

TRABALHO DE GRADUAÇÃO

**DESAFIOS METODOLÓGICOS
NA ANÁLISE ANTITRUSTE DE
PLATAFORMAS MULTILATERAIS:
UMA PERSPECTIVA BRASILEIRA**

RAFAEL TONICELLI DE MELLO QUELHO

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito

TRABALHO DE GRADUAÇÃO

**DESAFIOS METODOLÓGICOS
NA ANÁLISE ANTITRUSTE DE
PLATAFORMAS MULTILATERAIS:
UMA PERSPECTIVA BRASILEIRA**

RAFAEL TONICELLI DE MELLO QUELHO

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação da Profa. Dra. Amanda Athayde Linhares Martins Rivera.

**Brasília
2019**

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito

**DESAFIOS METODOLÓGICOS NA ANÁLISE ANTITRUSTE DE PLATAFORMAS
MULTILATERAIS: UMA PERSPECTIVA BRASILEIRA**

RAFAEL TONICELLI DE MELLO QUELHO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do grau
de bacharel em Direito pela Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília.

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora Amanda Athayde Linhares Martins Rivera (Orientadora)
FD/UnB

Professor Doutor Othon de Azevedo Lopes (Examinador)
FD/UnB

Professor Mestre Carlos Eduardo Elias de Oliveira (Examinador)
IDP

Brasília, 28 de junho de 2019.

Dedicatória

*Dedico este trabalho a minha mãe
Irene e a nonna Augusta (in
memorian).*

AGRADECIMENTOS

Na obra *Law's Empire*, o jusfilósofo Ronald Dworkin compara a construção do Direito à escrita de um romance em cadeia, cuja evolução resulta da contribuição de diversos operadores ao longo do tempo. Nossas vidas também são dotadas do mesmo dinamismo, marcadas por mudanças constantes. Então, por que não compará-las também à escrita de um romance em cadeia? Assim, eu não poderia deixar de agradecer às pessoas responsáveis pela escrita dos melhores capítulos de minha vida: minha família. Agradeço a minha mãe Irene, aos meus irmãos Renata e Renzo, e a Amélie Poulain.

Agradeço à orientadora deste trabalho, Professora Amanda Athayde Linhares Martins Rivera, por seu comprometimento, dedicação e ensinamentos ao longo do curso.

Agradeço aos membros da banca, Professores Othon de Azevedo Lopes, e Carlos Eduardo Elias de Oliveira, pela atenção e disponibilidade.

Agradeço a Deus pela conclusão de mais uma jornada.

RESUMO

Este trabalho se propõe a evidenciar os desafios presentes na análise antitruste de plataformas multilaterais. Para isso, serão estudados três casos submetidos ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), demonstrando-se a metodologia diferenciada utilizada pela autarquia para dirimi-los e a complexidade analítica inerente a firmas desta natureza.

Nestes casos, serão abordadas três classes distintas de plataformas: as emissoras de televisão, que interconectam telespectadores e anunciantes; as *online travel agencies*, que interconectam hóspedes e hotéis; e as empresas de rede de transporte, que interconectam passageiros e motoristas do serviço de transporte individual.

A partir da análise crítica da experiência brasileira com plataformas multilaterais, será argumentada a inviabilidade de adoção das técnicas e experiência adquiridas com a análise antitruste de negócios tradicionais. A tese que se propõe é que plataformas multilaterais possuem peculiaridades que demandam uma análise antitruste diferenciada. Em consequência, condutas consideradas anticompetitivas em mercados unilaterais podem constituir fontes de eficiência e parte essencial da viabilidade econômica das plataformas.

PALAVRAS-CHAVES: Plataformas multilaterais, direito antitruste, efeitos de rede, cenário concorrencial brasileiro.

ABSTRACT

This paper aims to highlight the challenges of the antitrust analysis of multi-sided platforms. To this purpose, three cases submitted to CADE (Administrative Council for Economic Defense) will be studied, demonstrating the differentiated methodology used by the agency to solve them and the analytical complexity inherent to firms of this nature.

In these cases, three different classes of platforms will be addressed: the television stations, which interconnect viewers and advertisers; the online travel agencies, which interconnect guests and hotels; and the transportation network companies, which interconnect passengers and drivers of the personal transportation service.

Based on a critical investigation of the Brazilian experience with multi-sided platforms, it will be argued that it is inadequate to adopt the techniques and experience acquired in the antitrust analysis of traditional businesses. The thesis that is proposed is that multi-sided platforms have peculiarities that require a distinguished antitrust analysis. As a consequence, practices that are considered anti-competitive in conventional one-sided markets can be sources of efficiency and constitute an essential part of the economic viability of the platforms.

KEYWORDS: Multi-sided platforms, antitrust law, network effects, Brazilian competition scenario.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CONTEXTUALIZAÇÃO	1
PROPOSTA DESTE TRABALHO	3
CAPÍTULO 1. PLATAFORMAS MULTILATERAIS	5
1.1. FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DAS PLATAFORMAS MULTILATERAIS	5
1.1.1. Plataformas multilaterais como estruturas redutoras dos custos de transação.	5
1.1.2. Efeitos de Rede.....	7
1.1.3. Estrutura de Preços.....	10
1.2. ASPECTOS CONCORRENCIAIS	12
1.2.1. <i>Tipping Effect</i>	12
1.2.2. Diferenciação entre Plataformas e Fidelização (<i>Multi-homing</i> e <i>Single-Homing</i>)	13
1.3. EXEMPLOS PRÁTICOS EM DEFESA DA CONCORRÊNCIA	15
1.3.1. Caso NaBanco vs VISA	15
1.3.2. Caso Microsoft (<i>European Comission – Case COMP/C-3/37.792</i>)	17
1.3.3. Lições aprendidas a partir dos exemplos.....	20
CAPÍTULO 2. CASO SIMBA	22
2.1. DESCRIÇÃO DO CASO (ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08700.006723/2015-21)	22
2.2. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO	23
2.2.1. Conhecimentos Preliminares.....	23
2.2.2. Voto da Relatora Conselheira Cristiane Alkmin.....	27
2.2.3. Voto-Vista do Conselheiro Alexandre Cordeiro	30
2.3. ANÁLISE DO CASO	34
CAPÍTULO 3. ONLINE TRAVEL AGENCIES	39
3.1. DESCRIÇÃO DO CASO (INQUÉRITO ADMINISTRATIVO Nº 08700.005679/2016-13)	39
3.2. CELEBRAÇÃO DO TERMO DE CESSAÇÃO DE CONDUTA	40
3.2.1. Conjuntura do Mercado de Reservas <i>Online</i>	40
3.2.2. Cláusulas MFN de escopo amplo (<i>wide clauses</i>) vs Cláusulas MFN de escopo reduzido (<i>narrow clauses</i>).....	43
3.2.3. As cláusulas do TCC celebrado no Brasil	46
3.3. ANÁLISE DO CASO	47
CAPÍTULO 4. CASO UBER	53
4.1. DESCRIÇÃO DO CASO (PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO DE INQUÉRITO Nº 08700.008318/2016-29).....	53
4.2. FUNDAMENTOS DA DECISÃO.....	54
4.2.1. Cartel do tipo <i>hub and spoke</i>	54
4.2.2. Influência à Adoção de Conduta Comercial Uniforme	55
4.2.4. Manipulação do Algoritmo por Motoristas	58
4.3. ANÁLISE DO CASO	59
CAPÍTULO 5. CONCLUSÕES	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

INTRODUÇÃO

Neste capítulo, é apresentada uma breve contextualização do problema tratado.

CONTEXTUALIZAÇÃO

Nos últimos anos, intensificaram-se os estudos sobre uma classe de negócios que trouxe consideráveis impactos para a economia global: as **plataformas multilaterais (do inglês, *multi-sided platforms*¹ ou MSPs)**. As plataformas multilaterais podem ser conceituadas como firmas que possibilitam a interação entre diferentes grupos de clientes, ao mesmo tempo em que reconhecem a existência de uma relação de interdependência entre as demandas destes grupos².

Em vários setores econômicos, verifica-se a existência de negócios que prestam serviços para dois ou mais grupos de consumidores que, de alguma forma, necessitam um do outro. Estas plataformas criam valor ao fornecerem um local comum (físico ou virtual) que possibilita as interações entre diferentes grupos de agentes econômicos. Assim, ao permitirem a interconexão e interação entre estes grupos, reduzem os custos de transação envolvidos e viabilizam trocas comerciais que até então poderiam ser inexecutáveis em sua ausência.

Tais plataformas existem há várias décadas. É possível fornecer vários exemplos de negócios consolidados que se enquadram na categoria de MSPs. Empresas de corretagem imobiliária funcionam como plataformas de dois lados que interconectam dois grupos distintos de consumidores: aqueles interessados em adquirir e aqueles interessados em vender imóveis. Casas de leilão intermediam as interações entre compradores e vendedores de segmentos específicos como arte e antiguidade. Por sua vez, os jornais impressos são plataformas que possibilitam a conexão entre seus leitores e anunciantes. Outros exemplos mais recentes incluem: sistemas de busca na Internet, também denominados de *search engines*, (que intermediam *sites* e internautas); consoles de *videogames* (que intermediam

1 . Neste trabalho será utilizado o termo plataforma multilateral (*multisided platform*) para designar a firma fornecedora do serviço, e o termo mercado multilateral (*multisided market*) para designar o mercado no qual opera. As plataformas multilaterais (n lados, com $n > 1$) constituem um gênero do qual as plataformas de dois lados pertencem. Por isso, daremos preferência ao primeiro termo.

2 . Esta definição inspira-se em conceito fornecido pela OECD em manual elaborado sobre o assunto: “*a market in which a firm acts as a platform and sells different products to different groups of consumers, while recognising that the demand from one group of customer depends on the demand from the other group(s)*”. Para maiores informações: OECD. Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms, 2018, p. 12.

desenvolvedores e jogadores); *shopping centers* (que intermediam consumidores e lojistas); cartões de crédito (que intermediam possuidores de cartão e comerciantes); entre vários outros. Apesar de sua longa existência, apenas no início dos anos 2000, estas estruturas de mercado começaram a ser estudadas mais profundamente pelo meio acadêmico. Isso se deve, em grande parte, ao significativo impacto em termos qualitativos e quantitativos trazido por empresas da Era Digital, cuja pletera de produtos e serviços reside na categoria de plataforma multilateral (Google, Facebook, Microsoft, Uber, Airbnb, etc.).

É útil diferenciar as MSPs de outros tipos de negócios, tais como revendedores e plataformas convencionais de produtos/serviços. As plataformas multilaterais atendem a grupos distintos de agentes econômicos com os quais possuem algum vínculo de consumo, funcionando como uma estrutura de interação direta entre estes grupos. Estas características podem ser observadas na **figura 1**.

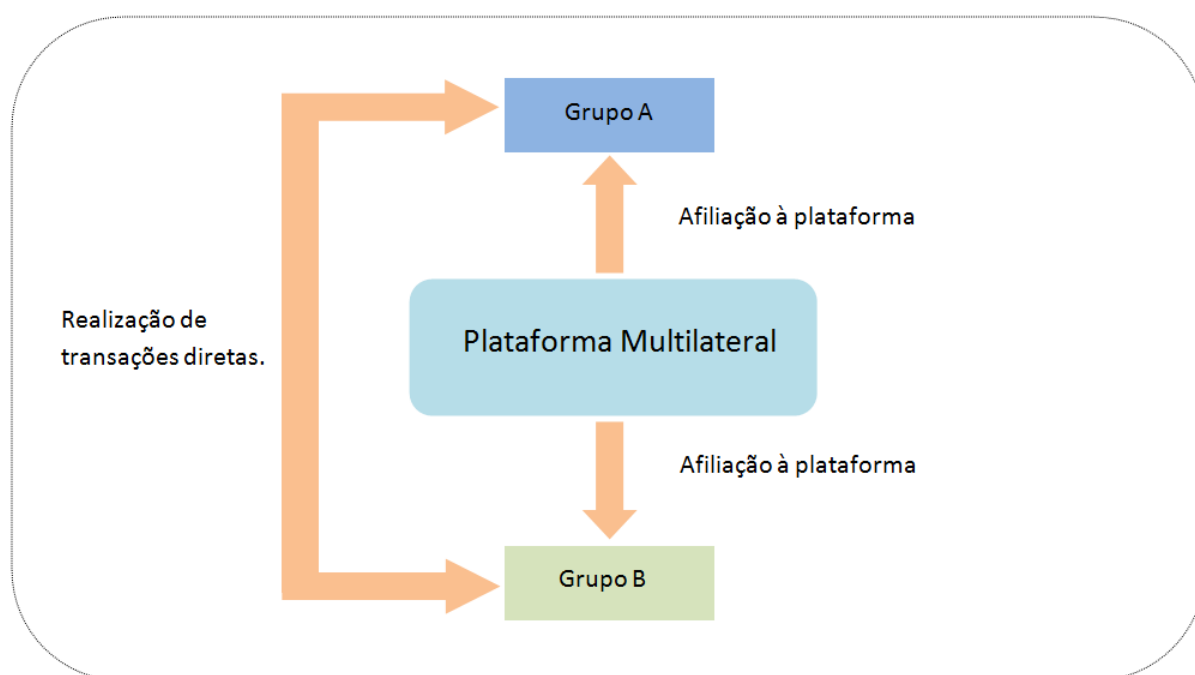


Figura 1: Plataforma multilateral. Os lados **A** e **B** interagem diretamente entre si a partir da infraestrutura (física ou virtual) provida pela plataforma.

Como se evidencia na **figura 2**, a mesma funcionalidade não se observa em estruturas unilaterais. No caso das plataformas produtivas convencionais, há o fornecimento de produtos/serviços específicos a um segmento de clientes, que podem ser ou não os consumidores finais da cadeia produtiva. Por sua vez, revendedores se relacionam com dois grupos de agentes econômicos (fornecedores e consumidores), mas não lhes propicia uma interação direta.

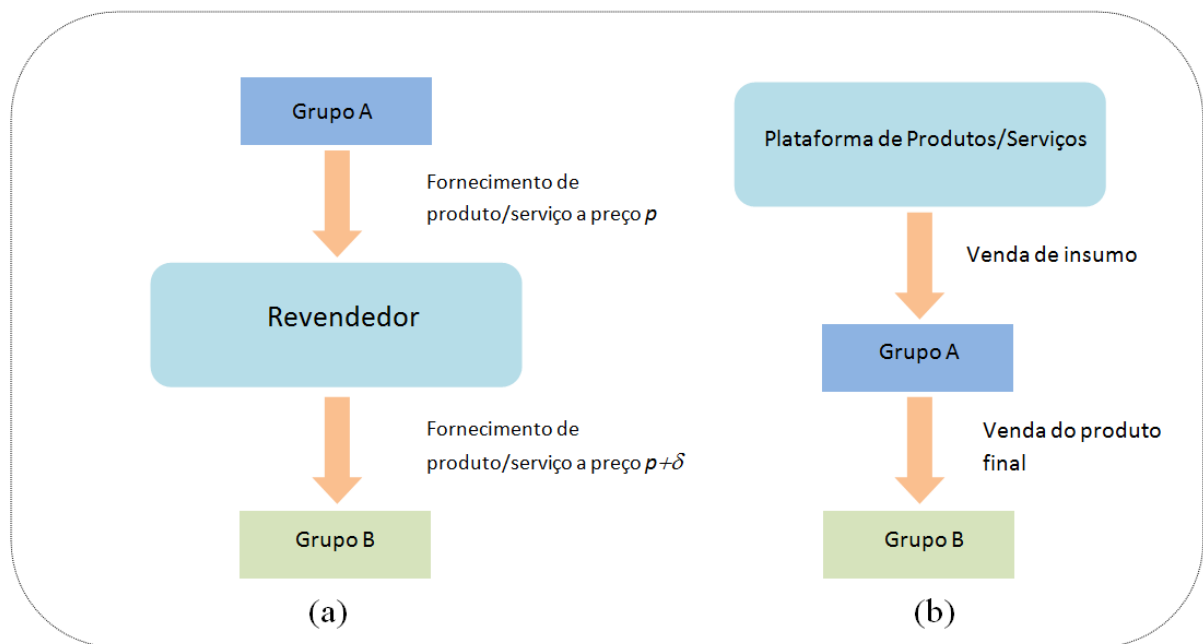


Figura 2: Negócios unilaterais: (a) plataforma de vendas. (b) plataformas convencionais de oferecimento de produtos e/ou serviços.

PROPOSTA DESTE TRABALHO

As plataformas multilaterais possuem características próprias que as diferenciam do paradigma de negócios tradicionais, tais como: os efeitos de rede indiretos; a sua estrutura de preços diferenciada; e o fato de sua atividade finalística se fundamentar na intermediação de transações entre dois ou mais grupos de agentes econômicos. Consequentemente, surge a necessidade de utilização de técnicas de análise antitruste que incorporem estas características distintivas. Com o intuito de demonstrar a necessidade de uma nova abordagem metodológica, serão realizados estudos de caso relativos a três controvérsias recentemente submetidas ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

No **capítulo 1**, são apresentadas noções preliminares sobre o funcionamento destas estruturas de mercado, incluindo-se: seus fundamentos econômicos; aspectos concorrenciais relevantes; e exemplos práticos de precedentes em direito concorrencial, nos quais as MSPs foram o tema de destaque. Serão abordadas três classes distintas de plataformas: no **capítulo 2 (caso Simba)**, serão estudadas as emissoras de TV, que interconectam telespectadores a anunciantes; no **capítulo 3 (caso Booking.com e Expedia)**, as *online travel agencies*, que interconectam hóspedes a clientes; no **capítulo 4 (caso Uber)**,

as empresas de rede de transporte, que interconectam tomadores e prestadores do serviço de transporte individual.

Com base na análise destes casos, será possível constatar as dificuldades enfrentadas pela autoridade brasileira de defesa da concorrência, bem como a necessidade em se evitar intervenções indevidas no domínio econômico que possam colocar em risco as inovações e eficiências propiciadas pelas plataformas.

CAPÍTULO 1. PLATAFORMAS MULTILATERAIS

Este capítulo apresenta uma visão geral da literatura envolvendo plataformas multilaterais (multi-sided platforms). O foco deste capítulo está nos aspectos que diferenciam estas estruturas de mercado de negócios unilaterais, em seus impactos econômicos, e nos desafios trazidos para o direito antitruste.

1.1. FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DAS PLATAFORMAS MULTILATERAIS

Apenas recentemente a comunidade acadêmica passou a dedicar-se ao estudo mais aprofundado das plataformas multilaterais. Desse modo, a literatura da área é relativamente nova, encontrando-se em constante expansão. Como características principais das MSPs, podemos destacar: seu funcionamento como **sistema redutor de custos de transação**; os **efeitos de rede indiretos**; e sua **estrutura de preços diferenciada**.

Nesta seção, estas três características serão detalhadamente descritas.

1.1.1. Plataformas multilaterais como estruturas redutoras dos custos de transação.

Como explicitado, a importância econômica das plataformas multilaterais reside no fato de permitirem a interconexão entre grupos de clientes distintos, reduzindo-se os custos de localização mútua e de interação entre eles. Esta redução de custos pode ser alcançada das mais variadas maneiras. De forma mais específica, os custos envolvidos em uma transação podem ser classificados em **custos de pesquisa** e **custos compartilhados**.

Custos de pesquisa (*search costs*)³: são inerentes à atividade de localizar o melhor parceiro econômico (*trading partner*). São custos enfrentados pelos usuários dos múltiplos lados da plataforma, englobando os esforços empreendidos pelas partes antes da realização da transação propriamente dita. Por exemplo, plataformas de mídia (como jornais impressos e eletrônicos, *websites*, redes sociais, televisão, rádio) reduzem este tipo de custo ao promoverem a formação de uma audiência, a qual é atrativa para anunciantes. Por sua vez, plataformas de negociação e troca (*exchange platforms*) promovem combinações entre

3 . HAGIU, Andrei. Multi-Sided Platforms: From Microfoundations to Design and Expansion Strategies. Working Paper (Harvard Business School), Cambridge, 2006, p. 6.

agentes econômicos com interesses mútuos, o que é observável em bolsas de valores, nas quais há grupos de clientes interessados em vender e adquirir ações, respectivamente.

Custos compartilhados (*shared costs*)⁴: Custos associados à realização da transação propriamente dita. São também denominados “custos de duplicação”. Exemplos clássicos de plataformas que reduzem este tipo de custo são os sistemas de pagamento (cartões de crédito, cheque, PayPal, etc.). Estas firmas fornecem uma complexa infraestrutura distribuída e informatizada que facilita as transações entre comerciantes e consumidores. Outro exemplo são os consoles de *videogame* que realizam a intermediação entre desenvolvedores de jogos e usuários finais. Seria ineficiente se cada desenvolvedor de jogo tivesse que colocar no mercado seu próprio console de *videogame* para disponibilizar seus jogos ao público. Fabricantes de *videogames* (como Microsoft e Sony) fornecem uma plataforma de *hardware/software* para a qual os desenvolvedores deverão direcionar seus esforços de compatibilidade. Logo, para atender a um amplo público de pessoas, basta às empresas de jogos eletrônicos desenvolverem produtos compatíveis com determinado console.

Conforme constatam Rochet e Tirole⁵, em mercados dominados por plataformas multilaterais, a relação entre os usuários finais caracteriza-se pela existência de externalidades residuais e custos que não podem ser, por eles próprios, eliminados. Emerge desta constatação que os cenários nos quais se destacam as plataformas são aqueles nos quais o Teorema de Coase⁶ não se demonstra aplicável. Em termos práticos, isso significa que é mais vantajoso às partes aderirem aos serviços prestados pela plataforma ao invés de ingressarem em transações diretas por conta própria. Ademais esta característica seria uma condição necessária, mas não suficiente para a caracterização de uma plataforma como multilateral. Nas palavras dos pesquisadores franceses:

A necessary (but insufficient) condition for a market to be two-sided is that the Coase theorem does not apply to the transaction between the two sides. That is, the relationship between end-users must be fraught with residual externalities. Factors conducive to two-sidedness include transaction costs among end-users and platform-imposed constraints on pricing between end-users. By contrast the usage price

4 . Idem, p. 7.

