

DANIELA MARIA ROSA NASCIMENTO

**ASPECTOS CONCORRENCIAIS DAS CLÁUSULAS DE PARIDADE  
NO COMÉRCIO *ONLINE***

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Orientadora: Professora Titular Dra. Paula Andrea Forgioni

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo/SP

2020



DANIELA MARIA ROSA NASCIMENTO

**ASPECTOS CONCORRENCIAIS DAS CLÁUSULAS DE PARIDADE  
NO COMÉRCIO *ONLINE***

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Comercial, sob a orientação da Profa. Titular Dra. Paula Andrea Forgioni.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO

São Paulo/SP

2020

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação  
Serviço de Biblioteca e Documentação  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Nascimento, Daniela Maria Rosa

Aspectos concorrenciais das cláusulas de paridade no comércio online; Daniela Maria Rosa Nascimento; orientadora Paula Andrea Forgioni - São Paulo, 2020.

138

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Cláusulas de paridade. 2. Restrições verticais. 3. Condutas anticompetitivas. 4. Direito concorrencial. 5. Direito comercial. I. Forgioni, Paula Andrea, orient. II. Título.

**ASPECTOS CONCORRENCIAIS DAS CLÁUSULAS DE PARIDADE NO  
COMÉRCIO *ONLINE***

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Comercial, sob a orientação da Profa. Titular Dra. Paula Andrea Forgioni.

**BANCA EXAMINADORA**

**Presidente:** \_\_\_\_\_

**Professora Titular Dra. Paula Andrea Forgioni**

**1º Examinador (a):** \_\_\_\_\_

**2º Examinador (a):** \_\_\_\_\_

**3º Examinador (a):** \_\_\_\_\_

Autora: Daniela Maria Rosa Nascimento. Título: Aspectos concorrenciais das cláusulas de paridade no comércio *online*. 2020. 138 p. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

## RESUMO

Nas últimas décadas, a sociedade observou o surgimento de um novo tipo de comércio, baseado em trocas comerciais que dispensam a presença física dos agentes envolvidos, feitas através da *internet* em portais conhecidos como “plataformas virtuais” – o comércio *online*. Essa nova realidade induziu a transposição de determinados arranjos contratuais utilizados nos negócios físicos para o meio virtual, sendo um deles a chamada “cláusula de paridade” (também conhecida como “nação mais favorecida” ou “consumidor mais favorecido”), que vem sendo objeto de investigação de diversas autoridades antitruste mundo afora. As cláusulas de paridade são disposições contratuais que estipulam que o agente interessado em vender e/ou promover bens e serviços em uma plataforma virtual não ofereça os mesmos bens e serviços a condições mais favoráveis em canal de vendas próprio e/ou em outras plataformas rivais. Este trabalho tem por objetivo estudar as cláusulas de paridade e os potenciais efeitos positivos e negativos que tais disposições podem causar no mercado, partindo-se tanto de estudos teóricos quanto de casos práticos, passados no Brasil e em outras jurisdições referência para o antitruste.

**Palavras-chave:** Antitruste; Comércio; Online; Condutas anticompetitivas; Restrições verticais; Cláusula de paridade; Cláusula MFN.

Author: Daniela Maria Rosa Nascimento. Title: Competitive aspects of parity clauses in online commerce. 2020. 138 p. Master – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

## **ABSTRACT**

In the last decades, society has observed the emergence of a new type of trade, based on commercial exchanges that doesn't require physical presence of those involved, made through the internet in web portals known as "virtual platforms" – the online commerce. This new reality led to the transposition of certain contractual arrangements used in physical business to the virtual environment, one of them called "parity clause" (also known as "most-favored-nation" or "most-favored-costumer"), that has been the subject of research by various antitrust authorities around the world. Parity clauses are contractual provisions that stipulate that an agent interested in selling and / or promoting goods and services on a virtual platform does not offer the same goods and services to more favorable terms on their own sales channel and / or other rival platforms. This work aims to investigate the parity clauses and the potential positive and negative effects that such provisions can have on the market, based on both theoretical and practical case studies from Brazil and other antitrust reference jurisdictions.

**Keywords:** Antitrust; Commerce; Online; Anticompetitive conducts; Vertical restraints; Parity clause; MFN Clause.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO .....	10
2. O COMÉRCIO <i>ONLINE</i> E PLATAFORMAS VIRTUAIS.....	13
2.1. Plataformas virtuais: caracterização .....	13
2.2. Mercados de dois lados e efeitos de rede .....	15
2.3. Eficiências associadas ao comércio <i>online</i> .....	18
2.3.1. Redução dos custos de pesquisa e assimetria informacional do consumidor .....	19
2.3.2. Expansão do alcance do comércio global .....	20
2.3.3. Visibilidade para agentes econômicos de pequeno e médio porte.....	21
3. CLÁUSULA DE PARIDADE: CARACTERIZAÇÃO .....	22
3.1. Conceituação .....	22
3.1.1. Cláusula de paridade como tipo de cláusula da nação mais favorecida.....	22
3.1.2. A cláusula de paridade como tipo de acordo de relação de preços ( <i>Price Relationship Agreements</i> ) .....	27
3.2. A cláusula de paridade e o comércio <i>online</i> .....	29
3.3. A cláusula de paridade como espécie de restrição vertical.....	30
4. EFICIÊNCIAS ASSOCIADAS ÀS CLÁUSULAS DE PARIDADE .....	33
4.1. Redução dos custos de transação .....	33
4.2. Prevenção do “efeito carona” ( <i>free-riding effect</i> ).....	35
4.3. Redução do problema do <i>showrooming</i> .....	36
4.4. Proteção da marca .....	38
5. POTENCIAIS EFEITOS ANTICOMPETITIVOS DAS CLÁUSULAS DE PARIDADE .....	39
5.1. Intermediação excessiva.....	40
5.2. Arrefecimento da competição via preços.....	43
5.2.1. O caso dos <i>Price Comparison Websites</i> (PCW).....	45
5.3. Barreiras à entrada e aumento dos custos de rivais .....	48
5.4. Redução dos incentivos ao investimento e à inovação.....	55
5.5. O caso Amazon .....	56
5.6. O caso das agências de viagem <i>online</i> - <i>Online Travel Agencies</i> (OTA) .....	59
5.6.1. Alemanha.....	59
5.6.1.1. <i>Bundeskartellamt</i> e HRS.....	59
5.6.1.2. <i>Bundeskartellamt</i> e Booking.com.....	63
5.6.2. França .....	66



5.6.3. Itália .....	67
5.6.4. Estados Unidos da América .....	68
5.6.5. A dinâmica de precificação de hotéis após decisões dos casos OTA .....	70
5.6.6. Considerações gerais sobre o caso das OTA .....	77
5.7. Facilitação da formação de cartéis.....	79
5.7.1. Os cartéis <i>hub-and-spoke</i> .....	82
5.7.2. O caso dos <i>e-books</i> Apple .....	84
5.7.2.1. Caso Apple na Comissão Europeia .....	90
5.7.2.2. Considerações gerais do caso Apple .....	92
5.8. Considerações gerais sobre os possíveis efeitos anticompetitivos das cláusulas de paridade.....	93
<b>6. CLÁUSULAS DE PARIDADE NO CONTEXTO BRASILEIRO .....</b>	<b>95</b>
6.1. A legislação brasileira de defesa da concorrência .....	95
6.1.1. Breve considerações sobre padrões probatórios.....	97
6.1.2. As cláusulas de paridade na Lei n.º 12.529/2011 .....	102
6.2. O caso OTA no Brasil.....	102
6.2.1. A Representação do FOHB.....	104
6.2.2. As defesas das representadas.....	106
6.2.3. Os Termos de Compromisso de Cessação de Prática e desfecho do caso..	107
6.3. Horizontes para o tratamento das cláusulas de paridade no Brasil .....	109
<b>7. SÍNTESE CONCLUSIVA .....</b>	<b>118</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>121</b>
<b>OUTRAS REFERÊNCIAS.....</b>	<b>132</b>

## 1. INTRODUÇÃO

A expansão da *internet* vem deslocando o ambiente de transações comerciais do meio físico para o meio virtual. No Brasil, em 2018, o comércio eletrônico cresceu cerca de 12%<sup>1</sup>, e estimativas mais recentes apontam para um aumento de 16% no volume de transações em 2019.<sup>2</sup> A conveniência do comércio *online* aliada à confiabilidade, cada vez maior, depositada pelos consumidores nas empresas que atuam nesse segmento tem impulsionado essa transição, que rapidamente vem alterando a maneira de se fazer negócios no mundo.

Uma crescente expansão no meio eletrônico é o modelo de negócio das plataformas virtuais, atuais protagonistas do comércio *online*. Por meio dessas plataformas, os consumidores podem ter acesso a inúmeros bens e serviços em um único ambiente, sem necessidade de qualquer deslocamento físico. Esses ambientes virtuais são usualmente comparados com *shopping centers*, onde vendedores e compradores encontram-se para realizar transações comerciais.<sup>3</sup>

O crescimento das plataformas virtuais e do comércio eletrônico como um todo promoveu a transposição de determinados arranjos contratuais, outrora utilizados nos negócios do meio físico, também para o meio virtual. Um desses arranjos é a cláusula de paridade (usualmente chamada de “nação mais favorecida” ou “consumidor mais favorecido”)<sup>4</sup>, que vem sendo objeto de investigação de diversas autoridades antitruste mundo afora.

Em linhas gerais, as cláusulas de paridade são disposições contratuais que determinam que o agente interessado em promover bens e serviços em uma plataforma virtual

---

<sup>1</sup> Dados extraídos de: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/e-commerce-fatura-2018-ebit-nielsen/>> Acesso em: 15/08/2019.

<sup>2</sup> Dados extraídos de: <<https://www.ecommercebrasil.com.br/noticias/comercio-eletronico-deve-crescer-16-no-pais-em-2019-preve-abcomm/>> Acesso em: 15/08/2019.

<sup>3</sup> AKMAN, Pinar. *A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses*. Centre For Competition Policy, 2015, p. 1. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2669395](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2669395)>. Acesso em: 08/09/2018.

<sup>4</sup> Por exemplo, em: BOIK, Andre; CORTS, Kenneth S. *The Effects of Platform MFNs on Competition and Entry*. University of Toronto, junho, 2014. Disponível em: <[https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db\\_name=RES2015&paper\\_id=41](https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=RES2015&paper_id=41)>. Acesso em: 10/05/2018

não ofereça os mesmos bens e serviços a condições mais favoráveis em canal de vendas próprio e/ou em outras plataformas rivais.<sup>5</sup>

Quando plataformas virtuais adotam cláusulas de paridade em seus contratos, visam a garantir que o vendedor não se utilize de seu ambiente para mera divulgação de seus produtos e/ou serviços, oferecendo-os a preços menores em seu próprio canal de vendas ou em plataformas rivais que cobram taxas mais reduzidas. Assim, tal previsão contratual garante que a plataforma por ela beneficiada terá o melhor preço disponível para aquele bem ou serviço, impedindo que o próprio vendedor ou terceiros tirem proveito de seu investimento.

Do ponto de vista da análise concorrencial, há relativo consenso de que as cláusulas de paridade podem gerar tanto efeitos pró-competitivos quanto efeitos anticompetitivos<sup>6</sup>, de forma que não são, atualmente, consideradas *per se* ilícitas.

Todavia, algumas características próprias das plataformas virtuais, notadamente os efeitos de rede indiretos, tendem a formar mercados concentrados, potencializando os possíveis efeitos anticompetitivos dessas cláusulas, tais como (i) uniformização de preços; (ii) criação de barreiras à entrada de novas plataformas com menores custos; (iii) exclusão de plataformas rivais; e (iv) facilitação da formação de cenários colusivos.<sup>7</sup>

Jean Tirole, economista laureado com o prêmio Nobel, em entrevista de 2017 à Econ Focus, abordou essa relação entre a tendência de formação de mercados concentrados no ambiente *online*, em razão da atuação de plataformas virtuais, e como as cláusulas de paridade podem reforçar essa concentração. Ao responder se as plataformas virtuais levantariam questões especiais à regulação antitruste, Tirole afirma que:

Eu acredito que a resposta é sim – parcialmente porque as novas plataformas possuem tendência natural ao monopólio, ao exibirem relevantes externalidades de rede. (...) Externalidades de rede tendem a criar monopólios ou pequenos oligopólios. (...) Outra questão é que a maior parte das plataformas oferecem

---

<sup>5</sup> EZRACHI, Ariel. *The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce*. Oxford Legal Studies Research Paper No. 55/2015, p. 1. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2672541](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2672541)> Acesso em: 08/09/2018.

<sup>6</sup> GÜRKAYNAK, Gönenç; GÜNER, Ayşe; DINIZ, Sinan; FILSON, Janelle. *Most-favored-nation clauses in commercial contracts: legal and economic analysis and proposal for a guideline*. In: European Journal of Law and Economics, 42:129-155, 2016, p. 1. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3150371](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3150371)>. Acesso em: 18/09/2018.

<sup>7</sup> BAKER, Jonathan B; SCOTT MORTON, Fiona. *Antitrust Enforcement Against Platform MFNs*. In: The Yale Law Journal, Vol. 127, nº 7, 2018, p. 2181. Disponível em: <<https://www.yalelawjournal.org/feature/antitrust-enforcement-against-platform-mfns>>. Acesso em: 18/09/2018.

garantias de melhor preço, também chamadas cláusulas da “nação mais favorecida” ou cláusula de paridade de preço. Você, como consumidor, tem a garantia de que o preço ofertado na plataforma será o menor existente, conforme exigido dos vendedores. Parece bom, exceto que se todos ou a maior parte dos vendedores estão listados na plataforma, e a plataforma garante o menor preço, não há nenhum incentivo para você olhar em outro lugar – você se tornou um consumidor “único”, e então a plataforma pode cobrar taxas altas para que o vendedor tenha acesso a você. (...) Isso pode algumas vezes ser bem problemático para a concorrência.<sup>8</sup>

Este trabalho tem o objetivo de analisar as características das cláusulas de paridade e os efeitos por elas produzidos no mercado, tanto benéficos quanto prejudiciais. Serão estudados os principais casos investigados até o momento na Europa, Estados Unidos e Brasil, com o propósito de estabelecer um panorama do estado da arte atual sobre o tema e o que se pode esperar nos próximos anos em termos de política antitruste direcionada a essas cláusulas.

Para tanto, estrutura-se este trabalho da seguinte forma: (i) a primeira parte descreve o comércio eletrônico e suas principais características, com especial foco nas plataformas virtuais; (ii) a segunda parte é dedicada à conceituação das cláusulas de paridade, abarcando as principais definições encontradas na literatura especializada; (iii) a terceira parte trata das eficiências mais importantes associadas às cláusulas de paridade; (iv) a quarta parte analisa os efeitos anticompetitivos mais comumente associados a tais cláusulas e as principais teorias do dano apontadas pela literatura, mediante o exame de casos concretos enfrentados por jurisdições estrangeiras; (v) a quinta parte trata do estado atual do tema no Brasil, tanto em termos legislativos quanto de precedentes analisados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), e reflete sobre os horizontes do tratamento das cláusulas de paridade no Brasil a partir das ponderações apresentadas; (vi) e, por fim, encerra-se com uma síntese conclusiva dos assuntos tratados ao longo da exposição.

---

<sup>8</sup> TIROLE, Jean. [Entrevista concedida a] David A. Price. In: Econ Focus Magazine, Fourth Quarter 2017. Disponível em: <[https://www.richmondfed.org/publications/research/econ\\_focus/2017/q4/interview](https://www.richmondfed.org/publications/research/econ_focus/2017/q4/interview)> Acesso em: 27/09/2019. Tradução livre.

## 2. O COMÉRCIO *ONLINE* E PLATAFORMAS VIRTUAIS

### 2.1. Plataformas virtuais: caracterização

Nos últimos anos, a *internet* vem ocupando cada vez mais o dia a dia dos indivíduos. A escassez de tempo e necessidade de rapidez nas transações aliadas à inovação tecnológica tornou fértil o terreno para o advento do comércio virtual, desenvolvido sobretudo no ambiente das chamadas “plataformas virtuais”, que usualmente atendem a dois ou mais grupos de consumidores distintos, categorizadas nessa situação como “plataformas de dois lados” ou “plataformas de múltiplos lados”.<sup>9</sup>

Na definição clássica de Rochet e Tirole,

um mercado possui dois lados se a plataforma pode afetar o volume de transações ao cobrar preços maiores de um lado do mercado e reduzir o preço pago pelo outro lado na mesma proporção; em outras palavras, a estrutura de preço importa, e plataformas devem desenhá-la de forma a engajar os dois lados.<sup>10</sup>

Evans e Schmalensee propuseram outra definição, focada no papel da plataforma na criação de valor que não existiria em sua ausência:

uma plataforma de múltiplos lados (que podem chamar de catalisador econômico) possui (a) dois ou mais grupos de consumidores; (b) que precisam um do outro de alguma forma; (c) mas não conseguem capturar valor a partir de sua interação direta; e (d) dependem do catalisador para facilitar a criação de valor nas interações entre eles.<sup>11</sup>

Esse valor é gerado com a redução dos custos de transação a partir da resolução do problema de coordenação entre os dois (ou mais) grupos. Assim, para os autores, o

---

<sup>9</sup> ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. *Platform Competition in Two-Sided Markets*. In: Journal of European Economic Association, 2003. EVANS, David S. and SCHMALENSEE, Richard, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*. In: NBER Working Paper, No. 18783, 2013. HOVENKAMP, Erik. *Platform Antitrust*. Journal of Corporation Law, 2019, p. 12. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3219396](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3219396)> Acesso em: 20/08/2019;

<sup>10</sup> ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. *Two-Sided Markets: A Progress Report*. In: The RAND Journal of Economics, vol. 37, No. 3, 2006, pp. 664-665. No original: “A market is two-sided if the platform can affect the volume of transactions by charging more to one side of the market and reducing the price paid by the other side by an equal amount; in other words, the price structure matters, and platforms must design it so as to bring both sides on board.”

<sup>11</sup> EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*. In: NBER Working Paper, No. 18783, 2013, p. 7.

atributo essencial de uma plataforma de múltiplos lados é reduzir custos de transação dos agentes envolvidos.

O principal diferencial das plataformas virtuais é a possibilidade de atuação como agentes intermediários que possibilitam a compra do produto/serviço por meio de seu portal, muitas vezes sem estabelecer o preço final do bem (em um modelo de agência, por exemplo)<sup>12</sup>, como se disponibilizassem “prateleiras” para escolha do consumidor, sendo remuneradas por uma taxa calculada sobre o valor total da venda.<sup>13</sup>

Imagine-se, por exemplo, uma plataforma como o Mercado Livre, cujo papel essencial é reunir vendedores de diversas localidades, interessados em vender produtos variados, e consumidores interessados em comprar esses produtos. Na ausência dessa plataforma, os vendedores estariam restritos a vendas locais ou, no limite, vendas através de seu próprio *website* (cujo alcance provavelmente seria mais limitado e envolveria custos de manutenção maiores). Os consumidores também estariam limitados à compra de produtos locais (que podem estar indisponíveis) ou através do *website* de vendedores que pudessem arcar com os custos de manutenção desse canal de vendas (criação do *website*, registro do nome de domínio, custo da prestação de serviços de programação, monitoramento diário de preços, entre outros). O Mercado Livre, nesse sentido, agrega valor tanto para vendedores quanto para consumidores e une interessados que provavelmente nunca completariam uma transação se não houvesse a intermediação pela plataforma.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que as plataformas virtuais apresentam as seguintes características preponderantes: (i) os vendedores geralmente estabelecem os preços; (ii) os consumidores procuram os bens e serviços de que necessitam e concluem suas compras através das plataformas; e, (iii) uma vez concluída a compra, os vendedores pagam uma taxa de comissão à plataforma.<sup>14</sup>

Atualmente, o modelo adotado por boa parte das plataformas virtuais é o chamado “modelo de agência”, no qual os vendedores vendem bens ou oferecem serviços diretamente aos consumidores, de forma que a plataforma age essencialmente como intermediadora da transação entre as partes negociantes, sendo o próprio vendedor quem

---

<sup>12</sup> JOHNSON, Justin P. *The Agency and Wholesale Models in Electronic Content Markets*, 2018. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/4de8/8c05120fd7f23a4b5419098dce2c47220d3d.pdf>> Acesso em: 08/05/2019.

<sup>13</sup> AKMAN, Pinar. *A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses*, p. 1.

<sup>14</sup> WRIGHT, Julian; WANG, Chengsi. *Search platforms: Showrooming and price parity clauses*, 2016. Disponível em: <[https://cepr.org/sites/default/files/Wright,%20Julian%20paper\\_0.pdf](https://cepr.org/sites/default/files/Wright,%20Julian%20paper_0.pdf)>. Acesso em: 17/10/2018.

estabelecerá os preços a serem cobrados.<sup>15</sup> Esse tipo de arranjo reduz sensivelmente o custo de pesquisa dos consumidores, que podem encontrar diversos produtos e serviços em uma mesma plataforma ou simplesmente realizar a busca em diferentes plataformas.<sup>16</sup>

Conforme tratar-se-á adiante, a adoção do modelo de agência pelas plataformas virtuais favoreceu a disseminação da cláusula de paridade em diversos mercados, tais como venda de *iBooks* (caso Apple), agenciamento *online* de viagens (caso das *online travel agencies*) e varejo em geral (caso Amazon), de forma a permitirem um maior controle sobre os preços praticados pelos vendedores nesses ambientes.

## 2.2. Mercados de dois lados e efeitos de rede

As plataformas virtuais, em geral, atuam nos chamados “mercados de dois (ou mais) lados”, cuja dinâmica difere sobremaneira dos mercados de um único lado (relação direta vendedor/comprador, prestador/tomador), ao fornecerem produtos ou serviços a dois grupos distintos de consumidores que precisam uns dos outros de alguma forma e confiam na plataforma virtual para realizar a intermediação entre eles.<sup>17</sup>

Uma plataforma de múltiplos lados dependerá de um número crescente de usuários em todos os lados de seu negócio para ser bem-sucedida.<sup>18</sup> Conforme ensinam Rochet e Tirole, elas estão submetidas a dois tipos de externalidades indiretas: as externalidades de uso e as externalidades de adesão.<sup>19</sup>

As externalidades de uso são aquelas existentes quando dois agentes econômicos precisam usar conjuntamente a plataforma para criar valor. É possível que as externalidades de uso sejam negativas para um lado e positivas para o outro, como no caso de plataformas que trabalham com anunciantes – um número maior de anunciantes reduz valor para o lado

---

<sup>15</sup> JOHNSON, Justin P. *The Agency and Wholesale Models in Electronic Content Markets*, 2018. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/4de8/8c05120fd7f23a4b5419098dce2c47220d3d.pdf>> Acesso em: 08/05/2019

<sup>16</sup> EZRACHI, Ariel, *The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce*. p. 6.

<sup>17</sup> EVANS, David S. *Competition and Regulatory Policy for Multi-sided Platforms with Applications to the Web Economy*. *Concurrences*, No. 2, pp. 57-62, 2008. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1090368](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1090368)> Acesso em: 29/09/2018.

<sup>18</sup> Cumprido destacar que, enquanto as plataformas virtuais inserem-se quase sempre em mercados de dois ou mais lados, tal característica não é exclusiva do ambiente virtual, de forma que há exemplos de mercados de dois lados no ambiente físico – cartão de crédito e *shopping centers* são exemplos clássicos. Ver: WRIGHT, Julian. *One-Sided Logic in Two-Sided Markets*. In: AEI-Brookings Joint Center Working Paper No. 03-10, September, 2003. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=459362>>. Acesso em: 29/09/2018.

<sup>19</sup> ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. *Two-Sided Markets: A Progress Report*. pp. 646-647.

dos usuários, que normalmente desejam ver menos anúncios –, contudo, desde que o saldo dessas externalidades seja positivo, haverá geração de valor.

As externalidades de adesão, por sua vez, são aquelas em que o valor percebido por agentes em um lado aumenta conforme o crescimento do número de agentes no outro lado. Essa externalidade é conhecida por gerar o chamado *positive feedback loop*, no qual o crescimento no número de agentes em um determinado lado alimenta o crescimento no outro, voltando-se para o lado crescente inicialmente, em um verdadeiro *loop* positivo de ampliação da plataforma.

Esse fenômeno, no qual agentes de um determinado lado influenciam diretamente agentes do outro, produzindo externalidades, convencionou-se denominar “efeitos de rede indiretos” (*indirect network effects*)<sup>20</sup>, que traduz o aumento do valor que o usuário de um lado retira da plataforma conforme o crescimento do número de usuários agregados ao outro lado.<sup>21</sup>

Pode-se pensar no exemplo de uma plataforma como o iFood, em que seu valor aumentará na medida em que expandirem tanto o número de restaurantes quanto o número de consumidores. Simultaneamente, o aumento do número de restaurantes que utilizam os serviços do iFood depende do aumento do número de consumidores e esses, por sua vez, valorizarão mais a plataforma na medida em que mais opções de restaurantes estiverem disponíveis.

Essa particularidade das plataformas de dois lados ocasiona o chamado “problema do ovo e da galinha”, sobre o qual diversos autores se debruçam para apresentar uma análise mais apurada dos mercados que o experimentam.<sup>22</sup> Ultrapassar o problema do

---

<sup>20</sup> A literatura também descreve os “efeitos de rede diretos”, nos quais os benefícios obtidos pelo consumidor com a utilização da plataforma são diretamente proporcionais ao número de usuários que dela usufruem. Efeitos de rede diretos não estão sempre presentes em mercados de dois lados e sua existência dependerá do tipo de negócio – plataformas sujeitas a efeitos diretos de rede são usualmente plataformas de comunicação – Facebook, Skype, Whatsapp, Instagram, entre outras. Como os efeitos de rede diretos nem sempre estão presentes em mercados de dois lados, a análise empreendida será focada nos efeitos de rede indiretos. Ver: HOVENKAMP, Erik. *Antitrust Policy for Two-Sided Markets*. Journal of Corporation Law, 2018, Forthcoming, p. 8.

<sup>21</sup> EVANS, David S. *Competition and Regulatory Policy for Multi-sided Platforms with Applications to the Web Economy*. p.5. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1090368](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1090368)> Acesso em: 29/09/2018.

<sup>22</sup> Referências no estudo econômico dos efeitos de rede indiretos e do problema do “ovo e da galinha” são os economistas Jean Charles Rochet e Jean Tirole. Ver: ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. *Platform Competition in Two-Sided Markets*. In: Journal of the European Economic Association June 2003 1(4):990 – 1029; CAILLAUD, Bernard; JULLIEN, Bruno. *Chicken & Egg: Competition among intermediation service providers*. In: RAND Journal of Economics, Vol.34, No. 2, 2003, pp. 309-328.



“ovo e da galinha” e atingir a massa crítica de usuários é o principal desafio das plataformas de dois lados.<sup>23</sup>

Por conta dos efeitos de rede indiretos, a formação de preços em mercados de dois lados distingue-se da dinâmica de formação de preços nos mercados tradicionais. A plataforma precisa levar em consideração o fato de que cobrar preços mais altos de um dos lados pode reduzir o número de consumidores deste grupo, o que afetará, por conseguinte, o número de consumidores do outro lado.<sup>24</sup>

Por tais razões, é comum que as plataformas cobrem mais pelos produtos ou serviços do lado menos sensível a preços (i.e., com demanda mais inelástica), aplicando-se subsídios cruzados na formação dos preços.<sup>25</sup> Assim, muitas vezes são praticados preços zero aos usuários mais sensíveis a esse elemento, justamente para atrair o maior número possível para esse grupo.<sup>26</sup>

De acordo com estudo do Monopolkommission<sup>27</sup>, órgão consultivo permanente que auxilia o governo da Alemanha em questões atinentes à política de concorrência, essa dinâmica de formação de preços das plataformas virtuais tende à formação de mercados concentrados. Naturalmente, os usuários tendem a migrar para as mesmas plataformas, que, por conseguinte, tornam-se cada vez maiores. Além disso, há interesse desses agentes em investir na ampliação de sua escala para tentar capturar usuários de outras plataformas com funcionalidades semelhantes.<sup>28</sup>

Essa concentração de mercado, para alguns autores, é um movimento natural e esperado em mercados sujeitos a externalidades de rede. Para Justus Haucap e Ulrich

---

<sup>23</sup> EVANS, David S. *Competition and Regulatory Policy for Multi-sided Platforms with Applications to the Web Economy*. p.9. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1090368](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1090368)> Acesso em: 29/09/2018.

<sup>24</sup> EVANS, David S. *Competition and Regulatory Policy for Multi-sided Platforms with Applications to the Web Economy*, p. 6.

<sup>25</sup> ROCHET, Jean-Charles. TIROLE, Jean. *Two-Sided Markets: A Progress Report*. p. 1017.

<sup>26</sup> Ressalve-se que preço zero não significa custo zero, pois, em troca do serviço gratuito, são coletados dados pessoais dos usuários, conforme amplamente debatido pelos autores Maurice Stucke e Allan Grunes, em seu estudo “Big Data and Competition Policy”. Ver: STUCKE, Maurice; E. GRUNES, Allan P. *Big Data and Competition Policy*. In: Oxford University Press, 2016.

<sup>27</sup> ALEMANHA. *Monopolkommission*. Special Report No 68: *Competition policy: The challenge of digital markets – Special Report by the Monopolies Commission pursuant to section 44(1)(4) of the Act Against Restraints on Competition*, 2015, p. 110. Disponível em: <<http://www.monopolkommission.de/index.php/en/press-releases/52-competition-policy-the-challenge-of-digital-markets>>. Acesso em: 29/09/2018.

<sup>28</sup> Como ocorreu no caso da migração em massa de usuários do Snapchat para o Instagram, a partir do desenvolvimento de funcionalidade similar à do Snapchat pelo Instagram (o chamado *Stories*). Ver: YURIEFF, Kaya. *Instagram Stories is twice as popular as Snapchat*, 2018. Disponível em: <<https://money.cnn.com/2018/06/28/technology/instagram-stories-users/index.html>> Acesso em: 03/11/2018.

Heimeshoff<sup>29</sup>, por exemplo, a concentração de poder de mercado é fator determinante para sua atuação eficiente. Não basta convencer usuários de apenas um lado da plataforma a utilizá-la, pois deve haver engajamento dos usuários dos dois (ou mais) lados dela. Assim, para esses autores, o sucesso de uma plataforma depende invariavelmente de sua escala, o que demandaria uma interpretação diferenciada em comparação aos mercados que não apresentam efeitos de rede.

Outros autores defendem ainda que, enquanto em mercados tradicionais a competição entre múltiplos agentes aumenta o bem-estar social, a máxima não é necessariamente verdadeira em mercados de dois lados – uma plataforma monopolista pode ser mais eficiente por conseguir maximizar os efeitos de rede indiretos, o que não seria possível em ambiente com várias plataformas concorrendo entre si pelos mesmos usuários.<sup>30</sup>

Por outro lado, mercados concentrados podem vir a acarretar diversos prejuízos há muito identificados por estudiosos da concorrência – elevação de preços, redução de qualidade, formação de barreiras à entrada de novos competidores, entre outras práticas de abuso ligadas à detenção de posição dominante<sup>31</sup> – o que não pode de todo ser desprezado, ainda que se trate de mercados de dois lados.

### 2.3. Eficiências associadas ao comércio *online*

A *internet* vem sendo apontada com um vetor relevante de mudanças na dinâmica concorrencial ao proporcionar estímulos pró-competitivos no mercado, tais como a redução dos custos de pesquisa dos usuários, a expansão do alcance geográfico de lojistas e a redução dos custos de distribuição.<sup>32</sup> Em determinados casos, as justificativas para determinadas

---

<sup>29</sup> HAUCAP, Justus; HEIMESHOF, Ulrich. *Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet Driving Competition or Market Monopolization?* Discussion paper, No. 83, Düsseldorf Institute for Competition Economics, January, 2013, p. 4. Disponível em: <[http://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche\\_Fakultaet/DICE/Discussion\\_Paper/083\\_Haucap\\_Heimeshoff.pdf](http://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Discussion_Paper/083_Haucap_Heimeshoff.pdf)> Acesso em: 19/07/2018.

<sup>30</sup> CAILLAUD, Bernard; JULLIEN, Bruno. *Chicken & Egg: Competition among intermediation service providers*. In: RAND Journal of Economics, Vol. 34, No. 2, 2003, p. 323.

<sup>31</sup> BAKER, Jonathan B. *Market Concentration in the Antitrust Analysis of Horizontal Mergers*. In: Antitrust Law and Economics, 2010, p. 263.

<sup>32</sup> ALEMANHA. *Bundeskartellamt. Vertical Restraints in the Internet Economy*. In: Meeting of the Working Group on Competition Law, October, 2013, p. 15. Disponível em: <[https://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions\\_Hintergrundpapiere/Vertical%20Restrains%20in%20the%20Internet%20Economy.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/Vertical%20Restrains%20in%20the%20Internet%20Economy.pdf?__blob=publicationFile&v=2)> Acesso em: 10/09/2018.

condutas unilaterais dos agentes econômicos referem-se à preservação de tais efeitos pró-competitivos que, em tese, estariam ameaçados sem essas condutas.

### 2.3.1. Redução dos custos de pesquisa e assimetria informacional do consumidor

A *internet* aumenta a transparência do mercado e, com isso, reduz os custos de pesquisa e a assimetria informacional do consumidor final. Não raro, os produtos e serviços oferecidos na *internet* apresentam descrições detalhadas na plataforma de venda, além de avaliações de outros usuários, enquanto em mercados físicos o consumidor nem sempre encontra informações precisas disponíveis.

Além disso, a *internet* permite o que se convencionou chamar de *multi-homing*, ou seja, possibilita ao usuário alternar entre diferentes plataformas voltadas à mesma finalidade.<sup>33</sup> No comércio físico, ainda que o consumidor esteja em um ambiente de *shopping center*, ou em determinada região delimitada de comércio especializado, haverá custos mais elevados de comparação entre as lojas. O fenômeno do *multi-homing* permite que o usuário consumidor compare preços, especificações e vantagens oferecidas pelas plataformas de forma célere e prática, reduzindo substancialmente os custos de pesquisa dos indivíduos.

A relação entre o *multi-homing* e plataformas de múltiplos lados foi observada por Rochet e Tirole em estudo de 2003.<sup>34</sup> Os economistas observaram que um dos aspectos competitivos chave de uma plataforma de múltiplos lados era a propensão de usuários em engajarem no *multi-homing* ou *single-homing*. De acordo com estudo publicado por Mark Armstrong<sup>35</sup>, quando um dos lados tende ao *single-homing* e o outro ao *multi-homing*, a plataforma competirá agressivamente pelo consumidor tendente ao *single-homing*, que provavelmente pagará preços menores (ou não pagará nada pelo produto). Com a captura desse lado da demanda, a plataforma extrairá seus lucros essencialmente do lado *multi-homing* e passará a funcionar como um “gargalo competitivo” (*competitive bottleneck*).

De toda forma, a facilitação do *multi-homing* pelos consumidores creditada às plataformas virtuais contribui tanto para o aumento da transparência do mercado quanto para

---

<sup>33</sup> EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*. In: Roger Blair and Daniel Sokol, eds., *Oxford Handbook on International Antitrust Economics*, Oxford University Press, Forthcoming; University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper No. 623, 2013, p. 15. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2185373>>. Acesso em: 10/10/2018.

<sup>34</sup> ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. *Platform Competition in Two-Sided Markets*. *Journal of the European Economic Association*, junho, 2003.

<sup>35</sup> ARMSTRONG, Mark. *Competition in Two-Sided Markets*. In: RAND *Journal of Economics*, 2006, pp. 669-670.

a redução dos custos informacionais dos usuários. O surgimento dos chamados *price comparison websites* (PCW), ou seja, *websites* de comparação de preços, além dos *websites* de *metasearch*, colaborou ainda mais para a redução dos custos de pesquisa dos usuários no comércio *online*, ao agregar as informações que, de outra forma, exigiriam busca por meio do *multi-homing*. Os PCW, ademais, podem intensificar a concorrência entre as plataformas sujeitas à comparação.<sup>36</sup>

### 2.3.2. Expansão do alcance do comércio global

Em tese, a *internet* permite que consumidores encontrem vendedores de qualquer lugar do mundo. Enquanto no comércio físico, para um brasileiro comprar um produto em uma loja chinesa, seria necessária uma viagem até a China, atualmente é possível, caso a loja detenha um *website* ou oferte seus produtos em uma plataforma virtual, com poucos cliques encomendar o produto sem necessidade de qualquer deslocamento físico.<sup>37</sup>

É possível afirmar, portanto, que a *internet* expandiu os limites dos mercados para além do território geográfico tradicional, permitindo a interação entre compradores e vendedores de diferentes localidades.

Contudo, cumpre destacar que estudos atuais vêm apontando para o fato de que a maior parte dos consumidores ainda opta por adquirir produtos de lojas nacionais.<sup>38</sup> As razões para esta preferência podem estar relacionadas ao custo e tempo de entrega, questões culturais ou mesmo de confiança na aplicação da lei. Estudos apontam, por exemplo, que as preferências dos consumidores podem ser ainda mais restritas, para mercados locais ou regionais.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> ALEMANHA. *Bundeskartellamt. Vertical Restraints in the Internet Economy*. In: Meeting of the Working Group on Competition Law, October, 2013, p. 15. Disponível em: <[https://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions\\_Hintergrundpapiere/Vertical%20Restrains%20in%20the%20Internet%20Economy.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/Vertical%20Restrains%20in%20the%20Internet%20Economy.pdf?__blob=publicationFile&v=2)> Acesso em: 10/09/2018.

<sup>37</sup> FRIEDERISZICK, Hans W.; GLOWICKA, Ela. *Competition policy in modern retail markets*. In: Journal of Antitrust Enforcement, 2016, p 49.

<sup>38</sup> ALEMANHA. *Bundeskartellamt. Vertical Restraints in the Internet Economy*. p.15.

<sup>39</sup> HORTACSU, Ali; MARTINEZ-JEREZ, Francisco de Asis; DOUGLAS, Jason. *The Geography of Trade on Ebay and Mercadolibre*. In: NET Institute Working Paper No. 06-09, 2006, p 3. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=939327>>. Acesso em: 24/10/2018.

### 2.3.3. Visibilidade para agentes econômicos de pequeno e médio porte

Através da *internet*, é possível que um pequeno ou médio comerciante ganhe visibilidade para uma gama muito maior de consumidores, os quais não teriam conhecimento da existência de seu negócio sem a exposição em uma plataforma virtual.<sup>40</sup>

Exemplo manifesto é o das agências de viagem *online*, nas quais pequenas acomodações encontram espaços com enorme visibilidade para divulgarem seus negócios e expandir seu público-alvo. Plataformas de vendas de produtos diversos, como Ebay e Mercado Livre, também possibilitam que pequenos vendedores cadastrados passem a ofertar seus produtos a um público consumidor que dificilmente alcançariam sem a visibilidade conferida por tais plataformas.

Assim, não raro, no comércio eletrônico grandes varejistas enfrentam concorrência de pequenos lojistas, que de outra forma provavelmente não teriam condições de alcançar o mesmo público consumidor.

Pelos motivos expostos acima, vê-se que a *internet* foi capaz de trazer efeitos bastante positivos no bem-estar social em virtude de elementos que intensificam a concorrência. Todavia, os agentes econômicos também procuram reagir de forma a preservar seus lucros e posições de mercado, por meio de mecanismos adaptados à realidade do comércio *online*.<sup>41</sup> Um desses mecanismos é a cláusula de paridade, cujas características são descritas a seguir.

---

<sup>40</sup> ALEMANHA. *Bundeskartellamt. Vertical Restraints in the Internet Economy*. p.16.

<sup>41</sup> PETIT, Nicolas; HENRY, David. *Vertical Restraints under EU Competition Law: Conceptual Foundations and Practical Framework*. dezembro, 2010, p. 2. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1724891>> Acesso em: 24/10/2018.

### 3. CLÁUSULA DE PARIDADE: CARACTERIZAÇÃO

#### 3.1. Conceituação

As cláusulas de paridade são disposições contratuais que visam a garantir a uma plataforma que os preços praticados pelos agentes, que dela se utilizam para vender seus produtos, não serão maiores do que aqueles praticados pelo vendedor em seu próprio canal de vendas e/ou em outras plataformas rivais.<sup>42</sup>

A literatura comumente trata a cláusula de paridade como uma variante da chamada “cláusula da nação mais favorecida”<sup>43</sup> (MFN), dadas as similitudes de forma e escopo apresentadas por tais cláusulas.

Nos últimos anos, com o movimento gradual de transição do comércio físico para o comércio *online*, passou-se a verificar a disseminação de cláusulas do tipo MFN no ambiente virtual, especialmente utilizadas nos contratos celebrados por plataformas virtuais. Os estudos inaugurais sobre o tema focaram-se nas diferenças fundamentais entre as cláusulas MFN ditas “tradicionais”, utilizadas no âmbito do comércio físico, e as “MFN de plataformas” (PMFN), e seus efeitos sobre a concorrência.<sup>44</sup>

A fim de evitar imprecisões, a literatura mais recente tem preferido optar pelo termo “cláusulas de paridade” para se referir às cláusulas PMFN<sup>45</sup>, preferência essa adotada também neste trabalho.

Passar-se-á, portanto, à apresentação das origens da cláusula da nação mais favorecida e sua relação com as cláusulas de paridade.

#### 3.1.1. Cláusula de paridade como tipo de cláusula da nação mais favorecida

O termo “cláusula da nação mais favorecida” (MFN) foi emprestado do direito internacional público e remonta a acordos de comércio internacional. Com efeito, no âmbito das trocas comerciais entre países, a cláusula MFN vem sendo utilizada há séculos em

---

<sup>42</sup> EZRACHI, Ariel/ *The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce*. p. 1.

<sup>43</sup> FLETCHER, Amelia; HVIID, Morten. *Broad Retail Price MFN Clauses: Are They RPM “At Its Worst”?* In: *Antitrust Law Journal*, vo. 81, 2016, p. 65-98. Disponível em: <<https://ueaeprints.uea.ac.uk/60189/>>. Acesso em: 18/09/2018.

<sup>44</sup> BOIK, Andre; CORTS, Kenneth S. *The Effects of Platform MFNs on Competition and Entry*. University of Toronto, junho, 2014. Disponível em: <[https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db\\_name=RES2015&paper\\_id=41](https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=RES2015&paper_id=41)>. Acesso em: 10/05/2018.

<sup>45</sup> Ver, por exemplo: WRIGHT, Julian; WANG, Chengsi. *Search platforms: Showrooming and price parity clauses*. 2016. EZRACHI, Ariel, *The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce*, 2015.

tratados celebrados entre nações soberanas.<sup>46</sup> O primeiro tratado internacional celebrado pelos Estados Unidos da América, por exemplo, já apresentava a cláusula MFN<sup>47</sup>, e tem-se notícia de que tratados contendo cláusulas dessa espécie passaram a ser bastante difundidos no século XIX<sup>48</sup>.

