ação parcialmente procedente, condenando a Air Baltic a pagar à flyLAL uma indemnização no valor de 16 121 094 euros, acrescidos de juros calculados à taxa anual de 6% sobre o referido valor. Este negou provimento aos pedidos deduzidos separadamente pelos terceiros Žia Valda AB e VA Reals AB (a seguir «acionistas da flyLAL»). Também considerou que, nos termos do artigo 5.º, n.ºs 3 e 5, do Regulamento n.º 44/2001, o litígio tinha de ser julgado nos tribunais lituanos.

15. A flyLAL, a Air Baltic e o Aeroporto de Riga recorreram dessa decisão para o Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal Regional, Vínius). No seu recurso, a flyLAL pede que seja anulada a decisão do Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal Regional, Vínius) e que a ação seja julgada totalmente procedente. A recorrida Air Baltic pede que a decisão proferida em primeira instância seja anulada por violação das regras de competência e que não se conheça do mérito da ação. A Air Baltic alega que o litígio não está relacionado com a exploração da sua sucursal lituana e que, por conseguinte, o artigo 5.º, n.º 5, do Regulamento n.º 44/2001 não é aplicável. O artigo 5.º, n.º 3, do regulamento também não é aplicável, porquanto os atos ilícitos em causa não foram praticados na Lituânia. Além disso, esta última disposição não confere um direito de intentar uma ação nos tribunais do Estado onde ocorreram prejuízos indiretos, sob a forma de uma redução dos recursos financeiros. No seu recurso, o Aeroporto de Riga invoca essencialmente os mesmos argumentos da Air Baltic no que diz respeito à competência para apreciar o litígio.

16. O órgão jurisdicional de reenvio salienta que já foi decidido pelo Tribunal de Justiça, no seu Acórdão flyLAL I<sup>4</sup>, que se pronunciou sobre a questão de saber se o litígio entre as partes está abrangido pelo âmbito de aplicação do Regulamento n.º 44/2001, que o litígio tem natureza civil e comercial. O órgão jurisdicional de reenvio não tem, por conseguinte, dúvidas de que o Regulamento n.º 44/2001 é aplicável no caso em apreço. Não obstante, salienta que o Acórdão flyLAL I analisou apenas a questão da aplicação e da execução na República da Letónia das medidas provisórias ou cautelares aplicadas pelo Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal de Recurso, Lituânia). Contudo, não foi abordada a questão da competência quanto ao mérito da causa.

17. Tendo em conta o exposto, o Lietuvos apeliacinis teismas (Tribunal de Recurso, Lituânia) submete ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1. Em circunstâncias como as do presente caso, deve o conceito de “lugar onde ocorreu [...] o facto danoso”, na aceção do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento [n.º 44/2001], ser entendido como o lugar da celebração do acordo ilícito entre as recorridas que viola o artigo 82.º, alínea c), do Tratado que institui a Comunidade Europeia [artigo 102.º, alínea c), TFUE] ou como o lugar da prática dos atos pelos quais procederam à exploração da vantagem económica obtida com o referido acordo, através da aplicação de preços predatórios (subvenções cruzadas) quando estavam em concorrência com a recorrente nos mesmos mercados?
2. No presente caso, pode o dano (perda de receitas) sofrido pela recorrente devido aos atos ilícitos especificados das recorridas ser considerado um dano na aceção do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento [n.º 44/2001]?
3. Nas circunstâncias do presente caso, deve considerar-se que os atos de exploração da sucursal da Air Baltic Corporation na República da Lituânia constituem a exploração de uma sucursal na aceção do artigo 5.º, n.º 5, do Regulamento [n.º 44/2001]?»

4 Acórdão de 23 de outubro de 2014, flyLAL-Lithuanian Airlines (C-302/13, EU:C:2014:2319).

18. Foram apresentadas observações escritas pela flyLAL, pela Air Baltic, pelo Aeroporto de Riga, pela ŽIA Valda e pela VA Reals, pelos Governos letão e lituano e pela Comissão Europeia. Os interessados que participaram na fase escrita também apresentaram alegações orais na audiência realizada em 16 de novembro de 2017, com exceção da ŽIA Valda AB e da VA Reals AB.

#### IV. Apreciação

##### A. Introdução

19. Este processo suscita questões relativas à competência para apreciar uma ação de indemnização com uma cadeia de factos relativamente complexa. O órgão jurisdicional nacional e as partes referem três alegadas violações do direito da concorrência: i) abuso de posição dominante que consiste no sistema de descontos implementado pelo Aeroporto de Riga; ii) acordo anticoncorrencial entre o Aeroporto de Riga e a Air Baltic; e iii) abuso de posição dominante sob a forma de preços predatórios por parte da Air Baltic. Alegadamente, estas violações estavam interligadas, fazendo parte de uma estratégia para expulsar a flyLAL do mercado em Víliaus e transferir passageiros para o Aeroporto de Riga, em benefício tanto do Aeroporto de Riga como da Air Baltic.

20. Gostaria desde já de deixar claro que as presentes conclusões abordarão *apenas questões de competência* e não a aplicação substantiva do direito da concorrência da União no caso em apreço. Estas últimas considerações estão fora do âmbito das questões do órgão jurisdicional de reenvio.

21. Além disso, as orientações gerais dadas nas presentes conclusões relativamente à questão da competência são necessariamente bastante abstratas. Isso resulta não só da divisão de funções entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais, mas também porque a interação entre as três alegadas violações permanece pouco clara no despacho de reenvio. Em especial, na sua primeira questão e também na sua fundamentação, o órgão jurisdicional de reenvio refere a existência de um *acordo* que viola o artigo 102.º, alínea c), TFUE, apesar de esta disposição, por definição, dizer respeito a comportamentos unilaterais. Assim, embora procurem fornecer algumas orientações úteis ao órgão jurisdicional de reenvio, as presentes conclusões manter-se-ão necessariamente ao nível das hipóteses e das opções, que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar e aplicar ao processo, consoante for adequado.

22. No que diz respeito à competência internacional, a regra geral estabelecida no Regulamento n.º 44/2001 é a de que o litígio deve ser decidido pelo tribunal do lugar do domicílio do demandado (artigo 2.º, n.º 1). O artigo 5.º, n.º 3, deste regulamento prevê que uma pessoa também pode ser demandada, «em matéria extracontratual, perante o tribunal do lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso».

23. Segundo jurisprudência constante, a expressão «lugar onde ocorreu [...] o facto danoso» abrange simultaneamente «o lugar onde o dano se materializou» e «o lugar onde decorreu a atividade causal do dano», pelo que o demandado pode ser acionado nos tribunais de qualquer um desses lugares<sup>5</sup>.

24. A principal questão suscitada no caso em apreço é a de como essas duas alternativas - «o lugar onde o dano se materializou» e «o lugar onde decorreu a atividade causal do dano» - devem ser entendidas no presente contexto. Essas questões correspondem à segunda e primeira questões do órgão jurisdicional de reenvio, respetivamente. Considerá-las-ei em primeiro lugar (B e C), antes de me debruçar sobre a terceira questão, relativa à exploração de uma sucursal nos termos do artigo 5.º, n.º 5, do Regulamento n.º 44/2001 (D).

<sup>5</sup> Já no Acórdão de 30 de novembro de 1976, Bier (21/76, EU:C:1976:166, n.º 19); recentemente confirmado no Acórdão de 17 de outubro de 2017, Bolagsupplysningen e Ilsjan (C-194/16, EU:C:2017:766, n.º 29).

## B. Segunda questão: O «lugar onde o dano se materializou»

25. Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio interroga o Tribunal sobre o significado de «dano» (enquanto aspeto do «facto danoso») para efeitos da aplicação do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001. Especificamente, pergunta se o dano financeiro (perda de receitas) alegado pela flyLAL deve ser considerado um «dano» naquele sentido.

26. Entendo que o objetivo essencial desta questão é determinar se resulta implicitamente dessa disposição uma competência especial no lugar onde a perda de receitas ocorreu: a Lituânia.

27. Em meu entender, o lugar do dano financeiro (perda de receitas) não corresponde aqui ao «lugar onde o dano se materializou». Num caso como o presente, o «lugar onde o dano se materializou» é o lugar, nos mercados afetados pela violação do direito da concorrência, onde o demandante alega uma redução das vendas.

28. Ao abordar a segunda questão do órgão jurisdicional de reenvio, considerarei, em primeiro lugar, a distinção entre, por um lado, «facto danoso» para efeitos da determinação da competência e, por outro, «dano» no contexto da apreciação substantiva (1). Em seguida, considerarei o «lugar onde o dano se materializou» para efeitos da determinação da competência nas ações fundadas no direito da concorrência (2) e aplicarei essas conclusões ao presente caso (3).

### 1. «Facto danoso» e «dano»

29. Desde o Acórdão Bier, o «lugar onde ocorreu [...] o *facto danoso*», que consta da redação do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001, inclui o «lugar onde o dano se materializou» e o «lugar onde decorreu a atividade causal do dano»<sup>6</sup>. Assim, o Acórdão Bier efetivamente dividiu o conceito de «facto danoso» em dois conceitos distintos de causa e consequência: o «dano» e a «atividade causal do dano». Daqui decorre que «dano» (ou «prejuízo»<sup>7</sup>) neste contexto é um *aspeto do «facto danoso»*, que é um conceito de direito da União *utilizado para determinar a competência* através da identificação dos lugares com *uma conexão estreita com o litígio*.