5 . ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-Sided Markets: An Overview. IDEI working paper. Toulouse, 2004.

6 . De forma sucinta, segundo o Teorema de Coase, em um cenário no qual os custos de transação forem suficientemente baixos e os direitos de propriedade forem bem definidos, a solução de uma barganha (negociação) entre as partes será pareto-ótima independentemente da alocação inicial de recursos. Implica-se que, em uma transação econômica na presença de externalidades, a solução privada encontrada pelas partes será ótima, sem a necessidade de intervenção de agentes externos. Para maiores informações: COASE, Ronald . The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, The University of Chicago Press, Vol. 3 (Oct., 1960).

structure is neutral under monopoly price setting or bargaining under asymmetric information.⁷

As plataformas multilaterais surgem em situações nas quais a configuração do mercado e os custos de transação envolvidos tornam demasiadamente onerosa a resolução direta das externalidades pelos próprios agentes econômicos⁸. São soluções tecnológicas providas pelo mercado com a finalidade de viabilizar transações econômicas neste tipo de situação. Os recentes avanços em tecnologia da informação e comunicação propiciaram novas formas em se promover esta interação entre agentes econômicos, o que resultou na expansão das plataformas multilaterais, tornando-as protagonistas da nova economia.

Portanto, podemos pensar as plataformas multilaterais como estruturas de mercado que propiciam a resolução das externalidades existentes de uma forma que minimize os custos de transação⁹.

1.1.2.. Efeitos de Rede

As plataformas multilaterais se inserem como elementos de grande relevância no cenário denominado por especialistas de **Economia de Rede**¹⁰. O termo “rede” descreve uma estrutura composta por “nós” e “enlaces” complementarmente relacionados. A diversificação das possibilidades de interação, propiciada pelas rápidas transformações tecnológicas, possibilitou o surgimento e fortalecimento dos mercados baseados em redes, nos quais dois ou mais componentes de rede são requeridos para a entrega de determinado bem ou serviço. A característica essencial de mercados dessa natureza reside no fato de haver um aumento no valor dos produtos e serviços fornecidos a partir do aumento no número de usuários, algo conhecido como **efeito de rede** (*network effect*). Isto é, o valor dos produtos/serviços ofertados pela estrutura de rede cresce à medida que há um acréscimo no seu número de componentes (enlaces e nós). Em termos de teoria econômica, os efeitos de rede são classificados como **externalidades**. Geralmente, uma externalidade ocorre quando ações ou decisões de um protagonista não afetam somente seu próprio lucro e utilidade, mas também o

7 . ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean, 2004, *op. cit.*, p. 40.

8 . EVANS, D.S. e SCHMALENSEE, R.. The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms. *Competition Policy International* 3, no. 1 (Spring 2007), p. 5.

9 . Idem, p. 5.

10 . ECONOMIDES, Nicholas. The Economics of Networks. *International Journal on Industrial Organization*. Vol. 14, 1996, p. 673.

lucro e utilidade auferidos por uma terceira parte. Os efeitos de rede podem ser classificados em **diretos** ou **indiretos**.

Os **efeitos de rede diretos**¹¹ consistem no aumento de utilidade resultante do acréscimo de interconexões. Isto ocorre quando há um aumento do número de usuários. As redes telefônicas ilustram este tipo de situação: quanto mais pessoas possuem telefone, maior será o valor intrínseco associado ao produto pelo usuário final, uma vez que poderá se comunicar com um maior número de pessoas. Em termos de uma plataforma multilateral, os clientes de determinado lado da plataforma se beneficiam da adesão de mais membros ao mesmo lado da plataforma.

Os **efeitos de rede indiretos**¹² ocorrem quando os membros de determinado lado da plataforma se beneficiam indiretamente da adesão de mais membros ao outro lado da plataforma. Por exemplo, quanto maior o número de usuários de determinado console de *videogame*, maior será o interesse de desenvolvedores de jogos eletrônicos, e assim maior será o número de jogos desenvolvidos para a referida plataforma. Em outras palavras, a utilidade e lucro auferidos pelos agentes integrantes de um grupo dependem do número de agentes integrantes do outro grupo.

Realizada esta distinção, deve-se destacar que os efeitos de rede indiretos se apresentam como um dos principais e mais instigantes traços das plataformas multilaterais. Os ambientes nos quais as plataformas são bem-sucedidas são aqueles nos quais os agentes econômicos interessados em transacionar são incapazes de internalizar os efeitos de rede por si próprios e, para isso, necessitam dos serviços de intermediação prestados pela plataforma. Dessa forma, importantes implicações são trazidas para a análise deste tipo de estrutura de mercado. Tradicionalmente, em mercados convencionais, a demanda é vista como uma função do preço do produto e de seus complementos e substitutos. No caso das plataformas multilaterais, devido à interdependência e complementaridade existente entre os grupos de consumidores, esta abordagem simplista se torna inviável, como esclarecem Evans e Schmalensee:

The presence of these indirect network externalities has an important implication for economic analysis of multi-sided platforms. For traditional one-sided industries economists ordinarily assume that demand depends on the price of the product as well as the prices of complements and substitutes. For multi-sided platforms the demand by one group of economic agents also depends on the number (or other measures of the size and quality) of each of the other groups of economic agents that

11 . ECONOMIDES, Nicholas, *op. cit.*, p. 679.

12 . Idem, p. 679.

the platform serves. Loosely speaking, the sides are complements in demand. Failure to account for these demand interdependencies in an economic model renders the results of that model suspect if not completely unreliable when such interdependencies are important.¹³

Os efeitos de rede indiretos tornam necessário à plataforma angariar clientes para cada um de seus lados de modo a formar uma base mínima que permita o seu crescimento (**problema de formação de massa crítica**). Em outras palavras, é necessário à plataforma agregar um número suficiente de usuários em cada um de seus lados com a finalidade de gerar valor para seus vários grupos de consumidores¹⁴. Em consequência, neste tipo de negócio, surge a complexa tarefa de atrair os diferentes grupos de clientes simultaneamente. Neste contexto, Evans e Schmalensee¹⁵ trazem o interessante exemplo do aplicativo (App) de reserva em restaurantes OpenTable. A utilidade dos serviços prestados pela empresa depende da existência de uma base de usuários composta por consumidores e restaurantes. Para tanto, iniciou suas atividades como um *software* de gerenciamento de mesas ofertado ao grupo constituído por restaurantes. Ou seja, o OpenTable resolveu o problema de formação de massa crítica, iniciando-se como uma um negócio unilateral. Ao atingir uma massa crítica de restaurantes passou a disponibilizar gratuitamente às pessoas o serviço de reserva de mesas. A consolidação de uma base de restaurantes tornou o App atrativo aos consumidores do serviço de alimentação. Sem esta base de restaurantes seria inexecutável a conversão do aplicativo OpenTable em uma plataforma de dois lados. Desse modo, em relação ao aplicativo, verifica-se o seguinte efeito de rede indireto: quanto maior o número de restaurantes participantes, maior será seu valor para os clientes do ramo de alimentação.

Adicionalmente, deve-se frisar que, no modelo de negócio atualmente adotado pelo App OpenTable, os restaurantes inscritos no sistema devem pagar uma licença de uso do *software* e uma taxa para cada mesa reservada, enquanto que os consumidores se encontram livres de custo. Assim, a rentabilidade da plataforma advém da cobrança de somente um dos lados da plataforma, o que evidencia outra característica *sui generis* de firmas dessa espécie: uma **estruturação de preços assimétrica**, algo que será discutido na próxima seção deste capítulo.

13 . EVANS, D.S. e SCHMALENSEEE, R.. The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses. Coase-Sandor Institute for Law & Economics, Working Paper N° 623, 2012, p. 9.

14 . SHAPIRO, C e VARIAN, H.R.. Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy, Harvard, Harvard Business Press, 1999, p. 14.

15 . EVANS, D.S. e SCHMALENSEEE, R., 2012, *op. cit.*, p. 5.

Conforme explicitado em manual da OECD ¹⁶ sobre o assunto, além do problema de massa crítica, outra questão de grande relevância emerge: a existência de **laços de realimentação (*feedback loops*)**, que podem dificultar a predição das consequências das ações realizadas pelas plataformas, tornando a análise antitruste mais complexa. De acordo com o referido relatório, na presença de fortes efeitos de rede indiretos em mais de um dos lados da MSP, poderá haver uma intensificação dos resultados produzidos pela ação da plataforma. Suponha uma plataforma de mídia de três lados que agregue: usuários, provedores de conteúdo e anunciantes. Suponha que esta plataforma decida aumentar o preço cobrado de seus usuários. Consequentemente, diminui-se o número de usuários e, por conseguinte, o valor que a plataforma possui para os anunciantes. Logo, os anunciantes estarão dispostos a pagar um preço menor pela disponibilização de propaganda e provedores de conteúdo receberão menos pela visualização de seus produtos. Assim, haverá uma redução da qualidade do conteúdo e, novamente, do número de usuários da plataforma. Observa-se que, nesse caso, um aumento de preço propiciou a manifestação de uma reação em cadeia que não ocorreria em mercados convencionais de um lado. Demonstra-se com isso que os efeitos de rede indiretos tornam a adequação entre preço e demanda uma questão extremamente delicada para as plataformas multilaterais.

1.1.3. Estrutura de Preços

A presença dos efeitos de rede indiretos nas plataformas multilaterais conduz a uma estrutura de preços diferenciada. É comum que as seguintes práticas sejam adotadas: **precificação assimétrica** e cobrança de **preços abaixo do custo marginal**.

Precificação assimétrica: uma vez que são ofertados produtos/serviços distintos a diferentes grupos de consumidores em cada lado da plataforma, é usual que se adote uma estrutura de preços assimétrica. De forma mais específica, a precificação assimétrica poderá estar relacionada às adequações de demanda e aos padrões de consumo distintos nos lados da plataforma.

Preços abaixo do custo marginal: é possível que uma plataforma cobre preços iguais ou inferiores ao custo marginal¹⁷ para determinado grupo. Inclusive, há diversas

16 . OECD, *op. cit.*, p.13.

17 . O custo marginal consiste na modificação do custo total de produção resultante da variação em uma unidade da quantidade produzida.

plataformas, principalmente na economia digital, que prestam serviços a preço zero para alguns de seus grupos consumidores, como é o caso das redes sociais.

Como explicitado na seção anterior, as plataformas devem lidar com o problema de se tornarem atrativas a dois ou mais grupos de consumidores. Neste sentido, o estabelecimento da estrutura de preços pode ser utilizado com a finalidade de expansão e formação da massa crítica de clientes. É usual que determinada plataforma cobre preço zero de um de seus grupos de consumidores, enquanto cobre valores mais elevados de outro grupo. Este comportamento pode ser verificado em plataformas mais antigas, como a televisão aberta (*broadcast television*), ou mais recentes, como empresas de vídeo sob demanda das quais é exemplo o YouTube. Nestas plataformas, os consumidores de conteúdo não são cobrados, enquanto que os anunciantes respondem pela maior parte da receita destas empresas. Depreende-se desta observação que o método de precificação escolhido pela MSP apresenta-se como uma das questões primordiais para sua estratégia de negócios.

Da análise precedente, podem ser obtidas importantes conclusões. Uma primeira conclusão reside no fato de que os preços cobrados nos diferentes lados da plataforma não refletem os custos reais de oferecimento do serviço. Outra conclusão se refere ao fato de que o estabelecimento de um preço abaixo do custo marginal para determinado grupo não indica, *a priori*, uma prática anticompetitiva¹⁸.

Ao realizarem uma digressão sobre os estudos desenvolvidos sobre a estrutura de preços de mercados dessa natureza, Evans e Schmalensee¹⁹ identificam três resultados robustos:

- O valor de preço ótimo depende da sensibilidade da demanda a variações de preço em cada um dos lados da plataforma, da natureza e intensidade dos efeitos de rede indiretos, e dos custos marginais resultantes da mudança de produção em cada lado.
- O preço não predatório capaz de maximizar lucros poderá ser abaixo do custo marginal ou até mesmo negativo (situação na qual são oferecidos incentivos aos clientes)²⁰.
- A relação entre preço e custo é complexa e, por conseguinte, as fórmulas clássicas e simples existentes para mercados de um lado não se aplicam.

18 . Para fins de exemplificação, em mercados convencionais de um lado, é comum a prática anticompetitiva denominada de *dumping*, na qual uma firma cobra valores excessivamente baixos em seus produtos como forma de eliminar concorrentes.

19 . EVANS D.S., SCHMALENSEE, R., 2007, *op. cit.*, p. 11.

20 . Plataformas digitais como Uber, Uber Eats, Rappi são conhecidas por oferecer brindes, descontos e outros tipos de incentivos aos consumidores.

Além disso, deve-se ressaltar que, dependendo da plataforma, é possível a configuração de dois tipos distintos de preço²¹: **taxas de acesso**, referentes à adesão à plataforma, sendo geralmente cobradas uma única vez ou por período de tempo determinado; e **taxas de uso**, que incidem sobre a utilização dos serviços da plataforma, geralmente cobradas por transação. As taxas de acesso influenciariam de forma preponderante o volume de clientes que se juntam à plataforma, enquanto que as taxas de uso influenciariam o volume de transações. A forma de cobrança dependerá das particularidades do mercado e da estratégia seguida pela plataforma. Empresas de cartão de crédito cobram de seus clientes uma taxa de acesso que seria a anuidade do cartão, deixando seus clientes livres de taxas de uso. Inclusive, a utilização dos cartões é incentivada por meio de programas de pontos como mecanismo de aumento do volume de transações e, nesse sentido, poderia se falar em uma taxa de uso negativa. Empresas de sistemas operacionais (como a Microsoft) cobram taxas de acesso de seus usuários finais (as denominadas licenças de *software*), enquanto deixam livres de cobrança os desenvolvedores de aplicação, haja vista que a oferta de aplicativos constitui um fator de grande atratividade à formação da base de usuários.

1.2. ASPECTOS CONCORRENCIAIS

Em razão de sua estrutura *sui generis*, as plataformas multilaterais ensejam algumas preocupações concorrenciais diferenciadas. Nesta seção, são descritos sucintamente dois aspectos que serão úteis no decorrer desta monografia: o denominado *tipping effect*, que pode ser descrito como uma tendência à formação de monopólios em alguns mercados dominados por MSPs; e a importância de verificação do grau de **fidelidade** dos clientes em relação à plataforma em estudo.

1.2.1. *Tipping Effect*

O estabelecimento de monopólios reflete uma situação de competição imperfeita e constitui uma das preocupações do direito antitruste. Uma questão que surge como de fundamental importância é a influência dos efeitos de rede indiretos na constituição de monopólios em mercados nos quais as MSPs possuem destaque.

21 . EVANS D.S., SCHMALENSEE, R., 2007, *op. cit.*, p. 11.

Suponha uma plataforma de dois lados. À medida que há um número crescente de usuários em um de seus lados, também haverá um aumento do número de usuários do outro lado, uma vez que a plataforma se tornará mais atrativa. Dessa forma, poderá ser desencadeado um efeito cascata que repercutirá em um crescimento contínuo do número de usuários em ambos os lados. Eventualmente, o número de usuários da plataforma poderá alcançar um determinado valor (denominado de *tipping point*) a partir do qual a competição efetiva não poderá ser restabelecida, formando-se um monopólio.

Além dos efeitos de rede indiretos, outro fator contributivo para o fenômeno é o fato de que muitas MSPs caracterizam-se pela **economia de escala**²². Isto é, um aumento no número de usuários não se reflete em um aumento substancial dos custos de manutenção de infraestrutura e de fornecimento do serviço. Em outras palavras, a economia de escala se refere a uma expansão dos serviços e da base de usuários a um custo reduzido. Por exemplo, uma empresa desenvolvedora de sistemas operacionais gasta significativos recursos no desenvolvimento do *software*. No entanto, os custos de distribuição e logística são reduzidos. Como resultado, à medida que seu número de usuários cresce, os custos associados sofrerão um aumento, mas não em uma proporção que inviabilize o crescimento da empresa.

1.2.2. Diferenciação entre Plataformas e Fidelização (*Multi-homing* e *Single-Homing*)

A diferenciação constitui um fator primordial na criação de competição entre plataformas multilaterais. Existem duas formas de diferenciação: a **vertical** e a **horizontal**.

A **diferenciação vertical** consiste no oferecimento de produtos e serviços em níveis distintos de qualidade. Neste sentido, a demanda é uma função da renda dos potenciais consumidores e de sua disposição em pagar pelo elemento qualidade. Como exemplo clássico, citam-se os *shopping centers* que existem em diversos níveis, desde os *shoppings* populares até aqueles dirigidos ao mercado de luxo.

A **diferenciação horizontal** consiste na diferenciação a partir da inserção de novas características ao produto, tais como funcionalidades complementares e preços diferenciados. A inserção de características que tornem o produto mais atrativo a segmentos específicos também se enquadra como diferenciação horizontal. Neste contexto, existem revistas e *sites* dirigidos a públicos específicos: pesca, esportes, economia, entretenimento,

22 . EVANS D.S. e SCHMALENSEE, R., 2007, *op. cit.*, p. 15.

etc. A diferenciação de assuntos permite um *marketing* melhor direcionado para os anunciantes.

Em empresas de lado único, as diferenciações horizontal e vertical determinam o potencial mercado consumidor da firma, auxiliando na definição de preços. Para MSPs, a questão se torna mais complexa: a diferenciação vertical e horizontal em um lado da plataforma poderá afetar a demanda de outro de seus lados. Para fins ilustrativos sobre a interdependência inerente aos lados de uma MSP, suponha um *shopping center* que decida abrigar somente lojas de luxo. Como resultado, o outro lado da plataforma (grupo de potenciais consumidores) estará restrito às pessoas de elevado poder aquisitivo.

Pelos motivos explicitados, uma MSP deve realizar decisões sobre o *design* dos produtos/serviços ofertados de forma conjunta, considerando-se a influência destas decisões para as demandas em todos os lados da plataforma. Deve-se atentar que até mesmo a definição de mercado consumidor em um dos lados da plataforma é capaz de funcionar como uma diferenciação vertical e/ou horizontal²³.

A diferenciação horizontal de produtos/serviços pode fazer com que clientes se sintam atraídos por mais de uma plataforma. Aliando-se a esta característica baixos custos de adesão, poderá haver mercados nos quais os clientes farão uso de mais de uma plataforma. A este fenômeno atribui-se a denominação de *multi-homing*. Emissoras de televisão são *multi-home* em relação aos seus dois grupos de clientes: telespectadores e anunciantes. O mesmo fenômeno se verifica em relação aos cartões de crédito, os quais são *multi-home* em ambos os lados: consumidores e comerciantes. A situação contrária seria aquela em que o cliente utiliza os serviços de apenas uma única MSP, ao que denominamos de *single-homing*. A opção de um cliente em permanecer em apenas uma plataforma pode estar ligada a altos custos de adesão ou a uma alta taxa de fidelização do negócio.

Rochet e Tirole²⁴ concluem que a propensão dos consumidores em utilizar uma única (*single-homing*) ou diversas (*multi-homing*) plataformas constitui um dos aspectos competitivos mais relevantes.

Um dos problemas concorrenciais que podem surgir são os gargalos competitivos (*competitive bottlenecks*)²⁵. Este problema ocorre quando há comportamento *single-home* em

23 . EVANS D.S., SCHMALENSEE, R.. Multi-sided Platforms. In: Palgrave Macmillan (eds) The New Palgrave Dictionary of Economics. Palgrave Macmillan, London, 2017, p. 6. Disponível em: https://link.springer.com/content/pdf/10.1057%2F978-1-349-95121-5_3069-1.pdf

24 . ROCHET, J.-C.; TIROLE, J.. Platform competition in two-sided markets. Journal of the European Economic Association 1: 990–1029, 2003, p. 993.

25 . ARMSTRONG, M.. Competition in Two-Sided Markets. RAND Journal of Economics 37, 2006, pp. 677-678.

um lado e *multi-home* em outro lado. Para ilustrar este problema, suponha uma plataforma de dois lados que atenda aos grupos **A** e **B**. Se no lado **A**, os usuários participarem de uma única plataforma (comportamento *single-home*), os usuários do lado **B** apenas conseguirão acessá-los por meio daquela mesma plataforma. Consequentemente, haveria, entre as MSPs, uma competição mais intensa pelos usuários *single-home*, que pagariam preços menores, enquanto que os usuários *multi-home* responderiam pelos preços maiores. No entanto, como acentuam Evans e Schmalensee, ainda não se sabe sobre a robustez deste resultado e como ele interage com outros aspectos competitivos²⁶. Os autores citam o exemplo dos sistemas operacionais, no qual os usuários finais (*single-home*) pagam pela licença de *software*, enquanto que os desenvolvedores de aplicação (*multi-home*) são subsidiados.

1.3. EXEMPLOS PRÁTICOS EM DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Para ilustrar as nuances demandadas pela análise antitruste envolvendo plataformas multilaterais, são descritos sucintamente dois casos de grande relevância histórica e prática envolvendo estas formas de organização mercadológica: o caso NaBanco vs Visa decidido pela *U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit*, e o caso Microsoft (*European Commission – Case COMP/C-3/37.792*) decidido pela *European Commission* na esfera administrativa e depois confirmado na esfera judicial pela *European Court of First Instance*.

1.3.1. Caso NaBanco vs VISA

O caso NaBanco vs Visa julgado em 1986 pela *U.S. Court of Appeals for the Eleventh Circuit*²⁷ é reconhecido como um caso paradigmático no direito antitruste norte-americano. Em uma época que antecede em duas décadas o surgimento dos termos “*two-sided*” e “*multi-sided platforms*”, este caso foi precursor em reconhecer as peculiaridades desta classe de negócios.