A disseminação da cláusula MFN em acordos internacionais ocorreu principalmente após a 2ª Guerra Mundial. Em 1946, vários países decidiram regular as relações econômicas internacionais, não só com o objetivo de melhorar a qualidade de vida de seus cidadãos, mas também por entenderem que os problemas econômicos influíam seriamente nas relações entre os governos. Nesse contexto, cerca de 23 países reuniram-se para discutir um acordo que visasse a combater práticas comerciais protecionistas e discriminatórias, a fim de impulsionar o comércio internacional. Dessas negociações, nasceu o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT.<sup>49</sup>

O GATT, estabelecido em 1947, é um conjunto de regras e normas de comércio, internacionalmente aceitas, instituídas na primeira negociação multilateral de comércio e revistas ao longo de um total de sete rodadas multilaterais até 1994 (Rodada Uruguai), quando foi então englobado pela estrutura da Organização Mundial do Comércio (OMC).<sup>50</sup>

A OMC nasceu a partir da intenção das nações de eliminar entraves comerciais, a fim de atingir uma maior eficiência econômica e bem-estar internacional. Com efeito, passou-se a adotar o princípio da não-discriminação, através da observância das regras da nação-mais-favorecida e do tratamento nacional.<sup>51</sup>

---

<sup>46</sup> GONZÁLEZ-DIAZ, Francisco Enrique; BENNETT, Matthew. *The law and economics of most-favoured nation clauses*. In: Competition Law & Policy Debate, Vol. 1, Issue 3, agosto, 2015. Disponível em: <[https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/the\\_law\\_and\\_economics\\_of\\_most-favoured\\_nation\\_clauses.pdf](https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/the_law_and_economics_of_most-favoured_nation_clauses.pdf)>. Acesso em: 10/09/2018.

<sup>47</sup> Trata-se do *Treaty of Amity and Commerce* (Tratado de Amizade e Comércio), celebrado em 6 de fevereiro de 1778 entre França e Estados Unidos da América, cujo Artigo 3 estabelecia a cláusula MFN. Ver: OECD. *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment, fevereiro, 2004, p. 3. Disponível em: <[https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004\\_2.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_2.pdf)> Acesso em: 29/09/2018.

<sup>48</sup> OECD. *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law*, p.3.

<sup>49</sup> Sobre o surgimento do GATT, ver: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/132-organizacao-mundial-do-comercio-omc>> Acesso em: 15/09/2018.

<sup>50</sup> CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*, 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 388.

<sup>51</sup> LÁFER, Celso. *O GATT, a cláusula da nação mais favorecida e a América Latina*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 10, n. 3, 1971, p. 46.

Refletindo a ideia da não-discriminação entre países e a necessidade de um comércio internacional mais fluido, o Artigo I.1 do GATT institui a “cláusula da nação mais favorecida”, em vigor atualmente com a seguinte redação<sup>52</sup>:

1. Qualquer vantagem, favor, imunidade ou privilégio concedido por uma parte contratante em relação a um produto originário de ou destinado a qualquer outro país, será imediata e incondicionalmente estendido ao produtor similar, originário do território de cada uma das outras partes contratantes ou ao mesmo destinado, Êste dispositivo se refere aos direitos aduaneiros e encargos de tôda a natureza que gravem a importação ou a exportação, ou a elas se relacionem, aos que recaiam sôbre as transferências internacionais de fundos para pagamento de importações e exportações, digam respeito ao método de arrecadação dêsses direitos e encargos ou ao conjunto de regulamentos ou formalidades estabelecidos em conexão com a importação e exportação bem como aos assuntos incluídos nos §§ 1 e 2 do art. III.

Assim, no âmbito do comércio internacional, pode-se definir a cláusula MFN como “compromisso no qual um Estado parte do acordo internacional se compromete a garantir ao outro Estado tratamento não menos favorável do que o tratamento dado a outros Estados sob outros acordos internacionais”.<sup>53</sup>

Embora tenha suas origens no comércio internacional, as cláusulas MFN, com as devidas adaptações, passaram a ser utilizadas também nos contratos privados. Anotações sobre o tema remontam ao final da década de 1980<sup>54</sup>, encabeçadas por autores estadunidenses<sup>55</sup>, acompanhando a expansão da cláusula MFN para contratos celebrados no âmbito de diversos mercados, tais como distribuição de gás natural, planos de saúde e distribuição de medicamentos.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc>>. Acesso em: 08/09/2018.

<sup>53</sup> GONZÁLEZ-DIAZ, Francisco Enrique; BENNETT, Matthew. *The law and economics of most-favoured nation clauses*. p. 26.

<sup>54</sup> STENGER, S. *Most-favoured-nation clauses and monopsonistic power: an unhealthy mix?* In: American Journal of Law and Medicine, 15, pp. 111-128, 1989.

<sup>55</sup> Em 1988, por exemplo, David Butz publicou um artigo defendendo ser a cláusula MFN uma outra hipótese de solução no contexto da Conjectura de Coase, segundo a qual, em síntese, um monopolista não conseguiria praticar preços de monopólio em caso de bens duráveis sem limitar a quantidade ofertada. Ver: BUTZ, David. *Durable-good monopoly and best-price provisions*. In: The American Economic Review, 80(5), 1062-1076, 1988. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2006761>> Acesso em: 10/09/2018. Ver: COASE, Ronald H. *Durability and Monopoly*. In: Journal of Law and Economics, Vol. 15, No. 1, pp. 143-149. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/725018>> Acesso em: 10/09/2018.

<sup>56</sup> CROCKER, K; LYON, T. *What do ‘facilitating practices’ facilitate? Na empirical investigation of most-favored-nation clauses in natural gas contracts*. In: Journal of Law & Economics, 37(2), pp. 297-322. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/725734>>. Acesso em: 11/09/2018. DENNIS, Anthony J. *Potential Anticompetitive Effects of Most Favored Nation Contract Clauses in Managed Care and Health Insurance Contracts*. In: Annals of Health Law, 4(1), 1995, pp.71-85. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/5c90/484a9fc21acce8d7aec3defda434cf8eb61b.pdf>>. Acesso em: 03/11/2018. SCOTT MORTON, F. *The strategic response by pharmaceutical firms to the medicaid most-*



No âmbito dos contratos privados, a cláusula MFN é comumente definida como “acordo entre um fornecedor e um cliente no qual o fornecedor promete ao cliente que lhe oferecerá condições tão favoráveis quanto aquelas oferecidas a qualquer outro cliente.”<sup>57</sup> Quando vigente uma cláusula MFN em um contrato, uma parte deverá então dispensar à outra parte tratamento no mínimo tão favorável quanto o dispensado a qualquer outra contraparte.<sup>58</sup>

As cláusulas MFN podem ser adotadas em relações de venda direta, nas quais o comprador exige do vendedor que as condições da venda sejam tão favoráveis quanto as praticadas para qualquer outro comprador.<sup>59</sup> Normalmente, a condição exigida é de que o preço do produto seja o melhor praticado em relação a qualquer outro comprador, mas nada impede que a MFN atinja também outras condições (garantias, pós-venda etc.).

Assim, a cláusula MFN é inserida em um acordo vertical<sup>60</sup>, no qual normalmente será o adquirente a exigir que o preço pelo qual comprará o produto do fornecedor seja igual ao menor preço praticado para qualquer outro adquirente. Quando a cláusula também vincula os preços a serem ofertados pelo vendedor a preços que ele próprio tenha ofertado e historicamente praticado, tem-se a chamada “MFN retroativa”.<sup>61</sup>

As cláusulas MFN também podem ser utilizadas em vendas indiretas. As vendas indiretas ocorrem quando um agente econômico busca a colaboração de outros empresários para a venda de seus produtos, sendo esses empresários responsáveis pelos custos da distribuição, de modo que os custos de investimento do agente econômico fabricante são reduzidos.<sup>62</sup>

---

*favoured nation customer rules*. In: The RAND Journal of Economics, 28(2), pp. 269-290. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2555805>>. Acesso em: 11/09/2018.

<sup>57</sup> GÜRKAYNAK, Gönenç; GÜNER, Ayse; DINIZ, Sinan; FILSON, Janelle. *Most-favored-nation clauses in commercial contracts: legal and economic analysis and proposal for a guideline*. p. 135.

<sup>58</sup> AKMAN, Pinar; SOKOL, Daniel. *Online RPM and MFN Under Antitrust Law and Economics*. In: Review of Industrial Organization, v. 50, 2017, p. 134. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11151-016-9560-x>>. Acesso em: 10/05/2018.

<sup>59</sup> BAKER, Jonathan B; CHEVALIER, Judith A. *The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions*. In: Law Reviews and Other Academic Journals, Paper 227, 2013, p. 20. Disponível em: <[https://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch\\_lawrev/277](https://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_lawrev/277)> Acesso em: 10/09/2018.

<sup>60</sup> Conforme definição proposta por Paula Forgioni, acordos verticais “são aqueles celebrados entre agentes econômicos que se situam ao longo da cadeia produtiva ou distributiva, ou seja, de uma linha imaginária que vai desde a produção da matéria-prima até a distribuição final do produto ou serviço.” In: FORGIONI, Paula A. *Direito Concorrencial e Restrições Verticais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 23.

<sup>61</sup> GÜRKAYNAK, Gönenç; GÜNER, Ayse; DINIZ, Sinan; FILSON, Janelle. *Most-favored-nation clauses in commercial contracts: legal and economic analysis and proposal for a guideline*. p. 145.

<sup>62</sup> FORGIONI, Paula A. *Direito Concorrencial e Restrições Verticais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 27.

No âmbito dessa relação de venda indireta<sup>63</sup>, a cláusula MFN pode servir tanto para garantir ao fornecedor que o revendedor oferecer-lhe-á condições tão favoráveis quanto às oferecidas a qualquer outro fornecedor para a aquisição do bem como para garantir ao revendedor que o fornecedor vender-lhe-á o bem a condições tão favoráveis quanto as oferecidas a qualquer outro revendedor.<sup>64</sup>

Caso recente de utilização de cláusula MFN em relações de vendas indiretas foi examinado pela Comissão Europeia. Trata-se do caso em que distribuidores de canais de TV por assinatura concordaram em pagar a determinados estúdios de filmagem preços ao menos iguais aos pagos a qualquer outro estúdio de filmagem pelos filmes produzidos. No caso, os estúdios seriam beneficiados ao contar que venderiam os filmes por eles produzidos em termos no mínimo tão favoráveis quanto os garantidos a qualquer outro estúdio.<sup>65</sup>

Nos últimos anos, cláusulas do mesmo tipo passaram a ser utilizadas no âmbito do comércio eletrônico, denominadas pela doutrina como “cláusulas PMFN” ou “cláusulas de paridade”.<sup>66</sup> As cláusulas de paridade, diferentemente das cláusulas MFN tradicionais, não vinculam os preços praticados por alguma das contrapartes do contrato com relação à outra, mas, sim, com relação a um terceiro, alheio ao contrato. Vigente uma cláusula de paridade, o vendedor promete ofertar na plataforma com a qual contratou bens ou serviços em condições no mínimo tão vantajosas quanto aquelas praticadas em outras plataformas e/ou em seu próprio canal de vendas (nesse caso, chamadas “cláusulas de paridade amplas”) ou somente em canal de vendas próprio *online* (nesse caso, chamadas “cláusulas de paridade restritas”).<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> No Brasil, o contrato socialmente típico que melhor representa a relação de vendas indiretas é o contrato de distribuição. Na definição da professora Paula Forgioni, o contrato de distribuição é um “contrato bilateral, sinalagmático, atípico e misto, de longa duração, que encerra um acordo vertical, pelo qual um agente econômico (fornecedor) obriga-se ao fornecimento de certos bens ou serviços a outro agente econômico (distribuidor), para que este os revenda, tendo como proveito econômico a diferença entre o preço de aquisição e de revenda e assumindo obrigações voltadas à satisfação das exigências do sistema de distribuição do qual participa.” In: FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 116.

<sup>64</sup> BAKER, Jonathan B; CHEVALIER, Judith A. *The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions*. p. 20.

<sup>65</sup> Caso COMP/38427 PO Pay Television Fil Output Agreements, encerrado pela Comissão Europeia em 26/10/2004, após os seis estúdios de filmagem envolvidos concordarem em remover a cláusula MFN de seus contratos. Disponível em:

<[http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_38427](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_38427)> Acesso em: 10/09/2018.

<sup>66</sup> EZRACHI, Ariel, *The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce*. p. 1.

<sup>67</sup> AKMAN, Pinar. *A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses*. p. 5.

Assim, embora guarde similitudes com a cláusula MFN tradicional, a cláusula de paridade (ou PMFN) possui características muito próprias que, naturalmente, geram efeitos no mercado que devem ser estudados de maneira individualizada.

### **3.1.2. A cláusula de paridade como tipo de acordo de relação de preços (*Price Relationship Agreements*)**

É possível encontrar na literatura autores que consideram ser as cláusulas de paridade e cláusulas MFN espécies de um gênero mais amplo de arranjo contratual: os *price relationship agreements*, ou “acordos de relação de preços” (PRA), que consubstanciam quaisquer acordos pelos quais agentes de mercado criam políticas de preços que estão ligadas aos preços cobrados por outros agentes de mercado.<sup>68</sup>

O instituto italiano *Laboratorio di Economia, Antitrust, Regolamentazione* (LEAR) preparou, em 2012, amplo estudo para a autoridade antitruste britânica, o *Office of Fair Trading* (substituído pelo *Competition and Markets Authority*), com detalhada sistematização dos tipos de PRA e seus efeitos.<sup>69</sup>

De acordo com o referido estudo, os PRA podem ser basicamente de três tipos: (i) acordos com relação a vendedores (*across-sellers agreements*); (ii) acordos com relação a compradores (*across-customer agreements*); e (iii) acordos com relação a terceiros (*third-party agreements*).

Acordos com relação a vendedores são aqueles nos quais um determinado vendedor promete que oferecerá ao comprador preços no mínimo iguais aos praticados por outros vendedores. Tais acordos são também chamados *price matching guarantees* (garantia de equiparação de preços), quando o vendedor promete equiparar o preço praticado ao menor preço ofertado por outro vendedor, ou *best price guarantees* (garantia de melhor preço), no

---

<sup>68</sup> Ver, por exemplo: HINCHLIFFE, Susan. *Price Relationship Agreements: Procompetitive, Anticompetitive or Neutral?* In: American Bar Association, Antitrust, Spring, 2013. Há autores que recorrem à categoria ainda mais ampla do que os PRA, os *Contracts that Reference Rivals* (CRR), ou seja, contratos que fazem referência a rivais, dentre os quais os PRA seriam uma das espécies. V., por exemplo: SCOTT-MORTON, Fiona M. *Contracts that Reference Rivals*. In: Antitrust, Vol. 27, No. 3, 2013, p. 72. Disponível em: <<http://www.crai.de/sites/default/files/publications/Contracts-that-reference-rivals.pdf>> Acesso em: 25/10/2018.

<sup>69</sup> LEAR. *Can 'Fair' Prices Be Unfair? A Review of Price Relationship Agreements*. In: Office of Fair Trading, OFT1438, 2012. Disponível em: <[http://www.learlab.com/wp-content/uploads/2016/04/Can-%E2%80%98Fair%E2%80%99-Prices-Be-Unfair\\_-A-Review-of-Price-Relationship-Agreements.pdf](http://www.learlab.com/wp-content/uploads/2016/04/Can-%E2%80%98Fair%E2%80%99-Prices-Be-Unfair_-A-Review-of-Price-Relationship-Agreements.pdf)> Acesso em: 30.09.2018.

qual o vendedor garante que o produto será ofertado sempre no preço mais baixo dentre os praticados pelos demais vendedores.<sup>70</sup>

Pode-se utilizar, como exemplo de garantia de equiparação de preço, o caso da empresa multinacional de eletrônicos Best Buy que, em 2003, passou a utilizar uma provisão garantindo a seus consumidores preços no mínimo tão baixos quanto os da concorrência e, mais ainda, tão baixos quanto os praticados por ela própria no passado para os mesmos produtos.<sup>71</sup> Ademais, não é incomum ver esse tipo de promessa por grandes varejistas ao consumidor em geral.

Nesses casos, todavia, poderá haver uma discriminação de preços: será premiado aquele consumidor disposto a buscar, dentre todos os vendedores, qual o menor preço praticado, para cobrar do vendedor promitente, enquanto consumidores menos dispostos a despender tempo e energia na comparação dos preços provavelmente pagarão mais caro pelo mesmo bem ou serviço.<sup>72</sup>

Acordos com relação a consumidores, por sua vez, são aqueles nos quais o vendedor vincula os preços a serem cobrados de um comprador aos preços cobrados dos demais compradores. Na vigência desse tipo de acordo, o comprador garante que não estará em uma situação pior do que qualquer um de seus concorrentes, ao mesmo tempo em que o vendedor arcará com uma “penalidade” caso opte por reduzir o preço praticado a outro comprador, que não aquele protegido pelo acordo. São exemplos típicos de acordos com relação a consumidores as cláusulas MFN tradicionais ou “cláusulas do consumidor mais favorecido” (cláusulas MFC).<sup>73</sup>

Por fim, acordos com relação a terceiros (*third-party agreements*) são aqueles nos quais os preços a serem pagos pelos consumidores finais são determinados por um

---

<sup>70</sup> AKMAN, Pinar. *A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses*. p. 5.

<sup>71</sup> Jihui Chen e Qihong Liu estudaram os efeitos dessa cláusula nos preços da indústria de equipamentos eletrônicos, monitorando os preços de 125 produtos praticados por pelo menos 5 concorrentes. Em: CHEN, Jihui; LIU, Qihong. *The Effect of Most-Favored-Customer Clauses on Prices*. In: *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 59, No. 3, setembro, 2011, pp. 343-371. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/41289458>>. Acesso em: 20/09/2018.

<sup>72</sup> LEAR. *Can 'Fair' Prices Be Unfair? A Review of Price Relationship Agreements*.

<sup>73</sup> A existência de maior quantidade de estudos e casos envolvendo cláusulas do tipo MFN não raro levam à utilização da denominação “MFN” para quaisquer tipos de acordos de relação de preços. V., por exemplo: GONZÁLEZ-DIAZ, Francisco Enrique; BENNETT, Matthew. *The law and economics of most-favoured nation clauses.*; GÜRKAYNAK, Gönenç. GÜNER, Ayse; DINIZ, Sinan; FILSON, Janelle. *Most-favored-nation clauses in commercial contracts: legal and economic analysis and proposal for a guideline*; BAKER, Jonathan B.; CHEVALIER, Judith A. *The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions*.

fabricante ou revendedor, ou um vendedor e uma plataforma, sem qualquer participação do consumidor final em sua definição.<sup>74</sup>

Os *third-party agreements* podem afigurar-se tanto na revenda tradicional quanto na revenda por meio de plataformas virtuais. Na revenda clássica, trata-se de acordo entre um fabricante e um revendedor, no qual o revendedor obriga-se a revender os produtos do fabricante a preços no mínimo iguais aos praticados para produtos de outros fabricantes. No caso da revenda por plataformas virtuais, o vendedor compromete-se a vender seus produtos ou serviços na plataforma a preços ao menos tão baixos quanto os praticados em outras plataformas e/ou em seu próprio canal de vendas. Nesse último caso, parte da literatura tem denominado esse tipo de arranjo de *across-platform parity agreements*<sup>75</sup> (acordos de paridade com relação a plataformas – APPA), *platform most-favored-nation clause* (cláusula da nação mais favorecida em plataformas – PMFN) ou, como adotado neste trabalho, *parity clause* (cláusula de paridade).

De toda forma, a despeito da terminologia utilizada (APPA, PMFN ou cláusula de paridade)<sup>76</sup>, essencial é analisar como esse tipo de previsão contratual pode afetar os mercados para que eventuais riscos à concorrência possam ser endereçados de forma apropriada.

### 3.2. A cláusula de paridade e o comércio *online*

Com efeito, as cláusulas de paridade diferem das cláusulas MFN tradicionais, uma vez que passam a consubstanciar acordos entre vendedores e as plataformas sobre os preços pelos quais os vendedores ofertarão seus produtos em plataformas rivais, deixando de ser acordos entre os vendedores e os compradores, diretamente.<sup>77</sup> Por essa razão, são categorizadas como *third-party agreements*, na classificação proposta pelo instituto LEAR.

---

<sup>74</sup> LEAR. *Can 'Fair' Prices Be Unfair? A Review of Price Relationship Agreements*.

<sup>75</sup> BUCCIROSSI, Paolo. *Parity Clauses: Economic incentives, theories of harm and efficiency justifications*. In: *Competition Law & Policy Debate*, 1(3), 2015, p. 43-52.

<sup>76</sup> HVIID alertava para a gama ampla de designações que sofrem as cláusulas desse tipo. Ver: HVIID, Morten. *Vertical Agreements Between Suppliers and Retailers that Specify a Relative Price Relationship Between Competing Products or Competing Retailers*. In: OECD, *Hearing on Across Platform Parity Agreements*. Outubro, 2015. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)6&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)6&doclanguage=en)> Acesso em: 30/09/2018.

<sup>77</sup> BAKER, Jonathan B; SCOTT-MORTON, Fiona. *Antitrust Enforcement Against Platform MFNs*. p. 2181.

As cláusulas de paridade, embora guardem semelhanças com as MFN tradicionais, diferem quanto a seu efeito – as cláusulas MFN tradicionais, ao prometerem ao comprador que ele será tratado como o “consumidor mais favorecido”<sup>78</sup> do vendedor, vinculam preços entre diferentes compradores do mesmo vendedor (por exemplo, uma livraria promete ao comprador A que não cobrará menos do comprador B pelo mesmo produto).

O benefício da cláusula MFN é aproveitado pela contraparte no acordo, para a qual a promessa é feita. As cláusulas de paridade, por outro lado, vinculam preços que serão praticados a um mesmo comprador para compras em diferentes lojas (por exemplo, a Amazon garante que seu consumidor não encontrará o mesmo livro mais barato em outra livraria), de forma que um terceiro, alheio ao acordo, é quem será afetado pela cláusula de paridade.<sup>79</sup>

Conforme exposto anteriormente, um dos principais problemas enfrentados pelas plataformas virtuais são as externalidades de rede. Assim, para além de uma garantia de que não enfrentarão situação menos vantajosa do que outras plataformas, é possível que as plataformas virtuais utilizem as cláusulas de paridade para proteger-se do “problema do ovo e da galinha” e os inconvenientes inerentes a mercados sujeitos a efeitos de rede.

A cláusula de paridade pode ser usada como forma de preservar os usuários do lado mais sensível a preços, ao impedir que os vendedores que delas se utilizam para promover seus produtos diferenciem preços entre plataformas concorrentes.<sup>80</sup> Tais efeitos das cláusulas de paridade serão analisados em maior profundidade adiante.

### **3.3. A cláusula de paridade como espécie de restrição vertical**

Restrições verticais podem ser definidas como “estipulações contratuais geralmente inseridas nos acordos verticais que restringem a liberdade de atuação do

---

<sup>78</sup> Por isso, alguns autores optam por designá-las “Most-favored-customer clauses”. Ver: MARUYAMA, Masayoshi; ZENNYO, Yusuke. *Platform Most-Favored-Customer Clauses and Investment Incentives*. Kobe University, julho, 2018. COOPER, Thomas E. *Most-favored-customer Pricing and Tacit Collusion*. In: *The RAND Journal of Economics*, Vol. 17, No. 3 (Autumn, 1986), pp. 377-388. ZIMMER, Daniel; BLASCHCZOK, Martin, *Most-Favoured-Customer Clauses and Two-Sided Platforms*. In: *Journal of European Competition Law & Practice (JECLAP)*, Vol. 5 No. 4, 2014.

<sup>79</sup> AKMAN, Pinar. *A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses*. p. 4.

<sup>80</sup> SAMUELSON, Martha; PIANKOV, Nikita; ELLMAN, Brian. *Assessing the Effects of Most-favored Nation Clauses*. ABA Section of Antitrust Law, 2012, p. 3.

distribuidor ou do fornecedor.”<sup>81</sup> Assim, partes que atuam em diferentes níveis da cadeia de produção celebram um contrato no qual haverá alguma restrição de atuação para uma das partes, ou para ambas.

As restrições mais investigadas pelas autoridades antitruste costumam ser relativas ao preço a ser praticado (por exemplo, com a fixação dos preços de revenda), ao espaço de atuação (divisão territorial), à liberdade de contratar (exclusividade) ou à vinculação de bens e/ou serviços (vendas casadas).<sup>82</sup>

Do ponto de vista do vendedor ou anunciante que se utiliza da plataforma para ofertar bens e serviços, a cláusula de paridade representa uma restrição à sua liberdade de estabelecer preços. Para ele, idealmente, não haveria qualquer ingerência da plataforma sobre os preços que poderia cobrar. Nesse sentido, pode-se dizer que a cláusula de paridade consubstancia uma restrição vertical quanto aos preços a serem praticados.<sup>83</sup>

O entendimento da cláusula de paridade como uma restrição vertical traz consequências importantes quanto à aplicação legislativa. Restrições verticais, nas principais jurisdições tratadas neste trabalho<sup>84</sup>, são em geral tratadas pela chamada “regra da razão”<sup>85</sup>, na qual serão analisados os efeitos anticoncorrenciais potenciais da conduta em contraposição às eficiências por ela geradas, a fim de verificar se há justificativa econômica suficientemente robusta para a restrição à concorrência imposta, cabendo o ônus da prova dos efeitos líquidos negativos à autoridade antitruste.<sup>86</sup>

---

<sup>81</sup> FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 8ª Ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 359.

<sup>82</sup> FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. p. 359.

<sup>83</sup> OCDE. *Vertical Restraints for On-line Sales*. 2013, p. 6. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/VerticalRestraintsForOnlineSales2013.pdf>>. Acesso em: 08/09/2018.

<sup>84</sup> GONÇALVES, Priscila Brólio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. São Paulo: Singular, 2002, p. 137.

<sup>85</sup> O Professor Calixto Salomão Filho, citando ensinamentos de Philip Areeda, ensina que “a regra da razão hoje é composta por três testes: em primeiro lugar, é preciso determinar qual o prejuízo para os consumidores causado pela restrição. Em segundo lugar, é preciso verificar qual o objetivo que está sendo perseguido através do ato e se esse objetivo apresenta ‘redeeming virtues’ capazes de justificar a restrição. Finalmente, deve-se verificar se não existe nenhuma maneira alternativa, menos lesiva à concorrência, de atingir tais objetivos.” In: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 143.

<sup>86</sup> Cumpre ressaltar que, na Europa, algumas restrições verticais como a fixação de preços de revenda sofrem severas limitações, sendo consideradas infrações por objeto, ou seja, cujas potenciais eficiências geradas não são capazes de compensar os malefícios causados no mercado. Ver: VAN DOORN, Frederik. *Resale Price Maintenance in EC Competition Law: the need for a standardised approach*. Universidade de Utrecht, School of Law, Department of European Law, Holanda, 2009. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1501070](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1501070)>. Acesso em: 17/10/2018.

Esse entendimento decorre da existência de certo consenso de que restrições verticais podem tanto ser benéficas quanto maléficas ao mercado, de modo que a análise das eficiências passa a ser essencial para o correto tratamento da conduta.<sup>87</sup>

Diante da constatação de que cláusulas de paridade podem ser entendidas como restrições verticais, passa-se à análise das potenciais eficiências geradas pelo uso de tais disposições para, a seguir, confrontá-las com os possíveis efeitos anticompetitivos que podem ocasionar.

---

<sup>87</sup> FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. p.360.



## 4. EFICIÊNCIAS ASSOCIADAS ÀS CLÁUSULAS DE PARIDADE

As cláusulas de paridade podem gerar eficiências intimamente relacionadas com a proteção do investimento da plataforma e, em última instância, podem produzir efeitos pró-competitivos, ao incentivarem maiores investimentos e a entrada de novos *players* no mercado, assim refletindo a racionalidade econômica para o uso de tais disposições pelos agentes econômicos.

O estudo das potenciais eficiências associadas às cláusulas de paridade faz-se essencial, ainda, para compreender as decisões de algumas autoridades antitruste no que diz respeito à permissão concedida às plataformas virtuais de manterem em seus contratos cláusulas de paridade, ainda que restritas.<sup>88</sup>

### 4.1. Redução dos custos de transação

Negociações sempre implicam custos para as partes contratantes, em todos os momentos do desenvolvimento do negócio. Definir as condições do negócio, analisar a situação da contraparte, escrever o contrato e garantir o cumprimento do contrato são fases que trazem altos custos para as partes. Ronald Coase iniciou os estudos dos custos de se negociar no mercado, os chamados “custos de transação”. Nas palavras do autor<sup>89</sup>:

Para negociar no mercado, é necessário descobrir com quem se quer contratar, informar a intenção de contratar e em quais termos, conduzir negociações, escrever o contrato, fiscalizar o cumprimento do contrato para observar o cumprimento de seus termos, e assim por diante. Tais operações são em geral extremamente custosas, a ponto de evitar a realização de muitas transações que seriam efetuadas em um mundo no qual o sistema de precificação funcionasse sem tais custos.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> Nesse sentido, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica entendeu, no caso OTA, adiante analisado, que as justificativas econômicas das cláusulas de paridade restritas seriam suficientes para compensar eventuais efeitos anticompetitivos produzidos no mercado. Ver: Procedimento Preparatório n.º 08700.005679/2016-13.

<sup>89</sup> Coase começou a desenvolver a ideia dos custos de transação em seu artigo de 1937, denominado “The Nature of the Firm”, e continuou em artigo de 1960, publicado inicialmente no *The Journal of Law and Economics*, denominado “The Problem of Social Cost”, republicado no livro “The Firm, the Market and the Law”. In: COASE, Ronald H. *The firm, the Market and the law*. University of Chicago Press, 1988, p. 114.

<sup>90</sup> COASE, Ronald H. *The firm, the Market and the law*. p. 114. No original: “In order to carry out a market transaction, it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost.”

Oliver Williamson, partindo dos estudos de Coase, define os custos de transação como

os custos prévios de escrever, negociar e preservar um contrato e, mais especificamente, os custos posteriores de adaptação que surgem quando a execução do contrato é falha em virtude de lacunas, erros, omissões ou situações não antecipadas; os custos de funcionamento do sistema econômico.<sup>91</sup>

Em determinadas situações, pode-se evitar custos de transação por meio da adoção de soluções *interna corporis*, ou seja, internalização de tais custos dentro da estrutura da empresa. Outras tantas vezes, a internalização não será a melhor alternativa, caso em que o agente econômico optará por contratar outros agentes no mercado, por meio de acordos verticais.<sup>92</sup>

Ao optar por acordos verticais, os agentes econômicos tendem a buscar proteção contra determinados comportamentos oportunistas da outra parte e garantias de que o investimento naquele determinado contrato será recompensado. Nesse contexto, a cláusula de paridade pode servir como um dos mecanismos de proteção escolhidos pelo agente econômico, reduzindo os custos de negociação e execução do contrato, uma vez que a parte beneficiada pela cláusula saberá que a ela será dado o melhor tratamento possível.<sup>93</sup>

Dessa forma, o propósito de redução dos custos de transação afigura-se como central na decisão do agente econômico de celebrar acordos verticais e de incluir, nesses acordos, determinadas cláusulas que servirão de anteparo para sua posição contratual.

---

<sup>91</sup> WILLIAMSON, Oliver E. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p.379. No original: “The ex ante costs of drafting, negotiating, and safeguarding an agreement and, more especially, the ex post costs of maladaptation and adjustment that arise when contract exception is misaligned as a result of gaps, errors, omissions, and unanticipated disturbances; the costs of running the economic system.” A Professora Paula Forgioni, partindo dos estudos de Coase e Williamson, define os custos de transação como “aqueles em que a empresa incorre mesmo antes de realizar o negócio (*ex ante costs*) para encontrar o parceiro, conceber, negociar, minutar e blindar o acordo, bem assim os custos posteriores (*ex post costs*) relacionados a problemas e ajustes que vem à tona durante a vida do contrato por conta de inevitáveis lacunas, erros, omissões e fatos que não foram antecipadamente previstos pelas partes.” FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. p.364.

<sup>92</sup> FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. p.367.

<sup>93</sup> BAKER, Jonathan B.; CHEVALIER, Judith A. *The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions*. p.22.

## 4.2. Prevenção do “efeito carona” (*free-riding effect*)

Entende-se por *free-riding*, ou efeito carona, a situação na qual determinado agente econômico apossa-se indevidamente de vantagem competitiva desenvolvida por outro agente<sup>94</sup>, sem incorrer nos mesmos custos que o agente investidor incorreu para tornar seu negócio inovador e atrativo. No caso do comércio eletrônico, o “caronista” aproveita-se do investimento da plataforma virtual para promover seu próprio negócio, o que é potencializado pela facilidade de busca e pelo *multi-homing*.

Esse comportamento oportunista pode partir tanto de outras plataformas quanto do próprio vendedor. Pense-se no caso das agências de viagem *online*, que possibilitam a pesquisa pelo usuário da plataforma por hotéis diversos até encontrar o que melhor se amolde às suas expectativas – uma vez escolhido o hotel, sem a vigência de uma cláusula de paridade, o usuário poderia acessar o *website* do hotel e encontrar preços mais baixos, optando, evidentemente, por concluir a transação fora do ambiente da plataforma e diretamente no *website* do hotel.<sup>95</sup>

Pode-se traçar um paralelo entre o problema do *hold-up* (ou “extorsão pós-contratual”) e o efeito carona. O *hold-up* contratual pode ocorrer quando uma parte precisa realizar investimentos específicos substanciais voltados ao cumprimento de um determinado contrato (normalmente, chamados de *sunk costs*).<sup>96</sup> Após a realização dos investimentos, a contraparte pode ficar tentada a adotar comportamentos desleais, com a redução do poder de barganha da parte investidora, que incorreria em prejuízos muito maiores com o rompimento do contrato. Nesse caso, a parte investidora vê-se em nítida desvantagem no âmbito da relação contratual.<sup>97</sup>

Assim, a plataforma virtual que investiu em seu negócio poderia ver-se prejudicada pelo vendedor que nela oferta seus produtos e serviços.<sup>98</sup> Contudo, a diferença fundamental, nesse caso, é de que o investimento realizado pela plataforma não é direcionado a um determinado contrato, mas, sim, ao desenvolvimento de seu próprio negócio, tampouco

---

<sup>94</sup> FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. p.368.

<sup>95</sup> VEZZOSO, Simonetta. *Online Platforms, Rate Parity and the Free Riding Defence*. 11<sup>th</sup> ASCOLA Conference, Leiden Law School, junho, 2016, p. 17.

<sup>96</sup> HILDEBRAND, Doris. *Economic Analyses of vertical agreements – A self-assessment*. In: International Competition Law Series, Kluwer Law International, 2005, p. 18.

<sup>97</sup> FORGIONI, Paula A. *Direito Concorrencial e Restrições Verticais*. p. 152.

<sup>98</sup> VEZZOSO, Simonetta. *Online Platforms, Rate Parity and the Free Riding Defence*. p. 17.

seria razoável sustentar, na maior parte dos casos, que a plataforma teria seu poder de barganha reduzido em razão dos investimentos realizados.

Todavia, para coibir o efeito carona, da mesma forma que em um clássico problema de *hold-up*, as partes podem inserir uma restrição vertical no contrato para coibir comportamentos oportunistas, papel esse que pode ser cumprido pela cláusula de paridade.<sup>99</sup> Com a garantia de que usufruirá das melhores condições possíveis, a parte terá incentivos muito maiores para investir, sabendo que seus concorrentes não estarão em situação mais vantajosa.

Em estudo direcionado a verificar o efeito das cláusulas de paridade (no estudo, chamadas PMFC) nos incentivos ao investimento pelas plataformas, Masayoshi Maruyama e Yusuke Zennyo chegaram à conclusão de que tais cláusulas podem, sim, inibir o efeito carona e aumentar esses incentivos. Porém, o efeito será maior se o grau de substituição entre plataformas rivais for relativamente maior do que o grau de substituição entre vendedores concorrentes.<sup>100</sup> Isso porque, em um ambiente de competição entre plataformas e com poucos vendedores, a tendência é de que a garantia de preço competitivo por meio de uma cláusula de paridade forneça a segurança necessária para a plataforma de que ela não incorrerá em *sunk costs*, ao mesmo tempo em que, diante da escassez de vendedores, a plataforma precisa garantir que seu ambiente seja atrativo o suficiente para retê-los (resultando na necessidade de investimentos mais robustos).

### 4.3. Redução do problema do *showrooming*

O problema do *showrooming* está diretamente ligado ao problema do efeito-carona. O *showrooming* deriva da possibilidade de *multi-homing* pelos usuários, permitindo a fácil comparação de preços e condições entre ofertantes, com baixos custos de troca. Assim, o *showrooming* ocorre quando os usuários da plataforma a utilizam para pesquisar bens e serviços, mas, sabendo que podem encontrar preços menores em outros ambientes, deixam

---

<sup>99</sup> A mesma lógica pode ser aplicada às cláusulas de exclusividade territorial, que funcionam como fatores de incentivo a investimentos. Ver: SASS, Tim R.; SAURMAN, David R. *Mandated Exclusive Territories and Economic Efficiency: An Empirical Analysis of the Malt-Beverage Industry.*, vol. 36, In: *Journal of Law and Economics*, nº 153, 1993.

<sup>100</sup> MARUYAMA, Masayoshi; ZENNYO, Yusuke. *Platform Most-Favored-Customer Clauses and Investment Incentives*. Kobe University, julho, 2018, p. 27.

de concluir a transação na plataforma, que, por conseguinte, deixará de ser remunerada pelos investimentos realizados.<sup>101</sup>

Quando há possibilidade de *showrooming* por parte dos consumidores, plataformas rivais podem ficar tentadas a “pegar carona” no investimento de suas concorrentes, fenômeno potencializado pela transparência inerente ao ambiente virtual.<sup>102</sup>

*Showrooming* pode prejudicar a capacidade de operação de uma plataforma, na medida em que impede a remuneração da plataforma pelos investimentos realizados. As cláusulas de paridade podem ajudar a impedir o *showrooming*, porquanto evitarão a diferenciação de preços entre plataformas e canais de vendas próprios dos ofertantes.

Conforme demonstrado por Julian Wright e Chengsi Wang<sup>103</sup>, existe um equilíbrio no qual consumidores e vendedores negociam na plataforma. Menores custos de pesquisa na plataforma levam a valores de correspondência esperados mais altos para os consumidores e uma concorrência de preços mais intensa entre os vendedores. Apesar disso, os preços de equilíbrio são maiores na plataforma, em razão das taxas cobradas dos vendedores. Essas taxas não apenas compensam as margens menores obtidas pelos vendedores, devido à concorrência mais intensa, mas também os valores mais altos que os consumidores esperam quando pesquisam na plataforma e os benefícios de conveniência que os consumidores obtêm ao concluir transações nesse ambiente.

Esses preços mais altos, contudo, dão origem à possibilidade de *showrooming* caso os usuários consigam facilmente alternar entre canais de venda, o que limita a possibilidade da plataforma de cobrar taxas maiores – quanto maior a taxa cobrada, maior o preço praticado pela plataforma.

Ao garantir que os consumidores não encontrarão um preço mais alto quando comprarem por meio da plataforma, por ocasião da vigência de uma cláusula de paridade, não haverá mais refreamento claro ao aumento no valor das taxas cobradas. Os consumidores provavelmente optarão por sempre pesquisar na plataforma, dado que os preços nunca serão mais elevados, independentemente das taxas cobradas dos vendedores. Os vendedores, por sua vez, ainda estarão dispostos a aderir à plataforma, pois, de outro modo, sua exposição para o público consumidor poderá ser reduzida.<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> WRIGHT, Julian; WANG, Chengsi. *Search platforms: Showrooming and price parity clauses*, pp. 2-3.

<sup>102</sup> VANDENBORRE, Ingrid; FRESE, Michel J. *The Role of Market Transparency in Assessing MFN Clauses*. In: *World Competition*, 38, No. 3, 2015, pp. 333-348.

<sup>103</sup> WRIGHT, Julian; WANG, Chengsi. *Search platforms: Showrooming and price parity clauses*, pp. 35-36.

<sup>104</sup> Wright e Wang anotam ainda que uma plataforma com grande poder de mercado não investirá em redução dos custos de pesquisa dos usuários caso não possa utilizar uma cláusula de paridade em seus contratos; por

#### 4.4. Proteção da marca

Eficiência adicional das cláusulas de paridade mencionada pela literatura especializada, embora de forma mais lateral que as demais, refere-se aos incentivos ao investimento na marca de uma plataforma.<sup>105</sup>

Supondo que vendedores pudessem utilizar uma determinada plataforma, de maior custo e que cobra maiores taxas, apenas para expor seus bens e serviços, a preços elevados. Possivelmente, a fuga de consumidores procurando melhores condições em plataformas rivais, nas quais os vendedores também ofertassem os mesmos bens e produtos, inviabilizaria o negócio, acarretando a fuga também de vendedores após perda da massa crítica de consumidores, como resultado das externalidades de rede. Por isso, para que o agente tenha maiores incentivos a investir em uma plataforma virtual e no desenvolvimento da marca, o cenário ideal seria assegurar que não haverá uso oportunista por parte de vendedores que desviem consumidores para outro ambiente de compra.

Destarte, a cláusula de paridade poderia evitar que o valor da plataforma fosse prejudicado por ofertas desvantajosas, ou por outra desvantagem experimentada pelos usuários quando da sua utilização, coibindo o comportamento oportunista do vendedor, que não poderá oferecer vantagens melhores em outro ambiente de compras.

---

outro lado, fará grandes investimentos na redução desse custo de pesquisa caso possa fazer uso desse tipo de cláusula. In: WRIGHT, Julian; WANG, Chengsi. *Search platforms: Showrooming and price parity clauses*, p. 3.

<sup>105</sup> GÜRKAYNAK, Gönenç; GÜNER, Ayse; DINIZ, Sinan; FILSON, Janelle. *Most-favored-nation clauses in commercial contracts: legal and economic analysis and proposal for a guideline*. p. 149.

## 5. POTENCIAIS EFEITOS ANTICOMPETITIVOS DAS CLÁUSULAS DE PARIDADE

Embora existam justificativas econômicas para a incorporação de cláusulas de paridade em contratos verticais, a experiência dos últimos anos demonstra que também é possível que tais cláusulas resultem em danos à dinâmica concorrencial.