30. Esse conceito de dano como um aspeto do «facto danoso» é, por conseguinte, diferente do conceito de «dano» que faz parte da *apreciação substantiva* e identifica as *consequências adversas* para um demandante concreto que servem como base de cálculo dos danos financeiros<sup>8</sup>. O dano, neste último sentido, é (em grande medida<sup>9</sup>) definido pelo *direito nacional*.

6 Acórdão de 30 de novembro de 1976, Bier (21/76, EU:C:1976:166, n.º 19).

7 Em inglês, o Tribunal de Justiça utiliza sobretudo o termo «*damage*» neste contexto, apesar de «*harm*» também ser ocasionalmente utilizado. Assim, embora, em meu entender, possa ser fonte de alguma confusão, utilizarei geralmente «*damage*» («dano»). Alguma da ambiguidade terminológica que surgiu nesta área é atribuível, penso eu, à variabilidade linguística. Assim, em algumas línguas existem e são utilizadas duas «palavras de raiz» diferentes quando se fala destes conceitos (por exemplo, em inglês: «*harmful event*»/«*harm*», por um lado, e «*damage*», por outro), mas não existem ou nem sempre são utilizadas noutras versões linguísticas. Isto pode ser visto comparando o artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001 e as variadas versões linguísticas do Acórdão de 30 de novembro de 1976, Bier (21/76, EU:C:1976:166, n.º 19) — por exemplo, a francesa («*dommage*» e «*fait dommageable*»); a holandesa («*schade*» e «*schadebrengende feit*»); ou a italiana («*danno*» e «*evento dannoso*»). A versão linguística alemã também utiliza a mesma palavra de raiz, mas torna a diferença algo mais clara («*Schadenserfolg*» e «*schädigende Ereignis*»).

8 «Dano» diz respeito aos efeitos adversos sofridos pela vítima. «Indemnização» é o montante pecuniário pago que inclui a expressão monetária do «dano» (compensação), mas que também pode abranger indemnizações punitivas ou indemnizações simbólicas.

9 O direito da União exige que o direito nacional preveja a possibilidade de intentar ações de indemnização por infrações ao direito da concorrência da União [v. Acórdão de 20 de setembro de 2001, Courage e Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, n.º 26)]. A jurisprudência e a legislação da União fixam requisitos básicos para a determinação da responsabilidade e exigem que o direito nacional respeite os princípios da equivalência e da efetividade. V. Acórdão de 13 de julho de 2006, Manfredi e o. (C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461, n.º 92) e Diretiva 2014/104/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia (JO 2014, L 349, p. 1).

31. O Tribunal de Justiça distinguiu, assim, claramente o conceito de «dano» enquanto parte da apreciação substantiva do conceito de «dano» no âmbito da competência, enquanto aspeto do «facto danoso», tem sido qualificado de duas formas importantes pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Além disso, o conceito de dano para efeitos de competência foi qualificado de duas formas importantes pelo Tribunal. Em primeiro lugar, «dano» neste último sentido refere-se, em princípio, a um «dano específico», por oposição a um «dano genérico». Em segundo lugar, está limitado ao dano «inicial».

32. A responsabilidade extracontratual pode proteger contra efeitos adversos tanto sobre o interesse público (dano genérico) como sobre os interesses privados dos indivíduos (dano específico). Por exemplo, a responsabilidade extracontratual por ilícitos de tipo «ambiental» pode proteger tanto contra a poluição atmosférica em geral como especificamente contra os danos para a saúde individual. Isto suscita a questão de saber se, ao identificar o «lugar onde o dano se materializou» para efeitos da aplicação do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001, «dano» deve ser entendido como o *dano geral* ou o *dano específico* contra o qual a norma protege.

33. A jurisprudência do Tribunal de Justiça confirma que «o lugar onde o dano se materializou» está sujeito à condição de que esse lugar esteja situado num Estado-Membro que efetivamente proteja o direito alegadamente violado<sup>10</sup>. Dentro do âmbito de aplicação territorial dessa proteção, o «lugar onde o dano se materializou» refere-se, mais precisamente, ao lugar do dano específico.

34. A este respeito, é útil considerar os factos e o contexto do Acórdão Bier. Nesse processo, o alegado facto danoso era o lançamento de quantidades massivas de efluentes salinos em Mulhouse, França (a causa), o que poluiu o Reno e veio a danificar a exploração hortícola das demandantes em Roterdão (a consequência). O lançamento de efluentes provocou, assim, um dano geral ao longo de um trecho do Reno com várias centenas de quilómetros em França, na Alemanha e nos Países Baixos. Na sua fundamentação, o Tribunal de Justiça declarou que «o lugar da atividade causal pode, do ponto [de vista] da competência jurisdicional, constituir, segundo os casos, um critério de vinculação não menos significativo do que o critério do lugar onde o dano se materializou. Com efeito, a responsabilidade extracontratual só pode ser determinada se puder ser estabelecido um *nexo de causalidade entre o dano e o facto que o originou*»<sup>11</sup>.

35. Por outras palavras, o «lugar onde o dano se materializou» não se refere ao dano geral, mas sim ao prejuízo causado a demandantes específicos. A ação de indemnização exige o estabelecimento de um nexo de causalidade especificamente com o prejuízo causado ao demandante e relativamente ao qual se pretende compensação. O advogado-geral F. Capotorti é, de facto, muito mais explícito nas suas conclusões nesse processo, referindo-se ao «lugar onde se produziu o dano *cuja reparação é pedida*»<sup>12</sup>.

36. Esta conclusão também é confirmada pelo raciocínio, no Acórdão Bier e em acórdãos posteriores, de que «o lugar onde o dano se materializou» teria uma conexão mais estreita com o *litígio* (por oposição a uma conexão geral com o ilícito)<sup>13</sup>.

10 V., por exemplo, Acórdão de 22 de janeiro de 2015, Hejduk (C-441/13, EU:C:2015:28, n.º 29 e jurisprudência referida).

11 Acórdão de 30 de novembro de 1976 (21/76, EU:C:1976:166, n.ºs 15 e 16). O sublinhado é meu.

12 Conclusões do advogado-geral F. Capotorti no processo Bier (21/76, EU:C:1976:147, n.º 10).

13 Acórdão de 30 de novembro de 1976 (21/76, EU:C:1976:166, n.ºs 11, 17 e 18).

37. Além disso, o dano específico apenas constituirá um aspeto relevante do «facto danoso» e fornecerá uma base para a competência ao abrigo do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001 se for o «dano inicial», por oposição às consequências adversas subsequentes. Esta abordagem é consistente com o conceito de «facto danoso» enquanto uma ocorrência específica que pode ser isolada de efeitos indiretos<sup>14</sup>.

38. Este ponto pode ser ilustrado através do Acórdão do Tribunal de Justiça no processo Marinari<sup>15</sup>. Neste processo, foram enviadas livranças a um banco no Reino Unido, que as apreendeu e entregou à polícia. A. Marinari foi preso. Subsequentemente, intentou uma ação contra o banco do Reino Unido nos tribunais italianos, com base no facto de ter sofrido danos financeiros em Itália em resultado da apreensão.

39. Ao responder às questões do órgão jurisdicional nacional relativas à interpretação do artigo 5.º, n.º 3, da Convenção de Bruxelas,<sup>16</sup> o antecessor do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001, o Tribunal de Justiça começou por confirmar que o conceito de «“lugar onde ocorreu o facto danoso” [...] não pode todavia ser interpretado de modo extensivo ao ponto de englobar todo e qualquer lugar onde se podem fazer sentir as consequências danosas de um facto que causou já um dano efetivamente ocorrido noutra lugar»<sup>17</sup>.

40. O Tribunal de Justiça concluiu que o «dano inicial» (apreensão das livranças e detenção) tinha sido sofrido no Reino Unido, e quaisquer danos (financeiros) consecutivos sofridos em Itália eram insuficientes para conferir competência aos tribunais italianos: «o conceito [de] “lugar onde ocorreu o facto danoso” [...] não abrange o lugar em que a vítima pretende ter sofrido um dano financeiro consecutivo a um dano inicial ocorrido e sofrido por ela num outro Estado[-Membro]»<sup>18</sup>.

41. As questões acima abordadas também podem ser claramente vislumbradas no Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo Dumez. Nesse processo, o Tribunal de Justiça confirmou que o lugar onde ocorreu o facto danoso é «o lugar onde o evento causal, gerador de responsabilidade extracontratual, produziu diretamente os seus efeitos danosos relativamente ao lesado direto»<sup>19</sup>.

42. Já me detive com algum detalhe sobre o significado de «dano» enquanto aspeto do «facto danoso», uma vez que tem especial relevância no contexto da segunda questão do órgão jurisdicional de reenvio.

43. O presente caso diz respeito a alegadas violações do direito da concorrência. À semelhança do exemplo do dano ambiental discutido *supra*, o direito da concorrência tem tanto uma dimensão pública como privada. Os operadores privados intentam ações de indemnização fundadas no direito da concorrência para serem ressarcidos por danos causados aos seus interesses individuais. No entanto, o direito da concorrência existe, possivelmente primariamente, para prevenir distorções da concorrência e o dano para o bem-estar económico geral daí resultante.

14 Isso também constitui outro fator que distingue «dano» enquanto aspeto do «facto danoso» do «dano» enquanto parte da apreciação substantiva. Este último é um conceito mais amplo que abrange não só o prejuízo inicial, mas também consequências adversas potencialmente subsequentes. V., por exemplo, artigo 12.º, n.º 1, da Diretiva 2014/104. De acordo com essa disposição, tem de ser possível obter a reparação do dano causado a consumidores indiretos em resultado de violações do direito da concorrência da União e nacional. «[...] os Estados-Membros asseguram [...] que a reparação do dano possa ser reclamada por quem o sofreu, independentemente de ser adquirente direto ou indireto do infrator [...]».