A empresa VISA estabeleceu uma cobrança denominada **taxa de intercâmbio** (*interchange fee*). Esta taxa consistiria em um valor a ser pago pelo banco do comerciante ao

26 . EVANS D.S., SCHMALENSSEE, R., 2017, *op. cit.*, p. 7.

27 . ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. National Bancard Corp. (NaBanco) v. VISA USA, Inc., 779 F.2d 592, 602 (Eleventh Circuit), 1986.

banco emissor do cartão de crédito como resultado da realização de uma transação. Para entender melhor, suponha a seguinte situação hipotética. Um cliente, usuário do cartão de crédito emitido por um banco **A**, adquire produtos de um comerciante, correntista do banco **B**. Como resultado da transação, o banco **B** deverá realizar o pagamento da taxa de intercâmbio ao banco **A**. Um diagrama simplificado deste fluxo monetário é exibido na **figura 3**.

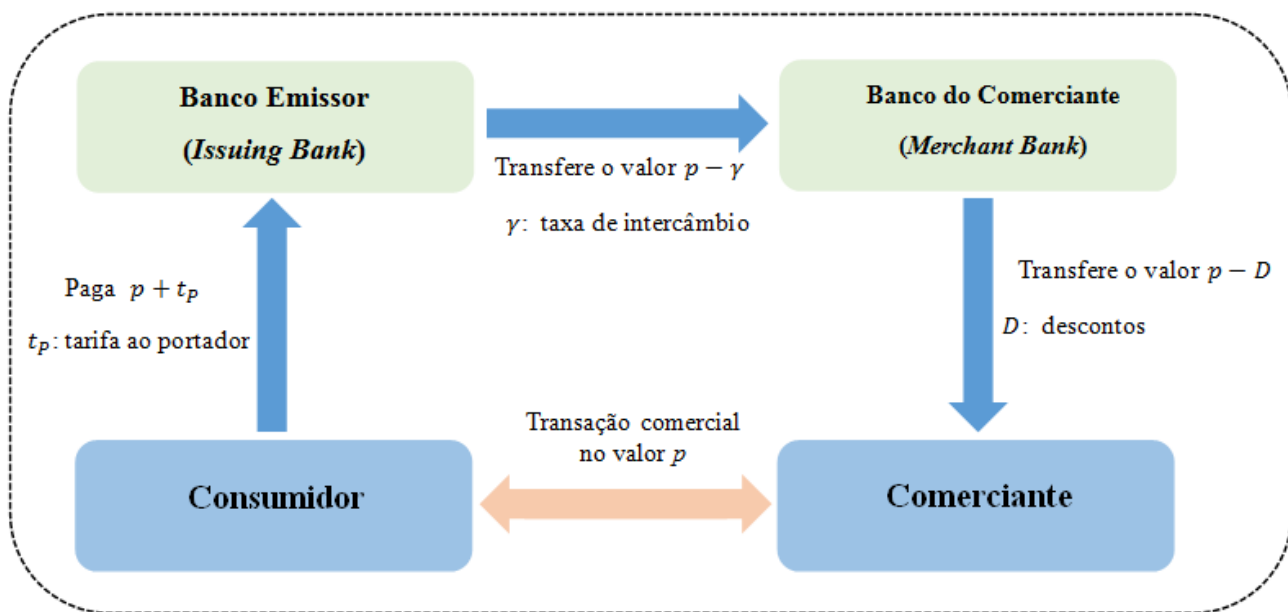


Figura 3: Diagrama simplificado ilustrando o fluxo monetário envolvido em uma transação de cartão de crédito.

Conforme se verifica na **figura 3**, em termos práticos, o banco **A** (banco emissor) repassará ao banco **B** (banco do comerciante) o valor monetário $p - \gamma$, em que p é o preço do produto e γ a taxa de intercâmbio cobrada. Na figura, não estão representadas as bandeiras de cartão de crédito e as credenciadoras, as quais se remuneram por meio de taxas cobradas dos bancos participantes.

Segundo a prática da bandeira de cartões de crédito VISA, a taxa de intercâmbio (que consiste em uma pequena porcentagem do valor transacionado) era **unificada entre todos os bancos** e representaria uma alocação dos lucros e riscos associados à transação.

A instituição bancária NaBanco argumentou que a referida unificação da taxa constituiria prática anticompetitiva com base na Seção 1 do *Sherman Act*. De acordo com a empresa, seria um caso de preço coletivamente estabelecido entre competidores. Em outras palavras, um clássico cartel de fixação de preços.

Em síntese, os principais argumentos da VISA foram os seguintes: a taxa representaria um mecanismo de alocação de custos/riscos entre as instituições bancárias

envolvidas na transação; o estabelecimento de uma taxa fixa e unificada seria capaz de eliminar comportamentos individuais oportunistas, além de evitar uma situação de desordem que poderia advir de várias negociações bilaterais entre os bancos.

A Corte rejeitou a declaração de prática anticoncorrencial que seria fundada na ilegalidade *per se* e, com base na regra da razão, acatou os argumentos da VISA, decidindo pela legitimidade da taxa de intercâmbio unificada. Os principais fundamentos da decisão foram: seria um mecanismo legítimo de alocação custos e riscos; não haveria método menos restritivo para alcançar tal finalidade; o impacto da taxa seria pequeno, uma vez que o mercado de arranjos de pagamento seria bastante diversificado.

Sob o ponto de vista das plataformas, o estabelecimento de uma taxa de intercâmbio fixa e limitada possui o condão de trazer maior estabilidade às instituições bancárias, pois cria uma expectativa segura em relação às cobranças realizadas pelos bancos emissores de cartão de crédito. Em consequência, bancos e comerciantes lidam com valores economicamente previsíveis, permitindo-se uma alocação adequada de riscos. Este fator aumenta a aceitação de cartões de crédito pelos comerciantes, o que aumenta o valor deste sistema de pagamento entre consumidores e os encoraja a utilizar mais os cartões. O resultado do estabelecimento da taxa de intercâmbio seria um laço de realimentação (*feedback loop*) tendente a aumentar o volume de transações.

A interdependência entre os vários agentes econômicos envolvidos (bancos, consumidores e comerciantes) torna complexo o ambiente de operação de cartões de crédito. A fixação da taxa de intercâmbio não pode ser vista como um cartel de preços, mas como um mecanismo apto a propiciar a estabilidade necessária à expansão desse sistema de pagamento.

1.3.2. Caso Microsoft (*European Commission – Case COMP/C-3/37.792*)

Antes de adentrarmos na análise do caso, é útil realizar breves considerações sobre este tipo de mercado. Fornecedores de sistemas operacionais proveem uma plataforma de *software* que interconecta três grupos de agentes distintos: desenvolvedores de aplicativos, usuários finais de computação, e fabricantes de *hardware*. Usuários finais se beneficiam da oferta de aplicativos disponíveis para a plataforma de sistema operacional, enquanto que desenvolvedores de aplicativos se beneficiam de um elevado número de usuários do sistema em questão. Ao contrário de outras plataformas da economia digital que oferecem custo zero ao lado constituído por usuários finais, a indústria de sistemas operacionais funciona de modo

distinto: a maior fonte de faturamento se encontra nos pacotes de licença cobrados dos usuários finais.

Ademais, fornecedores de sistemas operacionais disponibilizam aos desenvolvedores de aplicativos funcionalidades pré-programadas denominadas APIs (*application programming interfaces*). Estas APIs implementam tarefas comuns aos vários aplicativos, de modo a possibilitar a redução dos custos de desenvolvimento e a otimização do uso de *hardware* do usuário.

O caso COMP/C-3/37.792, instaurado na Comissão Europeia (*European Commission*), tratou sobre duas condutas praticadas pela Microsoft: (1) o não fornecimento de informações necessárias que permitissem a interoperabilidade do sistema Windows com sistemas desenvolvidos por firmas rivais; e (2) possível prática de venda casada (*tying*), ao fornecer o software Windows Media Player (WMP) já instalado ao sistema operacional Windows. Para o escopo deste trabalho, analisaremos apenas a segunda conduta, uma vez que a primeira conduta se refere ao assunto *refusal to supply*, não tratado por esta monografia.

A Comissão considerou que a conduta da Microsoft em não oferecer a aquisição do Windows sem o WMP violava o art. 82 do Tratado da Comunidade Europeia²⁸, classificando-a como abuso de posição dominante. Como remédios, a Comissão determinou que:

- A Microsoft deveria fornecer uma versão alternativa do sistema operacional Windows que não contivesse o WMP pré-instalado²⁹.
- A versão de Windows sem WMP deveria possuir o mesmo desempenho da versão que contem o aplicativo³⁰.
- A Microsoft não poderia adotar condutas equivalentes à venda casada, dentre as quais: cobrar mais caro pela versão de Windows sem WMP;

28 . Após emendas, trata-se atualmente do art. 102 do Tratado, reproduzido abaixo.

Artigo 102. É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;
b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

29 . EUROPEAN COMMISSION. Decision on Case COMP/C-3/37.792, 24/03/2004, parágrafo 1.011.

30 . Idem, parágrafo 1.012.

inserir o WMP como brinde em outros pacotes de *software* (ex: Office); prejudicar o desempenho de *media players* de empresas rivais³¹.

A investigação da Comissão Europeia perdurou de 1998 a 2004 e, como observam Ahlborn e Evans³², trata-se de período caracterizado pela expansão da banda larga e dos serviços de *streaming* de mídia, o que ensejou o temor pelo órgão europeu de defesa da concorrência sobre a ocorrência de um possível *tipping effect* envolvendo o produto da Microsoft.

Além da existência de efeitos de rede indiretos associados ao mercado, este temor se justificaria na posição dominante exercida pela Microsoft e na consequente facilidade de distribuição de aplicativos atrelados aos seus sistemas operacionais, conforme se lê dos seguintes trechos da decisão:

This mechanism, which can be formalised in terms of indirect network effects, more generally applies to platform software, that is to say, software that exhibits APIs that can be used by applications. [Independent Software Vendors] ISVs will develop to the platform that enables them to reach the highest possible number of users. The higher the number of users of a given platform, the greater the number of [Independent Software Vendors] ISVs that write to that platform. In turn there will be a greater number of applications available for the platform, and the utility derived by computer users who deploy this platform will be higher.³³

In particular, it will be shown that inasmuch as tying risks foreclosing competitors, it is immaterial that consumers are not forced to “purchase” or “use” WMP. As long as consumers “automatically” obtain WMP - even if for free - alternative suppliers are at a competitive disadvantage. This is because no other media player vendor can guarantee content and software developers similar platform ubiquity. Content providers and software developers who know that WMP is present on all Windows client PCs (more than 90% of the market) will provide Microsoft with a competitive advantage by developing content and applications primarily to WMP.³⁴

Por fim, a Comissão Europeia conclui que a prática adotada pela Microsoft teria a capacidade de tornar o WMP o aplicativo de mídia de escolha da ampla maioria de seus clientes, o que repercutiria no fechamento do mercado para outros rivais:

In a nutshell, tying WMP with the dominant Windows makes WMP the platform of choice for complementary content and applications which in turn risks foreclosing competition in the market for media players. This has spillover effects on competition in related products such as media encoding and management software

31 . EUROPEAN COMMISSION, *op. cit.*, parágrafo 1.013.

32 . AHLBORN, Christian; EVANS, David S.. The Microsoft Judgment and its Implications for Competition Policy Towards Dominant Firms in Europe (April 1, 2008). *Antitrust Law Journal*, Vol. 75, No. 3, 2009, p. 4.

33 . EUROPEAN COMMISSION, *op. cit.*, parágrafo 450.

34 . Idem, parágrafo 833.

(often server-side), but also in client PC operating systems for which media players compatible with quality content are an important application. Microsoft's tying practice creates a serious risk of foreclosing competition and stifling innovation.³⁵

Todavia, devem ser ressaltados os principais argumentos contrários à análise empreendida pelo órgão europeu de defesa da concorrência: os aplicativos de mídia são produtos horizontalmente diferenciados; o mercado analisado é do tipo *multi-home*, tanto para produtores de conteúdo quanto para usuários finais; o custo associado à realização de um *download* e instalação de um aplicativo gratuito é baixo; devido ao baixo custo de *download* e instalação, a pré-instalação do WMP não teria o condão de prevenir os consumidores de utilizar aplicativos rivais. Segundo esta visão alternativa, embora existam efeitos de rede indiretos no caso concreto analisado, estes não seriam suficientes para concluir sobre a ocorrência de um *tipping effect*. Por estes e outros motivos, a decisão da Comissão Europeia é contestada por alguns especialistas do meio acadêmico, que a consideram como um exemplo de realização inadequada de análise antitruste sobre uma plataforma multilateral³⁶.

Atualmente, anos após a decisão, verifica-se, ao redor do mundo, um cenário de grande diversidade de aplicativos multimídia e o WMP está muito longe de constituir um padrão *de facto* deste mercado. Estas constatações podem indicar que a decisão da Comissão Europeia foi realmente equivocada.

1.3.3. Lições aprendidas a partir dos exemplos

Os dois casos descritos foram selecionados para demonstrar de forma prática os cuidados requeridos na análise antitruste de plataformas multilaterais. Verifica-se que o raciocínio e as ferramentas comumente utilizadas na avaliação de negócios unilaterais podem ser inadequados para avaliar cenários em que atuam as MSPs.

No primeiro caso, NaBanco vs VISA, a instituição bancária questionou a unificação da taxa de intercâmbio (*interchange fee*). Em uma interpretação restritiva da Seção

35 . EUROPEAN COMMISSION, *op. cit.*, parágrafo 842.

36 . THE NEW YORK TIMES. Microsoft, EU face off over antitrust issues, 2006. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2006/04/24/technology/microsoft-eu-face-off-over-antitrust-issues.html>. A referida reportagem traz várias observações práticas que demonstram a equivocação da decisão tomada no âmbito da União Europeia. Entre as quais, se encontram as baixas vendas da versão do Windows XP N (versão sem o WMP) que corresponderia a 0,005% das vendas totais do sistema operacional.

1 do *Sherman Act*, a prática poderia ser considerada um acordo entre as partes capaz de inibir a livre concorrência, uma vez que impediria o livre estabelecimento da referida taxa pelos bancos participantes. Dessa forma, pretendeu a instituição bancária que se reconhecesse a configuração de um cartel de preços. Coube ao Poder Judiciário norte-americano reconhecer as particularidades da atividade desempenhada pelas firmas de cartão de crédito, em uma época que antecede o reconhecimento e estudo aprofundado das plataformas multilaterais. Reconheceram que a atividade desenvolvida pelas bandeiras de cartão de crédito seria a interconexão entre consumidores e comerciantes, e que a fixação da taxa de intercâmbio seria benéfica para a consolidação das bandeiras de cartões de crédito no mercado de arranjos de pagamento. A prática possibilitaria um ambiente de estabilização de expectativas para os diversos agentes envolvidos (bancos, firmas de cartão de crédito, comerciantes e consumidores), propiciando um meio favorável para o aumento de transações e de adesões a este arranjo de pagamentos. A prática seria inclusive benéfica aos bancos menores, pois evitaria a cobrança de valores extorsivos de taxa de intercâmbio pelos bancos com maior poder de mercado.

No segundo caso, Microsoft, evidenciou-se a necessidade de uma correta avaliação dos efeitos de rede indiretos. Foi possível constatar que estes efeitos de rede indiretos tornam complexa a tarefa de prever corretamente o comportamento da demanda após determinado curso de ações empreendido pela plataforma. A autoridade da concorrência europeia previu que a inclusão do aplicativo WMP no sistema operacional Windows pudesse provocar um *tiping effect* e tornar o aplicativo multimídia em um padrão *de facto* do mercado, principalmente para o serviço de streaming na Internet. Anos depois, a diversidade de aplicativos existentes e a ampla utilização do HTML5 pelos serviços de *streaming* na *web* conduzem à conclusão de que a decisão da autoridade europeia foi equivocada. Ao enquadrar a conduta da Microsoft como venda casada (*tying*) e aplicar remédios como a obrigatoriedade de fornecimento de uma versão de sistema operacional sem o WMP, o órgão interviu de forma desnecessária no mercado. Depreende-se que o órgão não avaliou corretamente o comportamento de usuários e desenvolvedores de conteúdo audiovisual, o qual é do tipo *multi-home* em razão dos baixos custos ao usuário final e da baixa diferenciação dos produtos deste segmento. Portanto, constatam-se alguns dos desafios metodológicos presentes na análise antitruste de MSPs.

CAPÍTULO 2. CASO SIMBA

Este capítulo apresenta uma análise sobre o Ato de Concentração N° 08700.006723/2015-21 julgado pelo Tribunal Administrativo do CADE em 11 de maio de 2016. Este caso tratou sobre a possibilidade de constituição de uma joint venture societária formada por grandes players do mercado televisivo (SBT, Record e Rede TV!). A joint venture teria como finalidade a produção de conteúdo audiovisual e a negociação conjunta do licenciamento do sinal digital para prestadoras do serviço de TV por assinatura. Este episódio demonstra como as plataformas multilaterais desafiam o senso comum e como são necessárias ferramentas específicas em sua análise antitruste.

2.1. DESCRIÇÃO DO CASO (ATO DE CONCENTRAÇÃO N° 08700.006723/2015-21)

Em 02/07/2015, três grandes canais de programação (SBT, Record e Rede TV!) notificaram o CADE acerca de proposta de constituição de uma *joint venture* societária, denominada Simba³⁷, que apresentaria duas finalidades principais: a produção de conteúdo audiovisual e o licenciamento de suas respectivas programações para prestadoras do serviço de televisão por assinatura.

O referido ato de concentração se insere no contexto de transição tecnológica ocorrida no Brasil com a implantação definitiva da televisão digital e a descontinuidade dos serviços de radiodifusão analógica. No regime jurídico aplicado ao cenário tecnológico anterior, as emissoras eram obrigadas a fornecer gratuitamente seu sinal às prestadoras do serviço de TV por assinatura; no regime jurídico aplicado ao novo cenário, as emissoras poderiam cobrar por esta disponibilização.

Suscitaram-se preocupações acerca dos possíveis efeitos anticompetitivos da operação devido ao elevado *market share* possuído pelos três canais de programação no mercado de TV aberta (aproximadamente 35%). Este significativo poder de mercado poderia, supostamente, trazer prejuízos ao consumidor final, manifestado por um aumento expressivo no valor cobrado pelo serviço de TV por assinatura.

³⁷ . Na proposta original, as requerentes utilizavam o nome fantasia Newco para se referir à possível *joint venture*. Após a aprovação do ato de concentração, passaram a utilizar o nome Simba, razão pela qual adotaremos esta denominação no trabalho. Nos trechos citados do processo, será encontrado o nome Newco.

A Superintendência-Geral aprovou a operação sem restrições. Após a interposição de recursos pelos interessados, o processo foi remetido ao Tribunal Administrativo do CADE.

O Tribunal Administrativo decidiu, por maioria de votos, pela aprovação do ato de concentração condicionada à celebração de um Acordo em Controle de Concentrações (ACC). Votaram pela aprovação com restrições os Conselheiros: Alexandre Cordeiro (autor do voto vencedor), Paulo Burnier, Gilvandro Araújo e o presidente da autarquia Vinícius Marques de Carvalho. Ficaram vencidos os Conselheiros Cristiane Alkimin (relatora do caso) e João Paulo de Resende, que votaram pela reprovação, e o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, que votou pela aprovação sem restrições.

2.2. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

O caso analisado possui como escopo o mercado de emissoras de televisão, as quais se caracterizam como plataformas de dois lados que permitem a conexão entre telespectadores e anunciantes. No voto vencido, foram desconsideradas as particularidades inerentes a estas estruturas de mercado, e interpretou-se a operação como um possível cartel, capaz de produzir uma elevação de preços no mercado de televisão por assinatura. Por outro lado, no voto vencedor, a partir de uma análise antitruste adequadamente voltada para plataformas multilaterais, verificou-se que a operação traria baixos riscos concorrenciais. O contraste destas duas visões antagônicas evidencia as dificuldades relacionadas à análise antitruste de plataformas multilaterais.

Nesta seção, será delineado o julgamento realizado pelo Tribunal Administrativo. Iniciamos por uma breve introdução sobre o cenário regulatório e prosseguimos com a descrição dos votos.

2.2.1. Conhecimentos Preliminares

Preliminarmente, faz-se útil descrever as mudanças tecnológicas e regulatórias ocorridas, bem como os detalhes da operação que suscitaram a controvérsia.

As emissoras de TV aberta podem chegar ao consumidor final, diretamente, por transmissão de radiofrequência (atividade de radiodifusão de sons e imagens) ou por meio de uma prestadora de serviço de acesso condicionado (ex: operadoras de TV por assinatura). A transmissão direta, sem a intervenção de uma operadora, é livre de custos ao consumidor

final. Por sua vez, a transmissão por meio de uma operadora apresenta duas situações possíveis:

- Caso a transmissão seja analógica, aplica-se um regime do tipo *must carry*, *must offer*. Neste regime, as emissoras de TV aberta são obrigadas a fornecer gratuitamente seu sinal e as prestadoras do serviço de acesso condicionado são obrigadas a retransmiti-lo ao consumidor final sem custos adicionais³⁸.
- Caso a transmissão seja digital, aplica-se um regime do tipo *retransmission consent*. Neste regime, as emissoras de TV aberta devem consentir na retransmissão do sinal e, para isso, podem cobrar um preço das prestadoras do serviço de acesso condicionado³⁹.

De forma prática, a migração completa e definitiva para a tecnologia de TV digital ocorrida no contexto brasileiro aboliu a primeira possibilidade, de modo que seu efeito foi a transição de um regime *must carry*, *must offer* para um regime de *retransmission consent*. Assim, abriu-se a possibilidade de aquisição de receitas adicionais pelas emissoras de TV aberta a partir do licenciamento de seus respectivos sinais.

