



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

SUMÁRIO:

I. Os art.s 573.º, 574.º e 575.º do Código Civil, conjugados, associam a emergência da obrigação de informação e de apresentação de coisas ou documentos à necessidade de apurar a existência ou o conteúdo do direito, sob condição de o demandado não ter motivos para «fundadamente se opor à diligência»;

II. A Directiva 2014/104/UE, transposta internamente pela Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, veio estabelecer como requisitos da colheita impositiva de prova a justificação fundamentada da plausibilidade da formulação de pedido ulterior de indemnização, a caracterização precisa e estrita do material probatório a apresentar e a proporcionalidade;

III. Quando se afirma a dispensa de investigação dos efeitos sobre a concorrência de um acto anti-concorrencial por objecto, está-se a pensar na execução pública das regras de protecção da concorrência («public enforcement») – por exemplo, numa prática objectivamente inserível no n.º 1 do art. 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) – e não no ulterior exercício privado de direitos («private enforcement»);

IV. É por se saber à partida da susceptibilidade de produção de efeitos que se prescinde da prova destes mas para fins sancionatórios;

V. A plausibilidade do dano é requisito imprescindível para o deferimento de um pedido de apresentação de documentos com vista à interposição de acção ulterior orientada para o exercício de direitos privados emergentes da violação de regras da concorrência;

VI. A figura da «fishing expedition» da «common law» não tem qualquer ligação com a avaliação legítima e legalmente bem caracterizada da plausibilidade de emergência de danos e justificação da necessidade de apresentação de documentos com vista à justa obtenção de ressarcimento por actos anti-concorrenciais previamente determinados com rigor pelo órgão sancionatório desses actos, num contexto em que a sua ocultação ou o não acesso aos mesmos corresponderia a vera denegação do exercício de direitos entrevistos e indiciados, ou seja, um efectivo bloqueio do acesso aos tribunais para o reconhecimento de direitos (ou exercício do «direito a um juiz»);

VII. A Directiva n.º 2014/104 veda que os Tribunais nacionais possam ordenar a uma parte ou a um terceiro, «para efeitos de ações de indemnização» a divulgação de propostas de transacção.

DESCRITORES: concorrência – apresentação de documentos – plausibilidade dos danos – Decisão da Comissão Europeia.

Acordam na Secção de Propriedade Intelectual, Concorrência, Regulação e Supervisão do Tribunal da Relação de Lisboa:

I. RELATÓRIO



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ASSOCIAÇÃO IUS OMNIBUS, com os sinais identificativos constantes dos autos, instaurou acção «declarativa especial para a apresentação de documentos» contra MELIÁ HOTELS INTERNATIONAL, S.A., neles também melhor identificada.

O Tribunal «a quo» descreveu os contornos da acção e as suas principais ocorrências processuais até à sentença nos seguintes termos:

ASSOCIAÇÃO IUS OMNIBUS, melhor identificada nos autos, ao abrigo das disposições legais contidas nos artigos 52.º, n.º 3 e 60.º, n.º 3 da CRP, 2.º e 3.º da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, 31.º e 1045.º a 1047.º do CPC, e 13.º e 19.º da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho, intentou AÇÃO DECLARATIVA ESPECIAL PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS contra MELIÁ HOTELS INTERNATIONAL, S.A., também melhor identificada nos autos, formulando, a final, os seguintes pedidos:

1. A notificação da Comissão Europeia para, querendo, apresentar observações escritas ao Tribunal sobre o seu pedido;

2. A citação da Ré para apresentar, em dia, hora e local a designar pelo Tribunal, de modo a que estes fiquem acessíveis ou sejam facultados à Autora, os documentos elencados no §62 da petição inicial, eventualmente com medidas de garantia da proporcionalidade que o Tribunal entender adequadas;

Ou, subsidiariamente,

3. Que o Tribunal determine quais, de entre os documentos referidos no §62 da petição inicial, ou outros que o Tribunal entenda, são estritamente necessários para permitir à Autora perceber se foram afetados interesses difusos e se os consumidores residentes em Portugal foram afetados pelas práticas anticoncorrenciais referidas na presente petição inicial, se as práticas lhes causaram danos, e qual o montante desses danos;

4. A citação da Ré para os apresentar, em dia, hora e local a designar pelo Tribunal, de modo a que estes fiquem acessíveis ou sejam facultados à Autora;

Em qualquer dos casos

5. Concedendo-se acesso aos documentos estritamente necessários para permitir à Autora determinar se foram afetados interesses difusos e individuais homogêneos e se os consumidores residentes em Portugal têm um direito a indemnização por danos decorrentes das infrações ao artigo 101.º do TFUE e ao artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, no âmbito das referidas práticas anticoncorrenciais, com as medidas de garantia da proporcionalidade que o Tribunal entender adequadas; e

6. A notificação da Ré da intenção da Autora, em representação de todos os consumidores residentes em Portugal, de vir a intentar contra a Ré uma acção de indemnização dos consumidores residentes em Portugal afetados pelas práticas anticoncorrenciais em causa, caso se confirme a lesão dos interesses individuais homogêneos dos consumidores, para que estes sejam ressarcidos dos danos que lhes foram causados pelas referidas práticas, para os fins e com os efeitos previstos no artigo 323.º, n.º 1 do Código Civil.

A Autora assenta o seu pedido, em síntese estreita, no seguinte contexto factual:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

a. A Comissão Europeia adotou a Decisão proferida em 21 de fevereiro de 2020, no âmbito do Caso AT.40528 – Holiday Pricing, de acordo com a qual a Ré, entre janeiro de 2014 e dezembro de 2015, violou o artigo 101.º do TFUE e o artigo 53.º do Acordo EEE, por ter implementado práticas verticais, por via contratual, que diferenciavam os consumidores em função da sua nacionalidade ou país de residência, restringindo as vendas ativas e passivas de alojamento em hotéis por si geridos ou dos quais é proprietária a consumidores nacionais ou residentes em Estados-Membros por si determinados, a propósito do que foi condenada numa coima no montante global de € 6.678.000.

b. A referida Decisão foi adotada com a cooperação da Ré (tendo beneficiado de uma redução da multa por esse motivo), a qual mostra-se perfeitibilizada, porquanto não foi objeto de recurso.

c. A Autora pretende confirmar que, tal como sugerido pelo âmbito geográfico das práticas descritas na Decisão, os comportamentos anticoncorrenciais da Ré identificados na Decisão causaram danos a interesses difusos constitucionalmente protegidos em Portugal e a interesses individuais homogêneos dos consumidores residentes em Portugal, e, sendo o caso, qual o quantum dos danos causados d. É impossível à Autora, à luz das informações e documentos publicamente disponíveis, proceder de modo detalhado às determinações referidas no parágrafo anterior, para além da conclusão ampla de que a prática teve efeitos em Portugal.

e. Caso a Autora determine, na sequência do acesso aos meios de prova que requer na presente ação, que os comportamentos anticoncorrenciais em causa da Ré lesaram interesses difusos e interesses individuais homogêneos de consumidores residentes em Portugal, é sua intenção propor, com base nos meios de prova obtidos, ação judicial para declaração do comportamento anticoncorrencial e obtenção de indemnização, com causa de pedir fundada exclusivamente em infrações ao direito da concorrência, exercendo o direito de ação popular que lhe é conferido pela Constituição e legislação portuguesas, em representação dos consumidores lesados residentes em Portugal.

f. Por comunicação de 15 de abril de 2021, a Autora solicitou à Ré os meios de prova aqui indicados, com os fundamentos e para os efeitos previstos também na presente Petição Inicial, tendo concedido à Ré um prazo de quinze dias úteis para responder.

g. Por comunicação de 14 de maio de 2021, a Ré informou a Autora da sua recusa de conceder acesso a quaisquer dos meios de prova solicitados pelos fundamentos aí constantes.

h. A Autora pretende ter acesso aos seguintes documentos, alegadamente na posse da Ré, sem prejuízo de outros ou de apenas alguns que o Tribunal entenda por relevantes e (suficientemente) necessários à finalidade visada com o seu pedido [tendo em conta a posição que, entretanto, assumiu, a respeito, na petição inicial aperfeiçoada]:

- Para conhecimento e prova do âmbito e efeitos da prática anticoncorrencial em causa:

i. "Documento do qual constem os termos e condições contratuais padrão da Ré ("Meliá's Standard Terms") utilizados entre janeiro de 2014 e dezembro de 2015, referido, nomeadamente, nos parágrafos 19 e 24 da Decisão da Comissão Europeia".

ii. Os 4216 contratos de venda de alojamento celebrados em 2014 e 2015 diretamente entre a Ré e/ou a sua subsidiária Apartotel, S.A. e operadores intermediários, referidos na Decisão, nos quais constava a expressa condição de as vendas na União Europeia serem feitas apenas aos consumidores com a nacionalidade ou a residência fixada nos países indicados no contrato ou, em



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

alternativa, a lista completa destes contratos, indicando para cada um as partes, os hotéis da Ré abrangidos, o território de vendas autorizado e o período de vigência do contrato.

iii. Documento(s) do(s) qual(is) conste(m) a identificação dos 140 hotéis da Ré abrangidos pelos referidos contratos de venda de alojamento celebrados diretamente entre a Ré ou a sua subsidiária Apartotel, S.A. e operadores intermediários, para venda de alojamento, celebrados entre janeiro de 2014 e dezembro de 2015;

- Para conhecimento e prova dos danos causados aos consumidores e sua quantificação:

i. Documento(s), tabela(s) ou estudo(s) na posse da Ré onde constem as suas vendas totais realizadas desde 2014 até ao presente (2021), por ano, em execução de todos os contratos de venda de alojamento em hotéis-resort da Ré e, ainda, documento(s), tabela(s) ou estudo(s) na posse da Ré onde conste ou seja possível extrair a percentagem dessas vendas que foram feitas no âmbito dos 4216 contratos de alojamentos em hotéis-resort da Ré identificados pela CE, desde 2014 até ao presente (2021);

iii. Documento(s) na posse da Ré onde conste(m) ou de onde decorram, de modo rigoroso ou por estimativa ou aproximação, para o período entre janeiro de 2014 e o final da vigência de qualquer um dos referidos 4216 contratos de venda de alojamento que se tenha verificado mais tardiamente (que terá ocorrido, provavelmente, após dezembro de 2015):

§1) o número de consumidores residentes em Portugal que ficaram alojados nos 140 hotéis da Ré objeto dos contratos de venda de alojamento com cláusulas restritivas;

§2) o número médio de noites que os consumidores ficaram alojados nestes hotéis da Ré;

iv. Documento(s) na posse da Ré onde constem ou donde derivem os preços finais mínimos, médios e máximos do alojamento, por tipo de unidade de alojamento de cada hotel, nos 140 hotéis objeto dos contratos de venda de alojamento com cláusulas restritivas, na venda offline e na venda online, e sua evolução temporal, desde janeiro de 2014 até dezembro de 2020;

v. Documento(s) na posse da Ré, incluindo estudos de mercado realizados para/adquiridos pela Ré, que incluam ou que permitam calcular as quotas de mercado da Ré e dos seus principais concorrentes (ou suas estimativas), no período entre janeiro de 2014 e o final da vigência de qualquer um dos referidos 4216 contratos de venda de alojamento que se tenha verificado mais tardiamente, em cada Estado-membro da UE;

vi. Documento(s) na posse da Ré, incluindo estudos de mercado realizados para/adquiridos pela Ré, que descrevem ou do(s) qual(is) se possa retirar os diferentes tipos/perfis de consumidores de alojamento na(s) tipologia(s) de hotéis entre os 140 hotéis que foram objeto de contratos de vendas com cláusulas restritivas identificadas na Decisão, bem como os seus padrões médios de consumo;

vii. Petições iniciais de ações de indemnização intentadas contra a Ré em qualquer Estado-Membro do EEE por consumidores ou associações de consumidores, com base nas práticas anticoncorrenciais da Ré em causa na Decisão da Comissão Europeia (ou, em alternativa, identificação do(s) respetivo(s) número(s) de processo(s) judicial(is)).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Uma vez concretizada (i) a notificação da Comissão Europeia, (ii) a citação edital de todos os consumidores no território português e (iii) a citação da Ré:

- A Comissão Europeia declarou que não iria apresentar alegações escritas;

- A Ré apresentou Contestação, pugnando a final pela sua absolvição da instância, diante da procedência das exceções processuais invocadas, designadamente da incompetência absoluta, da inaplicabilidade da forma de ação coletiva à presente ação especial e da ilegitimidade da Autora, ou, caso assim não se entenda, pela improcedência da ação, por não provada, rejeitando-se e indeferindo-se os pedidos formulados pela Autora.

- Uma vez facultado o direito da Autora a responder à matéria de exceção articulada pela Ré na Contestação, o Tribunal apreciou a mesma, julgando improcedentes as exceções invocadas pela Ré e convidou a Autora a aperfeiçoar a petição inicial nos termos que constam do despacho judicial datado de 06/04/2022.

- Inconformada com a decisão do Tribunal quanto à apreciação que fez da sua (in)competência internacional, a Ré interpôs recurso de apelação autónoma para o Tribunal da Relação de Lisboa, o qual, por acórdão datado de 13 de julho de 2022, julgando o recurso improcedente, confirmou a decisão recorrida.

- Uma vez aceite o convite dirigido pelo Tribunal, a Autora prestou os esclarecimentos solicitados, a Ré exerceu o seu direito ao contraditório e, após junção aos autos dos documentos aludidos nos respetivos articulados por referência a hiperlinks e ainda da tradução para português da Decisão da Comissão Europeia CASE AT. 40528 - Meliá (Holiday Pricing), as partes apresentaram as suas alegações finais por escrito.

Foi proferida sentença que decretou:

Nestes termos, julgando-se procedente a ação proposta por ASSOCIAÇÃO IUS OMNIBUS, melhor identificada nos autos, determina-se:

1. A notificação de MELIÁ HOTELS INTERNATIONAL, S.A., melhor identificada nos autos, para, no prazo de 90 (noventa) dias, entregar neste Tribunal e à ordem dos presentes autos, de modo que fiquem acessíveis e facultados à Autora através de suporte técnico, os seguintes documentos:

i. "Documento do qual constem os termos e condições contratuais padrão da Ré ("Meliá's Standard Terms") utilizados entre janeiro de 2014 e dezembro de 2015, referido, nomeadamente, nos parágrafos 19 e 24 da Decisão da Comissão Europeia".

ii. Os 4216 contratos de venda de alojamento celebrados em 2014 e 2015 diretamente entre a Ré e/ou a sua subsidiária Apartotel, S.A. e operadores intermediários, referidos na Decisão, nos quais constava a expressa condição de as vendas na União Europeia serem feitas apenas aos consumidores com a nacionalidade ou a residência fixada nos países indicados no contrato ou, em alternativa, a lista completa destes contratos, indicando para cada um as partes, os hotéis da Ré abrangidos, o território de vendas autorizado e o período de vigência do contrato.

iii. Documento(s), tabela(s) ou estudo(s) na posse da Ré onde constem as suas vendas totais realizadas desde 2014 até ao presente (2021), por



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



ano, em execução de todos os contratos de venda de alojamento em hotéis-resort da Ré e, ainda, documento(s), tabela(s) ou estudo(s) na posse da Ré onde conste ou seja possível extrair a percentagem dessas vendas que foram feitas no âmbito dos 4216 contratos de alojamentos em hotéis-resort da Ré identificados pela CE, desde 2014 até ao presente (2021);

iv. Documento(s) na posse da Ré onde conste(m) ou de onde decorram, de modo rigoroso ou por estimativa ou aproximação, para o período entre janeiro de 2014 e o final da vigência de qualquer um dos referidos 4216 contratos de venda de alojamento que se tenha verificado mais tardiamente (que terá ocorrido, provavelmente, após dezembro de 2015):

§1) o número de consumidores residentes em Portugal que ficaram alojados nos 140 hotéis da Ré objeto dos contratos de venda de alojamento com cláusulas restritivas;

§2) o número médio de noites que os consumidores ficaram alojados nestes hotéis da Ré;

v. Documento(s) na posse da Ré onde constem ou donde derivem os preços finais mínimos, médios e máximos do alojamento, por tipo de unidade de alojamento de cada hotel, nos 140 hotéis objeto dos contratos de venda de alojamento com cláusulas restritivas, na venda offline e na venda online, e sua evolução temporal, desde janeiro de 2014 até dezembro de 2020;

vi. Documento(s) na posse da Ré, incluindo estudos de mercado realizados para/adquiridos pela Ré, que incluam ou que permitam calcular as quotas de mercado da Ré e dos seus principais concorrentes (ou suas estimativas), no período entre janeiro de 2014 e o final da vigência de qualquer um dos referidos 4216 contratos de venda de alojamento que se tenha verificado mais tardiamente, em cada Estado-membro da UE;

vii. Documento(s) na posse da Ré, incluindo estudos de mercado realizados para/adquiridos pela Ré, que descrevem ou do(s) qual(is) se possa retirar os diferentes tipos/perfis de consumidores de alojamento na(s) tipologia(s) de hotéis entre os 140 hotéis que foram objeto de contratos de vendas com cláusulas restritivas identificadas na Decisão, bem como os seus padrões médios de consumo.

2. O acesso aos documentos em causa fica restringido às partes, aos seus mandatários forenses e a peritos sujeitos a obrigação de confidencialidade.

3. A utilização pela Autora da informação contida nos referidos elementos documentais fica limitada à instauração de uma ação de indemnização por infração ao direito da concorrência, não lhe podendo dar outro destino.

É dessa sentença que vem o presente recurso interposto por MELIÁ HOTELS INTERNATIONAL, S.A., que alegou e apresentou as seguintes conclusões e pedido:

a) Ao contrário do entendimento acolhido na sentença recorrida, a Decisão apenas tem efeito vinculativo no que toca à sua parte dispositiva, ou seja, no que toca à "existência, natureza e âmbito material, subjetivo, temporal e territorial" da infração, como aliás resulta do artigo 7.º, n.º 1 da LPE:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

b) A Decisão apenas determina que o Tribunal está vinculado à existência de uma violação do artigo 101.º do TFUE e do artigo 53.º do Acordo do EEE por parte da ora Apelante, "através de uma infração única e continuada no período de 1 de janeiro de 2014 a 31 de dezembro de 2015 ao celebrar e/ou implementar contratos verticais que diferenciavam entre os consumidores do EEE com base no seu país de residência, restringindo assim as vendas ativas e passivas de alojamento hoteleiro";

c) A Decisão não tem, contudo, efeitos vinculativos legais para além desta determinação, não bastando, para efeitos da presente ação, simplesmente e sem mais, reproduzir trechos da sua fundamentação para justificar o preenchimento dos pressupostos para a decretação dos pedidos formulados pela Autora;

d) Não pode, pois, o Tribunal a quo, sem mais, importar para os factos provados da sentença segmentos da Decisão que não correspondem à sua parte dispositiva, o que importa a necessária eliminação do elenco dos factos provados dos seus atuais pontos 16 e 17;

e) Tanto mais que estamos aqui na presença de uma decisão proferida num processo que terminou por transação, cuja interpretação deve ser sempre restritiva, estritamente balizada pela qualificação jurídica aceite pelas entidades visadas, que no caso em apreço correspondeu a uma infração vertical, por objeto, facto que o Tribunal a quo reconhece, sem, no entanto, daí extrair as devidas ilações;

f) Na sentença recorrida o Tribunal a quo foi muito além destes apertados limites, tendo transcrito e levado aos factos provados diversos segmentos da Decisão, que inclusivamente nem sequer contêm factos, mas antes apreciações e argumentação jurídica, como acontece com os pontos 16. e 17. dos factos provados, que nessa medida devem ser pura e simplesmente eliminados;

g) Estão aqui em causa os parágrafos (29) a (31), (34) a (38), (43) a (49), (51) e (52) da Decisão no caso ponto 16 dos factos provados e os parágrafos (54), (59), (62), (63) e (64) da Decisão no caso do parágrafo 17 dos factos provados, todos eles vertidos no seu Capítulo 6., ilustrativamente designado "APRECIAÇÃO JURÍDICA", no qual na realidade se desenvolvem considerações jurídicas, que não se confundem com factos, o que em si mesmo bastaria para justificar a respetiva eliminação do elenco de factos provados;

h) Efetivamente, conforme estabelecido no n.º 4, do artigo 607.º, do CPC, os factos devem ser enunciados de forma clara, sem se proceder a quaisquer tipo de sínteses conclusivas e sem recurso a juízos jurídicos, sendo manifesto que a redação adotada na sentença recorrida para os factos provados e não provados não obedece a estes ensinamentos, impondo-se, pois, com observação do disposto nos artigos 640.º e 652.º do CPC, operar uma reforma da decisão sobre a matéria de facto, ao abrigo dos poderes cognitivos nessa matéria deste Venerando Tribunal, neste caso eliminando os seus atuais pontos 16 e 17, a páginas 13 a 18 da sentença recorrida;

i) Estamos, de resto, perante uma situação em que os elementos em que a decisão do Tribunal a quo se baseou estão todos ao dispor do Tribunal ad quem, permitindo conhecer e censurar ao abrigo do disposto no artigo 662.º, n.º 1 do CPC o processo de formação da convicção do Julgador, o que conduzirá, pelos motivos expostos, à eliminação de toda esta secção da decisão sobre a matéria de facto;

j) O Tribunal a quo utilizou um critério não uniforme, para não dizer mesmo contraditório, na apreciação da Decisão para efeitos probatórios, já que apenas seleccionou os supostos factos que se enquadravam ou davam suporte



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

à tese da plausibilidade de danos que acolheu, optando por ignorar todos os demais factos que apontavam em sentido contrário;

k) Assim, caso se venha a validar o critério e abordagem seguidos na sentença recorrida em matéria de fixação dos factos provados, o que se alega por cautela e sem conceder, sempre deveriam nesse caso também levar-se aos factos provados os factos vertidos na nota de rodapé (10) e nos parágrafos (66) e (86) da Decisão, respeitantes aos contornos da infração, a saber:

i. "A distribuição de alojamento nos hotéis urbanos da Meliá através de operadores turísticos, bem como a relação comercial da Meliá com outros intermediários (agências de viagens, bedbanks, agências receptoras) baseia-se num conjunto diferente de termos e condições gerais que não contém qualquer cláusula que limite a validade do contrato apenas a determinados mercados"

ii. "os contratos relevantes estiveram em vigor durante 2014 e 2015, tendo a duração da infração ao disposto no artigo 101.º do TFUE e no artigo 53.º do Acordo EEE sido de 1 de Janeiro de 2014 a 31 de Dezembro de 2015".

iii. "as infrações verticais são menos prejudiciais que as horizontais".

Factos esses que se deverão considerar provados por via da Decisão, cuja cópia traduzida para português consta dos autos e não foi impugnada, por aplicação dos artigos 640.º, n.º 1 e 662.º, n.º 1, ambos do CPC;

l) Nos artigos 181. a 186 da contestação a Ré invocou um conjunto de factos respeitantes à sua organização, estrutura e práticas empresariais, que se revestem de inegável interesse para a boa decisão da causa, designadamente para melhor poder aferir e avaliar a necessidade e proporcionalidade dos pedidos formulados pela Autora, designadamente que:

(A) A Meliá ocupa a primeira posição do ranking de empresas hoteleiras em Espanha, a terceira ao nível europeu e a décima-nona em termos mundiais;

(B) É uma das empresas cotadas do IBEX 35, desde 1996, e é a primeira empresa do setor a fazer parte, de forma ininterrupta desde 2008, do Índice de responsabilidade social da bolsa espanhola FTSE4Good;

(C) A equipa da Meliá é composta por mais de 40.000 pessoas (pré-COVID), distribuídas por mais de 40 países;

(D) A sua visão, os compromissos por si assumidos e os progressos alcançados em matéria de gestão sustentável granjearam-lhe reconhecimento e notoriedade, traduzida, além do mais, na inclusão nos principais Índices y rankings a nível nacional, europeu e internacional que medem os compromissos das empresas nestas áreas, designadamente:

a) Foi considerada a empresa no setor hoteleiro mais sustentável em Espanha e na Europa em 2020, de acordo com o último Corporate Sustainability Assessment de S&P Global 2020, tendo entrado para este ranking em 2018 e tendo alcançado o selo "gold" no ano seguinte;

b) Alcançou o sétimo lugar do mundo em matéria de gestão sustentável, de acordo com o Wall Street Journal (ocupando o primeiro lugar no setor do turismo) dentre mais de 5.500 empresas;

c) É a única empresa espanhola a operar no setor do turismo destacada pelo Europe's Climate Leaders 2021, de acordo com o Financial Times;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

d) É a empresa espanhola hoteleira com melhor reputação empresarial, de acordo com o Monitor de Reputación Empresarial (MERC) e foi considerada uma das empresas mais atrativas para se trabalhar.

(E) No CSA S&P Global 2020, ocupa a posição de líder do setor no âmbito social e é reconhecida como "best in class" em áreas de extrema relevância, a saber: estratégia de adaptação às alterações climáticas, estratégia fiscal, direitos humanos, gestão de capital humano, segurança e saúde no trabalho, entre outros.

m) Todos os factos indicados em l) supra, que atestam a dimensão, estrutura e política corporativa da ora Apelante encontram-se suportados em meios de prova (designadamente os DOCs. 18, 19, 20, 21 e 22 do requerimento de junção de documentos datado de 17 de junho de 2022, que para além de não terem sido impugnados, são de acesso público, pelo que estamos em bom rigor perante factos do domínio público, que por isso mesmo devem ser incluídos no elenco de factos provados a seguir ao actual facto provado 9, ao abrigo dos poderes deste Venerando Tribunal plasmados no artigo 662.º, n.º 1, por referência ao disposto no artigo 640.º, n.º 1, ambos do CPC.

n) Nos artigos 327. a 332. da Contestação e 80. a 83. da Contestação à Petição Inicial Aperfeiçoada, a ora Apelante veio alegar factos relacionados com a forma como o mercado dos operadores turísticos no EEE se encontrava organizado e funcionava durante a vigência da Conduta, ou seja, durante os anos de 2014 e 2015, designadamente que:

(F) durante o ano de 2014:

iv. Os portugueses realizaram 17,9 milhões de viagens, das quais 91% foram dentro do território português e apenas 9% ao estrangeiro;

v. 55% dos portugueses que viajaram para o estrangeiro compraram alojamento em hotel, mas apenas 9,2% optaram pela compra de um pacote turístico;

vi. 90,8% dos consumidores organizaram as suas viagens sem utilizarem ofertas de operadores turísticos

(G) Ao passo que em 2015:

iii. mais de 86% dos turistas nacionais continuaram sem recorrer a pacotes turísticos

iv. a utilização dos serviços de alojamento de hotéis era ainda na ordem dos 58%.