15 Acórdão de 19 de setembro de 1995 (C-364/93, EU:C:1995:289).

16 Convenção de 27 de setembro 1968, relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO 1978, L 304, p. 36).

17 Acórdão de 19 de setembro de 1995, Marinari (C-364/93, EU:C:1995:289, n.º 14).

18 Acórdão de 19 de setembro de 1995, Marinari (C-364/93, EU:C:1995:289, n.º 21 e dispositivo).

19 Acórdão de 11 de janeiro de 1990, Dumez France e Tracoba (C-220/88, EU:C:1990:8, n.º 20).

44. Além disso, no caso de ilícitos económicos em que o dano causado a operadores individuais no mercado é principalmente financeiro, existe, em meu entender, um risco ainda maior de confusão do conceito de «dano» em matéria de competência (enquanto um aspeto do «facto danoso») e do conceito substantivo de «dano» (no sentido de consequências adversas relevantes para estabelecer a responsabilidade e calcular o *quantum*). Por esse motivo, considero que os esclarecimentos *supra* quanto à base das distinções feitas têm particular importância. Presumo que o que está por detrás da segunda questão do órgão jurisdicional de reenvio é com efeito, pelo menos em parte, um desejo de evitar essa confusão.

45. Abordarei estas questões com mais detalhe na secção seguinte.

## **2. Distorções da concorrência e «lugar onde o dano se materializou»**

46. A coexistência das dimensões pública e privada do direito da concorrência da União cria uma ambiguidade quanto ao que pode constituir o «lugar onde o dano se materializou» para efeitos da aplicação do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001 nas ações de indemnização com fundamento no direito da concorrência. Pode ser interpretado como o lugar do dano «geral» causado ao mercado (distorção da concorrência) ou o lugar do dano «específico» causado a empresas individuais<sup>20</sup>. Suscita também a questão de saber a que tipo de dano «específico» nos referimos neste contexto.

47. Em casos como o presente, em que o comportamento anticoncorrencial tem o efeito de *excluir* empresas de mercados, impedindo-as de exercer a sua atividade ou tornando-o mais difícil<sup>21</sup>, sugiro que o «lugar onde o dano se materializa» é o *lugar no mercado afetado pela violação*<sup>22</sup> onde a vítima alega uma redução das vendas.

48. Esta conclusão é consistente com a análise geral realizada *supra* (secção 1) e é confirmada por três outras considerações. Em primeiro lugar, existe (a) a necessidade de consistência entre o âmbito da proteção conferida pelas regras da concorrência em geral e pelas regras relativas ao direito aplicável; (b) a necessidade de um elemento de conexão particularmente estreito com o litígio; e (c) o facto de o «dano inicial» no sentido de dano específico sofrido pela vítima ser a redução das vendas e não o dano financeiro subsequente.

### **a) Âmbito da proteção conferida e consistência com o direito aplicável**

49. Considero que, em tese geral, em casos de violação das regras relativas à concorrência sem distorções, o «lugar onde ocorreu o facto danoso» no sentido do «lugar onde o dano se materializou» tem de estar situado nos mercados afetados por essas violações. Neste sentido, e em linha com o que foi sugerido como questão geral *supra*<sup>23</sup>, «dano específico» também é, em termos geográficos, uma subcategoria lógica de «dano genérico».

20 V., neste sentido, por exemplo, Idot, L., «La dimension internationale des actions en réparation. Choisir sa loi et son juge: Quelles possibilités?», *Concurrences* N.º3-2014, n.º 30, em que é privilegiado o lugar do dano específico; Vilá Costa, B., 'How to apply Articles 5(1) and 5(3) of the Brussels I Regulation to Private Enforcement of Competition Law: a Coherent Approach', in *International Antitrust Litigation: Conflict of Laws and Coordination*, Basedow, J. et al. (EE.), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012, que propõe tanto o lugar do dano genérico (referido pelo autor como «prejuízo genérico») como o do dano específico.

21 Na medida em que envolve predação e colusão para excluir através da utilização de predação.

22 Entendendo-se que esse mercado pode incluir múltiplos Estados-Membros.

23 *Supra*, n.º 33 das presentes conclusões.

50. A jurisprudência do Tribunal de Justiça de facto confirma que a identificação do «lugar onde ocorreu o facto danoso» para efeitos da aplicação do artigo 5.º, n.º 3, deve ter em conta o *âmbito da proteção conferida pela norma jurídica de direito substantivo* em causa. Assim, no processo Concurrency, o Tribunal de Justiça declarou que «o lugar da materialização do dano pode variar em função da *natureza do direito pretensamente violado*» e também que o «risco de um dano se materializar num Estado-Membro determinado está subordinado a que o *direito cuja violação é alegada esteja protegido* nesse Estado-Membro»<sup>24</sup>.

51. As principais disposições de direito da concorrência da União, os artigos 101.º e 102.º TFUE, têm como objetivo principal proteger a concorrência sem distorções. Só por esse motivo, considero impossível conceber que a competência seja atribuída, com base no artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001 e no «lugar onde o dano se materializou», a tribunais fora dos mercados afetados pela violação.

52. Além disso, a limitação *supra* do «lugar onde ocorreu o facto danoso» nos processos de direito da concorrência é consentânea com as regras da União relativas ao direito aplicável pertinentes<sup>25</sup>. Assim, o artigo 6.º, n.º 3, alínea a), do Regulamento Roma II determina que, em caso de ações de indemnização fundadas no direito da concorrência, é aplicável a lei do «país em que o mercado seja afetado ou seja suscetível de ser afetado».

53. Por último, identificar o lugar onde o dano (prejuízo específico) se materializou como estando situado nos mercados afetados por essas violações (prejuízo genérico) confere maior previsibilidade. Uma empresa que se envolva numa conduta anticoncorrencial deve esperar poder ser demandada nos lugares onde as suas ações têm repercussões no mercado. Em princípio, não deve, no entanto, esperar ser demandada fora desses mercados.

#### **b) Qualquer mercado afetado?**

54. Isto suscita a questão de saber se o demandante numa ação de indemnização fundada no direito da concorrência pode propor uma ação em *qualquer* lugar onde o mercado seja afetado pela violação<sup>26</sup>. Considero essa hipótese problemática a vários níveis.

55. Em primeiro lugar, esta interpretação do «lugar onde ocorreu o facto danoso» tem o potencial de permitir, em processos de direito da concorrência, uma escolha quase ilimitada de lugares para intentar a ação quando as violações têm um impacto geográfico amplo. Este resultado, por si só, afigura-se difícil de conciliar com o facto de o artigo 5.º, n.º 3, ser uma regra especial e uma exceção, que deve ser interpretada de forma estrita<sup>27</sup>.

24 Acórdão de 21 de dezembro de 2016 (C-618/15, EU:C:2016:976, n.º 30). O sublinhado é meu.

25 A necessidade de coerência entre as regras relativas à lei aplicável nos termos do Regulamento n.º 864/2007 e a competência judiciária nos termos do Regulamento n.º 44/2001 é expressamente referida no considerando 7 do primeiro regulamento [v. Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II) (JO 2007, L 199, p. 40)].

26 O presente caso diz respeito exclusivamente à questão da competência e à questão correspondente de saber onde podem ser intentadas as diferentes ações de responsabilidade civil relativas a diferentes alegadas violações das regras da concorrência. Reconheço, desde já, que a questão que se coloca imediatamente a seguir é: que dano exato pode ser reclamado em cada um dos foros? Esta questão surge, em especial, à luz da recentemente confirmada *abordagem mosaico* do Tribunal de Justiça no Acórdão de 17 de outubro de 2017, Bolagsupplysningen e Ilsjan (C-194/16, EU:C:2017:766, n.º 47). Essa questão está, porém, para lá do âmbito deste processo e das presentes conclusões.

27 Acórdãos de 5 de junho de 2014, Coty Germany (C-360/12, EU:C:2014:1318, n.ºs 43 a 45) e de 16 de junho de 2016, Universal Music International Holding (C-12/15, EU:C:2016:449, n.º 25).

56. Em segundo lugar, a atribuição de competência ao tribunal do «lugar onde o dano se materializou» baseia-se na lógica de que existe «um elemento de conexão particularmente estreita entre o litígio e o tribunal [desse lugar]»<sup>28</sup>. «O litígio», isto é, a ação de indemnização específica, não diz respeito ao prejuízo causado aos mercados em geral. Respeita especificamente ao prejuízo alegadamente provocado ao demandante concreto nesse caso específico.

57. Em terceiro lugar, uma interpretação que permita a um demandante intentar uma ação em *qualquer mercado* afetado colide, na minha opinião, com a jurisprudência existente do Tribunal de Justiça, que se foca no lugar do dano inicial sofrido por vítimas específicas como sendo o «lugar onde o dano se materializou». A este respeito, remeto para a análise do processo Bier efetuada *supra*<sup>29</sup>. Pode também ser encontrado apoio adicional em jurisprudência mais recente.

58. O processo Concurrency<sup>30</sup> dizia respeito a um contrato de distribuição seletiva que proibia as vendas na Internet. O demandante, um distribuidor da rede de distribuição seletiva, alegou essencialmente que a proibição não era aplicada uniformemente a toda a rede. Consequentemente, tinha perdido potenciais vendas para o retalhista em linha Amazon. O Tribunal de Justiça considerou que «o lugar onde ocorreu o dano deve ser considerado como sendo o *território do Estado-Membro que protege a referida proibição de venda* através da ação em causa, *território em que o demandante alega ter sofrido uma redução das suas vendas*»<sup>31</sup>.