O serviço de TV por assinatura encontra-se regulado pela Lei N°12.485/2011 (também denominada **Lei do Serviço de Acesso Condicionado – SeAc**). Este marco normativo estabelece quatro figuras principais no serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado: produtoras, programadoras, empacotadoras e distribuidoras. É possível

38 . A previsão se encontra no art. 32, I da Lei 12.485/2011 (Lei do Serviço de Acesso Condicionado – SeAc), reproduzido a seguir:

Art. 32. A prestadora do serviço de acesso condicionado, em sua área de prestação, independentemente de tecnologia de distribuição empregada, deverá tornar disponíveis, sem quaisquer ônus ou custos adicionais para seus assinantes, em todos os pacotes ofertados, canais de programação de distribuição obrigatória para as seguintes destinações:

I - canais destinados à distribuição integral e simultânea, sem inserção de qualquer informação, do sinal aberto e não codificado, transmitido em tecnologia analógica pelas geradoras locais de radiodifusão de sons e imagens, em qualquer faixa de frequências, nos limites territoriais da área de cobertura da concessão;

39 . A previsão se encontra no § 12 do art. 32 da Lei 12.485/2011 (Lei do Serviço de Acesso Condicionado – SeAc), reproduzido a seguir:

Art. 32. (...)

§ 12. A geradora local de radiodifusão de sons e imagens de caráter privado poderá, a seu critério, ofertar sua programação transmitida com tecnologia digital para as distribuidoras de forma isonômica e não discriminatória, nas condições comerciais pactuadas entre as partes e nos termos técnicos estabelecidos pela Anatel, ficando, na hipótese de pactuação, facultada à prestadora do serviço de acesso condicionado a descontinuidade da transmissão da programação com tecnologia analógica prevista no inciso I deste artigo.

que uma dada empresa exerça mais de uma função nesta cadeia de valor. Estas figuras são descritas a seguir:

- (a) **Produtora:** empresa que desempenha “*atividade de elaboração, composição, constituição ou criação de conteúdos audiovisuais em qualquer meio de suporte*” (art. 2º, XVII).
- (b) **Programadora:** empresa que desempenha “*atividade de seleção, organização ou formatação de conteúdos audiovisuais apresentados na forma de canais de programação, inclusive nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado*” (art. 2º, XX).
- (c) **Empacotadora:** empresa que desempenha “*atividade de organização, em última instância, de canais de programação, inclusive nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado, a serem distribuídos para o assinante*” (art. 2º, XI).
- (d) **Distribuidora:** empresa que desempenha “*atividades de entrega, transmissão, veiculação, difusão ou provimento de pacotes ou conteúdos audiovisuais a assinantes por intermédio de meios eletrônicos quaisquer*” (art. 2º, X).

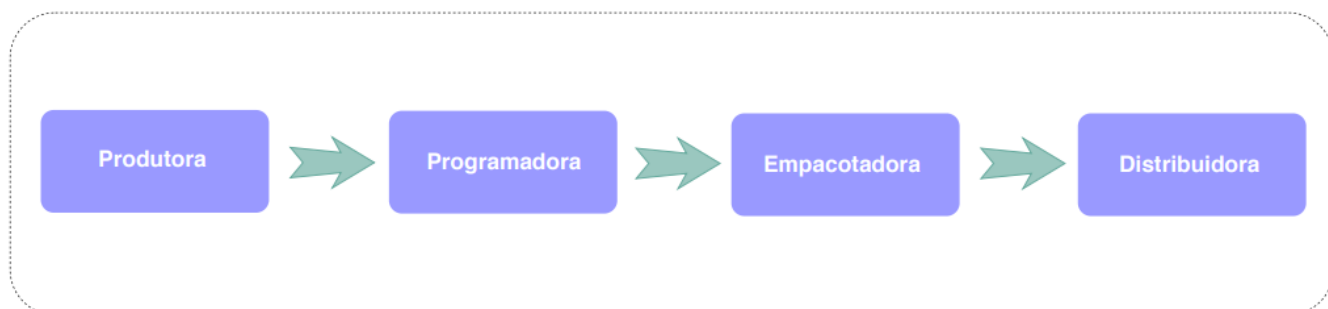


Figura 4: Funções envolvidas na prestação de serviços de acesso condicionado (como a TV por assinatura).

De acordo com o arcabouço regulatório, as **emissoras de TV aberta** operam no segmento das **programadoras** quando organizam, formatam e selecionam o conteúdo audiovisual para transmissão aos consumidores na forma de canais de programação; e no segmento das **produtoras**, quando confeccionam o conteúdo audiovisual a ser veiculado.

As **operadoras de TV por assinatura** (como NET e Sky) operam no segmento das **empacotadoras** quando confeccionam e comercializam pacotes de programação com seus consumidores; e no segmento de **distribuidoras**, quando se encarregam dos meios

físicos de disponibilização do serviço aos usuários finais. Não há obrigatoriedade de que as empacotadoras sejam também distribuidoras, embora seja isto o que ocorre no Brasil.

A proposta de criação da empresa Simba incide no mercado de produção de conteúdo (primeiro retângulo da **figura 4**) e nas negociações entre programadoras e empacotadoras (segunda seta da **figura 4**).

Realizada esta breve explicação sobre o arcabouço regulatório e os *players* envolvidos na operação, convém agora apresentar de forma mais detalhada a operação proposta e a controvérsia central discutida no CADE.

A *joint venture* societária Simba proposta pelas emissoras SBT, Record e Rede TV! tinha por escopo um conjunto de quatro atividades econômicas: produção de conteúdo audiovisual no Brasil; licenciamento de conteúdo audiovisual avulso no Brasil; assessoria de *marketing* e vendas, exceto TV aberta; e licenciamento de programação linear de canais abertos para operadores de televisão por assinatura no Brasil.

Em relação às atividades de produção e licenciamento de conteúdo audiovisual no Brasil, houve consenso entre os Conselheiros de que a operação não traria quaisquer riscos concorrenciais. Primeiramente, porque existem vários *players* neste mercado com produção de qualidade equivalente ou superior a das firmas requerentes. Em segundo lugar, a produção conjunta de conteúdo não cessaria a atividade de produção individual pelas emissoras. Por fim, a produção conjunta de conteúdo poderia apresentar efeitos pró-competitivos, tais como inovações neste segmento e oferecimento de produtos com qualidade superior.

Em relação à assessoria de *marketing*, ressaltou-se que esta não seria utilizada na coordenação de venda de espaço publicitário, o que consta expressamente no contrato social da empresa. Caso a *joint venture* fosse utilizada para a troca de informações e atuação coordenada no mercado de venda de espaço publicitário, poderiam advir efeitos lesivos como o aumento artificial de preços aos anunciantes. Logo, em relação a esta atividade econômica, também houve consenso de que não representaria riscos à concorrência.

A controvérsia estabeleceu-se em relação à atividade de licenciamento dos canais de programação às operadoras de TV por assinatura. Isto se deveu ao incontestável poder de mercado exercido pelas requerentes no mercado de TV aberta. Considerando-se o cenário brasileiro, os dados do IBOPE 2014, utilizados como subsídio no julgamento, indicam que as requerentes possuíam à época grande parcela da audiência. Estes dados estão reproduzidos na **tabela 1**.

Empresa	Market Share
Globo	58%
Band	7%
Cultura	0%
Record	16
SBT	16
Rede TV!	3%

Tabela 1: Distribuição de *market share* no mercado de TV aberta. Fonte Ibope 2014.

O debate centrou-se na possibilidade de o *market share* conjunto de 35% propiciar a cobrança de preços lesivos das operadoras de TV por assinatura, o que encareceria o custo deste serviço para os consumidores finais. As requerentes defenderam que o licenciamento conjunto de canais em forma de pacote (*bundle*) seria uma prática usual na TV por assinatura. Sob este prisma, a *joint venture* Simba atuaria em um amplo mercado de licenciamento de canais juntamente com outros grupos econômicos desenvolvedores desta mesma atividade, tais como: Viacom, Fox, Discovery, G2C – Globosat Comercialização de Conteúdos S.A., entre outros. Segundo as requerentes o poder de mercado das operadoras de SeAc (Sky e NET), detentoras de valor superior a 80% do mercado de TV por assinatura, demandaria esta operação como forma de manutenção do equilíbrio de forças.

2.2.2. Voto da Relatora Conselheira Cristiane Alkmin

Nesta seção, serão apresentados de forma sucinta os principais argumentos utilizados no voto para a reprovação da operação. Será realizada uma análise mais detalhada do voto condutor na próxima seção.

Primeiramente, a Conselheira considerou como mercado relevante o mercado de TV aberta brasileira, baseando-se na percepção dos consumidores finais em relação aos canais de programação. Concluiu a Conselheira que o poder de mercado das três emissoras no referido mercado relevante (consubstanciado em um *market share* de 35%) se traduziria em um elevado poder de barganha diante das operadoras de TV por assinatura, repercutindo em preços elevados de licenciamento dos sinais. Estes custos seriam repassados aos assinantes e, dessa forma, haveria um aumento do valor dos pacotes de televisão por assinatura. Estes aumentos se sustentariam em decorrência do perfil dos assinantes (integrantes da classe-média alta) que conseguiriam absorver os novos preços:

99. De fato, como o consumidor de pacote pago é entendido como “consumidor qualificado”, isto é, aquele que pertence majoritariamente a classe de renda alta ou de renda média-alta – portanto mais inelástico; este provavelmente aguentaria mais elevações nos preços dos pacotes, não migrando tão facilmente para a radiodifusão. Talvez por esta razão nos EUA (conforme será dito mais adiante neste Voto), estima-se que quando há fusão de TVs abertas, o aumento do pacote fique entre 20% a 40%.⁴⁰

Em seu voto, cita um caso análogo ocorrido nos EUA. Tratava-se da revisão de regras aplicáveis a contratos de *retransmission consent* no âmbito do mercado televisivo norte-americano⁴¹. Decidiu a autoridade reguladora do setor, a FCC (*Federal Communications Commission*), que as quatro maiores emissoras de TV aberta estariam proibidas de negociar conjuntamente seus sinais com as operadoras de TV por assinatura devido aos riscos de aumento substancial de preço ao consumidor final. Neste caso, o DOJ (*Department of Justice*), chamado a se manifestar, posicionou-se no sentido de que a operação seria anticompetitiva *per se*, inexistindo a necessidade de aplicação da regra da razão. Nas palavras da Conselheira:

232. Diante da Revisão Regulatória Quadrienal conduzida pela FCC (*Federal Communications Commission*), o DoJ sustentou perante esse órgão regulador que a negociação conjunta do *retransmission consent* entre uma ou mais radiodifusoras deve ser considerada infração antitruste *per se*, diante da possibilidade de elevação de preço para o consumidor final. Para o DoJ, por isso, a análise pela regra da razão torna-se desnecessária neste caso. Ela só se justificaria quando a venda conjunta resultasse em aumento de eficiência e não no aumento do poder de barganha com o outro elo da cadeia produtiva. Aliás, a mera redução de custos de transação sequer é aceita pelo DoJ como uma eficiência neste caso.

233. Pela experiência da FCC, com a autorização da negociação conjunta do *retransmission consent*, pode haver elevação do valor cobrado de 20% a 40% com relação aos preços praticados em livre competição (segundo o conselheiro Tom Wheeler). A FCC conclui que negociações conjuntas entre radiodifusoras que estejam entre as quatro maiores do ranking (segundo suas audiências) constituem uma violação à regra de negociação em “boa fé” do *retransmission consent*, pois diminui a rivalidade entre as TVs abertas e pode, na negociação comercial com as operadoras, retirar canais desta nova empresa. As operadoras querem audiência. Cabe às TVs abertas, portanto, investir em bons conteúdos, para que as operadoras encontrem valor em seus conteúdos, indo ao encontro do bem-estar dos CFs [consumidores finais].⁴²

Destacou-se que não haveria justificativas plausíveis para a constituição da *joint venture*. O objetivo não seria introduzir inovações no mercado, competir em um novo segmento, ou oferecer novas e melhores opções aos consumidores:

40 . SCHMIDT, Cristiane. Voto proferido no Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21. Tribunal Administrativo do CADE. Data da decisão: 11/05/2016. Parágrafo 99.

41 . FCC. Amendment of the Commission's Rules Related to Retransmission Consent. Data: 31/03/2014. Disponível em: <https://www.fcc.gov/document/fcc-strengthens-retransmission-consent-rules-0>

42 . SCHMIDT, Cristiane, *op. cit.*, parágrafos 232-233.

47. Veja que a JV não está entrando “em um novo mercado”. Essa interpretação pode induzir a pensar que a JV estaria sendo uma “entrante em um novo mercado”. Não é um caso. Devido a mudança do tipo de sinal transmitido (do analógico para o digital), há uma mudança regulatória, que permite que as TVs abertas passem a cobrar por algo que já estavam fazendo há muito tempo, que é transmitir o seu conteúdo/programação linear para o CF. Esta cobrança se daria quando esta transmissão fosse via operadora (o que exclui a radiodifusão). Atualmente, com o sinal analógico, o preço que a TV aberta cobra da operadora é zero. Com o sinal digital, a TV aberta pode cobrar da operadora. Importante notar que a mudança está na possibilidade do preço ser positivo, mas o mercado relevante é o mesmo.

126. De veras, a competição se dá por audiência (e não por preço) e a JV não tem como objeto principal juntar esforços para introduzir novas opções ao CF com intuito de “roubar” audiência dos concorrentes, nem de veicular a sua programação em outras plataformas, nem de focar no mercado de canais pagos. Seu objetivo primordial, como dito no item 2 deste Voto, é “fazer preço” para as operadoras do conteúdo/programação linear da TV aberta.⁴³

Em linhas gerais, não foram consideradas as características *sui generis* típicas das plataformas de dois lados, como os efeitos de rede indiretos e o comportamento dos agentes econômicos utilizadores da plataforma. O voto da Conselheira Relatora Cristiane Alkmin foi no sentido de interpretar o ato de concentração como um cartel tradicional, isto é, uma ação coordenada das três emissoras (SBT, Record e Rede TV!) destinada a constituir preço para o licenciamento de sinais e auferir valores maiores das operadoras de TV por assinatura (NET, Sky, entre outras). Segundo a Relatora, esta observação estaria corroborada no fato de não haver identificado eficiências resultantes da operação. O seguinte trecho de seu voto ilustra seu posicionamento:

333. Esta JV está sendo formada basicamente para “fazer preço” conjuntamente no licenciamento da transmissão do conteúdo/programações lineares das TVs abertas no mercado de TV paga, um mercado, que, vale lembrar, já existe e que já poderia estar sendo negociado individualmente pelas Requerentes, tal como já fazem a TV Globo e a Band.

334. De certa maneira, portanto, se essa JV não tivesse sido notificada ao Cade, dita operação teria mais características de um cartel (ação coordenada para aumento de preço sem geração de eficiências) do que de um tradicional AC (onde se faz um balanço entre o eventual aumento de preço vis-à-vis as suas eficiências para verificar se o efeito é não negativo sobre o bem-estar social e em especial sobre o do CF).⁴⁴

Na proposta de operação, as requerentes apresentaram uma lista de eficiências para como compensação. No entanto, houve consenso entre os Conselheiros de que a lista era demasiadamente genérica e insólita. Isto será detalhado na próxima seção, em que se descreve o voto condutor.

43 . SCHMIDT, Cristiane, *op. cit.*, parágrafos 47 e 126.

44 . Idem, parágrafos 333-334.

2.2.3. Voto-Vista do Conselheiro Alexandre Cordeiro

Nesta seção, é apresentado o voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro. Por ter sido o voto condutor da decisão do Tribunal Administrativo, será exposto em detalhes. A exposição está dividida nos seguintes tópicos: definição do mercado relevante; utilização da regra da razão; análise de efeitos competitivos; e análise de eficiências.

Definição de mercado relevante

A primeira controvérsia enfrentada foi a definição de mercado relevante. As empresas interessadas (operadoras do serviço SeAc) almejavam que o mercado relevante fosse definido como o **mercado de licenciamento de conteúdo/programação linear de TV aberta, de dimensão nacional, para operadoras de TV paga**. Em contraposição, as requerentes (SBT, Record, e Rede TV!) pleiteavam uma definição mais abrangente de mercado relevante, que seria o **mercado de licenciamento de conteúdo/programação para operadoras de TV paga, sem distinção de gênero e de localização geográfica**. Constatou-se que, na definição mais restrita de mercado relevante, as requerentes teriam um *market share* conjunto de aproximadamente 35%; enquanto que, na definição mais abrangente, este *market share* seria de 16,76%. Resta claro que o intuito desta estratégia seria o de não evidenciar o considerável poder de mercado exercido pelas firmas requerentes.

O autor do voto-vista identificou como transação relevante a composição do pacote de programação pelas operadoras de TV por assinatura. Com o intuito de alcançar maior penetração no mercado consumidor, as operadoras combinam os diversos gêneros de canais de programação existentes (esportes, infantis, jornalísticos, etc.). Portanto, a segmentação por gênero é imprescindível para a definição de mercado relevante, e o gênero do qual fazem parte as três requerentes é o de emissoras brasileiras de TV aberta. Assim, tanto no voto vencedor quanto no voto vencido, considerou-se como mercado relevante o mercado de TV aberta brasileira.

Utilização da regra da razão

No voto da Relatora, contrário à aprovação da criação da *joint venture*, foi citada a revisão de regras aplicáveis aos contratos de *retransmission consent* ocorridas no mercado televisivo norte-americano. Como lembrado pela Relatora, nesta revisão, a FCC decidiu que as quatro maiores emissoras de televisão aberta não poderiam negociar conjuntamente seu

sinal com as operadoras de TV paga devido ao potencial risco concorrencial que poderia elevar os preços do serviço em uma faixa de 20% a 40%.

No voto-vista, coube a realização de uma distinção em relação aos dois cenários competitivos: o brasileiro e o norte-americano. O mercado brasileiro de operadoras de TV por assinatura caracteriza-se pela alta concentração. À época do julgamento, segundo dados da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações), as empresas líderes do segmento, NET e Sky, perfaziam um total de aproximadamente 80% do número de assinantes. No caso norte-americano, esse mercado é altamente fragmentado e competitivo. Apenas duas empresas do segmento possuíam mais de 20% da base de assinantes, a saber: Comcast com 24% e DirecTV com 21%. Nesse cenário, em que as operadoras de TV por assinatura possuem fatias reduzidas do mercado, a negociação conjunta de sinal pelas quatro maiores emissoras de TV aberta seria altamente prejudicial, principalmente para as operadoras de menor porte.

Esta constatação sobre a composição do mercado permitiu concluir que o poder de barganha das operadoras de TV por assinatura brasileiras é significativamente maior que aquele usufruído pelas firmas do mercado norte-americano. Ademais, observou o Conselheiro que a proibição estipulada nos EUA se referia tão somente às quatro maiores emissoras de TV daquele país. Dessa forma, considerando-se as distinções entre os dois casos concretos, concluiu-se pela **adequação da regra da razão**. Cabia então analisar se as possíveis restrições concorrenciais advindas da operação teriam um nível aceitável, de modo que a implementação de um conjunto de eficiências pudesse compensá-las.

Análise de efeitos competitivos.

Na mesma linha de raciocínio exprimida pela Superintendência-Geral que havia aprovado anteriormente a operação, o Conselheiro Alexandre Cordeiro identifica peculiaridades do caso concreto que tornariam pouco provável a cobrança de preços abusivos pela *joint venture* Simba. Estas peculiaridades estariam ligadas ao fato de emissoras de TV constituírem plataformas de dois lados que, conectando telespectadores e anunciantes, possuem como maior fonte de renda a receita publicitária. Como elucidado, no capítulo 1 deste trabalho, os efeitos de rede indiretos revelam a existência de uma interdependência entre os agentes econômicos participantes da plataforma. No caso concreto em epígrafe: uma menor audiência repercute em menor interesse dos anunciantes, em preços menores pela veiculação de anúncios e, por conseguinte, em menor receita publicitária. Seguindo esta linha de raciocínio, o Conselheiro Alexandre Cordeiro então explicita em seu voto que a imposição de condições comerciais não aceitas pelas operadoras de TV por assinatura é apta a produzir

efeitos indesejados na busca por audiência e receita publicitária. Isto pode se verificar no trecho abaixo reproduzido:

162. A falta de acesso ao *line-up* das provedoras de televisão por assinatura acarretaria redução do potencial de audiência e de nada adiantaria um conteúdo atrativo se o assinante não o assistisse. Sendo a publicidade a maior receita das sócias da Newco, uma estratégia de exagerada elevação de preços do sinal negociado com as operadoras de TV por assinatura poderia ser contraproducente.⁴⁵

Em seguida, o autor do voto-vista analisa qual seria o comportamento do usuário final ao perder acesso aos canais de programação em virtude de uma futura negociação infrutífera entre emissoras de TV aberta e operadoras de SeAc. Observou o Conselheiro que haveria uma tendência comportamental do usuário final em não se empenhar em recuperar o acesso aos canais removidos do pacote de programação. Esta tendência estaria ligada à comodidade e ao fato de que nem todo usuário afetado seria um telespectador assíduo das referidas emissoras. Portanto, a retirada dos canais de programação dos pacotes ofertados significaria, de forma prática, a perda de audiência. Provavelmente, o efeito prático de uma negociação malsucedida seria mais prejudicial às emissoras, devido à perda de audiência e receita publicitária, segundo se lê do seguinte excerto do voto:

163. O raciocínio deve ser visto como uma tendência comportamental e não um juízo absoluto, vez que a parcela de assinantes de TV por assinatura que não acessar o(s) canal(is) via *set top box* de operadora de SeAC pode desejar assisti-lo(s) a partir da transmissão realizada diretamente pelas radiodifusoras. O nível de audiência que alcança as TVs abertas nos serviços de TVs por assinatura revela, porém, que não é desprezível o aspecto econômico comportamental associado à comodidade que os telespectadores associam a ter um canal de TV aberta no *line-up* de uma *cable*. Tirar a visibilidade do canal para um assinante em muitos casos certamente se converterá em perder potencial de audiência e receita publicitária.⁴⁶

Estas constatações conduzem à conclusão de que o exercício do poder de mercado pelas emissoras SBT, Record e Rede TV! não se refletiria nas negociações com as duas grandes operadoras de TV por assinatura (NET e Sky). O poder de barganha da *joint venture* Simba seria obstado pela possibilidade de perda de audiência e de receitas provenientes de anunciantes. Nas palavras do Conselheiro:

164. O prejuízo em receitas publicitárias seria tanto maior quanto o tamanho da base de assinantes da empresa que não chegasse a acordo com a Newco. Neste sentido, é

45 . MACEDO, Alexandre. Voto proferido no Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21. Tribunal Administrativo do CADE. Data da decisão: 11/05/2016. Parágrafo 162.