(H) no período relevante de 2014 / 2015:

iii. apenas cerca de 10% do universo dos consumidores de viagens turísticas residentes em Portugal utilizavam os serviços de operadores turísticos;

iv. a representatividade dos hotéis Meliá na oferta direta ou indireta de alojamento hoteleiro a consumidores portugueses foi ultra residual, em qualquer caso inferior a 1%.

o) Os factos reproduzidos em n) encontram-se suportados nos dados estatísticos disponíveis no portal do Instituto Nacional de Estatística ("INE") e também juntos como DOC. 5 da Contestação e como DOC. 26 do requerimento de junção de documentos datado de 17 de junho de 2022, bem como na análise económica feita pela Autoridade da Concorrência Espanhola, no processo de controlo de concentrações de 8 de maio de 2020, no caso C/1109/20 - Barceló Corporación Empresarial S.A. Globalia Corporación Empresarial S.A.;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

p) Na medida em que tais elementos de prova constam dos autos, emergem de entidades públicas credíveis e não foram impugnados pela Autora, revestindo-se de interesse para apurar o potencial impacto da conduta sancionada no mercado nacional, bem como o universo potencial de consumidores nacionais afetados, devem os factos reproduzidos em (F), (G) e (H) da alínea n) supra ser levados aos factos provados, ao abrigo dos poderes deste Venerando Tribunal plasmados no artigo 662.º, n.º 1, por referência ao disposto no artigo 640.º, n.º 1, ambos do CPC;

q) Nos artigos 90. a 96. da Contestação Aperfeiçoada, a ora Apelante alegou que:

(f) A Thomas Cook e a TUI, dois operadores turísticos alegadamente parte em acordos relevantes no âmbito da Conduta não tinham em, 2014 e 2015, qualquer atividade em Portugal.

r) O facto reproduzido em q) supra encontra-se suportado em elementos de acesso público, que na parte relevante foram juntos como DOCs. 30, 31, 32 e 33 do requerimento de junção de documentos datado de 17 de junho de 2022, que a Autora não impugnou, pelo que deve tal matéria ser também levada aos factos provados, ao abrigo do disposto nos artigos 640.º, n.º 1 e 662.º, n.º 1, do CPC;

s) No artigo 129. da Contestação Aperfeiçoada a Ré alegou que:

"(J) existiam, em 2014 e 2015, mais de 150.000 hotéis no EEE, e mais de 4.000 hotéis em Portugal"

t) Este facto é igualmente incontroverso, encontrando-se suportado em meio de prova fornecido pelo EUROSTAT junto como DOC. 39 do requerimento de junção de documentos datado de 17 de junho de 2022, que a Autora não impugnou, pelo que deve tal matéria ser também levada aos factos provados, ao abrigo do disposto nos artigos 640.º, n.º 1 e 662.º, n.º 1, do CPC;

u) A propósito da estrutura do mercado da prestação de serviços de alojamento turísticos, em particular, fora do canal da distribuição grossista por operadores turísticos, tal como descrito nos artigos 163., 174., 175., 177., 179., 183., 184., 185. e 186. da Contestação Aperfeiçoada, a ora Apelante invocou os seguintes factos:

(K) Existe uma forte pressão concorrencial de operadores como a Booking ou a Expedia, denominados OTAs ou online travel agents, que oferecem, de forma particularmente intensa, descontos e upgrades, o mesmo acontecendo com o canal de vendas diretas da Meliá, que não faz qualquer distinção de preços em função da origem da marcação (artigo 163.);

(L) Os operadores turísticos disponibilizam pacotes às agências de viagens ativas em Portugal tendo os consumidores portugueses como público alvo, com várias configurações e incluindo opções concorrentes/substituíveis entre si do ponto de vista do cliente final (artigos 174. / 175.);

(M) As agências de viagem adquirem pacotes turísticos a vários operadores, não existindo relações de exclusividade, sendo tal mercado altamente concorrencial (artigo 177.);

(N) Os pacotes montados pelos operadores turísticos e comercializados pelas agências de viagem incluem uma oferta diversificada de hotéis, em que, e em termos gerais, nem sequer é visível qual o hotel em concreto incluído no pacote, ou, noutros casos chega a haver dezenas de opções possíveis (artigo 179.);

(O) Em 2014 e 2015 encontravam-se presentes no mercado português os seguintes agentes: a Geotur, a Abreu, a ES Viagens com a Edreams,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

a Viagens El Corte Ingles, TUI Portugal e a Halcon Viagens, correspondendo a um mercado não concentrado com um IHH inferior a 500 (artigos 184. / 185.).

v) Para prova dos factos reproduzidos em u) supra a ora Apelante ofereceu, para além da (i) Decisão da CE de 23 de outubro de 2018, no caso M.9005 - Booking Holdings / Hotelscombined, (ii) da Decisão da Autoridade da Concorrência francesa de 16 de março de 2016, no caso 16-DCC-35, parágrafos 5, 25 e 33, (iii) da Decisão da AdC de 26 de maio de 2015, no caso Ccent 22/2015 – Sonae Investimentos, par. 24 (iv) da Decisão da Autoridade da Concorrência espanhola, de 6 de fevereiro de 2013, no caso C/0492/13 - Globalia Corporación Empresarial, S.A./Orizonia Travel Group, S.L.U., parágrafo 102 e 105, (v) da Decisão da Autoridade da Concorrência espanhola de 8 de maio de 2020, no caso C/1109/20 - Barceló Corporación Empresarial S.A. | Globalia Corporación Empresarial S.A., parágrafos 203 e 206 de 16 de março de 2016, (vi) ainda os DOCs. 40, 41, 42, 43., 44, 45, 46 e 47 do requerimento de junção de documentos datado de 17 de junho de 2022, sem que a Autora os tenha ou possa impugnar, pelo que deve tal matéria ser igualmente levada aos factos provados, ao abrigo do disposto nos artigos 640.º, n.º 1 e 662.º, n.º 1, do CPC, o que se requer;

w) O regime jurídico da apresentação de documentos invocado pela Autora vem regulado em termos gerais nos artigos 574.º e 575.º do CC, dos quais resulta que são pressupostos para a respetiva decretação, (i) estarmos perante documentos, (ii) que estejam na posse do requerido, (iii) sobre os quais exista por parte do requerente um direito real ou pessoal, ainda que condicionado ou a prazo, (iv) cujo exame seja necessário para apuramento da existência ou conteúdo de um direito, (v) correspondendo a um interesse jurídico atendível;

x) Sendo que a estes pressupostos positivos soma-se um negativo: não ter o requerido motivos para, fundamentadamente, se opor à exibição;

y) Tais pressupostos foram entretanto densificados e concretizados na LPE, que transpõe para o ordenamento jurídico português a Diretiva dos Danos, através de um conjunto de regras específicas sobre o acesso a meios de prova em poder de terceiros em casos de práticas anticoncorrenciais, assumindo aqui especial interesse o seu artigo 13.º, segundo o qual “aquele que, nos termos e para os efeitos dos artigos 573.º a 576.º do Código Civil, pretenda obter informações ou a apresentação de meios de prova, incluindo os que o possuidor não lhe queira facultar pode, mediante justificação da necessidade da diligência, e com as demais limitações estabelecidas no presente capítulo, requerer ao tribunal competente a citação do recusante para os apresentar no dia, hora e local que o juiz designar, nos termos previstos nos artigos 1045.º a 1047.º do Código de Processo Civil”;

z) Logo acrescentando, no n.º 2, do mesmo artigo 13.º, que “aos pedidos de acesso referidos no número anterior é aplicável, com as devidas adaptações, o disposto nos números 2 a 9 do artigo anterior”, destacando-se aqui diversos pressupostos, designadamente (i) o pressuposto da plausibilidade, de acordo com o qual “o pedido (...) é fundamentado com factos e meios de prova razoavelmente disponíveis e suficientes para corroborar a plausibilidade do pedido de indemnização ou da defesa e indica os factos que se quer provar” (artigo 12.º, n.º 2), (ii) O pressuposto da especificação, segundo o qual “o pedido identifica de forma tão precisa e estrita quanto possível os meios de prova ou as categorias de meios de prova cuja apresentação é requerida, com base nos factos que a fundamentam” (artigo 12.º, n.º 3), (iii) os pressupostos da necessidade e da proporcionalidade, segundo os quais “o tribunal ordena a apresentação dos meios de prova caso considere que a mesma é proporcional e relevante para a decisão da causa, sendo recusados os pedidos que pressuponham pesquisas indiscriminadas de informação” (artigo 12.º, n.º 4) e (iv) o princípio da proteção de informação confidencial (artigo 12.º, n.º 7);



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



aa) A Meritíssima Senhora Juiz parece ter considerado que o ónus da prova em relação a parte significativa destes pressupostos recai sobre a Ré, como exceções impeditivas ou restritivas dos pedidos formulados pela Autora, tratadas e analisadas no Capítulo B) - "Dos motivos invocados pela Ré para se opor à apresentação de documentos" da sentença recorrida, quando na realidade, estamos na presença de pressupostos positivos, que à Autora cumpria preencher;

bb) O primeiro e principal pressuposto para o deferimento dos pedidos formulados pela Autora consiste, conforme ela própria confessa, em "alegar e provar factos que corroborem a plausibilidade do pedido de indemnização (...), sendo essa a condição de procedência da ação", ou seja, a plausibilidade da existência de danos na esfera jurídica de consumidores residentes em Portugal em resultado da conduta sancionada na Decisão;

cc) Se não custa admitir, como se refere a páginas 33 da sentença recorrida, a legitimidade da Autora para em abstrato instaurar ações coletivas de defesa de interesses difusos e de interesses individuais homogêneos dos consumidores residentes em Portugal, tal não basta, como é evidente, para que lhe sejam deferidos os pedidos de acesso a documentos formulados nestes autos, na medida em que o interesse jurídico atendível aqui tem que atingir o patamar da plausibilidade do dano, coisa que o Tribunal a quo acaba por reconhecer a custo e procura contornar com recurso à Decisão, entrando em evidente e frontal contradição com quanto momentos antes declarou, para preenchimento do pressuposto do interesse jurídico atendível;

dd) Com efeito, o Tribunal a quo declara uma coisa - que a Decisão e o Comunicado de Imprensa são reconhecidamente insuficientes para a Autora fundamentar a existência ou plausibilidade de danos - e o seu contrário - que afinal a Decisão e o Comunicado de Imprensa são suficientes para preenchimento desse mesmo pressuposto - incorrendo numa contradição manifesta e insanável, que inclusivamente torna a decisão ininteligível, sendo nessa medida geradora de nulidade, nos termos do disposto no artigo 615.º, n.º 1, alínea c) do CPC;

ee) De resto, se a Decisão e o Comunicado de Imprensa fossem suficientes para preenchimento deste pressuposto, o Tribunal a quo não teria emitido, como emitiu, o Despacho Saneador no qual, reconhecendo as deficiências nesta matéria da petição inicial, convidou a Autora a apresentar uma petição inicial aperfeiçoada, concedendo-lhe uma generosa oportunidade para acertar a mira, inclusivamente indicando-lhe com todo o detalhe o alvo a atingir, ao explicar que deveria "concretizar de forma mais desenvolvida a possibilidade ou plausibilidade da prática restritiva da concorrência em causa ter provocado danos a consumidores nacionais alegada nos artigos 44º e 45º da petição inicial, levando em conta a configuração específica da infração, em particular o facto de estarem em causa apenas contratos com os operadores turísticos";

ff) Trata-se aqui, de mais uma flagrante e direta contradição, desta feita entre o referido Despacho Saneador e a sentença recorrida, que não se pode de modo algum admitir, sob pena de total descredito da justiça e dos tribunais;

gg) O Tribunal a quo está vinculado pela decisão subjacente ao Despacho Saneador, que de resto a Autora acatou, tendo transitado em julgado, não podendo por isso mesmo voltar atrás, para declarar, como se faz na sentença recorrida, que o pressuposto da plausibilidade do dano afinal já se encontra preenchido, bastando para tanto atender à Decisão e ao Comunicado de Imprensa, que sempre estiveram, desde o primeiro momento disponíveis nos autos;

hh) E não se diga, como seguidamente se pode ler a páginas 34 / 35 da sentença recorrida, que "concluir de forma diferente, seria coartar o direito de ação para reclamação de uma indemnização por danos pelo cometimento de uma infração ao direito da concorrência, sempre que estívéssemos perante uma Decisão da Comissão Europeia que, apesar de concluir pela existência da prática



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



de uma infração ao direito da concorrência, não se debruça sobre os danos/efeitos no mercado dela resultantes, como sucede quando estamos perante infrações por objeto", pois o direito de ação da Autora não depende, como é evidente, da decretação das medidas peticionadas, pois ainda que a presente ação especial seja, como esperamos, julgada improcedente em sede de recurso, nada a impede de ainda assim avançar com uma ação coletiva indemnizatória se assim entender;

ii) Sem prescindir, estamos aqui, salvo o devido respeito, perante um raciocínio que demonstra uma visão distorcida e não isenta sobre o tema, olvidando que no caso em apreço para além estarmos perante uma infração por objeto, a mesma é relativa a uma infração vertical, consabidamente menos lesivas do que as infrações horizontais / cartéis, tanto assim que não se lhes aplica a presunção de danos estabelecida nos artigos 17.º, n.º 2 e 9.º, n.º 1 da Diretiva dos Danos e da LPE, respetivamente;

jj) O Tribunal a quo deixa-se uma vez mais enredar pela sua argumentação tautológica, ao primeiro alegar que estamos perante uma decisão que sanciona uma infração por objeto, que "não se debruça sobre os danos / efeitos no mercado dela resultantes", para seguidamente argumentar que, afinal, tais danos / efeitos (ou a sua plausibilidade) emergem da Decisão;

kk) E de nada adianta ao Tribunal a quo reproduzir a páginas 36 a 40 da sentença recorrida determinadas passagens da Decisão, cirurgicamente selecionadas para tentar dar a aparência de existência de dano, depois de momentos antes ter declarado que a Decisão e o Comunicado de Imprensa não são suficientes para tal efeito;

ll) Sem prescindir, é de referir que conforme resulta da formulação legal, a fundamentação a cargo da Autora há de ser suficientemente robusta para tomar o direito a uma indemnização que lhe subjaz plausível, isto é credível e provável, coisa que manifestamente não ocorre no caso em apreço, bastando para tanto ter em conta os termos dubitativos e meramente hipotéticos como a Autora continuava a referir-se à produção de efeitos negativos para os consumidores residentes em Portugal nas suas alegações finais;

mm) O critério da plausibilidade não se alcança com um mero enunciar de teses abstratas e especulativas, antes exigindo da parte da Autora uma sólida teoria do dano, assente em factos e prova, que permita ao tribunal formular um juízo valorativo tal que aponte no sentido de um cenário de produção de danos a consumidores portugueses em resultado da conduta sancionada na decisão ser mais provável, mais credível, do que a hipótese inversa, i.e., a ausência de danos em consumidores neste território;

nn) No âmbito da aplicação de disposições de concorrência, a plausibilidade como critério de compensação de danos, equivale, naturalmente, à probabilidade económica, à luz das características do mercado e da infração, tendo em conta, por exemplo, a definição geográfica, do produto, da oferta e da elasticidade da procura, tudo elementos que o Tribunal a quo ignorou por completo, já que nenhuma atenção dedicou ao alegado a este respeito pela ora Apelante;

oo) Seja como for, o que se impunha nesta sede, e salvo melhor entendimento, era a demonstração por parte da Autora que é mais provável a existência de danos nos consumidores portugueses do que a sua não existência, demonstração que, na opinião da Ré, não foi feita nestes autos, nem foi alcançada na sentença recorrida, conduzindo à necessária improcedência da ação;

pp) Conforme resulta da matéria de facto provada, por um lado, o número de portugueses que nos anos de 2014 e 2015 viajaram, recorrendo para tanto a pacotes oferecidos por operadores turísticos, foi apesar de tudo residual, situando-se na casa dos 10%, com a representatividade dos hotéis Meliá na oferta direta ou indireta de alojamento hoteleiro a consumidores portugueses a assumir



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

um peso ultra residual, inferior a 1% - factos provados (F), (G) e (H) - fruto da existência de um enormíssimo número de hotéis disponíveis, quer no EEE (mais de 150.000), quer em Portugal (mais de 4.000) - facto provado (J).

qq) Este reduzidíssimo peso da oferta Meliá no mercado nacional constitui um claro indicador da baixíssima probabilidade de ocorrência de quaisquer danos junto dos consumidores nacionais, o qual é ainda reforçado pela circunstância de estarmos na presença de um mercado particularmente competitivo, com ofertas variadas de múltiplos operadores, pressão concorrencial de agências de viagens e de OTAs, já para não esquecer a oferta online da Meliá, que não tem qualquer tipo de restrição em função do mercado de origem - factos provados (K) a (O);

rr) Neste contexto, aquilo que o Tribunal a quo acabou por sancionar foi uma fishing expedition, ou seja, uma devassa à organização e informação interna da ora Apelante para tentar averiguar se terá havido efeitos ou danos na esfera jurídica de consumidores residentes em Portugal em resultado da infração sancionada na Decisão, sem que primeiro se tenha demonstrado a plausibilidade desse dano, no que constitui uma decisão ilegal, por violação do artigo 12.º, n.º 2 da LPE, cuja reversão se impõe, com a consequente improcedência da ação e de cada um dos pedidos nela formulados;

ss) Mas ainda que assim não fosse, o que se alega por cautela e sem conceder, a verdade é que ainda que se concluísse que a Autora havia vencido este primeiro obstáculo da demonstração da plausibilidade do dano, restar-lhe-ia ainda vencer os demais pressupostos estabelecidos nos n.ºs 3 a 5 do artigo 12.º da LPE para poder ver decretadas as medidas de acesso a prova peticionadas, tema em relação ao qual o Tribunal a quo voltou a falhar redondamente, com a agravante de o ter feito com o que aparente ser uma inversão do ónus da prova, já que analisou os pressupostos da especificação, necessidade e proporcionalidade enquanto objeções levantadas pela Ré, quando na realidade, continuamos a estar na presença de pressupostos positivos, que à Autora cumpria preencher;

tt) Na sentença recorrida o Tribunal a quo apenas se debruça sobre estes pressupostos já no contexto da análise da defesa da ora Apelante, no capítulo B., a páginas 42 e ss., sob o título "Dos motivos invocados pela Ré para se opor à apresentação dos documentos", quando em bom rigor deveria ter procedido à respetiva análise ainda no contexto da identificação e verificação dos pressupostos positivos para a procedência da ação e decretação das medidas de acesso a prova peticionadas, pois é indubitável que é à Autora quem compete fazer a prova da sua verificação;

uu) Fá-lo, além do mais, de forma manifestamente perfunctória, limitando-se a enunciar tais pressupostos, sem que, contudo, os tenha chegado a aplicar minimamente, subvertendo os termos em que o tema aqui em causa deveria ter sido tratado e analisado, numa situação que apresenta algum paralelismo com aquela que deu lugar ao recentíssimo Acórdão proferido no processo n.º 20/20.9YQSTR-A.L1, datado de 10 de Março de 2023, em processo no qual é também Autora a lus Omnibus, no qual se destaca precisamente que na análise e apreciação de uma medida de preservação de prova, "o Tribunal a quo, ao fazer o teste da proporcionalidade previsto no artigo 12.º da lei 23/2018, tem de levar em conta o seguinte: a medida em que a ação de indemnização intentada é suportada por factos e provas já disponíveis e juntas aos autos, que justificam o pedido de acesso aos elementos pretendidos; o âmbito e o custo da medida de preservação da prova; se as provas a preservar contém informações confidenciais e as disposições em vigor para proteger essas informações confidenciais - cf. artigo 12.º n.ºs 5 e 7 da lei 23/2018 que transpõe a Diretiva 2014/104/EU";

vv) Ora, se isto é assim num caso em que já está instaurada a ação indemnizatória e na qual apenas se pretende a decretação de medidas de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

conservação de prova, como era ali o caso, sé-lo-á, por maioria de razão, num caso como aquele que ora nos ocupa, no qual estamos perante um pedido preliminar de uma futura hipotética ação indemnizatória;

ww) Nesta mesma linha, o recente Acórdão *Paccar Inc* do TJUE veio precisamente colocar especial ênfase na necessidade de adequada ponderação, por parte dos tribunais nacionais, do princípio da proporcionalidade na apreciação de pedidos de acesso a meios de prova ao abrigo das pertinentes disposições da Diretiva dos Danos, concluindo no seu parágrafo 69. que não obstante dever interpretar-se o seu artigo 5.º, n.º 1, "no sentido de que a menção que aí é feita dos elementos de prova relevantes que estejam sob o controlo do demandado ou de um terceiro também visa os elementos de prova que a parte a quem for dirigido um pedido de divulgação de provas deve criar ex novo, agregando ou classificando informações, conhecimentos ou dados que estejam sob o seu controlo", tal deve contudo ocorrer "sob reserva de rigoroso respeito do artigo 5.º, n.ºs 2 e 3, desta Diretiva, que obriga os tribunais nacionais chamados a conhecer do litígio a limitar a divulgação de elementos de prova ao que for relevante, proporcionado e necessário, tendo em conta os interesses legítimos e os direitos fundamentais dessa parte";

xx) Valendo também a pena a este respeito remeter para o considerando (23) da Diretiva dos Danos, onde se estabelece que "o requisito de proporcionalidade deverá ser apreciado cuidadosamente quando a divulgação implique o risco de desvendar a estratégia de investigação de uma autoridade da concorrência, revelando que documentos integram o processo, ou o risco de ter um impacto negativo na forma como as empresas cooperam com as autoridades da concorrência. Haverá que ter especial atenção de forma a impedir «investigações prospetivas», isto é, a pesquisa não específica ou excessivamente vasta de informações de improvável relevância para as partes na ação";

yy) Ora, é precisamente isso - uma pesquisa não específica e excessivamente vasta de informações de improvável relevância para as partes na ação - que está aqui em causa conforme resulta do cardápio quase infundável de documentos cuja produção é requerida no artigo 62. da petição inicial, que nessa medida deverá ser indeferida;

zz) A Autora não necessita de aceder à cópia integral das condições gerais padrão utilizadas pela ora Apelante nos anos de 2014 e 2015 visados na Decisão - pedido a) (i) formulado pela Apelada - para conhecer o conteúdo e âmbito das cláusulas anticoncorrenciais em causa, pois a cláusula relevante, única, aliás, que captou o interesse da CE e pode de alguma forma relesvar para os efeitos pretendidos pela *lus Omnibus*, encontra-se transcrita no parágrafo (20) da Decisão, a qual inclusivamente foi pelo Tribunal a quo levada aos factos provados;

aaa) Os motivos invocados na sentença recorrida para tentar justificar a necessidade de aceder aos 4.216 contratos visados pela Decisão da Comissão - pedidos a) (ii) e (iii) - no caso aferir o âmbito e os efeitos da prática anticoncorrencial em causa, não apenas carecem de sentido, como estão em contradição com a matéria de facto provada, o que basta para que a decisão recorrida deva, nesta parte, ser julgada revertida, com a consequente improcedência do pedido aqui em causa;

bbb) Aliás, na fundamentação da sentença, mais concretamente a páginas 40, o Tribunal a quo assumiu que os 4.216 contratos aqui em causa estiveram em vigor em 2014 e 2015, pelo que nesta parte existe uma contradição insanável entre a decisão sobre a matéria de facto e a fundamentação da sentença, geradora uma vez mais de nulidade, nos termos do disposto no artigo 615.º, n.º 1, alínea c) do CPC