59. Assim, o Tribunal de Justiça não discutiu se «o lugar onde o dano se materializou» podia ser alargado a qualquer lugar onde a concorrência ou os mercados pudessem ser afetados pela aplicação discriminatória das cláusulas do contrato de distribuição seletiva. Em vez disso, o Tribunal de Justiça qualificou imediatamente o lugar onde o dano se materializou como sendo o lugar onde ocorreu a redução das vendas.

60. De forma semelhante, no Acórdão CDC, que dizia respeito a um cartel no mercado do peróxido de hidrogénio, o Tribunal de Justiça entendeu que o lugar onde o dano se materializou era aquele onde ocorreu o «acréscimo de custos pagos em razão de um preço artificialmente elevado»<sup>32</sup>.

61. Pelos motivos acima indicadas, considero que se deve considerar que o «lugar onde o dano se materializou» é, em casos como o presente, o lugar no mercado afetado pela violação onde a vítima alega ter sofrido o dano.

### ***c) A natureza e o lugar do dano específico***

62. A definição operacional estabelecida imediatamente acima conduz ao ponto específico suscitada pela segunda questão do órgão jurisdicional de reenvio. O que é um «dano»? Para efeitos de determinar o «lugar onde o dano se materializou», é o dano financeiro alegadamente sofrido pelo demandante que deve ser considerado, ou algum outro dano?

63. Em meu entender, não é o lugar do dano financeiro, mas sim o lugar da alegada redução de vendas.

28 Acórdão de 21 de maio de 2015, CDC Hydrogen Peroxide (C-352/13, EU:C:2015:335, n.º 39). O sublinhado é meu.

29 N.ºs 34 e 35 das presentes conclusões.

30 Acórdão de 21 de dezembro de 2016 (C-618/15, EU:C:2016:976).

31 Acórdão de 21 de dezembro de 2016, Concurrency (C-618/15, EU:C:2016:976, n.º 35 e dispositivo). O sublinhado é meu.

32 Acórdão de 21 de maio de 2015, CDC Hydrogen Peroxide (C-352/13, EU:C:2015:335, n.º 52).

1) *Regra geral: o dano financeiro está «a jusante» do facto danoso*

64. Conforme já indicado *supra*<sup>33</sup>, certamente nem sempre se dá o caso de o lugar da ocorrência do dano financeiro poder ser utilizado para identificar o «lugar onde ocorreu o facto danoso» para efeitos do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001. A jurisprudência do Tribunal de Justiça indica antes que o dano financeiro está geralmente «a jusante» do facto danoso. A este respeito, o Tribunal de Justiça confirmou no Acórdão *Marinari* que o lugar do dano financeiro *indireto decorrente do dano inicial* (apreensão de propriedade e detenção) não era o «lugar onde ocorreu o facto danoso»<sup>34</sup>. No Acórdão *Concurrence* acima referido, o «facto danoso» identificado pelo Tribunal de Justiça era claramente a redução das vendas. O dano financeiro *resultou* desse facto. No entanto, foi, nesse sentido, «meramente» um corolário da redução das vendas e não foi referido no dispositivo do acórdão<sup>35</sup>.

65. Mais recentemente, no Acórdão *Universal Music*, o Tribunal de Justiça confirmou que o lugar do dano financeiro *direto* pode também não ser o «lugar onde ocorreu o facto danoso»<sup>36</sup>.

66. No Acórdão *Universal Music*, o Tribunal de Justiça declarou que «na falta de outros elementos de conexão, não se pode considerar que o “lugar onde ocorreu o facto danoso” é o lugar, situado num Estado-Membro, onde ocorreu o prejuízo, quando esse prejuízo é exclusivamente constituído por uma perda financeira que se materializa diretamente na conta bancária do demandante e que é a consequência direta de um ato ilícito ocorrido noutro Estado-Membro»<sup>37</sup>. «É *unicamente numa situação em que as outras circunstâncias particulares do processo concorrem igualmente para atribuir a competência* ao tribunal do lugar da materialização de um prejuízo puramente financeiro que esse prejuízo pode, de maneira justificada, permitir ao demandante intentar a ação nesse tribunal»<sup>38</sup>.

67. Assim, o que importa é a localização do dano inicial causado ao interesse protegido do demandante. Se se concluir que o dano inicial é financeiro e se materializa diretamente na conta bancária do demandante, o «lugar onde o dano se materializou» será apenas o lugar desse dano financeiro se existir outro elemento de conexão com esse lugar.

2) *«Lugar onde o dano se materializou» em processos de concorrência*

68. Em caso de conduta anticoncorrencial que tem o efeito de excluir (parcial ou totalmente) empresas de mercados, impedindo-as de exercerem a sua atividade ou tornando-o mais difícil, esse dano inicial no sentido de dano específico quase seguramente *não* será um dano financeiro. Em vez disso, é muito provável que seja uma redução das vendas.

69. Isto é, em meu entender, claramente confirmado pelo processo *Concurrence*<sup>39</sup> acima mencionado, em que o Tribunal de Justiça referiu que o prejuízo financeiro *resultou* da redução das vendas, mas baseou expressamente a competência na própria redução das vendas. Apesar de não ser expressamente indicado que a base legal para a ação intentada pela *Concurrence* é uma violação do direito da concorrência da União, não vejo motivo para que a lógica não seja transposta para o presente caso.

33 N.ºs 37 a 41 das presentes conclusões.

34 Acórdão de 19 de setembro de 1995 (C-364/93, EU:C:1995:289, n.º 21).

35 Acórdão de 21 de dezembro de 2016 (C-618/15, EU:C:2016:976, n.ºs 33 e 35, bem como o dispositivo).

36 Acórdão de 16 de junho de 2016, *Universal Music International Holding* (C-12/15, EU:C:2016:449). No entanto, o advogado-geral M. Spuznar não considerou nesse processo que o dano financeiro era direto [Conclusões no processo *Universal Music International Holding* (C-12/15, EU:C:2016:161, n.ºs 30 a 33)].

37 Acórdão de 16 de junho de 2016, *Universal Music International Holding* (C-12/15, EU:C:2016:449, n.º 40).

38 Acórdão de 16 de junho de 2016, *Universal Music International Holding* (C-12/15, EU:C:2016:449, n.º 39). O sublinhado é meu.

39 Acórdão de 21 de dezembro de 2016 (C-618/15, EU:C:2016:976).

70. Claro que, em tese geral, parece justo assumir que da redução de vendas vão «resultar» frequentemente danos financeiros<sup>40</sup>. Contudo, isto não significa que esses acontecimentos ocorram no mesmo lugar. Pode existir uma sobreposição significativa, mas não necessariamente.

71. Assim, a vítima de um ilícito relacionado com o direito da concorrência pode sofrer a maior parte (ou até todas) as consequências pecuniárias de uma violação do direito da concorrência na sua sede social (ocorrência do dano financeiro). No entanto, essas perdas podem perfeitamente estar relacionadas com vendas perdidas em diferentes locais.

72. Para além do *supra* exposto, relembro que, conforme indicam os considerandos 11 e 12, é suposto que a regra de competência especial prevista no artigo 5.º, n.º 3, se baseie na existência de uma estreita ligação entre o litígio e os tribunais do lugar onde o dano ocorreu ou pode ocorrer, o que justifica a atribuição de competência a esses tribunais por motivos relacionados com a boa administração da justiça. Esses tribunais são geralmente os mais adequados para decidir o processo em causa, também no que respeita à facilidade de obtenção de provas. Se o demandante alega uma redução das vendas [no(s) mercado(s) afetado(s) pela distorção da concorrência] e a perda de receitas daí decorrente (principalmente sofrida no seu centro financeiro, que pode ser fora do mercado afetado), em meu entender, os tribunais do primeiro lugar referido afiguram-se geralmente mais bem posicionados ou, pelo menos, tão bem posicionados quanto os do último lugar mencionado para decidir o litígio<sup>41</sup>.

73. Não obstante, é justo reconhecer que este raciocínio não se coaduna facilmente com um aspeto da decisão no processo CDC acima mencionado<sup>42</sup>. Esse processo dizia respeito a um cartel no mercado do peróxido de hidrogénio. O Tribunal de Justiça considerou nesse processo que o dano incluía o «acréscimo de custos pagos em razão de um preço artificialmente elevado». Consequentemente, o Tribunal de Justiça identificou o «lugar onde o dano ocorreu» como sendo o lugar onde a vítima sofreu as consequências financeiras mais graves, designadamente o lugar da sua sede social<sup>43</sup>.

74. Nos seus articulados no presente processo, apesar de não dizer que o processo CDC foi decidido incorretamente, a Comissão expressou sérias dúvidas sobre o facto de esse acórdão poder na prática conduzir ao estabelecimento de uma regra ampla de *forum actoris*. Isso subverteria completamente a regra geral do artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento n.º 44/2001 de que a competência pertence aos tribunais do domicílio do demandado.

75. Também tenho fortes reservas quanto a esse aspeto particular do Acórdão no processo CDC. Esta parte das conclusões procura explicar por que motivo a busca de uma resposta de princípio à questão da competência para ações de indemnização privadas baseadas no direito da concorrência deve ser abordada de uma forma algo diferente. Dada a natureza potencialmente muito abrangente do Acórdão no processo CDC, o Tribunal de Justiça pode perfeitamente ser chamado em algum momento no futuro a reexaminar a questão<sup>44</sup>.