De acordo com estudo conduzido por Jonathan Baker e Fiona Scott-Morton, as cláusulas de paridade (chamadas de nação-mais-favorecida, no estudo) podem vir a produzir tanto efeitos colusivos quanto efeitos exclusionários.<sup>106</sup>

Os chamados efeitos colusivos ocorreriam quando as cláusulas de paridade passam a criar uma espécie de uniformização de preços no mercado, facilitando a coordenação entre agentes econômicos (ainda que tácita). Tais preços, em geral, seriam mais elevados do que aqueles praticados na ausência da referida cláusula, uma vez que o vendedor teria pouco interesse em reduzir seus preços, considerando que qualquer redução teria de ser replicada na(s) plataforma(s) com a(s) qual(is) há obrigação de paridade.

Os efeitos exclusionários, por sua vez, poderiam ser observados na medida em que os elevados preços praticados no mercado, no qual uma cláusula de paridade encontrasse vigente, poderiam dificultar a entrada das chamadas plataformas *low-cost*, ou seja, plataformas que utilizam modelo de custos menores e apostam na aplicação de taxas menores para atrair maior número de usuários fornecedores/vendedores e que poderiam forçar a competição via preço.<sup>107</sup>

Na vigência de uma cláusula de paridade ampla, o fornecedor/vendedor não poderia praticar preços menores na plataforma entrante, independentemente da taxa por ela cobrada. Assim, seria até possível que o entrante conseguisse atrair fornecedores/vendedores interessados em diversificar seus canais de venda, porém dificilmente a nova plataforma seria capaz de competir com a plataforma já estabelecida e conhecida pelos consumidores.

Os efeitos exclusionários não são restritos, porém, a plataformas entrantes. No caso de uma cláusula de paridade imposta por plataforma dominante, por exemplo, plataformas rivais com menor expressão poderiam encontrar dificuldades em desenvolver

---

<sup>106</sup> BAKER, Jonathan B.; SCOTT MORTON, Fiona. *Antitrust Enforcement Against Platform MFNs*. p.2182.

<sup>107</sup> AKMAN, Pinar. *A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses*. pp.10-11.

suas atividades e representar algum perigo à posição de mercado da primeira, pois a opção de competir com preços menores restaria prejudicada.

Em linha com a categorização dos efeitos colusivos ou exclusionários<sup>108</sup>, foram desenvolvidas algumas teorias do dano associadas às cláusulas de paridade, tanto endossadas por estudiosos do tema quanto em casos concretos analisados por variadas autoridades concorrenciais europeias e estadunidenses. Este capítulo terá por objetivo desenvolver essas teorias do dano, à luz dos casos mais relevantes investigados pelas referidas autoridades estrangeiras.

### 5.1. Intermediação excessiva

Plataformas do tipo PCW ou seja, *price comparison websites* (*websites* de comparação de preços), apesar de tenderem a suscitar um aumento da transparência dos preços cobrados por vendedores e da competição entre eles, em determinados casos essas tendências podem não refletir na redução geral de preços, se houver a chamada “intermediação excessiva”.<sup>109</sup>

A intermediação excessiva, primeira teoria do dano relacionada às cláusulas de paridade, levantada pelo Professor Ariel Ezrachi, pode ocorrer quando a plataforma opera sob o modelo de agência<sup>110</sup>, cobrando dos vendedores uma taxa por cada transação efetivada, e os contratos entre plataformas e vendedores contêm cláusulas de paridade amplas<sup>111</sup>. Conforme explora Ezrachi, nesse cenário, a plataforma terá incentivos para aumentar as taxas cobradas dos vendedores e estes, por sua vez, reagirão ao aumento das taxas, aumentando o preço cobrado do consumidor final.<sup>112</sup>

---

<sup>108</sup> Na mesma linha, afirma Pinar Akman: “The anticompetitive effects of MFC clauses can be collusive or exclusionary: they can facilitate coordination or dampen oligopoly competition by making it impossible to offer selective discounts, or they can lead to exclusion by raising costs of rivals or entrants that attempt to compete by negotiating lower prices from suppliers of critical inputs, etc.” AKMAN, Pinar. *A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses*. p.9.

<sup>109</sup> EZRACHI, Ariel, *The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce*. p.11.

<sup>110</sup> Sobre modelos de agência e cláusulas MFN, ver: JOHNSON, Justin P. *The Agency Model and MFN Clauses*. Cornell University, 2014. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2217849](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2217849)>. Acesso em: 08/05/2018.

<sup>111</sup> Conforme ver-se-á adiante, alguns especialistas entendem que mesmo as cláusulas de paridade restritas poderiam gerar intermediação excessiva pelas plataformas, sendo essa uma das teorias do dano exploradas por autoridades europeias que baniram as cláusulas de paridade, mesmo restritas.

<sup>112</sup> EZRACHI, Ariel. *The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce*, p.11.



O incentivo ao aumento das taxas cobradas pelas plataformas de intermediação está diretamente ligado à vigência de uma cláusula de paridade, geralmente ampla, empregada por uma plataforma com poder de mercado suficiente diante dos vendedores. Isso porque, embora os efeitos práticos da cláusula não dependam diretamente da posse de fatia de mercado importante pela plataforma, dificilmente vendedores (ou anunciantes, conforme o caso) permitiriam a imposição de uma cláusula restritiva de sua liberdade por um agente econômico sem poder de barganha suficiente.

A intermediação excessiva pode não só significar preços maiores cobrados dos consumidores, mas também resultar no reforço da posição dominante da plataforma incumbente (i.e., que aplica a cláusula de paridade em seus contratos). Esse reforço está diretamente relacionado aos efeitos de rede indiretos a que uma plataforma de dois lados está sujeita – sem poder cobrar preços menores, uma plataforma de menor custo dificilmente conseguirá atrair massa crítica suficiente para ganhar fatia de mercado que lhe permita competir de forma efetiva. Nesses casos, o mercado tende a “induzir” o usuário na direção da mesma plataforma incumbente, fenômeno conhecido como *tipping*.<sup>113</sup>

Benjamin Edelman e Julian Wright estudaram os efeitos da intermediação excessiva – para os quais o fenômeno deriva do incentivo do agente intermediador que oferece benefícios para os compradores em frear eventuais aumentos de preços pelos vendedores – e chegaram à conclusão de que ela pode levar a preços de revenda inflacionados, utilização demasiada dos serviços dos intermediários, superinvestimento em benefícios a compradores e redução do excedente do consumidor (e, em determinados casos, do bem-estar do consumidor).<sup>114</sup>

O estudo dos referidos autores buscou analisar os efeitos do que chamaram de “coerência de preços” (*price coherence*), ou seja, quando o preço pago por determinado bem ou serviços é o mesmo, seja a venda feita por meio de um intermediador ou diretamente pelo vendedor ao comprador, ou ainda por meio de outros intermediadores. Os autores apontam determinados mercados como especialmente afetados pela coerência de preços, como cartões de crédito, reservas de viagens, reservas de hotéis, corretores de seguros, serviços de

---

<sup>113</sup> MANSOUR, Amine. *Identifying the exclusionary effect of across-platform parity agreements: testing the tests*. In: The Antitrust Bulletin, April 2018, p.25. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0003603X18770065>> Acesso em: 23/07/2019.

<sup>114</sup> EDELMAN, Benjamin; WRIGHT, Julian. *Price Coherence and Excessive Intermediation*. The Quarterly Journal of Economics, Vol. 130, Issue 3, agosto, 2015. Disponível em: <<https://academic.oup.com/qje/article-abstract/130/3/1283/1934227?redirectedFrom=fulltext>> Acesso em: 30/07/2019.

comparação de seguros, *marketplaces* eletrônicos e *e-books*.<sup>115</sup> Todos esses mercados estiveram em algum momento na mira de autoridades antitruste em razão da uniformidade inerente à coerência de preços existente nesses ambientes – alguns deles mediante a imposição de cláusulas de paridade.

Eldeman e Wright defendem que a coerência de preços passa uma falsa sensação de “bônus” aos consumidores/compradores, já que não há diferenciação nos preços cobrados, independentemente do meio de aquisição dos bens ou serviços. Entretanto, os consumidores/compradores efetivamente pagam pelos custos associados à intermediação, pois haverá naturalmente um aumento de preços para compensar os benefícios oferecidos pelo intermediador.<sup>116</sup>

Dessa forma, um intermediador sempre buscará impor a coerência de preços se puder fazê-lo, pois elevará seu lucro ainda que haja um superinvestimento em seus serviços, subsidiando esse gasto com o aumento das taxas cobradas dos vendedores – que, por sua vez, repassam aos compradores –, levando à intermediação excessiva e a danos aos consumidores/compradores.

Conclusão interessante alcançada por Eldeman e Wright em suas proposições é a de que mesmo intermediadores pequenos e/ou ingressantes poderiam impor coerência de preços, pois se presume que o comprador utilizará os serviços de um único intermediador, forçando os vendedores a utilizarem os serviços de todos os intermediadores para alcançarem o maior número de compradores possíveis.

Essa conclusão, porém, não é uníssona na literatura. Joan Calzada, Ester Manna (Universidade de Barcelona) e Andrea Mantovani (Universidade de Bologna) concluíram em sua análise que vendedores tendem a escolher um único intermediador, caso sejam impedidos de diferenciar preços entre canais de venda (fenômeno que chamam de *single homing*).<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> EDELMAN, Benjamin. WRIGHT, Julian. *Price Coherence and Excessive Intermediation*, p. 30.

<sup>116</sup> EDELMAN, Benjamin. WRIGHT, Julian, *Price Coherence and Excessive Intermediation*, p. 29.

<sup>117</sup> CALZADA, Joan; MANNA, Ester; MANTOVANI, Andrea. *Platform Price Parity Clauses and Segmentation*. In: UB Economics Working Papers, Col.lecció d’Economia E19/387. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3329157>> Acesso em: 07/08/2019. Amine Masour, da Universidade de Montpellier, por outro lado, apresenta conclusões mais alinhadas com as de Edelman e Wright, ou seja, de que vendedores tendem a utilizar diversos canais de venda (plataformas de intermediação, canais de venda próprios) caso não possam diferenciar preços (*multi-homing*), precisamente para garantir ampla presença diante dos consumidores que tenderão a utilizar os serviços de uma única plataforma (*single-homing*), uma vez que os preços serão sempre iguais. MANSOUR, Amine. *Identifying the exclusionary effect of across-platform parity agreements: testing the tests*. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0003603X18770065>> Acesso em: 23/07/2019.

De toda forma, os casos que serão relatados e analisados adiante refletem como a intermediação excessiva, aos olhos das autoridades antitruste que se debruçaram sobre o estudo dos efeitos das cláusulas de paridade na concorrência, é uma das principais teorias do dano apontadas nas investigações e sinaliza preocupação significativa dessas autoridades com potenciais efeitos exclusionários que podem vir a produzir.

## 5.2. Arrefecimento da competição via preços

Uma segunda teoria do dano a ser analisada é o arrefecimento da competição via preços, uma vez que a cláusula de paridade tem por consequência a uniformização dos preços praticados pelos vendedores em diferentes ambientes de venda, próprios ou de terceiros. Cria-se, assim, situação na qual o vendedor não encontra estímulos para praticar descontos, uma vez que todo desconto concedido a determinada plataforma deverá ser estendido para a plataforma beneficiada pela cláusula de paridade, originando uma espécie de “penalidade” pelo desconto.<sup>118</sup>

Alguns economistas, como Steven Salop, afirmam que cláusulas do tipo MFN podem ser usadas por agentes econômicos para manter preços acima do ideal em um ambiente competitivo.<sup>119</sup> Esse aumento de preços ocorreria devido ao aumento dos custos do vendedor causado pela cláusula – eventual redução de preços praticada pelo vendedor para um determinado comprador deve ser estendida para o beneficiário da cláusula MFN também, de forma que os custos de desconto do vendedor são maiores nesse cenário do que na ausência de disposição nesse sentido.

Em sentido contrário, Chen e Liu, em estudo sobre cláusulas relativamente similares às cláusulas de paridade, as chamadas *most-favoured-customer* (MFC, já abordadas anteriormente, nas quais o vendedor oferece ao comprador condições no mínimo iguais às oferecidas para quaisquer outros compradores, podendo ser tal benefício retroativo ou não), demonstraram que a adoção de cláusula desse tipo pela Best Buy (revendedora de equipamentos eletrônicos) nos anos de 2003 e 2004 de fato aumentou a competição entre

---

<sup>118</sup> BAKER, Jonathan B; SCOTT MORTON, Fiona. *Antitrust Enforcement Against Platform MFNs*. p. 2179.

<sup>119</sup> SALOP, Steven C. *Practices that (Credibly) Facilitate Oligopoly Co-ordination*, In: *New Developments in the Analysis of Market Structure*, Ch. 9, Joseph E. Stiglitz & G. Frank Mathewson eds., 1986.

empresas concorrentes, que passaram a optar por estratégias de redução de preços para fazer frente ao poder de mercado da Best Buy.<sup>120</sup>

Seria possível aplicar as mesmas conclusões de Chen e Liu às cláusulas de paridade? A resposta merece maiores considerações. As cláusulas de paridade apresentam diferenças marcantes daquelas do tipo MFC. Embora ambas sejam consideradas *price relationship agreements*, enquanto a cláusula MFC constitui uma garantia de um vendedor a um comprador de que a este serão dadas condições no mínimo iguais às oferecidas a qualquer outro comprador, a cláusula de paridade visa a garantir que o fornecedor/vendedor que quiser utilizar a plataforma não poderá anunciar seus produtos ou serviços em condições melhores em outras plataformas nem em seus próprios canais de venda (ou somente em seus próprios canais de venda, no caso de cláusulas de paridade restritas).

No caso da cláusula MFC, é possível observar que: (i) em um modelo de agência, um comprador que detenha suficiente poder de barganha com relação ao vendedor poderá forçar uma cláusula MFC para adquirir produtos/serviços a preços menores que seus concorrentes, podendo, com isso, praticar preços mais competitivos para seus próprios compradores; e (ii) um vendedor que detenha poder de barganha suficiente frente a seus compradores não terá incentivos para utilizar uma cláusula MFC, a não ser que esteja visando a ampliar sua participação de mercado, contrariando uma possível estratégia de conluio. Essas são, com efeito, as conclusões do estudo de Chen e Liu sobre a prática da Best Buy.<sup>121</sup>

A cláusula de paridade, por outro lado, pode funcionar de forma bastante diversa, por algumas razões: (i) uma plataforma com pouco poder de barganha dificilmente conseguirá impor uma cláusula de paridade em seus contratos; (ii) o poder de barganha de uma plataforma está intrinsecamente ligado a seu tamanho, considerando os efeitos de rede indiretos inerentes a plataformas de dois lados; e (iii) vendedores interessados em utilizar a plataforma e que detenham certo poder de barganha dificilmente aceitarão uma cláusula de paridade, ou buscarão eliminá-la de alguma forma, pois em um ambiente competitivo lhes seria mais benéfico manter a possibilidade de praticar preços livremente, exceto se o arrefecimento da concorrência entre eles de alguma forma for o objeto almejado.

---

<sup>120</sup> CHEN, Jihui; LIU, Qihong. *Most-favored customer clauses facilitate competition*. Dezembro, 2009. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/228692498\\_Most\\_Favored\\_Customer\\_Clauses\\_Facilitate\\_Competition](https://www.researchgate.net/publication/228692498_Most_Favored_Customer_Clauses_Facilitate_Competition)> Acesso em: 24/06/2019.

<sup>121</sup> CHEN, Jihui; LIU, Qihong. *Most-favored customer clauses facilitate competition*. p.20.

Adicionalmente, Boik e Corts desenvolveram modelos cujos resultados demonstram que a uniformização de preços gerada pelas cláusulas de paridade pode vir a causar o subsídio cruzado de usuários utilizando plataformas de alto custo ou que praticam taxas mais altas para usuários de plataformas de baixo custo, ou que praticam taxas mais baixas. Dessa forma, usuários que satisfatoriamente utilizam plataformas de custos mais baixos acabam por pagar o mesmo preço daqueles que preferem a experiência de uma plataforma de maior custo.<sup>122</sup>

Dadas essas premissas, é possível concluir que: (i) ao impor cláusulas de paridade, plataformas que detenham grande participação de mercado podem induzir à uniformização de preços, podendo facilitar colusão, ainda que tácita, entre vendedores; e (ii) se a cláusula de paridade partir dos vendedores, ainda que a plataforma detenha poder de mercado, é possível que haja intenção prévia de colusão entre aqueles agentes, como no caso Apple, que será abordado adiante.

### **5.2.1. O caso dos *Price Comparison Websites* (PCW)**

Em 28 de setembro de 2012, o antigo *Office of Fair Trading (OFT)*, da Inglaterra, enviou suas considerações à *Competition Commission (CC)* a respeito do mercado de seguros automotivos e produtos relacionados (*Private Motor Insurance – PMI*), mais especificamente em relação aos contratos celebrados entre PMI e os *price comparison websites (PCW)*, que disponibilizavam plataforma *online* de consulta e comparação de preços oferecidos pelos PMIs, e exigiam cláusulas de paridade amplas em seus contratos.<sup>123</sup>

Em 1º de abril de 2014, ocorreu a fusão entre a CC e determinados setores do OFT, dando origem à atual autoridade antitruste inglesa (*Competition and Markets Authority – CMA*), que continuou a investigar o caso.

Nos termos do relatório final da CMA, PCW são plataformas de dois lados que unem consumidores buscando seguros de automóveis e PMI que oferecem tais seguros. Na época dos fatos, aproximadamente 23% de todos os negócios fechados por PMI ocorriam por meio de PCWs, e entre 55-65% de novos negócios estavam sendo fechados por conta da

---

<sup>122</sup> BOIK, Andre; CORTS, Kenneth S. *The Effects of Platform MFNs on Competition and Entry*. p.2.

<sup>123</sup> Reino Unido. *Competition and Markets Authority. Private motor insurance market investigation*. Disponível em: <<https://www.gov.uk/cma-cases/private-motor-insurance-market-investigation>> Acesso em: 06/08/2019.

exposição em PCWs. Ademais, a existência de PCWs acarretou em um aumento da concorrência entre as PMIs.<sup>124</sup>

De acordo com o modelo de negócios adotado, os PCWs recebiam uma comissão por cada apólice de seguro vendida por meio de sua plataforma, mas os prêmios e condições eram estabelecidos pelas PMIs. Nos contratos entre PCWs e PMIs, havia então previsão de que as PMIs não poderiam praticar preços menores em outros canais de venda. Essa cláusula aparecia em contratos com os quatro maiores PCWs da época, que concentravam relevante poder de mercado diante das PMIs, às quais muitas vezes os consumidores só tinham acesso por conta dos PCWs.<sup>125</sup>

De acordo com a análise da CC e, posteriormente, da CMA, as cláusulas de paridade poderiam ser divididas em dois tipos: (i) cláusula de paridade ampla (*wide MFN*), que proíbe prêmios menores em outros PCWs, no próprio *website* da seguradora e, em alguns casos, em quaisquer outros canais de venda; e (ii) cláusula de paridade restrita (*narrow MFN*), que proíbe o oferecimento de prêmios menores pela seguradora apenas em seu próprio *website*.<sup>126</sup>

A CMA entendeu que, no caso, as cláusulas de paridade amplas arrefeciam a concorrência entre PCWs, que não enfrentam a competição via preços uns dos outros. Além disso, para um PCW concorrente de outro coberto pela cláusula de paridade ampla, não haveria incentivo para oferecer descontos ou reduzir as comissões cobradas, pois nenhuma dessas políticas resultaria em vantagem competitiva, considerando que a PMI seria forçada a praticar o mesmo preço no PCW rival.<sup>127</sup>

As cláusulas de paridade amplas, ao arrefecerem a competição via preços entre PCWs, também poderiam implicar maiores barreiras à entrada, menor incentivo à inovação e à cobrança de comissões maiores, aumentando o preço final dos prêmios pagos pelos segurados. De acordo com a CMA: (i) a estratégia de uma possível PCW entrante de oferecer comissões menores para atrair mais PMIs e, conseqüentemente, mais usuários estaria

---

<sup>124</sup> Reino Unido. *Competition and Markets Authority. Private motor insurance market investigation – Final Report*, p.53 a 55. Disponível em: <[https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5421c2ade5274a1314000001/Final\\_report.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5421c2ade5274a1314000001/Final_report.pdf)> Acesso em: 06/08/2019

<sup>125</sup> Reino Unido. *Competition and Markets Authority. Private motor insurance market investigation – Final Report*, p.55-56.

<sup>126</sup> Reino Unido. *Competition and Markets Authority. Private motor insurance market investigation – Final Report*, p.57.

<sup>127</sup> Reino Unido. *Competition and Markets Authority. Private motor insurance market investigation – Final Report*, p.58.

comprometida pela exigência de paridade de preços das PMIs pelos PCWs já estabelecidas; (ii) não haveria incentivos à inovação por PCWs (por exemplo, com melhores sistemas de prevenção a fraudes), pois a redução de custos das PMIs com as melhorias implementadas pelo PCW não refletiriam em prêmios menores oferecidos nesse PCW; e (iii) os prêmios cobrados pelas PMIs são maiores na vigência de cláusulas de paridade amplas, pois não é possível para PMIs rivais buscarem preços menores para aumentarem sua participação de mercado – a CMA até mesmo encontrou evidências de recusa das PMIs de reduzirem os prêmios em troca da redução da comissão do PCW, tendo em vista a obrigação de paridade de preços com outros PCW.<sup>128</sup>

Cláusulas de paridade restritas, por outro lado, não teriam o mesmo condão de prejudicar a concorrência, uma vez que mantêm a possibilidade de exibição de prêmios variados entre PCWs rivais. Adicionalmente, os PCWs impactaram positivamente na concorrência entre PMIs, ao aumentarem a transparência dos preços no mercado, e a exclusão da cláusula de paridade restrita poderia levar a um comportamento oportunista das PMIs, que utilizariam as plataformas de comparação apenas como “vitrines” e induziriam o consumidor a concluir o negócio em seus próprios *websites*, a preços menores (sem pagamento de comissão aos PCWs).

Assim, conclui a CMA que, enquanto cláusulas de paridade amplas teriam efeitos anticompetitivos evidentes e não compensados por eventuais eficiências, as restritas seriam ferramenta legítima dos PCWs para construir a confiança dos usuários em seus serviços – caso usuários encontrassem preços menores no próprio canal de vendas da seguradora, os PCWs seriam prejudicados ao não serem remunerados pelos serviços prestados.<sup>129</sup>

As sanções impostas pela CMA no caso foram: (i) proibição da adoção de quaisquer cláusulas de paridade amplas pelas PCW; e (ii) proibição de quaisquer expedientes que possam replicar os potenciais efeitos anticompetitivos das cláusulas de paridade amplas. O caso foi oficialmente encerrado em março de 2015.<sup>130</sup>

---

<sup>128</sup> Reino Unido. *Competition and Markets Authority. Private motor insurance market investigation – Final Report*, p.59.

<sup>129</sup> Reino Unido. *Competition and Markets Authority. Private motor insurance market investigation – Final Report*, p. 61.

<sup>130</sup> Reino Unido. *Competition and Markets Authority. Private motor insurance market investigation – Final Report*, p.63.

### 5.3. Barreiras à entrada e aumento dos custos de rivais

Uma terceira teoria do dano associada ao uso de cláusulas de paridade é a criação de barreiras à entrada no mercado de atuação da plataforma beneficiada pela disposição. Vigente uma cláusula de paridade, a entrada de uma plataforma que aposta em um modelo de menores custos será dificultada, uma vez que a cobrança de taxas menores dos vendedores não retornará em preços mais atrativos para os consumidores dos produtos ou serviços ofertados. Da mesma forma, os custos de plataformas rivais são aumentados, pois a possibilidade de competição via preço resta eliminada.<sup>131</sup>

Andre Boik e Kenneth Corts identificaram, em estudo de 2014, que a literatura sobre cláusulas de paridade e cláusulas MFN, em geral, concentrava-se no estudo dos efeitos de tais cláusulas nos preços praticados no mercado (aumento generalizado e uniformização de preços e aumento das taxas cobradas por plataformas de intermediação), mas pouco havia sobre os efeitos das cláusulas de paridade/MFN na entrada de novos *players*.<sup>132</sup>

Tradicionalmente, acredita-se que preços mais altos incentivam a entrada de novos agentes, atraídos pela maior perspectiva de lucro. Todavia, Boik e Corts constataram que os efeitos de uma cláusula de paridade nos incentivos à entrada dependerão de como ela afeta os lucros de plataformas em equilíbrio.

De acordo com os autores<sup>133</sup>, cláusulas de paridade tendem a produzir efeitos diferentes em agentes econômicos com características de demanda e custos diferentes e, ainda, na estratégia de atuação desses agentes. Plataformas com modelo de negócios similar ao utilizado por uma incumbente que emprega a cláusula de paridade em seus contratos podem ser até mesmo incentivadas a ingressar no mercado, devido aos preços em geral mais elevados. Entretanto, para plataformas ainda pouco conhecidas e que apostem em mercados de dois lados, a adoção de um modelo de altos custos também pode representar uma dificuldade adicional para atingir a massa crítica de usuários necessária para conquistarem alguma fatia de mercado – para tanto, os usuários provavelmente serão atraídos apenas se a entrante oferecer alguma inovação que passe a ser considerada diferencial.

Para plataformas que apostam em modelos de negócios de baixo custo para cobrar preços menores, a vigência de uma cláusula de paridade pode vir a constituir uma barreira à entrada, uma vez que o baixo investimento não poderá ser compensado com descontos para atrair consumidores. Dessa forma, plataformas com modelo de negócios de

---

<sup>131</sup> BOIK, Andre; CORTS, Kenneth S. *The Effects of Platform MFNs on Competition and Entry*. p.2.

<sup>132</sup> BOIK, Andre; CORTS, Kenneth S. *The Effects of Platform MFNs on Competition and Entry*. p.4.

<sup>133</sup> BOIK, Andre; CORTS, Kenneth S. *The Effects of Platform MFNs on Competition and Entry*. p.15.



baixo custo ou acabam sendo impedidas de atuar no mercado ou alteram seu modelo de negócios para um que exija maiores investimentos e no qual possam cobrar preços maiores.

De forma geral, os autores concluem que as cláusulas de paridade podem produzir dois tipos de efeitos no mercado, no que se refere à entrada: (i) desencorajar a entrada de plataformas com modelos de custos menores; e/ou (ii) reduzir as opções de modelo de negócios disponíveis para novos entrantes, de modo que todas as plataformas são levadas a atuar de forma similar.<sup>134</sup>

Note-se que, no caso dos *e-books*, analisado adiante, através da coordenação das editoras, a Apple foi capaz de realizar movimento inverso, ao forçar indiretamente a alteração do modelo de negócios da incumbente Amazon. Todavia, esse movimento não invalida as conclusões de Boik e Corts, mas, ao contrário, comprova que, em condições normais e sem as negociações com as editoras, a Apple teria sido forçada a adotar o mesmo modelo de negócios da Amazon para poder ingressar no mercado e colocar-se como competidora efetiva.

Em 1987, Philippe Aghion e Patrick Bolton elaboraram um estudo sobre a possibilidade de acordos verticais produzirem barreiras à entrada de novos competidores, especialmente acordos de exclusividade.<sup>135</sup> A intenção dos autores era demonstrar que a posição adotada pela literatura antitruste, na época, muito embora não de toda equivocada, estava incompleta.

Os principais autores que influenciavam a política antitruste da época, Robert Bork e Richard Posner, entendiam que contratos verticais não teriam o potencial de erguer barreiras à entrada, pois, sendo a entrada de novos vendedores vantajosa para o comprador, um acordo vertical de exclusividade necessariamente teria de prever uma compensação que tornasse a exclusividade mais vantajosa ao comprador do que transacionar com diversos vendedores.<sup>136</sup> Aghion e Bolton, todavia, entendem que contratos verticais podem, sim, ser celebrados com a finalidade de impedir a entrada de novos competidores.

A premissa principal do trabalho de Aghion e Bolton é a de que, para que um contrato possa constituir uma barreira à entrada de terceiros no mercado, basta que os lucros auferidos pelo agente econômico já estabelecido sejam menores após a entrada do novo

---

<sup>134</sup> BOIK, Andre; CORTS, Kenneth S. *The Effects of Platform MFNs on Competition and Entry*. p.19.

<sup>135</sup> AGHION, P.; & BOLTON, P. *Contracts as a barrier to entry*. In: *The American Economic Review*, Vol. 77(3), 1987, pp. 388–401. Disponível em: < <https://www.jstor.org/stable/1804102> > Acesso em: 25/07/2019.

<sup>136</sup> BORK, Robert. *The Antitrust Paradox*. New York: Basic Books, 1978; e POSNER, Richard A. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1976 – também citados por Aghion e Bolton em *Contracts as a barrier to entry*., p.389.

*player*, em comparação ao que seriam caso esse *player* não entrasse no mercado. Dessa forma, o agente econômico já estabelecido buscará maneiras de restringir a entrada de concorrentes, sendo uma dessas maneiras o contrato celebrado com agentes verticalmente relacionados.<sup>137</sup>

Nesse tipo de contrato, será embutido algum custo que deverá ser suportado pelo entrante para que possa ingressar no mercado, chamado pelos autores de *liquidated damages* (danos liquidados, em tradução livre). Esses custos podem se referir, por exemplo, aos custos de indenização que deverão ser suportados por uma parte no contrato pela quebra da obrigação de exclusividade – só valerá a pena contratar com o entrante se este prometer preços suficientemente baixos para cobrir os custos indenizatórios incorridos e a ruptura do contrato vigente.

No caso das cláusulas de paridade, caso a plataforma entrante não queira praticar os mesmos preços e/ou condições da plataforma já estabelecida, deverá cobrir os custos de ruptura do contrato, ou de renegociação, a fim de criar incentivos para o usuário ofertante (normalmente o vendedor ou anunciante) contratar com a plataforma entrante.

Amine Mansour, da Universidade de Montpellier, também se debruçou sobre os possíveis efeitos exclusionários das cláusulas de paridade, i.e., seu condão de dificultar a entrada de novos concorrentes e/ou levar à extinção de rivais já estabelecidos.<sup>138</sup> A principal questão a ser respondida no estudo de Mansour era se o uso de cláusulas de paridade por uma plataforma dominante inevitavelmente excluiria rivais. Para atingir os resultados pretendidos, o autor utilizou três diferentes testes usualmente aplicados para testar condutas exclusionárias: (i) o teste da “ausência de racionalidade econômica” (*no economic sense test*, em tradução livre); (ii) o teste do competidor igualmente eficiente (*as efficient competitor test*, em tradução livre); e (iii) o teste do bem-estar do consumidor (*consumer welfare test*, em tradução livre).<sup>139</sup>

O autor inicialmente estabelece alguns fatores-chave quando se trata de competição entre plataformas virtuais. O primeiro fator mencionado diz respeito aos efeitos de rede indiretos, tratados no item 2.2 deste trabalho. Um dos principais problemas

---

<sup>137</sup> AGHION, P.; & BOLTON, P. *Contracts as a barrier to entry*. p.398.

<sup>138</sup> MANSOUR, Amine. *Identifying the exclusionary effect of across-platform parity agreements: testing the tests*.

<sup>139</sup> Para maiores informações sobre testes de condutas com potenciais efeitos exclusionários, ver: HOVENKAMP, Herbert J. *The Antitrust Standard for Unlawful Exclusionary Conduct*. In: Faculty Scholarship, 1777, 2008; e SALOP, Steven C. *Exclusionary Conduct, Effect on Consumers and the Flawed Profit-Sacrifice Standard*. In: *Antitrust Law Journal*, 73, pp. 311-374, 2006.

relacionados aos efeitos de rede indiretos mencionados pelo autor é a tendência do mercado ao *tipping* em favor da plataforma dominante, dificultando a obtenção de massa crítica por plataformas rivais.

O segundo fator mencionado por Mansour diz respeito à relação direta entre o grau de competição entre plataformas virtuais e a tendência dos usuários a utilizar apenas uma (*single-homing*) ou mais de uma plataforma (*multi-homing*). Se, em um determinado mercado, há uma maior tendência ao *single-homing*, é provável que as plataformas invistam na captura da atenção dos usuários, tendo em vista que, uma vez atraído, é provável que o usuário conclua a transação naquela plataforma. Todavia, se houver maior tendência ao *multi-homing*, a competição via preços será mais provável, já que não basta chamar a atenção do usuário para que a transação seja completada na plataforma.

Partindo-se dessa premissa, o autor afirma que: (i) se uma parcela considerável de usuários tende ao *single-homing*, os vendedores tenderão ao *multi-homing*, a fim de estarem presentes no maior número possível de plataformas para atingir contingente importante de usuários; por outro lado, (ii) quando os usuários tendem ao *multi-homing*, os vendedores não precisam estar listados em diversas plataformas diferentes.<sup>140</sup>

O terceiro fator apontado pelo autor diz respeito à importância da diferenciação de produtos como fator competitivo entre plataformas digitais, podendo ser horizontal ou vertical.<sup>141</sup> Evans e Schmalensee apontam que a diferenciação horizontal diz respeito ao valor dado pelos consumidores aos diversos atributos não qualitativos de um produto, enquanto a diferenciação vertical diz respeito à disposição dos consumidores de pagarem por atributos qualitativos. Em casos de plataformas virtuais de dois ou mais lados, tanto a diferenciação horizontal quanto a vertical afetam a demanda nos dois (ou mais) lados, de forma que a interdependência entre eles deve ser levada em consideração sempre que a plataforma optar por alguma estratégia de diferenciação voltada a algum dos lados.<sup>142</sup> A diferenciação de produtos é, com efeito, a principal razão para que variados mercados com plataformas de

---

<sup>140</sup> MANSOUR, Amine. *Identifying the exclusionary effect of across-platform parity agreements: testing the tests*, pp. 5-7.

<sup>141</sup> EVANS, David S.; SCHMALENSSEE, Richard. *The Antitrust Analysis of Multi-sided Platform Businesses*. In: NBER Working Paper 18783, 2013, p. 14. Disponível em: <<https://www.nber.org/papers/w18783.pdf>> Acesso em: 23/09/2019.

<sup>142</sup> EVANS, David S.; SCHMALENSSEE, Richard., *The Antitrust Analysis of Multi-sided Platform Businesses*. p.14.

múltiplos lados tenham diversos competidores, a despeito da tendência ao monopólio criada por efeitos de rede indiretos e economias de escala.<sup>143</sup>

Mansour discorre que as cláusulas de paridade podem afetar a estrutura do mercado de atuação de uma plataforma virtual, tendo em vista que podem alterar os fatores acima apontados. No que se refere aos efeitos de rede indiretos, as cláusulas de paridade podem intensificar as consequências do *tipping* do mercado e a tendência de concentração pela plataforma incumbente, pois reduzem a possibilidade de diferenciação de preços entre *players* e a emergência de novos modelos de negócios. Esse incremento da participação de mercado da plataforma incumbente pode obstruir a entrada de novas competidoras, pois restringe consideravelmente a capacidade dessas últimas atingirem a massa crítica necessária para seu êxito no mercado.<sup>144</sup> Para o autor, as cláusulas de paridade possuem verdadeira capacidade de “imunizar” a plataforma incumbente para enfrentar competição de outras, de forma que o escrutínio dessa forma de restrição mostra-se essencial.<sup>145</sup>

Com relação aos testes econômicos realizados, foram apresentadas as seguintes considerações pelo autor:

(i) o teste do bem-estar do consumidor (*consumer welfare test*) exige a análise tanto da capacidade da plataforma de fechar o mercado para rivais quanto dos incentivos que ela teria para fazê-lo. De acordo com as constatações expostas, a plataforma terá maior capacidade de fechar o mercado se já for dominante e se o fator preço for essencial. Os incentivos para esse fechamento também não seriam difíceis de se apurar, na medida em que geraria maior massa crítica de usuários para a plataforma incumbente e, conseqüentemente, maior possibilidade de cobrar taxas maiores e obter maiores lucros. Uma vez constatada a capacidade e incentivos para o fechamento do mercado, há possibilidade de danos ao

---

<sup>143</sup> EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard., *The Antitrust Analysis of Multi-sided Platform Businesses*. p.15.

<sup>144</sup> MANSOUR, Amine. *Identifying the exclusionary effect of across-platform parity agreements: testing the tests*. p.13.

<sup>145</sup> MANSOUR, Amine. *Identifying the exclusionary effect of across-platform parity agreements: testing the tests*. p.14.

consumidor relacionados ao aumento de preços, desestímulo à inovação<sup>146</sup> e criação de novos modelos de negócios e limitação do poder de escolha.<sup>147</sup>

(ii) De acordo com a aplicação do teste da “ausência de racionalidade econômica” (*no economic sense test*, em tradução livre), uma conduta somente é exclusionária se não há sentido econômico nela além de excluir rivais. Diferentemente de outras condutas consideradas exclusionárias, como preços predatórios, os custos de implementação de cláusulas de paridade incorridos pelo agente econômico são baixos ou mesmo inexistentes. Além disso, pode-se invocar o argumento da racionalidade econômica para explicar sua utilização, na medida em que também geram eficiências tais como a prevenção do *free-riding*. Nesse sentido, para o autor, o teste não seria adequado para averiguar os efeitos exclusionários das cláusulas de paridade, na medida em que uma conduta pode ser dotada de racionalidade econômica e, mesmo assim, gerar efeitos líquidos negativos no mercado.<sup>148</sup>

(iii) Por fim, o teste do competidor igualmente eficiente (*as efficient competitor test*, em tradução livre) determina que uma conduta só deveria ser considerada anticompetitiva se levasse à exclusão de rivais igualmente ou mais eficientes do que o agente que a praticou.<sup>149</sup> De imediato, o autor cita a dificuldade em estabelecer o que seria um rival “igualmente ou mais eficiente”, em termos econômicos. Além disso, o teste falharia quando aplicado às cláusulas de paridade, na medida em que sua utilização obstaculiza o próprio surgimento de plataformas que possam rivalizar com a plataforma incumbente por serem tão ou mais eficientes por erguerem barreiras à entrada<sup>150</sup>, conforme asseverado em “i”, acima.<sup>151</sup>

---

<sup>146</sup> A proteção da inovação deve ser um dos principais objetivos da política antitruste, tendo em vista que promove crescimento econômico e permite a criação de novas tecnologias e modelos de negócios que beneficiam os consumidores (e a sociedade civil como um todo). Assim, é essencial que a política antitruste esteja atenta para práticas que podem vir a reduzir ou mesmo impedir a inovação, conforme defendido por Giulio Federico, Fiona Scott-Morton e Carl Shapiro. FEDERICO, Giulio; SCOTT MORTON, Fiona M. SHAPIRO; Carl. *Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption*. In: NBER, Innovation Policy and the Economy, 2019. Disponível em: <<http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/disruption.pdf>> Acesso em: 20/09/2019.

<sup>147</sup> MANSOUR, Amine. *Identifying the exclusionary effect of across-platform parity agreements*. pp. 15-25.

<sup>148</sup> MANSOUR, Amine. *Identifying the exclusionary effect of across-platform parity agreements*. pp. 38-46.

<sup>149</sup> MANDORFF, Martin; SAHL, Johan. *The Role of the ‘Equally Efficient Competitor’ in the ASSESSMENT OF Abuse OF Dominance*. In: Konkurrensverket Working Papers in Law and Economics, 2013. Disponível em: <<http://www.konkurrensverket.se/globalassets/english/publications-and-decisions/the-role-of-the-equally-efficient-competitor-in-the-assessment-of-abuse-of-dominance.pdf>> Acesso em: 20/09/2019.

<sup>150</sup> O autor aponta que a impossibilidade de aplicação do teste do “as-efficient-competitor” já foi ventilada pela autoridade concorrencial dinamarquesa, no caso Post Denmark. Ver: CASE C-23/14, Post Denmark A/S v. Konkurrencerådet, EU:C:2015:651, 59.

<sup>151</sup> Há autores que entendem, em sentido diverso, que o teste do “competidor igualmente eficiente” seria o mais adequado para endereçar potenciais efeitos anticompetitivos de restrições verticais. Conforme discorrem Damien Geradin e Caio Mario da Silva Pereira Neto: “Argumenta-se, algumas vezes, que nas indústrias caracterizadas por economias de escala as autoridades e os tribunais de defesa da concorrência deveriam oferecer proteção aos entrantes menos eficientes (impedindo as empresas de adotar descontos que estes últimos não conseguem equiparar), de forma a lhes dar a oportunidade de ganhar participação de mercado e, assim, a

Em linhas gerais, o autor defende que o teste que melhor traduz os potenciais efeitos exclusionários das cláusulas de paridade é o teste do bem-estar do consumidor (*consumer welfare test*), na medida em que permite a avaliação da existência de danos ao consumidor ao mesmo tempo em que investiga as eficiências potenciais – ainda que seja um teste mais detalhado e que envolve maiores custos administrativos, evita-se as falhas de repressão identificadas nos demais testes.

Por fim, pode-se apontar como um último fator que pode agravar as barreiras à entrada e aumentos dos custos de rivais a combinação de cláusulas de paridade com as chamadas “garantias de melhor preço” (*best price guarantees – BPG*), em que a plataforma garante ao comprador a cobertura de qualquer preço inferior praticado por concorrentes. De acordo com Francisca Wals e Maarten Schinkel, a combinação dessas cláusulas, quando feita por plataforma incumbente, pode levar a uma situação de equilíbrio de monopólio (em que o consumidor estaria pior do que se não negociasse por meio da plataforma), caso os chamados *hassle costs*, i.e., os custos de perseguir o desconto ofertado<sup>152</sup>, sejam suficientemente baixos.<sup>153</sup>

De acordo com os autores, enquanto a plataforma incumbente consegue deter a entrada com a garantia de melhor preço, a paridade restrita elimina a competição com canais de venda próprios, de forma que a associação dessas disposições produziria o mesmo efeito de uma cláusula de paridade ampla. Assim, em última instância, proibir exclusivamente cláusulas de paridade amplas não traria resultados se não conjugada com a proibição de utilização de garantias de melhor preço associadas à paridade restrita.

---

escala de que precisam para se tornarem mais eficientes. Essas opiniões, contudo, não são convincentes pelo seguinte motivo: *ou* o entrante menos eficiente tem um bom produto e um plano de negócios confiável, caso no qual deverá encontrar capital suficiente para investir nas perdas iniciais relacionadas com sua entrada no mercado, *ou* o entrante menos eficiente não tem um bom produto ou um plano de negócios confiável, caso no qual não há razão para os consumidores serem compelidos a subsidiar sua entrada pagando preços mais altos do que o fariam normalmente caso a legislação de defesa da concorrência não intervisse.” Nessa linha, os autores concluem que, “como o objetivo da concorrência não é proteger concorrentes (menos eficientes), o ‘teste igualmente eficiente’ é conceitualmente correto. Isso significa que, enquanto a empresa dominante vender seus produtos a um preço efetivo (preço padrão menos o desconto que concede a seus clientes) que seja superior a uma determinada medida de seus custos, o desconto em questão será legal, mesmo que tenha o efeito de eliminar os concorrentes mais fracos.” In: GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. *Restrições verticais adotadas por empresas dominantes: uma análise do Direito Concorrencial no Brasil e na União Europeia*. Vol. 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 76-77.