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ccc) *A menos, claro está, que a lus Omnibus se queira substituir à Comissão na análise das condições gerais usadas pela Meliá e na determinação da sua (in)conformidade com as regras da concorrência, caso em que valerá a pena recordar o parágrafo 65 do Acórdão Paccar Inc. a que acima se aludiu: "os princípios aplicáveis à luta contra os comportamentos anticoncorrenciais por iniciativa pública não são transponíveis para a luta contra os comportamentos anticoncorrenciais por iniciativa privada";*

ddd) *A Autora tão pouco necessita de aceder a tais contratos para aferir "o impacto da infração nas vendas totais de estadias em hotéis Meliá", pois, uma vez mais, não só tal informação consta do parágrafo (25) da Decisão, como foi pelo Tribunal levada ao ponto 15 dos factos provados: "O valor total das vendas realizado pelos Contratos Relevantes foi de 75 908 194 euros em 2014 (o que corresponde a aproximadamente 5,19% do volume de negócios líquido da Meliá em 2014) e 68 145 187 euros em 2015 (o que corresponde a aproximadamente 3,92% do volume de negócios líquido da Meliá em 2015)";*

eee) *Sem prescindir, os documentos aqui em causa sempre estariam abrangidos pela confidencialidade atinente aos processos de transação a que se alude no capítulo 3.4.9 da contestação, pois constituíram a base para a Decisão emitida pela Comissão, pelo que tudo sopesado, deve o pedido aqui em causa ser indeferido;*

fff) *O pedido formulado pela Autora sob a alínea c) (ii) constitui, salvo melhor opinião, um caso de escola de um pedido abusivo e desproporcional, que jamais poderá ser deferido por um Tribunal que aplique, com rigor e critério, as regras do artigo 12.º, n.ºs 2 a 9 da LPE, interpretadas à luz do artigo 5.º, n.ºs 1 e 2 da Diretiva dos Danos e dos seus pertinentes considerandos;*

ggg) *O Tribunal a quo não pode dar por provado uma coisa - que a conduta se limitou aos anos de 2014 e 2015 e que a Meliá pôs termo à mesma - para a seguir, quando se trata de aferir a necessidade e proporcionalidade do pedido aqui em causa, admitir, de modo especulativo e contraditório que tal conduta pode ter-se prolongado por mais 5 anos, até 2020;*

hhh) *Ao contrário do afirmado na sentença recorrida, a Autora não necessita dos documentos aqui em causa para conhecimento do âmbito geográfico e temporal da infração, pois estes são já conhecidos e inclusivamente resultam dos factos provados, mais concretamente dos seus pontos 13 e 15;*

iii) *Num cenário como aquele que ora nos ocupa, de restrições verticais traduzidas em limitações de vendas ativas por geografia, a prova do hipotético dano depende exclusivamente da análise dos preços praticados no período de vigência desses contratos, por forma a apurar se consumidores foram impedidos de aceder a preços mais favoráveis a que de outro modo teriam podido aceder nesse período, sendo irrelevante saber quais foram os preços que vigoraram nos anos posteriores ao termo da infração;*

iiii) *Não está aqui em causa a possibilidade de ao abrigo da LPE se ordenar a produção de documentos ex novo com recurso a informação de posse da demandada, mas sim obrigar uma parte a produzir prova contra si própria, algo que certamente não esteve no espírito do legislador europeu, conforme, aliás, resulta do Acórdão Paccar Inc. que o Tribunal a quo cita, mas não observa: "a interpretação do artigo 5.º n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2014/104 não pode conduzir a que as demandadas no processo principal substituam os demandantes na tarefa que lhes incumbe de demonstrar a existência e a extensão do prejuízo sofrido" (que é precisamente aquilo que acontecera se esta decisão do Tribunal a quo viesse a ser confirmada em resposta ao presente recurso);*

kkk) *Qualquer interpretação dos artigos 12.º e 13.º da LPE no sentido em que permitem que o tribunal ordene ao demandado que produza prova*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ex novo, isto é compilando e ordenando dados económicos de acordo com critérios ditados pelo demandante, para prova da existência de um hipotético dano no contexto de uma ação de private enforcement ou como preliminar de uma tal ação, seria inconstitucional, por violação do artigo 20.º, n.º 4 da Constituição de República Portuguesa, que consagra o direito de todos a um processo justo e equitativo;

lll) Não foi certamente em vão que o TJUE também nessa altura clarificou que "as disposições desta diretiva devem ser aplicadas respeitando os direitos fundamentais e os princípios reconhecidos pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia", numa clara alusão aos direitos fundamentais de defesa das demandas, de quem não se pode exigir que se substituam às demandantes e aos seus peritos no apuramento da hipotética existência de danos e sua quantificação;

mmm) O Tribunal a quo não pode pretender obrigar a Ré a recolher, compilar e organizar informação para um período temporal de oito anos (2014 a 2021), de acordo com um critério definido pela Autora, para servir de base a prova da existência de danos e sua quantificação na futura e já anunciada ação coletiva de private enforcement, substituindo-se a esta e aos seus peritos nesse esforço probatório;

nnn) E não se diga que não é crível que a ora Apelante não tenha tais tabelas e estudos à sua disposição, até porque teve que as preparar para efeitos da Decisão da Comissão, pois as tabelas e informações que a ora Apelante preparou para o processo de transação com a Comissão, para além de apenas dizerem respeito a dois anos (2014 e 2015) e abrangerem apenas os 4.216 contratos postos em crise, fazem parte de um processo de transação e são protegidas nos termos do disposto no artigos 14.º, n.º 5 da LPE e 6.º, n.º 6 da Diretiva dos Danos;

ooo) A decisão proferida sobre o pedido c) (iii), ao simplesmente remeter, quanto à respetiva fundamentação, para o pedido anterior, é nula, por ausência de fundamentação, por via do disposto no artigo 615.º, n.º 1, alínea b) do CPC;

ppp) Exigia-se ao Tribunal a quo, em primeiro lugar, que verificasse se os pressupostos positivos para a decretação do pedido formulado pela Autora, designadamente a plausibilidade do dano e a necessidade, a especificação e a proporcionalidade do pedido, se encontravam preenchidos, fundamentando de modo adequado a sua decisão com recurso aos factos, à prova e ao direito, coisa que manifestamente não fez e resulta em nulidade por ausência de fundamentação;

qqq) Estamos aqui uma vez mais perante um caso ilustrativo de um pedido abusivo e desproporcional, que extravasa as circunstâncias e os limites com que os tribunais nacionais devem ordenar a produção de prova *ex novo*, à luz da jurisprudência deste Venerando Tribunal (Acórdão proferido no processo n.º 20/20.9YQSTR-A.L1) e do TJUE (Acórdão Paccar Inc.);

rrr) Nos anos de 2014 e 2015 ficaram seguramente alojados nos 140 hotéis aqui em causa milhões de hóspedes, de dezenas de proveniências diferentes, por via de milhares de contratos, sendo que em muitos casos a informação sobre o local de residência de cada um deles nem sequer fica registada nos sistemas informáticos de cada um dessas hotéis, pelo que resulta objetivamente impossível à Apelante dar cumprimento à decisão proferida;

sss) Em virtude das regras de guarda de documentos em vigor em Espanha e na generalidade dos países onde a Ré Meliá opera, dados desta natureza e detalhe simplesmente já não existem, pelo que também por esta via a Apelante não tem como dar resposta a uma tal solicitação na hipótese improvável de vir a ser confirmada por este Venerando Tribunal;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ttt) Para agravar a situação, a decisão proferida é ambígua e ininteligível, já que identifica o início do período temporal a abranger pela informação a disponibilizar - "janeiro de 2014" - mas deixa em suspenso o termo desse período, já que declara que "terá ocorrido, provavelmente após dezembro de 2015", sem contudo concretizar quando, sendo por isso mesmo nula, nos termos e ao abrigo do disposto no artigo 615.º, n.º 1, alínea c) do CPC;

uuu) Sem prescindir, o Tribunal a quo não pode pretender obrigar a Ré a recolher, compilar e organizar informação para um período temporal indefinido (de janeiro de 2014 a data incerta após dezembro de 2015), de acordo com um critério estabelecido pela Autora, para servir de base a prova da existência de danos e sua quantificação na futura e já anunciada ação coletiva de private enforcement, substituindo-se a esta e aos seus peritos nesse esforço probatório;

vvv) Mais uma vez, qualquer interpretação dos artigos 12.º e 13.º da LPE no sentido em que permitem que o tribunal ordene ao demandado que produza prova ex novo, isto é compilando e ordenando dados económicos de acordo com critérios ditados pelo demandante, para prova da existência de um hipotético dano no contexto de uma ação de private enforcement ou como preliminar de uma tal ação, seria inconstitucional, por violação do artigo 20.º, n.º 4 da Constituição de República Portuguesa, que consagra o direito de todos a um processo justo e equitativo;

www) A decisão de deferimento do pedido c) (iv) tem subjacente a recolha e tratamento, por parte da Apelante, de dados que pela sua antiguidade em boa medida simplesmente já não existem, impondo ainda, em relação àqueles ainda existentes, uma tarefa de impossível concretização, por pressupor a recolha e tratamento do valor de toda e cada uma das dezenas de milhões de dormidas realizadas no indicado período de 7 anos, nos 140 hotéis em causa, cada qual com centenas de quartos, de múltiplas tipologias e comercializados através de inúmeros canais de venda, para determinar qual a mais cara e mais barata e a respetiva média, discriminada por hotel e por tipo de alojamento;

xxx) Acresce que os contratos em causa na Decisão da Comissão diziam respeito a contratos com operadores turísticos, tipicamente intermediários entre os fornecedores de acomodações e agências de viagens, pelo que o tema dos preços neste contexto é particularmente diluído e totalmente fora da esfera e controlo da Ré, o que igualmente concorre para a necessária improcedência deste pedido;

yyy) Acresce que esta informação não se mostra apta, nem muito menos necessária, para definição do âmbito material, geográfico e temporal da infração, o que igualmente concorre para a improcedência deste pedido;

zzz) Sendo também de reiterar que a interpretação dos artigos 12.º e 13.º da LPE no sentido em que permitem que o tribunal ordene ao demandado que produza prova ex novo, isto é compilando e ordenando dados económicos de acordo com critérios ditados pelo demandante, para prova da existência de um hipotético dano no contexto de uma ação de private enforcement ou como preliminar de uma tal ação, seria inconstitucional, por violação do artigo 20.º, n.º 4 da Constituição de República Portuguesa, que consagra o direito de todos a um processo justo e equitativo;

aaaa) Numa infração como aquela aqui em causa a única teoria do dano hipoteticamente possível, e sendo possível não é plausível, prende-se com a análise dos preços praticados ao abrigo dos contratos no estrito âmbito temporal em que vigoraram, de forma a apurar se consumidores portugueses foram impedidos de nesse período aceder a pacotes com preços totais mais reduzidos (fruto de uma hipotética redução do preço do alojamento que não seria absorvida pelo operador turístico) a que, na ausência de restrição, teriam podido aceder, o



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

que significa que os preços praticados nos anos subsequentes e em diferentes canais, são absolutamente irrelevantes;

bbbb) Sem prescindir, existe aqui mais uma insanável contradição no seio da sentença recorrida, pois num primeiro momento (a páginas 52) a Meritíssima Senhora Juiz aventa a possibilidade de que a prática se tenha alongado no tempo para além do escopo temporal definido na Decisão, para seguidamente dizer que os dados referentes a este período serão necessários para realizar um exercício de contrafactual (!) ou seja, comparando os preços ao longo dos anos de 2014 e 2015, com os preços dos anos seguintes;

cccc) Deve, pois, declarar-se a nulidade deste segmento decisório da sentença recorrida, por ambiguidade e ininteligibilidade, nos termos e ao abrigo do disposto no artigo 615.º, n.º 1, alíneas c) do CPC, substituindo-se por outra que julgue o pedido aqui em causa improcedente, por além do mais violar o princípio da proporcionalidade e o direito constitucionalmente consagrado da Apelante a um processo justo e equitativo, no qual não seja obrigada a substituir-se à Autora na prova dos fundamentos da anunciada ação coletiva de private enforcement;

dddd) A decisão de decretação do pedido c) (v) assenta num grosseiro erro de julgamento por parte do Tribunal a quo, porquanto ao contrário de quanto a este respeito ficou a constar da sentença recorrida, a informação sobre quotas de mercado, sobretudo dos seus concorrentes, não se encontra sob domínio e controlo da Meliá;

eeee) Até porque, no caso em apreço nem sequer existe a típica assimetria de informação que justifica a decretação de medidas deste tipo, pois a informação sobre quotas de mercado que a Autora pretende obter não só não está de posse da Meliá, como pode ser obtida de empresas especializadas em estudos de mercado ou de fontes públicas, a que a lus Omnibus pode e deve aceder se assim entender;

ffff) O que não é, em qualquer caso admissível, é querer obrigar-se a ora Apelante a contratar e produzir tais estudos de mercado, arcando com os elevados encargos que os consultores externos que se dedicam a tal atividade habitualmente cobram, substituindo-se à Autora no esforço probatório para fundamentar um futura e eventual ação de private enforcement, no que constituiria uma interpretação dos artigos 12.º e 13.º da LPE inconstitucional, por violação do artigo 20.º, n.º 4 da Constituição de República Portuguesa, que consagra o direito de todos a um processo justo e equitativo;

gggg) A decisão proferida sobre o pedido c) (vi), ao simplesmente remeter, quanto à respetiva fundamentação, para o pedido anterior, é nula, por ausência de fundamentação, por via do disposto no artigo 615.º, n.º 1, alínea b) do CPC;

hhhh) Sem prescindir, a Apelante não possui estudos de mercado que correspondam ao indicado neste segmento da decisão recorrida, pelo que não tem como cumprir tal ordem;

iiii) O que não é, em qualquer caso admissível, é querer obrigar-se a ora Apelante a contratar e produzir tais estudos, arcando com os elevados encargos que os consultores externos que se dedicam a tal atividade habitualmente cobram, substituindo-se à Autora no esforço probatório para fundamentar um futura e eventual ação de private enforcement, no que constituiria uma interpretação dos artigos 12.º e 13.º da LPE inconstitucional, por violação do artigo 20.º, n.º 4 da Constituição de República Portuguesa, que consagra o direito de todos a um processo justo e equitativo;



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

iii) A sentença recorrida faz errada interpretação e aplicação dos artigos 7.º, n.º 1, 12.º, n.ºs 2 a 9, 13.º, 14.º e 19.º da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho e 1045.º a 1047.º do CPC.

Termos em que, com o duto suprimento de direito de V. Exas, admitido o presente recurso de apelação e incidente de prestação de caução, deve:

(i) Atribuir-se efeito suspensivo ao presente recurso mediante prestação de caução, através de garantia bancária, no valor de EUR. 60.000,00 (sessenta mil euros);

(ii) Revogar-se a sentença recorrida, a qual deverá ser substituída por outra que julgue a ação improcedente, por não provada, rejeitando-se e indeferindo-se todos os pedidos formulados pela Autora, ou no limite e sem conceder, limitando-se temporalmente os dados e informações a prestar ao período da infração constante da Decisão que serve de fundamento à ação.

A ASSOCIAÇÃO IUS OMNIBUS respondeu às alegações de recurso concluindo e sustentando:

A. A assimetria informativa entre as partes comprometeria irremediavelmente o sucesso de qualquer ação para acesso a documentos indispensáveis ao exercício do direito de indemnização por infrações concorrenciais se, conforme tem pretendido a Ré, se impusesse ao demandante um ónus diabólico para obter o acesso a tais meios de prova, ou se se tornasse tão oneroso e demorado o processo de acesso a estes meios de prova que a utilização deste mecanismo processual se mostraria inviável, dissuadindo o demandante de a ele recorrer. E, tudo isto, com o fim último que aqui move a Ré: o de evitar assumir a sua responsabilidade pelos danos causados aos consumidores pela prática anticoncorrencial reconhecida pela própria Ré em transação junto da Comissão Europeia.

B. O Despacho Saneador não adotou posição diferente da Sentença: em nenhum segmento do Despacho Saneador se alega que o acesso aos documentos peticionado dependeria da alegação e prova de factos para além daqueles a que o Tribunal já estava vinculado por força da Decisão da CE. No Despacho Saneador apenas se determinou que a Autora melhor concretizasse como a prática causou danos, "levando em conta a configuração específica da infração", o que é uma óbvia remissão para a descrição da infração na Decisão da CE.

C. Uma Decisão da CE, embora possa não conter dados acerca da existência de danos, pode descrever uma infração em termos que bastam para tornar plausível que essa prática causou danos em Portugal. É o que acontece quando se descreve, como na Decisão da CE "Caso AT.40528 – Holiday Pricing", uma prática que teve por objetivo aumentar preços e que afetou todo o território do EEE, incluindo Portugal. Nestas situações, o recurso à Decisão da CE não permite confirmar a existência do dano, mas permite fazer prova da plausibilidade do dano.

D. Afastar esta posição, como a Recorrente pretende, tem como único propósito tornar excessivamente difícil aos consumidores lesados ou seus representantes provar a plausibilidade de uma infração declarada por uma autoridade de concorrência ter causado danos aos consumidores. Exigir que essa prova se faça por documentos que a demandante, aqui Recorrida, não tem e a que não pode ter acesso ou por recurso a estudos económicos extremamente dispendiosos, numa altura em que ainda nem se tem a certeza que houve dano



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

nem se sabe se o quantum dos danos causados justifica uma ação follow-on, significa, na prática, inviabilizar o acesso aos meios de prova necessários e, conseqüentemente, a reclamação desses danos. E isto é ainda mais assim porque, infelizmente, os Tribunais têm interpretado as regras da ação popular em termos que não permitem que o Autor popular, numa ação deste tipo, recupere plenamente as despesas que teve, mesmo em caso de sucesso.

E. A interpretação normativa do artigo 13.º da LPE e/ou de qualquer outra norma do ordenamento jurídico segundo a qual a prova da plausibilidade do dano numa ação prevista no artigo 13.º da LPE não se pode fazer por recurso à descrição da infração constante de uma decisão de uma autoridade de concorrência mostra-se inconstitucional por violação do artigo 20.º da CRP.

F. A Autora, em cumprimento do segmento do Despacho Saneador que determinou que especificasse o universo de potenciais consumidores nacionais lesados, esclareceu que os consumidores representados são identificados, por categoria, e não individualmente, sendo o universo dos potenciais consumidores nacionais lesados apurado com base nos critérios que a análise dos meios de prova acedidos permita extrair para a delimitação dos efeitos anticoncorrenciais destas práticas. Este segmento do Despacho Saneador e os esclarecimentos prestados ao Tribunal pela Autora em cumprimento do mesmo foram considerados pelo tribunal no seu "iter" lógico-racional de formação da decisão, justificando a admissão de acesso aos documentos identificados sob as alíneas iv) e vij) da Sentença. No mais, não sendo a delimitação do universo de potenciais consumidores nacionais lesados matéria que integre qualquer dos pressupostos necessários ao decretamento das medidas requeridas na presente ação, não competia a este Tribunal determinar se os critérios propostos pela Autora para esse efeito se afiguravam ou não adequados, o que apenas poderá vier a ser apreciado em eventual e futura ação de indemnização.

G. No caso em apreço, a Decisão da CE identificou e sancionou uma restrição por objeto, tendo para tal descrito as características da prática e do mercado e demonstrado que essa prática é suscetível de ter efeitos sensíveis restritivos da concorrência no mercado, incluindo efeitos nas trocas entre Estados-Membros.

H. É ponto assente na jurisprudência europeia que a identificação de uma restrição por objeto não dispensa a demonstração da suscetibilidade de a prática ter efeitos no mercado. No quadro desta demonstração, é frequente as autoridades de concorrência debruçarem-se sobre características das práticas e dos mercados que tornam plausíveis esses efeitos. Note-se que, nesse passo da análise, o objetivo das decisões de public enforcement sobrepõe-se largamente com o que também tem de ser provado na ação sub judice: a plausibilidade (ainda que não certeza) de a prática em causa ter efeitos anticoncorrenciais no mercado. É, por isso, natural que factos associados às características das práticas e dos mercados declarados na Decisão, como componente indispensável à identificação da restrição por objeto, impliquem a plausibilidade de a prática ter causado danos.

I. À luz da Jurisprudência do TJUE, um tribunal nacional não pode, sem contradizer o Tribunal Europeu e com isso violar a sua obrigação de cooperação leal, desconsiderar os efeitos e as características dos mercados identificados pela CE na descrição de uma infração por objeto, que foram essenciais à identificação dessa infração por objeto. É este o sentido da jurisprudência Masterfoods, reafirmada no Acórdão Otis, quanto ao tema de que nos ocupamos.

J. Os Tribunais nacionais estão vinculados à descrição das características da conduta infratora tal como definida pela Comissão, e não apenas à declaração da infração constante da parte dispositiva da Decisão da CE. Com efeito, por necessidade lógica, os tribunais nacionais ficam vinculados à



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

identificação não apenas da infração em si que foi declarada, mas também dos factos que subjazem a essa declaração, na medida em que lhe são necessários; e da mesma forma, ficam ainda vinculados às interpretações de Direito e à aplicação do Direito aos factos pela Comissão quando aquelas foram necessárias às conclusões a que se chegou na respetiva decisão.

K. Em suma, a vinculação dos tribunais nacionais abrange os factos essenciais à identificação da infração declarada pela CE, incluindo as características da infração e dos mercados, e todos os demais factos essenciais à configuração da infração pela Comissão, e ainda as interpretações de Direito e a aplicação do Direito aos factos pela Comissão quando aquelas foram necessárias às conclusões a que se chegou na respetiva decisão. E, por isso, bem andou o Tribunal ao incluir na matéria assente os seus pontos 16 e 17.

L. É irrelevante para a identificação do âmbito da infração, ou para aferir da plausibilidade dos danos, se a Decisão resulta ou não de um processo de transação. O que importa é a identificação da infração, com todos os factos e interpretações de direito necessárias a essa identificação. E essa identificação da infração tanto pode resultar de uma decisão transacionada como de uma decisão não transacionada. Tratando-se de uma Decisão transacionada, tal significa que a Recorrente aceitou a identificação da infração e de todos os factos e interpretações jurídicas contidas na Decisão que permitem a sua caracterização, e que esta Decisão transitou em julgado. Por conseguinte, ainda que a caracterização da infração constante da Decisão da Comissão não fosse vinculativa – quod non –, resultando a Decisão da CE de uma transação, sempre se teria de dar por provada essa caracterização transitada em julgado que, afinal, resulta de uma aceitação pela própria infratora. Relevando exclusivamente nessa medida a circunstância da Decisão da CE resultar de uma transação.

M. Como bem esclarece o Tribunal a quo, nas infrações por objeto a Comissão Europeia fica dispensada de provar que a prática teve, de facto, efeitos no mercado resultantes da prática anticoncorrencial, o que não quer dizer que não tenham ocorrido efeitos (incluindo danos). O facto de a CE ter concluído que as práticas em causa violaram o artigo 101.º do TFUE, se é certo que não requer a demonstração de efeitos anticoncorrecionais (por se tratar de uma restrição por objeto), necessariamente implica que essas práticas foram suficientemente importantes para serem suscetíveis de afetar de maneira significativa a concorrência nos mercados em causa. Se assim não fosse, (i) não estaria preenchido o requisito da suscetibilidade de ter impacto sensível na concorrência, sendo as práticas de minimis e não proibidas pelo artigo 101.º do TFUE; e (ii) não seria possível identificar uma restrição por objeto, à luz dos critérios jurisprudenciais esclarecidos, por exemplo, no caso Budapest Bank (C-228/18).

N. A Sentença não aplicou qualquer presunção para dar por preenchido o pressuposto da plausibilidade dos danos. Presumir o dano não é o mesmo que entender ser plausível o dano.

O. O Tribunal a quo não assentou a sua convicção em qualquer presunção de danos, tendo fundado a sua posição na prova produzida nos presentes autos. Perante uma prática que assenta em contratos confidenciais, essa prova da plausibilidade dos danos só podia fazer-se com base em dados públicos, socorrendo-se a Autora e o Tribunal de todas as informações publicamente disponíveis sobre o conteúdo desses contratos: a Decisão da CE, o Comunicado de Imprensa da Comissão Europeia datado de 21/02/2020 e o Resumo da Decisão publicado no Jornal Oficial da União Europeia no dia 02/06/2020. Em contrapartida, a Ré tem acesso aos seus dados confidenciais e detalhados sobre estes mercados e sobre a prática anticoncorrencial em causa. Teve a oportunidade de apresentar ao Tribunal todos os argumentos e meios de prova que entendesse poderem persuadir o Tribunal da ausência de plausibilidade de danos causados por esta prática, e não foi capaz de fazer tal prova.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

P. É indiscutível que o Tribunal recorrido não está vinculado ao Comunicado de Imprensa da Comissão Europeia datado de 21/02/2020, que cita, e bem, no seu facto 18. O que quer dizer, na prática, que o Tribunal recorrido alicerçou a sua decisão, nos meios de prova da plausibilidade do dano disponíveis, independentemente da discussão da vinculação à Decisão da CE.

Q. Não obstante todas as considerações tecidas pela Recorrente a propósito das práticas verticais e do seu menor grau de nocividade para o direito da concorrência, não afastou a Ré /Recorrente, no caso concreto, esses efeitos nocivos. Com efeito, a Ré /Recorrente não produziu nestes autos qualquer prova de ausência de efeitos das práticas anticoncorrenciais por si implementadas. E mesmo que – ad arguendum – fosse verdade que, de modo genérico e absoluto, as restrições verticais causam menos danos que as restrições horizontais, tal não significaria que as restrições verticais não causam danos, apenas que causam menos danos. O requisito da plausibilidade de (alguns) danos continuaria a estar preenchido.

R. O parágrafo (41) da Decisão nenhuma relevância apresenta para a matéria em discussão nos presentes autos, posto que a apreciação jurídica nele contida não serviu para caracterizar a infração.

S. Todos os parágrafos da Decisão que o Tribunal recorrido citou incluem dados indispensáveis à identificação de uma infração ao direito da concorrência por violação do artigo 101.º do TFUE, incluindo a delimitação do âmbito da infração declarada. E, mesmo aqueles parágrafos que a Recorrente entende conterem “considerações jurídicas, juízos valorativos e raciocínios hipotéticos” integram, na verdade, matérias que constituem “passos lógicos” e conclusões jurídicas intermédias indispensáveis ao preenchimento dos requisitos do artigo 101.º do TFUE.

T. Os pontos 16 e 17 da matéria assente da Sentença contêm dados que eram indispensáveis para a Comissão concluir pela prática pela Ré/Recorrente da infração ao artigo 101.º do TFUE. Sem a integração destes parágrafos, a infração surgiria apenas como uma qualificação abstrata, desprovida das características que a enformam.

U. Não admitir o recurso pelo Tribunal àquela Decisão significa fazer recair sobre a Autora um ónus de prova diabólico para demonstrar a plausibilidade dos danos e ter acesso a documentos indispensáveis e, por conseguinte, significa inviabilizar uma futura ação de indemnização a instaurar contra a Ré pelos danos causados aos consumidores pela prática anticoncorrencial em causa, violando, assim, ostensivamente o princípio da efetividade do direito europeu e o direito constitucional de acesso à Justiça.

V. Assim, bem andou o Tribunal recorrido ao integrar na matéria assente os parágrafos da Decisão que constam dos pontos 16 e 17 da Sentença e ao ponderar essa factualidade para aferir do preenchimento do requisito da plausibilidade da existência de danos.