46 . Idem, parágrafo 163.

destacada a capacidade de limitação do exercício de poder de mercado da Newco por parte das grandes operadoras, Net e Sky, e reduzida a capacidade de pequenas operadoras imporem limites.⁴⁷

Em última análise, o valor do licenciamento dos sinais estaria condicionado à percepção de valor das operadoras de TV por assinatura em relação às emissoras integrantes da *joint venture*, não se podendo descartar a perda de assinantes em razão da saída das referidas emissoras. Uma perda de assinantes, se significativa, poderia pressionar as operadoras de TV por assinatura a ceder aos valores cobrados pelas emissoras:

166. Não é certo, porém, que o resultado desta barganha deva o sinal ser sempre oferecido gratuitamente em qualquer caso de desacordo. A remuneração ou não do sinal ou do conjunto de sinais dependerá de quanto a operadora de TV por assinatura perceba que o(s) canal(is) agrega(m) de demanda ao seu serviço. Caso haja a perda de assinantes pela falta de um ou mais canais no *line-up*, a(s) radiodifusora(s) pode(m) se dispor a sonegar sinal e enfrentar perda de receita por algum tempo, antevendo a disposição a pagamento por parte da operadora de SeAC em algum prazo futuro.⁴⁸

Como se verifica do voto-condutor emerge como questão fundamental determinar quem seria o maior prejudicado em um possível cenário de entrave negocial em que os canais de programação fossem retirados dos pacotes de TV por assinatura. Seriam prejudicadas as operadoras com a perda de assinantes, ou as emissoras de TV com a perda de audiência e receitas publicitárias? O Conselheiro Alexandre Cordeiro aponta que as emissoras de TV aberta seriam as maiores prejudicadas, o que as impediria de praticar preços abusivos na negociação de seus sinais digitais com as operadoras. Como será visto no final deste capítulo, esta previsão demonstrou-se correta.

Análise de eficiências

As características do mercado televisivo como plataforma de dois lados permitiu a conclusão de que a operação gera uma restrição concorrencial não substancial, que seria compensável pela apresentação de eficiências. As eficiências inicialmente alegadas pelas requerentes foram: (1) obtenção de receitas que seriam revertidas em investimentos para aumento da oferta e da qualidade de conteúdo; (2) incentivo para investir a receita adicional em prol do consumidor final; (3) geração de empregos; (4) futura possibilidade de produção

47 . MACEDO, Alexandre, *op. cit.*, parágrafo 164.

48 . Idem, parágrafo 166.

de conteúdo audiovisual distinto daquele ofertado pelas Requerentes em TV aberta (licenciamento de canais pagos), com ampliação do fornecimento de conteúdo nacional ao público; (5) otimização de custos com a criação de área comercial especializada na negociação e licenciamento de canais junto às operadoras; (6) geração de poder compensatório das emissoras de TV aberta em relação às operadoras. Houve um consenso entre os Conselheiros de que a lista de eficiências seria genérica e abstrata, sem qualquer detalhe técnico de como seriam implementadas. Em outras palavras, a lista era completamente desprovida de concretude.

Consequentemente, foi celebrado entre as requerentes e o CADE um Acordo em Controle de Concentração (ACC), do qual destacamos os seguintes pontos: (1) estabelecimento de prazo para a existência da nova *joint venture* (seis anos contados da assinatura do contrato); (2) obrigação de investimento conjunto das requerentes por meio da nova empresa, com integração econômica relevante orientada ao desenvolvimento conjunto de produtos e serviços para televisão paga e outras mídias, de modo que houvesse potencial para uma melhoria da qualidade do conteúdo já ofertado no mercado; (3) obrigação de investimentos individuais pelas requerentes, tendo em vista o aprimoramento de conteúdo, com geração de externalidades positivas para telespectadores não assinantes de TV por assinatura, conforme plano de negócios a ser aprovado pelo CADE; e (4) tratamento assimétrico que implique em subsídio a pequenos e médios operadores de TV por assinatura, visando a redução de seus custos, de forma a permitir que rivalizem com as grandes operadoras, limitando a capacidade destas de importem aumentos de preço.

Como se verifica da lista, o acordo centrou-se no aprimoramento dos serviços oferecidos aos consumidores finais e no estabelecimento de condições favoráveis aos pequenos e médios operadores de TV por assinatura, haja vista a grande concentração do setor no Brasil.

2.3. ANÁLISE DO CASO

Após a aprovação da operação, deu-se início a um processo de negociação entre as partes, isto é, as emissoras SBT, Rede TV!, e Record, representadas pela empresa Simba, e as operadoras do serviço de TV por assinatura, com destaque para os dois maiores *players* NET e Sky. Os acontecimentos que se seguiram no curso das negociações permitem avaliar a

decisão do CADE, bem como extrair uma maior compreensão sobre a análise antitruste de plataformas multilaterais.

Conforme amplamente noticiado pela imprensa brasileira, a *joint venture* Simba iniciou as negociações com as operadoras de TV por assinatura cobrando um preço de R\$ 15,00 por assinante, um valor considerado elevado e com alta propensão de ser repassado aos consumidores finais. As maiores operadoras (NET/Claro, Sky, Vivo e Oi TV) não compactuaram com o valor cobrado, originando-se um entrave que durou cerca de seis meses, tendo havido inclusive a retirada dos três canais dos pacotes ofertados de TV por assinatura. Noticiou-se que esta retirada provocou às emissoras integrantes da Simba uma perda de 25% de audiência⁴⁹. Depois de perdas de receita publicitária que se seguiram neste período de seis meses, fechou-se um acordo entre a empresa Simba e as operadoras, sendo que o preço final cobrado pelo sinal das três emissoras foi de R\$ 1,00, um valor consideravelmente aquém da pretensão inicial⁵⁰. Como previsto na análise do CADE, depreende-se que houve uma pressão gerada pela perda de audiência e decorrente perda de receitas com propaganda, forçando a empresa Simba a firmar contratos a preços bem inferiores ao almejado. Ironicamente, na petição apresentada pelas requerentes para justificar a operação a mesma observação também havia sido realizada:

17. É fato também incontroverso que a audiência medida na TV por assinatura tem reflexos diretos na comercialização de espaço publicitário pelas Requerentes em TV aberta. Com efeito, como mostra a apresentação elaborada pela LCA Consultores (Apartado Confidencial 01), o SBT perderia [30%-40%] da sua receita total caso o canal não fosse ofertado nos pacotes das Operadoras. Esta perda seria ainda significativa, de [0-10%], se a emissora ficasse fora dos pacotes ofertados pelas Operadoras de menor porte.⁵¹

Considerando-se os fatos que se seguiram após a aprovação da operação, a decisão proferida pelo Tribunal Administrativo apresentou-se como acertada, haja vista as três emissoras de TV aberta não terem logrado utilizar seu poderio no mercado de TV aberta na obtenção de valores elevados no licenciamento de seu sinal digital. Deve-se destacar que o fator crítico da decisão foi prever o comportamento mais provável dos telespectadores em um cenário de entrave das negociações. Isto é, se a retirada dos canais de programação Rede TV!,

49 . FOLHA DE SÃO PAULO. Queda de Audiência era esperada, diz Executivo da Simba. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2017/04/1872468-queda-de-audiencia-ja-era-esperada-diz-executivo-da-simba.shtml>

50 . NA TELINHA. Simba Content virou um elefante branco para Record TV, SBT e RedeTV! Disponível em: <https://natelinha.uol.com.br/colunas/coluna-do-sandro/2018/03/18/simba-content-virou-um-elefante-branco-para-record-tv-sbt-e-redetv-115309.php>

51 . MACHADO MEYER ADVOGADOS, *op. cit.*, parágrafo 17.

SBT e Record seria mais propensa a reduzir o número de assinantes das prestadoras de SeAc ou mais propensa a reduzir a audiência das referidas emissoras. Embora desprovido de dados empíricos, o voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro, referendado pela maioria do Tribunal, previu corretamente a perda de audiência pelas três integrantes da *joint venture*. Nas próximas linhas, demonstra-se detalhadamente que a situação, de fato, não era tão favorável às emissoras de TV aberta e que, possivelmente, estas superestimaram a fidelização de seus telespectadores.

As operadoras de TV por assinatura podem ser vistas como plataformas de dois lados que agregam telespectadores (assinantes) e canais de programação. Segue-se uma lógica de que quanto mais atrativa a seleção de canais ofertada no pacote, maior será o número de assinantes. As receitas principais destas empresas são auferidas a partir do pagamento de assinaturas pelos consumidores finais. O comportamento no lado dos telespectadores é claramente do tipo *single-home*, isto é, optam pelos serviços ofertados por apenas uma empresa. Além disso, como já referenciado, o mercado de TV por assinatura no Brasil é altamente concentrado em dois grandes *players* detentores de parcela significativa do mercado (superior a 80%).

Por outro lado, o mercado de emissoras de TV é altamente competitivo, caracterizando-se por uma ampla diversidade de opções ao consumidor final e pelo comportamento do tipo *multi-home* apresentado por telespectadores e anunciantes. Os telespectadores assistem a diversos canais de acordo com suas preferências pessoais, enquanto que os anunciantes veiculam suas propagandas em vários canais, seguindo múltiplas variáveis, tais como público-alvo (*targeted consumers*), audiência em termos quantitativos, e orçamento disponível para publicidade. Adicionalmente, considerando-se o contexto mais amplo dos mercados de atenção (*attention markets*), estes meios tradicionais de comunicação audiovisual têm sofrido grande concorrência de plataformas mais recentes, como redes sociais e buscadores da Internet. As plataformas da economia digital propiciam um *marketing* mais direcionado a partir de dados pessoais e da análise comportamental de usuários. Junte-se a estes fatores a perda de audiência para serviços de *streaming* ofertados por meio da Internet.

Assim, a configuração do cenário apresentava-se pouco favorável à cobrança de preços supracompetitivos pelas emissoras de TV aberta. O comportamento *single-home* dos telespectadores em relação às operadoras de TV por assinatura, e *multi-home* em relação aos canais de programação fez com que o entrave comercial fosse bem mais danoso às emissoras. Não ocorreu uma debandada de assinantes e a maior parte dos telespectadores não buscou meios alternativos para continuarem a assistir os canais removidos dos pacotes. Como

resultado, foi possível observar a incidência dos efeitos de rede indiretos sobre as emissoras integrantes da *joint venture*: houve a perda de audiência, a perda de valor diante de anunciantes, a redução dos preços cobrados em intervalos comerciais, e o decréscimo de receitas publicitárias que são a tradicional e principal fonte de recursos destas empresas.

No capítulo 1, foram revisados dois casos históricos sobre análise antitruste de plataformas multilaterais: o caso NaBanco vs Visa (1986), decidido pelo Poder Judiciário dos EUA, e o caso Microsoft (Case COMP/C-3/37.792) (2004) decidido no âmbito da União Europeia. Pode-se construir um liame entre o caso concreto brasileiro e os dois precedentes estrangeiros.

No primeiro precedente, verificou-se que, devido às peculiaridades das plataformas multilaterais, determinadas práticas consideradas anticompetitivas para firmas unilaterais podem não o ser para o cenário das MSPs, o que exige uma análise mais detalhada com base na regra da razão. Desse modo, acertou o Tribunal norte-americano ao avaliar que a fixação das taxas de intercâmbio não constituiria ilícito anticoncorrencial, mas uma medida benéfica para a consolidação dos cartões de crédito como arranjo de pagamento. Pode-se evidenciar um acerto semelhante no caso de criação da *joint venture* Simba. Sob uma ótica restritiva, a negociação conjunta de sinal dos três canais de programação poderia ser enquadrada como um tradicional cartel de fixação de preços. No entanto, no julgamento realizado pelo Tribunal Administrativo do CADE, demonstrou-se que seria inadequada a aplicação da ilegalidade *per se*, e que a operação deveria ser cuidadosamente avaliada com fundamento nas características distintivas das MSPs, tais como: os efeitos de rede indiretos e o comportamento esperado dos agentes econômicos utilizadores das plataformas.

No segundo precedente, as peculiaridades do mercado de sistemas operacionais e de distribuição de *software* foram consideradas pela autoridade da concorrência europeia. Todavia, houve uma superestimativa dos efeitos de rede indiretos. Esta superestimativa repercutiu em uma avaliação equivocada de que o WMP poderia se tornar um padrão *de facto* da nascente indústria de *streaming* na Internet, fazendo com que o órgão europeu aplicasse remédios desnecessários ao caso concreto. No caso Simba, os efeitos de rede indiretos foram corretamente avaliados, e concluiu-se que o poder de mercado das três emissoras no mercado de TV aberta não se transferiria na negociação dos respectivos sinais, o que realmente ocorreu após a aprovação da operação. Ademais, foi realizada uma breve análise do provável comportamento dos telespectadores diante de um cenário de negociações infrutíferas entre a empresa Simba e as prestadoras de SeAc. Embora superficial, a análise concluiu que a retirada dos canais do pacote de programação das prestadoras de SeAc repercutiria em uma

perda de audiência e de receitas publicitárias aptas a impedir a cobrança de preços supra competitivos pela nova *joint venture*. Assim, a característica *multi-home* prevalecente no mercado televisivo foi corretamente avaliada no caso Simba. O mesmo não se pode dizer do caso Microsoft, em que o comportamento *multi-home* dos usuários em relação à utilização de aplicativos de mídia não foi corretamente avaliado.

O presente caso é esclarecedor no sentido de demonstrar a necessidade de realização de uma análise antitruste diferenciada quando o agente econômico sob investigação é uma plataforma multilateral. As construções e técnicas desenvolvidas até então estão voltadas para análise de negócios tradicionais, que não possuem as mesmas particularidades das MSPs. Sob uma perspectiva convencional, seria possível inferir que a constituição da *joint venture* Simba representaria um alto risco concorrencial, pois traria um poder de barganha desproporcional aos seus integrantes societários. Este poder de barganha estaria consubstanciado no *market share* de 35% possuído pelas emissoras.

Apesar do receio justificado suscitado pela operação, ao se incorporarem à análise as características das plataformas, verificou-se que o poder de barganha das emissoras integrantes da empresa Simba seria, na realidade, limitado. As emissoras, como intermediárias entre telespectadores e anunciantes, devem manter níveis de audiência que lhes permitam auferir receitas publicitárias. Ao ofertarem seus respectivos sinais a preços acima do nível razoável, haveria o risco de não aceitação por parte das operadoras de TV por assinatura, o que significaria uma perda massiva de audiência, tornando-lhes menos atrativas aos anunciantes. Esta situação, traçada como hipótese no voto vencedor, acabou se verificando no desdobramento do caso concreto, e foi possível observar de forma prática a incidência dos efeitos de rede indiretos. Como relatado neste trabalho, o valor cobrado pelo sinal conjunto das emissoras foi do patamar pretendido de R\$ 15,00 para o patamar de R\$1,00.

Portanto, a partir do caso Simba, constata-se que a análise antitruste aplicada a plataformas multilaterais deve levar em consideração suas particularidades, bem como ser cautelosamente realizada, evitando-se intervenções indevidas no cenário econômico.

CAPÍTULO 3. *ONLINE TRAVEL AGENCIES*

Este capítulo apresenta uma análise sobre o Inquérito Administrativo N° 08700.005679/2016-13, que teve por objeto a imposição de cláusulas de paridade amplas por parte de online travel agencies (OTAs) em contratos celebrados com estabelecimentos hoteleiros no Brasil. Tais cláusulas vedavam aos hotéis participantes o oferecimento de acomodações a preços e condições mais favoráveis em qualquer outro canal de venda. O desfecho do caso foi a celebração de Termos de Cessação de Condutas (TCCs) com os maiores players do mercado, nos quais ficou acordada a adoção de cláusulas mais brandas. Como será demonstrado, a postura adotada pelo CADE foi no sentido de, simultaneamente, mitigar efeitos anticoncorrenciais detectados e preservar o modelo de negócio das OTAs.

3.1. DESCRIÇÃO DO CASO (INQUÉRITO ADMINISTRATIVO N° 08700.005679/2016-13)

Em 27/07/2016, o Fórum de Operadores Hoteleiros do Brasil (FOHB) protocolou no CADE representação contra as empresas Booking.com, Expedia e Decolar.com que operam no mercado de reservas *online* por suposta prática anticoncorrencial. Tais empresas, denominadas *online travel agencies* (OTAs), estabeleciam cláusulas contratuais que vedavam aos hotéis ofertarem acomodações em condições mais vantajosas em qualquer canal de venda que não fosse o da própria OTA contratante. De acordo com a FOHB tal conduta constituiria infração à ordem econômica nos termos do art. 36, I e IV, c/c §3º, III, IV e IX, da Lei nº 12.529/2011. Como resultado, foi instaurado o Inquérito Administrativo nº 08700.005679/2016-13.

Em 27/03/2018, após negociações com a Superintendência-Geral, foram homologados Termos de Cessação de Condutas (TCCs) pelo CADE, nos quais as empresas se comprometiam a aplicar cláusulas mais brandas em seus contratos, obrigando somente que os canais de venda *online* dos hotéis não ofereçam condições mais vantajosas que as oferecidas pelo canal da OTA. A vigência do TCC foi estipulada em três anos, cabendo uma nova avaliação das condições do mercado após este prazo.

3.2. CELEBRAÇÃO DO TERMO DE CESSAÇÃO DE CONDUTA

Nesta seção, apresentamos o panorama do mercado de reservas *online* na época da instauração do procedimento investigativo, bem como os fundamentos que motivaram a celebração do TCC no Brasil.

3.2.1. Conjuntura do Mercado de Reservas *Online*

No passado, a busca por acomodações disponíveis e seus respectivos preços era especialmente onerosa aos consumidores que não quisessem utilizar os tradicionais serviços das agências físicas de viagem, uma vez que deveriam realizar diversas consultas aos hotéis dos destinos pretendidos. Ao fornecerem uma plataforma integrada de busca de acomodações, as *Online Travel Agencies* (OTAs) reduzem os custos de transação envolvidos, simplificando significativamente a tarefa de encontrar e reservar quartos em estabelecimentos hoteleiros. Dessa forma, este tipo de negócio constitui relevante exemplo das eficiências econômicas propiciadas pelas MSPs.

De modo geral, as OTAs podem ser conceituadas como plataformas multilaterais que interconectam hotéis e clientes. Sua receita é principalmente oriunda da cobrança de uma **taxa de comissão** que incide sobre o valor da reserva realizada pelo consumidor final. Esta taxa de comissão é previa e contratualmente estabelecida entre hotéis e plataformas.

Estas plataformas oferecem três funcionalidades complementares entre si: a **busca, comparação e efetivação de reserva** em estabelecimento hoteleiro. No modelo de negócios adotado, a OTA somente é remunerada com a execução da terceira funcionalidade. A obtenção de receita depende necessariamente da efetivação da transação por meio da plataforma. Como resultado, emerge a preocupação de que o usuário do serviço, após utilizar gratuitamente as funcionalidades de busca e comparação, efetive a reserva em outro canal de venda. Convencionou-se denominar este fenômeno de **efeito carona (do inglês, *free riding*)**. Visando eliminar o efeito carona, as OTAs passaram a celebrar com os hotéis participantes contratos dotados de **cláusulas de paridade**, também denominadas **cláusulas MFN (*most-favored nation clauses*)**⁵². As cláusulas de paridade impostas pelas OTAs estipulavam que o estabelecimento hoteleiro ficaria impedido de oferecer suas acomodações a preços e

52 . A denominação *most-favored nation* (MFN) deve-se ao fato de que tais cláusulas surgiram no contexto do comércio exterior entre Estados-nações.

condições mais vantajosas em qualquer outro canal de venda, incluindo empresas rivais e o próprio balcão do hotel. De acordo com as OTAs, o efeito carona constituiria um risco real à continuidade de seu modelo de negócio, pois reduziriam drasticamente as receitas auferidas e os investimentos na melhoria da prestação do serviço.

Apesar da justificativa das empresas do setor de que as cláusulas de paridade seriam vitais para a perpetuação do modelo de negócio, evidenciam-se claros efeitos anticompetitivos decorrentes de sua adoção. Os principais efeitos identificados na literatura são descritos a seguir.

Homogeneização de preços ao consumidor final. Geralmente, hotéis e consumidores finais utilizam os serviços de mais de uma OTA (comportamento do tipo *multi-home*). Além disso, as cláusulas de paridade constituem uma prática adotada por todo o mercado de reservas *online*. Logo, não seria economicamente interessante a um hotel negociar condições comerciais mais favoráveis com determinada plataforma a fim de ofertar preços menores, pois isto o impediria de utilizar os serviços de outra plataforma. Em termos práticos, com o intuito de divulgar suas acomodações por meio do maior número possível de OTAs, os hotéis acabam por oferecê-las a preços e condições uniformes em todas as plataformas. Isto repercute em uma homogeneização dos preços cobrados dos consumidores finais.

Elevação das barreiras de entrada no mercado de reservas *online*. A adoção de cláusulas de paridade também dificulta o surgimento de novos *players* no mercado. Suponha que uma nova OTA ingresse no mercado cobrando taxas de comissão mais baixas dos hotéis, o que propiciaria a oferta de preços mais atrativos aos consumidores finais. Esta estratégia de conquista de novos usuários fica completamente inviabilizada pelo sistema de cláusulas de paridade, pois aos hotéis interessa disponibilizar seus serviços por meio de uma abrangente rede de OTAs. Neste contexto, a contratação com um novo entrante que possibilite a cobrança de preços menores impediria o hotel de ofertar suas acomodações por meio de outras OTAs.