<sup>152</sup> A leitura das garantias de melhor preço oferecidas pela Booking.com e pela Hotéis.com permite uma ideia do que sejam os *hassle costs* – enquanto a Booking.com compromete-se a cobrir o menor preço encontrado pelo consumidor mediante poucos critérios de comprovação, a Hotéis.com estabelece critérios mais estritos para que o consumidor faça jus ao benefício. Pode-se dizer, destarte, que os *hassle costs* para o consumidor na obtenção do menor preço na Hotéis.com são maiores do que na Booking.com.

<sup>153</sup> WALS, Francisca; SCHINKEL, Maarten Pieter. *Platform Monopolization by Narrow-PPC-BPG Combination: Booking et al.* In: International Journal of Industrial Organization, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2985317>> Acesso em: 25/09/2019.

#### 5.4. Redução dos incentivos ao investimento e à inovação

A redução dos incentivos ao investimento e à inovação é outra teoria do dano levantada pela literatura associada ao emprego de cláusulas de paridade.

Cabe sublinhar que, desde os ensinamentos de Schumpeter, passou a existir uma preocupação da política de defesa da concorrência não só com a competição via preços, mas também com expedientes que poderiam travar inovações. Para Schumpeter, a essência do capitalismo consiste em um processo de mutação industrial revolucionário que ocorre de dentro para fora da estrutura econômica, ao qual ele denominou destruição criativa.<sup>154</sup> Dessarte, estaria a concepção tradicional de concorrência equivocada, na medida em que focava em preços, enquanto deveria preocupar-se com a concorrência que impõe vantagem decisiva em custo ou qualidade e ataca os próprios alicerces e existência das empresas estabelecidas no mercado.<sup>155</sup>

Partindo dos preceitos de Schumpeter e reconhecendo a importância da inovação para o desenvolvimento de mercados saudáveis e dinâmicos, Giulio Federico, Fiona Scott-Morton e Carl Shapiro destacam que, em mercados tecnológicos, normalmente dinâmicos e disruptivos, deve-se atentar para práticas anticompetitivas de empresas dominantes que tenham por objetivo dificultar a entrada de novos *players* ou que aumentem os custos de rivais, i.e., que apresentem efeitos exclusionários.<sup>156</sup>

Ao tratar de condutas exclusionárias das quais agentes econômicos dominantes podem servir-se para neutralizar rivais, os autores entendem que as cláusulas de paridade podem desempenhar papel relevante na medida em que podem reduzir o *multi-homing* – sabendo que os preços serão necessariamente iguais tanto entre plataformas diversas quanto no canal de vendas *online* do vendedor, o consumidor tenderá ao *single-homing*. Cria-se, destarte, barreiras à entrada de empresas disruptivas, pouco importando alegações de ineficiência da entrante, tendo em vista que a aquisição de maior escala e experiência poderia reduzir as assimetrias de eficiência entre incumbente e entrante.<sup>157</sup>

Ressalte-se que não há consenso entre especialistas a respeito da procedência dessa teoria do dano no que se refere às cláusulas de paridade. Ariel Ezrachi,<sup>158</sup> de forma

---

<sup>154</sup> SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora da Unesp, 2017, p. 120.

<sup>155</sup> SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. p.122.

<sup>156</sup> FEDERICO, Giulio; SCOTT MORTON, Fiona M.; SHAPIRO, Carl. *Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption*. pp. 24-26.

<sup>157</sup> FEDERICO, Giulio; SCOTT MORTON, Fiona M.; SHAPIRO, Carl. *Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption*, p. 28.

<sup>158</sup> EZRACHI, Ariel. *The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce*. p. 16.

diversa, entende que disposições que reduzem o problema do *free-riding* tendem a incentivar a inovação, pois os agentes econômicos beneficiados assumiriam menores riscos de perda de investimentos para caronistas. O próprio autor, contudo, ressalva que cláusulas de paridade amplas podem vir a ser prejudiciais nesse sentido, caso somente o vendedor aproveite de eventual investimento realizado pela plataforma, como ventilado no caso PCW.

## 5.5. O caso Amazon

Com o objetivo de ilustrar a subsunção das teorias do dano acima abordadas e a realidade fática, tratar-se-á de dois casos envolvendo o uso de cláusulas de paridade por plataformas incumbentes, sendo os casos Amazon, neste item, e das *Online Travel Agencies* (OTA), no próximo item.

Pouco após as investigações contra a Apple por conta do caso dos *e-books*, conforme caso de grande destaque que será tratado adiante, a Amazon passou a ser investigada por autoridades europeias pelo uso de cláusulas de paridade em seus contratos com vendedores que utilizavam seu *marketplace*, inicialmente pelo *Bundeskartellamt* (autoridade alemã)<sup>159</sup> e, posteriormente, pela Comissão Europeia, para o caso específico de *e-books*.<sup>160</sup>

A investigação pelo *Bundeskartellamt* foi iniciada em 20 de fevereiro de 2013 contra a Amazon da Alemanha. De acordo com a autoridade, uma das condições impostas pela Amazon para que vendedores utilizassem seu *marketplace* era a aceitação de cláusula de paridade de preços, que determinava que vendedores não poderiam oferecer seus produtos em qualquer outra plataforma *online* ou em seu próprio canal de vendas a preços mais baixos.<sup>161</sup>

De acordo com a autoridade alemã, a Amazon potencialmente teria infringido o Artigo 1 do GWB e o Art. 101º (1) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFEU), ao restringir a competição entre plataformas *online* de comércio. Em agosto de

---

<sup>159</sup> ALEMANHA. *Bundeskartellamt*, Case ref. B6-46/12.

<sup>160</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *European Commission, Case AT. 40153 E-books MFNs and related matters (Amazon)*. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/40153/40153\\_4392\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40153/40153_4392_3.pdf)> Acesso em: 01/08/2019.

<sup>161</sup> ALEMANHA. *Case report, 9 December 2013, Amazon removes price parity obligation for retailers on its Marketplace platform*. Disponível em: <[http://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2013/B6-46-12.pdf%3F\\_blob%3DpublicationFile%26v%3D2](http://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2013/B6-46-12.pdf%3F_blob%3DpublicationFile%26v%3D2)> Acesso em: 01/08/2019.



2013, a Amazon notificou o *Bundeskartellamt*, afirmando que não mais impor as cláusulas de paridade e que teria alterado os termos e condições de uso da plataforma. Assim, e mediante o compromisso de que a Amazon baniria as cláusulas de paridade definitivamente, a investigação pela autoridade alemã cessou em novembro de 2013.

Nessa investigação, a autoridade inglesa de defesa da concorrência, na época o *Office of Fair Trade (OFT)*, cooperou ativamente com o *Bundeskartellamt*, o que resultou no compromisso de extinção da cláusula de paridade pela Amazon em toda a Europa.

Em junho de 2015, a Comissão Europeia abriu investigação contra a Amazon para verificar se as cláusulas de paridade e disposições similares utilizadas em seus contratos com editoras para venda de *e-books* poderiam representar abuso de posição dominante e, portanto, em infração ao art. 102º do TFEU<sup>162</sup> e art. 54º do Acordo sobre Espaço Econômico Europeu<sup>163</sup> (EEA).<sup>164</sup>

No caso, a imposição era de que as editoras deveriam comunicar à Amazon acerca de qualquer modelo de negócios utilizado por outros canais de venda por elas utilizados e oferecerem à Amazon o mesmo catálogo nas mesmas datas de disponibilização em outros canais de venda (paridade de modelo e condições). Para as editoras que adotassem

---

<sup>162</sup> Artigo 102.º

É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar 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 direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação 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 objeto desses contratos.

<sup>163</sup> Artigo. 54º É incompatível com o funcionamento do presente Acordo e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afectar o comércio entre as Partes Contratantes, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no território abrangido pelo presente Acordo ou numa parte substancial do mesmo.

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.

<sup>164</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *European Commission, Case AT. 40153 E-books MFNs and related matters (Amazon)*. Disponível em:

<[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/40153/40153\\_4392\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40153/40153_4392_3.pdf)> Acesso em: 01/08/2019.

o modelo de agência (resultado das negociações conforme vistas no caso Apple), havia ainda a obrigação de que os preços dos *e-books* vendidos no *marketplace* da Amazon deveriam ser no mínimo tão baixos quanto aqueles praticados em quaisquer outros canais de venda (paridade de preços).

A grande questão no caso concreto era a posição dominante da Amazon no mercado de venda de *e-books*. A Comissão Europeia, em avaliação preliminar, considerou que a Amazon detinha posição dominante na venda e distribuição de *e-books* de língua inglesa e língua alemã no âmbito da União Europeia. No Reino Unido e na Irlanda, por exemplo, a Amazon manteve um *market share* de 70-90% entre os anos de 2010 e 2015. No total, para distribuição de *e-books* de língua inglesa, a Amazon manteve *market share* em torno de 80% entre 2011 e 2015.<sup>165</sup>

Cenário similar foi identificado no mercado de *e-books* em língua alemã, no qual a Amazon foi responsável por um *market share* de 40-60%, entre 2012 e 2015, na Alemanha e na Áustria. Na União Europeia em geral, o *market share* da Amazon passou de 30-50%, em 2011, para 50-70%, em 2015.

Para a Comissão Europeia, agentes econômicos dominantes possuem uma responsabilidade especial com relação a suas condutas, para que não causem distorções competitivas. O conceito de “abuso de posição dominante” diz respeito ao comportamento de um agente que possui capacidade de influenciar a dinâmica de mercado, e utiliza-se de expediente que não deveria ser empregado em condições normais de mercado, enfraquecendo a competição entre agentes econômicos e impedindo o crescimento de concorrentes.<sup>166</sup>

O art. 102 do TFEU e art. 54 do EEA proíbem agentes econômicos detentores de posição dominante de reforçarem essa posição, utilizando-se de métodos outros que não voltados à competição pelo mérito (*competition on the merits*), trazendo rol exemplificativo de condutas que podem ser consideradas anticompetitivas, caso adotadas por esses agentes econômicos. Como regra geral, as normas mencionadas proíbem condutas que tendam a restringir a competição ou possam produzir esse efeito, ainda que não alcançado.<sup>167</sup>

Em sua decisão, a Comissão Europeia definiu que (i) a Amazon estaria proibida de introduzir novas cláusulas de paridade em contratos com editoras; (ii) a Amazon estaria

---

<sup>165</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *European Commission, Case AT. 40153 E-books MFNs and related matters (Amazon)*, p.18.

<sup>166</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *European Commission, Case AT. 40153 E-books MFNs and related matters (Amazon)*, p.21.

<sup>167</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *European Commission, Case AT. 40153 E-books MFNs and related matters (Amazon)*, p.38.

proibida de impor o cumprimento das cláusulas de paridade em acordos já existentes; (iii) não seria necessária a alteração dos contratos já vigentes para a retirada das cláusulas de paridade, uma vez que torná-las ineficazes, nos termos do item “ii”, já seria suficiente para atingir os efeitos pretendidos.<sup>168</sup>

## **5.6. O caso das agências de viagem *online* - *Online Travel Agencies* (OTA)**

Possivelmente o mais expressivo dos casos relacionados ao uso de cláusulas de paridade no comércio eletrônico, especialmente em virtude do alcance espacial das investigações, é o caso das OTAs.

Alguns países, como Alemanha, França, Itália e Áustria, baniram completamente as cláusulas de paridade, enquanto Suécia, Austrália, Nova Zelândia, Dinamarca, Reino Unido, Polônia e Grécia entenderam ser razoável permitir a prática de cláusulas de paridade restritas (*narrow MFN*) em relação aos sites dos próprios hotéis, banindo apenas o uso das cláusulas de paridade amplas (*wide MFN*), ao menos em um primeiro momento. Passar-se-á à análise das investigações e decisões em alguns dos países mencionados. A discussão acerca do caso no Brasil será exposta no Capítulo 6, adiante.

### **5.6.1. Alemanha**

#### **5.6.1.1. *Bundeskartellamt* e HRS**

Em janeiro de 2010, o *Bundeskartellamt*, autoridade da concorrência alemã, abriu investigações contra a Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH – HRS, agência de viagem *online* com atuação forte no país, a fim de verificar se a cláusula de paridade empregada em seus contratos com hotéis poderia consubstanciar em violação à lei antitruste alemã (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* – GWB).<sup>169</sup>

Na época dos fatos, a HRS era uma OTA com atuação mundial, com uma base na ordem de 250.000 hotéis cadastrados, sendo uma das principais OTAs da Alemanha. De

---

<sup>168</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *European Commission, Case AT. 40153 E-books MFNs and related matters (Amazon)*, p.45.

<sup>169</sup> ALEMANHA. *Bundeskartellamt, 9<sup>th</sup> Decision Division, B9 – 66/10*, p. 17. Disponível em: <[https://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf%3F\\_blob%3DpublicationFile%26v%3D3](https://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf%3F_blob%3DpublicationFile%26v%3D3)> Acesso em: 07/08/2019.

acordo com o contrato padrão entre a HRS e hotéis, a HRS receberia uma comissão de 15% sobre cada reserva realizada através de seu *website*.<sup>170</sup>

As cláusulas de paridade foram identificadas nos contratos entre a HRS e subsidiárias e os hotéis, nos termos e condições gerais de contratação da HRS, em sua versão mais recente até então (março de 2012), e vinham sendo aplicadas desde 2006. De acordo com a investigação do *Bundeskartellamt*, a HRS monitorou a observação das cláusulas de paridade pelos hotéis até outubro de 2013, tendo em algumas oportunidades ameaçado sancionar hotéis que infringissem a obrigação pactuada e efetivamente terminado contrato com hotéis nessa situação.<sup>171</sup>

A cláusula contida nos termos e condições da HRS era a seguinte<sup>172</sup>, de acordo com o relatório do *Bundeskartellamt*:

Garantia de melhor preço e garantia de disponibilidade.

Em princípio, a HRS espera que seus hotéis parceiros ofereçam as menores tarifas possíveis, incluindo todos os tributos e taxas (chamados preços finais) e a máxima disponibilidade possível. O hotel fica, portanto, obrigado a:

a) garantir que a HRS sempre receba um preço (doravante referido como “preço” ou “tarifa”) no mínimo tão baixo quanto a menor tarifa oferecida a qualquer outra plataforma de reserva de viagens e hospedagens na Internet ou oferecida em canal próprio de vendas do hotel (chamada paridade tarifária). O hotel fica assim obrigado a garantir que, caso quaisquer de seus parceiros de vendas (por exemplo, operadores de turismo) ofereçam tarifas menores, tais tarifas serão também oferecidas aos clientes da HRS.

---

<sup>170</sup> ALEMANHA. *Bundeskartellamt*, 9<sup>th</sup> Decision Division, B9 – 66/10, p. 7.

<sup>171</sup> ALEMANHA. *Bundeskartellamt*, 9<sup>th</sup> Decision Division, B9 – 66/10, p. 6.

<sup>172</sup> Tradução livre. No original:

Best price guarantee and availability guarantee

In principle, HRS expects its hotel partners to offer the lowest room rates available including all taxes and other fees (so-called end prices) and the maximum possible availability. The hotel is therefore obliged to:

a) guarantee that HRS always receives a price (hereinafter referred to jointly as "price" or "rate") at least as low as the cheapest rate offered by or for the hotel on other booking and travel platforms on the Internet or on offers through the hotel's own sales channels (so-called parity rate). The hotel is obliged in this context to also hold its other sales partners (e.g. tour operators) to this guarantee or to ensure that, if it is bookable at a cheaper rate elsewhere, this price will definitely be available to HRS customers.

b) A successful claim by a HRS customer resulting from the breach of the best price guarantee must be settled when invoicing the guest. In addition, the Hotel will modify the HRS price accordingly without delay.

c) Furthermore, the Hotel guarantees not to treat HRS unfairly vis-à-vis other distribution channels with regard to availability. Therefore, if rooms are available on other sales channels, they must also be made available on HRS.

d) The Hotel guarantees not to treat HRS unfairly vis-à-vis other distribution channels with regard to the booking and cancellation conditions for customers. Therefore, better conditions that the hotel or a third party acting on behalf of the hotel offers online or offline on other booking and travel platforms must also apply on HRS. In: *Bundeskartellamt*, 9<sup>th</sup> Decision Division, B9 – 66/10, p. 13-14.

- b) Caso um cliente da HRS comprove violação da garantia de melhor preço, o hotel deverá ajustar a tarifa de cobrança do cliente. Adicionalmente, o hotel modificará o preço ofertado na HRS.
- c) Ademais, o hotel compromete-se a não tratar a HRS de forma desigual em comparação a outros canais de venda com relação à disponibilidade de quartos. Assim, se quartos estiverem disponíveis em outros canais de venda, deverão estar igualmente disponíveis na HRS.
- d) O hotel garante não tratar a HRS de forma desigual no que diz respeito às condições de reserva e cancelamento para clientes. Assim, devem ser dadas as melhores condições de reserva e cancelamento aos clientes da HRS com relação às condições oferecidas a quaisquer outros clientes do hotel, *online* ou *offline*.

A cláusula de paridade imposta pela HRS era do tipo ampla, abarcando os preços e condições praticados não só em relação ao próprio *website* do hotel, mas também quaisquer outros canais de venda (sejam outras plataformas ou canais de venda *offline*). A paridade também não era restrita ao quesito preço e incluía a disponibilidade de quartos, condições de reserva e cancelamento.

Essas exigências estavam diretamente relacionadas a outra cláusula dos termos e condições da HRS, a de “garantia de melhor preço” oferecida aos clientes HRS<sup>173</sup>:

Com a garantia de melhor preço da HRS, você pode ter certeza de que sempre receberá a melhor oferta para reserva de seu hotel pela HRS. Caso um hotel ofereça quartos mais baratos por meio de outro serviço de Internet nas mesmas condições de reserva, a HRS cobrará de você o menor preço. Nós garantimos isso! (...) Com a garantia de melhor preço, após checarmos a oferta alternativa, enviaremos a você uma confirmação de reserva com o menor preço para o quarto escolhido.

Do ponto de vista da HRS, a cláusula seria necessária para evitar que os hotéis se apropriassem do investimento feito na plataforma e passassem a utilizá-la como uma “vitrine” de exposição, de forma que o cliente pudesse encontrar o hotel por meio da HRS, mas fechasse a transação diretamente com o hotel (prevenção o *showrooming* e *free-riding*). HRS alegou, ainda, que a existência da cláusula de paridade geraria eficiências relacionadas ao aumento da intensidade da competição por qualidade entre plataformas.<sup>174</sup>

---

<sup>173</sup> Tradução livre. No original: “With the HRS best price guarantee, you can be certain that you will always receive the best offer for your hotel reservation from HRS. If a hotel offers its rooms more cheaply via a different Internet service with the same booking conditions, HRS will also only charge you the lower price. We guarantee this! [...] Within best the price guarantee, after we have checked the alternative offer, we will send you a new booking confirmation with the cheaper room price.” In: *Bundeskartellamt, 9<sup>th</sup> Decision Division, B9 – 66/10*, p. 13-14.

<sup>174</sup> ALEMANHA *Bundeskartellamt, 9<sup>th</sup> Decision Division, B9 – 66/10*, p. 70.

O *Bundeskartellamt*, contudo, rejeitou as defesas opostas pela HRS. Para a autoridade, os problemas de *showrooming* e *free-riding* seriam bastante mitigados no mercado alemão, uma vez que a maior parte dos hotéis cadastrados nas plataformas seriam de médio e pequeno porte, cujo único canal de vendas *online* seria a própria plataforma.<sup>175</sup> Quanto à qualidade, a autoridade, apoiada nas próprias justificativas da plataforma, considerou que se trata de elemento essencial para os consumidores. Assim, tão importante quanto o preço, a qualidade dos serviços de busca, comparação e reserva (facilidade de pagamento e cancelamento, por exemplo) exerce papel essencial para destacar plataformas mais competitivas, de forma que o investimento em qualidade é necessário independentemente da uniformidade de preços resultante da cláusula de paridade.<sup>176</sup>

No caso concreto, portanto, a autoridade alemã considerou que a cláusula de paridade violou as leis da concorrência locais. Conforme relatório da decisão<sup>177</sup>:

Ainda que se possa questionar se os acordos do tipo MFN entre HRS e seus hotéis parceiros constituiriam uma restrição à competição por objeto, certamente trata-se de restrição à competição pelos efeitos. O incentivo econômico para os portais de reserva de hotéis oferecerem comissões menores e/ou o incentivo para competirem através da implementação de novas estratégias de venda desaparece; novos competidores enfrentam dificuldades maiores para entrarem no mercado. As possibilidades abertas a hotéis para ofertarem preços e condições diversos em vários portais e outros canais de venda são consideravelmente restringidas. As restrições à competição causadas pelas cláusulas MFN utilizadas pela HRS são reforçadas pelas cláusulas MFN empregadas pelos dois outros maiores portais da Alemanha, a saber Booking e Expedia.

Portanto, para a autoridade alemã, as cláusulas de paridade devem ser consideradas restrições competitivas por efeitos, pois podem mitigar a competição tanto entre plataformas (OTA) quanto entre hotéis, sendo que as primeiras não possuem incentivos para reduzir suas comissões e investir em estratégias diferenciadas de venda, enquanto os

---

<sup>175</sup> Conforme apurado pela autoridade alemã, os estudos apresentados pela HRS baseavam-se primordialmente no mercado estadunidense, no qual há uma predominância de grandes redes de hotéis, realidade diferente da Alemanha. Grandes redes de hotéis tendem a ser mais reativas a mudanças nas regras das plataformas, sejam mudanças contratuais ou legislativas, por razões que serão apresentadas adiante.

<sup>176</sup> ALEMANHA. *Bundeskartellamt*, 9<sup>th</sup> Decision Division, B9 – 66/10, pp. 72-74.

<sup>177</sup> Tradução livre. No original: “Even though it is arguable whether the MFN agreements between HRS and its hotel partners bring about significant restraints of competition by object, they certainly do so by effect. The economic incentive for hotel portals to offer lower commissions to the hotels or the incentive to face up to competition by adopting new sales strategies is taken away; it is made more difficult for new competitors to enter the market. The possibilities open to the hotels to submit offers on various hotel portals and other sales channels at different prices and conditions are considerably restricted. The restraints of competition caused by the MFN clauses of HRS are strengthened by the MFN clauses of the two other major portals in Germany, namely Booking and Expedia” In: *Bundeskartellamt*, 9<sup>th</sup> Decision Division, B9 – 66/10, p. 50.

segundos são impedidos de oferecer diferentes condições, dependendo do canal de vendas escolhido, reduzindo significativamente suas possibilidades de diversificação. Além disso, haveria um fator preocupante no possível aumento nas barreiras à entrada de novos competidores causado pela previsão contratual. Por fim, o fato de serem utilizadas também pelas principais competidoras da HRS, Booking e Expedia, intensificou as preocupações expressadas pela autoridade pela provável multiplicação dos efeitos anticompetitivos.

Em 20 de dezembro de 2013, o *Bundeskartellamt* emitiu decisão proibindo a utilização de cláusulas de paridade pela HRS e ordenando sua remoção dos contratos e termos e condições gerais até março de 2014. A autoridade não se aprofundou no mérito de a cláusula de paridade ser ou não uma restrição *hardcore* não excepcionada pela Regulação das Exceções em Bloco da União Europeia<sup>178</sup>, tendo em vista que, de toda forma, a HRS detinha participação de mais de 30% no mercado relevante considerado. A decisão foi confirmada em 09 de janeiro de 2015 pela Corte Superior Regional de Düsseldorf (*Düsseldorf Higher Regional Court*) com a rejeição da apelação interposta pela HRS.

#### **5.6.1.2. *Bundeskartellamt* e Booking.com**

Com a confirmação da decisão do *Bundeskartellamt* pela Corte Superior Regional de Düsseldorf, em janeiro de 2015, a autoridade alemã, que já havia sinalizado conhecimento da prática semelhante adotada por outras OTAs, emitiu um *Statement of Objections* (declaração de objeções, em tradução livre) à Booking.com, manifestando suas preocupações de ordem concorrencial com o uso das cláusulas do tipo “melhor preço” em seus contratos com hotéis na Alemanha.<sup>179</sup> De acordo com a autoridade, a OTA continuava aplicando a cláusula em seus contratos mesmo após a decisão final de proibição no processo paralelo contra a HRS, apenas convertendo-as de “amplas” para “restritas”.

No referido *Statement of Objections*, o *Bundeskartellamt* declarou que<sup>180</sup>

---

<sup>178</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Vertical Restraints Block Exemption Regulation - Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32010R0330>> Acesso em: 07/08/2019.

<sup>179</sup> ALEMANHA. *Bundeskartellamt issues statement of objections regarding Booking.com 'best price' clauses*. Disponível em: <[https://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/02\\_04\\_2015\\_Booking.html](https://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/02_04_2015_Booking.html)> Acesso em: 08/08/2019.

<sup>180</sup> Tradução livre. No original: “‘Best price’ clauses are only beneficial to the consumer at first glance because ultimately they restrict competition between the hotel booking platforms. Booking portals which demand lower commissions from the hotels cannot offer lower hotel prices. This also makes the entry of new platforms to the

cláusulas de melhor preço só são benéficas para o consumidor à primeira vista, porque acabam por restringir a concorrência entre plataformas de reserva de hotéis. Portais de reservas que cobram comissões mais baixas dos hotéis não podem oferecer preços mais baixos. Isso também dificulta a entrada de novas plataformas no mercado.

O caso da autoridade alemã contra a Booking.com, especificamente, teve por objetivo analisar se as cláusulas de paridade restritas também apresentariam riscos ao ambiente concorrencial.

A Booking.com, em sua defesa, alegou que as cláusulas de paridade restritas gerariam eficiências relevantes e sua remoção poderia levar ao declínio de receitas da plataforma. Ausente a referida cláusula, os hotéis beneficiar-se-iam dos investimentos em marketing realizados pela plataforma sem pagarem a correspondente contrapartida (*free-riding*).<sup>181</sup>

A autoridade concorrencial alemã, porém, entendeu que as supostas eficiências alegadas pela Booking.com não compensariam os efeitos líquidos negativos produzidos no mercado de reserva *online* de hotéis. A Booking.com teria falhado em demonstrar a razão pela qual o declínio em suas receitas traria impactos negativos na dinâmica do mercado e/ou para os consumidores. A plataforma também não teria apresentado evidências que suportassem sua alegação da existência de *free-riding* nesse mercado e, caso existisse, se os potenciais danos por ele causados seriam suficientemente significativos a ponto de compensar a restrição à concorrência imposta pelas cláusulas de paridade. Por fim, o investimento em marketing realizado por plataforma de reservas de hotéis não seria consequência do emprego de uso de cláusulas de paridade restritas, segundo o *Bundeskartellamt*, de forma que essa justificativa tampouco seria aplicável no caso concreto.

182

No entendimento do *Bundeskartellamt*, mesmo as cláusulas de paridade restritas poderiam mitigar os incentivos à diferenciação de preços pelos hotéis. Isso porque, ainda que o hotel optasse por praticar preços menores em determinada plataforma, ele seria obrigado a

---

market more difficult.” In: Alemanha. *Bundeskartellamt issues statement of objections regarding Booking.com ‘best price’ clauses*.

<sup>181</sup> ALEMANHA, *Bundeskartellamt, 9th Decision Division B 9-121/13*, p. 77. Disponível em: <[https://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-121-13.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-121-13.pdf?__blob=publicationFile&v=2)> Acesso em: 08/08/2019.

<sup>182</sup> ALEMANHA, *Bundeskartellamt, 9th Decision Division B 9-121/13*, pp. 78-85.



manter o preço disponível na Booking.com em seu próprio canal de vendas *online* – assim, de fato, esse incentivo não existiria, pois a atratividade do canal de vendas *online* do hotel continuaria sensivelmente afetada pela existência da cláusula. Assim, os incentivos para a redução de comissões da Booking.com e elaboração de estratégias de vendas diferenciadas não aumentariam efetivamente com a utilização de cláusula menos abrangente.<sup>183</sup>

Os efeitos da cláusula de paridade seriam ainda reforçados pelas garantias de melhor preço oferecidas aos usuários do portal pela Booking.com (conforme Termos e Condições de Uso Gerais da plataforma) e pela obrigação de os hotéis deixarem no mínimo um quarto disponível (para cada categoria de quarto) para reserva na plataforma. A combinação desses fatores, e o desincentivo à oferta de menores preços pelos hotéis em outras plataformas de menor custo, resultaria em um fechamento de mercado com relação a potenciais competidores, considerando especialmente a fatia de mercado de mais de 30% da Booking.com à época dos fatos.<sup>184</sup>

Assim, diferentemente de outras autoridades concorrenciais europeias, conforme ver-se-á abaixo, o *Bundeskartellamt* manifestou-se contrariamente não só às cláusulas de paridade amplas, mas também às do tipo restritas. Nas palavras do presidente da autoridade da época, o Sr. Andreas Mundt<sup>185</sup>:

As chamadas cláusulas de melhor preço restritas também restringem tanto a competição entre portais como a competição entre os próprios hotéis. Primeiramente, elas infringem a liberdade de precificação dos hotéis em seus próprios canais de venda. Há pouco incentivo para um hotel reduzir seus preços em um portal de reservas se ao mesmo tempo houver a obrigação de estabelecer preços maiores para vendas em seu próprio *website*. Em segundo lugar, a entrada de novas plataformas no mercado continua consideravelmente difícil. As cláusulas de ‘melhor preço’ desincentivam hotéis a oferecerem preços menores em outras plataformas se não puderem implementar essa redução de preços em seus próprios *websites*. Não há benefício aparente para o consumidor.

---

<sup>183</sup> ALEMANHA, *Bundeskartellamt*, 9th Decision Division B 9-121/13, p. 5..

<sup>184</sup> ALEMANHA, *Bundeskartellamt*, 9th Decision Division B 9-121/13, p. 6.

<sup>185</sup> Tradução livre. No original: “These so-called narrow best price clauses also restrict both competition between the existing portals and competition between the hotels themselves. Firstly they infringe the hotels' freedom to set prices on their own online sales channels. There is little incentive for a hotel to reduce its prices on a hotel booking portal if at the same time it has to display higher prices for its own online sales. Secondly, it still makes the market entry of new platform providers considerably difficult. The 'best price' clauses barely provide an incentive for the hotels to offer their rooms on a new portal cheaper if they cannot implement these price reductions on their own websites as well. There is no apparent benefit for the consumer.” In: *Narrow 'best price' clauses of Booking also anticompetitive*. 23/12/2015. Disponível em: <[https://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/23\\_12\\_2015\\_Booking.com.html](https://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/23_12_2015_Booking.com.html)> Acesso em: 07/08/2019.

## 5.6.2. França

De acordo com o comunicado de imprensa divulgado pela autoridade francesa de defesa da concorrência (*Autorité de la concurrence*), em dezembro de 2014<sup>186</sup>, foi iniciado um procedimento administrativo contra a Booking.com, a partir de reclamações dos principais sindicatos de hotéis da França, com o objetivo de investigar as cláusulas de paridade impostas pela OTA.

Para encerrar o referido procedimento, a Booking.com ofereceu o compromisso de alterar as cláusulas de paridade, à época amplas, substituindo-as por cláusulas de paridade restritas (i.e., impedindo a prática de preços menores pelo hotel apenas em seu próprio canal de vendas *online*). De acordo com a empresa, o compromisso proposto garantiria a viabilidade do modelo econômico adotado, evitando que os hotéis “pegassem carona” no investimento realizado e ofertassem preços menores diretamente, apropriando-se de todo o valor criado pela plataforma.

Durante a investigação, realizada em colaboração com as autoridades nacionais de concorrência da Itália e da Suécia, em coordenação com a Comissão Europeia<sup>187</sup>, a Booking.com<sup>188</sup> apresentou compromissos que consistiam na redução do escopo das cláusulas de paridade, de amplas para restritas. Assim, de acordo com os compromissos firmados, as cláusulas passariam a ser aplicadas exclusivamente com relação aos preços e outras condições oferecidas pelos hotéis através de seus próprios canais de venda *online*, deixando os hotéis livres para determinar as condições de oferta aplicadas nas outras OTAs e em seus canais diretos *offline*, bem como dentro de seus próprios programas de fidelidade. Os compromissos, que passaram a vigorar em julho de 2015, pelo prazo de cinco anos, foram apresentados às autoridades nacionais de concorrência da Itália, França e da Suécia.<sup>189</sup>

---

<sup>186</sup> FRANÇA. *Autorité de la Concurrence: Press release 15 December 2014: Online hotel Booking sector*. dezembro de 2014. Disponível em: <[http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id\\_rub=592&id\\_article=2463](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=592&id_article=2463)> Acesso em: 19/08/2019.

<sup>187</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Antitrust: Commission announces the launch of market tests in investigations in the online hotel booking sector by the French, Swedish and Italian competition authorities*, 15/12/2014. Disponível em: <[https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-2661\\_en.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-2661_en.htm)> Acesso em: 15/08/2019.

<sup>188</sup> Cumpre ressaltar que a Booking.com continua a exercer posição dominante incontestável na França. De acordo com levantamento da Associação de Hotéis, Restaurantes e Cafés da Europa (HOTREC - Hospitality Europe), em 2017, a Booking.com possuía quase 70% do *market share* no mercado de reserva *online* de hotéis francês. Disponível em: <<https://www.hotrec.eu/wp-content/customer-area/storage/2a67daccb0e9486218e1a53b48494ab8/European-hotel-distribution-study-final-results-revs118.pdf>> Acesso em: 19/09/2019.

<sup>189</sup> *Antitrust Authorities of Italy, France and Sweden Accept Booking.com's Commitments*. In: Osservatorio Antitrust, 22/04/2015. Disponível em: <https://www.osservatorioantitrust.eu/en/antitrust-authorities-of-italy-france-and-sweden-accept-booking-coms-commitments/>. Acesso em: 14/08/2019.

Apesar do sinal verde da *Autorité de la concurrence* para a utilização de cláusulas de paridade restritas, em 6 de agosto de 2015 foi promulgada a chamada “Lei Macron” (Lei nº 2015-990, em francês *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques* ou *Loi Macron*) que, dentre outras matérias, proibiu todo e qualquer tipo de cláusula de paridade. De acordo com a Lei Macron, que introduziu os novos artigos L.311-5-1 e L.311-5-2 no Código de Turismo Francês, o contrato celebrado entre OTA e hotéis teria a natureza jurídica de um contrato de mandato, por meio do qual a OTA seria mandatária dos hotéis, agindo por conta e ordem dos últimos, que manteriam plena liberdade para determinar preços e condições de oferta.<sup>190</sup> Destarte, cláusulas de paridade são atualmente proibidas na França.

### 5.6.3. Itália

Em maio de 2014, a autoridade nacional da concorrência italiana, a *Autorità Garante Della Concorrenza e Del Mercato* (AGCM), iniciou uma investigação sobre condutas praticadas pela Booking.com e pela Expedia.<sup>191</sup> Nesse caso, a denúncia foi apresentada pela Federalberghi, a associação de hoteleiros, e questionava a legalidade das cláusulas de garantia de melhor preço praticadas pela Booking.com e pela Expedia, que – donas de participação de mercado bastante significativa<sup>192</sup> – cobravam altas taxas dos hotéis ao mesmo tempo em que exigiam deles que praticassem no mínimo preços tão baixos quanto aqueles praticados em qualquer outro canal (*online* e *offline*).

A AGCM entendeu que as cláusulas de garantia de melhor preço (paridade) exigidas pela Booking.com e pela Expedia tratavam-se de restrições verticais capazes de reduzir significativamente a concorrência de preços e condições de oferta, tanto entre plataformas quanto entre plataformas e diferentes canais de venda (cláusulas de paridade amplas). A autoridade italiana confirmou a natureza anticoncorrencial das cláusulas, tendo

---

<sup>190</sup> France – Macron Law: A Focus on Online Hotel Reservation Platforms. In: Eversheds Sutherland, 20/10/2015. Disponível em: [https://www.eversheds-sutherland.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Competition\\_EU\\_and\\_Regulatory/MACRO\\_N\\_LAW\\_FRANCE](https://www.eversheds-sutherland.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Competition_EU_and_Regulatory/MACRO_N_LAW_FRANCE) Acesso em: 14/08/2019.

<sup>191</sup> ITÁLIA. AGCM, *Agenzie turistiche on line: avviata istruttoria nei confronti di Booking ed Expedia per verificare l'esistenza di violazioni concorrenziali*, 19/05/2014. Disponível em: <https://www.agcm.it/media/dettaglio-notizia?id=77c78135-2ac9-43c9-bb46-cf038d7b8eea&parent=News&parentUrl=/media/news>> Acesso em: 14/08/2019.

<sup>192</sup> Cumprer ressaltar que as OTAs continuam sendo as principais *players* do mercado italiano. De acordo com supra mencionado levantamento da Associação de Hotéis, Restaurantes e Cafés da Europa (HOTREC - Hospitality Europe), em 2017, a Booking.com respondia por 75,53% e a Expedia por 13,39% do *market share* no mercado de reserva *online* de hotéis da Itália.

em vista que, tratando-se das principais plataformas do mercado, Booking.com e Expedia seriam capazes de determinar uma maior inflexibilidade de preços, tanto das taxas solicitadas aos hotéis como dos preços cobrados dos consumidores finais.<sup>193</sup>

Conforme exposto no item anterior, Booking.com e Expedia apresentaram compromissos para as autoridades concorrenciais da Itália, França e Suécia<sup>194</sup> que consistiam em redução do escopo das cláusulas de paridade, de amplas para restritas<sup>195</sup>, e tais compromissos passaram a vigorar em julho de 2015 pelo prazo de 5 anos.

Em 29 de agosto de 2017, foi promulgada na Itália a “Lei Anual para o Mercado e Concorrência” (Lei nº 124/2017, em italiano chamada *Legge annuale per il mercato e la concorrenza*) que, em termos similares à Lei Macron, proibiu o uso de cláusulas de paridade de qualquer tipo. O Parágrafo 166 da mencionada lei estabelece a nulidade de cláusulas contratuais que proíbem hotéis de oferecer preços, termos e condições melhores do que aquelas aplicadas em outros canais de venda ou para terceiros.<sup>196</sup>

#### 5.6.4. Estados Unidos da América

O caso das OTAs teve contornos diferentes nos Estados Unidos, onde, de certa forma, pode-se dizer que não houve maiores ruídos sobre potenciais anticompetitivos das cláusulas de paridade no mercado de reservas *online* de hotéis. Com efeito, houve a propositura de uma *class action* no estado do Texas, em Dallas, extinta sem julgamento de mérito.<sup>197</sup>

A ação em questão foi movida por consumidores sob a alegação de que os preços pagos por reservas de hotéis *online* estariam sendo inflados por uma conspiração entre grandes redes de hotéis e determinadas OTAs – Expedia, Orbitz, Priceline e Travelocity, que

---

<sup>193</sup> ITÁLIA. AGCM, *Prenotazioni on line impegni di Booking chiusa l'istruttoria in Italia, Francia e Svezia*, 21/04/2015. Disponível em: <<https://www.agcm.it/media/dettaglio-notizia?id=26552259-e74f-42c6-97d1-1da8e6698861&parent=News&parentUrl=/media/news>> Acesso em: 14/08/2019.

<sup>194</sup> ITÁLIA. AGCM, *Prenotazioni on line impegni di Booking chiusa l'istruttoria in Italia, Francia e Svezia*, 21/04/2015. Disponível em: <<https://www.agcm.it/media/dettaglio-notizia?id=26552259-e74f-42c6-97d1-1da8e6698861&parent=News&parentUrl=/media/news>> Acesso em: 14/08/2019.

<sup>195</sup> ITÁLIA. AGCM, *Impegni di Booking all'Antitrust sui prezzi offerti dagli hotel partner*, 15/12/2014. Disponível em:

<<https://www.agcm.it/media/dettaglio-notizia?id=75444112-24c4-47a5-900f-714203cd4691&parent=News&parentUrl=/media/news>> Acesso em: 14/08/2019.

<sup>196</sup> ITÁLIA. *Legge 4 agosto 2017, n. 124 – Legge annuale per il mercato e la concorrenza*. Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2017:124> Acesso em: 20/08/2019.

<sup>197</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Online Travel Co. Hotel Booking Antitrust Litig.*, 997 F. Supp. 2d 526 (N.D. Tex. 2014). Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/texas/txndce/3:2012cv03515/222550/136/>> Acesso em: 05/09/2019.

juntas deteriam aproximadamente 94% do mercado – para praticarem preços uniformes, em um esforço para eliminar a competição entre eles. Os autores alegavam<sup>198</sup> que os hotéis, de seu lado, estariam celebrando contratos com cada OTA com fixação de preços de revenda para os quartos ofertados, enquanto as OTAs, de outro lado, exigiriam cláusulas de paridade de preços entre outras OTAs e o próprio canal de vendas do hotel, materializando uma conspiração para uniformizar os preços do mercado, em violação ao §1º do *Sherman Act*.<sup>199</sup>

A Corte de Dallas entendeu que a pretensão dos autores não deveria prosperar e acolheu os argumentos dos réus. Para a Corte, a materialização de uma violação do §1º do *Sherman Act* exige que: (i) os réus tenham se envolvido em uma conspiração, (ii) que restringiu relações comerciais, (iii) em um mercado relevante.<sup>200</sup> Os autores, contudo, não conseguiram cumprir o primeiro requisito, ou seja, trazer indícios suficientes que apontassem para uma conspiração entre os réus, de forma a descaracterizar um mero paralelismo de mercado. Assim, a condenação por uma violação antitruste sob a disciplina do §1º do *Sherman Act* demanda evidências de que o comportamento dos réus não derivou de meras decisões estratégicas similares para proteção de seu negócio – i.e., paralelismo de mercado –, o que não foi alcançado pelos autores.<sup>201</sup>

Exceto quanto à *class action* acima mencionada, não há notícias de outros procedimentos e/ou investigações nos Estados Unidos a respeito do uso de cláusulas de paridade (ou similares) por agências de viagens *online*. Com efeito, a última investigação de que se tem notícia de uma OTA, por potencial violação às normas concorrenciais, em nada se relaciona com o tema.<sup>202</sup>

---

<sup>198</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Online Travel Co. Hotel Booking Antitrust Litig.*, 997 F. Supp. 2d 526 (N.D. Tex. 2014), p. 5.

<sup>199</sup> Tradução livre. No original: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.” In: Estados Unidos da América, *Sherman Act*. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1>> Acesso em: 05/09/2019.