W. A nota de rodapé (10) contém factualidade relativa a outros contratos que não aqueles de que nos ocupamos nos presentes autos. Tais contratos a que se refere a dita nota de rodapé não contêm as cláusulas anticoncorrenciais apreciadas na Decisão e não se incluem no âmbito das práticas anticoncorrenciais em causa, sendo, por conseguinte, de todo irrelevantes para aferir, no âmbito da presente ação, do pressuposto da plausibilidade dos danos. Assim, bem andou o Tribunal recorrido ao não integrar na matéria assente a nota de rodapé (10).

X. Quanto ao §66, a matéria nele contida que a Recorrente pretende trazer aos factos assentes foi considerada na Sentença, a qual se reporta, em diversos segmentos, aos anos da celebração dos contratos. O §66 da Decisão da



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

CE não contém qualquer delimitação negativa quanto à duração dos contratos, não sendo, de modo algum, seguro que tais contratos não pudessem ter estado em vigor noutros anos (pelo contrário, a experiência comum sugere que a vigência de alguns destes contratos se iniciou antes e/ou terminou depois). O âmbito temporal da infração não é suficientemente definido na Decisão da CE, eventualmente pelo carácter sucinto da Decisão, em virtude desta ter resultado de uma transação. Só na posse dos contratos em causa poderá a Autora aferir a duração da prática anticoncorrencial e, subseqüentemente, ponderar a configuração da futura ação de indemnização, como ação inteiramente follow-on ou como ação parcialmente stand alone, alegando, neste último caso, que a infração teve uma duração superior à indicada na Decisão da CE, porque os mesmos contratos estiveram em vigor num período mais amplo. Assim, nenhum reparo merece a não inclusão do §66 da Decisão da CE na matéria de facto provada.

Y. A afirmação de que as restrições verticais tendem a ser menos prejudiciais do que as restrições horizontais, não integra o iter lógico para se concluir que houve uma infração vertical por violação do artigo 101.º do TFUE, tendo apenas interesse para determinar a coima aplicável. É, por isso, matéria que não vincula o tribunal nacional numa ação follow-on. Esta mesma consideração de que as restrições verticais tendem a causar menos danos do que as restrições horizontais é irrelevante para discutir se é plausível que as restrições verticais em apreço tenham causado danos. Ao contrário do que alega a Recorrente, assumir o carácter menos nocivo destas restrições equivale a admitir a suscetibilidade de produzirem efeitos prejudiciais, ainda que em menor extensão do que as restrições horizontais.

Z. Assim, sendo matéria irrelevante para aferir dos pressupostos de procedência da ação, bem andou o Tribunal recorrido ao não incluir na matéria provada o §86.

AA. Nenhuma da matéria que a Recorrente pretende trazer ao alanco dos factos provados é suscetível de influir na aferição da plausibilidade dos danos. É, por isso, irrelevante para a apreciação da presente ação.

BB. Quanto aos pretensos factos alegados nos artigos 181.º (à exceção do seu ponto 9) a 186.º da Contestação, mais não são do que a invocação do prestígio da Ré/Recorrente no setor hoteleiro. Esse prestígio – que nem sequer nunca foi negado pela Autora/Recorrida –, bem como a dimensão da Ré/Recorrente, em nada influem na apreciação da plausibilidade do dano.

CC. Os pretensos factos constantes dos artigos 327.º a 332.º da Contestação e 80.º a 83.º da Contestação à Petição Inicial Aperfeiçoada seriam, quanto muito (e sem conceder), aptos a limitar a extensão dos danos, mas não são aptos a afastar a sua ocorrência, ou seja, não provam que as práticas restritivas da concorrência identificadas na Decisão da CE não causaram danos aos consumidores residentes em Portugal. Por conseguinte, não se discutindo nesta ação a extensão dos danos, mas sim se é plausível tais danos terem ocorrido, tal matéria é irrelevante, nenhum reparo merecendo a decisão recorrida.

DD. Quanto aos artigos 90.º a 96.º da Contestação Aperfeiçoada, não só a Ré/Recorrente não logrou fazer prova dos pretensos factos aí alegados, como a matéria neles contida é irrelevante para a discussão da causa e só respeita a dois dos operadores turísticos abrangidos pelas práticas anticoncorrenciais em causa, e não aos demais.

EE. A pretensa factualidade constante do artigo 129.º da Contestação Aperfeiçoada mais não é que dados genéricos e que em nada contribuem para a discussão da plausibilidade do dano, não servindo para fazer prova da ausência de danos. Recorre novamente a Ré/Recorrente à estratégia de tentar confundir o que é distinto. Pretende diluir a sua ação no universo da oferta hoteleira, descurando a contradição em que incorre por anteriormente se ter



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

afirmado como prestigiada e dimensionada, empresa do setor hoteleiro. Mas mais: a extensão da oferta hoteleira nunca poderá ser um critério para aferir da plausibilidade do dano, não sendo a probabilidade da ocorrência de danos afetada pela quota de mercado da Meliá, já que esse dano há de corresponder ao sobrepreço que os consumidores residentes em Portugal tiveram de suportar ao comprar os pacotes turísticos em causa, nos quais estava integrada a oferta Meliá ao respetivo preço, geograficamente diferenciado, resultante das práticas anticoncorrenciais em causa. O argumento da Meliá embate no bom senso e nas regras da experiência comum. Se esta sofisticada e prestigiada empresa multinacional entendeu que era em seu interesse negociar com operadores turísticos cláusulas restritivas da concorrência, com o inerente risco de vir a ser sancionada por essa conduta, foi, naturalmente, por achar que retirava benefícios dessas cláusulas. E esses benefícios não podem deixar de corresponder a um aumento dos preços cobrados, pelo menos em alguns países. Assim, não sendo esta matéria apta a contribuir para a discussão da causa, bem andou o Tribunal recorrido na sua não inclusão na matéria assente.

FF. Quanto à pretendida inclusão na matéria assente dos artigos 163.º, 174.º, 175.º, 177.º, 179.º, 183.º, 184.º, 185.º e 186.º da sua Contestação Aperfeiçoada, a Recorrente segue a mesma estratégia de tentar convencer o Tribunal de que, existindo muita oferta concorrencial ao nível das operadoras turísticas, dos canais de vendas, das opções hoteleiras nos pacotes turísticos, o dano não é plausível. Esta é uma tese falaciosa, pois, como já se referiu, a aferição da plausibilidade do dano é independente da aferição da concorrência de outras empresas ou produtos. Tudo indica que se virá a confirmar que o preço das estadias em hotéis Meliá, incluídas nos pacotes vendidos a consumidores de alguns países, era mais alto do que o das mesmas incluídos em pacotes vendidos a consumidores de outros países. Tal bastará para provar que os consumidores do país desfavorecido pagaram um sobrepreço, porque se tivessem tido acesso aos preços oferecidos no outro país, teriam pago um preço inferior. As quotas de mercado e ofertas de outras empresas em nada influem nesta aferição. Assim, toda esta matéria se mostra irrelevante, não devendo ser trazida ao elenco dos factos provados.

GG. O interesse juridicamente atendível, no quadro da ação prevista no artigo 13.º da LPE, terá de passar pelo crivo da apreciação de um requisito específico enunciado no artigo 12.º(2), aplicável por remissão do artigo 13.º(2), todos da LPE: o da plausibilidade do dano. Ou seja, a Autora/Recorrente para demonstrar ter um interesse juridicamente atendível no acesso aos documentos peticionados, terá de demonstrar (como demonstrou) ser plausível a existência de danos para os consumidores portugueses em resultado da conduta anticoncorrencial da Ré/Recorrente. Esse ónus da prova impende sobre a Autora/Recorrida, não tendo o Tribunal a quo, ao contrário do que alega a Recorrente, determinado qualquer inversão do ónus da prova.

HH. A Sentença adere à posição da Autora, sustentando (i) que os documentos publicamente disponíveis, entre os quais a Decisão da CE, não permitem confirmar a existência de danos para os consumidores residentes em Portugal em resultado da conduta anticoncorrencial da Ré, necessitando a Autora de ter acesso aos documentos em posse da Ré pedidos nestes autos para verificar se tais danos efetivamente se verificaram e, assim, ponderar da viabilidade de uma futura ação de indemnização a instaurar contra a Ré; mas (ii) tais documentos publicamente disponíveis, entre os quais a Decisão da CE, são suficientes para demonstrar a plausibilidade dos danos, ou seja, que é plausível que o comportamento anticoncorrencial da Ré/Recorrente tenha causado danos aos consumidores residentes em Portugal. Perante este entendimento sufragado na Sentença, conclui-se que esta não encerra qualquer contradição e que nenhum vício lhe pode ser apontado, sendo perfeitamente inteligível.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

II. No Despacho Saneador, o Tribunal a quo convidou a Autora a concretizar o pressuposto da plausibilidade do dano considerando «a configuração específica da infração, em particular o facto de estarem em causa apenas contratos com os operadores turísticos». Esse convite ao aperfeiçoamento tem cabimento legal no artigo 590.º do CPC e não vincula o tribunal quanto ao sentido da futura sentença. Nem sequer faria qualquer sentido lógico que assim fosse: é que se, em sede de despacho saneador, o Tribunal já tivesse decidido pela não verificação do pressuposto da plausibilidade do dano, então, nem sequer convidaria a Autora à sua concretização.

JJ. A Autora deu cumprimento ao convite ao aperfeiçoamento, justificando que as cláusulas anticoncorrenciais existentes nos contratos entre a Meliá e os operadores turísticos provavelmente causaram danos aos consumidores portugueses, na medida em que os impediram, por via da compartimentação de mercados, de ter acesso a pacotes turísticos com preços mais reduzidos (integrando estadias em hotéis Meliá com preços mais reduzidos).

KK. A Sentença considerou a matéria alegada pela Autora na sua Petição Inicial Aperfeiçoada e os demais documentos publicamente disponíveis a que a Autora recorreu, dando, e bem, por provada a plausibilidade do dano. Tal não importa qualquer contradição com o Despacho Saneador. No Despacho Saneador não se tinha reconhecido que o dano não era plausível, e não se desconsiderou que essa plausibilidade do dano era demonstrável por via dos documentos divulgados publicamente. Pretendia-se, simplesmente, um esclarecimento do raciocínio ou argumentação económica que tornava plausível a existência de dano, em face dos dados publicamente disponíveis. E a Autora forneceu esses esclarecimentos.

LL. Sem o acesso aos documentos em causa, na posse da Ré, a Autora não será capaz de determinar os exatos termos em que as práticas anticoncorrenciais da Ré causaram danos aos consumidores. Neste momento, a Autora não consegue sequer ter a certeza de que foram causados os danos plausíveis aos consumidores portugueses. Pelo que seria absurdo intentar, nestas condições, uma ação em tribunal alegando que estas práticas causaram danos aos consumidores portugueses. Neste momento, a Autora não seria capaz de cumprir o seu ónus de alegação numa ação de indemnização, porque não conhece muitos dos factos que teria de alegar para a ação ter sucesso, e que só ficará a conhecer após o acesso aos documentos em causa. A Recorrente pretende confundir a possibilidade de cumprir posteriormente, já no âmbito de uma ação de indemnização, o ónus da prova, com a impossibilidade de cumprir posteriormente o ónus de alegação. Este último ónus não é cumprido com uma mera alegação genérica de que o comportamento causou danos. Há que alegar os factos que demonstrem como tal sucedeu.

MM. O acesso pela Autora aos documentos peticionados na posse da Ré, atenta a assimetria informativa naturalmente existente nesta relação entre as partes, é a única via para salvaguardar o princípio da efetividade.

NN. A Ré/Recorrente jamais invocou, nas muitas centenas de páginas que compõem os seus articulados, um único meio de prova divulgado publicamente que pudesse ter sido junto ou considerado pela Autora para cumprir o diabólico ónus da prova que insiste em lhe atribuir. Ora, se não o fez, não pode excluir a relevância do princípio da efetividade para fundamentar o acesso a tais documentos na posse da Ré/Recorrente. É que, na prática, exigir à Autora uma prova impossível de obter é, desde logo, violar o princípio da efetividade.

OO. Baseando-se na caracterização da infração e no seu âmbito geográfico, tal como definidos na Decisão da CE, e nos esclarecimentos prestados pela Autora, em sede de aperfeiçoamento, o Tribunal recorrido decidiu, e bem, pelo preenchimento do pressuposto da plausibilidade dos danos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

PP. O Tribunal a quo avaliou, em relação aos diversos documentos pedidos pela Autora, o preenchimento dos pressupostos da especificação, relevância ou necessidade e proporcionalidade, ponderando a prova do seu preenchimento apresentada pela Autora e os argumentos e prova em sentido contrário apresentados pela Ré. Tal não importa qualquer inversão do ónus da prova mas, sim, a ponderação conjugada de toda a prova trazida aos autos.

QQ. A Autora cumpriu o dever de especificação, referindo-se a documentos concretos e devidamente identificados, permitindo à Ré compreender a que documentos se reportam os pedidos da Autora. Este dever de especificação tem de ser, como bem entendeu o Tribunal recorrido, enquadrado à luz das dificuldades por parte da demandante, a aqui Autora, em identificar pormenorizadamente os documentos cujo acesso se requer atenta a assimetria informativa e a circunstâncias de tais documentos se encontrarem na posse exclusiva da Ré e serem, exclusivamente, do seu conhecimento. Por conseguinte, será de excluir uma aplicação estrita do dever de especificação, salvaguardando que sobre a demandante não recai um ónus de prova impossível, pondo em risco o princípio da efetividade.

RR. Quanto à necessidade de acesso a tais documentos, esta resulta, igualmente, demonstrada nos presentes autos. Os documentos de acesso público não permitem confirmar a existência de danos para os consumidores residentes em Portugal nem a sua quantificação. Os documentos que permitem essa confirmação e quantificação, estão exclusivamente na posse da Ré. A Ré recusou a sua entrega à Autora. E sem acesso a esses documentos, a Autora não pode aferir da adequação e viabilidade de instaurar ação de indemnização contra a Ré, estando, desde logo, tal ação votada ao insucesso por não se conhecerem factos essenciais que teriam de ser alegados e por ausência de meios de prova.

S. O critério da proporcionalidade foi também devidamente ponderado na Sentença, tendo em consideração os custos da divulgação, nomeadamente quando o acesso à informação implica a criação de documentos ex novo, e a necessidade de implementar mecanismos de proteção de segredos comerciais quando os documentos cujo acesso é requerido contenham informação confidencial.

TT. O julgo de proporcionalidade implica uma aferição casuística dos interesses em conflito, tendo presente que o princípio da efetividade (princípio geral de direito europeu e artigo 23.º(2) da LPE), veda uma interpretação do critério da proporcionalidade em termos que tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito à indemnização. Nesta aferição casuística, há que considerar que a documentação empresarial se encontra, atualmente, praticamente toda compilada em ficheiros informáticos, facilmente acessíveis e sob o controlo da visada, estando, pois, muito facilitada a recolha, seleção e disponibilização dessa documentação. Daí que, conforme bem se salienta na Sentença sub iudice, neste enquadramento, a produção de um documento ex novo que reflita a informação pretendida não se mostra desproporcional em face do interesse da Autora, bem como dos custos muito mais reduzidos para a junção desta informação pela Ré do que para a compilação desta informação pela Autora com base em milhares de documentos com dados altamente fragmentados.

UU. Na ponderação do julgo de proporcionalidade deverá ter-se em conta que a documentação requerida pode já ter sido objeto de compilação pela visada para transmitir informação à Comissão Europeia, sendo, portanto, facilmente acessível – circunstância a que também não foi alheio o Tribunal recorrido.

VV. A alegada inexistência de documentos não pode constituir motivo para o Tribunal não ordenar que eles sejam fornecidos. Será, sim, um fundamento para se recusar a ordem do Tribunal, com base na impossibilidade do



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



cumprimento. Caso contrário, seria muito fácil aos infratores escaparem-se a fornecer documentos. Se sempre que um infrator alegasse, sem demonstração, que não tem um documento, o tribunal não ordenasse a sua apresentação, os infratores podiam simplesmente alegar sempre isso e nunca violariam uma obrigação de facultar um documento, porque o Tribunal nunca chegaria a ordenar que esse documento fosse facultado. Só depois duma ordem do Tribunal de facultar determinados documentos, que a Ré se recusa a fornecer por afirmar não existirem, poderão – caso se venha mais tarde a provar que os documentos existem – ser aplicadas consequências processuais e substantivas por violação da obrigação de facultar documentos ordenada por um tribunal (consequências que incluem a potencial inversão do ónus da prova quanto aos factos provados por esses documentos e a aplicação das sanções previstas no artigo 18.º da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho).

WW. Quanto à salvaguarda da confidencialidade, embora os elementos de prova relevantes que contenham segredos comerciais ou outras informações confidenciais devam ser acessíveis em ações de indemnização, podem os tribunais proteger a informação confidencial ou que contenha segredos comerciais da sua divulgação durante o processo através de medidas preconizadas na Sentença.

XX. A coberto de uma proteção absoluta apenas se encontram, em princípio, os documentos que sejam pedidos de dispensa ou de redução da coima ou que sejam propostas de transação não revogadas, excluindo documentos preexistentes anexos ou que acompanhem aqueles. Na presente petição, não se pediu o acesso a qualquer documento que beneficie de proteção absoluta.

YY. É ponto assente na jurisprudência europeia sobre direito da concorrência, no que respeita ao acesso a documentos em processos de concorrência da Comissão Europeia, que a informação mais antiga que 5 anos, em princípio, não merece proteção enquanto confidencial, salvo justificação individualizada de que ainda seriam afetados os interesses comerciais (legítimos) da empresa em causa.

ZZ. Cabe à parte que alega que uma informação/documento tem características que merecem proteção enquanto segredo comercial, ou com base em qualquer outro fundamento, o ónus da prova desse facto. Não basta, portanto, alegar genericamente, como fez a Ré, que determinada informação merece ser tratada como confidencial, competindo-lhe justificar tais alegações de modo individualizado e em termos que permitam o controlo judicial, invocando – o que a Ré também não fez – o motivo pelo qual se justifica a manutenção da confidencialidade sempre que já tenham decorrido mais de 5 anos sobre a data dos factos e documentos em causa.

AAA. O interesse de impedir ou dificultar ações de indemnização não é um interesse que mereça a proteção da ordem jurídica, não sendo invocável como fundamento para a salvaguarda da confidencialidade de um documento – artigo 12.º(6) da LPE e artigo 5.º(5) da Diretiva 2014/104/UE.

BBB. Esteve bem a Sentença Recorrida ao concluir que a Ré não cumprira o seu ónus da prova de demonstrar a natureza confidencial da informação constante dos documentos requeridos. O que basta para se concluir que não pode haver justificação para recusar o acesso da Autora a documentos sem conteúdo confidencial que são necessários à aferição da existência de um direito de indemnização dos consumidores representados.

CCC. Todo e qualquer documento a que a Autora tenha acesso no âmbito da presente ação só poderá ser utilizado, única e exclusivamente, para aferir da existência das práticas anticoncorrenciais descritas, dos efeitos destas práticas em território português, da determinação da existência de dano causado aos consumidores residentes em Portugal por estas práticas e sua quantificação, e para



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

prova destes factos em juízo no âmbito de futura ação de indemnização a instaurar contra a Ré. Daí que a Sentença Recorrida tenha realçado, e bem, que não ficou provado que o acesso da Autora a estes documentos, nestas condições extremamente limitadas e controladas, sujeitas a sanções legais em caso de violação, seja suscetível de causar qualquer lesão a um interesse legítimo da Ré. Também esta conclusão molda decisivamente o juízo de proporcionalidade, ao delimitar os interesses legítimos da Ré que aqui estão em causa e cuja restrição seria necessário aferir à luz do princípio da proporcionalidade

DDD. Perante todo o exposto, nenhum reparo merece a Sentença recorrida na apreciação dos pressupostos da especificação, necessidade e proporcionalidade, devendo manter-se na íntegra o sentido da decisão e a sua fundamentação.

(A)(i) Documento do qual constem os termos e condições contratuais padrão da Ré ("Meliá's Standard Terms") utilizados entre janeiro de 2014 e dezembro de 2015, referido, nomeadamente, nos parágrafos 19 e 24 da Decisão da Comissão Europeia; e

(A)(ii) 4.216 Contratos de Venda de Alojamento celebrados entre 2014 e 2015 e a (iii) identificação dos 140 hotéis por eles abrangidos.

EEE. A obtenção destes documentos (primeiro e segundo pontos) tem por objetivo, primeiro, aferir e, segundo, eventualmente provar (em futura ação de indemnização) o conteúdo das condições relevantes dos contratos celebrados entre a Ré e operadores turísticos durante o período relevante. A infração anticoncorrencial em causa centra-se, precisamente, em cláusulas anticoncorrenciais destes contratos e em outras cláusulas e conteúdos instrumentais destes contratos.

FFF. Na ausência de qualquer prova de que a prática anticoncorrencial em causa não tenha abrangido ou tido qualquer efeito sobre consumidores portugueses – prova essa que a Ré/Recorrente não logrou fazer –, a Autora (e qualquer consumidor representado), para poder determinar se a prática identificada pela Comissão Europeia correspondeu a uma infração do direito da concorrência que abrangeu diretamente o território português, e/ou que teve efeitos sobre consumidores portugueses (nomeadamente, causando um sobrepreço para certos serviços de estadias em hotéis Meliá que estes adquiriram, direta ou indiretamente, durante o período relevante, em Portugal ou no estrangeiro), precisa de conhecer vários aspetos relativos a estes contratos, nomeadamente: (i) teor exato dessas cláusulas e o conteúdo de outras cláusulas contratuais pode incluir detalhes relevantes; (ii) com que operadores turísticos foram celebrados, durante o período relevante, os contratos que incluíam essas cláusulas; (iii) que hotéis Meliá foram abrangidos por aqueles contratos; (iv) que territórios de vendas foram abrangidos/afetados por aqueles contratos; (v) durante quanto tempo estiveram vigentes aqueles contratos, e durante quanto tempo produziram efeitos no mercado.

GGG. As informações que se pretende obter por via do acesso a estes documentos (em conjunto com outras informações contidas noutros documentos requeridos) são indispensáveis para se proceder a uma análise económica que permita concluir se a prática em causa causou ou não danos aos consumidores portugueses, e em que montante.

HHH. Os documentos acima referidos, aos quais se requereu acesso, são adequados para obter estes dados, pois contém-nos. São necessários à obtenção destes dados pela Autora, por se tratarem de dados confidenciais na posse da Ré, dos terceiros com que contratou e da Comissão Europeia, sendo a Ré a pessoa melhor colocada para os fornecer e à qual é mais justo impor o ónus do seu fornecimento. E não vão para além daquilo que é necessário para obter as informações indispensáveis.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

III. *Tratando-se de documentos compilados e analisados no âmbito do processo de public enforcement, a prestação destes documentos pela Ré não lhe exigirá qualquer esforço significativo. Acrescentando, ainda, que os contratos podem ser apresentados em formato digital, num CD ou pen USB, o que elimina qualquer dificuldade logística nessa apresentação, não sendo crível que a Ré, atenta a sua estrutura empresarial e organizativa, não disponha desses contratos em formato digital.*

JJJ. *O Tribunal a quo não deu por provado que os contratos vigoraram apenas em 2014 e 2015. O que ficou assente, por recurso à Decisão da CE, é que os contratos foram celebrados em 2014 e 2015, desconhecendo-se o seu período de vigência. Assim, nenhuma contradição existe e, por conseguinte, nenhum vício pode ser imputado à Sentença recorrida.*

KKK. *A proteção absoluta, nos processos de transação, como bem se consignou na Sentença recorrida (e já acima se referiu), nunca abrange documentos praxexistentes, apenas abrange os documentos criados de propósito para a transação (a proposta de transação). Se assim não fosse, quem pedisse clemência ou propusesse transação podia anexar a esses pedidos/propostas todas as provas da sua infração e todos os documentos necessários ao sucesso de ações de indemnização, para assim bloquear o acesso dos lesados e dos tribunais a esses documentos e impedir o sucesso das ações de indemnização. Assim, os documentos requeridos não estão abrangidos por esta proteção de confidencialidade absoluta.*

LLL. *Além disso, como também afirmou a Sentença Recorrida, essa proteção absoluta apenas abrange os meios de prova constantes de um processo de uma autoridade da concorrência e não aqueles que, embora possam ter sido analisados pela Comissão Europeia, estejam na posse da visada. Por conseguinte, não beneficiam dessa proteção absoluta de confidencialidade os documentos indicados nos pontos i) e ii).*

(C)ii) *Documentos, tabelas ou estudos onde constem as suas vendas totais realizadas desde 2014 até ao presente, por ano, em execução de todos os contratos de venda de alojamento de hotéis-resort da Ré e, ainda, documentos tabelas ou estudos onde conste ou seja possível extrair a percentagem dessas vendas que foram feitas no âmbito dos 4.216 contratos de alojamento em hotéis-resort da Ré desde 2014 até ao presente*

MMM. *Um dos métodos mais usados de cálculo do sobrepreço é a comparação dos preços no período da infração com os preços antes e depois daquele período. Sem essa comparação, é possível alcançar resultados enganadores, como na hipótese de a prática ter causado uma subida generalizada dos preços nos hotéis afetados pelos acordos anticoncorrenciais durante o período da infração. Ora, se a análise apenas se centrasse nos preços oferecidos nesses hotéis nesse período, não se poderia concluir que os consumidores poderiam ter tido acesso a preços mais baixos, porque todos os preços estavam inflacionados.*

NNN. *Não colhe o argumento de que não se pode impor à Ré/Recorrente a preparação de um estudo com as características, detalhe e sistematização que a Autora pretende e que o Tribunal admitiu. É que, ao invés do que a Recorrente afirma, a preparação de um estudo com esta natureza insere-se precisamente no quadro da admissão de produção de documentos ex novo consagrada pelo TJUE e pelo TRL. A Recorrente tenta afastar este enquadramento, com uma pretensa inconstitucionalidade que bem sabe nunca será declarada e com o argumento de que se está a exigir à Ré que "produz[a] prova contra si própria". Este último argumento não deixa de ser relevante por constituir uma assunção pela Recorrente de que tais estudos lhe serão desfavoráveis.*

OOO. *A apresentação destes dados, sob a forma de estudos ou de qualquer outro documento ex novo, não conduz, ao contrário do que afirma a*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Recorrente, à substituição da demandante pela demandada no ónus de alegar e provar os danos em futura ação de indemnização. Com essa afirmação, quer a Recorrente confundir a distribuição do esforço probatório com a impossibilidade de aceder a informações confidenciais que se encontram exclusivamente na posse da Ré, pois que não podemos ignorar que, sem acesso a esses dados, se torna impossível à Autora fazer aquela prova do dano, em claro prejuízo do princípio da efetividade.