Falta de competitividade na determinação das taxas de comissão. Ao estabelecer determinada taxa de comissão, as OTAs possuirão reduzida preocupação sobre o preço ofertado para o consumidor final, pois as cláusulas de paridade garantem que preços menores não possam ser oferecidos em outros canais de venda. Assim, com a finalidade de não transigir o instrumento contratual, um aumento na taxa de comissão cobrada dos hotéis seria propagado aos outros canais de venda. Esta propagação de aumento é descrita na **figura 5**. Ademais, com o intuito de sustentarem preços competitivos na oferta de acomodações, determinados hotéis poderão apresentar resistência em repassar o aumento aos consumidores

finais, diminuindo sua respectiva margem de lucro, o que também seria economicamente ineficiente.

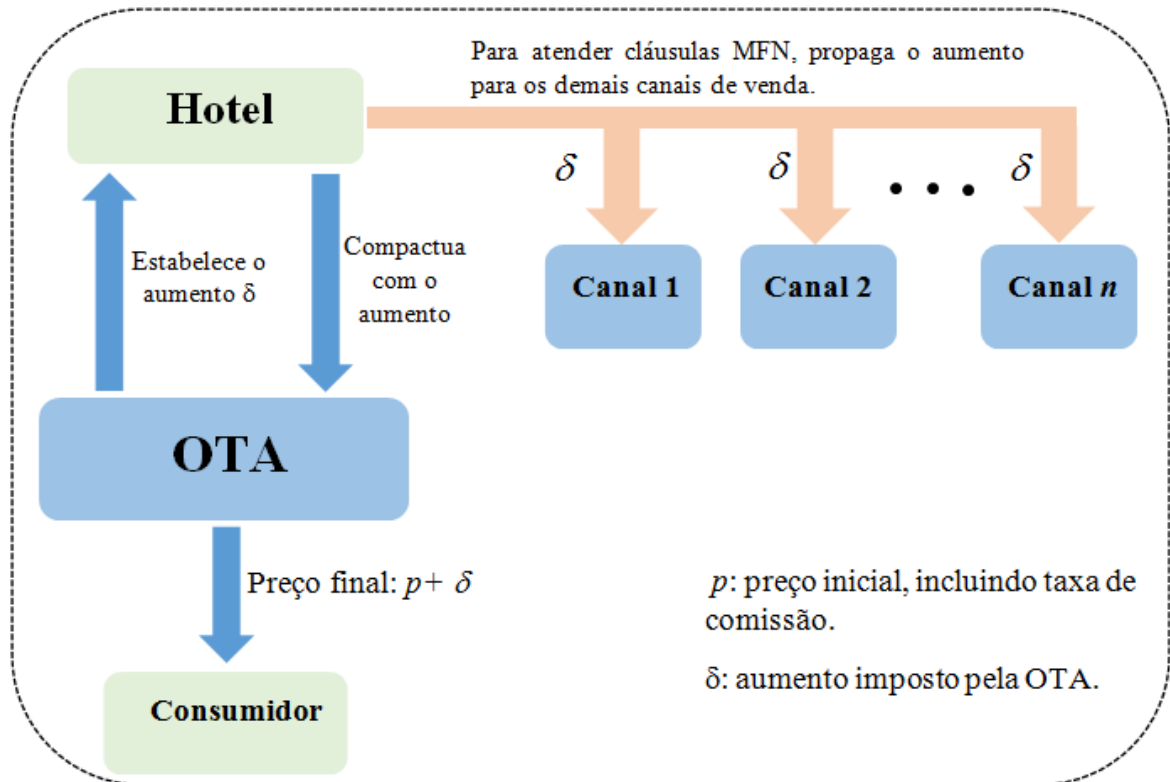


Figura 5: Propagação de aumento de preços em canais de venda decorrente de cláusulas MFN no mercado de reservas *online*.

Redução generalizada de competitividade no setor. Por terem conhecimento da disseminação das cláusulas de paridade em todo o mercado de reservas *online*, as OTAs não possuem incentivos para oferecer condições contratuais mais benéficas aos hotéis participantes, pois sabem que uma eventual mudança de preço deverá ser replicada a todas as outras OTAs.

Desta exposição, observa-se que a conjuntura do mercado de reservas *online*, à época em que fora submetido ao escrutínio de agências antitruste ao redor do mundo, sofria de vários efeitos anticompetitivos decorrentes de cláusulas contratuais impostas pelas OTAs aos hotéis.

3.2.2. Cláusulas MFN de escopo amplo (*wide clauses*) vs Cláusulas MFN de escopo reduzido (*narrow clauses*)

Podem ser identificadas duas categorias de cláusulas de paridade: **as de escopo amplo** (*wide clauses*) e as de **escopo reduzido** (*narrow clauses*).

As **cláusulas de escopo amplo** vedam que o hotel, utilizador dos serviços da plataforma, ofereça qualquer condição mais vantajosa em qualquer outro canal de venda. As condições mais vantajosas incluem: menores preços; maior disponibilidade de quartos; e qualquer outro produto/serviço que represente um incremento de valor sobre a pura reserva, como o oferecimento de cortesias. Dentre os canais de venda, estão incluídos: outras OTAs, agências de turismo tradicionais, e o próprio balcão do estabelecimento hoteleiro. Como pode ser facilmente verificado, no caso concreto submetido à investigação do CADE e de outras autoridades da concorrência ao redor do mundo, as cláusulas adotadas eram de escopo amplo.

As **cláusulas de escopo reduzido** vedam que o hotel ofereça preços e condições mais vantajosas em seu canal *online* (*website*), mas admitem que o faça em alguns canais específicos, tais como: canais *off-line* (balcão, telefone, entre outros), desde que não haja anúncios na Internet a respeito; em canais *online* para consumidores participantes de programas de fidelidade; e em outras OTAs.

Alguns anos antes de ser submetido ao CADE, o tema foi objeto de intenso debate e de rigorosa investigação por parte de autoridades da concorrência de países europeus, surgindo duas correntes: aqueles países que proíbem a celebração de qualquer espécie de cláusula de paridade no mercado de reservas *online*; e aqueles países que permitem a celebração de cláusulas de paridade de escopo reduzido no referido mercado.

A **primeira corrente**, capitaneada pela **Alemanha**, defende a inadmissão de qualquer tipo de cláusula de paridade. Em 2013, após procedimento investigativo a agência antitruste alemã (*Bundeskartellamt*) proibiu que a empresa HRS (*Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH*) utilizasse cláusulas de paridade de escopo amplo. Em 2015, após investigar as condutas das empresas Expedia e Booking.com, a agência alemã proibiu toda e qualquer espécie de cláusula de paridade no mercado de reservas *online*.

Os fundamentos da postura adotada pelo *Bundeskartellamt* são sucintamente elencados⁵³:

53 . BUNDESKARTELLAMT. Decision on Case B 9-121/13. Data da decisão: 22/12/2015. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-121-13.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

- As cláusulas de escopo restrito ainda representam uma restrição indevida à soberania de determinação de preços das empresas hoteleiras.
- As cláusulas de escopo restrito causam a deterioração do próprio canal de vendas *online* do hotel. Os demais canais de venda, aos quais a diferenciação de preços poderia ser aplicada, seriam de pouca importância prática para a empresa hoteleira. Desse modo, não haveria estímulos para que o hotel ofertasse, por meio das OTAs, preços inferiores aos oferecidos em seus respectivos *websites*, pois estaria prejudicando seu próprio canal de vendas *online*. De modo semelhante, neste cenário, também não seria estimulante às OTAs lhes oferecerem menores taxas de comissão e melhores condições contratuais.
- O cenário continuaria hostil a novos entrantes que tivessem por estratégia comercial ofertar menores taxas de comissão e melhores condições contratuais.
- A empresa Booking.com, objeto da investigação, não conseguiu demonstrar eficiências que justificassem as restrições verticais, nos termos do art. 101 (3) do TFEU⁵⁴. Em especial, a empresa não conseguiu demonstrar que a intensidade do efeito carona justificaria a adoção de cláusulas MFN.

A **segunda corrente**, capitaneada pelas agências antitruste de **Suécia, Itália e França**⁵⁵, acredita que o estabelecimento de cláusulas de paridade de escopo reduzido no mercado de reservas *online* seria uma medida capaz de simultaneamente mitigar os efeitos anticompetitivos e preservar o modelo de negócio das OTAs, prevenindo a ocorrência do efeito carona.

Esta corrente distingue dois tipos de paridade de preços: **a paridade de preços horizontal**, aquela que se verifica entre empresas que competem no mesmo mercado; e **a paridade de preços vertical**, aquela que se verifica entre empresas que competem em

54 . Segundo o dispositivo, um acordo entre empresas deve preencher os seguintes requisitos: (1) contribuir para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante; (2) não podem impor às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos; (3) não devem possibilitar a eliminação da concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

55 . Embora a autoridade da concorrência francesa fosse a favor das cláusulas de escopo reduzido, houve uma mudança legislativa na França que proibiu cláusulas MFN de qualquer espécie naquele país.

mercados distintos. No contexto do mercado de reservas *online*, a paridade de preços horizontal ocorre quando as OTAs praticam os mesmos preços e condições, e a paridade de preços vertical quando as OTAs e o *website* dos hotéis praticam os mesmos preços e condições. Segundo esta corrente, os danos à concorrência seriam causados essencialmente pela paridade horizontal entre as OTAs. Enquanto que a paridade vertical, existente entre a plataforma e o canal de venda *online* do hotel, seria uma medida necessária para a preservação do modelo de negócio das OTAs. Neste sentido, são ilustrativos os seguintes trechos da decisão da *Swedish Competition Authority* (SCA):

20. The contracts between hotels and Booking.com constitute vertical agreements, i.e. agreements between companies that are not competitors. The provision that hotels may not offer better prices via Booking.com's competitors than they do via Booking.com, the horizontal price parity, does, however, have an impact on the competition between Booking.com and other online travel agencies, in other words the competition between companies in the same relevant market. Restrictions on competition between companies that are competitors, known as horizontal restrictions, are in general more problematic for competition than vertical restrictions.

21. The price parity clauses in Booking.com's and other online travel agencies' contracts with hotels mean that the price of hotel rooms is the same on competing online travel agencies. Booking.com's price parity clause implies that increases in Booking.com's commission rate cannot lead to a higher room price on Booking.com than that available through its competitors, which means that Booking.com can raise its commission rate without losing customers to its competitors. The price parity clause, combined with the fact that hotels generally want to enlist on several competing platforms, thus implies that Booking.com has less incentive, than would otherwise be the case, to compete by offering hotels low commission rates. This risks leading to higher commission rates, which in turn risks leading to higher hotel room prices.

22. The Competition Authority has, in view of the above, found support for the conclusion that the clause stipulating price parity between Booking.com and its competitors restricts competition. The fact that Booking.com's competitors also apply horizontal price parity aggravates the situation and means that competition on prices and commissions between the online travel agencies is severely restricted.⁵⁶

Decorre deste raciocínio que a vedação às cláusulas de escopo amplo eliminaria a paridade horizontal, nociva à competição no mercado, pois propiciaria a diferenciação de preços entre as OTAs. Do mesmo modo, as cláusulas de escopo reduzido propiciariam a paridade vertical (paridade de preços entre as OTAs e *websites* dos hotéis), a qual seria necessária para mitigar o efeito carona.

56 . KONKURRENSVERKET. Decision on case n° 596/2013. Data da decisão:15/04/2015, parágrafos 20-22. Disponível em: http://www.konkurrensverket.se/globalassets/english/news/13_596_bookingdotcom_eng.pdf.

Em julho de 2015, a empresa Booking.com, de forma voluntária, ampliou a proposta de utilização de cláusulas de paridade de escopo reduzido a todos os países da União Europeia. A Expedia, segundo *player* do mercado, seguiu a mesma linha.

3.2.3. As cláusulas do TCC celebrado no Brasil

Considerando o estágio atual, no qual não é possível aferir com certeza a intensidade do efeito carona e seus reflexos para o modelo de negócios das OTAs, o CADE celebrou TCCs com as empresas investigadas, nos quais permitiu a utilização de cláusulas de paridade restrita. Houve a preocupação em se garantir a viabilidade do modelo de negócio desenvolvido pelas plataformas, ao mesmo tempo em que se mitigavam os principais problemas anticompetitivos, como o aumento das barreiras de entrada e homogeneização de preços entre as OTAs. Neste sentido, faz-se útil citar os seguintes trechos da Nota Técnica que balizou a decisão:

37. Do mesmo modo como concluiu o trio de autoridades antitruste europeias, bem como as autoridades da Oceania, esta SG entende que a adoção das cláusulas de paridade restrita, salvo melhor juízo, representa um ponto de equilíbrio entre as preocupações e motivações das partes postas, neste momento, em lados contrários. Por um lado, esta posição resguarda as OTAs no tocante ao risco dos atores presentes nos dois lados de suas plataformas, fornecedores e consumidores, adotarem um comportamento oportunista em detrimento da satisfação econômica decorrente do uso destas plataformas. Por outro, permite que os hotéis retomem a soberania sobre seus preços e condições comerciais, tudo em um ambiente de maior competição em benefício do consumidor.

(...)

45. Ademais, o presente acordo não se constitui uma assunção, por parte do Cade, de que a adoção de cláusulas de paridade restritas (*narrow clause*), conforme exceções previstas no presente TCC, não são prejudiciais à concorrência, mas tão somente que, no estágio atual de investigação, considerando os elementos disponíveis para a análise de potenciais efeitos, o acordo é a melhor solução para que se promova maior competição no mercado de reservas de acomodações online de maneira tempestiva.⁵⁷

A duração dos TCCs foi definida em 3 anos, possibilitando a revisão de seus termos ante o cenário competitivo futuro. Diante do cenário desconhecido, caracterizado pela dificuldade em se estabelecer a real intensidade do efeito carona alegado pelas OTAs, o CADE adotou uma postura cautelosa, optando por apenas restringir as cláusulas de escopo amplo de elevado teor anticoncorrencial e preservando as cláusulas restritas até que haja uma avaliação mais conclusiva.

57 . SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE. Nota Técnica Nº 9/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE. Brasília. Data: 02/12/2014.

3.3. ANÁLISE DO CASO

A natureza peculiar e inovadora presente nas plataformas multilaterais torna complexa a análise antitruste. A admissibilidade de cláusulas MFN no mercado de reservas *online* ilustra bem estas dificuldades. Podem ser identificados dois problemas relevantes enfrentados pelas primeiras agências antitruste às quais a controvérsia foi submetida: o **ineditismo da questão**, e a **ausência de dados empíricos** aptos a subsidiar sua tomada de decisão.

Tradicionalmente, as cláusulas de paridade (ou MFN) são encontradas em contratos de fornecimento de bens intermediários, nos quais o fornecedor firma o compromisso em ofertar ao comprador um preço não superior ao mais baixo ofertado a outros clientes. Neste contexto, as cláusulas de paridade são utilizadas para a fixação de preços e condições contratuais em transações comerciais futuras realizadas pelas partes contratantes. Constituem mecanismos voltados à proteção de investimentos e à estabilização de expectativas. Como se verifica, neste cenário convencional, as cláusulas de paridade afetam e vinculam tão somente as partes contratantes. No contexto das MSPs, isto se modifica. A plataforma atua como um intermediário que congrega dois grupos econômicos distintos (no caso concreto, hotéis e clientes). Ao adotar cláusulas de paridade em contratos celebrados com os hotéis, as OTAs estão afetando o preço e demais condições contratuais de transações envolvendo uma terceira parte, que não participou da avença, no caso os consumidores finais do serviço. Esta característica peculiar motivou o economista Paolo Buccirossi a diferenciar este tipo de acordo das cláusulas de paridade tradicionais, denominando-o ***Across-Platform Parity Agreement (APPA)***. Defende o economista italiano que as particularidades destas cláusulas contratuais tornariam inadequada a aplicação da literatura econômica existente sobre cláusulas MFN tradicionais. Em suas palavras:

A pricing arrangement that appears to be becoming widespread, in particular in the on-line industry is embedded in contractual clauses between a seller and an electronic trade platform by which the seller undertakes to charge on that platform a price that is not higher than the price charged on other platforms, including the new entrants. These agreements have not been studied formally in the economic literature. (...)

A MFN is a clause normally embedded in long-term contracts between two firms for the provision of intermediate goods or raw materials whereby the supplier undertakes to apply to the buyer the best price conditions among those applied to any other buyer. Although some similarity exists between MFNs and APPAs, the two have to be distinguished and it would be wrong to derive clear policy implications from the literature on MFNs. The main difference between the two arrangements is that with a MFN clause the parties discipline the price of their own transaction, whereas with an APPA, the parties agree on a pricing obligation that

does not concern their transaction but rather a transaction that one of them (the seller) will conclude with a party outside the agreement (the buyer).⁵⁸

Constata-se que o instrumento contratual adquire novos contornos e efeitos quando aplicado aos mercados multilaterais, de modo que seria plenamente possível afirmar que se trata de situação inédita, para a qual o conhecimento existente acerca de mercados unilaterais apresenta-se como inócuo. Este ineditismo colocou como desafio às agências antitruste o desenvolvimento de uma nova abordagem, que fosse apropriada à resolução da controvérsia.

A ausência de dados empíricos constituiu outra dificuldade presente no caso. As autoridades da concorrência possuíam a complexa tarefa de prever os efeitos de uma eventual proibição de cláusulas de paridade de qualquer espécie no mercado de reservas *online*. Em outras palavras, deveriam determinar se as cláusulas de paridade seriam uma forma idônea de abrandar o efeito carona, nocivo ao modelo de negócio das OTAs. No entanto, não havia informações empíricas disponíveis para averiguar em que grau o canal disponibilizado pela OTA seria substituível pelo canal *online* disponibilizado pelo próprio hotel. Dessa forma, havia uma dificuldade em se determinar o comportamento da demanda e, conseqüentemente, a real intensidade do efeito carona alegado pelas *online travel agencies*. A ausência de dados se deveu, principalmente, a dois fatores: o caráter recente do mercado de reservas *online*, e a disseminação generalizada das cláusulas de paridade de escopo amplo em todo o mercado.

Diante da conjuntura caracterizada pelo ineditismo e pela carência de dados empíricos, apresenta-se como completamente compreensível o surgimento de duas correntes acerca da admissibilidade das cláusulas MFN no mercado de reservas *online*. O único consenso entre as várias agências foi o de que as cláusulas MFN de escopo amplo possuem nítidos efeitos anticompetitivos e, por isso, deveriam ser extirpadas do quadro jurídico. Assim, era praticamente nula a probabilidade de que o CADE compactuasse com sua manutenção no Brasil. Possivelmente, isto motivou o requerimento de celebração de TCC realizado pela empresa Booking.com, no qual se comprometeu a adotar cláusulas MFN de escopo reduzido.

Conforme exposto anteriormente, o CADE filiou-se à corrente que acredita que a implementação de cláusulas de paridade de escopo restrito constitui medida adequada e suficiente para eliminar os principais efeitos anticompetitivos envolvidos. Compactuamos com o posicionamento da autoridade brasileira. Adotamos o entendimento de que a paridade

58 . BUCCIROSSI, Paolo. Background Note. In OECD, Policy Roundtables - Vertical Restraints for On-Line Sales. 2013, pp. 21-22. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf

horizontal entre as OTAs constitui a principal fonte dos problemas concorrenciais relatados, uma vez que permitia uma verdadeira cartelização do setor. A adoção de cláusulas de escopo reduzido resolveria este problema, além de permitir a perpetuação do modelo de negócio das OTAs. Outro fator que corrobora a decisão do CADE reside no fato de que inexistem dados empíricos sobre o comportamento da demanda dos usuários finais do serviço e, por isso, não haveria como se determinar a intensidade do efeito carona. Decorre deste raciocínio que a medida mais plausível consistiria em adotar o posicionamento menos drástico e interventivo, consubstanciado na admissibilidade de cláusulas de escopo restrito. O posicionamento mais rigoroso somente se justificaria em caso de frustração na aplicação da medida menos gravosa.

Conforme relatado anteriormente, as empresas Booking.com e Expedia iniciaram a adoção de cláusulas de escopo restrito no âmbito da União Europeia a partir de julho de 2015. Com o intuito de monitorar o mercado após esta modificação, a *European Competition Network* (ECN) realizou, em 2016, uma pesquisa envolvendo hotéis de dez países europeus⁵⁹. A conclusão da entidade foi a de que, em um contexto geral, as duas medidas (proibição de qualquer espécie de cláusulas MFN e admissão de cláusulas MFN de escopo restrito) propiciaram uma crescente diferenciação de preços de acomodações nos canais de venda. Logo, as medidas foram benéficas para conter a cartelização do setor. Todavia, devido às limitações da pesquisa, não foi possível realizar um estudo comparativo sobre as duas medidas. Em consequência, não foi possível concluir sobre qual seria o posicionamento mais apropriado.

Na pesquisa, 79% dos hotéis respondentes afirmaram que não realizaram a diferenciação de preços entre as OTAs. Destes, a maioria (53%) respondeu que não diferenciou os preços por não vislumbrar razões para isso. Surpreendentemente, o segundo motivo mais frequentemente alegado para a não diferenciação de preços foi a existência de vedações contratuais (33%). Isto indica que, possivelmente, os respondentes não sabiam que as cláusulas de escopo amplo (*wide clauses*) haviam sido banidas na União Europeia. De qualquer forma, este dado revela a nocividade das cláusulas de escopo amplo para o mercado em questão. Empatado em segundo lugar, alegou-se como motivo o receio de sofrer penalizações por parte das OTAs. Este receio estaria fundamentado na possibilidade de a

59 . EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN). Report on the monitoring exercise carried out in the hotel booking sector by EU competition authorities in 2016, 2017. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf. A pesquisa envolveu os seguintes países: Hungria, Irlanda, Holanda, Suécia, Reino Unido, Alemanha, França, República Tcheca, Bélgica e Itália.