40 Seguir-se-ia, em princípio, perda de receitas. Se isso leva à perda de lucros dependerá, naturalmente, dos custos.

41 Impõe-se uma relativização desta afirmação. Quando uma ação de indemnização fundada no direito da concorrência não é «*follow-on*», ou seja, quando não há uma decisão prévia que declare uma infração, as dificuldades probatórias em termos de provar da existência de uma infração podem ser extremamente significativas em comparação com a prova e a quantificação do dano.

42 Acórdão de 21 de maio de 2015, CDC Hydrogen Peroxide (C-352/13, EU:C:2015:335).

43 Acórdão de 21 de maio de 2015, CDC Hydrogen Peroxide (C-352/13, EU:C:2015:335, n.ºs 52 e 56).

44 Na medida em que tal não tenha ainda acontecido. O Acórdão CDC parece também difícil de conciliar com o (posterior) Acórdão Universal Music. Afigura-se que no processo CDC o dano provavelmente «consistiu exclusivamente em dano pecuniário que se materializa diretamente na conta bancária do demandante e é o resultado direto de um ato ilegal cometido noutro Estado-Membro». O Tribunal de Justiça não identificou, porém, um elemento de conexão adicional específico, conforme referido e exigido na sua decisão subsequente no processo Universal Music - v. Acórdão de 16 de junho de 2016, Universal Music International Holding (C-12/15, EU:C:2016:449, n.º 40). Na minha opinião, o elemento de conexão nestes casos poderia ser o lugar da compra dos bens (ou serviços) cartelizados.

76. Não obstante e de qualquer forma, o caso em apreço pode ser, pelo menos em certa medida, distinguido. O processo CDC dizia respeito a um cartel de preços, isto é, um acordo que visava assegurar a transferência de riqueza dos clientes para os membros do cartel através da cobrança de preços mais elevados. Assim, uma forma de entender o cartel é a de que foi concebido especificamente para provocar danos financeiros diretos. Por conseguinte, a forma particular em que o prejuízo se manifestou no processo CDC fornece uma base possível para o distinguir do presente processo. O presente processo não envolve um cartel de preços. A restrição da concorrência tem natureza excludente (redução de vendas e marginalização do mercado), e ao invés de exploradora (cobrança de preços de cartel inflacionados aos clientes).

### 3. *Aplicação ao caso em apreço*

77. No caso em apreço, a flyLAL alega que a Air Baltic e o Aeroporto de Riga conspiraram para distorcer os mercados de voos para e a partir de Viena através de preços predatórios, o que causou à flyLAL uma redução de vendas significativa. Dessa redução das vendas resultou uma perda de receitas e de lucros e, por fim, a insolvência da flyLAL.

78. De acordo com o raciocínio exposto na secção anterior, o «lugar onde ocorreu o facto danoso» no sentido de «o lugar onde o dano se materializou» pode ser identificado *geralmente* como o(s) mercado(s) afetado(s) por essas alegadas infrações.

79. Para efeitos de determinar a competência *especificamente* no que respeita à flyLAL, o «lugar onde o dano se materializou» é o lugar nesse(s) mercado(s) afetado(s) pelas alegadas infrações, onde a flyLAL sofreu o dano inicial (prejuízo específico) sob a forma de redução das vendas. Não é o lugar do dano financeiro sofrido pela flyLAL que resultou dessa redução das vendas.

80. Com base nos factos apresentados ao Tribunal de Justiça, mas naturalmente sujeito à apreciação dos factos pelo órgão jurisdicional de reenvio, afigura-se que essa redução das vendas está provavelmente concentrada em Viena, que é o ponto comum de partida/destino das várias rotas em que a flyLAL operava, e também para onde, segundo me é dado compreender, foi direcionada a campanha de publicidade comparativa e os alegados preços predatórios da Air Baltic.

81. No caso em apreço, o «lugar onde o dano se materializou» para efeitos da aplicação do artigo 5.º, n.º 3, do regulamento poderia, por conseguinte, ser a Lituânia. Tal não significa que esse foi o *único* lugar deste tipo, mas, em termos de redução das vendas, afigura-se de facto ser o principal.

82. I leva-me ao meu último ponto relativamente à segunda questão do órgão jurisdicional de reenvio. Essa questão diz respeito ao dano provocado «devido aos atos ilícitos especificados das *recorridas* [no plural, isto é, a Air Baltic e o Aeroporto de Riga]». A linha de raciocínio *supra* responde ao *o quê e ao onde* da segunda questão do órgão jurisdicional de reenvio: qual é o facto danoso (no sentido de dano inicial sofrido) e onde é que este ocorreu? No entanto, decisivamente, não responde à pergunta *quem* implícita na questão: *quem* devem ser as *recorridas*?

83. Esta questão será abordada na próxima secção, que responde à primeira questão do órgão jurisdicional de reenvio, no essencial: que evento provocou o prejuízo e onde é que este ocorreu?

#### 4. Conclusão sobre a segunda questão

84. À luz do exposto, proponho a seguinte resposta à segunda questão do órgão jurisdicional de reenvio:

Num caso como o presente, o «dano» sofrido pela recorrente para efeitos de determinação da competência nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001 é a redução de vendas provocada pela distorção da concorrência impugnada. O «lugar onde o dano se materializou» para efeitos de determinação da competência nos termos daquela disposição é o lugar no mercado afetado pela infração onde a vítima alega a redução das vendas.

#### C. Primeira questão: Lugar da atividade causal do dano (e identidade das recorridas)

85. Com a sua primeira questão, entendo que o órgão jurisdicional de reenvio pergunta essencialmente como identificar o lugar onde decorreu a atividade causal do dano.

86. O órgão jurisdicional de reenvio dá duas opções: o lugar onde o acordo entre a Air Baltic e o Aeroporto de Riga foi celebrado e o lugar de execução desse acordo (isto é, onde os preços predatórios foram alegadamente praticados pela Air Baltic<sup>45</sup>).

87. Com base nos factos conforme apresentados pelo órgão jurisdicional de reenvio, considero que a resposta é que *ambos* esses lugares podem ser considerados o lugar onde decorreu a atividade causal do dano. Um dos elementos-chave que ditam esta conclusão é o facto de os atos praticados pela Air Baltic em execução do acordo constituírem, *em si mesmos*, uma infração do artigo 102.º TFUE<sup>46</sup>.

88. Ao abordar a primeira questão do órgão jurisdicional de reenvio, começarei por considerar as diferenças entre causalidade para efeitos de competência e enquanto parte da apreciação substantiva (1). Em seguida, analisarei a identificação da atividade causal do dano quando existe um contexto factual complexo (2). Prosseguirei considerando como identificar a atividade causal do dano especificamente em processos de direito da concorrência (3) e, finalmente, aplicarei esses princípios ao presente caso (4).

#### 1. Diferenças entre causalidade para efeitos de competência e de substância

89. A causalidade no que respeita à competência e à identificação da atividade causal do dano é diferente do conceito de causalidade para efeitos da apreciação substantiva. A este respeito, faço as seguintes observações.

90. Em primeiro lugar, «a atividade causal do dano» é um aspeto do «facto danoso», que é um conceito de direito da União utilizado para determinar a competência através da identificação dos lugares com uma relação de proximidade com o litígio. É, por conseguinte, diferente do conceito de causalidade enquanto parte da *apreciação substantiva* que é utilizado essencialmente para a

45 O órgão jurisdicional de reenvio não refere outros possíveis atos de execução, como a concessão de descontos à Air Baltic.

46 Uma vez mais, tal como referido *supra* nos n.ºs 19 a 21, tomo esta conclusão como um dado adquirido, uma vez que as presentes conclusões apenas discutem a competência e não o mérito.

imputação da responsabilidade. A definição do conceito de causalidade para efeitos da apreciação substantiva em ações de indemnização com fundamento no direito da concorrência da União é, em grande medida, deixada ao critério dos Estados-Membros, estando sujeita aos princípios da equivalência e da efetividade conforme interpretados pelo Tribunal de Justiça<sup>47</sup>.

91. Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça já rejeitou expressamente o recurso a conceitos de causalidade de direito substantivo nacional para efeitos da determinação da competência nos termos do artigo 5.º, n.º 3. Assim, no Acórdão Melzer, o Tribunal de Justiça declarou que «uma solução que consista em subordinar a identificação do elemento de conexão a critérios de apreciação oriundos do direito material nacional seria contrária ao objetivo da segurança jurídica, uma vez que, em função do direito aplicável, a atuação de uma pessoa que teve lugar num Estado-Membro diferente do Estado-Membro do tribunal chamado a decidir poderia ser qualificada ou não de facto gerador para efeitos de atribuição de competência nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001. Com efeito, esta solução não permitiria ao requerido prever razoavelmente o tribunal perante o qual poderia ser demandado»<sup>48</sup>.

92. Em terceiro lugar, os conceitos de causalidade para efeitos de competência e de substância são *a fortiori* diferentes, uma vez que a sua aplicação implica um tipo e um nível diferentes de instrução probatória. A determinação da competência deve ser tão célere e rápida quanto possível<sup>49</sup>. Assim, uma apreciação da competência é, por definição, uma apreciação *prima facie*. O tribunal chamado a pronunciar-se toma como provados os factos alegados e apenas procura identificar «os elementos de conexão com o Estado do foro que justificam a sua competência ao abrigo do [artigo 5.º, n.º 3]»<sup>50</sup>. Diferentemente, a apreciação substantiva da causalidade é factualmente mais detalhada e exige a consideração de todas as causas relevantes (incluindo, por exemplo, as próprias ações dos demandantes que possam ter contribuído para o dano).

## 2. Causalidade para efeitos de competência em casos que envolvem factos complexos

93. Não obstante estas diferenças fundamentais entre as apreciações para efeitos de competência e de substância e os conceitos empregues para as realizar, ambas são levadas a cabo por referência ao mesmo conjunto de factos. Consequentemente, existem alguns elementos comuns.