PPP. Não merecem proteção absoluta quaisquer documentos preexistentes à proposta de transação (aliás, qualquer documento que não seja a proposta de transação ou tenha sido elaborado especificamente para acompanhar esta). Tal inclui documentos em que a Ré tenha compilado dados, nomeadamente para instruir o processo de transação junto da Comissão (desde que não criados especificamente para acompanhar a proposta de transação em si).

(C)(iii) Documento(s) na posse da Ré onde conste(m) ou de onde decorram, de modo rigoroso ou por estimativa ou aproximação, para o período entre janeiro de 2014 e o final da vigência de qualquer um dos 4216 contratos: §1) o número de consumidores residentes em Portugal que ficaram alojados nos 140 hotéis da Ré objeto dos contratos de venda de alojamento com cláusulas restritivas; §2) o número médio de noites que os consumidores ficaram alojados nestes hotéis da Ré

QQQ. A Sentença não omite a fundamentação do deferimento deste pedido. Limita-se, isso sim, a remeter para a fundamentação do documento antecedente, por serem idênticos os argumentos em confronto invocados pelas partes, o que é legítimo, em especial atenta a tramitação simplificada deste tipo de processo. Pelo que se exclui que a Sentença recorrida possa vir a ser declarada nula por falta de fundamentação.

RRR. Não é crível que a Recorrente não tenha na sua posse todos os dados necessários para dar cumprimento a este pedido de documentos, em particular se considerarmos que é prática comum nos hotéis solicitarem aos hóspedes os seus dados de residência. Além disso, a Recorrente não apresenta qualquer prova ou sequer um único indício de que tais dados não existem. Ora, o Tribunal não pode tomar em conta a alegação de pretensos factos desprovidos da sua competente prova, pelo que nenhum valor se reconhece ao argumento da Recorrente de que não dispõe dos dados de residência dos hóspedes.

SSS. Da mesma forma, não é credível, considerando a estrutura e dimensão da Recorrente e o nível avançado dos sistemas informáticos que todos sabemos existirem nestas estruturas, que esta tarefa represente um esforço desrazoável de concretizar, pois todos os dados já estarão muito possivelmente introduzidos em formato digital, sendo apenas necessário fazer o seu adequado tratamento, e muitos dos documentos até já se encontrarão compilados, por isso ter sido necessário no âmbito do processo de public enforcement.

TTT. Sustenta ainda a Recorrente que, "em virtude das regras de guarda de documentos em vigor em Espanha e na generalidade dos países onde a Ré Meliá opera, dados desta natureza e detalhe simplesmente já não existem". Trata-se de uma alegação de tal forma vaga que nunca poderia ter sido tida em conta pelo Tribunal recorrido. Para que este argumento merecesse tratamento pelo Tribunal, teria a Recorrente, primeiramente, de identificar os países afetados pelos acordos em causa, para, em seguida, analisar o respetivo regime legal de conservação e guarda de documentos de cada um deles. A Recorrente nem o procurou fazer porque isso implicaria fornecer alguma informação (ainda que muito limitada) sobre estes contratos, o que ela procura evitar a todo o custo. Mas, ainda, que, por absurdo se confirmasse, em relação a cada um desses regimes, que a Meliá não estava obrigada à guarda e conservação de documentos que remontam a 2014/2015, isso não demonstra a inexistência de tais documentos, pois nada



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

impedia a Ré de, ainda assim, os ter conservado nos seus arquivos. Para mais, vários dos documentos requeridos terão sido compilados para efeitos do processo de public enforcement e aí preservados. Este é, assim, mais um pretensão facto que a Ré não provou nem sequer tentou provar e que, por isso, não mereceu (nem podia merecer) consideração pelo Tribunal.

(C)(iv) Documentos onde constem ou de onde derivem os preços finais mínimos, médios e máximos do alojamento, por tipo de unidade de alojamento de cada hotel, nos 140 hotéis objeto dos contratos de venda de alojamento com cláusulas restritivas, na venda offline e na venda online, e sua evolução temporal, desde janeiro de 2014 até dezembro de 2020

UUU. Usa a Recorrente o argumento de que tais dados já não existem, indo até mais longe, ao dizer que nem sequer existiram na sua posse. Sucede que, alegar, como repetidamente faz a Ré, que os documentos já não existem ou nunca existiram, ou que já não tem na sua posse determinados dados/informações, sem o provar, não é motivo para o Tribunal não ordenar a produção de tais documentos. É que, sem essa ordem judicial, a Ré não poderá vir ser condenada nas sanções previstas no artigo 18.º da LPE, caso recuse a entrega de documentos que, mais tarde, se prove existirem. Se os documentos ou dados já não existem, querendo a Ré correr o risco de, mais tarde, se vir a provar o contrário, obviamente que a Ré não pode cumprir essa ordem de entrega, o que não quer dizer que tal ordem não seja proferida pelo Tribunal.

VVV. Quanto à necessidade de conhecer dados reportados até ao final de 2020, já se referiu que a extensão temporal dos efeitos da infração não vem determinada na Decisão da CE, nem é conhecido o período de vigência dos contratos. Além disso, a determinação dos danos implicará uma operação de comparação de preços entre o período da infração e o período posterior à infração, o que justifica o acesso a tais dados pelo período peticionado.

WWW. Estes dados são indispensáveis para que a Autora possa ter uma visão da evolução dos preços em cada hotel afetado pelas práticas anticoncorrenciais em causa. Só assim se poderá (em conjunto com outros dados): (i) comparar os preços dos diferentes hotéis e territórios; (ii) calcular o volume de comércio afetado pelas práticas anticoncorrenciais, incluindo aquele que foi adquirido por consumidores residentes em Portugal; (iii) calcular o sobrepreço causado pelas práticas anticoncorrenciais em causa. Com efeito, nenhuma destas determinações é possível sem se ter acesso aos preços praticados nestes hotéis. E não basta saber os preços praticados pelas estadias abrangidas nos pacotes turísticos, porque é necessário aferir a diferenciação dos preços praticados nesses pacotes e através de outros canais de venda, nomeadamente para concluir se as práticas causaram um aumento generalizado dos preços nos vários canais de venda.

(C)(v) - Documentos, incluindo estudos de mercado realizados a pedido da Ré, que incluam ou que permitam calcular as quotas de mercado da Ré e dos seus principais concorrentes (ou as suas estimativas), no período referido em c) (iii) em cada Estado membro da UE

XXX. É evidente que uma empresa sofisticada como a Meliá faz estimativas das suas quotas de mercado e, pelo menos, das dos seus principais concorrentes. Tais estimativas farão parte das suas estratégias de gestão e não é concebível que não existam.

YYY. Nesta situação verifica-se, igualmente, assimetria informativa, justificando o acesso a estes documentos. Uma empresa da dimensão da Recorrente tem sob seu controlo e acesso dados internos, estudos de associações setoriais apenas partilhados com os respetivos membros, estudos de mercado por si encomendados... Ora, todos estes dados, que permitirão dar cumprimento às medidas decretadas, não estão na posse nem são acessíveis à Autora.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

ZZZ. É sempre teoricamente possível um lesado ou seu representante investir na compra de estudos para estimar os dados que precisa para aferir se tem um direito de indemnização decorrente de práticas anticoncorrenciais. Mas se, com esse argumento, não for possível a um consumidor pedir à empresa infratora os documentos que esta dispõe em que esses dados já estão incluídos (e com base em input mais fiável, porque proveniente de fontes confidenciais), corta-se o acesso a informação potencialmente muito valiosa na posse dos infratores, e o resultado poderá ser a completa falta de efetividade do direito à indemnização, atentos os elevados custos de tais estudos.

AAAA. Os dados contidos nos documentos requeridos são necessários para permitir uma aferição devidamente informada do impacto sensível das práticas em causa em cada mercado e da possibilidade de efeitos mais amplos destas práticas, para além das vendas de alojamento em hotéis Meliá diretamente afetadas (incluídas em pacotes turísticos vendidos ao abrigo dos contratos que incluíram as cláusulas anticoncorrenciais em causa). Também poderão permitir identificar a existência de diferenças de quotas de mercado entre territórios, o que poderá indiciar o sucesso ou motivação adicional de estratégias de repartição geográfica dos mercados e proibição de vendas fora da zona atribuída aos operadores em cada mercado.

(C)(vi) - Documentos, incluindo estudos de mercado realizados a pedido da Ré, que descrevam ou dos quais se possa retirar os diferentes tipos / perfis de consumidores de alojamento nas tipologias de hotéis entre os 140 hotéis que foram objeto de contratos de vendas com cláusulas restritivas identificadas na Decisão, bem como padrões médios de consumo

BBBB. A remissão para fundamento já explanado não equivale a omissão ou insuficiência de fundamentação.

CCCC. É inverosímil que tais estudos não existam na posse da Ré, sendo inviável serem produzidos a expensas da Autora/Recorrida por tal comprometer o princípio da efetividade.

Nestes termos e nos melhores de Direito que V. Exas. doutamente suprição, deve ser o recurso julgado totalmente improcedente por falta de fundamento legal e, em consequência:

(i) seja integralmente mantida a decisão recorrida;

(ii) seja fixada a procuradoria nos termos do artigo 21.º da LAP, ou seja, tendo em consideração o valor da causa

Cumprido o disposto na 2.ª parte do n.º 2 do art. 657.º do Código de Processo Civil, cumpre apreciar e decidir.

Dado que o objecto do recurso é delimitado pelas conclusões dos recorrentes (cf. arts. 635.º, n.º 4, e 639.º, n.º 1, ambos do Código de Processo Civil) – sem prejuízo das questões de conhecimento oficioso (cf. art. 608.º, n.º 2, por remissão do art. 663.º, n.º 2, do mesmo Código) – são as seguintes as questões a avaliar:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

1. Com fundamento em erro de julgamento, deve ser alterada a resposta à matéria de facto nos termos propostos na impugnação judicial?

2. O Tribunal «a quo» declara uma coisa – que a Decisão e o Comunicado de Imprensa são reconhecidamente insuficientes para a Autora fundamentar a existência ou plausibilidade de danos – e o seu contrário – que afinal a Decisão e o Comunicado de Imprensa são suficientes para preenchimento desse mesmo pressuposto – incorrendo, assim, numa contradição manifesta e insanável que, inclusivamente, toma a decisão ininteligível, sendo, nessa medida, geradora de nulidade, nos termos do disposto no artigo 615.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Civil (CPC)?

3. O Tribunal «a quo» assumiu que os 4.216 contratos aqui em causa estiveram em vigor em 2014 e 2015, pelo que nesta parte existe uma contradição insanável entre a decisão sobre a matéria de facto e a fundamentação da sentença, geradora de nulidade, nos termos do disposto no artigo 615.º, n.º 1, alínea c) do CPC?

4. A decisão proferida é ambígua e ininteligível, já que identifica o início do período temporal a abranger pela informação a disponibilizar – “janeiro de 2014” – mas deixa em suspenso o termo desse período, porquanto declara que “terá ocorrido, provavelmente após dezembro de 2015”, sem contudo concretizar quando, sendo por isso mesmo nula, nos termos e ao abrigo do disposto no artigo 615.º, n.º 1, alínea c), do CPC?

5. Existe, na sentença impugnada, insanável contradição por, num primeiro momento (na página 52) se aventar a possibilidade de que a prática se tenha alongado no tempo para além do escopo temporal definido na Decisão, para seguidamente dizer que os dados referentes a este período serão necessários para comparar os preços ao longo dos anos de 2014 e 2015 com os preços dos anos seguintes, o que gera ambiguidade e ininteligibilidade nos termos do disposto no artigo 615.º, n.º 1, alínea c), do CPC?

6. A decisão proferida sobre o pedido c) (iii), ao simplesmente remeter, quanto à respetiva fundamentação, para o pedido anterior, é nula, por ausência de fundamentação, por via do disposto no artigo 615.º, n.º 1, alínea b) do CPC;

7. A decisão proferida sobre o pedido c) (vi), ao simplesmente remeter, quanto à respetiva fundamentação, para o pedido anterior, é nula, por ausência de fundamentação, por via do disposto no artigo 615.º, n.º 1, alínea b) do CPC?

8. Aquilo que o Tribunal «a quo» acabou por sancionar foi uma devassa à organização e informação interna da ora Apelante para tentar averiguar se terá havido efeitos ou danos na esfera jurídica de consumidores residentes em Portugal em resultado da infração sancionada na Decisão, sem que primeiro se tenha demonstrado a plausibilidade desse dano, pelo que constitui uma decisão ilegal?

9. O Tribunal «a quo» fez uma inversão do ónus da prova, já que analisou os pressupostos da especificação, necessidade e proporcionalidade enquanto objeções levantadas pela Ré, sendo que, tratando-se de pressupostos positivos, a Demandante não os logrou demonstrar?

10. Os documentos aqui em causa sempre estariam abrangidos pela confidencialidade atinente aos processos de transação, pois constituíram a base para a Decisão emitida pela Comissão, pelo que o pedido deveria ter sido indeferido?

11. Qualquer interpretação dos artigos 12.º e 13.º da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, no sentido em que permitem que o tribunal ordene ao demandado que



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

produza prova «ex novo», isto é compilando e ordenando dados económicos de acordo com critérios ditados pelo demandante, para prova da existência de um hipotético dano no contexto de uma ação de «private enforcement» ou como preliminar de uma tal ação, seria inconstitucional, por violação do artigo 20.º, n.º 4 da Constituição de República Portuguesa?

12. O Tribunal «a quo» não pode obrigar a Ré a recolher, compilar e organizar informação para um período temporal de oito anos (2014 a 2021), de acordo com um critério definido pela Autora, para servir de base a prova da existência de danos e sua quantificação na futura e já anunciada ação coletiva de «private enforcement», substituindo-se a esta e aos seus peritos nesse esforço probatório?

13. Em virtude das regras de guarda de documentos em vigor em Espanha e na generalidade dos países onde a Ré Meliá opera, dados desta natureza e detalhe simplesmente já não existem, pelo que também por esta via a Apelante não tem como dar resposta a uma tal solicitação?

14. A decisão de deferimento do pedido c) (iv) tem subjacente a recolha e tratamento, por parte da Apelante, de dados que pela sua antiguidade em boa medida simplesmente já não existem, impondo ainda, em relação àqueles ainda existentes, uma tarefa de impossível concretização, por pressupor a recolha e tratamento do valor de toda e cada uma das dezenas de milhões de dormidas realizadas no indicado período de 7 anos, nos 140 hotéis em causa, cada qual com centenas de quartos, de múltiplas tipologias e comercializados através de inúmeros canais de venda, para determinar qual a mais cara e mais barata e a respetiva média, discriminada por hotel e por tipo de alojamento?

15. Os contratos em causa na Decisão da Comissão foram celebrados com operadores turísticos, intermediários entre os fornecedores de acomodações e agências de viagens, pelo que o tema dos preços neste contexto é particularmente diluído e totalmente fora da esfera e controlo da Ré, acrescendo que esta informação não se mostra apta, nem muito menos necessária, para definição do âmbito material, geográfico e temporal da infração?

16. A decisão de decretamento do pedido c) (v) assenta num erro de julgamento por parte do Tribunal «a quo» porquanto a informação sobre quotas de mercado, sobretudo dos seus concorrentes, não se encontra sob domínio e controlo da Meliá, podendo ser obtida de empresas especializadas em estudos de mercado ou de fontes públicas, a que a lus Omnibus pode e deve aceder se assim entender sendo que a Apelante não possui estudos de mercado que correspondam ao indicado neste segmento da decisão recorrida, pelo que não tem como cumprir tal ordem?

17. A sentença recorrida faz errada interpretação e aplicação dos artigos 7.º, n.º 1, 12.º, n.ºs 2 a 9, 13.º, 14.º e 19.º da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho e 1045.º a 1047.º do CPC?

II. FUNDAMENTAÇÃO

Fundamentação de facto

1. Com fundamento em erro de julgamento, deve ser alterada a resposta à matéria de facto nos termos propostos na impugnação judicial?



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



Na primeira vertente da sua impugnação incidente sobre a cristalização fáctica, a Recorrente sustentou deverem ser removidos do «elenco dos factos provados» os «seus atuais pontos 16 e 17».

Tais pontos receberam o seguinte conteúdo:

16. E ainda:

«6. APRECIÇÃO JURÍDICA

[...]

(29) A conduta descrita na Secção 5 da presente Decisão diz respeito ao território da União e do EEE. Na medida em que a conduta tenha afetado o comércio entre os Estados-Membros, é aplicável o artigo 101.º do TFUE. O funcionamento desses acordos e práticas concertadas na Noruega, Islândia e Liechtenstein e o seu efeito sobre o comércio entre a União e esses países são abrangidos pelo artigo 53.º do Acordo EEE.

(30) Neste caso, a Comissão é a autoridade competente para aplicar tanto o artigo 101.º do TFUE como o artigo 53.º do Acordo EEE, com base no artigo 56.º do Acordo EEE, uma vez que a conduta afetou de modo significativo o comércio entre os Estados-Membros.

(31) Na medida em que o Acordo EEE não seja especificamente mencionado, as referências nos considerandos seguintes da presente decisão ao artigo 101.º do TFUE, ao efeito sobre o comércio entre os Estados-Membros ou à concorrência no mercado interno, devem ser consideradas como incluindo, respetivamente, o artigo 53.º do Acordo EEE, o efeito sobre o comércio entre as Partes Contratantes do Acordo EEE e a concorrência no território abrangido pelo Acordo EEE.

6.2. Acordo entre empresas

[...]

6.2.2. Aplicação a este caso

(34) Os Contratos Relevantes constituem acordos na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE e do artigo 53.º, n.º 1, do Acordo EEE.

(35) Os Contratos Relevantes foram celebrados entre, por um lado, a Meliá ou Apartotel S.A. (ver considerando (24)) e, por outro lado, vários operadores turísticos. Ambas as partes desses acordos constituem empresas para efeitos do artigo 101.º do TFUE e do artigo 53.º do Acordo EEE.

(36) Nos Contratos Relevantes, a Meliá e os operadores turísticos contratantes especificaram os territórios a que cada contrato se aplicava e, assim, diferenciaram entre os consumidores europeus com base no seu país de residência.

(37) O artigo 1.º, n.º 1, al. a) do Regulamento (UE) n.º 330/2010/27 da Comissão define um acordo vertical como "um acordo ou prática concertada entre duas ou mais empresas, exercendo cada uma delas as suas atividades, para efeitos do acordo ou da prática concertada, a um nível diferente da cadeia de produção ou distribuição e que digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços";



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

(38) Para efeitos dos Contratos Relevantes, a Meliá (o prestador do serviço de alojamento) e os operadores turísticos (os distribuidores ou intermediários de vendas para) o serviço de alojamento, operam a níveis diferentes da cadeia de fornecimento. Por conseguinte, os Contratos Relevantes são acordos verticais entre empresas na aceção do artigo 1.º, n.º 1, al. a) do Regulamento (UE) n.º 330/2010.

6.3. Restrição da concorrência por objeto

[...]

6.3.2. Aplicação a este caso

(43) A Cláusula em conjunto com a Observação 16 é um exemplo de uma cláusula que, ao especificar os territórios aos quais o contrato se aplica, estabelece uma distinção entre os consumidores europeus com base no seu país de residência e que pode resultar na compartimentação do mercado interno de acordo com as fronteiras nacionais.

(44) Em particular, a primeira frase da Cláusula estabelecia que o contrato era "válido única e exclusivamente para os mercados que são especificados na observação 16". Nos contratos individuais entre a Meliá e o operador turístico, a Observação 16 especificava o país ou países em que o contrato era válido, tais como a Espanha, o Reino Unido, a Alemanha e a Itália.

(45) A segunda e subsequentes frases da Cláusula permitiram à Meliá verificar o "mercado de origem de qualquer reserva" diretamente - à chegada do consumidor ao hotel - ou indiretamente - através do operador turístico parte do contrato quando "existisse qualquer dúvida razoável". Se se verificasse que o país de residência do consumidor não se encontrava entre os indicados na Observação 16, a Meliá tinha o direito de rejeitar a reserva.

(46) O objetivo geral da Cláusula e da Observação 16 era, assim, assegurar que o operador turístico aderisse aos termos do contrato e que esses termos contratuais (nomeadamente, o preço) fossem válidos apenas para reservas de consumidores residentes no país ou países especificados na Observação 16. Estas disposições dissuadiram os operadores turísticos, parte dos Contratos Relevantes, de distribuir o alojamento hoteleiro em outros países para além dos indicados na Observação 16. Assim, estes acordos restringiram a capacidade dos operadores turísticos de comercializar livremente o alojamento hoteleiro em todos os países do EEE e, assim, poderiam ter resultado na compartimentação do mercado interno de acordo com as fronteiras nacionais.

(47) A este respeito, a Cláusula não distinguia entre as reservas que se seguiam a pedidos não solicitados dos consumidores e as que eram ativamente comercializadas pelos operadores turísticos. Assim, a Cláusula não só desincentivou os operadores turísticos de publicitarem o alojamento hoteleiro da Meliá fora do mercado ou mercados especificados, mas também abrangeu situações em que uma reserva num dos hotéis da Meliá fosse feita a pedido direto dos consumidores, residentes fora dos mercados definidos, a um operador turístico parte dos Contratos Relevantes.

(48) Consequentemente, o conteúdo e o objetivo da Cláusula dos Termos Gerais da Meliá, em conjunto com a Observação 16 dos Contratos Relevantes, era restringir a capacidade dos operadores turísticos de comercializarem o alojamento hoteleiro da Meliá e/ou responderem a pedidos não solicitados de consumidores residentes fora do país ou países especificados na Observação 16.

(49) As cláusulas dos contratos de distribuição do alojamento hoteleiro que restringem a capacidade dos operadores turísticos de comercializarem livremente o alojamento hoteleiro em todos os países do EEE - tais



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



como a Cláusula e a Observação 16 dos Contratos Relevantes - têm por objeto restringir a concorrência através da limitação das vendas transfronteiriças, constituindo assim uma infração ao artigo 101.º, n.º 1, do TFUE e ao artigo 53.º, n.º 1, do Acordo EEE.

6.4. Infração única e continuada

[...]

6.4.2. Aplicação a este caso

(51) Para a distribuição do alojamento nos seus hotéis resort, em 2014 e 2015, a Meliá celebrou uma série de contratos (os Contratos Relevantes, ver considerando (22)) que especificavam os países para os quais o contrato era válido. Assim, as partes contratantes diferenciaram entre os consumidores do EEE com base no seu país de residência.

(52) Os Contratos Relevantes comprovam a existência de um padrão semelhante adotado pela Meliá no que diz respeito à distribuição do seu alojamento hoteleiro em 2014 e 2015. Isto é sustentado pelo facto de os Contratos Relevantes terem sido todos baseados nos Termos Gerais da Meliá contendo a Cláusula. O objetivo idêntico de todos os Contratos Relevantes em vigor nesse período era diferenciar entre os consumidores europeus com base no seu país de residência. Por conseguinte, os acordos resultantes dos Contratos Relevantes (ver considerandos (34) e (49)) constituem uma infração única e continuada ao artigo 101.º, n.º 1, do TFUE e ao artigo 53.º, n.º 1, do Acordo EEE.» (sic).

17. E, por fim, com relevo:

«6.5. Efeito sobre o comércio

[...]

6.5.2. Aplicação a este caso

(54) Em 2014 e 2015, os operadores turísticos que foram partes nos Contratos Relevantes distribuíram alojamento em hotéis Meliá localizados em vários Estados-Membros a consumidores residentes em vários Estados-Membros ou países do EEE. Uma vez que os Contratos Relevantes continham restrições às vendas transfronteiriças, eram suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros. O próprio objetivo destes tipos de restrições é impedir o comércio entre os Estados-Membros. Por conseguinte, os Contratos Relevantes afetaram significativamente o comércio entre os Estados-Membros e entre as partes contratantes do Acordo EEE.

6.6. Não aplicabilidade do Regulamento (UE) n.º 330/2010, do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE e do artigo 53.º, n.º 3, do Acordo EEE

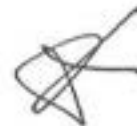
[...]

6.6.2. Aplicação a este caso

(59) As cláusulas dos contratos de distribuição de alojamento hoteleiro que especificam a nacionalidade dos clientes ou o país/os países para os quais o contrato é válido restringem o território/territórios nos quais, ou os clientes aos quais, o operador turístico parte no contrato pode vender o alojamento hoteleiro.

Neste caso, a Cláusula restringe a capacidade dos operadores turísticos de vender ativamente o alojamento a consumidores fora do país/países especificados na Observação 16 e também de responder a pedidos não solicitados de consumidores residentes num país não especificado na Observação 16. (...)

(60) Por conseguinte, os contratos que contêm cláusulas restritivas como a Cláusula em conjugação com a Observação 16 são uma restrição grave nos



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

termos da alínea b) do artigo 4.º do Regulamento (UE) n.º 330/2010, e não beneficiam da isenção da aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE prevista no referido Regulamento.

[...]

(62) Em primeiro lugar, a Cláusula - como qualquer outra cláusula de natureza semelhante - não abordava diretamente as eficiências desejadas pela Meliá, nomeadamente aumentar a taxa de ocupação de quartos, tendo em conta diferentes padrões de consumo nos vários mercados (tais como sazonalidade, reservas diferentes, hábitos comportamentais e de viagem dos residentes dos diferentes países); ou assegurar que os preços baixos dos quartos a incluir nos pacotes chegassem aos consumidores alvo e não fossem utilizados pelos operadores turísticos nos mercados de preços elevados.