<sup>200</sup> Critérios mencionados no precedente *Golden Bridge Tech. Inc. v. Motorola*, 547, F.3d 266, 271 (5th Cir. 2008), conforme citados pela Corte.

<sup>201</sup> A Corte apoia-se no precedente *Twombly*, 550 U.S. at 550-51.

<sup>202</sup> Trata-se de investigação iniciada pelo Procurador-Geral do estado de Utah contra a Expedia, por suposta conspiração com grandes redes de hotéis para manipular os resultados das buscas nos anúncios do *Google Search*, a fim de prejudicar concorrentes. In: *Expedia Under Investigation by Utah Over Hotel Collusion Claims*, 09 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-05-09/expedia-under-investigation-by-utah-over-hotel-collusion-claims>> Acesso em: 05/09/2019.

### 5.6.5. A dinâmica de precificação de hotéis após decisões dos casos OTA

Em abril de 2017, a Comissão Europeia, em conjunto com outras dez autoridades nacionais de defesa da concorrência europeias<sup>203</sup>, publicou relatório a respeito do setor de reserva *online* de hotéis, visando a analisar o impacto da proibição das cláusulas de paridade amplas (ou restritas também, conforme o país) nos países participantes.<sup>204</sup> Para compor a base de dados de análise do relatório, foi realizada uma pesquisa com aproximadamente 1.600 hotéis de pequeno e médio porte e redes hoteleiras em dez países.

Com relação à primeira teoria do dano analisada, de que OTAs não teriam incentivos para reduzir as taxas cobradas dos hotéis na vigência de uma cláusula de paridade, os resultados foram inconclusivos para o período (de julho de 2015 a junho de 2016). Cerca de 90% dos hotéis entrevistados não notaram diferença nas tarifas cobradas pelas OTAs.<sup>205</sup>

A segunda teoria do dano apontada neste trabalho, o arrefecimento da competição via preços entre plataformas e entre plataformas e hotéis (canais de vendas próprios) na vigência de cláusula de paridade ampla, também não pôde ser confirmada. De acordo com o relatório da Comissão Europeia, os resultados da abolição desse tipo de cláusula foram igualmente inconclusivos – 79% dos hotéis consultados afirmaram que não diferenciavam preços entre OTAs, alegando desde a inexistência de razão para diferenciar preços entre plataformas, e a dificuldade em administrar preços variados em diversas OTAs, até a proibição contratual desse tipo de diferenciação e o temor de represálias das OTAs<sup>206</sup>. Dentre os hotéis que afirmaram diferenciar preços entre OTAs (21%), a razão mais frequentemente levantada foi o objetivo de aumentar a visibilidade em uma OTA específica; ademais, essa diferenciação foi mais frequente entre hotéis de grandes redes.<sup>207</sup>

Quanto à disponibilidade de quartos de hotéis, que se esperava aumentar com a retirada da cláusula de paridade nos contratos com as OTAs, 80% dos hotéis consultados afirmaram não ter alterado a oferta de quartos após a remoção da disposição contratual.

---

<sup>203</sup> Bélgica, República Tcheca, França, Alemanha, Hungria, Irlanda, Itália, Holanda, Suécia e Reino Unido.

<sup>204</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016*, 2017, Disponível em: <[https://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel\\_monitoring\\_report\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf)> Acesso em: 08/08/2018.

<sup>205</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016*, 2017, p. 8.

<sup>206</sup> Cabe aqui observar que, entre os hotéis consultados, 47% não estavam cientes da exclusão da cláusula de paridade ampla (ou também da restrita, conforme o caso) pelas plataformas Booking.com e Expedia. Possivelmente, essa é uma razão para a justificativa de proibição contratual ter sido levantada diversas vezes, mesmo após os acordos celebrados com as autoridades concorrenciais. In: *European Commission*, Op. cit., p. 6.

<sup>207</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016*, 2017, pp. 6-7.

Cumpra ressaltar, todavia, que um grupo dedicado ao estudo da variação de preços entre OTAs através de um site de comparação de preços (não identificado no relatório) chegou às seguintes conclusões: (i) a mudança de cláusulas de paridade amplas para restritas na Booking.com e Expedia levou a um aumento da diferenciação de preços de quartos de hotéis em oito dos dez países participantes do estudo; (ii) a mudança de cláusulas de paridade amplas para restritas e a promulgação da Lei Macron levaram a um aumento da diferenciação de preços de quartos de hotéis entre OTAs na França; e (iii) a proibição de cláusulas de paridade restritas levou a um aumento na diferenciação de preços de quartos de hotéis na Alemanha.<sup>208</sup>

Em linhas gerais, o relatório da Comissão Europeia apontou resultados inconclusivos a respeito dos efeitos que as cláusulas de paridade e, posteriormente, sua retirada teriam produzido no mercado de reserva *online* de hotéis.<sup>209</sup> Algumas ressalvas foram feitas, contudo, acerca de elementos que podem ter influenciado na ausência de resultados mais concretos: (i) em diversos países membros, apenas um número reduzido de hotéis responderam ao questionário e/ou muitos deles pertenciam a grandes redes hoteleiras; (ii) inconsistências nas respostas sugerem que muitos hotéis podem não ter compreendido totalmente as questões; (iii) comparações entre os resultados dos países membros baseadas nas respostas ao questionário devem ser tratadas com cautela, pois não levam em consideração as características de cada mercado (por exemplo, quantidade de hotéis independentes ou redes hoteleiras); (iv) os resultados das comparações de preços empreendidas pelo grupo de estudos não levaram em consideração a diferenciação de preços em razão de características dos produtos (por exemplo, categorias de quartos, inclusão de café da manhã, possibilidade de cancelamento etc.); (v) não é possível considerar França e Alemanha como países que aboliram completamente as cláusulas de paridade, tendo em vista

---

<sup>208</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016, 2017*, p. 6.

<sup>209</sup> O relatório da Comissão Europeia supramencionado foi objeto de artigo da Oxera, de junho de 2017, no qual são apresentadas algumas explicações possíveis para os resultados obtidos: (i) alguns hotéis, mesmo na vigência da cláusula de paridade, discriminavam entre OTAs, oferecendo determinadas vantagens para usuários que fizessem reservas por meio de determinada OTA (por exemplo, que praticasse tarifas menores); (ii) a relevância das OTAs no contexto de reserva de hotéis era limitada, tendo em vista que as vendas *offline* e através de canais próprios dos hotéis superavam as vendas feitas por meio de OTAs, fazendo com que hotéis tivessem mais incentivos para investir em vendas *offline* e canais próprios de venda *online*; (iii) os programas de parceria oferecidos pelas OTAs, para os quais as cláusulas de paridade continuavam vigentes, teriam impacto maior do que o estimado, de modo que os hotéis preferiam submeter-se a elas e, em troca, obter melhor visibilidade nas plataformas OTAs. Em: OXERA, *Parity Agreements and theories of harm in the hotel booking sector: a “no-show”?* Agenda, junho 2017. Disponível em: <<https://www.oxera.com/agenda/parity-agreements-and-theories-of-harm-in-the-hotel-booking-sector-a-no-show/>> Acesso em: 08/05/2018.

que na Alemanha a Expedia continuava a impor cláusulas de paridade restritas e, na França, havia questionamentos acerca da aplicabilidade da Lei Macron em alguns casos; (vi) não é possível considerar que todos os demais países membros participantes da pesquisa permitiam somente cláusulas de paridade restritas, tendo em vista que algumas OTAs menores ainda impunham cláusulas de paridade amplas em seus contratos; e (vii) a pesquisa foi realizada 12 meses após a mudança das cláusulas de paridade amplas para restritas pela Booking.com e pela Expedia, e seis meses após a decisão de proibição na Alemanha contra a Booking.com, o que pode ser tempo insuficiente para que a mudança e decisão pudessem produzir os devidos efeitos nos mercados. Além disso, durante o período analisado ocorreram ataques terroristas na França e na Bélgica, o que pode ter alterado os resultados obtidos.<sup>210</sup>

Além do estudo da Comissão Europeia, houve outros a respeito dos efeitos das decisões europeias na precificação de quartos de hotéis nas OTAs. Claudio Piga, Andrea Mantovani e Carlo Reggiani, das Universidades de Keele, Bologna e Manchester, respectivamente, coletaram dados de preços listados na Booking.com entre os anos de 2014 e 2016, em regiões turísticas do mediterrâneo, notadamente França, Itália e Espanha, em um primeiro ensaio publicado em dezembro de 2018.<sup>211</sup>

Na ocasião, foi identificada a ocorrência de uma queda relevante de preços entre 2014 e 2015, seguida de um aumento de preços entre 2015 e 2016. França e Itália, onde houve exame antitruste sobre as cláusulas de paridade praticadas por OTAs, experimentaram uma redução mais significativa de preços no período 2014-15, e uma elevação menor no período 2015-16, em comparação à Espanha, onde tal exame não ocorreu.

Para os autores, isoladas as variáveis consideradas, é possível atribuir a queda de preços inicial ao escrutínio antitruste na França e na Itália. Por outro lado, o aumento de preços no período 2015-16 pode ser explicado pelo aumento sensível do fluxo turístico nas ilhas mediterrâneas da Itália, França e Espanha, devido a intensos eventos políticos que se desenrolavam no norte da África e afugentaram turistas da região. Destarte, os autores compreendem que os resultados obtidos apontam para a produção de efeitos positivos a partir da intervenção antitruste na França e na Itália.<sup>212</sup>

---

<sup>210</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016*. 2017, pp. 8-9.

<sup>211</sup> MANTOVANI, Andrea; PIGA, Claudio. REGGIANI, Carlo. *On the Economic Effects of Price Parity Clauses - What Do We Know Three Years Later?* In: *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 9, Issue 10, December 2018, pp. 650-654.

<sup>212</sup> MANTOVANI, Andrea; PIGA, Claudio. REGGIANI, Carlo. *On the Economic Effects of Price Parity Clauses - What Do We Know Three Years Later?* p. 656.



Outra hipótese levantada pelos autores, que explicaria o aumento de preços no período de 2015-16, refere-se ao investimento em qualidade realizado pela Booking.com, tanto para os hotéis quanto para potenciais clientes. Na ocasião, a Booking.com aprimorou o *layout* de seu *website* e adicionou recursos complementares para viajantes, além de ter aumentado sua presença em redes sociais. Entre fevereiro e julho de 2016, a Booking.com também investiu na personalização de ofertas, no aperfeiçoamento dos meios de comunicação entre hotéis e hóspedes e lançou o *Booking Experiences Tool*, ferramenta por meio da qual os usuários poderiam buscar catálogos de coisas para fazer no destino escolhido e comprar ingressos com antecedência para os eventos e/ou locais desejados. Sem pretender relacionar o investimento em qualidade com a remoção da cláusula de paridade, os autores destacam que é possível que o aumento de preços observado seja consequência das melhorias adicionadas pela plataforma.<sup>213</sup>

Em novo estudo, publicado em maio de 2019<sup>214</sup>, os autores ampliaram a pesquisa até o ano de 2017, considerando as mesmas regiões (França, Itália e Espanha). Esse novo estudo teve por objetivo, além de revalidar as conclusões anteriormente obtidas, verificar se os resultados eram compatíveis com os modelos teóricos elaborados até então, a partir da coleta de dados do *website* da Booking.com. Ademais, cumpre ressaltar que essa nova análise, diferentemente da anterior, contemplou os efeitos do banimento de todos os tipos de cláusulas de paridade pela Lei Anual para o Mercado e Concorrência italiana.

Esse estudo mais recente apresentou resultados interessantes. Os autores constataram que a remoção das cláusulas de paridade nos contratos entre hotéis e OTAs apresentaram efeitos limitados no curto prazo, seguido de significativa redução nos preços a médio prazo. Além disso, também constataram que a redução de preços foi maior em grandes redes hoteleiras do que em hotéis de pequeno e médio porte, tanto a curto quanto a longo prazo, e houve queda mais acentuada na França e na Itália do que na Espanha, onde as cláusulas de paridade restritas ainda são permitidas.<sup>215</sup>

---

<sup>213</sup> MANTOVANI, Andrea; PIGA, Claudio. REGGIANI, Carlo. *On the Economic Effects of Price Parity Clauses - What Do We Know Three Years Later?* p. 656.

<sup>214</sup> MANTOVANI, Andrea; PIGA, Claudio. REGGIANI, Carlo. *Much ado about nothing? Online platform price parity clauses and the EU Booking.com case*. In: SSRN International Journal, Maio 2019. Disponível em: < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3381299](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3381299) > Acesso em: 27/07/2019.

<sup>215</sup> O resultado dialoga com o modelo teórico desenvolvido por Johansen e Vergé, para o qual cláusulas de paridade restritas não aumentariam a competição entre plataformas quando comparadas com cláusulas amplas, de modo que o compromisso de adoção do tipo restrito não teria efeitos significativos sobre o mercado. Ver: JOHANSEN, Bjørn Olav; VERGÉ, Thibaud. *Platform price parity clauses with direct sales*. University of Bergen, Department of Economics, 2017. Disponível em:

A maior reatividade de hotéis afiliados a redes hoteleiras, segundo os autores, pode ser explicada pelo maior acesso a informações e capacidade de administração e organização para definição de estratégias de precificação. Redes de hotéis seriam mais capacitadas para adquirir informação e implementar expedientes que reflitam as mudanças legislativas e/ou regulatórias.<sup>216</sup> Essa constatação conversa com o trabalho da Comissão Europeia, que também identificou maior tendência à diferenciação de preços por hotéis pertencentes a grandes redes.<sup>217</sup>

Hunold, Kesler, Laitenberger e Schlütter também produziram ensaio publicado pela Universidade de Düsseldorf cujo objetivo foi analisar como as cláusulas de paridade (chamadas por eles de *best price clauses*) influenciaram a escolha da publicação de preços em diferentes canais de vendas pelos hotéis, bem como a precificação de um mesmo quarto de hotel através desses canais.<sup>218</sup>

As pesquisas incluíram aproximadamente 30.000 hotéis localizados na Alemanha, França, Áustria, Itália, Suécia e Canadá. Os dados utilizados pelos autores foram retirados da plataforma de comparação de preços Kayak, da OTA Booking.com (que permitiu a diferenciação da busca entre hotéis independentes e redes hoteleiras) e de tendências de pesquisas relacionadas a viagens levantadas pelo Google Trends, dentro do período de janeiro de 2016 a janeiro de 2017.

Com relação à disponibilidade de quartos de hotéis em diferentes canais de venda, os autores observaram que mais hotéis passaram a utilizar os serviços de intermediação da Booking.com após a proibição das cláusulas de paridade na Alemanha, comparando-se com outros países que mantêm a permissão a cláusulas de paridade amplas (Canadá) ou restritas (demais países).

Tratando-se de preços, os autores identificaram que, na Alemanha, aqueles praticados em canais diretos de venda pelos hotéis pertencentes a grandes redes hoteleiras foram, em geral, menores do que os praticados em outros canais de venda após a proibição

---

<<https://pdfs.semanticscholar.org/9f66/ef3ee90b113eaf8515e7e2c1cbb9858a2146.pdf>> Acesso em: 21/08/2019.

<sup>216</sup> MANTOVANI, Andrea; PIGA, Claudio; REGGIANI, Carlo. *Much ado about nothing? Online platform price parity clauses and the EU Booking.com case*, p. 20.

<sup>217</sup> *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016*. 2017, pp. 6-7.

<sup>218</sup> HUNOLD, Matthias; KESLER, Reinhold; LAITENBERGER, Ulrich; SCHLUTTER, Frank. *Evaluation of Best Price Clauses in Online Hotel Bookings*. In: *International Journal of Industrial Organization*, Vol. 61, 2018, pp. 542-571.

das cláusulas de paridade no país. Além disso, em poucos casos os preços divulgados na Booking.com foram menores do que aqueles em canais de vendas próprios, evidenciando que as cláusulas de paridade efetivamente restringiam a liberdade de precificação dos hotéis e que há uma tendência ao comportamento caronista por parte dos últimos, ausente uma restrição que o impeça.<sup>219</sup> Resultados similares foram constatados na França e na Áustria<sup>220</sup>, países que também passaram a proibir a cláusula, tanto na questão da disponibilidade de quartos quanto nos preços pelos quais foram ofertados em diferentes canais de venda.

Os resultados apresentados por Hunold, Kesler, Laitenberger e Schlütter dialogam em boa parte com aqueles revelados por Piga, Mantovani e Reggiani, especialmente no que diz respeito às diferenças de reação entre hotéis de pequeno e médio porte e grandes redes hoteleiras. Enquanto os últimos autores conjecturam que tal fato pode ser explicado pelo maior acesso à informação de grandes redes e sua eficiente organização para transformar essa informação em estratégia de precificação, os primeiros complementam o raciocínio, atribuindo-o também ao maior poder de barganha desses agentes frente às OTAs, o que os permitiria negociar condições contratuais melhores de forma mais vigorosa.<sup>221</sup>

Convém pontuar, todavia, que os estudos mencionados (sem que disso possa se extrair qualquer demérito) deixaram de levantar elemento que poderia auxiliar autoridades antitruste no tratamento das cláusulas de paridade, i.e., se deveriam ser completamente banidas ou apenas limitadas a formas mais restritas – o *market share* das OTAs, após a eliminação das referidas cláusulas e a existência (ou não) de novas OTAs entrantes no mercado.

O foco da análise dos trabalhos acima expostos foi o efeito das cláusulas de paridade sobre a precificação de quartos de hotéis, de modo que seu objetivo foi devidamente atingido. Entretanto, compreender a dinâmica dos mercados de reserva *online* de hotéis nos países observados e determinar se houve mudanças na composição dos *market shares* ou,

---

<sup>219</sup> HUNOLD, Matthias; KESLER, Reinhold; LAITENBERGER, Ulrich; SCHLUTTER, Frank. *Evaluation of Best Price Clauses in Online Hotel Bookings*, p. 546.

<sup>220</sup> A Áustria também proibiu o uso de cláusulas de paridade em novembro de 2016, em uma emenda à lei de defesa da concorrência austríaca, que ficou conhecida como *Draft Law*. Ver: Hotel Management. *Now Austria refuses “to play ball” on rate parity*, 20/12/2016. Disponível em: <<https://www.hotelmanagement.net/sales-marketing/now-austria-refuses-to-play-ball-rate-parity>> Acesso em: 19/09/2019.

<sup>221</sup> HUNOLD, Matthias; KESLER, Reinhold; LAITENBERGER, Ulrich; SCHLUTTER, Frank. *Evaluation of Best Price Clauses in Online Hotel Bookings*, p. 551.

pelo menos, no faturamento das plataformas mais relevantes ajudaria a determinar se as eficiências por elas apontadas poderiam justificar ou não o emprego de cláusulas de paridade.

Imaginemos um cenário em que determinada OTA X invista consideravelmente em sua plataforma para melhorar a experiência do usuário, por meio de mecanismos de busca mais eficientes, ferramentas intuitivas e personalização da navegação. Para compensar os investimentos realizados, a OTA X cobra determinada taxa dos hotéis por cada reserva feita por meio de sua plataforma, que é repassada aos usuários embutida no preço do quarto de hotel. Supondo que uma OTA Y ingresse no mercado, atraída pelo crescimento constante das vendas *online* de reservas, mas não realize investimentos significativos em sua plataforma, podendo cobrar taxas mais baixas do que a OTA X. A tendência observada pela literatura é:<sup>222</sup> (i) de que os hotéis, visando a atingir o máximo possível de usuários interessados em efetuar reservas, disponibilizem quartos em ambas as plataformas; (ii) de que a OTA Y capture parte das vendas da OTA X, devido ao preço mais baixo ofertado pelos hotéis naquela plataforma, que cobra taxas menores; (iii) de que o próprio hotel passe a se beneficiar do investimento da OTA X, ganhando visibilidade por meio do anúncio na plataforma, ao mesmo tempo em que cobra preços menores em seu próprio canal de vendas.

As constatações acima se referem, basicamente, aos fenômenos do *showrooming* e do *free-riding* – usuários tendem a consultar a plataforma apenas para encontrar o hotel de sua escolha, enquanto buscam o canal de vendas mais barato para concluir a compra, ao mesmo tempo em que outras plataformas e o próprio hotel passam a “pegar carona” no investimento da plataforma incumbente. A prevenção ao *showrooming* e ao *free-riding* é, note-se, a eficiência mais invocada pelas plataformas em defesa do uso das cláusulas de paridade.

Destarte, seria de grande utilidade compreender não só os efeitos da retirada dessas cláusulas nos preços praticados, mas também no lado da oferta, a fim de verificar a possibilidade de constatação empírica de uma tendência ao comportamento oportunista por parte de rivais e, sobretudo, por parte dos usuários, pois o mero oportunismo de rivais, não seguido de uma fuga massiva de usuários, seria insuficiente para alterar significativamente o panorama do mercado.

Não se olvida, por outro lado, que o isolamento das variáveis adequadas para chegar a um resultado conclusivo, a respeito dos efeitos da remoção das cláusulas de paridade

---

<sup>222</sup> BOIK, Andre; CORTS, Kenneth S. *The Effects of Platform MFNs on Competition and Entry*. p. 19.

dos contratos das principais OTAs, não seria tarefa simples. Diversos fatores poderiam causar distorções nas conclusões obtidas, tais como o crescimento natural de usuários de meios digitais para diversas finalidades, incluindo reservas de hotéis, a potencial aquisição de novas OTAs pelas incumbentes, antes que as entrantes pudessem representar efetiva rivalidade, ou até mesmo a criação de outros tipos de restrições verticais que pudessem obter efeitos similares às cláusulas de paridade sem, contudo, recair na conduta desautorizada.

#### **5.6.6. Considerações gerais sobre o caso das OTAs**

Pinar Akman e Daniel Sokol<sup>223</sup>, ao comentarem o escrutínio do caso OTA na Europa, enfatizam o que consideram uma abordagem problemática por parte das autoridades antitruste europeias, tanto em termos práticos quanto em termos de teorias do dano levantadas. Para os autores, salta aos olhos as divergências entre as autoridades e o excesso de países-membros da União Europeia debruçando-se sobre uma questão que poderia ser resolvida no âmbito da Comissão Europeia.

Essa visão é corroborada por Margherita Colangelo, da Universidade de Roma, para quem a ausência de uma interpretação coerente dos efeitos das cláusulas do tipo MFN deriva diretamente da ausência de uma teoria geral sobre o tema, resultado também da falta de uma análise mais aprofundada da questão pelas autoridades competentes, dado que boa parte dos casos foi resolvida por meio de acordos com as OTAs.<sup>224</sup>

A crítica de Pinar Akman e Daniel Sokol, para além da falta de coesão entre as decisões, é direcionada principalmente para o uso que consideram inadequado das teorias do dano analisadas pelas autoridades. A autoridade sueca, por exemplo, após qualificar os acordos analisados como verticais, entendeu que seria a paridade horizontal (i.e., paridade de preços entre diferentes OTA), e não a paridade vertical (i.e., entre preços praticados pelo hotel e uma OTA), que afetaria negativamente a concorrência, justificando o aceite do compromisso de restrição da amplitude da cláusula de paridade anteriormente utilizada pelas OTA investigadas.

Na mesma linha, a autoridade alemã concluiu que os efeitos da cláusula de paridade seriam similares a uma colusão direta entre OTA – comportamento concertado em

---

<sup>223</sup> AKMAN, Pinar; SOKOL, Daniel. *Online RPM and MFN Under Antitrust Law and Economics*. p. 19.

<sup>224</sup> COLANGELO, Margherita. *Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking*. In: *Journal of Competition Law and Practice*, 3-14, 2017, p. 15. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2963503](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2963503)> Acesso em: 27/07/2019.

relação à venda de um quarto específico por um preço mínimo. Dessa forma, as autoridades interpretaram o caso como uma restrição vertical e examinaram-no como tal (discorrendo sobre eventual aplicação da exceção em bloco, por exemplo) enquanto deveriam tê-lo feito à luz de uma teoria do dano de potenciais efeitos colusivos, tendo em vista a conclusão de que os efeitos prejudiciais estariam mais concentrados no plano horizontal.

Entende-se que as constatações de Akman e Sokol são parcialmente corretas. Embora, de fato, haja uma lacuna nas decisões no que se refere às teorias do dano sobre os efeitos colusivos das cláusulas de paridade, há potenciais efeitos exclusionários tipicamente ligados a restrições verticais, tais como barreiras à entrada de novas plataformas competidoras de baixo custo e o reforço do poder de mercado do agente dominante, intensificado pelo *tipping* do mercado.

As cláusulas de paridade, inseridas em um contrato entre agentes verticalmente relacionados, tampouco poderiam deixar de ser restrições verticais em forma e conteúdo, devendo ser analisadas como tais. Faz sentido, destarte, a classificação de Jonathan Baker, de que se estaria diante de uma “restrição vertical com consequências horizontais”.<sup>225</sup>

No que diz respeito à falta de uniformidade nas decisões emanadas pelas autoridades nacionais de defesa da concorrência europeias, a crítica dos autores é pertinente. Exceto com relação aos países nos quais a legislação nacional proibiu expressamente o uso de cláusulas de paridade por plataformas de reserva *online* de hotéis, naqueles em que as decisões atingem plataformas específicas ocorre uma desigualdade no tratamento dispensado aos agentes econômicos, o que pode vir a causar insegurança jurídica nos administrados<sup>226</sup> –

---

<sup>225</sup> BAKER, Jonathan B. *Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of “Most-Favoured-Customer” Clauses*. In: *Antitrust Law Journal*, Vol. 64, No. 3, 1996, pp. 517-534. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/40843338>> Acesso em: 05/09/2019.

<sup>226</sup> A importância da preservação da segurança jurídica para as instituições brasileiras foi destacada pelo Conselheiro Alexandre Cordeiro de Macedo que, mesmo posicionando-se contrariamente, votou em consonância com entendimento consolidado do Tribunal do CADE. Tratava-se, no caso, do que se convencionou chamar de “cartel compensatório”, no qual há negociação coletiva de pequenos *players* para aumentar seu poder de barganha frente a outro *player* de maior envergadura, situação que, ao ver do Conselheiro, não consubstancia um cartel *hardcore* e que pode gerar eficiências que superem eventuais riscos concorrenciais. Conforme voto do Conselheiro: “*Sendo assim, acredito que o CADE, tal como as demais instituições brasileiras, deve buscar fornecer aos seus jurisdicionados a segurança jurídica necessária para melhoria do ambiente de negócios. Mudanças repentinas de jurisprudência, que venham a inverter radicalmente o sentido da aplicação do direito, acarretam o que se tem de pior para o desenvolvimento econômico e dos mercados, que é a incerteza e a desconfiança. Não é desejável que o mercado viva na incerteza, dependendo única e exclusivamente da formação do convencimento de um tribunal, cuja alteração na sua composição se dá a cada 4 anos. Há que se ter uma continuidade interpretativa quando há essas mudanças, o que não significa que não se deva evoluir no pensamento ou que alterações no posicionamento de um tribunal são proibidas em si. Não é isso. Pretendo apenas destacar que se deve ter, antes de tudo, responsabilidade com os administrados e um respeito reverencial com as instituições brasileiras. As instituições às quais me refiro são aquelas Institutions Keys trazidas por James Robinson e Daron Acemoglu*”

é o caso, por exemplo, da Alemanha, onde HRS e Booking.com estão proibidas de utilizar cláusulas de paridade em seus contratos, mas a Expedia não foi ainda alcançada pela proibição.<sup>227</sup>

Tratando-se ainda de jurisdições estrangeiras, curiosa é a aparente indiferença das autoridades concorrenciais estadunidenses pelas práticas das agências de viagem *online*, na contramão dos países europeus. A princípio, não se trata de uma discordância dos potenciais efeitos anticompetitivos das cláusulas de paridade e similares, tendo em vista a abordagem do caso dos *e-books*, que será tratado abaixo, e a pressão sobre a Amazon para abandonar sua política de paridade de preços (que recentemente surtiu o efeito esperado).<sup>228</sup> Contudo, há uma sinalização de que esse tipo de conduta não desperta a mesma atenção nas autoridades estadunidenses que desperta nas europeias, o que preocupa estudiosos que nela enxergam um potencial anticompetitivo considerável.<sup>229</sup>

## 5.7. Facilitação da formação de cartéis

Uma última teoria do dano a ser examinada, relacionada à utilização de cláusulas de paridade por plataformas virtuais, é a facilitação da formação de colúses horizontais, essencialmente os chamados cartéis.

Cartel é um acordo horizontal<sup>230</sup> celebrado entre empresas concorrentes em um determinado mercado que passam a coordenar suas estratégias de atuação de diversas formas

---

*na obra Why Nations Fail, dentre as quais destaco, especialmente para esse caso, a instituição chave Rule of Law. Dessa forma, mesmo tendo posicionamento em sentido contrário, me rendo à jurisprudência consolidada deste tribunal, em especial em face da presente composição, no sentido de considerar a conduta praticada pela Unidas infração contra a ordem econômica, independentemente da sua participação de mercado. Contudo, aproveito a oportunidade para sugerir ao conselho que aprofunde na análise de casos semelhantes em que haja barganha coletiva, especialmente nos mercados upstream e quando há como pano de fundo a tese do poder compensatório.* In: Processo Administrativo n.º 08012.002874/2004-14, j. 01/02/2017.

<sup>227</sup> WRIGHT, Julian; WANG, Chengsi. *Search platforms: Showrooming and price parity clauses*. p. 3.

<sup>228</sup> *Amazon in ending its restrictive pricing practice*. In: Business Insider, 13/03/2019. Em: <<https://www.businessinsider.com/amazon-ends-restrictive-pricing-parity-2019-3>> Acesso em: 05/09/2019.

<sup>229</sup> Jonathan Baker e Fiona Scott-Morton, por exemplo, defendem que os Estados Unidos deveriam reforçar o escrutínio sobre cláusulas de paridade considerando seu alto potencial anticompetitivo em ambientes virtuais, quando utilizadas por plataformas de intermediação, que já tendem à oligopolização como consequência dos efeitos de rede indiretos a que estão sujeitas e à necessidade de escala para seu desenvolvimento. Em: BAKER, Jonathan B.; SCOTT-MORTON, Fiona. *Antitrust Enforcement Against Platform MFNs*. p. 2195.

<sup>230</sup> Cumpre notar que alguns autores trabalham com a diferenciação entre acordos horizontais, colusão horizontal e cartéis, sendo que os últimos seriam somente aqueles acordos entre concorrentes que regulassem preços, quantidades e divisão de mercados. Para os fins deste, trabalharemos com a hipótese de formação de cartéis enquanto acordos entre concorrentes sobre a variável concorrencial “preço”. Ver: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 262-263.

(divisão de clientes, divisão de territórios, combinação de preços etc.),<sup>231</sup> sempre com o objetivo de obter o máximo de lucro possível, reproduzindo artificialmente um ambiente de monopólio.<sup>232</sup> Um mercado cartelizado muito provavelmente observará um aumento de preços, queda da qualidade dos produtos e elevação das margens de lucro das empresas envolvidas.

Os efeitos líquidos negativos evidentes, observados em mercados cartelizados, faz com que a infração seja alvo de grande preocupação por parte das autoridades antitruste mundo afora. Contudo, a investigação de cartéis esbarra em grandes dificuldades, na medida em que dificilmente as empresas envolvidas deixam provas evidentes de sua conduta, sendo tais acordos normalmente feitos “às escondidas”.<sup>233</sup>

Conforme ensina Paula Forgioni<sup>234</sup>, em cartéis tradicionais, inexistindo mecanismos de coerção<sup>235</sup>, os membros do cartel tendem ao desvio (i.e., à quebra do cartel), praticando preços menores para apropriarem-se do lucro obtido com o aumento das vendas. Por isso, cartéis são acordos naturalmente instáveis, ausente empresa dominante que possa impor mecanismos eficientes de detecção e punição do desvio.

A cláusula de paridade, aponta a literatura, poderia funcionar tanto como um anteparo para a formação de cartéis como um mecanismo de controle de desvios do acordo.

Conforme examinado no item 5.2 deste trabalho, um dos efeitos negativos potencialmente causado pela cláusula de paridade é o aumento no custo incorrido pelo

---

<sup>231</sup> Na legislação brasileira, a infração de cartel está tipificada no art. 36, §3º, I da Lei n.º 12.529/2011, *in verbis*: Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;  
b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;  
c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;  
d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

<sup>232</sup> FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. p. 340-341.

<sup>233</sup> Tentando contornar essa dificuldade, diversas autoridades recorreram à criação de ferramentas de delação de cartéis, tais como o acordo de leniência, regulado na Lei n.º 12.529/11.

<sup>234</sup> FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. pp. 345-346.

<sup>235</sup> De acordo com Massimo Motta, qualquer situação colusiva traz consigo naturalmente a tentação do desvio e, por isso, dois elementos tornam-se necessários para seu sucesso: primeiro, os participantes da colusão precisam ser capazes de detectar rapidamente a ocorrência do desvio; segundo, precisam ser capazes de impor algum tipo de punição ao desviante. Somente se a firma souber que qualquer desvio será certamente detectado e que, com sua descoberta, haverá punição, é que haverá impedimento suficiente de fazê-lo. MOTTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press, 2004, p.139.



vendedor para conceder descontos ou praticar preços menores. Essa característica das cláusulas de paridade, de acordo com a literatura, poderia facilitar colusões tácitas ou explícitas.<sup>236</sup> No caso da colusão tácita, a própria uniformização de preços causada pela imposição da cláusula de paridade arrefece a competição via preços do lado dos vendedores, que não possuem incentivos para reduzi-los, podendo neutralizar também a competição via preços entre plataformas.<sup>237</sup>

No caso da colusão explícita, a cláusula de paridade poderia garantir a estabilidade de preços e evitar a dissolução do cartel causada por uma guerra de preços que poderia vir a ocorrer com a ciência do desvio pelos demais membros do cartel. Thomas Cooper<sup>238</sup> demonstrou que, nesse contexto, os membros do cartel poderiam ativamente propor a inclusão da cláusula em contratos com agentes verticalmente relacionados.<sup>239</sup>

Caso usualmente citado, que reflete a constatação da relação entre colusão e cláusulas do tipo MFN, é o caso *United States vs. General Electric Co.*, de 1977, no qual General Electric e Westinghouse, importantes fabricantes de geradores de turbinas elétricas nas décadas de 1960 e 70, empregaram cláusulas do tipo MFN em seus contratos comprometendo-se a ofertar condições favoráveis aos compradores de seus produtos. A questão, no caso, é que a cláusula serviu para uniformizar os preços praticados pelas empresas, que atuaram de forma cartelizada.<sup>240</sup>

Voltando a discussão ao ambiente *online*, outro fator de estabilização do cartel deve ser considerado. A transparência de preços característica das plataformas virtuais<sup>241</sup> pode auxiliar o controle do cartel, uma vez que vendedores diferentes podem facilmente saber os preços praticados uns pelos outros, com custo praticamente inexistente de busca e acesso

---

<sup>236</sup> WU, Jason J; BIGELOW, John P. *Competition and the Most Favored Nation Clause*. CPI Antitrust Chronicle, 2013, pp. 3-5.

<sup>237</sup> BAKER, Jonathan B; CHEVALIER, Judith A. *The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions*. p. 23.

<sup>238</sup> COOPER, Thomas E. *Most-favored-customer Pricing and Tacit Collusion*. In: The RAND Journal of Economics, Vol. 17, No. 3, Autumn, 1986, pp. 377-388. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2555718>>. Acesso em: 24/06/2019.

<sup>239</sup> Thomas Cooper não trabalhou com a hipótese de uma plataforma virtual, até mesmo pela época em que o trabalho foi publicado (1986). Todavia, é possível transpor o mesmo raciocínio para o ambiente virtual, conforme se verifica até mesmo no caso Apple, adiante exposto.

<sup>240</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States v. General Electric Co., Case No. 28228, 1977, WL 1474*.

<sup>241</sup> VANDENBORRE, Ingrid; FRESE, Michel J. *The Role of Market Transparency in Assessing MFN Clauses*. World Competition, 38, No. 3, 2015, pp. 333-348.

ao valor do menor preço que será encontrado para determinado produto (i.e., o divulgado na plataforma).<sup>242</sup>

Assim, na medida em que a cláusula de paridade constitui um mecanismo de monitoramento dos preços praticados pelos membros do cartel e também de punição de desvios, há uma garantia adicional de que os participantes da colusão não irão adotar comportamentos desviantes, colaborando para a perpetuação do cartel.<sup>243</sup>

De toda forma, um tipo específico de cartel deve ser mencionado quando se trata de restrições verticais com efeitos horizontais: o cartel *hub-and-spoke*.

### 5.7.1. Os cartéis *hub-and-spoke*

A literatura recente sobre comportamentos colusivos vem apontando o que se convencionou chamar de cartel *hub-and-spoke*, categoria específica de cartéis que envolvem a existência de acordos verticais.

Dando conta de uma severa repressão a cartéis clássicos, os agentes econômicos procuram maneiras de tentar conter potenciais riscos de punição, ao mesmo tempo em que buscam formas de maximizar seus lucros. Uma dessas maneiras é utilizar uma terceira parte como ponto intermediador do cartel, que pode ou não saber dessa posição. Esse tipo de arranjo convencionou-se chamar cartel *hub-and-spoke*, que surge mediante o emprego de restrições verticais para permitir coordenações horizontais entre agentes.<sup>244</sup>

A principal característica do cartel *hub-and-spoke* diz respeito ao fato de a prática concertada entre agentes econômicos concorrentes (*spoke*) ser possibilitada por meio de outro agente, verticalmente relacionado, que passa a servir de ponto convergente para o conluio (*hub*).<sup>245</sup>

Ao potencializar a uniformidade de preços no mercado, a cláusula de paridade pode servir como ferramenta para um cartel *hub-and-spoke*. Na vigência de uma cláusula de paridade, é possível pensar em um cenário em que os vendedores aproveitem a obrigação de

---

<sup>242</sup> GÜRKAYNAK, Gönenç; GÜNER, Ayse; DINIZ, Sinan; FILSON, Janelle. *Most-favored-nation clauses in commercial contracts: legal and economic analysis and proposal for a guideline*. p. 142.

<sup>243</sup> GONZÁLEZ-DIAZ, Francisco Enrique; BENNETT, Matthew. *The law and economics of most-favoured nation clauses*. pp. 37-38.

<sup>244</sup> SARTO, Elisa Santos Coelho. *Cartéis Hub-and-Spoke: coordenação horizontal por meio de restrições verticais*. In: Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 5, n.º 2, novembro 2017, p. 32.

<sup>245</sup> ODUDU, Okeoghene. *Hub and Spoke Collusion*. Handbook on European Competition Law. In: Substantive Aspects, 2013, pp. 252-253.

praticar preços idênticos em diversas plataformas para atuarem de forma coordenada, o que pode levar a um aumento generalizado de preços e causar prejuízos ao mercado tal qual um cartel *hardcore*.<sup>246</sup>

O que se discute, na prática, a respeito do cartel *hub-and-spoke*, é se a conduta do *hub*, ou seja, do agente econômico verticalmente relacionado, deveria ser tratada como ilícita *per se*, tal como se participasse de um cartel *hardcore*.<sup>247</sup> No caso *Toys “R” Us*, por exemplo, a Corte do Sétimo Circuito dos Estados Unidos entendeu que, em casos de cartéis *hub-and-spoke*, aplica-se a regra *per se* apenas se demonstrado que, no caso, (i) houve uma colusão horizontal entre agentes; e (ii) o *player* verticalmente relacionado não só sabia da colusão como atuou de forma a facilitar sua realização.<sup>248</sup>

A discussão, contudo, não é pacificada. Embora haja alguma uniformidade na leitura de que a cartéis clássicos deva-se aplicar a regra *per se*, não há tanto consenso sobre o parâmetro de análise da conduta perpetrada pelo *hub*.<sup>249</sup> Esse ponto foi, inclusive, objeto de divergência no julgamento do caso *United States v. Apple, Inc.*<sup>250</sup>, no qual se entendeu que a utilização de cláusulas de paridade foi um dos mecanismos empregados para a operacionalização de um cartel do tipo *hub-and-spoke*.

---

<sup>246</sup> AREEDA, Phillip E.; KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis: problems, texts, cases*. 7ª Ed., Aspen Casebook, Wolters Kluwer, 2013.

<sup>247</sup> Travis Clark entende que essa não deve ser a regra nos casos de cartéis *hub-and-spoke*, no caso especificamente do agente que atua como *hub*. Para o autor, como ocorre em geral com restrições verticais, é possível que efeitos produzidos no mercado *upstream* compensem eventuais efeitos negativos gerados pela restrição. Ver: CLARK, Travis. *Swiping Through the Pages of Apple’s E-Book Saga: A Comment on Hub-And-Spoke Conspiracies Under the Sherman Act*. Seton Hall Law, Law School Student Scholarship, 2017.

<sup>248</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *TOYS “R” Us, Inc. v. Federal Trade Commission*, 221 F.3d 928 (2000).

<sup>249</sup> Autores como Benjamin Klein, por exemplo, defendem a aplicação da regra da razão nesse caso, por se tratar, a rigor, de restrição vertical que pode vir a gerar eficiências no mercado. Ver: KLEN, Benjamin. *The Apple E-Books Case: When is a Vertical Contract a Hub-and-Spoke Conspiracy?* In: *Journal of Competition Law and Economics*, 2017. Disponível em: < [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3018841](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3018841) > Acesso em: 03/07/2019.

<sup>250</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015).

### 5.7.2. O caso dos *e-books* Apple

Em 2007, a gigante da tecnologia Amazon lançou o Kindle, um aparelho de leitura eletrônico por meio do qual o usuário poderia baixar e ler livros em formato digital, com a vantagem de capacidade de armazenamento de diversos livros ao mesmo tempo, além do tamanho e peso reduzidos em comparação a um livro em suporte físico de papel. Em menos de cinco horas e meia, e vendido a US\$ 399,00, o estoque de Kindles havia esgotado.<sup>251</sup>

Antes do surgimento do Kindle, o mercado editorial de livros era bastante estável: editoras vendiam seus livros para livrarias, que revendiam e lucravam a partir da margem obtida entre a compra da editora e a venda ao consumidor final. As principais editoras no mercado, na época, eram Hachette, HarperCollins, Macmillan, Penguin, Random House e Simon & Schuster, as chamadas *Big Six*, responsáveis pela publicação de 90% dos *bestsellers* nos Estados Unidos.<sup>252</sup>

Até o lançamento do iPad e da iBookstore pela Apple, em Janeiro de 2010<sup>253</sup>, a Amazon era absolutamente dominante no mercado de *e-books*, com um *market share* de quase 90%.<sup>254</sup> A estratégia da Amazon era operar com prejuízo, vendendo *e-books* a preços extremamente competitivos (US\$ 9.99 para lançamentos *bestsellers*), a fim de manter sua dominância e expansão com pouca ou praticamente nenhuma ameaça à sua posição, atraindo consumidores para a aquisição de seus outros produtos.<sup>255</sup>

---

<sup>251</sup> Sobre o lançamento do Kindle e a história do aparelho, ver: *A timeline of Kindle devices and services*. In: Ebook Friendly., 14/07/2019. Disponível em: <<https://ebookfriendly.com/timeline-kindle-history/>> Acesso em: 03/08/2019.