94. A apreciação para efeitos de competência exigirá, na prática, uma análise das características factuais e legais básicas do litígio a um nível abstrato. Esta análise terá de ser realizada para determinar se o litígio está abrangido pelo conceito de «matéria extracontratual»<sup>51</sup>. Nessa categoria, deve ser identificado o tipo de ilícito alegado, uma vez que isso alterará a abordagem básica para identificar, entre outros, o lugar onde decorreu a atividade causal do dano. Assim, para um tipo específico de ilícito que envolve uma cadeia de eventos, um evento específico nessa cadeia será considerado de particular importância<sup>52</sup>.

47 V. nota 9, *supra*. Era esse o caso à data dos factos e foi depois confirmado na Diretiva 2014/104. Com efeito, essa diretiva indica expressamente que «[t]odas as regras nacionais que regem o exercício do direito à reparação por danos causados por infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE, inclusive as relativas a aspetos não abrangidos pela presente diretiva, como a noção de nexo de causalidade entre a infração e o dano, devem observar os princípios da efetividade e da equivalência» (considerando 11, o sublinhado é meu; v. também artigo 4.º).

48 Acórdão de 16 de maio de 2013 (C-228/11, EU:C:2013:305, n.º 35)

49 V. as minhas conclusões no processo Bolagsupplysningen e Ilsjan (C-194/16, EU:C:2017:554, n.º 68).

50 Acórdão de 16 de junho de 2016, Universal Music International Holding (C-12/15, EU:C:2016:449, n.º 44).

51 Conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs no processo DFDS Torline (C-18/02, EU:C:2003:482, n.º 52).

52 V. exemplos dados em *European Commentaries on Private International Law: Brussels Ibis Regulation*, 2.ª ed., Vol. 1, Mankowski, P., e Magnus, U., Sellier — European Law Publishers, Colónia, 2016, pp. 293 e seguintes.

95. Por exemplo, a essência do ilícito de difamação é a publicação de uma afirmação falsa que é danosa para a reputação de alguém. A prática desse ilícito provavelmente envolve um conjunto complexo de atos. Estes incluem, por exemplo, a elaboração de um registo escrito dessa afirmação, a transmissão ao editor, impressão, publicação, distribuição e, por fim, a sua leitura pelo público. Em princípio, todas essas atividades são acontecimentos *necessários* do ponto de vista da causalidade factual. No entanto, do ponto de vista da competência nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001, considera-se que o «lugar do evento causal» é o lugar de estabelecimento do editor<sup>53</sup>.

96. A escolha de um evento específico como sendo relevante para efeitos de determinação da competência evita a proliferação de foros competentes. Tal está em consonância com a natureza especial da competência prevista no artigo 5.º, n.º 3, e com a necessidade de uma interpretação restritiva. Também contribui para a previsibilidade. Além disso, a competência especial prevista no artigo 5.º, n.º 3, baseia-se na existência de um elemento de conexão particularmente estreito entre o litígio e, neste caso, o tribunal do lugar onde decorreu a atividade causal do dano. Na cadeia de eventos necessários que levam à prática da difamação, é muito possível que algum ou talvez a maior parte ocorra num lugar onde o tribunal não seria certamente o mais adequado para dirimir o litígio.

97. Veja-se, por exemplo, uma afirmação difamatória relativa a um residente francês inicialmente escrita na Alemanha, enviada no Reino Unido a um editor no Luxemburgo e que atravessa a fronteira para impressão de cópias em papel na Eslováquia, antes de ser distribuída e lida em toda a Europa. Também (ou especialmente) nas circunstâncias extremas deste «exemplo académico» é necessário proceder a uma seleção para efeitos de competência. Idealmente, a menos que exista um motivo muito específico e imperioso, deve ser selecionado um *único* evento para este efeito. Tal está em consonância com a natureza de competência especial e reflete também o uso do singular na jurisprudência («a atividade causal do dano»).

98. Por último, ao determinar (o lugar onde decorreu) a atividade causal do dano, é importante não perder de vista um dos principais motivos pelos quais o Tribunal de Justiça inicialmente fez a distinção entre o lugar onde o prejuízo se materializou e o lugar onde decorreu a atividade causal do dano, e tratar ambos como base para a competência.

99. Assim, já no Acórdão Bier, o Tribunal de Justiça declarou que «a opção pelo único critério do lugar onde decorre a atividade causal pode provocar, *num considerável número de casos*, uma confusão entre as competências previstas nos artigos 2.º e 5.º, n.º 3, da [Convenção de Bruxelas], retirando a este último preceito o seu efeito útil»<sup>54</sup>. Por outras palavras, é *normal* que o lugar onde decorreu a atividade causal do dano frequentemente coincida com o domicílio do demandado. A jurisprudência já o ponderou ao identificar o lugar onde o dano se materializou como um foro alternativo. Em princípio, por conseguinte, esta não é uma desvantagem que necessite de compensação adicional através de uma interpretação ampla do conceito de «lugar onde decorreu a atividade causal do dano».

### ***3. Lugar onde decorreu a atividade causal do dano em ações de indemnização fundadas no direito da concorrência***

100. É provável que o lugar onde decorreu a atividade causal do dano nas ações de indemnização fundadas no direito da concorrência seja diferente consoante a alegada infração seja um acordo anticoncorrencial (infração ao artigo 101.º TFUE) ou uma conduta anticoncorrencial unilateral (abuso de posição dominante nos termos do artigo 102.º TFUE).

53 Acórdão de 7 de março de 1995, Shevill e o. (C-68/93, EU:C:1995:61, n.º 24).

54 Acórdão de 30 de novembro de 1976 (21/76, EU:C:1976:166, n.º 20).

**a) Artigo 101.º TFUE**

101. De uma forma geral, no caso de infrações ao artigo 101.º TFUE, o «lugar onde decorreu a atividade causal do dano» pode ser: (i) o lugar da celebração do acordo, ou (ii) o lugar da sua execução, ou (iii) ambos<sup>55</sup>.

102. No processo CDC, o Tribunal de Justiça optou por (i)<sup>56</sup>. Considero que essa é, em princípio, a abordagem correta, por várias razões.

103. Em primeiro lugar, deve ser evitada uma proliferação de foros «especiais». Isto, por si só, é uma razão forte contra (iii).

104. Em segundo lugar, numa leitura ampla da jurisprudência, afigura-se-me que a «atividade causal do dano» é frequentemente identificada como o primeiro ato através do qual o infrator «traz o ilícito ao mundo», por exemplo comunicando efetivamente a informação ao público (publicação<sup>57</sup>) ou pondo em marcha uma cadeia de eventos que conduzirá ou é suscetível de conduzir ao dano que a lei visa evitar (desencadeamento do processo técnico de afixação de um anúncio *online*<sup>58</sup>; anúncio de ação coletiva<sup>59</sup>). Nesta base, vejo a celebração do acordo como o primeiro elemento de conexão relevante na cadeia causal.

105. Em terceiro lugar, a abordagem (i) pode, é claro, ser criticada. Por exemplo, poderia alegar-se que as partes num acordo anticoncorrencial podem escolher deliberadamente para celebrar o acordo um lugar que frustre o subcritério da competência especial - «atividade causal do dano». Também poderiam ser referidas as dificuldades de prova do lugar da celebração. No entanto, deve salientar-se que o demandante pode sempre propor uma ação no Estado-Membro em que o demandado tem domicílio. A regra especial de competência prevista no artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001 não confere um direito absoluto a um foro alternativo na União. A este respeito, remeto, uma vez mais, para os motivos pelos quais «o lugar onde o dano se materializou» foi conceptualmente dividido entre o lugar onde o dano se materializou e o lugar onde decorreu a atividade causal do dano<sup>60</sup>. Não foi para garantir que este último lugar seja *sempre* diferente do domicílio e para conferir um lugar adicional, alternativo para propor a ação. Ao invés, foi para garantir que, quando estes dois não coincidam, o lugar onde o dano se materializou possa potencialmente servir como alternativa.

106. Em quarto lugar, na medida em que o demandante tenha efetivamente sofrido danos provocados por um acordo anticoncorrencial, afigura-se-me que é muito provável que o lugar onde o dano se materializou, conforme definido *supra* na secção 2, constitua uma subcategoria do lugar de execução.

107. Pelos motivos expostos *supra*, considero que no caso de infrações ao artigo 101.º TFUE, o lugar onde decorreu a atividade causal do dano deve ser interpretado como o lugar onde o acordo foi celebrado.<sup>61</sup>

55 V., por exemplo, Danov, M., *Jurisdiction and Judgments in Relation to EU Competition Law Claims*, Hart Publishing, Oxford, 2011, p. 92.

56 Acórdão de 21 de maio de 2015, CDC Hydrogen Peroxide (C-352/13, EU:C:2015:335, n.º 50).

57 Acórdão de 7 de março de 1995, Shevill e o. (C-68/93, EU:C:1995:61, n.º 24).

58 Acórdão de 19 de abril de 2012, Wintersteiger (C-523/10, EU:C:2012:220, n.º 34).

59 Acórdão de 5 de fevereiro de 2004, DFDS Torline (C-18/02, EU:C:2004:74, n.º 41).

60 *Supra*, n.ºs 98 e 99.

61 Refiro aqui as principais razões. Podiam também ser invocadas outras, por exemplo, o facto de, em princípio, «restrições pro objeto» constituírem infrações ao artigo 101.º, n.º 1, TFUE, mesmo sem prova da execução ou da produção de efeitos (embora um demandante obviamente não fosse muito longe com uma ação de indemnização se não pudesse demonstrar efeitos).