(63) Em segundo lugar, os consumidores devem obter uma parte justa do benefício resultante. Neste caso, ainda que possa ter havido um efeito positivo para os consumidores em alguns mercados (nomeadamente aqueles a quem o preço mais baixo foi destinado), "os efeitos negativos para os consumidores num dado mercado geográfico ou de produto (nomeadamente os consumidores que foram impedidos de comprar o alojamento a esse preço mais baixo) não podem normalmente ser contrabalançados ou compensados por efeitos positivos para os consumidores noutro mercado geográfico ou de produto não relacionado com o primeiro".

(64) Em terceiro lugar, as cláusulas que restringem a capacidade dos operadores turísticos de vender alojamento a consumidores fora de um país especificado - como a Cláusula - não são indispensáveis para melhorar a eficiência do sistema de distribuição de alojamento hoteleiro da Meliá. Os objetivos pretendidos (nomeadamente uma maior taxa de ocupação e uma melhor gestão do rendimento) podem ser alcançados através de outras soluções mais diretas e personalizadas que não diferenciam os consumidores com base no seu país de residência ou nacionalidade (tais como taxas de sazonalidade e cláusulas de "pacotes únicos"). Além disso, a investigação demonstrou que a grande maioria dos hotéis não dispõe de cláusulas como esta, o que põe em causa a existência de eficiências e indispensabilidade nos termos do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE e do artigo 53.º, n.º 3, do Acordo EEE.

[...]» (sic).

Articulando estes números com a primeira linha do ponto 13, extraímos que estas menções foram feitas por referência à afirmação:

Da Decisão em causa, com relevo, resulta o seguinte.

O Tribunal «a quo» justificou a sua resposta fáctica, no que tange ao bloco em que se inseriram os mencionados números, nos termos que se enunciam:

A factualidade descrita nos pontos 11. a 17. resulta da Decisão da Comissão Europeia proferida em 21 de fevereiro de 2020, no âmbito do Caso AT.40528 – Holiday Pricing, cujo único texto autêntico é o inglês.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



O espaço lógico da decisão questionado nesta vertente do recurso é o da fixação dos factos singelos e não da realização de qualquer operação de subsunção e extracção de conclusões.

O que se extrai do fixado é que o Tribunal considerou que resulta (com o sentido de que «se colhe», «se extrai», «consta») da decisão da Comissão Europeia de 21.02.2020 referida no ponto 11 da matéria de facto demonstrada, o transcrito.

Tal Decisão foi oficialmente publicada [vd. o documento C(2020) 893 final, in https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40528/40528_418_3.pdf, a 13.10.2023)].

Não há qualquer dúvida sobre o seu conteúdo.

A Recorrente não pôs em crise o valor demonstrativo do referido documento oficial, nos termos que lhe eram impostos pela al. b) do art. 640.º do Código de Processo Civil.

O interesse do conteúdo global do referido documento é insofismável, tendo em vista a compreensão do decidido no que tange à caracterização do ilícito e da susceptibilidade de emergência de dano. Tal relevo não se circunscreve à parte dispositiva da Decisão da Comissão Europeia.

O bloqueio do acesso à globalidade dos elementos avaliativos disponíveis, aparentemente pretendida no recurso, corresponderia à materialização de um sistema de Justiça cega que decidiria no escuro e, de preferência, proferiria veros e ilícitos *non liquet*, por estratégias processuais orientadas para finalidades opostas às que motivam a criação de qualquer norma de Direito adjectivo não lhe permitirem ver .

O afirmado tem exclusivo relevo fáctico, atenta a sede em que se situa.

A extracção de conclusões segue a jusante, noutra espaço lógico.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



A reacção a tais conclusões faz-se não em sede de crítica da decisão fáctica mas de confronto com a subsunção e avaliação jurídica.

É inegável, por representar linear corolário lógico, que a Decisão da Comissão Europeia (o seu todo) e não apenas a parte dispositiva, existe e diz o que diz e se o Tribunal extrai excertos, quaisquer que eles sejam e desde que relevem para a decisão, como ocorre na situação apreciada, está a desempenhar com adequação o seu múnus avaliativo só afrontável mediante prova de igual relevo e de sinal contrário.

Não tem suporte legal a pretensão de ocultar do Tribunal factos relevantes para a decisão do pleito, ou seja, de apagamento substancial e extenso de conteúdo do documento decisório da Comissão Europeia que emergiu no processo AT.40528 – Melia (Holiday Pricing), que constatou a existência de práticas anti-concorrenciais da Recorrente enquadráveis nos art.s 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e 53.º do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu.

Não há qualquer confusão que deva ser admitida entre o espaço obrigatório correspondente à área dispositiva de uma decisão e a materialidade da sua fundamentação e conteúdo. Esta tem relevo fáctico, ao menos no sentido de que a decisão diz o que diz, e a importância que dela se extrair ulteriormente mediante análise jurídica; aquela vale a estes dois níveis e também num quadro cogente e de susceptibilidade de execução imediata, sobretudo no que se reporta à vertente sancionatória.

O ressaltó para o que havia que decidir no processo em que se gerou o recurso, do acolhido mediante instrução, e a obrigação que sempre impende sobre o julgador de não cerrar os olhos na busca da verdade, no âmbito do funcionamento do princípio enunciado no art. 411.º Código de Processo Civil (ainda que com o tempero que emerge da actuação do princípio do dispositivo, com afloramento legal,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

designadamente, no n.º 1 do art.º 5.º do mesmo encadeado normativo), sempre afastariam a tese sufragada no recurso.

Não subsistem dúvidas, no apontado contexto, de que não tem qualquer sentido e razão de procedência a parte do recurso agora apreciada.

Mais sustentou a Recorrente que fossem levados «aos factos provados os (...) vertidos na nota de rodapé (10) e nos parágrafos (66) e (86) da Decisão, respeitantes aos contornos da infração». Segundo a Impugnante, tal matéria teria interesse para a boa decisão da causa por permitir melhor «aferir e avaliar a necessidade e proporcionalidade dos pedidos formulados pela Autora».

De acordo com o Tribunal «a quo», nenhuma outra matéria para além da inscrita assumiria relevo para a decisão.

Este critério é o ajustado. Devem incluir-se entre os factos fixados, como é manifesto, apenas factos (ou seja, elementos não constituam conclusões de facto ou de Direito), exigindo-se que esses elementos fácticos assumam relevância para o que importe avaliar – vd., por todos, o art.s 5.º do Código de Processo Civil.

A pedra de toque da análise proposta neste âmbito é, pois, a relativa à avaliação da importância do proposto para a decisão.

O regime aplicável nos autos foi bem identificado pelo Tribunal «a quo» em termos que seria ocioso reproduzir integralmente e sobre os quais não existe real debate pendente.

Os art.s 573.º, 574.º e 575.º do Código Civil, conjugados, associam a emergência da obrigação de informação e de apresentação de coisas ou documentos à



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

necessidade de apurar a existência ou o conteúdo do direito, sob condição de o demandado não ter motivos para «*fundadamente se opor à diligência*».

Por seu turno, a fulcral Directiva denominada no jargão europeu de «private enforcement directive» ou, na terminologia lusa, Directiva das acções «*de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia*» (Directiva 2014/104/UE, transposta internamente pela Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho), veio estabelecer como requisitos da colheita impositiva de prova a justificação fundamentada da plausibilidade da formulação de pedido ulterior de indemnização, a caracterização precisa e estrita do material probatório a apresentar e a proporcionalidade (ou seja, nas palavras do legislador da União, a ponderação balanceada e atenta à necessidade de garantir uma relação equilibrada e protectora das proporções relativas entre «*os interesses legítimos de todas as partes e dos terceiros interessados*» – cf. o considerando (15) e os n.ºs 2 e 3 do art. 5.º da referida Directiva.

Para em todo este artigo uma noção pressuponente: a de instrumentalidade ou relevo dos meios de prova para a decisão (verbalizados claramente pelo legislador quanto à informação confidencial) – cf. o respectivo n.º 4 e art. 13.º da Lei acima apontada.

É neste enquadramento que tem que se apreciar a vertente impugnatória sob ponderação.

Nesse âmbito, não tem qualquer relevo saber a posição que a Meliá ocupa no «ranking» de empresas hoteleiras em Espanha, a nível europeu ou mundial. Trata-se de matéria que não é tributária da definição da plausibilidade do direito a indemnização nem milita na avaliação dos interesses conflitantes. Qualquer que seja a posição



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

relativa da Recorrente no mercado, essa noção não afasta a obrigação de indemnizar por danos infligidos por facto gravemente ilícito em matéria concorrencial.

O mesmo ocorre no que tange à sua dimensão laboral, ao seu reconhecimento e notoriedade, à sua reputação, nomeadamente em matéria de sustentabilidade, designadamente ao nível da gestão, sua estratégia e prática social, climática, fiscal ou no sector dos direitos humanos, da gestão de capital humano e da segurança e saúde no trabalho.

Também a organização do mercado dos operadores turísticos não releva para a decisão pedida já que não se quantifica o dano na presente acção, antes e apenas se pretendendo avaliar da sua plausibilidade, assente que está a ilicitude (por força da Decisão referida e da jurisprudência *Masterfoods – C-344/98 - Masterfoods and HB*, do Tribunal de Justiça da União Europeia, doravante também designado por TJUE) e considerando que a restrição concorrencial por objecto se desenha, face aos factos (num juízo de mera plausibilidade que não é o da apreciação fina e rigorosa dos danos), como susceptível de produzir efeitos ao nível dos prejuízos emergentes para os cidadãos e empresas.

Nenhuma das afirmações que se pretendeu transformar em factos assume a susceptibilidade de afastar um juízo de admissibilidade da produção de danos em virtude da conduta ilícita.

Não interessa para esta acção de apresentação de documentos *«apurar o potencial impacto da conduta sancionada no mercado nacional, bem como o universo potencial de consumidores nacionais afetados»* já que esse apuramento sempre seria quantitativo e não relativo à possibilidade de emergência de prejuízos, à minguagem da alegação e demonstração através de sólida e credível instrução de que não existiu



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

qualquer impacto no mercado nacional, o que nunca resultaria do que se quer aditar. Tal quantificação é matéria a ponderar na acção de indemnização ulterior e não aqui.

Neste quadro, nenhum relevo assume a avaliação casuística e pontual, desgarrada da eliminação de todas as possibilidades de surgimento de danos. Por assim ser, não importa a caracterização da actividade dos operadores turísticos Thomas Cook e TUI.

Idêntica situação se verifica no que tange ao número de hotéis existentes em Portugal ou no EEE (acrónimo que a Recorrente usou, certamente, para designar o Espaço Económico Europeu). Nunca se poderia extrair desse número não ser plausível a existência de dano decorrente da ilicitude apurada a nível europeu.

São estas a constrição e o limite que tornam identicamente irrelevante conhecer a *«estrutura do mercado da prestação de serviços de alojamento turísticos, em particular, fora do canal da distribuição grossista por operadores turísticos»*. Só não seria assim se as afirmações relativas a tal matéria tivessem sido acompanhadas de outras, a transformar em factos em caso de sucesso instrutório, que demonstrassem que, com tal estrutura, nunca poderiam brotar danos dos actos ilícitos apurados, o que não se materializou.

O mesmo vale para a matéria da alegação da existência de *«forte pressão concorrencial de operadores como a Booking ou a Expedia», «que oferecem, de forma particularmente intensa, descontos e upgrades, o mesmo acontecendo com o canal de vendas directas da Meliá, que não faz qualquer distinção de preços em função da origem da marcação»* já que esses espaços e canais não foram apontados e demonstrados como exclusivos, pelo que não ficou afastada a possibilidade de produção de danos.

Neste contexto de irrelevância se situam, da mesma forma, as referências à disponibilização de «pacotes» pelos operadores turísticos já que tal não tem a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



virtualidade de excluir nem o dano nem outras formas de aquisição, nem essa arguição releva de forma isolada, sem a precisa definição dos termos do desenho desses «pacotes».

A boa notícia de que existiria, a esse nível, um mercado concorrencial, não teria a virtualidade de afastar a possibilidade de produção de danos nem as distorções do mercado que a Recorrente quis que não fosse assinalado pela livre concorrência.

No mesmo âmbito de ausência se relevo se insere, por idêntica razão, a menção ao pluri-fornecimento, à ausência de relações de exclusividade e à eventual invisibilidade do hotel incluído no seio do mercado dos pacotes turístico, até porque invisibilidade não é sinónimo de irrelevância ou diminuição do relevo central do hotel na composição de custos e não se concentram aí todas as formas de aquisição do produto envolvido na prática da Recorrente contrária à lei, pelo que a sua demonstração singela (não feita nos autos) nunca excluiria as demais possibilidade de surgimento do dano.

Também é destituída de relevo para contrariar a plausibilidade de surgimento de dano justificativo do reforço instrutório o conhecimento dos agentes do mercado nacional e a sua eventual inclusão (conclusiva e logo desgarrada da singularidade fáctica exigível) num mercado não concentrado.

Estamos diante da proposta de inserção de conclusões entre os factos provados (logo violando proscricção central) bem como de aditamento de elementos circunstanciais sem relevo para a decisão que, recorda-se mais uma vez, era a relativa à imposição de apresentação de documentos e não de fixação de qualquer montante indemnizatório em virtude do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil delitual.

Se tivesse incluído entre os factos provados o pretendido pela Recorrente, o Tribunal «a quo» teria actuado com violação do Direito constituído. Porque não o fez,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



merece confirmação o por si decidido neste âmbito, sendo improcedente esta parte do recurso.

Vem provado que:

1. A Autora é uma associação de consumidores, de direito privado, reconhecida pela Direção-Geral do Consumidor.

2. Nos termos do artigo 2.º(1) dos seus Estatutos, a Autora: "é uma entidade sem fins lucrativos que tem como fim a defesa dos consumidores na União Europeia, visando em especial o aumento do bem-estar dos consumidores, e em geral a promoção do Estado de Direito, do ambiente e da economia da União Europeia".

3. Nos termos do artigo 2.º(2) dos Estatutos da Autora: "Para efeitos do número anterior, entende-se como defesa dos consumidores a tutela e promoção dos direitos e interesses dos consumidores que sejam cidadãos da União Europeia ou que sejam cidadãos de Estados terceiros residentes na União Europeia e abrangendo, mas não estando limitado, aos consumidores associados da Associação".

4. Nos termos do artigo 2.º(3) dos Estatutos da Autora: "A Associação protege todos os direitos dos consumidores que lhes são conferidos pelas ordens jurídicas da União Europeia e dos Estados-membros da União Europeia, incluindo os que decorrem do (...) Direito da Concorrência (...)".

5. Nos termos do artigo 2.º(4)(i) e (m) dos Estatutos da Autora: "Na prossecução dos fins referidos nos números anteriores, a Associação tem o poder de praticar todos os atos jurídicos adequados para o efeito, incluindo:

(...)

i) Promover e intentar ações judiciais, ou recorrer a meios alternativos de resolução de litígios, para defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais dos consumidores na União Europeia, na medida do permitido pelas leis aplicáveis, nomeadamente, com recurso a ações representativas de modelo "opt-in" ou "opt-out" (incluindo a ação popular) ou a qualquer outro meio processual de defesa de direitos e interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, podendo ter por objetivo, entre outros, a obtenção da declaração da existência de direitos e obrigações, da imposição de comportamentos e/ou da indemnização de danos sofridos pelos consumidores resultante de uma violação dos seus direitos ou interesses;

(...)

m) Exercer qualquer outra competência que lhe seja atribuída por normas da União Europeia ou dos seus Estados-membros".

6. A Autora não exerce qualquer tipo de atividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberais, nem controla ou participa em qualquer entidade que desempenhe tal atividade.

7. Nos termos do artigo 6.º(1) dos Estatutos da Autora, pode ser associado da Autora qualquer pessoa singular que seja cidadão da UE ou que seja cidadão de



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Estado terceiro residente na UE, e que concorde com e pretenda promover os fins da Associação.

8. *A Ré é uma empresa constituída em 1956 que se dedica à exploração e gestão hoteleira, organização de clubes de férias, atividades turísticas em geral e atividades imobiliárias.*

9. *A Ré gere mais de 370 hotéis, sob as marcas Gran Meliá Hotels & Resorts, Paradisus by Meliá, ME by Meliá, Meliá Hotels & Resorts, INNSiDE by Meliá e Sol by MELIÁ.*

10. *"Apartotel S.A." é subsidiária da Ré, que atua sob o controlo e direção da Ré, exercendo esta sobre aquela influência decisiva, determinando as suas decisões estratégicas e comportamentos no mercado.*

11. *A Comissão Europeia, no dia 21/02/2020, no âmbito do Caso AT.40528 – Holiday Pricing, adotou a Decisão de condenar a Ré no pagamento de uma coima no valor global de € 6.678.000, pelo facto de, no período compreendido entre janeiro de 2014 e dezembro de 2015, ter violado o artigo 101.º do TFUE e o artigo 53.º do Acordo EEE, ao ter implementado práticas verticais, por via contratual, que diferenciavam os consumidores em função da sua nacionalidade ou país de residência, restringindo as vendas ativas e passivas de alojamento em hotéis por si geridos ou dos quais é proprietária a consumidores nacionais ou residentes em Estados-Membros por si determinados.*

12. *A Ré foi a única destinatária dessa Decisão.*

13. *Da Decisão em causa, com relevo, resulta o seguinte:*

«3. O SERVIÇO EM QUESTÃO

3.1. Distribuição do alojamento hoteleiro da Meliá

(8) *A Meliá comercializa o seu alojamento hoteleiro aos consumidores através de canais diretos e indiretos. O canal direto inclui o site e o call centre da Meliá, bem como chamadas diretas e reservas para hóspedes sem marcação.*

(9) *O canal indireto engloba várias empresas de viagens e alojamento - tais como agências de viagens, operadores turísticos (tanto online como físicos), agências recetivas e bedbanks – que atuam como intermediários entre a Meliá e os seus clientes para a distribuição de alojamento nos hotéis da Meliá.*

(10) *As agências de viagens e os operadores turísticos são principalmente empresas "business to consumer", que adquirem alojamento diretamente dos hotéis ou de outros intermediários (agências recetivas e bedbanks) e o distribuem aos clientes. Podem distribuir quartos de hotel isolados ou combiná-los com outras componentes de turismo e viagens para criar um pacote de férias.*

(11) *As agências recetivas e os bedbanks são empresas "business to business" que adquirem capacidade hoteleira a hotéis e a fornecem a agências de viagens e operadores turísticos. Celebram contratos com hotéis, por um lado, e com operadores turísticos e agências de viagens, por outro.*

3.2. *O serviço em questão, o período de tempo relevante e as áreas geográficas em questão*

(12) *O serviço em causa no presente processo é a distribuição de alojamento hoteleiro nos resorts de férias da Meliá através de contratos verticais entre a Meliá, por um lado, e os operadores turísticos, por outro.*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

(13) *Esses contratos continham cláusulas que especificavam os países para os quais os contratos eram válidos. Por conseguinte, as partes contratantes diferenciavam os consumidores EEE com base no seu país de residência. Os países em questão são todos os países EEE. A presente Decisão abrange os contratos em vigor nos anos de 2014 e 2015. Segundo a Meliá, o critério da residência foi utilizado como um indicador para refletir diferenças de comportamento dos consumidores.*

14. *Bem como resulta:*

«4. PROCEDIMENTO

(14) *Por decisão de 2 de fevereiro de 2017, a Comissão iniciou um processo nos termos do n.º 1 do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 773/20049 contra a Meliá, de forma a investigar mais aprofundadamente se os contratos da Meliá com os operadores turísticos para alojamento hoteleiro continham uma cláusula que poderia ser utilizada para discriminar entre clientes com base na sua nacionalidade e/ou país de residência.*

(15) *Em 5 de agosto de 2019, a Meliá apresentou uma proposta formal de cooperação no Processo AT.40528 tendo em vista a adoção de uma decisão nos termos dos artigos 7.º e 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 ("proposta de acordo"). Da proposta de acordo constava:*

(1) *o reconhecimento, em termos claros e inequívocos, da responsabilidade da Meliá pela infração descrita na proposta de acordo, no que respeita aos principais factos, à sua qualificação jurídica, ao papel da Meliá na infração e à duração da participação da Meliá na infração;*

(2) *uma indicação da coima máxima que a Meliá esperava que a Comissão impusesse e aceitasse no contexto de um procedimento de cooperação;*

[...]

(16) *A proposta de acordo foi condicionada à imposição pela Comissão de uma coima não superior ao montante especificado na proposta de acordo.*

(17) *Em 4 de novembro de 2019, a Comissão adotou uma Comunicação de Objeções relativa à participação da Meliá na conduta anti-concorrencial, conforme descrito na presente decisão.*

[...]» (sic).

15. *Bem assim:*

«5. FACTOS

(19) *As relações comerciais da Meliá com operadores turísticos para a distribuição de alojamento hoteleiro nos resorts de férias da Meliá baseiam-se em contratos escritos. Alguns desses contratos baseiam-se nos termos e condições gerais da Meliá ("Termos Gerais da Meliá").*

(20) *Uma das cláusulas dos Termos Gerais da Meliá ("Cláusula") indicava o seguinte: "MERCADO DE APLICAÇÃO: contrato válido única e exclusivamente para os mercados que são especificados na observação 16. o hotel poderá solicitar à agência/ao [operador turístico] que verifique o mercado de origem de qualquer reserva em que exista qualquer dúvida razoável, em qualquer caso, se à chegada dos clientes ao hotel, se verificar que o país de residência dos mesmos é diferente do acordado contratualmente, o hotel teria o direito de rejeitar a reserva".*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



(21) Nos contratos individuais com operadores turísticos, a Observação 16 ou estava em branco ou especificava o país ou países para os quais o contrato era válido.

(22) De acordo com a informação apresentada pela Meliá, 2 212 dos contratos da Meliá com operadores turísticos que continham a Cláusula especificavam pelo menos um país do EEE na Observação 16 em contratos que estavam em vigor em 2014. Em 2015, esse número era de 2 004 contratos. Os contratos que contêm a Cláusula e especificam pelo menos um país do EEE na Observação 16 que estavam em vigor em 2014 e 2015 são referidos em conjunto como «Contratos Relevantes». Para cada um desses anos, isto representou aproximadamente 30% dos contratos em vigor para os hotéis resort da Meliá.

(23) Em 2014 e 2015, 140 dos hotéis da Meliá foram parte em pelo menos um Contrato Relevante (que corresponde a aproximadamente 44,6% de todos os hotéis – de cidade e resort – explorados pela Meliá em 2015, ver considerando (4)).

(24) O alojamento hoteleiro, que foi distribuído com base nos Contratos Relevantes, provém de hotéis que são propriedade, geridos ou alugados pela Meliá. Quase todos os Contratos Relevantes foram assinados por uma pessoa que agia "em nome e em representação da Meliá Hotels International". Apenas em alguns casos, os Contratos Relevantes foram assinados por uma pessoa que agia em nome e em representação da Apartotel, S.A., uma entidade detida em 99,73% e controlada exclusivamente pela Meliá. Neste último caso, a Apartotel, S.A., foi instruída pela Meliá a utilizar os Termos Gerais da Meliá, tendo a Meliá especificado igualmente quais os países a inserir na Observação 16. Por conseguinte, ou a Meliá ou a Apartotel, S.A., foram partes em todos os Contratos Relevantes.

(25) O valor total das vendas realizado pelos Contratos Relevantes foi de 75 908 194 euros em 2014 (o que corresponde a aproximadamente 5,19% do volume de negócios líquido da Meliá em 2014) e 68 145 187 euros em 2015 (o que corresponde a aproximadamente 3,92% do volume de negócios líquido da Meliá em 2015).

(26) A Meliá confirmou que foram tomadas as medidas necessárias para suprimir totalmente a Cláusula e a Observação 16 dos seus contratos.

[...]

16. E ainda:

«6. APRECIÇÃO JURÍDICA

[...]

(29) A conduta descrita na Secção 5 da presente Decisão diz respeito ao território da União e do EEE. Na medida em que a conduta tenha afetado o comércio entre os Estados-Membros, é aplicável o artigo 101.º do TFUE. O funcionamento desses acordos e práticas concertadas na Noruega, Islândia e Liechtenstein e o seu efeito sobre o comércio entre a União e esses países são abrangidos pelo artigo 53.º do Acordo EEE.

(30) Neste caso, a Comissão é a autoridade competente para aplicar tanto o artigo 101.º do TFUE como o artigo 53.º do Acordo EEE, com base no artigo 56.º do Acordo EEE, uma vez que a conduta afetou de modo significativo o comércio entre os Estados-Membros.

(31) Na medida em que o Acordo EEE não seja especificamente mencionado, as referências nos considerandos seguintes da presente decisão ao artigo



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

101.º do TFUE, ao efeito sobre o comércio entre os Estados-Membros ou à concorrência no mercado interno, devem ser consideradas como incluindo, respetivamente, o artigo 53.º do Acordo EEE, o efeito sobre o comércio entre as Partes Contratantes do Acordo EEE e a concorrência no território abrangido pelo Acordo EEE.

6.2. Acordo entre empresas

[...]

6.2.2. Aplicação a este caso

(34) Os Contratos Relevantes constituem acordos na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE e do artigo 53.º, n.º 1, do Acordo EEE.

(35) Os Contratos Relevantes foram celebrados entre, por um lado, a Meliá ou Apartotel S.A. (ver considerando (24)) e, por outro lado, vários operadores turísticos. Ambas as partes desses acordos constituem empresas para efeitos do artigo 101.º do TFUE e do artigo 53.º do Acordo EEE.

(36) Nos Contratos Relevantes, a Meliá e os operadores turísticos contratantes especificaram os territórios a que cada contrato se aplicava e, assim, diferenciaram entre os consumidores europeus com base no seu país de residência.