OTA ranquear mal o hotel, exibindo-o aos usuários do serviço no final da lista. Os resultados da pesquisa com as respostas dos hotéis em relação às razões para não diferenciar preços entre as OTAs encontram-se ilustrados na **figura 6**.

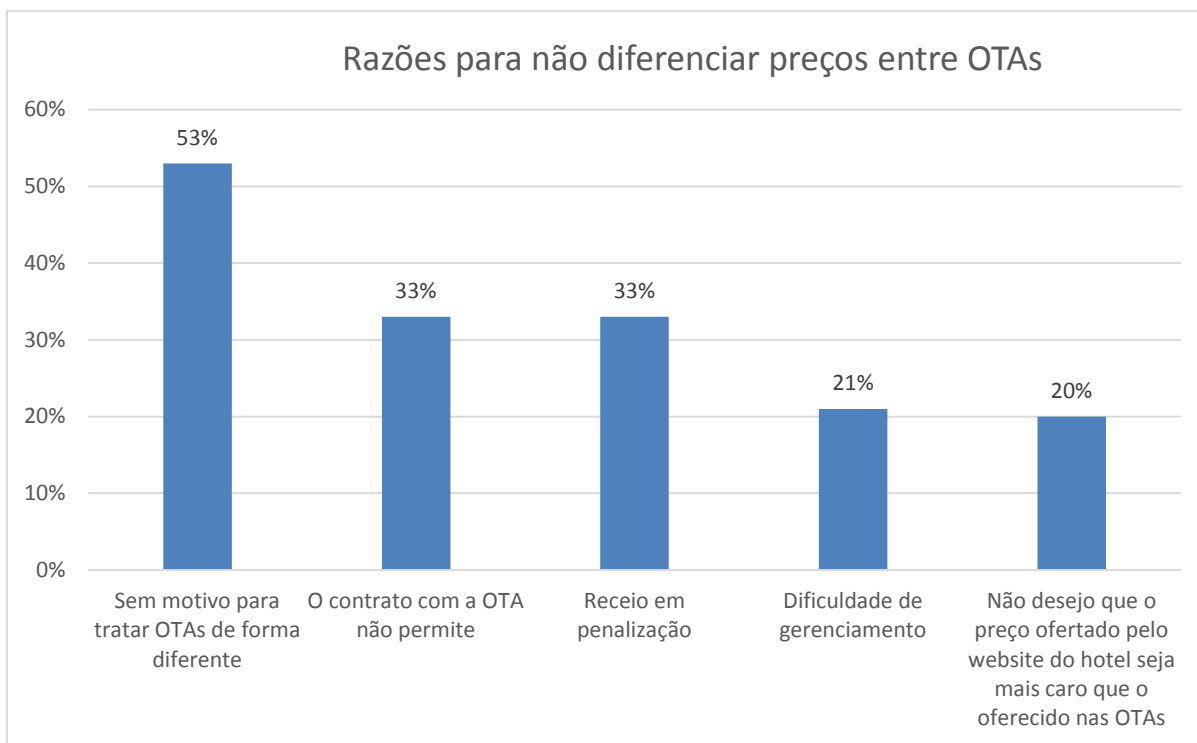


Figura 6: Razões para não diferenciar preços entre OTAs⁶⁰.

Em relação aos hotéis que responderam implementar a diferenciação de preços entre as OTAs (21% do total de respondentes), os resultados foram interessantes. A maioria (54%) alegou como motivo o aumento de visibilidade (34%), seguida da taxa de comissão reduzida. Estes dados revelam como a extirpação das cláusulas de escopo amplo permitiu a negociação de condições contratuais diferenciadas entre hotéis e OTAs. Como se verifica da pesquisa, em troca de um melhor posicionamento do hotel no *ranking* disponibilizado pela plataforma ao usuário final, o hotel pode ofertar menores preços. Depreende-se que a eliminação da paridade horizontal entre as OTAs, favoreceu o surgimento de novas possibilidades contratuais entre hotéis e plataformas. Estes resultados estão ilustrados no gráfico da **figura 7**.

60 . EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN), *op.cit.*, p. 10.

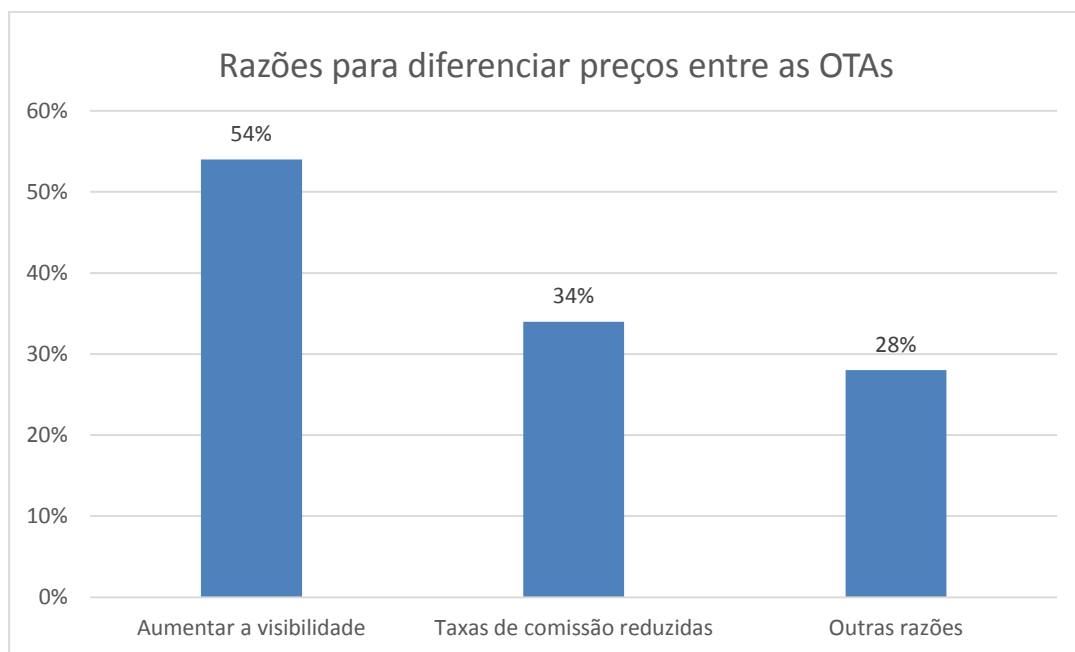


Figura 7: Razões para diferenciar preços entre OTAs⁶¹.

Conforme a pesquisa⁶², nos países França e Alemanha, nos quais as cláusulas MFN foram completamente banidas, uma quantidade um pouco maior de hotéis respondeu diferenciar preços entre as OTAs (27%). No entanto, esta informação não foi confirmada pela análise computacional de dados colhidos das principais plataformas de reserva *online*. O grupo de trabalho da ECN, que realizou esta análise, não detectou diferenças substanciais entre os Estados-membros participantes.

Assim, não se vislumbram resultados empíricos que desacreditem o posicionamento do CADE e de outras autoridades que admitem cláusulas de escopo reduzido. Contudo, um aspecto do Termo de Cessação de Conduta celebrado no Brasil merece críticas. Não se localizou qualquer cláusula que impedisse a plataforma de utilizar seu algoritmo de ranqueamento como forma de aumentar seu poder de barganha. Neste mercado, as OTAs podem ranquear mal os hotéis que não lhes ofertem os melhores preços como forma de punição. A pesquisa realizada em 2016 pela ECN demonstra o temor dos hotéis em relação a tal possibilidade. Ao estudarem o caso decidido pela *Swedish Competition Authority* (SCA), Iacovides e Jeanrod⁶³ enfatizam a necessidade de tratamento desta questão. Como colocado pelos autores, haveria a possibilidade de que os **algoritmos de ranqueamento das OTAs**

61 . EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN), *op.cit.*, p. 11.

62 . Idem, p. 11.

63 .IACOVIDES, Marios C., JEANROND, Jakob Overcoming methodological challenges in the application of competition law to digital platforms—a Swedish perspective. *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 6, issue 3, 2018, p.8.

fossem utilizados como **mecanismo de premiação ou punição** de hotéis. No caso sueco, foi explicitamente firmado compromisso pela empresa Booking.com de não utilização de seu sistema de ranqueamento com tal finalidade. Isto se extrai da cláusula 4.1.3 do acordo celebrado com a SCA:

4. Equivalent measures:

(...)

(iii) Booking.com's ranking algorithm will not take into account directly whether an accommodation refuses to enter or does not comply with Price Parity, Conditions Parity and/or Availability Parity.⁶⁴

O cerne do presente caso consistia em determinar a essencialidade das cláusulas MFN para a sobrevivência do modelo de negócios das OTAs. Confirmando-se a essencialidade das cláusulas, caberia ao órgão decisor verificar se as restrições competitivas advindas de sua adoção seriam suplantadas pelas eficiências econômicas trazidas pelas OTAs ao setor de hospedagens. Todavia, esta tarefa se apresentou como extremamente complexa, pois envolveria a comparação entre duas estruturas de mercado significativamente distintas: o canal *online* dos hotéis, que possui característica unilateral, e as OTAs, que são plataformas multilaterais. Conforme elucidado ao longo deste capítulo, este estudo comparativo ficou inviabilizado devido à carência de dados empíricos e à própria natureza inovadora do negócio analisado.

Por fim, deve-se ressaltar que os efeitos das cláusulas MFN de escopo reduzido permanece um problema em aberto para economistas e juristas. Com a diversificação do mercado, havendo países que permitem ou excluem as cláusulas de paridade restrita, será possível abastecer as agências antitruste com os dados necessários para tratar a questão.

Este caso é emblemático no sentido de demonstrar a complexidade na análise antitruste de plataformas multilaterais. Em especial, a principal dificuldade reside em definir em que grau o canal disponibilizado pela plataforma seria substituível pelo canal *online* do próprio hotel. Consideramos que a abordagem adotada pelo CADE foi correta. Ante o cenário de incerteza, a medida adotada possibilita a mitigação dos efeitos anticoncorrenciais mais danosos, ao mesmo tempo em que garante a viabilidade econômica das OTAs. Como visto no caso Microsoft abordado no capítulo 1, determinadas decisões podem ser precipitadas e conduzir a intervenções indevidas e inócuas no ambiente competitivo.

64 . KONKURRENSVERKET, *op. cit.*, p. 15.

CAPÍTULO 4. CASO UBER

Este capítulo trata do Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo nº 08700.008318/2016-29 instaurado pelo CADE com o objetivo de apurar denúncias acerca de supostos ilícitos concorrenciais cometidos pela empresa Uber. Neste caso, se evidencia de forma contundente a necessidade de utilização de uma análise antitruste diferenciada quando a empresa sob investigação for uma plataforma multilateral. Determinadas condutas consideradas infrações concorrenciais em mercados tradicionais podem ser economicamente eficientes e constituir parte da essência de determinada plataforma multilateral.

4.1. DESCRIÇÃO DO CASO (PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO DE INQUÉRITO Nº 08700.008318/2016-29)

Em virtude de duas denúncias, o CADE instaurou procedimento investigativo que visava apurar supostas práticas anticoncorrenciais cometidas pela empresa Uber.

A primeira denúncia, protocolada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em 14/12/2016, acusava o Uber de formação de cartel e de influência à adoção de conduta uniforme. Estas condutas estariam configuradas quando o Uber fixa o valor dos preços das viagens e demais condições.

A segunda denúncia, protocolada por cidadão pelo canal *SG-Clique Denúncia* em 20/12/2016, alegava que os motoristas utilizadores do sistema estariam manipulando indevidamente o algoritmo dinâmico de determinação de preços. Especificamente, os motoristas estariam desligando o aplicativo propositalmente em determinados horários com o intuito de provocar aumentos artificiais de preço.

Concluído o procedimento investigativo, a Superintendência-Geral do CADE decidiu em 02/10/2018 pelo arquivamento do processo em razão de não haver indícios suficientes que apontem infração à ordem econômica. Como não houve avocação pelo Tribunal Administrativo do CADE no prazo regimental, o processo foi definitivamente arquivado, o que não prejudica futuras investigações no caso de aparecimento de novos indícios.

4.2. FUNDAMENTOS DA DECISÃO

Nesta seção, revisamos os principais fundamentos explicitados na Nota Técnica Nº 26/2018/CGAA4/SGA1/SG/CADE, a qual embasou a decisão de arquivamento do processo.

Os possíveis ilícitos concorrenciais seriam dois: a prática de **cartel do tipo *hub and spoke*** (incisos I e II do §3º do art. 36 da Lei nº 12.529/2011); e a **influência à adoção de conduta uniforme** (inciso II, §3º, do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011). Estas infrações têm sido consideradas pelo CADE como ilícitos concorrenciais por objeto e analisadas sob a **regra *per se***. Considerando-se tratar de um mercado inovador e que intervenções inadequadas poderiam resultar em danos, a SG decidiu pela aplicação da **regra da razão**.

4.2.1. Cartel do tipo *hub and spoke*

Preliminarmente, a autoridade brasileira da concorrência definiu a empresa Uber, objeto da denúncia, como atuante no **mercado de ERTs (empresas de rede de transporte)**⁶⁵. A expressão abarca empresas cuja atividade finalística consiste em conectar tomadores e prestadores do serviço de transporte particular. Depreende-se desta informação que o Uber atua em mercado distinto dos motoristas que utilizam seu aplicativo. Assim, estaria descaracterizado um cartel tradicional, pois não se poderia falar em acordo horizontal entre os agentes econômicos envolvidos (Uber e motoristas).

Restou analisar se haveria a configuração de um possível **cartel do tipo *hub and spoke***. Este tipo de cartel consiste em um arranjo vertical, no qual um agente facilitador atua como um *hub*, possibilitando a comunicação de informações sensíveis e estratégias de negócio por parte de empresas concorrentes. Logo, coube à SG analisar se o Uber atuaria como um *hub*, possibilitando a atuação concertada de motoristas.

Para que haja um cartel *hub and spoke*, três requisitos devem ser cumulativamente satisfeitos⁶⁶: (1) a interação entre os agentes econômicos deve objetivar a atuação coordenada dos concorrentes no mercado; (2) deve haver demonstração de interesse das empresas

⁶⁵ . Como consta na nota técnica, a expressão foi adaptada do inglês TNC (*Transportation Network Company*). Este termo foi utilizado pela legislação norte-americana que regulamentou esta modalidade de serviço. No Brasil, o serviço foi regulamentado pela Lei Federal nº 13.640/2018, denominando-se “transporte remunerado privado individual de passageiros”. A referida lei denomina as empresas prestadoras desse serviço como “plataformas de comunicação em rede”. Para maiores informações: SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE. Nota Técnica Nº 26/2018/CGAA4/SGA1/SG/CADE. Brasília: 02/10/2018. Parágrafo 24.

⁶⁶ . SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE, *op. cit.*, parágrafo 72.

concorrentes em atuar coordenadamente; (3) deve haver a comunicação de informações comercialmente sensíveis entre os concorrentes por meio do *hub*.

No caso em epígrafe, constatou-se que a conduta do Uber possui como finalidade a padronização dos serviços de transporte disponibilizados aos passageiros. A empresa não oferece a funcionalidade de comunicação direta entre motoristas. Desse modo, não se pode falar em troca de informações comerciais sensíveis por intermédio da plataforma, ficando assim descaracterizado o enquadramento de cartel *hub and spoke*. Neste sentido, é elucidador o seguinte trecho da nota técnica:

93. Quanto à possível existência de um cartel *hub and spoke*, deve-se destacar que:

- i. a Uber não atua para que seus motoristas parceiros se comuniquem entre si. Ou seja, a comunicação entre os mesmos, se ocorrer, se dá por utilização de outro meio;
- ii. o fato de os motoristas parceiros aceitarem os termos estabelecidos pela Uber não deve ser interpretada como indício suficiente para configuração de um acordo entre aqueles. Em outras palavras, a aceitação dos termos da Uber pelos motoristas parceiros estabelece uma relação meramente contratual entre a Uber e cada um de seus motoristas parceiros. Assim, não é possível vislumbrar-se qualquer acordo entre os motoristas parceiros em razão disso; e
- iii. não existe o objetivo de colusão centralizado na Uber. A suposta uniformidade de conduta, especialmente relacionada ao preço, é oriunda do modelo de negócios Uber.⁶⁷

Portanto, por não haver uma subsunção entre a conduta do Uber e a prática de cartel, seja horizontal ou *hub and spoke*, não houve a necessidade de realização de uma análise de eficiências. A uniformização de preços e padronização dos serviços estariam mais próximas de outra infração à ordem econômica: a influência à adoção de conduta comercial uniforme, assunto da próxima seção.

4.2.2. Influência à Adoção de Conduta Comercial Uniforme

A infração de **influência à adoção de conduta comercial uniforme** ocorre quando um agente econômico induz outros a utilizarem estratégias comerciais praticamente idênticas. Enquanto que a configuração de cartéis *hub and spoke* necessita da troca de informações concorrenciais sensíveis e da existência de um acordo entre as partes, tais elementos não são exigidos para a verificação da influência à adoção de conduta comercial uniforme.

67 . SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE, *op. cit.*, parágrafo 93.

Como parte da análise, a SG confeccionou um comparativo sobre o grau de controle exercido pelo Uber em relação aos agentes econômicos oferecedores do produto ou serviço. Na **tabela 2**, a ERT é comparada ao Airbnb, que conecta tomadores e prestadores do serviço de hospedagem, e ao Mercado Livre, que conecta compradores e vendedores de produtos variados.

Característica	Uber	Airbnb	Mercado Livre
Estabelece o preço do serviço ou produto oferecido.	Sim	Não	Não
Controla as formas de pagamento por meio da plataforma.	Sim	Sim	Sim
Mantém funcionalidades que permitem os consumidores a opinar sobre o serviço ou produto fornecido.	Sim	Sim	Sim
Estabelece requisitos mínimos para o serviço ou produto ofertado.	Sim	Não	Não

Tabela 2: Comparativo entre a forma de funcionamento da Uber, do Airbnb e do Mercado Livre⁶⁸.

Da leitura da tabela, constata-se o elevado controle exercido pelo Uber sobre os oferecedores do serviço de transporte. A ERT promove a fixação dos preços cobrados dos passageiros e a padronização e controle de qualidade do serviço ofertado. Assim, a partir de uma abordagem superficial, a atuação da empresa poderia ser caracterizada como anticoncorrencial, pois provocaria a homogeneização dos serviços prestados pelos motoristas parceiros, neutralizando os diferenciais competitivos entre eles. Ressalte-se que a influência à adoção de conduta uniforme é definida pelo CADE como **ilícito concorrencial por objeto** e, geralmente, a autarquia não realiza uma ponderação das eficiências para esta espécie de conduta, limitando-se a declará-la ilegal *per se*. Todavia, verificando-se tratar de um mercado inovador e que determinadas intervenções poderiam ser danosas ao ambiente econômico e social, a SG decidiu pela aplicação da regra da razão, conforme se lê da nota técnica:

68 . SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE, *op. cit.*, quadro 2.

106. Além disso, o fato de o modelo de negócios das ERTs ser bastante inovador e recente faz com que a atuação de agências antitruste nesses mercados seja ainda mais cautelosa. Em primeiro lugar, porque uma atuação excessiva e imprudente pode acabar criando barreiras excessivas e indesejadas que desencorajem, por conseguinte, o surgimento de negócios inovadores. Em segundo lugar, porque um eventual *enforcement* em tais mercados deve sopesar, de maneira detalhada, as preocupações antitruste e os possíveis benefícios gerados ao consumidor.⁶⁹

Cabia então à Superintendência-Geral avaliar se a restrição competitiva decorrente da uniformização de preços entre os motoristas utilizadores do aplicativo seria superada pelas eficiências trazidas pelo novo modelo de negócio implementado pelas ERTs. As eficiências identificadas pelo órgão em sua atividade investigativa são descritas nas próximas linhas.

Em primeiro lugar, o órgão analisou os critérios utilizados pela plataforma para a obtenção dos preços. Verificou que a precificação das viagens obedece a critérios objetivos como: distância percorrida, tempo estimado e, em determinadas situações, a oferta e demanda pelo serviço⁷⁰. Por se basear em variáveis objetivas, a SG considerou razoável e racional a estrutura de preços utilizada pela plataforma.

Em seguida, analisaram-se as transformações ocorridas no setor de transporte de passageiros. Observou-se que o ingresso das ERTs no Brasil propiciou uma pressão competitiva não somente sobre o serviço de táxi, como também em outros modais de transporte. Especificamente em relação aos táxis houve uma significativa retração dos preços, conforme atesta estudo⁷¹ realizado pelo Departamento de Estudos Econômicos do CADE, o qual se encontra citado na nota técnica da SG. Considerando-se todo o Brasil, o estudo aponta uma redução de 7,8% no valor cobrado por quilômetro rodado. Em capitais do Sul, Sudeste e Centro-Oeste, a redução foi de aproximadamente 12%.

Em relação à polêmica envolvendo o multiplicador de preços em situações envolvendo desequilíbrios entre a oferta e demanda pelo serviço, o órgão observou que a sua aplicação ocorre de forma transparente a todos os agentes envolvidos (passageiros e motoristas), com a possibilidade de visualização das áreas afetadas pelo multiplicador.

69 . SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE, *op. cit.*, parágrafo 106.

70 . Em situações nas quais, há uma maior demanda do que oferta pelo serviço de transporte, o algoritmo de preços do Uber aplica um fator multiplicador que aumenta o valor da corrida. Segundo a empresa, esta medida visa a atrair mais motoristas para estes locais. Com a estabilização entre oferta e demanda, os preços retornariam aos patamares normais.

71 . RESENDE, Guilherme M.; LIMA, Ricardo C. de A. Documento de Trabalho nº 001/2018 – Efeitos Concorrenciais da Economia do Compartilhamento no Brasil: A entrada da Uber afetou o mercado de aplicativos de táxi entre 2014 e 2016? *Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, 2018, p. 38.