**b) Artigo 102.º TFUE**

108. Uma vez que não existe nenhum acordo nos termos do artigo 102.º TFUE, não existe um lugar da celebração do acordo. É necessária uma solução diferente, mas que continue a respeitar a mesma lógica: como (e, em conformidade, quando e onde) foi o ilícito trazido ao mundo, quando é que entrou no foro externo?

109. Na minha opinião, a atividade causal do dano em casos de abuso é o da sua execução. Por outras palavras, os atos adotados pela empresa dominante para colocar em prática o abuso no mercado, por oposição a qualquer desenvolvimento interno por essa empresa de uma política comercial abusiva.

110. O abuso de posição dominante é um conceito objetivo que define um tipo de comportamento no mercado<sup>62</sup>. Pela sua própria natureza, exige execução. Uma «mera» intenção de cometer um abuso não é um abuso. A preparação de uma estratégia ou política comercial que corresponderia a um abuso se fosse posta em prática não é, em si mesma, um abuso.

111. Por este motivo, considero que os atos que precedem a execução, incluindo o desenvolvimento da estratégia comercial relevante através, por exemplo, da adoção de tabelas de preços, não podem constituir «atividades causais do dano». Podem ser elementos causais necessários de uma perspetiva factual mas, do ponto de vista do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001, são meros atos preparatórios.

112. Isto suscita, é claro, a questão: que atos de execução constituem atividades causais do dano?

113. Não existe uma lista exaustiva de comportamentos que podem corresponder a um abuso e aqueles que foram identificados cristalizam-se de várias formas muito diferentes. Assim, a apreciação concreta do que constitui execução num caso específico é suscetível de diferir, dependendo do tipo de abuso em questão e dos factos específicos de cada caso. Por exemplo, a predação implica a oferta e a venda de produtos ou serviços a um preço específico (abaixo do custo); a subordinação («*tying*») implica essencialmente a recusa da oferta de um dado produto de forma independente; a recusa de licenciamento pode manifestar-se como a oferta de uma licença em termos considerados inaceitáveis.

114. No presente caso, o Tribunal de Justiça é chamado a identificar o «lugar onde decorreu a atividade causal do dano» em casos de preços predatórios. Em meu entender, uma vez que a execução de uma estratégia de preços predatórios implica a oferta e a venda de produtos ou serviços a preços abaixo do custo, o lugar onde decorreu a atividade causal do dano é o *lugar onde os preços predatórios são oferecidos e aplicados*.

**4. Aplicação ao presente caso**

115. Como já foi referido *supra*<sup>63</sup>, o contexto factual e a apreciação substantiva no presente caso são complexos. Além disso, a interação entre as três alegadas infrações não é totalmente clara. Por conseguinte, são aceites os factos e a apreciação jurídica substantiva conforme apresentados pelo órgão jurisdicional de reenvio, conduzindo às seguintes alternativas básicas relativamente ao «lugar onde decorreu a atividade causal do dano», descritas separadamente para comportamentos potencialmente abrangidos pelo artigo 101.º TFUE, por um lado, e pelo artigo 102.º TFUE, por outro.

62 Acórdão de 13 de fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, EU:C:1979:36, n.º 91).

63 N.ºs 19 a 21 das presentes conclusões.

**a) Lugar onde decorreu a atividade causal do dano**

116. Com base nos princípios estabelecidos *supra*, no que respeita ao alegado acordo anticoncorrencial entre a Air Baltic e o Aeroporto de Riga celebrado em infração ao artigo 101.º TFUE, o lugar onde decorreu a atividade causal do dano (isto é, a redução de vendas da flyLAL) é o lugar da celebração do acordo. Admitindo que todos os outros requisitos estão preenchidos, o tribunal desse lugar será competente, com base no artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001, para apreciar uma ação de indemnização contra ambas essas entidades por danos provocados pelo referido acordo anticoncorrencial.

117. No que respeita aos alegados preços predatórios praticados pela Air Baltic em infração ao artigo 102.º TFUE, o lugar onde decorreu a atividade causal do dano é o lugar onde os preços predatórios foram oferecidos e aplicados. Admitindo que todos os outros requisitos estão preenchidos, o tribunal desse lugar será competente, com base no artigo 5.º, n.º 3, do regulamento para apreciar uma ação de indemnização contra a Air Baltic por danos provocados pelos referidos preços predatórios.

**b) Identidade das recorridas**

118. Importa salientar que em cada um dos dois cenários alternativos — infração ao artigo 101.º ou ao 102.º TFUE — a atividade causal do dano envolve intervenientes diferentes. Relativamente ao artigo 101.º TFUE, é sugerido que tanto a Air Baltic como o Aeroporto de Riga celebraram o acordo anticoncorrencial. Diferentemente, apenas a Air Baltic ofereceu e aplicou os preços predatórios.

119. Assim, relativamente ao alegado abuso de posição dominante sob a forma de preços predatórios, o lugar onde decorreu a atividade causal do dano é o lugar onde os preços predatórios foram oferecidos e aplicados pela *Air Baltic*. Uma vez que esses atos de execução da conduta abusiva não foram levados a cabo pelo Aeroporto de Riga, este não pode ser demandado *com esse fundamento* nos termos do artigo 5.º, n.º 3.

120. Em contrapartida, o alegado acordo anticoncorrencial terá sido celebrado entre a Air Baltic e o Aeroporto de Riga. Por conseguinte, em princípio, ambos podem ser, demandados com base no artigo 5.º, n.º 3, perante o tribunal do lugar onde o acordo foi celebrado.

121. Admito que a solução *supra* pode parecer complexa. No entanto, isso é em larga medida uma consequência do grau de complexidade do presente caso e do facto de se afigurar que foram agrupados vários atos. Num contexto como este, soluções «mais simples» concebidas para decidir um caso tão peculiar podem bem criar problemas de aplicação em processos subsequentes.

122. Assim, por exemplo, pode alegar-se que deve ser atribuída também competência, com base no artigo 5.º, n.º 3, contra o Aeroporto de Riga no lugar onde os preços predatórios foram oferecidos e aplicados. No entanto, isso seria equivalente a aceitar que, no caso de acordos anticoncorreciais, são competentes os tribunais do lugar da celebração do acordo *e do lugar da execução, independentemente de quem aí o executa*. Esta abordagem não é aceitável pelos motivos expostos *supra*, nos n.ºs 101 e seguintes.

123. Em alternativa, poderia alegar-se que apenas o lugar da celebração do acordo deve ser reconhecido como o «lugar onde decorreu a atividade causal do dano», com exclusão do lugar da oferta e aplicação de preços predatórios. Tal também seria, em meu entender, a abordagem errada. Embora seja verdade que, numa determinada leitura, a predação neste caso pode ser interpretada como um ato de execução de um acordo anticoncorrencial, esta tem a peculiaridade de constituir *em si mesma* uma infração independente do direito da concorrência. Este é, de facto, um aspeto muito específico e distintivo do presente caso. Por esse motivo, seria, na minha opinião, incorreto concluir

que o lugar da oferta e aplicação dos preços predatórios não pode ser considerado o «lugar onde decorreu a atividade causal do dano». Pode sê-lo, mas, uma vez mais, em relação a um tipo diferente de infração das normas do direito da concorrência da União (abuso de posição dominante unilateral), o que, por sua vez, tem implicações na identidade do(s) demandado(s).

### 5. Conclusão quanto à primeira questão

124. À luz do exposto, proponho que se responda à primeira questão do órgão jurisdicional de reenvio da seguinte forma:

Em circunstâncias como as do presente caso, o conceito de «lugar onde ocorreu a atividade causal do dano» nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001 deve ser entendido, no que respeita ao alegado acordo anticoncorrencial, como o lugar da celebração do acordo e, no que respeita ao alegado abuso de posição dominante que consiste nos preços predatórios, como o lugar onde os preços predatórios foram oferecidos e aplicados.

### D. Terceira questão

125. Com a sua terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se a exploração da sucursal da Air Baltic na Lituânia constitui «exploração de uma sucursal»<sup>64</sup> na aceção do artigo 5.º, n.º 5, do Regulamento n.º 44/2001.

126. A resposta que o Tribunal de Justiça pode dar à terceira questão do órgão jurisdicional de reenvio está inerentemente limitada pelo facto de caber ao órgão jurisdicional nacional apurar e apreciar os factos. Assim, a questão de saber se a sucursal da Air Baltic *efetivamente operava* ou não como uma sucursal nos termos do artigo 5.º, n.º 5, do regulamento é uma questão que cabe ao órgão jurisdicional nacional apreciar.

127. O que o Tribunal de Justiça pode fornecer, no entanto, são orientações gerais relativas condições aos requisitos e critérios a ter em conta ao fazer essa apreciação. Dito de forma simples, a resposta à terceira questão do órgão jurisdicional de reenvio é sim, na medida em que tenha sido determinado que a sucursal participou na prática da alegada predação.

128. Acrescentaria que, na minha opinião, esta questão tem claramente em vista a possibilidade de o litígio relativo aos alegados preços predatórios praticados pela Air Baltic decorrer da exploração da sua sucursal na Lituânia. Não diz respeito ao alegado acordo ilegal entre a Air Baltic e o Aeroporto de Riga. A este respeito, concordo com a Comissão no sentido de que não existe nenhuma indicação no pedido de decisão prejudicial de que a sucursal da Air Baltic na Lituânia estivesse, de alguma forma, envolvida nesse acordo.