(37) O artigo 1.º, n.º 1, al. a) do Regulamento (UE) n.º 330/201027 da Comissão define um acordo vertical como "um acordo ou prática concertada entre duas ou mais empresas, exercendo cada uma delas as suas atividades, para efeitos do acordo ou da prática concertada, a um nível diferente da cadeia de produção ou distribuição e que digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços";

(38) Para efeitos dos Contratos Relevantes, a Meliá (o prestador do serviço de alojamento) e os operadores turísticos (os distribuidores ou intermediários de vendas para) o serviço de alojamento, operam a níveis diferentes da cadeia de fornecimento. Por conseguinte, os Contratos Relevantes são acordos verticais entre empresas na aceção do artigo 1.º, n.º 1, al. a) do Regulamento (UE) n.º 330/2010.

6.3. Restrição da concorrência por objeto

[...]

6.3.2. Aplicação a este caso

(43) A Cláusula em conjunto com a Observação 16 é um exemplo de uma cláusula que, ao especificar os territórios aos quais o contrato se aplica, estabelece uma distinção entre os consumidores europeus com base no seu país de residência e que pode resultar na compartimentação do mercado interno de acordo com as fronteiras nacionais.

(44) Em particular, a primeira frase da Cláusula estabelecia que o contrato era "válido única e exclusivamente para os mercados que são especificados na observação 16". Nos contratos individuais entre a Meliá e o operador turístico, a Observação 16 especificava o país ou países em que o contrato era válido, tais como a Espanha, o Reino Unido, a Alemanha e a Itália.

(45) A segunda e subsequentes frases da Cláusula permitiram à Meliá verificar o "mercado de origem de qualquer reserva" diretamente - à chegada do consumidor ao hotel - ou indiretamente - através do operador turístico parte do contrato quando "existisse qualquer dúvida razoável". Se se verificasse que o país de residência



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



do consumidor não se encontrava entre os indicados na Observação 16, a Meliá tinha o direito de rejeitar a reserva.

(46) O objetivo geral da Cláusula e da Observação 16 era, assim, assegurar que o operador turístico aderisse aos termos do contrato e que esses termos contratuais (nomeadamente, o preço) fossem válidos apenas para reservas de consumidores residentes no país ou países especificados na Observação 16. Estas disposições dissuadiram os operadores turísticos, parte dos Contratos Relevantes, de distribuir o alojamento hoteleiro em outros países para além dos indicados na Observação 16. Assim, estes acordos restringiram a capacidade dos operadores turísticos de comercializar livremente o alojamento hoteleiro em todos os países do EEE e, assim, poderiam ter resultado na compartimentação do mercado interno de acordo com as fronteiras nacionais.

(47) A este respeito, a Cláusula não distinguia entre as reservas que se seguiam a pedidos não solicitados dos consumidores e as que eram ativamente comercializadas pelos operadores turísticos. Assim, a Cláusula não só desincentivou os operadores turísticos de publicitarem o alojamento hoteleiro da Meliá fora do mercado ou mercados especificados, mas também abrangeu situações em que uma reserva num dos hotéis da Meliá fosse feita a pedido direto dos consumidores, residentes fora dos mercados definidos, a um operador turístico parte dos Contratos Relevantes.

(48) Consequentemente, o conteúdo e o objetivo da Cláusula dos Termos Gerais da Meliá, em conjunto com a Observação 16 dos Contratos Relevantes, era restringir a capacidade dos operadores turísticos de comercializarem o alojamento hoteleiro da Meliá e/ou responderem a pedidos não solicitados de consumidores residentes fora do país ou países especificados na Observação 16.

(49) As cláusulas dos contratos de distribuição do alojamento hoteleiro que restringem a capacidade dos operadores turísticos de comercializarem livremente o alojamento hoteleiro em todos os países do EEE - tais como a Cláusula e a Observação 16 dos Contratos Relevantes - têm por objeto restringir a concorrência através da limitação das vendas transfronteiriças, constituindo assim uma infração ao artigo 101.º, n.º 1, do TFUE e ao artigo 53.º, n.º 1, do Acordo EEE.

6.4. Infração única e continuada

[...]

6.4.2. Aplicação a este caso

(51) Para a distribuição do alojamento nos seus hotéis resort, em 2014 e 2015, a Meliá celebrou uma série de contratos (os Contratos Relevantes, ver considerando (22)) que especificavam os países para os quais o contrato era válido. Assim, as partes contratantes diferenciaram entre os consumidores do EEE com base no seu país de residência.

(52) Os Contratos Relevantes comprovam a existência de um padrão semelhante adotado pela Meliá no que diz respeito à distribuição do seu alojamento hoteleiro em 2014 e 2015. Isto é sustentado pelo facto de os Contratos Relevantes terem sido todos baseados nos Termos Gerais da Meliá contendo a Cláusula. O objetivo idêntico de todos os Contratos Relevantes em vigor nesse período era diferenciar entre os consumidores europeus com base no seu país de residência. Por conseguinte, os acordos resultantes dos Contratos Relevantes (ver considerandos (34) e (49)) constituem uma infração única e continuada ao artigo 101.º, n.º 1, do TFUE e ao artigo 53.º, n.º 1, do Acordo EEE.» (sic).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

17. E, por fim, com relevo:

«6.5. Efeito sobre o comércio

[...]

6.5.2. Aplicação a este caso

(54) Em 2014 e 2015, os operadores turísticos que foram partes nos Contratos Relevantes distribuíram alojamento em hotéis Meliá localizados em vários Estados-Membros a consumidores residentes em vários Estados-Membros ou países do EEE. Uma vez que os Contratos Relevantes continham restrições às vendas transfronteiriças, eram suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros. O próprio objetivo destes tipos de restrições é impedir o comércio entre os Estados-Membros. Por conseguinte, os Contratos Relevantes afetaram significativamente o comércio entre os Estados-Membros e entre as partes contratantes do Acordo EEE.

6.6. Não aplicabilidade do Regulamento (UE) n.º 330/2010, do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE e do artigo 53.º, n.º 3, do Acordo EEE

[...]

6.6.2. Aplicação a este caso

(59) As cláusulas dos contratos de distribuição de alojamento hoteleiro que especificam a nacionalidade dos clientes ou o país/os países para os quais o contrato é válido restringem o território/territórios nos quais, ou os clientes aos quais, o operador turístico parte no contrato pode vender o alojamento hoteleiro.

Neste caso, a Cláusula restringe a capacidade dos operadores turísticos de vender ativamente o alojamento a consumidores fora do país/países especificados na Observação 16 e também de responder a pedidos não solicitados de consumidores residentes num país não especificado na Observação 16. (...)

(60) Por conseguinte, os contratos que contêm cláusulas restritivas como a Cláusula em conjugação com a Observação 16 são uma restrição grave nos termos da alínea b) do artigo 4.º do Regulamento (UE) n.º 330/2010, e não beneficiam da isenção da aplicação do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE prevista no referido Regulamento.

[...]

(62) Em primeiro lugar, a Cláusula - como qualquer outra cláusula de natureza semelhante - não abordava diretamente as eficiências desejadas pela Meliá, nomeadamente aumentar a taxa de ocupação de quartos, tendo em conta diferentes padrões de consumo nos vários mercados (tais como sazonalidade, reservas diferentes, hábitos comportamentais e de viagem dos residentes dos diferentes países); ou assegurar que os preços baixos dos quartos a incluir nos pacotes chegassem aos consumidores alvo e não fossem utilizados pelos operadores turísticos nos mercados de preços elevados.

(63) Em segundo lugar, os consumidores devem obter uma parte justa do benefício resultante. Neste caso, ainda que possa ter havido um efeito positivo para os consumidores em alguns mercados (nomeadamente aqueles a quem o preço mais baixo foi destinado), "os efeitos negativos para os consumidores num dado mercado geográfico ou de produto (nomeadamente os consumidores que foram impedidos de comprar o alojamento a esse preço mais baixo) não podem normalmente ser contrabalançados ou compensados por efeitos positivos para os consumidores noutra mercado geográfico ou de produto não relacionado com o primeiro".



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



(64) *Em terceiro lugar, as cláusulas que restringem a capacidade dos operadores turísticos de vender alojamento a consumidores fora de um país especificado - como a Cláusula - não são indispensáveis para melhorar a eficiência do sistema de distribuição de alojamento hoteleiro da Meliá. Os objetivos pretendidos (nomeadamente uma maior taxa de ocupação e uma melhor gestão do rendimento) podem ser alcançados através de outras soluções mais diretas e personalizadas que não diferenciam os consumidores com base no seu país de residência ou nacionalidade (tais como taxas de sazonalidade e cláusulas de "pacotes únicos"). Além disso, a investigação demonstrou que a grande maioria dos hotéis não dispõe de cláusulas como esta, o que põe em causa a existência de eficiências e indispensabilidade nos termos do artigo 101.º, n.º 3, do TFUE e do artigo 53.º, n.º 3, do Acordo EEE.*

[...]» (sic).

18. No Comunicado de imprensa da Comissão Europeia, datado de 21/02/2020, a respeito da referida Decisão, consta, com relevo, o seguinte:

«Ação de indemnização

Qualquer pessoa ou empresa afetada pelo comportamento anticoncorrencial descrito neste caso pode recorrer aos tribunais dos Estados-Membros e requerer uma indemnização. A jurisprudência do Tribunal e o Regulamento 1/2003 do Conselho confirmam que, em processos perante os tribunais nacionais, uma decisão da Comissão constitui prova vinculativa de que o comportamento ocorreu e foi ilegal. Embora a Comissão tenha aplicado uma multa às empresas em causa, as indemnizações podem ser concedidas sem redução devido à multa da Comissão.» (sic).

19. O resumo da referida Decisão foi publicado, no dia 02/06/2020, no Jornal Oficial da União Europeia.

20. Por carta registada, datada de 15/04/2021, a Autora solicitou à Ré os elementos documentais cuja exibição solicita através da presente ação e com os mesmos fundamentos, tendo concedido à Ré um prazo de quinze dias úteis para responder.

21. Por e-mail datado de 14/05/2021, a Ré informou a Autora da sua recusa de conceder acesso a quaisquer dos meios de prova solicitados, com os seguintes fundamentos: o direito português não é aplicável ao direito de acesso a documentos que se pretende exercer; os requisitos do direito português para ter acesso a documentos não estão preenchidos porque se tem de demonstrar a plausibilidade do alegado direito a indemnização e os efeitos no território português; a Decisão não refere especificamente Portugal; a Decisão não refere que a prática produziu efeitos em Portugal; o pedido não respeita o princípio da proporcionalidade; o pedido inclui o acesso a informação confidencial, inexistindo mecanismos de salvaguarda da confidencialidade.

Fundamentação de Direito

2. O Tribunal «a quo» declara uma coisa – que a Decisão e o Comunicado de Imprensa são reconhecidamente insuficientes para a Autora fundamentar a existência ou plausibilidade de danos – e o seu contrário – que afinal a Decisão e o Comunicado de Imprensa são suficientes para preenchimento desse mesmo pressuposto – incorrendo, assim, numa contradição manifesta e insanável que,



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

inclusivamente, toma a decisão ininteligível, sendo, nessa medida, geradora de nulidade, nos termos do disposto no artigo 615.º, n.º 1, alínea c), do Código de Processo Civil (CPC)?

Segundo a Impugnante, existiria uma contradição entre o «despacho saneador» e a sentença que teria considerado suficiente para demonstrar a plausibilidade do dano a «Decisão e o Comunicado de Imprensa» – por naquele se ter convidado «a Autora a apresentar uma petição inicial aperfeiçoada, concedendo-lhe uma generosa oportunidade para acertar a mira, inclusivamente indicando-lhe com todo o detalhe o alvo a atingir, ao explicar que deveria “concretizar de forma mais desenvolvida a possibilidade ou plausibilidade da prática restritiva da concorrência em causa ter provocado danos a consumidores nacionais alegada nos artigos 44º e 45º da petição inicial, levando em conta a configuração específica da infração, em particular o facto de estarem em causa apenas contratos com os operadores turísticos”».

A Recorrente invocou nulidade alegadamente enquadrável na al. c) do art. 615.º do Código de Processo Civil. Tal alínea insere-se num conjunto de previsões de causas de nulidade da sentença. Corresponde, esse acervo, a um rol de vícios internos da decisão muito relevantes por a «ferirem de morte». Trata-se de um enunciado de vícios internos da decisão final, desde os estritamente formais – falta de assinatura – às omissões de elementos estruturais integrantes da fundamentação, passando pela ininteligibilidade, excesso, omissão, diversidade de objecto ou colisão lógica.

Neste âmbito, analisada a sentença, nenhum entre-choque lógico se divisa entre uma parte do aí afirmado e uma qualquer outra área do nela assumido. Aliás, nem isso foi alegado. Não há colisão interna na sentença. Os fundamentos aí lançados fizeram, em coerência, o esteio do decidido.

Mesmo que o preceito não se reportasse apenas à sentença e seu teor e antes constituísse pretexto para a reponderação da coerência lógica de todas as peças processuais, também não poderia haver confronto entre uma decisão final que tudo



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

avaliou após um extenso encadeado de momentos e fases processuais e um despacho com finalidades meramente ordenadoras que nem sequer reflectiu convencimento da total falta de elementos antes sugerindo o desenvolvimento do já carreado, o que viria a resultar numa petição entretanto apresentada, necessariamente anterior à sentença, logo informadora de um mais alargado quadro de alegação e demonstração, pelo que nunca haveria colisão entre o decidido a final e contexto anterior ultrapassado.

O mais são razões de dissensão face ao decidido que extravasam o domínio das nulidades em que se situa a presente questão.

Não existe a pretensa nulidade da sentença.

Improcede, com muita clareza, a arguição apreciada.

3. O Tribunal «a quo» assumiu que os 4.216 contratos aqui em causa estiveram em vigor em 2014 e 2015, pelo que nesta parte existe uma contradição insanável entre a decisão sobre a matéria de facto e a fundamentação da sentença, geradora de nulidade, nos termos do disposto no artigo 615.º, n.º 1, alínea c), do CPC?

A al. c) do n.º 1 do art. 615.º do Código de Processo Civil reporta-se à colisão lógica entre o sustento do decidido e a decisão. Tal resulta, de forma muito linear e clara, de uma mera interpretação literal e gramatical do preceito.

São fundamentos do decidido os esteios de facto e de Direito (fundamentação de facto e de Direito). Quando a parte dispositiva e esses fundamentos perdem *continuum* lógico pode, então, falar-se em oposição entre os fundamentos e a decisão.

A norma não se refere, pois, à inadequada subsunção dos factos ao Direito, não consideração de determinada factualidade ou errada apreciação do seu sentido na fundamentação jurídica (que parece corresponder à única vertente das sentenças que a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Recorrente apelida de fundamentação, ao não a identificar também com a «decisão sobre a matéria de facto»).

Não há contradição entre fundamentação de facto e de Direito. Há si, quando ocorre, erro de julgamento, decisão desajustada, inadequada, merecedora de revogação no âmbito de uma impugnação relativa ao mérito.

O objecto do preceito materializa-se quando, por exemplo, se prova e subsume ao Direito que alguém não contratou, afirmando-se tecnicamente a sua não vinculação e, na decisão, se condena esse sujeito a cumprir uma cláusula do pacto negocial não celebrado.

Estamos, pois, uma vez mais, perante inadequada e tecnicamente desajustada invocação de nulidade da sentença.

Acresce que o Tribunal *a quo* atendeu, de forma coerente e sem contradições, aos factos provados no domínio em apreço que, designadamente, são os constantes dos n.ºs 11, 13 (13), 15 (22) e (25) e 17 (54) da matéria fáctica fixada na decisão posta em crise.

Não se localiza afirmação desfocada, situada à margem do acervo fáctico cristalizado, que depois tenha sido convertida em decisão oposta a essa mesma afirmação.

Não tem sentido nem base de sustentação jurídica e circunstancial a pretensão de obtenção de resposta afirmativa a esta questão.

4. A decisão proferida é ambígua e ininteligível, já que identifica o início do período temporal a abranger pela informação a disponibilizar – “janeiro de 2014” – mas deixa em suspenso o termo desse período, porquanto declara que “terá ocorrido, provavelmente após dezembro de 2015”, sem contudo concretizar quando, sendo por isso mesmo nula, nos termos e ao abrigo do disposto no artigo 615.º, n.º 1, alínea c) do CPC?



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A Recorrente, ao alegar nos termos que geraram esta pergunta, recorreu a uma colagem de excertos desgarrados dos respectivos contextos de afirmação para gerar um quadro de aparência de obscuridade e imperscrutabilidade não correspondente à realidade.

Ao definir o momento inicial da necessidade do fornecimento de documentos, o Tribunal «a quo» atendeu, e bem, ao que fixou em sede instrutória, designadamente nos pontos 16 (51), (52) e (54) da fundamentação de facto. Daí não se afastou nunca.

Por forma a abranger todo o ano de 2014 referido nos pontos fácticos sem distinção, é claro que o Tribunal tinha que ordenar que se iniciasse a averiguação em Janeiro desse ano.

Não há aí nenhuma obscuridade e menos impossibilidade de entender. Tudo é preciso e não emergem dúvidas quanto à obrigação imposta nos pontos i. e iv da parte dispositiva da sentença criticada.

Quando, neste último ponto, se diz «(que terá ocorrido, provavelmente, após dezembro de 2015)» patenteou-se-se, também – fora da selecção imaginativa a que se quis recorrer para pôr em crise o decidido –, que o Tribunal exigiu à ora Recorrente que entregasse ao Órgão jurisdicional os documentos *«na posse da Ré onde conste(m) ou de onde decorram, de modo rigoroso ou por estimativa ou aproximação, para o período entre janeiro de 2014 e o final da vigência de qualquer um dos referidos 4216 contratos de venda de alojamento que se tenha verificado mais tardiamente»*.

Qualquer leitor minimamente hábil, falante da língua portuguesa, e mais um intérprete qualificado, lê aqui, no quadro de uma semântica muito simples e directa, o que o destinatário tem que cumprir, a saber: a) juntar documentos; b) relativos a



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

contratos bem identificados; c) atinentes ao período compreendido entre Janeiro de 2014 e o termo de vigência do mais longo; d) contendo os elementos enunciados nos parágrafos dessa alínea.

Ao referir a probabilidade de esse contrato mais duradouro ter finalizado a produção de efeitos após Dezembro de 2015, o Tribunal, de forma muito cautelosa, realista e adequada, tentando obviar ao surgimento de quaisquer dúvidas interpretativas e veleidades de incumprimento por resistência analítica, deixou bem claro o óbvio: sabemos que os contratos foram celebrados em 2014 e 2015, portanto é manifesto que, dependendo da data de celebração e prazo de duração contratual, não deve a parte condenada tentar limitar a injunção judicial aos contratos cujo prazo de execução termine em 2015 (basta imaginar, por hipótese, a situação relativa a um contrato celebrado em Dezembro de 2015 válido por seis meses).

Só uma análise muito interessada e muito parcial, enviesada pelos interesses, não permitiria compreender a singeleza do que aqui estava e está em causa.

É flagrante a inadequação da arguição que gerou a pergunta analisada que, conseqüentemente, só pode receber resposta negativa, dispensando mais dilatadas considerações de sustentação.

5. Existe, na sentença impugnada, insanável contradição por, num primeiro momento (na página 52) se aventar a possibilidade de que a prática se tenha alongado no tempo para além do escopo temporal definido na Decisão, para seguidamente se dizer que os dados referentes a este período serão necessários para comparar os preços ao longo dos anos de 2014 e 2015 com os preços dos anos seguintes, o que gera ambigüidade e ininteligibilidade nos termos do disposto no artigo 615.º, n.º 1, alínea c), do CPC?

Não se divisa a contradição apontada (que, aliás, como se deixou já visível, teria que ocorrer entre os fundamentos – de facto e/ou de Direito – e a decisão, sendo que o que a Recorrente parece apontar é uma inconsistência lógica entre partes da



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



fundamentação, o que se encontra à margem da problemática das nulidades e se projecta, apenas, no domínio da análise de mérito).

Revela meridiana sensatez a admissão, em sede argumentativa, da possibilidade de os comportamentos terem tido reverberações ulteriores.

É, também, inegável a utilidade potencial do cotejo dos dados relativos ao estrito período das celebrações contratuais com os atinentes aos períodos já não abrangidos pela prática ilícita, ainda desconhecidos e a apurar em sede distinta da presente, que só tinha que atender a plausibilidades e não definir danos concretos e seu nexó causal com os factos violadores da lei reconhecidamente praticados pela RÉ MELIA(...).

É, da mesma forma, claro que nos encontramos na antecâmara ou preparando o funcionamento do «private enforcement» (execução privada) sistema que, sendo coadjuvante do «public enforcement» (execução ou sancionamento público) – particularmente por funcionar também como elemento dissuasor das condutas ilícitas – não surge por decalque do mesmo, particularmente não afastando o princípio do ressarcimento integral emergente do art. 562.º do Código Civil.

Como se vê do Acórdão do TJUE C-344/98 - *Masterfoods and HB*, o limite imposto aos tribunais nacionais ao pronunciar-se sobre um acordo ou uma prática cuja compatibilidade com os então artigos 85.º, n.º 1, e 86.º do Tratado CE já tivesse sido objecto de uma decisão da Comissão, reportava-se à interdição de contrariar o deliberado por esse órgão da União e não de dela extrair todas as suas consequências, nomeadamente as enquadradas no Direito da responsabilidade civil.

Neste âmbito, a Decisão da Comissão Europeia funciona como um marcador do ilícito e nunca como limite ao apuramento dos danos sofridos pelos cidadãos e empresas.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Quando se afirma a dispensa de investigação dos efeitos sobre a concorrência de um acto anti-concorrencial por objecto, está-se a pensar no «public enforcement» (por exemplo, numa prática objectivamente inserível no n.º 1 do art. 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), e não no ulterior «private enforcement» – cf. os Acórdãos TJUE C-228/18 - *Budapest Bank e o.*, C-345/14, *Maxima Latvija* e C- 373/14, *Toshiba Corporation/Comissão*. Mas não se perde de vista a razão de ser da substituição da avaliação dos efeitos pela análise objectiva, conforme afirmado no ponto 36 do primeiro dos invocados arestos nos seguintes termos: «*é facto assente que certos comportamentos colusórios, como os que levam à fixação horizontal dos preços por cartéis, podem ser considerados suscetíveis de terem efeitos negativos, em especial, sobre o preço, a quantidade ou a qualidade dos produtos e dos serviços*» – vd., também, os Acórdãos C-67/13 P, *CB/Comissão* e C-345/14, *Maxima Latvija*. É por se saber à partida da susceptibilidade de produção de efeitos que se prescinde da prova destes para fins sancionatórios.

Em tal contexto, nem as referências contidas na questão apreciada são contraditórias entre si (antes explorando distintas possibilidades da realidade apreciada, que não está a ser avaliada no âmbito do rigoroso conhecimento da acção de indemnização mas, apenas, no quadro do julgamento da tributária acção de apresentação de documentos, que não afirma direitos e apenas impõe obrigações processuais afluentes), nem essa relação, surgida dentro da fundamentação jurídica, tem qualquer conexão com os problemas relativos à nulidade da sentença atacados na al. c) do n.º 1 do art. 615.º do Código de Processo Civil.

Não revela, pois, a arguição que motivou a colocação da pergunta que se avalia, as menores condições de procedência, antes sendo manifesta a sua inadequação.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A linha lógica da decisão tinha que assentar nos seguintes pontos de controlo: apuram-se os requisitos técnicos da imposição da apresentação de documentos enunciados nos art.s 573.º, 574.º e 575.º do Código Civil, na Directiva n.º 2014/104/UE e na Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho, ou não?; na afirmativa, demonstrada, designadamente, a plausibilidade da emergência de dano(s) (logo a justificabilidade de ulterior acção ressarcitória), a que documentos terá o tribunal que aceder para poder colher a demonstração da materialização desse pressuposto da responsabilidade civil aquiliana?; e os documentos indicados são os potencialmente importantes para produzir tal prova?

Foi esta a linha seguida, sem que se localizem descontinuidades a tal nível.

De novo nos confrontamos no recurso com a mesma cosmética analítica ou resistência interpretativa, como se o leitor se recusasse a realmente ler o texto com que está confrontado, por não servir os seus interesses.

Neste conspecto, vale aqui o dito na resposta anterior.

É improcedente esta vertente do recurso que nem sequer tem esteio na norma de previsão de nulidade invocada pela Recorrente.

6. A decisão proferida sobre o pedido c) (iii), ao simplesmente remeter, quanto à respetiva fundamentação, para o pedido anterior, é nula, por ausência de fundamentação, por via do disposto no artigo 615.º, n.º 1, alínea b) do CPC;

Segundo a Recorrente, o Tribunal teria gerado a nulidade prevista na al. b) do n.º 1 do art. 615.º do Código de Processo Civil ao remeter para fundamentação anterior o decidido quanto ao «*Pedido c) (iii) - documentos onde constem ou de onde decorram, para o período entre janeiro de 2015 e o Final de vigência de cada um dos 4216 (!) Contratos de venda de alojamento celebrados entre 2014 e 2015, §1 o número de consumidoras residentes em portugal que ficaram alojados nos 140(!) Hotéis da ré*



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Objeto dos contratos de venda de alojamento com cláusulas restritivas e §2 o número médio de noites Que esses consumidores ficaram alojados nesses hotéis».

Tal emergiria do facto de o Órgão Jurisdicional «a quo» ter inscrito na fl. 53 da sentença que :

A respeito, a Ré reiterou os argumentos invocados para o documento antecedente.

Pelo que, aqui o Tribunal também reitera as considerações tecidas acerca da justificação, necessidade e falta de desproporcionalidade para a cedência pela Ré da informação em causa, quando, ademais, no confronto com a justificação apresentada pela Autora para a sua necessidade/essencialidade.