<sup>252</sup> CLARK, Travis. *Swiping Through the Pages of Apple's E-Book Saga: A Comment on Hub-And-Spoke Conspiracies Under the Sherman Act*, pp. 13 e 14.

<sup>253</sup> Para maiores informações: *Apple Launches iPad*. 27/01/2010. Disponível em: <<https://www.apple.com/newsroom/2010/01/27Apple-Launches-iPad/>> Acesso em: 03/07/2019.

<sup>254</sup> Estados Unidos da América. *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015), 299.

<sup>255</sup> Em artigo publicado no *Yale Law Journal*, Lina Khan destaca que uma das principais estratégias adotadas pela Amazon para abocanhar parte relevante do mercado é o emprego de preços predatórios, conduta raramente punida pelas autoridades antitruste, tanto pela dificuldade de prova inerente à conduta, quanto pela influência do pensamento econômico da Escola de Chicago (a autora salienta que a Suprema Corte americana, até a influência chicaguiana, atentava para essa prática, considerando-a com caráter nítido de abuso de posição dominante e tendente à exclusão de concorrentes do mercado). Segundo a autora, a tática de preços predatórios é uma ferramenta clássica de concentração de poder e destruição da competição. Porém, a partir da hegemonia da influência do pensamento econômico da Escola de Chicago no direito antitruste, passou-se a acreditar que os preços predatórios eram, se existentes, benéficos ao consumidor e ao mercado em geral, por incentivarem a competição via preço. Na visão de Chicago, ao cabo, preços predatórios seriam uma estratégia muito improvável, pois (i) não garantiriam retornos ao praticante e, (ii) certamente, custariam caro. A partir dessa reorientação de visão, o Justice Powell, no caso *Matsushita (Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 [No. 83-2004], 1985), relator do voto vencedor, declarou que "A redução de preços para fomentar os negócios é normalmente a própria essência da competição. Inferências incorretas em casos como esse são especialmente custosas, por arrefecerem condutas que a própria lei antitruste visa a proteger". Essa reorientação

A grande questão é que, com a franca expansão da utilização de *e-books*, e para não perderem sua penetração perante consumidores, as editoras não tinham opção a não ser aceitar a vendas de seus livros a preços baixos pela Amazon. Ademais, esse modelo de negócios desencorajava a entrada de novos agentes no mercado de *e-books*, pois havia o risco iminente de grandes prejuízos diante da política de preços agressiva da Amazon.

Embora o modelo adotado fosse similar ao praticado no mercado tradicional de livrarias, i.e., aquisição dos produtos pela Amazon e posterior revenda, os preços reduzidos dos *e-books*, sob o ponto de vista das editoras, afetariam diretamente o preço dos livros físicos, que não poderiam destoar sensivelmente do preço do *e-book*, sob pena de não saírem das prateleiras (ou, como mencionado em sua defesa, os baixos preços dos *e-books* “canibalizavam” as vendas dos livros físicos).<sup>256</sup>

Diante desse cenário, estava claro que as editoras precisavam de algum mecanismo para escapar do poder de barganha da Amazon. A primeira tentativa de limitar o poder da Amazon foi através do *windowing*, prática por meio da qual as editoras liberavam livros novos e *bestsellers* para venda à Amazon apenas após vários meses do lançamento da versão física (*hardcover*).<sup>257</sup> A estratégia, todavia, falhou, e as editoras notaram que o *windowing* estava na verdade apenas encorajando a pirataria, punindo consumidores de *e-books* e prejudicando as vendas a longo prazo.<sup>258</sup>

A partir de novembro de 2009, com a aprovação da criação do iBookstore, a Apple começou a negociar com as *Big Six*. Da perspectiva da Apple, para que sua entrada no mercado de forma competitiva fosse possível, havia a necessidade de atrair as *Big Six* e o máximo de editores possíveis para a iBookstore, ao mesmo tempo em que estava ciente das insatisfações acerca das práticas da Amazon que, aos olhos das editoras, eram predatórias.

Os executivos da Apple empenharam-se, então, a analisar a situação do mercado editorial, descobrindo a insatisfação das *Big Six* com relação à precificação dos *e-books* pela Amazon.<sup>259</sup> Assim, se de um lado as *Big Six* queriam elevar os preços pelos quais os *e-books* eram vendidos aos consumidores e estavam dispostas a um esforço de coordenação entre elas para atingir esse objetivo, de outro a Apple queria ingressar no mercado de *e-books* de forma

---

de visão, defende a autora, permitiu a obtenção de posição dominante absoluta pela Amazon. In: KHAN, Lina M. *Amazon's Antitrust Paradox*. Yale Law Journal, 126:710, 2017.

<sup>256</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015), 300.

<sup>257</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015), 300.

<sup>258</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015), 301.

<sup>259</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015), 302.

eficiente e competitiva e não se importava em vender os produtos a preços maiores, desde que esse aumento de preços não a impedisse de fazer frente à Amazon.

A principal questão a ser resolvida pela Apple, portanto, era como precificar os *e-books* de forma lucrativa e, ao mesmo tempo, competir efetivamente com a Amazon. Para endereçar o problema, os executivos da Apple decidiram que os *e-books* seriam vendidos na *iBookstore* através de um modelo de agência, no qual as editoras precificariam diretamente os produtos e pagariam à Apple uma comissão de 30% sobre cada venda realizada.<sup>260</sup>

O modelo de agência, contudo, não resolveria efetivamente todos os problemas da Apple, uma vez que as editoras poderiam simplesmente praticar preços maiores na *iBookstore* enquanto os mesmos *e-books* estariam sendo vendidos a USD 9,99 pela Amazon. Diante disso, os executivos da Apple enxergaram duas alternativas: (i) exigir que as editoras alterassem o modelo adotado em outros canais de venda (i.e., por meio da Amazon) para o modelo de agência; ou (ii) inserir uma cláusula de paridade nos contratos com as editoras.<sup>261</sup>

O contrato proposto pela Apple contemplava a opção “ii”. As editoras ficavam, então, obrigadas a garantir à Apple condições no mínimo tão favoráveis quanto às praticadas em outros canais de venda. Assim, caso determinado *e-book* fosse vendido pela Amazon a USD 9,99, esse também deveria ser o preço cobrado pelo *e-book* na *iBookstore*. Na prática, contudo, a cláusula de paridade forçava as editoras a migrarem para o modelo de agência também na Amazon, para que pudessem ter controle sobre os preços praticados e não sofressem com margens mínimas de lucro.<sup>262</sup>

A situação criada pela imposição da cláusula de paridade pela Apple fez com que as editoras percebessem que teriam de atuar conjuntamente para fazer frente à Amazon e conseguir mudar para o modelo de agência. De acordo com os autos do caso, executivos da Apple sabiam que essa seria a consequência da cláusula de paridade e atuaram ativamente para garantir que a alteração de modelo ocorresse.<sup>263</sup>

A atuação conjunta das editoras surtiu o efeito esperado, tendo seus contratos com a Amazon sido alterados para contemplar o modelo de agência. Basicamente, todas as

---

<sup>260</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *UNITED States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015), 304.

<sup>261</sup> No caso, chamada de “cláusula da nação mais favorecida” (MFN) que, conforme esclarecido acima, trata-se de outra nomenclatura bastante utilizada para as cláusulas de paridade, embora essa última seja a forma mais específica de cláusula MFN.

<sup>262</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015), 305.

<sup>263</sup> De acordo com trecho da decisão da Corte de Apelações do Segundo Circuito, Eddy Due, diretor de conteúdos digitais da Apple, declarou que qualquer cláusula MFN decente deve afastar o modelo de revenda e forçar a adoção do modelo de agência. In: *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015), 305.

editoras foram claras em sua demanda de alterar o modelo de vendas para o modelo de agência, sob pena de praticarem *windowing* com todos os novos lançamentos. Pressionada, a Amazon aceitou o acordo proposto pelas editoras.<sup>264</sup>

O aumento dos preços de USD 9,99 para USD 14,99 (USD 19,99 para *bestsellers*) chamou a atenção do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (*Department of Justice* – DOJ), que iniciou investigação formal contra a Apple e as cinco editoras que aceitaram o acordo (HarperCollins, Macmillan, Simon & Schuster e Hachette). Em seguida, o DOJ e mais 33 Estados e territórios ingressaram judicialmente contra a Apple e as referidas editoras, sendo que essas últimas rapidamente celebraram acordos judiciais e não foram a julgamento no tribunal.<sup>265</sup>

A Apple, por sua vez, decidiu prosseguir com sua defesa, tendo como um dos principais argumentos a análise de sua conduta pela regra da razão, e não como ilícita *per se*, a partir da invocação do precedente *Leegin*.<sup>266</sup>

O caso foi decidido pela Corte do Segundo Circuito, tendo a juíza Debra Ann Livingston relatado o voto da maioria, que considerou que a Apple atuou como facilitadora da colusão entre as editoras e, portanto, violou as disposições do *Sherman Act*. A divergência ficou por conta do juiz Jacobs, para quem não haveria violação ao *Sherman Act*, pois (i) deve-se aplicar a regra da razão para restrições verticais, conforme estabelecido pela Suprema Corte em *Leegin*, e, (ii) aplicando-se a regra da razão, percebe-se que as eficiências geradas pela conduta da Apple superaram os possíveis efeitos anticompetitivos gerados no mercado, de modo que a Apple não teria efetivamente cometido um ilícito concorrencial.

Livingston, todavia, relatando pela maioria, entendeu que o precedente *Leegin* não seria aplicável no caso concreto, uma vez que seria possível comparar o papel do *hub* no cartel *hub-and-spoke* ao próprio papel dos agentes horizontalmente relacionados e, portanto,

---

<sup>264</sup> KLEN, Benjamin. *The Apple E-Books Case: When is a Vertical Contract a Hub-and-Spoke Conspiracy?* pp. 26-27.

<sup>265</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015), 297.

<sup>266</sup> Trata-se do caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS Inc.*, 551 U.S. 877 (2007), no qual a Suprema Corte inverteu o entendimento até então prevalente do caso *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* de que restrições verticais de preço (mais especificamente, a fixação de preços de revenda) eram ilegais *per se* nos termos do Art. 1 do *Sherman Act*. A partir do precedente *Leegin*, a Suprema Corte passou a entender que restrições verticais de preço devem ser analisadas e julgadas com base na regra da razão, por poderem eventualmente gerar eficiências que compensam os efeitos negativos gerados no mercado (verificação dos efeitos líquidos negativos).

a análise deveria se aproximar à regra *per se*, à luz dos precedentes *Klor's Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*<sup>267</sup> e *United States v. General Motors Corp.*<sup>268</sup>

Não obstante, Livingston, ao analisar o argumento da Apple de que a ilegalidade *per se*, reconhece precedentes da Suprema Corte<sup>269</sup> que permitiriam um recorte mais brando do que a ilegalidade *per se* para determinadas condutas, ainda que não sujeitas ao mesmo rigor probatório e analítico exigido pela regra da razão – o chamado *quick look*.<sup>270</sup>

A análise pelo *quick look* seria cabível para condutas que, embora não ilícitas *per se*, possuem manifesto potencial anticompetitivo.<sup>271</sup> Com efeito, há uma inversão do ônus da prova, que passa do autor para o réu – o autor deve provar a existência da conduta, e o réu poderá provar que a conduta produziu eficiências no mercado que, de outra forma, não seriam alcançadas.<sup>272</sup>

De toda forma, Livingston entendeu que no caso em tela seria indiferente a aplicação da regra *per se* ou do *quick look*, tendo em vista as evidências robustas da conduta da Apple e a falha, ao seu ver e da maioria, da ré em comprovar as supostas eficiências que compensariam os efeitos competitivos causados no mercado. Nesse ponto, divergiu o juiz Lohier, para quem a ilicitude *per se* das condutas da Apple e editoras deve ser a regra, pois não se pode permitir um “vigilantismo de mercado”, por “melhores que sejam” as intenções dos agentes econômicos.<sup>273</sup>

---

<sup>267</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Klor's Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 U.S. 207 (1959).

<sup>268</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States v. General Motors Corp.*, 384 U.S. 127 (1966).

<sup>269</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States v. Brown University*, 5 F.3d 658, 669 (3d Cir. 1993); *Piazza v. Major League Baseball*, 831 F. Supp. 420 (E.D. Pa. 1993).

<sup>270</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015), em 330.

<sup>271</sup> A análise pelo *quick look* ressoou em casos julgados inclusive pelo CADE, em importação da técnica americana. Conforme voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, no P.A. n.º 08012.007011/2006-97: “Esse meu entendimento decorre do fato de que o precedente epígrafado não tratava de um cartel hardcore ou de mera elaboração e publicação de tabela, situações em que em regra não há qualquer eficiência potencial. A negociação coletiva de pequenos players pode ter o condão de gerar eficiências, e entendo que isso deve ser considerado pela autoridade antitruste, utilizando-se, pois, de uma métrica mais flexível dentro de uma escala de presunção de ilegalidade. Entendo que a persecução administrativa não deve considerar tais casos como ilícito por objeto nem tampouco regra da razão pura, mas sim algo intermediário em uma escala de presunção, aproximando do que os americanos chamam de “quick look””.

<sup>272</sup> Nas palavras de Livingston: “This quick look effectively relieves the plaintiff of its burden of providing a robust market analysis, *see id.*, by shifting the inquiry directly to a consideration of the defendant’s procompetitive justifications. (...) Here, the same evidence supporting our determination that *per se* condemnation is the correct way to dispose of this appeal also supports at most a ‘quick look’ inquiry under the rule of reason.” In.: *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015), em 330.

<sup>273</sup> No original: “(...) But more corporate bullying is not an appropriate antidote to corporate bullying. It cannot have been lawful for Apple to respond to a competitor’s dominant market power by helping rival corporations (the publishers) fix prices, as the District Court found happened here. However sympathetic Apple’s plight and the publishers’ predicament may have been, I am persuaded that permitting ‘marketplace vigilantism’, Majority Op. at 298, would do far more harm to competition than good, would be disastrous as a policy matter, and is in



O juiz Jacobs, por outro lado, apresentou voto dissidente, baseado em três premissas por ele consideradas fundamentais:

(i) A corte distrital decidiu que o agente verticalmente relacionado que facilita uma colusão horizontal comete uma violação *per se* das leis antitruste. Porém, o precedente *Leegin* determina que um acordo vertical, ainda que desenhado para facilitar um cartel, deve ser analisado pela regra da razão:

(ii) A corte distrital não diferenciou a posição da Apple das editoras (i.e., a Apple não participou da colusão no mesmo plano horizontal das editoras) e deveria tê-lo feito considerando a Apple como competidora no plano horizontal da Amazon;

(iii) A conduta da Apple, analisada sob a regra da razão no plano competitivo horizontal, gerou efeitos inegavelmente pró-competitivos.

Ao ver do juiz dissidente, a Apple utilizou-se de expedientes *a priori* lícitos (modelo de agência, preços máximos e cláusulas de paridade) para romper as barreiras à entrada, erguidas pela Amazon e seu percentual de 90% de participação de mercado (notadamente os preços abaixo de custo praticados pela empresa). Ao permitir a negociação de preços pelas editoras, a Apple conseguiu ingressar no mercado e abocanhar parte relevante da fatia de mercado da Amazon, que passou a deter 60% do mercado.<sup>274</sup>

Assim, para o juiz Jacobs, a conduta da Apple permitiu efeitos positivos que condizem com os próprios objetivos da política antitruste, quais sejam: (i) a quebra do monopólio da Amazon no mercado de *e-books*; (ii) a queda da barreira à entrada de preços abaixo de custo imposta pela Amazon; (iii) encorajamento à inovação, ao trazer um produto diferenciado ao mercado.<sup>275</sup>

Além disso, Jacobs entendeu que nenhuma das teorias ventiladas ao longo do julgamento a respeito de alternativas que a Apple teria para ingressar no mercado de outra forma se sustentariam, de modo que as medidas tomadas foram necessárias para o ingresso da Apple de forma efetiva no mercado. A análise pela regra da razão, portanto, eximiria a Apple de qualquer condenação por violação às normas antitruste.

---

any event not sanctioned by the Sherman Act.”. In: *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015), em 340.

<sup>274</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015), 341 e 342.

<sup>275</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015), 351.

De toda forma, prevaleceu o entendimento da corte distrital e a Apple foi condenada por violação ao §1 do *Sherman Act*, ao orquestrar uma colusão horizontal entre as editoras para aumentar os preços dos *e-books*. Mantida, portanto, medida cautelar concedida pela Corte do Segundo Circuito, no sentido de: (i) impedir a Apple de utilizar cláusulas de paridade (MFN) com editoras por prazos entre 24 e 48 meses; (ii) exigir a alteração dos contratos de agência celebrados pela Apple com as editoras e tratar os aplicativos de *e-books* vendidos no iTunes da mesma forma que quaisquer outros aplicativos; (iii) exigir que a Apple aprimore seus procedimentos internos para evitar violações antitruste (*compliance*); e (iv) monitoramento pela Corte para garantir o cumprimento dessas obrigações previstas na medida cautelar e reafirmadas.<sup>276</sup>

Em março de 2016, a Suprema Corte rejeitou a apelação da Apple<sup>277</sup> em uma tentativa final de reverter o entendimento da Corte do Segundo Circuito, e a Apple passou a dever multa de 450 milhões de dólares.

#### 5.7.2.1. Caso Apple na Comissão Europeia

Entre 2011 e 2013, a Comissão Europeia também investigou o caso *e-books/Apple*.<sup>278</sup> A investigação formal foi aberta em dezembro de 2011 contra a Apple e as editoras Penguin, Simon & Schuster, HarperCollins, Hachette e Holtzbrinck/Macmillan, uma vez que os acordos celebrados entre a Apple e as mencionadas editoras também atingiam *e-books* vendidos no Reino Unido, na Alemanha e na França.

De maneira similar às autoridades estadunidenses, a Comissão Europeia considerou que a Apple e as editoras utilizaram uma cláusula de paridade para forçar a Amazon a mudar seu modelo de negócios, tendo em vista que o modelo de revenda vigente implicaria perdas consideráveis tanto das editoras (sob o modelo de agência na Apple, somente) quanto da Apple. Assim, as condições de competição sob tais circunstâncias não correspondiam às condições normais de um mercado competitivo, no qual rivais não sabem a estratégia uns dos outros e não atuam de forma conjunta para determinada finalidade.<sup>279</sup>

---

<sup>276</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States v. Apple, Inc.*, 791 F.3d 290 (2d Cir. 2015), 338 e 339.

<sup>277</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Apple v. United States*, U.S. Supreme Court, No. 15-565.

<sup>278</sup> Comissão Europeia. *Case 39847 E-Books*. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_39847](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39847)> Acesso em: 23/07/2019.

<sup>279</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Case 39847 E-Books*, 77, 78, pp. 17-18.

A Comissão considerou, dessarte, que a manobra das cinco editoras de forçar a troca do modelo de negócios da Amazon para o modelo de agência seria uma estratégia colusiva que poderia resultar em um aumento generalizado de preços ou, ao menos, impediria a redução dos preços praticados no mercado<sup>280</sup>, infringindo o artigo 101 do TFEU.<sup>281</sup>

A conclusão da Comissão Europeia também considerou tanto as editoras como a Apple participantes da colusão, sem diferenciar o plano competitivo no qual estavam inseridas (uma das críticas do juiz dissidente Jacobs, no julgamento do caso nos Estados Unidos, conforme exposto acima). Dessa forma, a Comissão considerou as condutas praticadas como “infrações por objeto”, nas quais o intuito anticompetitivo é suficientemente evidente para que a autoridade antitruste esteja desincumbida de provar a existência de efeitos deletérios ao mercado.<sup>282</sup>

A investigação foi encerrada com a celebração de acordos com as investigadas em dezembro de 2012 (exceto a Penguin, que fechou o acordo em abril de 2013), que previam (i) o término dos acordos de agência conforme vigentes e celebração de novos acordos que permitiriam às partes agentes efetuarem descontos nas comissões cobradas pelas vendas, e (ii) a proibição de utilização de cláusulas de paridade por pelo menos cinco anos.

---

<sup>280</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Case 39847 E-Books*, 81, p. 18.

<sup>281</sup> Artigo 101.º (ex-artigo 81.o TCE) 1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) 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. 3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: — a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, — a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e — a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos; b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa. Versão em PT-PT disponível em: <[http://www.concorrenca.pt/vPT/A\\_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Tratado\\_Funcionamento\\_U\\_E.pdf](http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Tratado_Funcionamento_U_E.pdf)> Acesso em: 23/07/2019.

<sup>282</sup> COMISSÃO EUROPEIA. *Case 39847 E-Books*, 84, p. 19.

### 5.7.2.2. Considerações gerais do caso Apple

O caso Apple é um exemplo claro das dificuldades de se estabelecer os limites do antitruste e de como uma conduta deve ser analisada de forma a não se criar mais obstáculos do que incentivos à competição.

No que se refere às particularidades dos mercados de dois lados, pouco foi ventilado pelas autoridades. A preocupação, como já é tradição na análise antitruste, girou essencialmente em torno do preço final dos produtos pago pelos consumidores. O ingresso da Apple não reduziu os preços dos *e-books*; ao contrário, o modelo de agência fez com que os preços efetivamente aumentassem. Não houve maiores considerações a respeito do impacto da política de preços abaixo do custo da Amazon nas editoras, e como as editoras poderiam agir de modo a enfrentar o problema – afinal, o sucesso dos *e-books* da Amazon dependia da disponibilização do catálogo das maiores editoras da época, sob pena de consumidores não adquirirem um dispositivo no qual não pudessem ler os livros de seu interesse; de outro lado, as editoras também queriam poder vender seus livros por meio dos leitores eletrônicos, em franca expansão.

Duas considerações precisam ser feitas a respeito dos impactos da estratégia da Amazon: (i) os preços muito reduzidos estavam estrangulando as vendas dos livros físicos das editoras, e (ii) deve-se levar em conta que a estratégia de preços baixos e perdas recorrentes perpetrada pela Amazon tenderia a monopolizar o mercado, pois a princípio não havia competidores que pudessem ou estivessem dispostos a suportar tantas perdas a longo prazo. Sabe-se a capacidade de um monopolista de abusar de sua posição – com tamanho poder de mercado, a Amazon poderia facilmente aumentar os preços dos *e-books*, reduzir os preços pagos às editoras, reduzir a oferta de editoras que não concordassem com suas imposições, impedir o ingresso de concorrentes, dentre outras táticas típicas de abuso.

Seguindo a linha da concorrência schumpeteriana, o aumento de preços nem sempre deve ser encarado como um problema competitivo – competição não significa, necessariamente, preços baixos. A concorrência entre agentes deve atingir também inovação, expansão da oferta, qualidade, pós-vendas, enfim, diversos outros elementos que contribuam positivamente para o bem-estar dos consumidores.

Outra observação válida é de que o caso Apple parece refletir a tendência há muito observada na política de defesa da concorrência estadunidense (quicá, mundial) de

priorizar a persecução a cartéis e acordos horizontais em geral, preterindo, em certa medida, o controle de condutas unilaterais e restrições verticais.

De toda forma, o caso ilustra uma dificuldade inerente à política antitruste em estabelecer o limite do que pode violar a concorrência e o que pode fomentá-la, especialmente quando se está diante de empresas detentoras de posição dominante. Note-se que, nesse caso, a plataforma incumbente, praticamente monopolista, perpetrava estratégias potencialmente abusivas que poderiam vir a impedir o ingresso até mesmo de entrante com enorme fôlego econômico, incluindo a utilização de cláusulas de paridade, conforme exposto em item 5.5. Difícil imaginar como uma entrante de menor porte poderia fazer frente a tal domínio.<sup>283</sup>

### **5.8. Considerações gerais sobre os possíveis efeitos anticompetitivos das cláusulas de paridade**

Diante do exposto neste capítulo, percebe-se que há uma gama de efeitos anticompetitivos apontados pela literatura, potencialmente decorrentes das cláusulas de paridade, especialmente quando utilizadas por plataformas detentoras de posição dominante. O potencial de produção de efeitos exclusionários, tais como a intermediação excessiva, a formação de barreiras à entrada, o aumento do custo de rivais e redução dos incentivos à inovação, reforça a necessidade de atentar ao uso desse tipo de previsão contratual por agentes econômicos detentores de posição dominante.

Por outro lado, o arrefecimento da competição via preços, além possibilitar a geração dos efeitos exclusionários acima mencionados, pode vir a induzir ou facilitar a formação de um ambiente de colusão entre agentes econômicos, seja por meio de um cartel tácito, seja por meio de um cartel expresso, que pode ou não ser de conhecimento da plataforma que impõe a cláusula de paridade.

Diversos casos foram examinados por autoridades antitruste estrangeiras e puderam levantar a discussão acerca da subsunção das teorias do dano ventiladas pela literatura nas situações concretas analisadas. Com efeito, todas as autoridades entenderam que as cláusulas de paridade poderiam prejudicar a concorrência em alguma medida, optando seja por sua proibição geral, seja pela proibição de sua forma ampla. No caso Apple nos

---

<sup>283</sup> Nesse cenário, o teste do competidor igualmente eficiente descrito no item 5.3, poderia gerar distorções que desconsiderassem estratégias abusivas, visando a impedir o ingresso de concorrentes no mercado, e reputaria como pró-competitivas restrições verticais e condutas unilaterais tendentes a consolidar o monopólio do agente econômico incumbente.

Estados Unidos, embora o foco do escrutínio não fosse a cláusula de paridade, concordou-se que ela constituiu elemento facilitador e estabilizador da colusão perpetrada pelas editoras.

Com efeito, a magnitude dos efeitos anticompetitivos das cláusulas de paridade dependerá da dinâmica específica do mercado no qual está inserida, bem como da posição ocupada pelos agentes por elas beneficiados. Pode-se resumir algumas situações nas quais os riscos anticoncorrenciais tendem a ser mais proeminentes: (i) adoção de cláusulas de paridade por plataformas dominantes ou com poder de mercado significativo; (ii) mercados caracterizados pela presença de barreiras à entrada; (iii) difusão de cláusulas de paridade com grande cobertura de mercado, i.e., utilização da disposição por diversos *players*; e (iv) mercados naturalmente mais transparentes, nos quais a cláusula de paridade pode reforçar essa característica e facilitar a coordenação entre agentes horizontalmente relacionados.<sup>284</sup> Outros fatores, tais como a utilização de cláusulas de paridade restritas combinadas com garantias de melhor preço, também poderiam prejudicar a concorrência, ao permitirem que plataformas incumbentes mantenham sua posição dominante detendo a entrada de novos concorrentes e aumentando o custo de rivais já estabelecidos.<sup>285</sup>

Em todo caso, parece haver certo consenso de que, diante de um caso de emprego de cláusula de paridade, deve-se efetuar uma análise de ponderação entre os possíveis prejuízos causados ao mercado e as eficiências oriundas do emprego da cláusula de paridade, a fim de determinar se o saldo final será pró-competitivo. Na importação teórica normalmente feita do direito estadunidense, as cláusulas de paridade devem, em geral, ser analisadas e interpretadas pela regra da razão. Olhando através da lente europeia, ainda há discussão sobre a natureza da infração, quando materializada, se por objeto ou por seus efeitos, mas em nenhum caso dispensa-se a prova do prejuízo atual ou potencial à concorrência, ainda que se inverta o ônus da prova.<sup>286</sup>

Feita a análise da visão da literatura acerca dos efeitos anticompetitivos das cláusulas de paridade, e o exame dos casos mais significativos enfrentados pelas principais autoridades antitruste estrangeiras, passa-se ao exame das cláusulas de paridade no contexto brasileiro.

---

<sup>284</sup> GONZÁLEZ-DIAZ, Francisco Enrique; BENNETT, Matthew. *The law and economics of most-favoured nation clauses*. p. 42.

<sup>285</sup> WALSH, Francisca; SCHINKEL, Maarten Pieter. *Platform Monopolization by Narrow-PPC-BPG Combination: Booking et al*, pp 9-10.

<sup>286</sup> Conforme tratar-se-á mais adiante (item 6.1.1.2), a classificação de infrações pelo objeto ou pelos efeitos serve precipuamente para determinar a alocação do ônus da prova – infrações por objeto carregam a presunção de produção de efeitos líquidos negativos, cabendo a prova de eficiências ao representado; inversamente, infrações pelos efeitos devem ser comprovadas pela autoridade antitruste ou pelo representante, conforme o caso.

## 6. CLÁUSULAS DE PARIDADE NO CONTEXTO BRASILEIRO

### 6.1. A legislação brasileira de defesa da concorrência

A Lei de Defesa da Concorrência brasileira, n.º 12.529/2011, em seu art. 36, prevê que serão consideradas infrações à ordem econômica os atos “sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:<sup>287</sup> I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; e IV – exercer de forma abusiva posição dominante.”<sup>288</sup>

Houve uma preocupação do legislador, contudo, em evitar a punição do agente econômico eficiente, que alcança sucesso comercial sem a utilização de expedientes anticompetitivos. Nesse sentido, a Lei determina que a “conquista de mercado pautada na maior eficiência do agente econômico” não caracteriza infração à ordem econômica, ainda que resulte em dominação e monopolização de mercados.<sup>289</sup> O monopólio, em si, não é uma infração, desde que alcançado por meio de processo natural de crescimento enquanto consequência de uma maior eficiência do agente.<sup>290</sup>

O interesse tutelado fundamentalmente pelo *caput* e pelo inciso I do art. 36 é a livre concorrência (livre iniciativa), que consubstanciam princípios assegurados pela

---

<sup>287</sup> Cumpre ressaltar uma discussão a respeito da responsabilidade objetiva prevista no dispositivo da Lei n.º 12.529/2011, embora de certa forma superada pela jurisprudência. Questionamentos foram levantados a respeito do conflito aparente entre o art. 36 da Lei n.º 12.529/2011 (persistente, na realidade, pois o art. 20 da Lei n.º 8.884/94 já suscitava as mesmas controvérsias) e o art. 173, §4º da Constituição Federal, cujo teor determina que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Ora, o constituinte considerou para a determinação do abuso nítido elemento volitivo revelado na locução “**visar a**”, o que tornaria imprópria a responsabilidade objetiva da legislação infraconstitucional. Todavia, a jurisprudência do CADE consolidou-se no sentido de aplicar a previsão infraconstitucional, desconsiderando o elemento volitivo como condição para a configuração da ilicitude. Para maiores informações a esse respeito: CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. pp. 101-102.

<sup>288</sup> Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (...)

<sup>289</sup> Artigo 36, § 1º, da Lei n.º 12.529/2011.

<sup>290</sup> CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. p. 106.

Constituição Federal brasileira<sup>291</sup>, sendo assegurada aos agentes econômicos a liberdade de desenvolvimento de atividades econômicas, dentro de certos limites legalmente previstos.<sup>292</sup>

Assim, determina a norma vigente que o comportamento dos agentes econômicos nas trocas e relações comerciais deve ser analisado de acordo com os efeitos produzidos sobre o mercado e os consumidores, ainda que potenciais. Caso um determinado agente econômico opte por uma prática que desequilibre o ambiente concorrencial sem justificativa econômica, além do prejuízo a concorrentes e/ou consumidores, pode-se estar diante de uma infração à ordem econômica. Não há, na lei brasileira, a previsão de atos ilícitos *per se*, que prescindam da comprovação de efeitos abusivos ou anticompetitivos.<sup>293</sup>

O art. 36 da Lei nº 12.529/2011 traz, nos incisos I a XIX de seu §3º, um rol não taxativo com diversas condutas que, caso resultem ou possam resultar em algum dos efeitos listados nos incisos I a IV, acima referidos, caracterizarão infração à ordem econômica.<sup>294</sup>

---

<sup>291</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:  
(...)

IV - livre concorrência; (sem grifos no original)

<sup>292</sup> FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. p. 135.

<sup>293</sup> FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. p. 133.

<sup>294</sup> Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:  
(...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;



Sabendo da criatividade dos agentes econômicos para inovarem em seu ferramental anticompetitivo, o legislador previu tipos abertos, porém com consequências mais concretas do que as previstas nos incisos I a IV do *caput* do art. 36, em um esforço de mover a discussão do campo teórico (“o que seria prejudicial à livre concorrência?”) e aproximá-la do campo prático (“limitar o acesso de novas empresas ao mercado é prejudicial à concorrência”).

Cumprido analisar como o direito antitruste brasileiro vem sendo aplicado no que se refere aos padrões probatórios e de análise para se verificar a ilicitude de determinada conduta, de forma que possa ser tipificada como infração à ordem econômica.

### 6.1.1. Breve considerações sobre padrões probatórios

Os termos “ilícito *per se*” e “regra da razão” referem-se a construtos do direito estadunidense que visam a estabelecer o padrão probatório exigido para infrações à ordem econômica bem como a distribuição do ônus da prova.<sup>295</sup>

O primeiro caso em que se estabeleceu que uma conduta poderia ser ilícita *per se* (embora tal termo, na época, ainda não fosse utilizado)<sup>296</sup> foi o *Dr. Miles v. Park & Sons*, de 1911,<sup>297</sup> no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos definiu que a fixação de preços de revenda seria ilícita *per se*, ou seja, sua ilicitude era independente do contexto em que foi praticada e do poder de mercado do agente praticante, de forma que bastaria a comprovação da materialidade e autoria para a condenação.<sup>298</sup>

---

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

<sup>295</sup> AMORIM, Fernando. *A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste*. In: Revista de Defesa da Concorrência, Vol. 5, nº 2, 2017.

<sup>296</sup> O primeiro caso em que se cunhou o termo “ilicitude *per se*” foi em *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940).

<sup>297</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911).

<sup>298</sup> O precedente *Dr. Miles* foi revertido no caso *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc.* In: *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

De acordo com Sérgio Varella Bruna, em condutas ilícitas *per se* há uma presunção absoluta de ilicitude, na qual “o acusado não tem o direito de aduzir em sua defesa quer os bons efeitos econômicos da prática incriminada, quer sua inofensividade, pela ausência de quantidade de poder suficiente para influir nos preços de mercado”.<sup>299</sup>

A regra da razão, cujas origens remontam ao caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, de 1911<sup>300</sup>, representa padrão de interpretação no qual somente são consideradas ilícitas aquelas condutas que restringem a concorrência de forma não razoável.<sup>301</sup> Sob a interpretação pela regra da razão, a autoridade antitruste (ou o representante, conforme o caso) possui o ônus de comprovar os efeitos deletérios à concorrência advindos da conduta do representado.<sup>302</sup> Dessa forma, para a subsunção da norma antitruste ao fato, é necessário comprovar não só a materialidade e autoria da conduta, mas também seus efeitos líquidos negativos no mercado.

No que diz respeito ao direito comunitário europeu, o artigo 101 do TFEU prevê o seguinte:

São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: (...) (*sem grifos no original*)

Ainda no mesmo artigo, o item 3 prevê situações nas quais a proibição poderá não ser aplicável: a) caso contribuam para melhorar a produção ou distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que, aos utilizadores, se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante; b) caso não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos; e c) nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência reativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.<sup>303</sup>

---

<sup>299</sup> BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. 1.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.154

<sup>300</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

<sup>301</sup> FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. pp. 197-198.

<sup>302</sup> AREEDA, Phillip E.; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application*. Vol. VII. 2.ed. Wolters Kluwers, 2003, p.329.

<sup>303</sup> 3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,  
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e

Em tese, quaisquer condutas descritas no *caput* do artigo 101 poderiam deixar de ser consideradas ilícitas caso atendessem aos elementos descritos no item 3. Todavia, há uma categoria de condutas que, considerando seu alto potencial lesivo, dificilmente seriam justificadas nos termos do item 3, de modo que há uma inversão no ônus da prova, da autoridade para a empresa.<sup>304</sup> É o caso das condutas ilícitas por seu próprio objeto, as quais, diversamente das condutas ilícitas por seus efeitos, presume-se danos ao mercado a partir de sua consumação.<sup>305</sup>

O Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, em seu voto em caso de cartel de serviços de frota automotiva, assim diferenciou os regimes europeu e estadunidense<sup>306</sup>:

10. Na *regra per se* tal presunção é absoluta, significa dizer, não admite prova em contrário. Não à toa os magistrados daquela jurisdição já afirmaram ser impertinente discutir em casos de cartel tópicos como poder de mercado, potencial de causar danos, regra *de minimis*, eficiências e até mesmo se houve ou não atos de exteriorização do conteúdo do acordo[4]. A única discussão possível é acerca da existência ou não do acordo com fim diretamente anticompetitivos (*naked*), sendo presumidos os efeitos deletérios a partir simplesmente desta conduta. Do ponto de vista estritamente jurídico cuida-se de uma infração puramente formal, categoria que no direito penal seria classificada como *crime de perigo abstrato*.

(...)

41. O regime europeu fez de modo diferente, classificando as infrações em dois grandes grupos, aqueles de infrações pelo objeto – não apenas cartéis – e o de infrações pelos efeitos. A infração pelo objeto é aquela cuja finalidade visada é limitar ou eliminar concorrência no mercado; a pelos efeitos é aquela que, independente da finalidade, tenha efeitos líquidos anticompetitivos e por isso também devem ser evitadas.

42. A Orientação Europeia para a aplicação do item 3 do art. 101 do Tratado sobre Funcionamento da União Europeia esclarece que, no caso de acordos horizontais “*as restrições da concorrência por objectivo incluem a fixação dos preços, a limitação da produção e a partilha de mercados e clientes*”[5]. O

---

- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;

b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

<sup>304</sup> AMORIM, Fernando. *A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste*. p. 81.

<sup>305</sup> Mesmo no caso das condutas ilícitas por objeto, a Corte Europeia já se manifestou diversas vezes no sentido de que se deve considerar o conteúdo do acordo, o objetivo do acordo e o contexto jurídico e económico de sua celebração. Ver: *Case C-67/13 P Groupement des Cartes Bancaires v. Commission*, ECLI:EU:C:2014:2204, § 53; *Case C-286/13 P Dole v Commission*, ECLI:EU:C:2015:184, § 117; *Joined Cases C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C519/06 P GlaxoSmithKline*, ECLI:EU:C:2008:738, § 58; *Joined Cases 96/82 to 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 and 110/82 IAZ International Belgium and Others* ECLI:EU:C:1983:310, § 25.

<sup>306</sup> Processo Administrativo 08012.000030/2011-50, Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro de Macedo, j. 09/12/2015.

regime é aplicado, ainda, a acordos de restrição vertical como “*imposição de preços fixos e mínimos de revenda e as restrições que conferem proteção territorial absoluta, incluindo restrições em matéria de vendas passivas*”[6].

43. Diferentemente do regime de presunção de ilegalidade *per se*, a presunção de ilegalidade pelo objeto, não significa que outras circunstâncias econômicas ou jurídicas não possam eventualmente ser levadas em consideração no sentido de se apurar o resultado líquido concorrencial, mas apenas que na distribuição de ônus processuais cabe ao acusado alegar e provar eficiências compensatórias.

No Brasil, observa-se inspiração do legislador sobretudo no direito comunitário europeu na determinação da interpretação das infrações à ordem econômica, evidente no *caput* do art. 36 da Lei n.º 12.529/2011 (que reproduz o art. 20 da revogada Lei n.º 8.884/94): “atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”.

O Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, em caso de elaboração de tabela de preços pela Associação Brasileira de Agências de Viagens do Rio de Janeiro (ABAV-RJ) para influenciar exercício de conduta comercial uniforme, demonstra a clara influência da norma europeia no sistema brasileiro:<sup>307</sup>

O regime instituído na Europa, que veio a inspirar a legislação brasileira, teve já desde sua origem pelo menos um grande ponto de distanciamento em relação ao regime americano: ele previu, desde logo, ao lado da proibição em princípio absoluta de certas condutas anticompetitivas, uma adicional válvula de escape legislativa para essa proibição, regulando, portanto, em lei, e desde logo, os termos em que essa válvula de escape poderia ser utilizada. Assim, a necessidade sentida pelos americanos, após a edição do Sherman Act, de revisitarem jurisprudencialmente os critérios de razoabilidade do common Law inglês e americano para temperar o caráter absoluto da nova lei, através da criação da chamada regra da razão, jamais se fez presente nos mesmos termos para os europeus, que já editaram uma lei ela mesma temperada.

(...)

É o caso de reiterar, mais uma vez, que esse sistema de interpretação do artigo 81 e seguintes da legislação europeia já estava construído quando tais artigos foram copiados quase literalmente, no início da década de 1990, pelo legislador nacional, para o fim de construir o sistema brasileiro de combate a condutas anticompetitivas. E tal sistema implica, como largamente reconhecido, um regime de análise estruturado, cujo primeiro passo consiste em analisar o objeto da conduta analisada. Se ele for, por si só, restritivo da concorrência, não haverá necessidade de provar efeitos por parte da autoridade. Caso contrário, caminha-se para um segundo passo, consistente em demonstrar, aí sim, que se trata de conduta com a potencialidade de produzir efeitos anticompetitivos. Nesse sentido, • considerações sobre a determinação das dimensões geográfica e de produto do mercado relevante, sobre barreiras à entrada, grau de concentração do mercado ou poder dominante das firmas envolvidas, fazem sentido, exclusivamente, se estivermos diante do segundo passo, mas não do primeiro. Ademais, se em qualquer desses dois passos for determinada a presunção de ilicitude da conduta (pelo objeto ou por seus efeitos concretos ou potenciais), passa-se a um terceiro passo, que consiste na análise de eventual defesa baseada em eficiências, a qual (i) deve colocar-se nos termos e

---

<sup>307</sup> Processo Administrativo n.º 08012.006923/2002-18, Relator Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, j. 20/02/2013.

limites do texto expresso da lei e (ii) incumbe ao próprio Representado demonstrar e provar.

Não obstante o entendimento do CADE no que se refere ao padrão probatório e interpretativo de analisar condutas sob a ótica de infrações por objeto e infrações por efeitos, no caso específico do cartel *hardcore*, há uma tendência de considerá-lo uma infração ilícita *per se*, pois, uma vez configurado, não haveria benefícios possíveis de serem alcançados que superariam os danos causados à concorrência.<sup>308</sup> Vê-se, por exemplo, voto do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, no âmbito do Processo Administrativo n.º 08012.010932/2007-18:<sup>309</sup>

Quando uma ação não tem efeitos benéficos sobre o mercado, mas apenas prejudiciais, sua natureza inerente é tão somente a restrição à livre concorrência. As políticas de fixação de preços, de condições de negociação, de divisão geográfica ou de limitação artificial da oferta, feitas por cartéis, se encaixam nessa descrição, sendo, por essa razão, ilegais *per se*. (...) Tendo em vista que cartel é uma conduta analisada sob a ótica da regra *per se*, entendo que não é necessária a definição de mercado para os agentes que respondem por essa conduta, uma vez que a própria comprovação da conduta é suficiente para demonstrar o potencial de lesividade do ilícito, o que dispensa outros instrumentos de aferição dos riscos à consecução do princípio constitucional da preservação da livre concorrência.