Ademais, o órgão corroborou a defesa do Uber segundo a qual a prática traduziria o princípio microeconômico de ajuste de preços em razão de variações da oferta e da demanda. Logo, supondo-se o deslocamento de motoristas para o local, haveria um equilíbrio entre oferta e demanda e os preços retornariam aos patamares normais. Por fim, constatou que os possíveis efeitos negativos da prática seriam mitigados pela existência de outros *players* no mercado aliada à característica *multi-home* do serviço.

Após a referida análise, o órgão concluiu que as eficiências trazidas pelo modelo de negócios das empresas de rede de transporte suplantam os efeitos anticoncorrenciais gerados pela uniformização das condutas dos motoristas.

126. A partir do exposto, é possível concluir que:

- i. o fato de ERTs, como, por exemplo, a Representada, definirem os preços a serem cobrados pelas corridas realizadas por seus motoristas parceiros assemelha bastante tal prática à conduta anticompetitiva de influência à adoção de conduta comercial uniforme;
- ii. apesar disso, a presença desse modelo de negócios no mercado trouxe, até o momento, benefícios ao consumidor; e
- iii. mesmo as eventuais incidências do multiplicador de preço pela Uber não parecem ser capazes de afastar tais benefícios em razão de serem transparentes e, sobretudo, da atual concorrência verificada entre as ERTs, permitida em razão da adoção do modelo *multi-homing*.

Em síntese, a SG evidenciou que a inserção das empresas de redes de transporte foi benéfica para o setor de transporte de passageiros, afastando a configuração de infrações à ordem econômica.

4.2.4. Manipulação do Algoritmo por Motoristas

Houve a denúncia proveniente de cidadão de que motoristas utilizadores da plataforma estariam simultaneamente se desconectando do aplicativo para ativar o fator multiplicador sobre os preços das viagens. Em outras palavras, estavam provocando desequilíbrios artificiais entre a oferta e demanda com a finalidade de auferir maiores lucros. O conjunto probatório disponibilizado pelo cidadão consistia em *prints* de grupos de WhatsApp, por meio dos quais os motoristas orquestravam o cometimento do ilícito.

A SG concluiu que a conduta, se confirmada, configuraria um cartel horizontal entre os motoristas do aplicativo. Todavia, considerou o conjunto probatório frágil e que não haveria elementos suficientes para o prosseguimento da investigação sobre esta denúncia. Ao

final da nota técnica, foi sugerido pelo órgão a implementação de programas de *compliance* voltados aos motoristas.

4.3. ANÁLISE DO CASO

Este caso é bastante instrutivo no sentido de demonstrar a necessidade de uma análise antitruste que comporte as peculiaridades das plataformas multilaterais, evitando-se o cometimento de intransigências ao desenvolvimento econômico e às inovações do mercado.

Na primeira parte desta análise, devemos abordar a definição do mercado relevante e as características das MSPs que, como o Uber, atuam neste mercado. Diferentemente do que possa inferir o senso comum, o Uber não constitui uma empresa cuja atividade finalística seja o fornecimento do serviço de transporte. A atividade fim da empresa consiste em promover a interconexão entre passageiros e motoristas, possibilitando eficiências econômicas que transcendem a redução dos custos de transação⁷². O Uber não possui frota de veículos próprios, nem motoristas em seus quadros funcionais. Trata-se de uma MSP que fornece uma infraestrutura tecnológica apta a congregar pessoas que desejam contratar o serviço de transporte particular e pessoas que desejam fornecer este serviço. Portanto, o mercado relevante é aquele constituído por plataformas que fornecem esta mesma funcionalidade. Na nota técnica que embasou o arquivamento do processo, a Superintendência-Geral do CADE acertadamente denominou as empresas atuantes neste mercado de **ERTs (empresas de redes de transporte)**, no sentido de que a atividade desempenhada por tais empresas fundamenta-se na criação de uma rede por meio da qual interagem dois grupos de agentes econômicos: passageiros e motoristas.

Uma vez definido o mercado relevante, convém verificar suas características. As empresas de rede de transporte são do tipo *multi-home* para ambos os grupos de clientes. É comum que passageiros e motoristas utilizem mais de um aplicativo (Uber, Cabify, 99 Taxi) conforme a conveniência do momento, que pode incluir desde o preço ofertado pela viagem até possíveis condições diferenciais de transporte. Outra característica reside no fato de que estas plataformas possuem como fonte remuneratória a efetivação de transações,

72 . Por atuarem no segmento de economia compartilhada (*sharing economy*), empresas como o Uber permitem a otimização no uso de recursos ociosos, no caso particular, de veículos automotores. De forma similar, a empresa Airbnb propicia a otimização de uso de bens imóveis. Assim, além de propiciarem a redução de custos de transação, estas empresas permitem o melhor aproveitamento de recursos. Outro benefício se verifica na pressão competitiva que estas MSPs causaram a serviços tradicionais de hotelaria (no caso do Airbnb) e transporte (no caso do Uber).

diferentemente de plataformas que se remuneram pela afiliação de clientes. Do valor desembolsado pelo passageiro para a realização de uma viagem, extrai-se um percentual destinado à plataforma, o qual, na prática, funciona como uma **taxa de uso** (*usage fee*). Portanto, trata-se de mercado no qual há um grau apreciável de competição entre seus principais *players*.

Como se verificou no caso concreto, cabia à autoridade antitruste brasileira definir se haveria a configuração das condutas de cartel *hub and spoke* e de influência à uniformização de condutas. Ao final, o CADE decidiu pelo arquivamento do procedimento investigativo. Segundo nosso entendimento, esta decisão foi correta. Deve-se destacar a metodologia empregada pela autarquia na análise do caso. Ao invés de valer-se da experiência relativa a modelos de negócios tradicionais, a entidade aplicou a **regra da razão**, realizando um sopesamento das eficiências propiciadas pela plataforma investigada. Assim, a decisão do órgão foi pautada fundamentalmente nos benefícios econômicos advindos do modelo de negócios das ERTs.

Contudo, devemos enfatizar que alguns aspectos não foram abordados na nota técnica, a saber: a essencialidade das condutas investigadas para o modelo de negócios das ERTs, bem como não foram descritas várias eficiências decorrentes das práticas comerciais destas plataformas. Estes aspectos serão delineados a seguir.

A questão mais proeminente da controvérsia seria a prática de fixação de preços pela plataforma. Os denunciante alegavam a formação de um cartel de motoristas particulares, cujos preços seriam fixados pelo Uber, que atuaria como um agente facilitador do conluio. Esta conduta não deve ser interpretada como um ilícito concorrencial por duas razões principais: em primeiro lugar, a fixação dos preços de viagens integra a própria essência do modelo de negócio adotado pelas ERTs; em segundo lugar, a referida prática constitui uma fonte de eficiências econômicas.

Sendo uma plataforma multilateral, o Uber necessita formar uma massa crítica de agentes econômicos provenientes de dois grupos distintos (motoristas e passageiros). A definição de preço constituiria um importante mecanismo de tomada de decisão para os integrantes destes dois grupos. O passageiro poderá optar pela plataforma que lhe ofereça o menor preço, enquanto que o motorista poderá optar pela plataforma que lhe ofereça a maior rentabilidade⁷³. Em consequência, uma dada ERT pode adotar a fixação de preços como

73 . Uma maior rentabilidade pode advir de um valor mais alto cobrado pela corrida, como de uma menor taxa cobrada pela plataforma.

estratégia de aumento de sua base de usuários, podendo, por exemplo, estabelecer valores promocionais para passageiros ou uma maior rentabilidade para motoristas. Empresas deste segmento devem competir por usuários de dois grupos consumidores. Um decréscimo na quantidade de passageiros torna a plataforma menos atrativa a motoristas; enquanto que um decréscimo na quantidade de motoristas provoca maior tempo de espera, reduzindo sua atratividade a passageiros. Dessa forma, as ERTs devem ser capazes de promover o equilíbrio das demandas a que atendem. Para que isso ocorra, devem ter controle sobre a estrutura de preços. Estas plataformas devem ser capazes de implementar uma precificação eficiente que lhes permita atrair clientes em ambos os lados. Decorre deste raciocínio que a referida prática constitui elemento essencial de seu modelo de negócio. Sua proibição ameaçaria a própria existência das ERTs.

Outro aspecto relevante se encontra nas eficiências inerentes à própria transação. Primeiramente, a definição de preços por um terceiro (plataforma), anteriormente à corrida, torna as transações mais eficientes e confiáveis. Uma ampla liberdade de estabelecimento de preços individuais aos motoristas poderia repercutir em um cenário hostil aos passageiros e diminuir a confiabilidade dispensada ao serviço. Ao se delegar a tarefa de precificação à plataforma, elimina-se a possibilidade de comportamentos oportunistas por parte de motoristas e passageiros e cria-se um ambiente mais propício à efetivação das transações. Outro aspecto que merece destaque reside no fato de que a prática adotada pelas ERTs resolve o problema da assimetria de informações existente no serviço de táxi. Esta assimetria informacional entre passageiros e motoristas de táxi é fonte de insatisfação e crises de confiabilidade em relação ao serviço. Uma grande prova do êxito das ERTs é a utilização pelos próprios serviços de táxi de aplicativos que informam antecipadamente o valor cobrado por determinado trajeto.

Em relação à acusação de influência à adoção de conduta uniforme, outras importantes considerações devem ser realizadas. Frequentemente, para sustentar esta acusação, faz-se referência ao fato de que o Uber exerce significativo controle em relação aos motoristas utilizadores do aplicativo, o que compreende: precificação, controle de forma de pagamento, pesquisas de avaliação sobre o serviço prestado, e a fixação de requisitos mínimos para a prestação do serviço. Este controle exercido pela plataforma faz parte da própria natureza do modelo de negócios das ERTs. Para se constatar isso, basta realizar uma simples analogia. Quando um dado consumidor adquire um produto ou serviço, ele possui determinadas expectativas quanto às suas características, tais como qualidade, funcionalidade e preço. Empresas como o Uber atuam como intermediários entre tomadores e prestadores do

serviço de transporte particular individual. Dessa forma, faz-se necessário que haja certo grau de padronização do serviço oferecido aos passageiros, de modo que se obedeça a critérios mínimos de qualidade e segurança. A falta de controle em relação aos parâmetros do serviço ofertado geraria um ambiente de insegurança, o que certamente afastaria potenciais passageiros, prejudicando o êxito da plataforma. Esta atividade de padronização dos serviços pode inclusive ser utilizada em favor da competitividade do setor. Uma mesma ERT pode estabelecer diferentes classes do serviço com diferentes parâmetros de qualidade, possibilitando uma diferenciação horizontal no mercado, o que resulta em maiores opções aos passageiros⁷⁴.

Cabe-nos agora realizar uma análise sobre a denúncia proveniente de cidadão a respeito de motoristas manipulando indevidamente o algoritmo de precificação do Uber com o intuito de aumentar artificialmente o valor das corridas. Até o presente momento, a discussão sobre o direito antitruste aplicado às plataformas multilaterais tem sido centrada na competição entre as plataformas ou entre estas e negócios tradicionais. Esta denúncia traz uma interessante possibilidade: a infração concorrencial é cometida por agentes econômicos utilizadores da plataforma. A Superintendência-Geral do CADE colocou como possibilidade a adoção de mecanismos de *compliance* como forma de coibir estas práticas. Em nossa opinião, a proposta do órgão é inovadora e adequada à questão. Recentemente, diante de crimes do tipo *white collar*, empresas tem implementado programas de *compliance* com a finalidade de criar uma cultura organizacional de integridade e coibição à corrupção. Este método revela-se extremamente útil a grandes corporações multinacionais com dificuldades em gerir seu numeroso corpo funcional. A medida de exigir um programa desta natureza possibilita a proteção de passageiros utilizadores do serviço e exige a atuação diligente da plataforma na repressão a estes ilícitos.

Por fim, é possível realizarmos um paralelo entre este caso, decido em 2018 pelo CADE, e o histórico caso NaBanco vs VISA⁷⁵, decido pelo Judiciário norte-americano em 1986. Embora um lapso temporal de 32 anos separe estes dois casos, podem ser identificadas importantes similaridades. Os sistemas de cartões de crédito e as ERTs são plataformas multilaterais *multi-home*, que se remuneram a partir do volume de transações efetivadas em sua infraestrutura. Em ambos os casos, a interpretação literal de dispositivos legais poderia

74 . Uma mesma ERT pode oferecer serviços diferenciados, como por exemplo: transporte em *vans*, transporte em *sedans* executivos ou transporte em veículos populares.

75 . O caso NaBanco vs VISA tratava sobre a fixação da taxa de intercâmbio entre os bancos. A instituição bancária NaBanco ingressou no Judiciário, alegando a prática de cartel e solicitando a aplicação da ilegalidade *per se* à controvérsia.

conduzir à conclusão de que as condutas comerciais das empresas representariam ilícitos concorrenciais. Entretanto, como se verificou, os órgãos decisores aplicaram a regra da razão e avaliaram de forma cuidadosa as eficiências econômicas decorrentes das práticas contestadas. Deve-se enfatizar que as construções normalmente utilizadas na ilegalidade *per se* decorrem da experiência das autoridades com o tratamento de casos concretos. A natureza inovadora e *sui generis* das plataformas multilaterais torna inapropriada a utilização de metodologias pretéritas, pautadas em casos de mercados convencionais. Logo, a abordagem correta consiste em se considerar as peculiaridades da plataforma estudada e em se ponderar as eficiências resultantes de sua atividade.

CAPÍTULO 5. CONCLUSÕES

Neste trabalho, realizaram-se estudos de caso de três controvérsias recentemente submetidas ao CADE, cuja temática centrou-se nas plataformas multilaterais (do inglês *multi-sided platforms* ou MSPs). Foram abordados: o **caso Simba**, que tratou sobre o mercado televisivo; o caso **Booking.com**, que tratou sobre as *online travel agencies* (OTAs); e o **caso Uber** que tratou sobre as empresas de rede de transporte.

Nos casos estudados, demonstrou-se que seria inócua e inadequada a aplicação das técnicas e experiências adquiridas na análise de negócios tradicionais.

Uma primeira conclusão consiste em se afastar a utilização da regra da ilegalidade *per se* diante de casos envolvendo plataformas multilaterais. A referida regra foi construída com base na experiência de órgãos decisores (autoridades antitruste e tribunais) na análise de estruturas de mercado convencionais ao longo de décadas. Em decorrência das características *sui generis* e inovadoras das plataformas multilaterais, determinadas condutas enquadradas como ilícitos concorrenciais podem ser fontes de eficiência econômica e até mesmo parte essencial do modelo de negócios da plataforma. Este fato ficou evidente no caso Uber, no qual a fixação de preços e a uniformização de condutas apresentam-se como economicamente eficientes e necessários ao próprio modelo de negócio desenvolvido pela empresa.

Entende-se que uma metodologia adequada para o tratamento de controvérsias envolvendo plataformas multilaterais consiste na utilização da regra da razão, com a ponderação das eficiências possibilitadas pelas plataformas. Conforme elucidado ao longo deste trabalho, estas estruturas de mercado reduzem custos de transação, viabilizam novas possibilidades de negócio, e originam desenvolvimento tecnológico. Nos três casos submetidos ao CADE, diante das possíveis restrições competitivas, verificou-se uma preocupação da autarquia em sopesar as eficiências econômicas e benefícios sociais decorrentes da atividade das plataformas. Nos casos Booking.com e Uber, os benefícios sociais e econômicos demonstraram-se importantes para a decisão da autoridade antitruste. No caso Simba, embora houvesse um baixo risco concorrencial relacionado à operação, o CADE estabeleceu uma lista de eficiências a serem implementadas pela empresa como medida compensatória das restrições competitivas geradas pela operação.

Como segunda conclusão, constatou-se a necessidade de se avaliar o comportamento da demanda com base nos efeitos de rede indiretos e no grau de fidelização de seus usuários. Em algumas situações, como no caso Simba, o resultado dessa avaliação pode

ser contra intuitivo. No referido caso, o poderio exercido pelas integrantes da *joint venture* Simba no mercado de televisão aberta não se transferiu à atividade de negociação de sinal com prestadoras do serviço de acesso condicionado. A razão para este desfecho se deveu a dois fatores: os efeitos de rede provenientes do mercado publicitário e a baixa fidelização dos telespectadores das emissoras integrantes da *joint venture*. Em outros casos, como na investigação sobre OTAs, pode não ser possível avaliar o comportamento da demanda. Esta situação pode ter como causas: a complexidade da questão; a carência de dados comportamentais dos consumidores; ou o próprio caráter inovador da plataforma.

Portanto, considerando-se as complexidades e peculiaridades inerentes às plataformas multilaterais, sua análise antitruste deve ser cautelosa e basear-se em critérios de eficiência. Deve-se verificar se a conduta investigada possui efeitos positivos no cenário econômico e social ou se constitui elemento essencial à sobrevivência da plataforma.

Neste contexto, a terceira e última conclusão é que devem ser evitadas medidas intransigentes e interventivas que coloquem em risco as inovações e o desenvolvimento econômico possibilitados pelas MSPs.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AHLBORN, Christian; EVANS, David S.. **The Microsoft Judgment and its Implications for Competition Policy Towards Dominant Firms in Europe**. Antitrust Law Journal, Vol. 75, N°. 3, 2009.

ARMSTRONG, M.. **Competition in Two-Sided Markets**. RAND Journal of Economics 37, 2006.

BRASIL. **Lei nº 12.485 de 12 de setembro de 2011**. Dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado. Diário Oficial da União. Brasília, 13 setembro de 2011.

BRASIL. **Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Diário Oficial da União. Brasília, 1 de dezembro de 2011.

BUCCIROSSI, Paolo. **Background Note. In OECD, Policy Roundtables - Vertical Restraints for On-Line Sales**. 2013. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf

BUNDESKARTELLAMT. **Decision on Case B 9-121/13**. Data da decisão: 22/12/2015. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-121-13.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

COASE, Ronald. **The Problem of Social Cost**. Journal of Law and Economics, The University of Chicago Press, Vol. 3, 1960.

ECONOMIDES, Nicholas. **The Economics of Networks**. International Journal on Industrial Organization. Vol. 14, 1996.

EUROPEAN COMMISSION. **Decision on Case COMP/C-3/37.792**. Data da decisão: 24/03/2004

EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN). **Report on the monitoring exercise carried out in the hotel booking sector by EU competition authorities in 2016**, 2017. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **National Bancard Corp. (NaBanco) v. VISA USA, Inc., 779 F.2d 592, 602 (Eleventh Circuit)**, 1986.

EVANS, D.S. e SCHMALENSEE, R.. **The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms**. Competition Policy International 3, nº 1, 2007.

EVANS, D.S. e SCHMALENSEE, R.. **The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses**. Coase-Sandor Institute for Law & Economics, Working Paper N° 623, 2012.

EVANS D.S. e SCHMALENSEE, R.. **Multi-sided Platforms**. In: Palgrave Macmillan (eds) The New Palgrave Dictionary of Economics. Palgrave Macmillan, London, 2017. Disponível em: https://link.springer.com/content/pdf/10.1057%2F978-1-349-95121-5_3069-1.pdf

FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION (FCC). **Amendment of the Commission's Rules Related to Retransmission Consent**. Data: 31/03/2014. Disponível em: <https://www.fcc.gov/document/fcc-strengthens-retransmission-consent-rules-0>

FOLHA DE SÃO PAULO. **Queda de Audiência era esperada, diz Executivo da Simba**, 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2017/04/1872468-queda-de-audiencia-ja-era-esperada-diz-executivo-da-simba.shtml>

HAGIU, Andrei. **Multi-Sided Platforms: From Microfoundations to Design and Expansion Strategies**. Working Paper (Harvard Business School), Cambridge, 2006.

IACOVIDES, Marios C., JEANROND, Jakob **Overcoming methodological challenges in the application of competition law to digital platforms—a Swedish perspective**. Journal of Antitrust Enforcement, vol. 6, issue 3, 2018.

.KONKURRENSVERKET. **Decision on case n° 596/2013**. Data da decisão: 15/04/2015.

Disponível em:

http://www.konkurrensverket.se/globalassets/english/news/13_596_bookingdotcom_eng.pdf

MACEDO, Alexandre. **Voto proferido no Ato de Concentração n° 08700.006723/2015-21**. Tribunal Administrativo do CADE. Data da decisão: 11/05/2016.

MACHADO MEYER ADVOGADOS. **Petição das Requerentes no Ato de Concentração n° 08700.006723/2015-21**. Tribunal Administrativo do CADE. Data da decisão: 11/05/2016.

RESENDE, Guilherme M.; LIMA, Ricardo C. de A. **Documento de Trabalho n° 001/2018 – Efeitos Concorrenciais da Economia do Compartilhamento no Brasil: A entrada da Uber afetou o mercado de aplicativos de táxi entre 2014 e 2016?** Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2018.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. **Platform competition in two-sided markets**. Journal of the European Economic Association 1: 990–1029, 2003.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. **Two-Sided Markets: An Overview**. IDEI working paper. Toulouse, 2004.

OECD. **Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms**, 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>

SCHMIDT, Cristiane Alkmin. **Voto proferido no Ato de Concentração n° 08700.006723/2015-21**. Tribunal Administrativo do CADE. Data da decisão: 11/05/2016.

SHAPIRO, C e VARIAN, H.R.. **Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy**, Harvard, Harvard Business Press, 1999.

SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE. **Nota Técnica N° 9/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE**. Brasília: 02/12/2014.

SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE. Nota Técnica Nº
26/2018/CGAA4/SGA1/SG/CADE. Brasília: 02/10/2018.

THE NEW YORK TIMES. **Microsoft, EU face off over antitrust issues**, 2006. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2006/04/24/technology/microsoft-eu-face-off-over-antitrust-issues.html>.

UNIÃO EUROPÉIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU)**, assinado em Roma, em 27 de Novembro de 2009, publicado no Jornal Oficial n.º C 290 de 30 de novembro de 2009