Neste âmbito, importa começar por ter presente que o objecto dessa afirmação é o seguinte (e não exactamente o indicado):

iii. Documento(s) na posse da Ré onde conste(m) ou de onde decorram, de modo rigoroso ou por estimativa ou aproximação, para o período entre janeiro de 2014 e o final da vigência de qualquer um dos referidos 4216 contratos de venda de alojamento que se tenha verificado mais tardiamente (que terá ocorrido, provavelmente, após dezembro de 2015):

§1) o número de consumidores residentes em Portugal que ficaram alojados nos 140 hotéis da Ré objeto dos contratos de venda de alojamento com cláusulas restritivas;

§2) o número médio de noites que os consumidores ficaram alojados nestes hotéis da Ré;

De seguida, é fundamental atender a que a Recorrente identificou a fundamentação do Tribunal, a saber, que este, considerando que o problema a ponderar era exactamente igual ao anteriormente analisado, deu com reproduzidas as considerações prévias.

Mais é importante ter presente que a al. b) daquele número e artigo se reporta a realidade bem distinta: a atinente à falta de fundamentos de facto e de Direito. E quando se diz falta, está-se a referir a absoluta inexistência de esteio (porque o legislador não fez qualquer precisão no apontado preceito), não a fundamentação que



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

se tenha por inepta, escassa, indevida ou inadequada. Para estes casos, funciona, antes, o recurso relativo ao mérito do decidido.

No caso apreciado há, insofismavelmente, fundamentação (e a Recorrente até a conseguiu citar), o que não se altera por a Impugnante a considerar insuficiente ou inadequada. E não se diga que a fundamentação por remissão equivale a ausência de fundamentação já que tal só ocorreria se o espaço de remissão, por exemplo por lapso, não existisse. Aí sim, poderia dizer-se: remete-se para fundamentação inexistente logo não existe justificação do decidido.

Não é este o caso em apreço, uma vez que não foi invocado que a justificação para a qual se remeteu não foi, por exemplo, por lapso, lançada nos autos. Ao invés, nada se fez para patentear a inexistência de justificação anterior (nem tal poderia, com razoabilidade, ocorrer atento o conteúdo de fls. 50 a 53 da sentença que se aprecia).

Não procede, assim, também esta parte do recurso.

7. A decisão proferida sobre o pedido c) (vi), ao simplesmente remeter, quanto à respetiva fundamentação, para o pedido anterior, é nula, por ausência de fundamentação, por via do disposto no artigo 615.º, n.º 1, alínea b) do CPC?

Estão em causa, em sede desta pergunta, os documentos referidos na fl. 57 da sentença apontada pela Recorrente, que são os seguintes:

vi. Documento(s) na posse da Ré, incluindo estudos de mercado realizados para/adquiridos pela Ré, que descrevem ou do(s) qual(is) se possa retirar os diferentes tipos/perfis de consumidores de alojamento na(s) tipologia(s) de hotéis entre os 140 hotéis que foram objeto de contratos de vendas com cláusulas restritivas identificadas na Decisão, bem como os seus padrões médios de consumo;

A fundamentação a que a Recorrente se refere é:



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Argumenta a Ré, a respeito, nos exatos termos advogados a respeito do documento precedente.

Pelo que, aqui o Tribunal também reitera as considerações tecidas acerca da justificação, necessidade e falta de desproporcionalidade para a cedência pela Ré da informação em causa, quando, ademais, no confronto com a justificação apresentada pela Autora para a sua necessidade/essencialidade.

A fundamentação de remissão é a relativa à junção do «Documento(s) na posse da Ré, incluindo estudos de mercado realizados para/adquiridos pela Ré, que incluam ou que permitam calcular as quotas de mercado da Ré e dos seus principais concorrentes (ou suas estimativas), no período entre janeiro de 2014 e o final da vigência de qualquer um dos referidos 4216 contratos de venda de alojamento que se tenha verificado mais tardiamente, em cada Estado-membro da UE».

Trata-se de uma indicação de esteios completa, consistente, persuasiva. Tudo menos ausente ou omitida.

Vale, pois, a este propósito, o dito quanto à questão anterior.

Não existe absoluta falta de fundamentação, para os efeitos do disposto na al. b) do n.º 1 do art. 615.º do encadeado normativo sob referência.

É negativa a resposta a esta pergunta.

8. Aquilo que o Tribunal «a quo» acabou por sancionar foi uma devassa à organização e informação interna da ora Apelante para tentar averiguar se terá havido efeitos ou danos na esfera jurídica de consumidores residentes em Portugal em resultado da infração sancionada na Decisão, sem que primeiro se tenha demonstrado a plausibilidade desse dano, pelo que constitui uma decisão ilegal?

A plausibilidade do dano é requisito imprescindível para o deferimento de um pedido de apresentação de documentos formulado no âmbito que se pondera – cf. o n.º 1 do art. 5.º da Directiva 2004/104 e os arts 13.º e 12.º (este por remissão do n.º 2 do art. 13.º) da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



Nunca tal plausibilidade poderia, conseqüentemente, deixar de ser avaliada na decisão jurisdicional criticada. Tratava-se do núcleo técnico da sentença a proferir.

E essa ponderação foi feita.

Com muito relevo, o Tribunal «a quo» atendeu a que a compartimentação de mercados geográficos em função da nacionalidade e residência possui a virtualidade de atingir, de forma direta, a concorrência relativamente a preços, liberdade de escolha, qualidade e quantidade de produtos disponibilizados, sendo até tautológico concluir que essas agressões correspondem a danos quantificáveis. Na mesma senda, recordou, bem, à luz do provado, estar Portugal abrangido pela actuação contrária às regras da sã e leal concorrência, já que foram afectados todos os Países do Espaço Económico Europeu em que o nosso País se integra.

Nesta linha argumentativa, o Tribunal de 1.ª Instância discerniu, com acerto, existir probabilidade (acrescentar-se-ia «forte») de consumidores nacionais terem sido excluídos da oportunidade de encontrar alojamento em hotéis da Ré, quer em solo luso quer noutra Estado do referido espaço, em melhores condições contratuais e melhores preços. Se assim não fosse, para que serviria a restrição de mercado? Quais os ganhos? Qual a utilidade? Praticaria a MELIA(...) um acto inútil e desprovido de conseqüências económicas ao fechar e compartimentar mercados, sendo ela um agente económico? Poderia presumir-se não ter buscado o lucro e vantagens injustificadas (porque assentes em actos ilícitos)? Claro que as respostas que se impõem, à luz do provado, são todas no sentido da plausibilidade dos danos.

Por isso, bem concluiu o Órgão Jurisdicional ter sido devidamente justificada pela Autora ora Recorrida, quer em termos de alegação quer de prova, a plausibilidade da válida sustentação de um pedido de indemnização (vd., particularmente, as fls. 40 e 41 da sentença recorrida).



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Não tem qualquer razoabilidade, neste âmbito, que se confundam acções, finalidades e pedidos. A acção especial de apresentação de documentos nenhuma relação tem (além da conexão precursora e instrumental) com o processo comum declarativo ulterior em que se vise a fixação de uma indemnização. Naquela, não se sabe nem tem que saber quais os danos produzidos e qual a sua específica relação causal com os factos ilícitos. Apenas se pondera se é de admitir que haja danos que possam justificar a dedução de pedido indemnizatório posterior.

É na acção de indemnização que haverá que indicar com precisão os prejuízos. E estes, em situações como a que se avalia, só se podem definir através de documentos em posse da contra-parte ou de terceiros (mediante operações, aliás, geralmente revestidas de grande complexidade).

Não é legítimo que se confunda a identificação de danos cuja plausibilidade se tenha reconhecido e que justifique a imposição de apresentação de documentos, com qualquer devassa indiscriminada e acéfala de um acervo documental alheio já que, aqui, sabe-se o que se quer e as razões do querer. E a lei permite-o.

Nenhum sentido tem que se confunda um mecanismo essencial para o «*private enforcement*», consagrado como fundamental pelo Direito da Concorrência da União Europeia, com a figura privativa do Direito de «*Common Law*» da «*fishing expedition*» (ou «*pre-trial discovery*») que, como a Recorrente não poderá ignorar, se reporta a mecanismo não permitido pelo Direito Continental por corresponder a instrução sem processo e sem obrigação da indicação das razões da averiguação.

Esta figura (da *pre-trial discovery*), que o Reino Unido tentou introduzir como estrutura válida nas negociações do *Regulamento (CE) n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial* e que não foi



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

admitida, justamente por incompatibilidade com o quadro cultural e jurídico da Europa continental (cf. o n.º 2 do art. 3.º desse diploma Europeu), não tem qualquer ligação com a avaliação legítima e legalmente bem caracterizada da plausibilidade de emergência de danos e justificação da necessidade de apresentação de documentos com vista à justa obtenção de ressarcimento por actos anti-concorrenciais previamente determinados com rigor pelo órgão sancionatório desses actos, num contexto em que a sua ocultação ou o não acesso aos mesmos corresponderia a vera denegação do exercício de direitos entrevistos e indiciados, ou seja, um efectivo bloqueio do acesso aos tribunais para o reconhecimento de direitos (ou exercício do «direito a um juiz»).

Diverso regime conduziria a que o combate contra a violação da concorrência legítima severamente prejudicial para o mercado nunca saísse da esfera pública e nunca tutelasse direitos dos afinal verdadeiros prejudicados, *id est*, dos cidadãos e das empresas.

Por assim ser é que espera que o tipo de defesa e argumentação usados pela Recorrente e a sua resistência em cumprir o seu dever de revelação («disclosure») se tornem cada vez menos comuns com a normalização e vulgarização do exercício privado de direitos («private enforcement») na área da concorrência e com interiorização da importância de proteger os reais actores da economia e por ela prejudicados sempre que a mesma seja abalada por práticas anti-concorrenciais.

Afinal, a palavra «economia» no seu radical linguístico original [*oikos* + *nomos*, ou regras para a (administração da) casa – onde vive o homem] mais não aponta do que para o cidadão que aqui ganha, justamente, o merecido protagonismo.

Não há qualquer devassa acéfala e arbitrária nem o Tribunal «a quo» decidiu sem avaliar a plausibilidade do dano que, aliás determinou com acerto e adequação.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

É negativa a resposta a esta questão.

9. O Tribunal «a quo» fez uma inversão do ónus da prova, já que analisou os pressupostos da especificação, necessidade e proporcionalidade enquanto objeções levantadas pela Ré, sendo que, tratando-se de pressupostos positivos, a Demandante não os logrou demonstrar?

A matéria do ónus da prova, com afloração normativa nos arts. 342.º a 348.º do Código Civil, assenta num conjunto de regras de definição dos sujeitos processuais aos quais cabe demonstrar factos invocados. Domina, nesse acervo normativo, o art. 342.º que atribui ao Demandante o ónus de patentear os factos constitutivos do direito invocado e ao Demandado o de revelar a veracidade dos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito.

De tal regime se extraem importantes consequências em sede de julgamento. Se quem tinha o ónus de provar não o fez, a causa é julgada contra os interesses por si sustentados.

Estamos, conseqüentemente, perante uma questão de facto e não de Direito, com consequências situadas a jusante, na formação da parte dispositiva da sentença.

No caso em apreço, não há dúvidas sobre quem provou o quê. Os factos foram demonstrados pela Autora, por confissão da Ré e por consulta directa feita pelo Tribunal. Tal resulta de forma directa da fundamentação das respostas fácticas constante da sentença.

A Autora cumpriu o seu ónus demonstrativo.

A Ré não produziu qualquer prova acolhida como esteio da cristalização fáctica e tal não foi apreciado contra si ao nível da avaliação de factos impeditivos, modificativos ou extintivos.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

O que se fixou e reconheceu assentou na demonstração feita pela Demandante ou nos termos descritos e não porque a Ré não provou algo.

A plausibilidade emergiu conforme descrito em resposta anterior.

A necessidade e a proporcionalidade brotaram da avaliação da prova considerada relevante no acto de julgamento e não da omissão de demonstração de qualquer facto pela Ré.

Sendo plausíveis os danos, os documentos foram julgados necessários atenta a respectiva incidência sobre o que importaria avaliar numa acção declarativa ulterior. Por os documentos indicados na parte dispositiva terem relação com o que se pretende conhecer e não se ter concluído que a injunção de apresentação causaria mais prejuízos do que vantagens, foi reconhecido dever ser ordenada a apresentação judicial proposta na petição inicial.

Carece, assim, de sentido, a proposta de formulação de resposta positiva à questão supra-lançada.

10. Os documentos aqui em causa sempre estariam abrangidos pela confidencialidade atinente aos processos de transacção, pois constituíram a base para a Decisão emitida pela Comissão, pelo que o pedido deveria ter sido indeferido?

A este nível, a Recorrente insiste em suscitar questão dirigida ao Tribunal de Primeira Instância relativa à junção de documentos abrangidos por processo de transacção trespassando, uma vez mais, o regime legal vigente.

O que a Directiva n.º 2014/104 veda é que os Tribunais nacionais possam ordenar a uma parte ou a um terceiro, «para efeitos de acções de indemnização» a divulgação de propostas de transacção – cf. a al. b) do n.º 6 do art. 6.º da referida Directiva – tendo tais propostas o conteúdo e sentido que lhes foi expressamente definido no considerando (18) de «qualquer comunicação voluntária apresentada por



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

uma empresa, ou em seu nome, a uma autoridade da concorrência na qual a empresa reconheça ou renuncie a contestar a sua participação numa infração ao direito da concorrência e a sua responsabilidade por essa infração ao direito da concorrência, e elaborada especificamente para que a autoridade da concorrência possa aplicar um procedimento simplificado ou acelerado».

Não se conta qualquer proposta de transacção, com este conteúdo, entre os documentos de junção ordenada.

O mesmo ocorre à luz do regime transposto, ou seja, da al. b) do n.º 5 do art. 14.º da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho.

Não se ordenou, da mesma forma, a junção de qualquer documento relativo à proposta de transacção na posse da Comissão Europeia.

Não nos encontrarmos perante processo enquadrável nas finalidades enunciadas no n.º 1 do art. 12.º da mesma Lei e no disposto no art. 13.º do mesmo encadeado de normas, não tendo sido aplicado o disposto no n.º 2 do respectivo art. 14.º. Não há, pois, qualquer razão para ponderar o que poderia ser pedido à Comissão e o que o não poderia.

Flui do exposto, com muita nitidez, não possuir sentido técnico nem esteio esta vertente do recurso só podendo, pois, ir indeferida a pretensão de reconhecimento de sentido positivo ao perguntado.

11. Qualquer interpretação dos artigos 12.º e 13.º da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho no sentido em que permitem que o tribunal ordene ao demandado que produza prova «ex novo», isto é compilando e ordenando dados económicos de acordo com critérios ditados pelo demandante, para prova da existência de um hipotético dano no contexto de uma ação de «private enforcement» ou como preliminar de uma tal ação, seria inconstitucional, por violação do artigo 20.º, n.º 4 da Constituição de República Portuguesa?



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

A Recorrente quis assegurar, neste âmbito, a invocação de uma questão de constitucionalidade.

Porém, fê-lo invocando realidade e circunstancialismo processual inexistente.

Não foi, de todo, ordenado à Ré que produzisse prova «ex novo», gerando novos documentos.

Não se exigiu à Demandada que encomendasse ou fizesse estudos, que realizasse novas averiguações ou que se envolvesse em dispendiosas análises de mercado. Exigiu-se-lhe o que já tinha.

Estamos, mais uma vez, perante uma preocupante resistência em ler o que foi efectivamente escrito pelo Tribunal «a quo» e diante de uma grande pertinácia em reconstruir a decisão para efeitos de apresentação de indignação contra o inexistente, à míngua de razões para atacar validamente a realidade inconveniente.

Ordenou-se à Ré MELIA(...) a junção de documento que terá necessariamente que possuir, relativo a termos e condições contratuais suas, atinentes à sua prática comercial corrente.

Impôs-se-lhe a junção dos contratos que celebrou e que logo tem que conhecer e possuir.

Nos pontos iii, iv, v, vi e vii determinou-se, sempre com expressa verbalização, a junção de documentos «na posse da ré». Qualquer leitor, mesmo pouco ilustrado e pouco hábil lê aqui que se trata de documentos que a Demandada tinha à data da decisão e não quaisquer outros a encomendar ou textos analíticos ou avaliativos a obter no mercado ou a formar mediante investigação alheia.

Estamos, pois, neste ponto, a apreciar a gravidade do inexistente.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Tudo agravando, pede-se que se pondere se essa ficção é conforme com a Constituição da República Portuguesa.

É muito flagrante, neste contexto, nenhum sentido ter a alegação que gerou a pergunta e merecer esta uma imediata resposta negativa, sem mais considerações.

12. O Tribunal «a quo» não pode obrigar a Ré a recolher, compilar e organizar informação para um período temporal de oito anos (2014 a 2021), de acordo com um critério definido pela Autora, para servir de base a prova da existência de danos e sua quantificação na futura e já anunciada ação coletiva de «private enforcement», substituindo-se a esta e aos seus peritos nesse esforço probatório?

Não há, entre os documentos cuja junção se determinou, quaisquer textos cuja junção não pudesse ser determinada.

Tudo aquilo que se obrigou a Ré a apresentar ao Tribunal corresponde a documentos na sua posse, não sendo de admitir que uma empresa com a dimensão que a Ré quis demonstrar nos autos tenha procedido à destruição dos documentos que marcam a sua história comercial dos últimos anos e sem os quais a sua própria existência surgiria bem diminuída e até fragilizada perante os riscos de ser demanda em diversos tipos de acções ou de não poder afirmar direitos nessas acções ou perante a administração fiscal.

Aliás, não vêm provados factos reveladores de dificuldades da Ré, sobretudo na era digital, em localizar e apresentar documentos seus, centrais da sua actividade comercial, estando tal matéria, essa sim sem margem para dúvidas, compreendida no seu ónus demonstrativo ao abrigo do disposto no n.º 2 do art. 342.º do Código Civil.

Improcede esta parte do recurso.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



13. Em virtude das regras de guarda de documentos em vigor em Espanha e na generalidade dos países onde a Ré Meliá opera, dados desta natureza e detalhe simplesmente já não existem, pelo que também por esta via a Apelante não tem como dar resposta a uma tal solicitação?

Valem neste domínio as considerações feitas no âmbito da resposta anterior.

Acresce estarmos perante questão nova, não apreciada pelo Tribunal «a quo», apenas cabendo a este Tribunal de Recurso reavaliar as questões ponderadas pelo órgão jurisdicional que proferiu a decisão impugnada – cf. o estabelecido no n.º 1 do art. 627.º do Código de Processo Civil – ou aquelas de que o mesmo não tenha conhecido nos termos do disposto no n.º 2 do art. 665.º do mesmo Código, norma cuja previsão não se concretiza na situação analisada.

Nem se provaram factos que sustentem o agora afirmado nem a questão referida foi suscitada e avaliada pelo Tribunal de Primeira Instância, como deveria ter ocorrido para que pudesse ser, agora, reavaliada por este Tribunal de Apelação.

O mais tem a ver com a execução do decidido, formas de tutela das injunções judiciais e obrigatoriedade das decisões judiciais transitadas.

Assim se responde, pois, rejeitando-a e negando-lhe procedência, à pergunta acima colocada.

14. A decisão de deferimento do pedido c) (iv) tem subjacente a recolha e tratamento, por parte da Apelante, de dados que pela sua antiguidade em boa medida simplesmente já não existem, impondo ainda, em relação àqueles ainda existentes, uma tarefa de impossível concretização, por pressupor a recolha e tratamento do valor de toda e cada uma das dezenas de milhões de dormidas realizadas no indicado período de 7 anos, nos 140 hotéis em causa, cada qual com centenas de quartos, de múltiplas tipologias e comercializados através de inúmeros canais de venda, para determinar qual a mais cara e mais barata e a respetiva média, discriminada por hotel e por tipo de alojamento?

Relevam, quanto a esta pergunta, as afirmações lançadas no quadro da resposta às duas questões anteriores.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Não há qualquer facto provado que sustente o invocado.

Faltam, aliás, a alegação, a prova e o conhecimento anterior.

Trata-se de matéria assente em alegações lançadas para os autos sem suporte, de forma serôdia, destituída de inserção processual e ao arrepio do Direito adjectivo constituído.

Se a Ré MELIA(.) quis invocar factos impeditivos do cumprimento e não o fez assistidos do adequado esforço demonstrativo, nos termos e na sede própria, culpe-se a si própria.

É seguramente improcedente esta parte do recurso.

15. Os contratos em causa na Decisão da Comissão foram celebrados com operadores turísticos, intermediários entre os fornecedores de acomodações e agências de viagens, pelo que o tema dos preços neste contexto é particularmente diluído e totalmente fora da esfera e controlo da Ré, acrescendo que esta informação não se mostra apta, nem muito menos necessária, para definição do âmbito material, geográfico e temporal da infração?

Seria ocioso, logo inútil, logo proscrito à luz do princípio da economia processual, relançar, aqui referências alinhadas nas respostas anteriores relativamente a questão que partilha limitações já apreciadas.

Não há prova que permita o juízo suscitado quanto à diluição do tema dos preços.

Sem conhecimento do conteúdo dos contratos, estar-se-ia a analisar uma ficção.

É decisiva a obtenção de noção do teor dos documentos referidos no ponto ii. da parte dispositiva da sentença recorrida. São eles que fazem a ligação entre a ilicitude e o dano.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Seria condenar a ulterior acção ao insucesso furta do conhecimento do Tribunal que a julgará dados cruciais para a caracterização dos danos e estar-se-ia, pura e simplesmente, a impossibilitar o efeito útil do processo em que se gerou este recurso.

Da mesma forma, a injunção constante do ponto v. da parte dispositiva da sentença é de muito relevo para uma acção futura de ressarcimento de danos, não sendo de admitir (nem vindo provado, como teria que ocorrer) que a MELIA(...) desenvolvendo a actividade comercial que se apura nos autos e sendo esse o seu objecto de negócio, não saiba, afinal, os seus preços finais, mínimos e médios e não conheça sequer, se a sua prática ilícita compensou e quais foram os seus ganhos no âmbito dos contratos celebrados com ilícita circunscrição e encerramento de mercados.

Improcede, claramente, esta vertente da impugnação judicial.

16. A decisão de decretamento do pedido c) (v) assenta num erro de julgamento por parte do Tribunal «a quo» porquanto a informação sobre quotas de mercado, sobretudo dos seus concorrentes, não se encontra sob domínio e controlo da Meliá, podendo ser obtida de empresas especializadas em estudos de mercado ou de fontes públicas, a que a lus Omnibus pode e deve aceder se assim entender sendo que a Apelante não possui estudos de mercado que correspondam ao indicado neste segmento da decisão recorrida, pelo que não tem como cumprir tal ordem?

Repetem-se, nesta questão, alguns aspectos já analisados.

Não há factos a analisar, apenas opiniões e palpites.

O que se ordenou no âmbito do invocado, como se disse, foi a junção de documentos na posse da Ré, não o recurso a empresas especializadas para os obter sendo que nada vem demonstrado sobre qualquer impossibilidade de cumprimento do determinado. Consequentemente, o Tribunal «a quo» não poderia ter tido em consideração prova inexistente não havendo, pois, espaço para reponderar o que não



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

foi avaliado à luz de factos carreados e patenteados pela Demandada como lhe cumpria fazer.

Os factos impeditivos do cumprimento tinham que vir demonstrados pela Ré, sendo seu o ónus de fazer tal prova, como se revelou supra.

Desconhece-se o que seja informação sob domínio ou controlo. A informação ou se tem ou não se tem. Os documentos ou existem ou não existem e esta inexistência sempre poderia e teria que ser revelada em sede instrutória, o que não ocorreu.

O que se impôs que fosse apresentado foi:

vi. Documento(s) na posse da Ré, incluindo estudos de mercado realizados para/adquiridos pela Ré, que incluam ou que permitam calcular as quotas de mercado da Ré e dos seus principais concorrentes (ou suas estimativas), no período entre janeiro de 2014 e o final da vigência de qualquer um dos referidos 4216 contratos de venda de alojamento que se tenha verificado mais tardiamente, em cada Estado-membro da UE;

Nada se colhe dos autos sobre a impossibilidade da respectiva junção, não só não demonstrada como nem sequer credível por não ser concebível que uma empresa com a pretensa dimensão da Recorrente não possua elementos documentais sobre as posições relativas dos seus principais concorrentes num mercado que até quis distorcer em seu favor.

Não procede esta vertente do recurso.

17. A sentença recorrida faz errada interpretação e aplicação dos artigos 7.º, n.º 1, 12.º, n.ºs 2 a 9, 13.º, 14.º e 19.º da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho e 1045.º a 1047.º do CPC?

Os artigos 7.º, n.º 1, 12.º, n.ºs 2 a 9, 13.º, 14.º e 19.º da Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho integram um quadro jurídico já analisado neste recurso.



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA



Não foram cometidos erros de avaliação da força probatória da decisão da Comissão Europeia para os efeitos do disposto no n.º 1 do art. 7.º, já que não se pôs em causa o carácter inilidível da presunção de «*existência, natureza e âmbito material, subjetivo, temporal e territorial*» da infração nela constatada, antes se assentou plenamente na mesma o juízo feito sobre a plausibilidade e demais pressupostos.

Atendeu-se rigorosamente ao que emerge dos arts. 12.º e 13.º, conforme supra-patenteado.

Não tem aplicação ao caso apreciado o estabelecido no art. 14.º, já que não foi ordenada «*a uma autoridade de concorrência*» a apresentação de meios de prova.

Não vem colocada neste recurso questão subsumível ao disposto no art. 19.º, norma relativa à acção popular, não estando materializada razão que justifique a afirmação do seu desrespeito.

Não se divisa nos autos a violação de mecanismo processual compreendido nos artigos 1045.º a 1047.º do Código de Processo Civil.

É flagrantemente negativa a resposta que se impõe dar a esta derradeira questão.

III. DECISÃO

Pelo exposto, julgamos o recurso improcedente e, em consequência, negando-lhe provimento, confirmamos a sentença impugnada.

Custas pela Apelante.

*


Lisboa, 23.10.2023



TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA


Carlos M. G. de Melo Marinho (Relator)


Eleonora M. P. de Almeida Viegas (1.º Adjunta)


Armando M. da Luz Cordeiro (2.º Adjunto)