129. Daqui decorre que a competência potencial com base no artigo 5.º, n.º 5, do Regulamento n.º 44/2001 é a competência quanto à alegação de predação contra a Air Baltic, cometida em infração ao artigo 102.º TFUE. O Aeroporto de Riga não pode, apenas com base nessa disposição e relativamente a esse alegado comportamento anticoncorrencial, ser demandado perante os tribunais lituanos.

<sup>64</sup> No que respeita à terminologia, deve ser lembrado que não existe nenhum motivo para distinguir entre os termos «sucursal, agência ou qualquer outro estabelecimento» para este efeito - v., a esse respeito, Acórdão de 6 de outubro de 1976, De Bloos (14/76, EU:C:1976:134, n.º 21).

### 1. Ratio legis e requisitos do artigo 5.º, n.º 5

130. A competência especial prevista no artigo 5.º, n.º 5, do Regulamento n.º 44/2001 pode ser entendida como um alargamento da regra do domicílio prevista no artigo 2.º desse regulamento. Em casos em que o demandado estabeleceu uma subsidiária numa jurisdição, os tribunais desse lugar têm competência para apreciar uma ação contra a subsidiária diretamente com base no artigo 2.º No entanto, isso não acontece no caso de uma sucursal que não tem personalidade jurídica autónoma. É, por conseguinte, a competência especial prevista no artigo 5.º, n.º 5, que contempla os casos em que o demandado alargou as suas atividades para lá do seu domicílio através de estabelecimentos estáveis, mas sem criar subsidiárias, e o litígio diz respeito às atividades desses estabelecimentos<sup>65</sup>.

131. Por forma a estar abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 5.º, n.º 5, e justificar o alargamento da competência ao lugar da sucursal, a sucursal deve preencher determinados requisitos mínimos. Estes incluem, em especial, a sua estabilidade e a perceção por terceiros de que não têm de lidar diretamente com a sociedade-mãe, mas podem celebrar negócios no lugar onde a sucursal está situada<sup>66</sup>.

132. O artigo 5.º, n.º 5, também exige que o «litígio [seja] relativo à exploração de uma sucursal». Por outras palavras, tem de haver uma conexão entre as atividades da sucursal e o litígio.

### 2. Existe uma «sucursal»?

133. No seu pedido de decisão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio afirma expressamente que «não tem dúvidas de que a sucursal da Air Baltic Corporation na República da Lituânia constitui uma sucursal na aceção do artigo 5.º, n.º 5», do Regulamento n.º 44/2001. A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio refere vários fatores que levam a essa conclusão, incluindo o direito da sucursal de estabelecer relações económicas e comerciais com terceiros, de desenvolver atividades comerciais e de fixar preços para serviços e materiais. Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio confirma que o objeto da atividade da sucursal é, entre outros, o transporte aéreo internacional de passageiros, mercadorias e correspondência.

134. A determinação da existência de uma «sucursal» na aceção do artigo 5.º, n.º 5, do Regulamento n.º 44/2001 exige uma apreciação específica dos factos em causa. Uma vez que o órgão jurisdicional de reenvio já tirou essa conclusão factual, essa questão deve ser considerada como facto assente.

### 3. Conexão com o litígio

135. Por conseguinte, entendo que o propósito da terceira questão do órgão jurisdicional de reenvio está relacionado com a questão de saber se existe uma conexão suficiente entre as atividades da sucursal e o litígio.

136. A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio salienta especificamente o facto de a sucursal não elaborar contas recapitulativas separadas das da sociedade-mãe, a Air Baltic Corporation AS. Ao invés, durante o período relevante, os dados do desempenho financeiro da sucursal foram incorporados nas demonstrações financeiras da sociedade-mãe. Além disso, embora o órgão jurisdicional de reenvio confirme que a sucursal tinha o poder de estabelecer os preços dos voos, não há nenhuma indicação de que efetivamente o fazia.

<sup>65</sup> A competência prevista no artigo 5.º, n.º 5, pode, nesse sentido, ser referenciada como um «domicílio de um *quasi* demandado para efeitos de competência». V. *European Commentaries on Private International Law: Brussels Ibis Regulation*, 2.ª ed., Vol. 1, Mankowski, P., e Magnus, U., Sellier — European Law Publishers, Colónia, 2016, p. 350.

<sup>66</sup> Acórdãos de 22 de novembro de 1978, Somafer (33/78, EU:C:1978:205, n.º 12); de 18 de março de 1981, Blanckaert & Willems (139/80, EU:C:1981:70, n.º 9 a 13); e de 6 de abril de 1995, Lloyd's Register of Shipping (C-439/93, EU:C:1995:104, n.º 19).

137. No caso de ações de responsabilidade civil extracontratual, para que o litígio decorra da exploração da sucursal, esta deve participar em pelo menos algumas das ações que constituem o ato ilícito.

138. Em meu entender, o facto de os dados de desempenho financeiro da sucursal serem incorporados nas demonstrações financeiras da sociedade-mãe é, em princípio, neutro no que respeita à questão de saber se o litígio decorre da exploração da sucursal. A elaboração de contas recapitulativas separadas pode constituir um fator entre outros na apreciação da existência de uma «sucursal» e pode também ajudar a identificar as atividades desenvolvidas pela sucursal. No entanto, pelo menos neste caso, não vejo como possa ser decisivo, por si só, para apreciar se a sucursal participou no ilícito. Dito isto, em última instância, o valor probatório dos detalhes do sistema de contabilidade utilizado é uma questão que cabe ao órgão jurisdicional nacional.

139. O segundo fator mencionado *supra* — a falta de clareza quanto a saber se os preços eram efetivamente fixados pela sucursal — tem, possivelmente, mais relevância.

140. Se puder ser demonstrado que a sucursal fixou, de facto, os preços que são alegadamente predatórios, então, em meu entender, o litígio pode efetivamente ser considerado como decorrente da exploração da sucursal. Pelos motivos *supra* expostos<sup>67</sup>, a fixação de preços predatórios, na medida em que seja uma atividade inteiramente interna da empresa dominante, não pode ser considerada como constituindo a «atividade causal do dano». No entanto, constitui uma condição necessária<sup>68</sup> do abuso. Equivale à participação e, de certo modo, à cumplicidade na promoção do comportamento anticoncorrencial em questão. Como tal, o ato de fixar os preços constitui uma participação suficiente no ilícito para justificar a aplicação do artigo 5.º, n.º 5, do Regulamento n.º 44/2001.

141. No meu entender, o problema que o órgão jurisdicional de reenvio enfrenta é o facto de não ser claro se a sucursal estabeleceu os preços em causa. O que acontece então se esse facto permanecer não provado à luz dos padrões de prova exigidos?

142. Na minha opinião, poder-se-á ainda considerar que a sucursal participou nos preços predatórios, de tal forma que o litígio decorre da exploração da sucursal, mesmo que não tenha *fixado* ela própria os preços predatórios, mas tenha *oferecido* esses preços no mercado ou tenha sido, de outra forma, instrumental na celebração de contratos de prestação de serviços a esses preços. Nestes casos, mais uma vez, a sucursal participou na prática de um ato que constitui uma condição necessária do abuso.

143. Saber se é esse o caso é, em última instância, uma questão de facto que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio decidir. O propósito dessas apreciações de facto é determinar se a sucursal participou ou não na prática do comportamento anticoncorrencial. Se esse for efetivamente o caso, tem de ser aceite que o litígio decorre da exploração da sucursal.

144. À luz do exposto, proponho que se responda à terceira questão do órgão jurisdicional de reenvio da seguinte forma:

Em casos como o presente, um litígio relativo a alegados preços predatórios deve ser considerado como decorrente da exploração de uma sucursal para efeitos do artigo 5.º, n.º 5, do Regulamento n.º 44/2001, se a sucursal tiver participado na perpetração de atos que constituem uma condição necessária do abuso, incluindo, em especial, através da fixação de preços predatórios, da oferta desses preços no mercado ou por ser, de outra forma, instrumental na celebração de contratos de prestação de serviços que apliquem esses preços.

<sup>67</sup> *Supra*, n.ºs 110 e 111.

<sup>68</sup> V., por analogia, Acórdão de 5 de fevereiro de 2004, DFDS Torline (C-18/02, EU:C:2004:74, n.º 34). O conceito de «condição necessária» neste sentido é claramente mais amplo do que o conceito de «atividade causal do dano».

## V. Conclusão

145. Proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais do Lietuvos apeliacinis teismas do seguinte modo:

- (1) Em circunstâncias como as do presente caso, o conceito de «lugar onde ocorreu a atividade causal do dano» nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001 deve ser entendido, no que respeita ao alegado acordo anticoncorrencial, como o lugar da celebração do acordo e, no que respeita ao alegado abuso de posição dominante que consiste nos preços predatórios, como o lugar onde os preços predatórios foram oferecidos e aplicados.
- (2) Num caso como o presente, o «dano» sofrido pela recorrente para efeitos de determinação da competência nos termos do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001 é a redução de vendas provocada pela distorção da concorrência impugnada. O «lugar onde o dano se materializou» para efeitos de determinação da competência nos termos daquela disposição é o lugar no mercado afetado pela infração onde a vítima alega a redução das vendas.
- (3) Em casos como o presente, um litígio relativo a alegados preços predatórios deve ser considerado como decorrente da exploração de uma sucursal para efeitos do artigo 5.º, n.º 5, do Regulamento n.º 44/2001, se a sucursal tiver participado na perpetração de atos que constituem uma condição necessária do abuso, incluindo, em especial, através da fixação de preços predatórios, da oferta desses preços no mercado ou por ser, de outra forma, instrumental na celebração de contratos de prestação de serviços que apliquem esses preços.