Aduz-se, portanto, que no Brasil as infrações à ordem econômica podem sê-lo por seu objeto ou por seus efeitos, ainda que potenciais. No caso das infrações por objeto, presume-se seus efeitos anticompetitivos, cabendo à representada provar as eficiências que os compensam e superam. Nas infrações por seus efeitos, por outro lado, o ônus da prova cabe à autoridade antitruste (e/ou ao representante, conforme a fase processual), dada a ausência de presunção de ilicitude. A exceção fica por conta dos cartéis *hardcore*, lidos atualmente como ilícitos *per se*.

---

<sup>308</sup> Conforme voto da Conselheira Ana Frazão no âmbito do Processo Administrativo n.º 08012.004472/2000-12, julgado em 01/10/2014: “Dessa forma, ao contrário do que sucede na maior parte das investigações concorrenciais, cujo deslinde depende de um sopesamento entre os efeitos anti e pró-competitivos associados à conduta analisada, o exame de conluíus que apresentem as características do caso em tela – isto é, que constituam simples e inequívoca apropriação de renda do consumidor por meio de uma organização cartelística – dispensa qualquer consideração em relação a possíveis benefícios oriundos da prática, já que estes simplesmente não existem ou são por completo insignificantes em face à gravidade das lesões causadas à ordem concorrencial.”

<sup>309</sup> Processo Administrativo n.º 08012.010932/2007-18, Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, j. 25/02/2015.

### 6.1.2. As cláusulas de paridade na Lei n.º 12.529/2011

Assim como diversas condutas potencialmente competitivas, a cláusula de paridade não encontra tipificação expressa no art. 36 da Lei nº 12.529/2011. Contudo, a partir da análise dos efeitos que podem vir a produzir no mercado, é possível enquadrá-la no §3º, incisos I, II, III e IV:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

(...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

De forma geral, a cláusula de paridade que apresentar efeitos colusivos poderá ser tipificada nos incisos I e/ou II, e aquela que apresentar efeitos exclusionários poderá ser tipificada nos incisos III e/ou IV, a depender do caso concreto.

### 6.2. O caso OTA no Brasil

A análise do tratamento e entendimento das cláusulas de paridade no Brasil passa obrigatoriamente pelo exame do caso das *Online Travel Agencies* no Brasil, certamente o caso que maior notoriedade tomou a esse respeito dentro do ambiente concorrencial pátrio.

Em 27 de julho de 2016, o Fórum de Operadores Hoteleiros do Brasil (FOHB) protocolou uma representação perante o CADE, dando ciência de possíveis condutas anticoncorrenciais praticadas pela Expedia do Brasil Agência de Viagens e Turismo Ltda. (“Expedia”), Decolar.com Ltda. (“Decolar”) e Booking.com Brasil Serviços de Reserva de

Hotéis Ltda. (“Booking.com”).<sup>310</sup> De acordo com o FOHB, as OTA estariam impondo cláusula de paridade abusiva aos hotéis que desejam utilizar suas plataformas de venda, em violação ao art. 36, I e IV, c/c §3º, III, IV e IX da Lei n.º 12.529/2011.<sup>311</sup>

Na representação, o FOHB afirmava que a cláusula de paridade em questão impedia que os hotéis ofertassem, em seus canais de venda diretos (*websites* ou *televentas*) e em outras plataformas de OTA, quartos a preço ou condições de venda mais vantajosas do que aquelas ofertadas nas plataformas das representadas.

No dia 29 de julho de 2016, o CADE expediu ofícios para as representadas, instando-as a se manifestarem acerca dos fatos narrados pelo FOHB. Em linhas gerais, a primeira manifestação das representadas alegou ausência de indícios suficientes de que as cláusulas de paridade por elas utilizadas produziram efeitos anticompetitivos, uma vez que o mercado brasileiro teria características próprias, não sendo possível reproduzir o entendimento de autoridades estrangeiras no caso concreto, e que seriam expedientes necessários para proteger seus investimentos contra *free-riders*.

A Superintendência-Geral do CADE entendeu que o caso merecia análise mais aprofundada, tendo em vista o potencial anticoncorrencial das cláusulas de paridade já identificado por autoridades concorrenciais estrangeiras, e o procedimento preparatório foi convalidado em inquérito administrativo em 24/10/2016.

Descreve-se de forma sucinta, a seguir, as principais peças do caso, que espelham os argumentos acusatórios e defensivos fundamentais para o deslinde do caso.

---

<sup>310</sup> BRASIL. CADE, Nota Técnica n.º 43/2016/CGAA2/SGA1/SG/CADE, Procedimento Preparatório n.º 08700.005679/2016-13.

<sup>311</sup> Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

(...)

- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

(...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

- III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

- IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

- IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

### 6.2.1. A Representação do FOHB

De acordo com a Representação do FOHB,<sup>312</sup> que visava a denunciar supostas condutas anticompetitivas por parte das OTAs acima mencionadas, que, por meio da imposição de cláusulas de paridade, estariam limitando a oferta, obstruindo o acesso e a entrada de novos competidores, condicionando práticas comerciais e impactando no funcionamento do mercado ao desvirtuar a competição.

A associação alegou que as OTAs, detentoras de posição dominante<sup>313</sup> e, por conseguinte, de grande poder de barganha, estariam atuando de forma abusiva, aplicando condicionantes, limitações e represálias aos hotéis, a fim de obter condições contratuais não equitativas. Ademais, haveria nítido abuso por parte das OTAs, ao olhar do FOHB, ao exigirem que os hotéis não ofertassem condições mais vantajosas aos consumidores em seus canais de vendas próprios.

Para o FOHB, as cláusulas de paridade impostas pelas OTAs estariam afetando diretamente os consumidores, cujo poder de escolha era diretamente afetado pela ausência de diferenciação de preços entre canais de venda, e também a própria concorrência, na medida em que pequenas OTAs e novos entrantes enfrentariam dificuldades consideráveis para atuar no mercado de reserva *online* de hotéis.

Em 27 de março de 2017, o FOHB apresentou parecer assinado pelos economistas Arthur Barrionuevo Filho e Rômulo Lins<sup>314</sup>, no qual foram apreciados elementos da “teoria de *law and economics*, casos empíricos envolvendo as cláusulas de paridade, consequências anticoncorrenciais e decisões das autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo, especialmente na União Europeia”, conforme trecho retirado do parecer. As principais questões que os economistas buscaram responder foram: (i) o que são as cláusulas MFN<sup>315</sup>?; (ii) quais são seus efeitos?; (iii) existe alguma diferença de resultados quando são utilizadas dentro de um contexto *online*?; (iv) o que as decisões europeias sugerem quando em face do contexto *online*?; e (v) pode-se concluir que tais cláusulas são nocivas à concorrência?

Os pareceristas apontaram duas principais eficiências relacionadas às cláusulas de paridade: (i) a redução do problema do *hold-up*, isto é, o comportamento oportunista de

---

<sup>312</sup> Documento SEI n.º 0228617, Procedimento Preparatório n.º 08700.005679/2016-13.

<sup>313</sup> O *market share* das representadas seria de aproximadamente 90%, de acordo com o FOHB.

<sup>314</sup> Documento SEI n.º 0318146, Procedimento Preparatório n.º 08700.005679/2016-13.

<sup>315</sup> Nomenclatura utilizada no parecer, chamadas “cláusulas de paridade” neste trabalho.



uma parte após a realização de investimentos específicos para os negócios por uma outra parte, investimentos esses irrecuperáveis a não ser no âmbito do próprio negócio celebrado; e (ii) a redução dos custos de transação e de atrasos, pois a cláusula reduziria os custos de negociação e de barganha, ao mesmo tempo em que desencorajaria a espera de consumidores para a queda do preço de determinado produto/serviço, tendo em vista que o preço tenderia a manter-se ao longo do tempo.

Os economistas apontaram como potenciais efeitos anticoncorrenciais (i) a facilitação da coordenação e diminuição da concorrência, tendo em vista que empresas sujeitas a uma cláusula de paridade não podem diferenciar preços e tendem a não competir agressivamente no mercado, o que gera aumento de preços aos consumidores; e (ii) a eliminação da concorrência e aumento do poder de mercado da empresa incumbente, tendo em vista que a cláusula de paridade imposta por agente econômico dominante obstaculiza o crescimento de *players* menores e o ingresso de novos *players*, ao impedi-los de rivalizar ofertando preços menores.

Diferenciando as cláusulas de paridade das cláusulas MFN tradicionais, i.e., em um contexto *offline*, Barrionuevo e Lins destacaram que, enquanto a cláusula tradicional seria uma forma de controlar preços de uma transação entre partes envolvidas no contrato, a primeira seria uma forma de controlar preços de transações entre uma das partes envolvidas no contrato com uma terceira parte que não pertence ao acordo,<sup>316</sup> o que ocorreria dada a natureza de intermediação da plataforma de dois lados. Assim, as cláusulas de paridade estariam mais próximas das do tipo “PMG” (*Price matching guarantees*) do que das cláusulas MFN tradicionais.

Embora reconhecessem os riscos de *free-riding* pelos hotéis (e outras plataformas) na ausência de cláusulas que impeçam esse tipo de comportamento, os autores ponderaram se não haveria alternativas menos danosas. Considerando que as plataformas reduzem os custos de transação dos consumidores, dado seu caráter *user friendly* e o oferecimento de facilidades tais como pacotes de serviços *one-stop-shop*, tais características poderiam bastar para atrair usuários interessados em adquirir produtos e serviços através da plataforma, dispensando a necessidade de cláusulas de paridade, ainda que restritas. De acordo com pesquisa conduzida pelo FOHB, enquanto a porcentagem de reservas por meio

---

<sup>316</sup> Os autores fazem referência ao estudo de Paolo Buccirossi, em: BUCCIROSSI, Paulo. *Background Note – OECD Policy Roundtables, Vertical Restraints for Online Sales*, 2013. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/VerticalRestraintsForOnlineSales2013.pdf>> Acesso em: 20/09/2019.

de OTAs no Brasil estaria aumentando progressivamente (de 8% em 2012 para 13% em 2015), o número de reservas feitas diretamente em *websites* de hotéis representava apenas 1% do total em 2016.<sup>317</sup>

Diante das considerações apresentadas, os pareceristas entenderam que o caso merecia detida análise pela autoridade concorrencial brasileira, tendo em vista que as cláusulas de paridade possuem o condão de produzir efeitos líquidos negativos no mercado.

Ao cabo, o FOHB requereu ao CADE que condenasse as OTAs, conforme sanções máximas previstas na Lei n.º 12.529/2011, e obrigasse-as a remover toda e qualquer obrigação contratual referente à paridade tarifária, de condições e disponibilidade.

### **6.2.2. As defesas das representadas**

As OTAs representadas aduziram os seguintes argumentos em suas defesas, em síntese:

(i) As OTAs oferecem benefícios a ambos os lados que atendem. Para os hotéis, oferecem diversas vantagens, tais como suporte, estrutura tecnológica e maior exposição ao mercado; para os consumidores, as OTAs representam ferramenta importante de comparação de preços, ampliando a transparência e reduzindo a assimetria de informações no mercado, fomentando a competição entre hotéis e a redução de preços;

(ii) Embora haja um compartilhamento de riscos entre hotéis e OTAs, tendo em vista que as comissões cobradas pelas últimas são efetuadas apenas quando as reservas são efetivamente realizadas pelos hóspedes. Entretanto, o risco da OTA é ainda maior, pois os usuários podem utilizar a plataforma como mera ferramenta de pesquisa, sem finalizar qualquer reserva, de forma que a OTA não consegue recuperar o investimento realizado;

(iii) Sem que haja uma obrigação dos hotéis de não ofertarem preços menores em outros canais de venda, o próprio negócio das OTAs seria inviabilizado, na medida em que os hotéis poderiam se aproveitar da exposição gerada pela OTA (marketing gratuito) ao

---

<sup>317</sup> A 5ª Edição da Pesquisa de Canais de Distribuição do FOHB demonstra que, em 2017, subiu para 18% o número de reservas feitas através de OTAs, enquanto que, entre 2015 e 2017, houve uma queda de 8% das reservas feitas diretamente com hotéis. Disponível em: <<http://promonde.com.br/site/wp-content/uploads/2018/12/Canais-de-Distribui%C3%A7%C3%A3o-FOHB-5%C2%AA-edi%C3%A7%C3%A3o-Vers%C3%A3o-para-a-imprensa-final.pdf>> Acesso em: 20/09/2019.

mesmo tempo em que induziriam o usuário a efetuar a reserva em *website* próprio (ou outro canal de venda), pegando carona no investimento realizado pela OTA;

(iv) As cláusulas de paridade, muito embora possam reduzir possibilidades de precificação, compelem os hotéis a competirem por qualidade, e garantem ao consumidor que ele sempre encontrará o preço mais baixo, tendo em vista que as OTA também oferecem garantias de menor preço a seus clientes;

(v) A cláusula de paridade conjugada com a universalidade do acesso promovida por plataformas virtuais, como as OTAs, proporciona um sistema mais transparente e favorável ao consumidor; e

(vi) De acordo com a Booking.com, o FOHB não representaria pequenas e médias acomodações, que muito usufruem dos serviços oferecidos pelas OTAs, mas, sim, grandes redes hoteleiras, cujo objetivo era garantir seu domínio no mercado sem precisar remunerar adequadamente as OTAs pelos benefícios por elas oferecidos.

### **6.2.3. Os Termos de Compromisso de Cessação de Prática e desfecho do caso**

No dia 27 de março de 2018, na 120ª Sessão Ordinária de julgamento do Tribunal do CADE, foram homologados os Termos de Compromisso de Cessação de Prática (TCC), celebrados com Expedia Inc., Booking.com Brasil Serviços de Reserva de Hotéis Ltda. e Decolar.com Ltda.

Nos referidos TCCs, as compromissárias assumiram a obrigação de não propor, exigir ou celebrar contratos com fornecedores de acomodações que contivessem qualquer das seguintes condições de paridade:

(a) Que exigissem de seus fornecedores de acomodações qualquer obrigação de paridade de tarifa e/ou de condições de reserva em relação a qualquer outro canal de reserva *online*, excetuando-se aqueles canais de reserva *online* disponíveis ao público em geral e que fossem controlados, direta ou indiretamente, pelo próprio fornecedor da acomodação ou seu grupo econômico. Essa exceção também incluiu tarifas ofertadas publicamente por tais canais de reserva *online* controlados pelo fornecedor da acomodação (ou seu grupo econômico) por meio de sites de *metasearch*;

- (b) Que exigissem de seus fornecedores de acomodações qualquer obrigação de paridade de tarifa e/ou de condições de reserva em relação a qualquer canal de reserva *offline*, desde que não houvesse divulgação ao público em geral de tarifas ou condições *offline* mais vantajosas no canal de reserva *online* que seja controlado, direta ou indiretamente, pelo próprio fornecedor ou seu grupo econômico. Essa exceção também incluiu a divulgação de tarifas de canal de reserva *offline* ofertadas publicamente pelo fornecedor da acomodação (ou seu grupo econômico), por meio de quaisquer sites, incluindo sites de *metasearch*;
- (c) Que exigissem de seus fornecedores de acomodações qualquer obrigação de paridade de disponibilidade de quartos.

Note-se que o CADE considerou, na linha de diversas autoridades antitruste europeias anteriormente mencionadas<sup>318</sup>, que as cláusulas de paridade amplas seriam nocivas à concorrência, enquanto que a forma restrita seria justificável do ponto de vista das eficiências geradas.

De acordo com notícia estampada no *website* oficial do CADE<sup>319</sup>, a Superintendência-Geral entendeu que a manutenção da possibilidade de exigência de paridade em relação aos canais de vendas *online* dos próprios hotéis seria justificável para minimizar o problema do *free-riding* no mercado de reservas *online* de hotéis. Para a autoridade, o fenômeno do *free-riding* poderia vir a inviabilizar o próprio negócio das agências de viagem *online* a longo prazo, gerando prejuízos ainda maiores aos consumidores.

Os referidos TCCs foram celebrados pelo prazo de três anos, apenas para fins de verificação do cumprimento dos acordos e de suspensão do inquérito administrativo. A partir de 27 de março de 2021, constatado o cumprimento dos TCCs pelas compromissárias, o inquérito administrativo será arquivado pelo Tribunal do CADE. Ressalte-se, porém, que continua vedada a imposição de cláusulas de paridade amplas pelas OTAs, mesmo findo o período de vigência dos TCCs.

---

<sup>318</sup> Itália, Suécia e França, por exemplo.

<sup>319</sup> BRASIL. CADE. *Booking, Decolar e Expedia celebram acordo de cessação com o CADE*. 27/03/2018. Em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/booking-decolar-e-expedia-celebram-acordo-de-cessacao-com-o-cade>> Acesso em: 21/09/2019.

### 6.3. Horizontes para o tratamento das cláusulas de paridade no Brasil

Embora o caso OTA seja o único até hoje enfrentado pelo CADE no qual a conduta principal investigada foi a imposição de cláusulas de paridade por plataformas virtuais, a possibilidade de cláusulas do tipo MFN virem a causar danos à concorrência já havia sido ventilada em ocasiões pretéritas.

Em Ato de Concentração submetido no ano de 2000 à apreciação do CADE entre Ericsson Telecomunicações S/A e Emerson Electric do Brasil Ltda., o Conselheiro Relator Márcio Felsky menciona brevemente a existência de cláusula MFN no contrato celebrado entre as partes, concluindo que “a cláusula MFN não seria exorbitante de sua finalidade, não resultando em qualquer limitação ou prejuízo à livre concorrência no mercado.”<sup>320</sup>

No ano de 2007, em sede de Averiguação Preliminar (convolada em Inquérito Administrativo posteriormente), na qual figurou como Representante a empresa Tivit Tecnologia da Informação S/A e como Representadas a Intercontinental Marketing Services Health INC – IMS Health do Brasil e Associação Brasileiro do Atacado Farmacêutico (ABAFARMA), foi apresentado Termo de Compromisso de Cessação (TCC) pelas Representadas, que se comprometeram, na ocasião, a não obrigar seus associados a vincular preços ou eventual oferta ou venda de dados e serviços com condições estabelecidas a terceiros. Constava da Cláusula 3.1(iii) do TCC<sup>321</sup>:

#### Cláusula Terceira -- Das Obrigações das Compromissárias

3.1. Pelo presente acordo, as COMPROMISSÁRIAS se comprometem com as seguintes obrigações: (i) não haverá exclusividade na relação contratual entre IMS e ABAFARMA; (ii) não haverá exclusividade na relação contratual entre a ABAFARMA e seus associados com relação à comercialização de informações e dados relativos à venda de produtos no Brasil; (iii) a ABAFARMA e seus respectivos associados poderão precificar a venda de seus produtos, em especial dos dados sobre venda de medicamentos, de forma independente e da maneira que melhor entenderem, não sendo obrigados a vincular em contrato com a IMS ou reportar à IMS informações relacionadas a preços ou eventual oferta ou venda de dados e serviços que a ABAFARMA e seus associados estabeleçam com terceiros.

Em curso oferecido pela antiga Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, em dezembro de 2014, o professor Roberto Domingos Taufik já dedicava parte do

---

<sup>320</sup> Ato de Concentração n.º 08012.001234/2000-20. Requerentes: Ericsson Telecomunicações S/A e Emerson Electric do Brasil Ltda., Conselheiro Relator Márcio Felsky, j. 23/08/2000;

<sup>321</sup> Inquérito Administrativo n.º 08012.009876/2007-79.

programa para explicar as cláusulas do tipo MFN, exemplificadas pelo caso Apple.<sup>322</sup> No mesmo ano de 2014, o advogado Mário Roberto Villanova Nogueira publicou artigo no periódico Diário Comércio, Indústria & Serviços (DCI), no qual ponderava a possibilidade de maior escrutínio pelo CADE em relação às cláusulas MFN.<sup>323</sup>

Amanda Athayde, em sua tese de doutorado, tratou das cláusulas MFN no âmbito do varejo supermercadista, não sem antes fornecer amplo panorama acerca da literatura e de casos concretos concernentes ao assunto.<sup>324</sup> No varejo supermercadista, afirma Athayde, os varejistas de menor porte e/ou novos varejistas entrantes não conseguirão alcançar qualquer diferencial competitivo em termos de preços para competir com varejistas incumbentes, caso vigente uma cláusula MFN. Ademais, a autora aponta que, para os varejistas atuantes no mercado, cláusulas do comprador mais favorecido podem aumentar os custos de rivais de menor porte, a partir do chamado efeito “colchão d’água” (*waterbed effect*).<sup>325</sup>

É manifesto, todavia, que o ápice das discussões acerca das cláusulas de paridade no Brasil ocorreu a partir do desfecho do caso OTA no CADE, em março de 2018.<sup>326</sup> Seguido da celebração dos TCCs pelas maiores OTAs atuantes no Brasil, Marcelo Nunes de Oliveira, Coordenador-geral de Análise Antitruste na Superintendência-Geral do CADE, publicou artigo no periódico *online Jota*, no qual analisa o caso e expõe as perspectivas do CADE a partir da nova configuração das cláusulas de paridade, mais restrita.

---

<sup>322</sup> *Introdução ao Direito da Concorrência*, dezembro de 2014. Apostila disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrancia/4-seae-introducao-direito-concorrancia.pdf>> Acesso em: 20/08/2019.

<sup>323</sup> *O CADE e as cláusulas ‘MFN’*. In: Diário, Comércio, Indústria & Serviços, 14/08/2014. Disponível em: <<https://www.dci.com.br/colunistas/o-cade-e-as-clausulas-mfn-1.418406>> Acesso em: 20/08/2019.

<sup>324</sup> ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017, pp. 301-332.

<sup>325</sup> O efeito “colchão d’água” refere-se a uma influência observada entre as dimensões horizontal e vertical de um dado mercado quando há exercício do poder de compra. Um poder de compra assimétrico de um grande comprador proporcionaria condições mais vantajosas para esse comprador, resultando em preços maiores para rivais de menor expressividade. Assim, não se observaria apenas o efeito vertical, i.e., a barganha do comprador perante o vendedor, mas também a incidência de efeito em outros compradores. O vendedor, vendo suas margens de compra comprometidas pelo exercício do poder de mercado do comprador, compensará esses prejuízos cobrando preços mais altos de outros compradores. INDERST, Roman; VALLETI, Tommaso M. *Buyer Power and the Waterbed Effect*. In: *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 59, No. 1, 2011, pp. 1-20.

<sup>326</sup> Houve oportunidades em que não foram constatados efeitos anticompetitivos da cláusula MFN ou o tema não foi aprofundado, pois não era objeto do processo em questão. Ver: Ato de Concentração n.º 08012.001234/2000-20. Requerentes: Ericsson Telecomunicações S/A e Emerson Electric do Brasil Ltda., Conselheiro Relator Márcio Felsky, j. 23/08/2000; Ato de Concentração n.º 08700.006567/2015-07, Requerentes: Ball Corporation e Rexam PLC, Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, j. 09/12/2015; Ato de Concentração n.º 08700.001390/2017-14, AT&T Inc. e Time Warner Inc., Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, Voto-vogal da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, j. 18/10/2017. Nesse último caso, contudo, a Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, embora *a priori* não vislumbrasse efeitos anticompetitivos evidentes, propôs à Superintendência-Geral que empreendesse investigação para apuração mais aprofundada.

Além de esperar uma maior competitividade no mercado de reservas *online* de hotéis, o coordenador-geral entendeu que o precedente firmado a partir do caso OTA possui relevância na medida em que se observa a emergência de plataformas de múltiplos lados nos mais variados mercados, tais como *marketplaces* financeiros e de varejo e prestação de serviços de *delivery* e transporte de passageiros, nos quais problemas similares ao enfrentado no mercado de reservas de acomodações podem vir a surgir.<sup>327</sup>

Em julho de 2018, o CADE promoveu, em conjunto com a *American Bar Association* (ABA), uma edição do *Global Seminar Series*, evento que consistiu em séries de debates e discussões sobre concorrência, focado em plataformas digitais. O primeiro painel do seminário foi dedicado à discussão das cláusulas de paridade quando aplicadas às agências de turismo *online* e outras plataformas digitais, à luz da legislação brasileira. Participaram do debate o Superintendente-Geral do CADE, Alexandre Cordeiro, e a Conselheira Paula Farani.<sup>328</sup>

Vê-se que as discussões sobre as cláusulas de paridade e seu uso por plataformas digitais não passaram despercebidas por nossa autoridade de defesa da concorrência, ainda que o caso OTA, mais significativo para a formação de uma percepção do tema, tenha surgido algum tempo após os desfechos dos casos europeus – o que é justificável, tendo em vista que os interessados na remoção da referida cláusula possivelmente foram inspirados pelos resultados das averiguações de outras jurisdições para buscar o mesmo tratamento no Brasil.

Todavia, por se tratar de conduta apenas recentemente estudada, a cláusula de paridade poderá produzir efeitos no mercado ainda não identificados e que somente serão verificados futuramente. Exercício importante para apurar os efeitos da mudança das cláusulas de paridade amplas para restritas no mercado brasileiro é a análise dos preços praticados pelos hotéis nas OTAs, da disponibilidade de quartos e possíveis impactos nos investimentos em qualidade realizados pelas plataformas, e o exame da evolução do *market share* das OTAs, antes e após a celebração dos acordos. Com esse estudo, seria possível verificar empiricamente se os exercícios teóricos empreendidos pela doutrina especializada e pelo próprio CADE, que culminaram com os acordos, encontram respaldo no campo prático.

---

<sup>327</sup> OLIVEIRA, Marcelo Nunes de. *Concorrência.com: cláusulas de paridade, MFNs e agências de turismo on-line*. In: JOTA, 02/04/2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/concorrencia-com-clausulas-de-paridade-mfns-e-agencias-de-turismo-on-line-02042018>> Acesso em: 20/08/2019.

<sup>328</sup> Para maiores informações sobre o seminário: < <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-associacao-norte-americana-de-advogados-promovem-seminario-sobre-concorrencia>> Acesso em: 20/08/2019.

O que já se pode observar, desde então, é que, de acordo com modelos teóricos, talvez os efeitos pretendidos com a celebração dos TCCs no caso das OTAs possam não ser atingidos em sua plenitude.

Embora o contrato celebrado pela Booking.com, com os provedores de acomodações e demais produtos/serviços, não esteja disponível publicamente, nos Termos e Condições Gerais aplicáveis aos usuários consumidores há a seguinte disposição<sup>329</sup>:

Queremos que você pague o menor preço possível pelo produto e serviço que escolher. Caso você encontre a acomodação escolhida reservada pela Plataforma, com as mesmas condições de Viagem, por um preço menor na internet depois que você fez uma reserva conosco, igualaremos a diferença entre o nosso preço e o menor preço de acordo com os termos e condições da Cobertura de Menor Preço. Nosso compromisso de Cobrir o Menor Preço não se aplica a produtos e serviços não relacionados a acomodações.

Disposição semelhante é encontrada nos Termos e Condições Gerais da Hoteis.com, de propriedade da Expedia.<sup>330</sup>

Garantia de Preços: se você encontrar uma tarifa menor na Hoteis.com ou em outro site até as 23h59, horário local, do dia Preço anterior ao de sua estadia, nós reembolsaremos a diferença para você. As reservas de pacotes não estão qualificadas para essa garantia e outros termos e condições se aplicam, conforme abaixo.

Trata-se da garantia de melhor preço ou cláusula “BPG” (*best price guarantee*), abordada neste trabalho quando da análise dos acordos de relação de preços, na qual o vendedor garante que o produto será ofertado sempre no preço mais baixo entre os praticados pelos demais vendedores – no caso das plataformas, garantem a cobertura do preço praticado por concorrentes.<sup>331</sup>

Partindo do pressuposto de que tanto Booking.com quanto Hoteis.com (Expedia) preveem cláusulas de paridade restritas em seus contratos com os provedores de acomodações, conforme autorizado pelos TCCs celebrados com o CADE, então temos uma

---

<sup>329</sup> Termos e Condições Gerais Booking.com. Disponível em: < <https://www.booking.com/content/terms.pt-br.html>> Acesso em: 19/09/2019.

<sup>330</sup> Termos e Condições Gerais Hoteis.com. Disponível em: < [https://www.hoteis.com/customer\\_care/terms\\_conditions.html](https://www.hoteis.com/customer_care/terms_conditions.html)> Acesso em: 19/09/2019.

<sup>331</sup> AKMAN, Pinar. *A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses*. p. 5.



situação de combinação entre cláusulas de paridade restritas e garantias de melhor preço aos consumidores.

Conforme tratado no item 5.4 deste trabalho, a utilização conjunta dessas cláusulas por uma plataforma incumbente pode levar a uma situação de equilíbrio de monopólio (na qual o bem-estar dos consumidores é afetado mais negativamente do que se a plataforma não estivesse operando no mercado), caso os *hassle costs* sejam suficientemente baixos.<sup>332</sup> A garantia de melhor preço ergueria barreiras à entrada enquanto a paridade eliminaria a concorrência enfrentada pela incumbente com os canais próprios dos vendedores, produzindo-se efeitos semelhantes à cláusula de paridade ampla.

Para avaliar o impacto das cláusulas de paridade restritas, Wals e Schinkel recorrem aos estudos de Wang e Wright, que investigaram os efeitos dos dois tipos de cláusulas.<sup>333</sup> Wang e Wright demonstram que as taxas cobradas por uma plataforma são influenciadas por algumas variáveis: (i) a propensão dos consumidores a fazer buscas diretas ao invés de utilizar a plataforma; (ii) possibilidade e intensidade de *showrooming*; (iii) competição com outras plataformas; e (iv) a propensão de vendedores a se desligarem da plataforma. As cláusulas de paridade restritas neutralizariam as primeiras duas variáveis, de forma que a terceira variável tornar-se-ia determinante no valor das taxas cobradas. A precisão dessa constatação depende da verificação da viabilidade de uma plataforma, mesmo em um ambiente de *showrooming*, e da existência de competição entre plataformas. No caso das cláusulas de paridade amplas, a competição entre plataformas também seria neutralizada, de forma que a única variável capaz de deter a elevação das taxas cobradas seria a possibilidade de desligamento do vendedor da plataforma, o que resultaria basicamente em um equilíbrio de monopólio (i.e., sempre haveria apropriação do excedente do consumidor, cujo bem-estar seria sempre lesado).<sup>334</sup>

Destarte, Wals e Schinkel verificaram que o mesmo equilíbrio de monopólio, apropriador do excedente do consumidor, poderia ser observado caso uma plataforma incumbente exigisse, de um lado, preços pelo menos iguais aos ofertados em canal de venda próprios (cláusula de paridade restrita), ao mesmo tempo em que garantisse a cobertura de

---

<sup>332</sup> WALS, Francisca; SCHINKEL, Maarten Pieter. *Platform Monopolization by Narrow-PPC-BPG Combination: Booking et al.*, p. 6.

<sup>333</sup> WRIGHT, Julian; WANG, Chengsi. *Search platforms: Showrooming and price parity clauses*, 2016.

<sup>334</sup> WRIGHT, Julian; WANG, Chengsi, *Search platforms: Showrooming and price parity clauses*, p. 34.

preços de competidores (BPG) e os *hassle costs* a serem incorridos pelo consumidor fossem suficientemente baixos.<sup>335</sup>

De toda forma, a ausência de estudos econômicos a respeito dos efeitos produzidos pelos acordos celebrados com o CADE nos preços praticados pelas OTAs impede a verificação empírica, no Brasil, do modelo elaborado por Wals e Schinkel, não sendo possível afirmar de forma categórica que a combinação “narrow MFN-BPG”, supostamente adotada pela Booking.com e pela Hotéis.com, traria os mesmos efeitos de uma “wide MFN”. Por ora, apenas é possível trabalhar com hipóteses teóricas e tentar endereçar potenciais danos à concorrência advindos das mencionadas disposições contratuais.

A despeito da discussão mais intensa travar-se no âmbito do mercado de reservas *online* de hotéis, cumpre ressaltar que a cláusula de paridade/MFN está presente em diversos mercados no contexto brasileiro. Nos Termos e Condições Gerais da BW2<sup>336</sup>, detentora de diversos *marketplaces* e líder no segmento no Brasil, observa-se a existência de cláusula de paridade restrita e punições expressas em caso de descumprimento<sup>337</sup>:

---

<sup>335</sup> WALS, Francisca; SCHINKEL, Maarten Pieter. *Platform Monopolization by Narrow-PPC-BPG Combination*, p. 6. O problema da combinação entre cláusulas de paridade de preços (MFN/MFC) e garantias de melhor preço (BPG) foi levantado também por Claude d’Aspremont e Rodolphe dos Santos Ferreira, que chamam tais cláusulas de MFC e MCC (*meeting-competition clauses*), respectivamente. De acordo com os modelos utilizados pelos economistas, a combinação das referidas cláusulas produziria o efeito não de um equilíbrio de monopólio, conforme levantado por Wals e Schinkel, mas, sim, de Cournot, no qual os agentes econômicos tentam encontrar a melhor forma de maximizar seus lucros pautando sua estratégia nas ações de concorrentes, o que pode resultar em comportamentos concertados de concorrentes. Nas palavras dos autores: “By referring to a duopoly example, we have shown that, in a well-defined market environment where demand is such that market revenue is a decreasing function of market price, if firms compete simultaneously in prices and quantities while offering sales contracts which combine the meet-or-release clause with a most-favoured-customer clause, then the industry sub-game perfect equilibrium will coincide with the Cournot solution. Hence, in such a context, from the point of view of the anti-trust authority, allowing firms to resort to such “facilitating practices”, amounts to allow coordinated behaviour of the Cournot type and entails the same consequences for the consumers and for general welfare.” Cumpre ressaltar, contudo, que o estudo dos autores não compreendeu variáveis inerentes a mercados de dois ou mais lados, tais como efeitos de rede indiretos e efeitos de *feedback* positivos, possivelmente contribuindo para o resultado divergente. In: D’ASPREMONT, Claude; FERREIRA, Rodolphe dos Santos. *Meet-or-Release and Most-Favored-Customer Clauses with Price-Quantity Competition Yield Cournot Outcomes*. *Économie publique*, 17, 2005.

<sup>336</sup> B2W – Companhia Digital, detentora dos *marketplaces* Submarino, Americanas, Shoptime e Soubarato. Conforme dados fornecidos pela própria B2W, a plataforma detém *market share* de 29,6% do mercado, percentual acima dos 20% para presunção de posição dominante em determinado mercado relevante previsto no art. 36, §2º da Lei n.º 12.529/2011. Dados disponíveis em: <<https://static.b2wdigital.com/upload/releasesderesultados/00003135.pdf>> Acesso em: 18/19/2019.

<sup>337</sup> Disponível em: <[https://www.b2wmarketplace.com.br/docs/Termos-e-Condicoes-Gerais\\_Market-Place\\_Modelo-A\\_01-06-17.pdf](https://www.b2wmarketplace.com.br/docs/Termos-e-Condicoes-Gerais_Market-Place_Modelo-A_01-06-17.pdf)> Acesso em: 18/09/2019.

5.5.1 O preço por unidade informado pelo PARCEIRO nos produtos anunciados nos WEBSITES B2W deverá ser o mesmo preço praticado em seu website/plataforma de vendas, assim como o valor do frete.

5.7. A B2W poderá ainda retirar o anúncio do produto dos WEBSITES B2W, ainda que sem conhecimento prévio do PARCEIRO, sempre que houver violação de algum dos dispositivos destes TERMOS E CONDIÇÕES GERAIS ou das demais políticas da B2W.

10.1. Sem prejuízo de outras medidas, a B2W poderá advertir, suspender ou cancelar, temporária ou definitivamente o cadastro do PARCEIRO, a qualquer tempo, iniciando as ações legais cabíveis e/ou suspendendo a prestação dos SERVIÇOS se: (a) O PARCEIRO não cumprir qualquer dispositivo destes TERMOS E CONDIÇÕES GERAIS; (...)

O portal de vendas Todamulher, especializado na venda de uma ampla gama de produtos voltados ao público feminino, prevê a observância de cláusula de paridade ampla em seus Termos Gerais de Uso, entre as obrigações do anunciante, da seguinte forma<sup>338</sup>:

2.7. O Terceiro Anunciante se obriga a:

(i) Garantir que as ofertas anunciadas no Portal Todamulher.com.br tenham, no mínimo, as mesmas condições comerciais oferecidas na plataforma do Terceiro Anunciante e nos demais portais e sites em que o Terceiro Anunciante ofereça seus produtos. Esta condição não se aplica às formas de pagamento oferecidas, que no Site serão definidas a exclusivo critério do Todamulher.com.br;

12.2. O presente Contrato poderá ainda ser automaticamente rescindido, a qualquer tempo, de pleno direito, na hipótese de violação a quaisquer regras previstas neste Contrato, bem como nos Termos de Uso e Condições Gerais do Site, na Política de Privacidade, ou quaisquer outras políticas do Todamulher.com.br.

No *website* da Decorsale, plataforma especializada na venda de móveis e objetos de decoração de alto padrão, novos e seminovos/usados, observa-se novamente a existência de cláusula de paridade ampla nos Termos e Condições Gerais de uso do marketplace<sup>339</sup>:

5.5. O PARCEIRO deve informar ao DECOR SALE a quantidade de produtos que deseja vender e o preço por unidade, este devendo ser o mesmo praticado pelo PARCEIRO em outros comércios eletrônicos, marketplaces e diferenciados daqueles praticados em lojas físicas. Os dados referentes ao estoque também deverão ser mantidos atualizados pelo PARCEIRO, junto ao DECOR SALE.

10.1. Sem prejuízo de outras medidas, o DECOR SALE poderá advertir, suspender ou cancelar, temporária ou definitivamente o cadastro do PARCEIRO, a qualquer tempo, iniciando as ações legais cabíveis e/ou suspendendo a prestação dos SERVIÇOS se:

---

<sup>338</sup> Termos e Condições de Uso disponíveis em: < <https://www.todamulher.com.br/termos-e-condicoes-de-uso-do-marketplace/>> Acesso em: 25/09/2019.

<sup>339</sup> Termos e Condições Gerais disponíveis em: < <https://www.decorsale.com.br/termos-e-condicoes-gerais-de-marketplace>> Acesso em: 25/09/2019.

a) o PARCEIRO descumprir qualquer dispositivo destes TERMOS E CONDIÇÕES GERAIS DO MARKETPLACE.

Outro *marketplace* cujo contrato prevê cláusula de paridade, dessa vez restrita, é o da rede de supermercados Carrefour: “2.10. Todas as ofertas inseridas no Marketplace do CARREFOUR deverão ser iguais ou mais vantajosas que as condições de preços, prazos de entrega, entre outras, que constem do portal próprio mantido pelo VENDEDOR”<sup>340</sup>.

Sem pretender esgotar a análise de todos os contratos publicamente disponíveis de plataformas virtuais que atuam no Brasil,<sup>341</sup> percebe-se que as cláusulas de paridade estão presentes em parte significativa desses contratos. Evidentemente, não é possível estimar a participação de mercado de plataformas virtuais menores, pois dados a esse respeito ou não existem ou são confidenciais, porém é possível conjecturar que, se um número considerável de plataformas se utiliza de cláusulas de paridade, ainda que restritas, as teorias do dano levantadas neste trabalho (especialmente a segunda – arrefecimento da competição via preços) podem vir a materializar-se, em razão da soma das participações de mercado desses agentes.<sup>342</sup>

De qualquer modo, faz-se necessária menção ao Ato de Concentração entre AT&T e Time Warner, no qual, incidentalmente, as cláusulas tipo MFN foram mencionadas. No referido Ato de Concentração, em meio às diversas preocupações de ordem concorrencial, a Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt dedicou parte de seu voto-vista para tratar da existência de cláusulas MFN em contratos entre programadoras e algumas operadoras de TV paga.

No caso, pretendeu-se analisar o cenário concorrencial no qual as requerentes estavam inseridas e em que medida a aplicação dessa cláusula por concorrentes poderia gerar

---

<sup>340</sup> Contrato disponível em: [https://static.carrefour.com.br/imagens/banner-html/bgs/2017/dezembro/mktplace/comissao-termos-e-condicoes.pdf?crfimt=subhome%7Cmarketplace%7Cbn%7Cbnfm%7Cmarketplace%7Ctermos-e-condicoes\\_carrefour\\_oferta\\_bnf\\_mktplace\\_150319%7C2&cfriect=marketplace](https://static.carrefour.com.br/imagens/banner-html/bgs/2017/dezembro/mktplace/comissao-termos-e-condicoes.pdf?crfimt=subhome%7Cmarketplace%7Cbn%7Cbnfm%7Cmarketplace%7Ctermos-e-condicoes_carrefour_oferta_bnf_mktplace_150319%7C2&cfriect=marketplace) Acesso em: 25/09/2019.

<sup>341</sup> Foram identificadas cláusulas de paridade amplas também nos contratos dos *marketplaces* Rock2You (<http://lojista.rock2you.com.br/pdf/rock2you-minuta-contrato-lojista.pdf>, acesso em: 25/09/2019) e Martketbox (<https://www.marketbox.com.br/termos-e-condicoes-de-uso-do-marketplace/>, acesso em: 25/09/2019) e cláusulas de paridade restritas no *marketplace* da Colombo (<https://images.colombo.com.br/hotsite/marketplacecolombo/pdf/termosmarketplacecolombo2018.pdf>, acesso em: 25/09/2019), Muzeez (<https://muzeez.com.br/termos-de-uso>, acesso em: 25/09/2019), e Cissa Magazine (<https://www.cissamagazine.com.br/contrato-cissa-marketplace.pdf>, acesso em: 25/09/2019).

<sup>342</sup> Embora não esteja no escopo deste trabalho realizar análise tão ampla de regulamentos utilizados por *marketplaces*, foi possível notar uma tendência ao uso de cláusulas de paridade amplas por plataformas menos conhecidas e cláusulas de paridade restritas por plataformas de maior expressão, o que pode evidenciar uma assimetria de informação entre *players* maiores, provavelmente cientes da existência e objeto dos acordos das

algum efeito na operação examinada. Ainda que não estivesse no escopo de seu voto, a Conselheira abordou a possibilidade de que cláusulas MFN produzam tanto potenciais eficiências quanto prejuízos ao mercado, terminando sua decisão com proposta à Superintendência-Geral para que investigasse tal situação.<sup>343</sup> Assim, embora, a rigor, a cláusula MFN prevista em contratos entre programadoras e algumas operadoras de TV paga divirja em vários aspectos das cláusulas de paridade analisadas neste trabalho<sup>344</sup>, não se olvida que há diversas similaridades entre essas disposições, o que refletirá na própria análise da autoridade antitruste.

Em suma, trata-se de fenômeno recente, cujos efeitos ainda estão sendo analisados por especialistas e autoridades concorrenciais mundo afora, o que dificulta a existência de entendimento consolidado sobre o tema. É certo, porém, que há uma sinalização do CADE de que a autoridade está atenta às cláusulas de paridade e preocupações de ordem concorrencial delas advindas, especialmente tratando-se de plataformas detentoras de posição dominante.

---

OTAs com o CADE, e *players* menores, que buscam a maior segurança possível para seu investimento, mas provavelmente desconhecem o estado-da-arte do debate concorrencial.

<sup>343</sup> “Além disso, proponho que a **SG** investigue os seguintes problemas<sup>[21]</sup>:

a. Se a cláusula da “*Nação Mais Favorecida (MFN)*” presente nos contratos entre as programadoras e algumas operadoras de TV paga trazem danos ao consumidor, via aumento do custo do rival das operadoras menores vis-à-vis as operadoras líderes Net e Sky” Ato de Concentração n.º 08700.001390/2017-14, AT&T Inc. e Time Warner Inc., Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, Voto-vogal da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, j. 18/10/2017.

<sup>344</sup> Conforme exposto em 3.1.1, acima.

## 7. SÍNTESE CONCLUSIVA

Neste trabalho, buscou-se traçar as características das cláusulas de paridade e identificar os potenciais efeitos que poderiam produzir no mercado, tanto positivos, do ponto de vista das eficiências, quanto negativos, consubstanciados por eventuais impactos negativos na concorrência. Para tanto, recorreu-se à literatura especializada, tanto nacional quanto estrangeira, e ao estudo de casos recentes enfrentados por diversas autoridades antitruste em jurisdições com longa tradição no antitruste.

Em suma, os resultados obtidos indicam que, em geral, há justificativa econômica e negocial para a existência de cláusulas de paridade em contratos de plataformas de comércio *online*, relacionadas essencialmente à proteção do investimento por meio da coibição de comportamentos oportunistas, tanto pelos próprios consumidores (*showrooming*) quanto pelos demais *players* do mercado (*free-riding*), representados por vendedores/anunciantes e outras plataformas, respectivamente.

Entende-se que a cláusula de paridade passou a ser utilizada como ferramenta pelas plataformas virtuais para garantir o acesso e compra efetiva pelos consumidores através de seus portais, pois impede a oferta de preços menores em quaisquer outros canais de venda (cláusula ampla) ou, ao menos, em canal de vendas próprio do vendedor (cláusula restrita).

A importância da cláusula de paridade é ainda reforçada pela externalidade de rede inerente às plataformas virtuais de dois (ou mais) lados. A existência da massa crítica de usuários, i.e., quantidade suficiente para garantir a viabilidade da plataforma, depende do atingimento de um número de usuários relevante em todos os lados, consubstanciando o que se convencionou chamar de “efeitos de rede indiretos”.

Assim, por conta dos efeitos de rede indiretos, muitas plataformas virtuais buscam ferramentas aptas a garantir a manutenção da massa crítica de usuários. Essas ferramentas, porém, podem gerar prejuízos efetivos à concorrência, dificultando o desenvolvimento de novos negócios e/ou a sustentação de um ambiente competitivo saudável.

No caso das cláusulas de paridade, por exemplo, foram identificados alguns possíveis efeitos negativos na concorrência: (i) intermediação excessiva por parte das plataformas virtuais; (ii) arrefecimento da competição via preços; (iii) aumento das barreiras à entrada de novos agentes; (iv) redução dos incentivos ao investimento e inovação; e (v)

facilitação da formação de cartéis. Esses efeitos foram explorados por diversas agências antitruste nos casos-paradigma dos *Price Comparison Websites*, caso Amazon, caso das *Online Travel Agencies* e caso Apple.

Dentro do contexto brasileiro, buscou-se analisar o enquadramento legal das cláusulas de paridade no âmbito da Lei n.º 12.529/2011, bem como traçar os padrões probatórios usualmente aplicados pela autoridade antitruste brasileira e delinear o que seria mais adequado no que se refere ao tratamento do tipo de cláusula aqui retratado.

Analisando-se o cenário brasileiro, é possível verificar que o tema das cláusulas de paridade foi objeto de estudos de diversos acadêmicos, ainda que a casuística seja bastante reduzida. A bem da verdade, há apenas um caso enfrentado pelo CADE cujo objeto principal era a investigação dos possíveis efeitos anticompetitivos das cláusulas de paridade – o chamado caso das *Online Travel Agencies*, que permanece como referência de estudo desse tipo de conduta.

A ausência de mais casos sobre o tema, entretanto, não pode ser lida como a negativa de existência de potenciais efeitos deletérios à concorrência a partir da utilização de cláusulas de paridade. Com efeito, o CADE tanto reconheceu essa potencialidade como foram celebrados acordos com as representadas, cujo objetivo foi mitigar os prejuízos identificados pela autoridade. Ademais, não raro contratos padrão celebrados por plataformas de *marketplace* com vendedores/anunciantes contêm cláusulas de paridade, tanto restritas quanto amplas, não obstante o posicionamento do CADE desfavorável à forma ampla da disposição, o que pode vir a gerar questionamentos futuros de agentes econômicos prejudicados (ou até mesmo de consumidores).

De toda forma, o tratamento das cláusulas de paridade pelas autoridades de defesa da concorrência não foge ao padrão inerente a qualquer intervenção do Estado no funcionamento do mercado – antes de mais nada, é de suma importância que a intervenção seja suficiente para coibir o abuso, mas não excessiva a ponto de frustrar os incentivos à inovação dos agentes econômicos.

É preciso sopesar, a todo momento, qual medida é adequada aos objetivos pretendidos – se a intervenção, visando a sinalizar aos agentes econômicos que determinadas condutas não serão toleradas, por consubstanciarem alguma forma de abuso, ou a abstenção do escrutínio estatal, a fim de evitar exageros regulatórios que poderiam prejudicar o mercado ao dificultar a inovação e o surgimento de novos modelos de negócio.

De toda forma, a questão não é nova e sem dúvidas continuará a permear o debate sempre que se estiver diante de uma conduta possivelmente anticompetitiva, mas que possa gerar eficiências economicamente aproveitáveis.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGHION, P., & BOLTON, P. *Contracts as a barrier to entry*. In: *The American Economic Review*, vol. 77(3), 1987, pp. 388–401. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1804102>> Acesso em: 25.07.2019.

AKMAN, Pinar. *A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses*. In: Centre For Competition Policy, 2015. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2669395](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2669395)>. Acesso em: 08/09/2018.

\_\_\_\_\_ SOKOL, Daniel. *Online RPM and MFN Under Antitrust Law and Economics*. In: *Review of Industrial Organization*, Vol. 50, 2017. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s11151-016-9560-x>>. Acesso em: 10/05/2018.

AMORIM, Fernando. *A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste*. In: *Revista de Defesa da Concorrência*, Vol. 5, nº 2, 2017.

AREEDA, Phillip E.; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application*. Vol. VII. 2.ed. Wolters Kluwers, 2003.

\_\_\_\_\_ KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis: problems, texts, cases*. 7ª Ed., Aspen Casebook, Wolters Kluwer, 2013.

ARMSTRONG, Mark. *Competition in Two-Sided Markets*. In: *RAND Journal of Economics*, 2006, pp. 669-670.

ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017.

BAKER, Jonathan B. *Market Concentration in the Antitrust Analysis of Horizontal Mergers*. In: *Antitrust Law and Economics*, 2010.

\_\_\_\_\_ *Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of “Most-Favoured-Customer” Clauses*. In: *Antitrust Law Journal*, Vol. 64, No. 3, 1996, pp. 517-534. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/40843338>> Acesso em: 05/09/2019.

\_\_\_\_\_ CHEVALIER, Judith A. *The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions*. In: *Law Reviews and Other Academic Journals*, Paper 227,

2013. Disponível em: <[https://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch\\_lawrev/277](https://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_lawrev/277)>  
Acesso em: 10/09/2018.

\_\_\_\_\_ SCOTT MORTON, Fiona. *Antitrust Enforcement Against Platform MFNs*. In: The Yale Law Journal, Vol. 127, nº 7, 2018. Disponível em: <<https://www.yalelawjournal.org/feature/antitrust-enforcement-against-platform-mfns>>. Acesso em: 18/09/2018.

BLOOMBERG. *Expedia Under Investigation by Utah Over Hotel Collusion Claims*. In: Bloomberg, 09/05/2019. Disponível em: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-05-09/expedia-under-investigation-by-utah-over-hotel-collusion-claims>> Acesso em: 05/09/2019.

BOIK, Andre. CORTS, Kenneth S. *The Effects of Platform MFNs on Competition and Entry*. University of Toronto, junho, 2014. Disponível em: <[https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db\\_name=RES2015&paper\\_id=41](https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=RES2015&paper_id=41)>. Acesso em: 10/05/2018.

BORK, Robert. *The Antitrust Paradox*. New York: Basic Books, 1978.

BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. 1a Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BUCCIROSSI, Paulo. *Background Note – OECD Policy Roundtables, Vertical Restraints for Online Sales*, 2013. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/VerticalRestraintsForOnlineSales2013.pdf>> Acesso em: 20/09/2019.

\_\_\_\_\_ *Parity Clauses: Economic incentives, theories of harm and efficiency justifications*. In: Competition Law & Policy Debate, 1(3), 2015, p. 43-52.

BUNDESKARTELLAMT. Narrow ‘best price’ clauses of Booking also anticompetitive. In: Bundeskartellamt, 23/12/2015. Disponível em: <[https://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/23\\_12\\_2015\\_Booking.com.html](https://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/23_12_2015_Booking.com.html)> Acesso em: 07/08/2019.

BUSINESS INSIDER. *Amazon in ending its restrictive pricing practice*. In: Business Insider, 13/03/2019. Disponível em: <<https://www.businessinsider.com/amazon-ends-restrictive-pricing-parity-2019-3>> Acesso em: 05/09/2019.

BUTZ, David. *Durable-good monopoly and best-price provisions*. In: *The American Economic Review*, 80(5), 1062-1076, 1988. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2006761>>. Acesso em: 10/09/2018.

CADE. *CADE e associação norte americana de advogados promovem seminário sobre concorrência*. In: CADE, 10/07/2018. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-associacao-norte-americana-de-advogados-promovem-seminario-sobre-concorrencia>> Acesso em: 20/08/2019

CAILLAUD, Bernard. JULLIEN, Bruno. *Chicken and Egg: Competition among Intermediation Service Providers*. In: *RAND Journal of Economics*, 34, 2003.

CALZADA, Joan, MANNA, Ester, MANTOVANI, Andrea. *Platform Price Parity Clauses and Segmentation*. In: *UB Economics Working Papers, Col·lecció d'Economia E19/387*. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3329157>> Acesso em: 07/08/2019.

CHEN, Jihui. LIU, Qihong. *The Effect of Most-Favored-Customer Clauses on Prices*. In: *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 59, No. 3 (September 2011), pp. 343-371. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/41289458>>. Acesso em: 20/09/2018.

CLARK, Travis. *Swiping Through the Pages of Apple's E-Book Saga: A Comment on Hub-And-Spoke Conspiracies Under the Sherman Act*. Seton Hall Law, Law School Student Scholarship, 2017.

COASE, Ronald H. *Durability and Monopoly*. In: *Journal of Law and Economics*, Vol. 15, No. 1, pp. 143-149. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/725018>>. Acesso em: 10/09/2018.

\_\_\_\_\_ *The firm, the Market and the law*. University of Chicago Press, 1988.

COLANGELO, Margherita. *Parity Clauses and Competition Law in Digital Marketplaces: The Case of Online Hotel Booking*. In: *Journal of Competition Law and Practice*, 3-14, 2017, p. 15. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2963503](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2963503)> Acesso em: 27/07/2019.

COOPER, Thomas E. *Most-favored-customer Pricing and Tacit Collusion*. In: *The RAND Journal of Economics*, Vol. 17, No. 3, Autumn, 1986, pp. 377-388.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CRETELLA NETO, José. *Teoria Geral das Organizações Internacionais*, 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CROCKER, K. LYON, T. *What do 'facilitating practices' facilitate? Na empirical investigation of most-favored-nation clauses in natural gas contracts*. In: *Journal of Law & Economics*, 37(2), pp. 297-322. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/725734>>.

D'ASPREMONT, Claude; FERREIRA, Rodolphe dos Santos. *Meet-or-Release and Most-Favored-Customer Clauses with Price-Quantity Competition Yield Cournot Outcomes*. *Économie publique*, 17, 2005.

DENNIS, Anthony J. *Potential Anticompetitive Effects of Most Favored Nation Contract Clauses in Managed Care and Health Insurance Contracts*. In: *Annals of Health Law*, 4(1), 1995, pp.71-85. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/5c90/484a9fc21acce8d7aec3defda434cf8eb61b.pdf>> Acesso em: 03/11/2018.

EBOOK FRIENDLY. *A timeline of Kindle devices and services*. In: *Ebook Friendly*, 14/07/2019. Disponível em: <<https://ebookfriendly.com/timeline-kindle-history/>> Acesso em: 03/08/2019.

EISENBERG, Jonathan M.; Miller, Adam; BURROUGHS, Amelia F. *California Antitrust and Unfair Competition Law – Chapter 10: Antitrust and the Internet*, updated January 2016.

EVANS, David S. *Competition and Regulatory Policy for Multi-sided Platforms with Applications to the Web Economy*. In: *Concurrences*, No. 2, pp. 57-62, 2008. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1090368](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1090368)> Acesso em: 29/09/2018.

\_\_\_\_\_ SCHMALENSEE, Richard, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*. Roger Blair and Daniel Sokol, eds., *Oxford Handbook on International Antitrust Economics*, Oxford University Press, Forthcoming; University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper No. 623, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2185373>> Acesso em: 10/10/2018.

EZRACHI, Ariel, *The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce*. Oxford Legal Studies Research Paper No. 55/2015. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2672541](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2672541)>. Acesso em: 08/09/2018.

\_\_\_\_\_ *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*. Third Edition. Oxford and Portland, Oregon, 2016.

FEDERICO, Giulio. SCOTT MORTON, Fiona M. SHAPIRO, Carl. *Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption*. In: NBER, Innovation Policy and the Economy, 2019. Disponível em: <<http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/disruption.pdf>> Acesso em: 20/09/2019.

FLETCHER, Amelia. HVIID, Morten. *Broad Retail Price MFN Clauses: Are They RPM “At Its Worst”?* In: Antitrust Law Journal, Vol. 81, 2016, p. 65-98. Disponível em: <<https://ueaeprints.uea.ac.uk/60189/>>. Acesso em: 18/09/2018.

FORGIONI, Paula A. *Contrato de Distribuição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_ *Direito Concorrencial e Restrições Verticais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_ *Os Fundamentos do Antitruste*. 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FRIEDERISZICK, Hans W. GLOWICKA, Ela. *Competition policy in modern retail markets*. In: Journal of Antitrust Enforcement, 2016.

GERADIN, Damien; PEREIRA NETO, Cario Mario da Silva. *Restrições verticais adotadas por empresas dominantes: uma análise do Direito Concorrencial no Brasil e na União Europeia*. Vol. 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GONÇALVES, Priscila Brólio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. São Paulo: Singular, 2002.

GONZÁLEZ-DIAZ, Francisco Enrique. BENNETT, Matthew. *The law and economics of most-favoured nation clauses*. In: Competition Law & Policy Debate. Vol. 1, Issue 3, agosto, 2015. Disponível em:

<[https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/the\\_law\\_and\\_economics\\_of\\_most-favoured\\_nation\\_clauses.pdf](https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/the_law_and_economics_of_most-favoured_nation_clauses.pdf)>. Acesso em: 10/09/2018.

GÜRKAYNAK, Gönenç. GÜNER, Ayse. DINIZ, Sinan. FILSON, Janelle. *Most-favored-nation clauses in commercial contracts: legal and economic analysis and proposal for a guideline*. In: *European Journal of Law and Economics*, 42:129-155, 2016. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3150371](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3150371)>. Acesso em: 18/09/2018.

HAUCAP, Justus. HEIMESHOFF, Ulrich. *Google, Facebook, Amazon, eBay: Is the Internet Driving Competition or Market Monopolization?* In: Discussion paper, No. 83, Düsseldorf Institute for Competition Economics, janeiro, 2013.

HILDEBRAND, Doris. *Economic Analyses of vertical agreements – A self-assessment*. In: International Competition Law Series, Kluwer Law International, 2005.

HINCHLIFFE, Susan. *Price Relationship Agreements: Procompetitive, Anticompetitive or Neutral?* In: American Bar Association, Antitrust, Spring, 2013.

HORTACSU, Ali MARTINEZ-JEREZ, Francisco de Asis. DOUGLAS, Jason, *The Geography of Trade on Ebay and Mercadolibre*. In: NET Institute Working Paper No. 06-09, 2006. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=939327>>. Acesso em: 24/10/2018.

HOTEL MANAGEMENT. *Now Austria refuses “to play ball” on rate parity*. In: Hotel Management, 20/12/2016. Disponível em: <<https://www.hotelmanagement.net/sales-marketing/now-austria-refuses-to-play-ball-rate-parity>> Acesso em: 19/09/2019.

HOVENKAMP, Erik. *Antitrust Policy for Two-Sided Markets* (February 9, 2018). In: *Journal of Corporation Law* (2018 Forthcoming).

\_\_\_\_\_ *Platform Antitrust*. In: *Journal of Corporation Law*, 2019.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and It's Practice*. In: Hornbook Series, Fourth Edition, 2011.

HOVENKAMP, Herbert J. *The Antitrust Standard for Unlawful Exclusionary Conduct*. Faculty Scholarship, 1777, 2008.

HUNOLD, Matthias. KESLER, Reinhold. LAITENBERGER, Ulrich. SCHLUTTER, Frank. *Evaluation of Best Price Clauses in Online Hotel Bookings*. In: International Journal of Industrial Organization, Vol. 61, 2018, pp. 542-571.

HVIID, Morten. *Vertical Agreements Between Suppliers and Retailers that Specify a Relative Price Relationship Between Competing Products or Competing Retailers*. OECD, Hearing on Across Platform Parity Agreements. Outubro, 2015. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)6&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)6&doclanguage=en)> Acesso em: 30/09/2018.

JOHANSEN, Bjørn Olav. VERGÉ, Thibaud. *Platform price parity clauses with direct sales*. University of Bergen, Department of Economics, 2017. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/9f66/ef3ee90b113eaf8515e7e2c1cbb9858a2146.pdf>> Acesso em: 21/08/2019.

JOHNSON, Justin P. *The Agency and Wholesale Models in Electronic Content Markets*. 2018. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/4de8/8c05120fd7f23a4b5419098dce2c47220d3d.pdf>> Acesso em: 08/05/2019.

\_\_\_\_\_. *The Agency Model and MFN Clauses*. Cornell University, 2014. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2217849](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2217849)>. Acesso em: 08/05/2018.

KHAN, Lina M. *Amazon's Antitrust Paradox*. Yale Law Journal, 126:710, 2017.

KLEN, Benjamin. *The Apple E-Books Case: When is a Vertical Contract a Hub-and-Spoke Conspiracy?* In: Journal of Competition Law and Economics, 2017. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3018841](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3018841)> Acesso em: 03/07/2019.

LÁFER, Celso. *O GATT, a cláusula da nação mais favorecida e a América Latina*. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v. 10, n. 3, 1971.

LEAR. *Can 'Fair' Prices Be Unfair? A Review of Price Relationship Agreements*. A report prepared for the Office of Fair Trading, OFT1438, 2012. Disponível em: <[http://www.learlab.com/wp-content/uploads/2016/04/Can-%E2%80%98Fair%E2%80%99-Prices-Be-Unfair -A-Review-of-Price-Relationship-Agreements.pdf](http://www.learlab.com/wp-content/uploads/2016/04/Can-%E2%80%98Fair%E2%80%99-Prices-Be-Unfair-A-Review-of-Price-Relationship-Agreements.pdf)> Acesso em: 30.09.2018.

LIANOS, Ioannis. *Collusion in Vertical Relations Under Article 81 EC*. Common Market Law Review, Vol. 45, No. 4, 2008. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1089681>> Acesso em: 03/11/2018.

MANDORFF, Martin. SAHL, Johan. *The Role of the 'Equally Efficient Competitor' in the ASSESSMENT OF Abuse OF Dominance*. In: Konkurrensverket Working Papers in Law and Economics, 2013. Disponível em: <<http://www.konkurrensverket.se/globalassets/english/publications-and-decisions/the-role-of-the-equally-efficient-competitor-in-the-assessment-of-abuse-of-dominance.pdf>> Acesso em: 20/09/2019.

MANSOUR, Amine. *Identifying the exclusionary effect of across-platform parity agreements: testing the tests*. In: The Antitrust Bulletin, April 2018. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0003603X18770065>> Acesso em: 23/07/2019.

MANTOVANI, Andrea. PIGA, Claudio. REGGIANI, Carlo. *Much ado about nothing? Online platform price parity clauses and the EU Booking.com case*. In: SSRN International Journal, maio, 2019. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3381299](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3381299)> Acesso em: 27/07/2019.

\_\_\_\_\_. PIGA, Claudio. REGGIANI, Carlo. *On the Economic Effects of Price Parity Clauses - What Do We Know Three Years Later?*. In: Journal of European Competition Law & Practice, Volume 9, Issue 10, December 2018, pp. 650–654.

MARUYAMA, Masayoshi, ZENNYO, Yusuke. *Platform Most-Favored-Customer Clauses and Investment Incentives*. Kobe University, 2018.

MELLO, Gabriela. *Comércio eletrônico brasileiro deve crescer 12% em 2018*. In: Exame, abril, 09/03/2018. <<https://exame.abril.com.br/economia/comercio-eletronico-brasileiro-deve-crescer-12-em-2018/>> Acesso em: 10/09/2018.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press, 2004.

ODUDU, Okeoghene. *Hub and Spoke Collusion*. In: Handbook on European Competition Law, 2013, pp. 242-258.



OECD. *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law*. In: OECD, 2004. Disponível em: <[https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004\\_2.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_2.pdf)>. Acesso em: 29/09/2018.

OECD. *Vertical Restraints for On-line Sales*. In: OECD, 2013, p. 6. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/VerticalRestraintsForOnlineSales2013.pdf>>. Acesso em: 08/09/2018.

OLIVEIRA, Marcelo Nunes de. *Concorrência.com: cláusulas de paridade, MFNs e agências de turismo on-line*. In: JOTA, 02/04/2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/concorrenca-com-clausulas-de-paridade-mfns-e-agencias-de-turismo-on-line-02042018>> Acesso em: 20/08/2019.

ORBACH, Barak. *Hub-and-Spoke Conspiracies*. In: Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 16-11, 15 Antitrust Source, No. 3, 2016. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2765476>> Acesso em: 03/11/2018.

OXERA, *Parity Agreements and theories of harm in the hotel booking sector: a “no-show”?* Agenda, junho, 2017. Disponível em: <<https://www.oxera.com/agenda/parity-agreements-and-theories-of-harm-in-the-hotel-booking-sector-a-no-show/>> Acesso em: 08/05/2018.

PETIT, Nicolas. HENRY, David. *Vertical Restraints under EU Competition Law: Conceptual Foundations and Practical Framework*. 2010. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1724891>>. Acesso em: 24/10/2018.

POSNER, Richard A. *Antitrust Law: An Economic Perspective*, Chicago: University of Chicago Press, 1976.

\_\_\_\_\_ *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 U. Pa. L. Rev., 925, 932 (1979).

ROCHET, Jean-Charles. TIROLE, Jean. *Platform Competition in Two-Sided Markets*. In: Journal of European Economic Association, 2003.

\_\_\_\_\_ TIROLE, Jean. *Two-Sided Markets: A Progress Report*. In: The RAND Journal of Economics. Vol. 37, No. 3, 2006, pp. 645-667.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_ *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SALOP, Steven C. *Exclusionary Conduct, Effect on Consumers and the Flawed Profit-Sacrifice Standard*. In: *Antitrust Law Journal*, 73, pp. 311-374, 2006.

\_\_\_\_\_ *Practices that (Credibly) Facilitate Oligopoly Co-ordination*, New Developments in the Analysis of Market Structure, Ch. 9, Joseph E. Stiglitz & G. Frank Mathewson eds., 1986.

SAMUELSON, Martha. PIANKOV, Nikita. ELLMAN, Brian. *Assessing the Effects of Most-favored Nation Clauses*. In: ABA Section of Antitrust Law, 2012.

SARTO, Elisa Santos Coelho. *Cartéis Hub-and-Spoke: coordenação horizontal or meio de restrições verticais*. In: *Revista de Defesa da Concorrência*, Vol. 5, n.º 2, novembro 2017.

SASS, Tim R. SAURMAN, David R. *Mandated Exclusive Territories and Economic Efficiency: An Empirical Analysis of the Malt-Beverage Industry.*, vol. 36, In: *Journal of Law and Economics*, nº 153, 1993.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Editora da Unesp, 2017.

SCOTT MORTON, Fiona M. *The strategic response by pharmaceutical firms to the medicaid most-favoured nation customer rules*. In: *The RAND Journal of Economics*, 28(2), pp. 269-290. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2555805>>. Acesso em: 11/09/2018.

\_\_\_\_\_ *Contracts that Reference Rivals*. In: *Antitrust*, Vol. 27, No. 3, 2013. Disponível em: <<http://www.crai.de/sites/default/files/publications/Contracts-that-reference-rivals.pdf>> Acesso em: 25/10/2018.

STENGER, S. *Most-favoured-nation clauses and monopsonistic power: an unhealthy mix?* In: *American Journal of Law and Medicine*, 15, pp. 111-128, 1989.

STUCKE, Maurice E. GRUNES, Allan P. *Big Data and Competition Policy*. In: Oxford University Press, 2016.

TIROLE, Jean. *[Entrevista concedida a] David A. Price*. In: *Econ Focus*, Fourth Quarter 2017. Disponível em:

<[https://www.richmondfed.org/publications/research/econ\\_focus/2017/q4/interview](https://www.richmondfed.org/publications/research/econ_focus/2017/q4/interview)>

Acesso em: 27/09/2019.

VANDENBORRE, Ingrid. FRESE, Michel J. *The Role of Market Transparency in Assessing MFN Clauses*. In: *World Competition*, 38, No. 3, 2015, pp. 333-348.

VAN DOORN, Frederik. *Resale Price Maintenance in EC Competition Law: the need for a standardised approach*. University of Utrecht, School of Law, Department of European Law, Holanda, 2009. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1501070](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1501070)>.

Acesso em: 17/10/2018.

VEZZOSO, Simonetta. *Online Platforms, Rate Parity and the Free Riding Defence*. In: 11<sup>th</sup> ASCOLA Conference, Leiden Law School, junho, 2016.

WALS, Francisca. SCHINKEL, Maarten Pieter. *Platform Monopolization by Narrow-PPC-BPG Combination: Booking et al*. *International Journal of Industrial Organization*, 2018, p. 15. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2985317>> Acesso em: 25/09/2019.

WILLIAMSON, Oliver E. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996.

WRIGHT, Julian, *One-Sided Logic in Two-Sided Markets*. In: AEI-Brookings Joint Center Working Paper No. 03-10, setembro, 2003. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=459362>>.

Acesso em: 29/09/2018.

\_\_\_\_\_ WANG, Chengsi. *Search platforms: Showrooming and price parity clauses*. 2016. Disponível em: <[https://cepr.org/sites/default/files/Wright,%20Julian%20paper\\_0.pdf](https://cepr.org/sites/default/files/Wright,%20Julian%20paper_0.pdf)>.

Acesso em: 17/10/2018.

\_\_\_\_\_ WANG, Chengsi. *Platform Investment and Price Parity Clauses*. In: The Networks, Electronic Commerce and Telecommunications Institute, working paper #16-17, 2016.

WU, Jason J. BIGELOW, John P. *Competition and the Most Favored Nation Clause*. *CPI Antitrust Chronicle*, 2013.

YURIEFF, Kaya. *Instagram Stories is twice as popular as Snapchat*, 28/06/2018. Disponível em: <<https://money.cnn.com/2018/06/28/technology/instagram-stories-users/index.html>>

Acesso em: 03/11/2018.

ZIMMER, Daniel and BLASCHCZOK, Martin, *Most-Favoured-Customer Clauses and Two-Sided Platforms*. In: *Journal of European Competition Law & Practice (JECLAP)*, Vol. 5, No. 4, 2014.

## OUTRAS REFERÊNCIAS

ALEMANHA, *Bundeskartellamt, 9th Decision Division B 9-121/13*, p. 77. Disponível em: <[https://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-121-13.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-121-13.pdf?__blob=publicationFile&v=2)> Acesso em: 08/08/2019.

\_\_\_\_\_ *Bundeskartellamt, 9th Decision Division, B9 – 66/10*, p. 17. Disponível em: <[https://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf%3F\\_\\_blob%3DpublicationFile%26v%3D3](https://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D3)> Acesso em: 07/08/2019.

\_\_\_\_\_ *Bundeskartellamt, Case ref. B6-46/12*.

\_\_\_\_\_ *Bundeskartellamt. Vertical Restraints in the Internet Economy*. Meeting of the Working Group on Competition Law, October, 2013. Disponível em: <[https://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions\\_Hintergrundapiere/Vertical%20Restraints%20in%20the%20Internet%20Economy.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundapiere/Vertical%20Restraints%20in%20the%20Internet%20Economy.pdf?__blob=publicationFile&v=2)> Acesso em: 10/09/2018.

\_\_\_\_\_ *Case report, 9 December 2013, Amazon removes price parity obligation for retailers on its Marketplace platform*. Disponível em: <[http://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2013/B6-46-12.pdf%3F\\_\\_blob%3DpublicationFile%26v%3D2](http://www.Bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2013/B6-46-12.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D2)> Acesso em: 01/08/2019.

\_\_\_\_\_ *Monopolkommission. Competition Policy: The Challenge of Digital Markets*. Special Report, No. 68, 2015. Disponível em: <[http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68\\_fulltext\\_eng.pdf](http://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68_fulltext_eng.pdf)>. Acesso em: 03/11/2018.

\_\_\_\_\_ *Monopolkommission. Special Report No 68: Competition policy: The challenge of digital markets – Special Report by the Monopolies Commission pursuant to section 44(1)(4) of the Act Against Restraints on Competition*, 2015. Disponível em: <<http://www.monopolkommission.de/index.php/en/press-releases/52-competition-policy-the-challenge-of-digital-markets>>. Acesso em: 03/11/2018.

APPLE. *Apple Launches iPad*. In: Apple, 27/01/2010. Disponível em: <<https://www.apple.com/newsroom/2010/01/27Apple-Launches-iPad/>> Acesso em: 03/07/2019.

BRASIL. *Acordo Geral de Tarifas e Comércio 1994*. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc>>. Acesso em: 08/09/2018.

\_\_\_\_\_. *B2W. Termos e Condições Gerais do Marketplace*. Disponível em: <[https://www.b2wmarketplace.com.br/docs/Termos-e-Condicoes-Gerais\\_Market-Place\\_Modelo-A\\_01-06-17.pdf](https://www.b2wmarketplace.com.br/docs/Termos-e-Condicoes-Gerais_Market-Place_Modelo-A_01-06-17.pdf)> Acesso em: 18/09/2019.

\_\_\_\_\_. *B2W. Release de Resultados do 4T2018*. <<https://static.b2wdigital.com/upload/releasesderesultados/00003135.pdf>> Acesso em: 18/09/2019.

\_\_\_\_\_. *Booking, Decolar e Expedia celebram acordo de cessação com o CADE*. 27/03/2018. Em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/booking-decolar-e-expedia-celebram-acordo-de-cessacao-com-o-cade>> Acesso em: 21/09/2019.

\_\_\_\_\_. *CADE. Ato de Concentração n.º 08012.001234/2000-20*. Requerentes: Ericsson Telecomunicações S/A e Emerson Electric do Brasil Ltda., Conselheiro Relator Márcio Felsky, j. 23/08/2000.

BRASIL. *CADE. Ato de Concentração n.º 08700.001390/2017-14, AT&T Inc. e Time Warner Inc*. Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, j. 18/10/2017.

\_\_\_\_\_. *CADE. Ato de Concentração n.º 08700.006567/2015-07*. Requerentes: Ball Corporation e Rexam PLC, Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, j. 09/12/2015.

\_\_\_\_\_. *CADE. Inquérito Administrativo n.º 08012.009876/2007-79*.

\_\_\_\_\_. *CADE. Procedimento Preparatório n.º 08700.005679/2016-13*.

\_\_\_\_\_. *CADE. Processo Administrativo n.º 08012.002874/2004-14*. Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro de Macedo, j. 01/02/2017.

\_\_\_\_\_. *CADE. Processo Administrativo n.º 08012.004472/2000-12*. Relator Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, j. 01/10/2014.

\_\_\_\_\_ CADE. *Processo Administrativo n.º 08012.006923/2002-18*. Relator Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, j. 20/02/2013.

\_\_\_\_\_ CADE. *Processo Administrativo n.º 08012.007011/2006-97*. Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro de Macedo, j. 19/04/2017.

\_\_\_\_\_ CADE. *Processo Administrativo n.º 08012.010932/2007-18*. Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, j. 25/02/2015.

\_\_\_\_\_ CADE. *Processo Administrativo 08012.000030/2011-50*. Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro de Macedo, j. 09/12/2015.

\_\_\_\_\_ Carrefour. *Termos e Condições Gerais do Marketplace*. Disponível em: <[https://static.carrefour.com.br/imagens/banner-html/bgs/2017/dezembro/mktplace/comissao-termos-e-condicoes.pdf?crfimt=subhome%7Cmarketplace%7Cbn%7Cbnfm%7Cmarketplace\\_termos-e-condicoes\\_carrefour\\_oferta\\_bnm\\_mktplace\\_150319%7C2&cfriact=marketplace](https://static.carrefour.com.br/imagens/banner-html/bgs/2017/dezembro/mktplace/comissao-termos-e-condicoes.pdf?crfimt=subhome%7Cmarketplace%7Cbn%7Cbnfm%7Cmarketplace_termos-e-condicoes_carrefour_oferta_bnm_mktplace_150319%7C2&cfriact=marketplace)> Acesso em: 25/09/2019.

\_\_\_\_\_ Cissa Magazine. *Contrato de Comercialização de Produtos em Marketplace*. Disponível em: <<https://www.cissamagazine.com.br/contrato-cissa-marketplace.pdf>> Acesso em: 25/09/2019.

\_\_\_\_\_ Colombo. *Termos e Condições de Uso do Marketplace*. Disponível em: <<https://images.colombo.com.br/hotsite/marketplacecolombo/pdf/termosmarketplacecolombo2018.pdf>> Acesso em: 25/09/2019.

\_\_\_\_\_ Decorsale. *Termos e Condições Gerais*. Disponível em: <<https://www.decorsale.com.br/termos-e-condicoes-gerais-de-marketplace>> Acesso em: 25/09/2019

\_\_\_\_\_ Hotéis.com. *Termos e Condições Gerais*. Disponível em: <[https://www.hoteis.com/customer\\_care/terms\\_conditions.html](https://www.hoteis.com/customer_care/terms_conditions.html)> Acesso em: 19/09/2019.

\_\_\_\_\_ Itamaraty. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/132-organizacao-mundial-do-comercio-omc>>. Acesso em: 15/09/2018.

\_\_\_\_\_ Martketbox. *Termos e Condições de Uso do Marketplace*. Disponível em: <<https://www.marketbox.com.br/termos-e-condicoes-de-uso-do-marketplace/>> Acesso em: 25/09/2019.

\_\_\_\_\_ *Muzeez. Termos de Uso.* Disponível em: <<https://muzeez.com.br/termos-de-uso>>  
Acesso em: 25/09/2019.

\_\_\_\_\_ *Rock2You. Termos e condições de Uso.* Disponível em:  
<<http://lojista.rock2you.com.br/pdf/rock2you-minuta-contrato-lojista.pdf>> Acesso em:  
25/09/2019.

\_\_\_\_\_ *Todamulher.com. Termos e Condições de Uso.* Disponível em: <  
<https://www.todamulher.com.br/termos-e-condicoes-de-uso-do-marketplace/>> Acesso em:  
25/09/2019.

COMISSÃO EUROPEIA. *Antitrust: Commission announces the launch of market tests in investigations in the online hotel booking sector by the French, Swedish and Italian competition authorities*, 15/12/2014. Disponível em: <[https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-2661\\_en.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-2661_en.htm)> Acesso em: 15/08/2019.

\_\_\_\_\_ *Case 39847 E-Books.* Disponível em:  
<[http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_39847](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39847)>  
Acesso em: 23/07/2019.

\_\_\_\_\_ *Caso COMP/38427 PO Pay Television Fil Output Agreements.*  
Disponível em:  
<[http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_38427](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_38427)>  
Acesso em: 10/09/2018.

\_\_\_\_\_ *European Commission, Case AT. 40153 E-books MFNs and related matters (Amazon).* Disponível em:  
<[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/40153/40153\\_4392\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40153/40153_4392_3.pdf)>  
Acesso em: 01/08/2019.

\_\_\_\_\_ *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016. 2017,* Disponível em:  
<[https://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel\\_monitoring\\_report\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/ecn/hotel_monitoring_report_en.pdf)> Acesso em:  
08/08/2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Apple v. United States, U.S. Supreme Court, No. 15-565.*

\_\_\_\_\_ *Booking.com. Termos e Condições Gerais.*  
Disponível em: < <https://www.booking.com/content/terms.pt-br.html>> Acesso em:  
19/09/2019.

\_\_\_\_\_ *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.,*  
*220 U.S. 373 (1911).*

\_\_\_\_\_ *Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc., 359 U.S. 207*  
*(1959).*

\_\_\_\_\_ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS Inc.,*  
*551 U.S. 877 (2007).*

\_\_\_\_\_ *Online Travel Co. Hotel Booking Antitrust Litig., 997*  
*F. Supp. 2d 526 (N.D. Tex. 2014).* Disponível em:  
<[https://law.justia.com/cases/federal/district-](https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/texas/txndce/3:2012cv03515/222550/136/)  
[courts/texas/txndce/3:2012cv03515/222550/136/](https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/texas/txndce/3:2012cv03515/222550/136/)> Acesso em: 05/09/2019.

\_\_\_\_\_ *Piazza v. Major League Baseball, 831 F. Supp. 420*  
*(E.D. Pa. 1993).*

\_\_\_\_\_ *Sherman Act.* Disponível em:  
<<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/1>> Acesso em: 05/09/2019.

\_\_\_\_\_ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221*  
*U.S. 1 (1911).*

\_\_\_\_\_ *Toys “R” Us, Inc. v. Federal Trade Commission, 221*  
*F.3d 928 (2000).*

\_\_\_\_\_ *United States v. Apple, Inc., 791 F.3d 290 (2d Cir.*  
*2015).*

\_\_\_\_\_ *United States v. Brown University, 5 F.3d 658, 669*  
*(3d Cir. 1993);*

\_\_\_\_\_ *United States v. General Electric Co., Case No.*  
*28228, 1977, WL 1474.*

FRANÇA. *Autorité de la Concurrence: Press release 15 December 2014: Online hotel*  
*Booking sector.* dezembro de 2014. Disponível em:



<[http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id\\_rub=592&id\\_article=2463](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=592&id_article=2463)>

Acesso em: 19/08/2019.

\_\_\_\_\_ *Eversheds Sutherland. France – Macron Law: A Focus on Online Hotel Reservation Platforms.* 20/10/2015. Disponível em: [https://www.eversheds-sutherland.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Competition EU and Regulatory/MACRON LAW FRANCE](https://www.eversheds-sutherland.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Competition%20EU%20and%20Regulatory/MACRON%20LAW%20FRANCE) Acesso em: 14/08/2019.

ITÁLIA. *Agenzie turistiche on line: avviata istruttoria nei confronti di Booking ed Expedia per verificare l'esistenza di violazioni concorrenziali.* In: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 19/05/2014. Disponível em: <<https://www.agcm.it/media/dettaglio-notizia?id=77c78135-2ac9-43c9-bb46-cf038d7b8eea&parent=News&parentUrl=/media/news>> Acesso em: 14/08/2019.

\_\_\_\_\_ *Impegni di Booking all'Antitrust sui prezzi offerti dagli hotel partner.* In: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 15/12/2014. Disponível em: <<https://www.agcm.it/media/dettaglio-notizia?id=75444112-24c4-47a5-900f-714203cd4691&parent=News&parentUrl=/media/news>> Acesso em: 14/08/2019.

\_\_\_\_\_ *Prenotazioni on line impegni di Booking chiusa l'istruttoria in Italia, Francia e Svezia.* In: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 21/04/2015. Disponível em: <<https://www.agcm.it/media/dettaglio-notizia?id=26552259-e74f-42c6-97d1-1da8e6698861&parent=News&parentUrl=/media/news>> Acesso em: 14/08/2019.

\_\_\_\_\_ *Legge 4 agosto 2017, n. 124 – Legge annual per il mercato e la concorrenza.* Disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2017;124> Acesso em: 20/08/2019.

UNIÃO EUROPEIA. Associação de Hotéis, Restaurantes e Cafés da Europa (HOTREC - Hospitality Europe). *European Hotel distribution study*, 2017. Disponível em: <<https://www.hotrec.eu/wp-content/customer-area/storage/2a67daccb0e9486218e1a53b48494ab8/European-hotel-distribution-study-final-results-revs118.pdf>> Acesso em: 19/09/2019.

\_\_\_\_\_ Corte Europeia. *Case C-67/13 P Groupement des Cartes Bancaires v. Commission*, ECLI:EU:C:2014:2204, § 53; *Case C-286/13 P Dole v Commission*, ECLI:EU:C:2015:184, § 117; *Joined Cases C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C519/06 P GlaxoSmithKline*, ECLI:EU:C:2008:738, § 58; *Joined Cases 96/82 to 102/82*,

104/82, 105/82, 108/82 and 110/82 IAZ *International Belgium and Others*  
ECLI:EU:C:1983:310, § 25.

\_\_\_\_\_ *Tratamento sobre o Funcionamento da União Europeia (TFEU).*

Disponível em:

<[http://www.concorrencia.pt/vPT/A\\_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Tratado\\_Funcionamento\\_U\\_E.pdf](http://www.concorrencia.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Tratado_Funcionamento_U_E.pdf)> Acesso em: 23/07/2019.

\_\_\_\_\_ *Vertical Restraints Block Exemption Regulation* - Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32010R0330>> Acesso em: 07/08/2019.