

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

VINICIUS FLORA GUERRERA

***MFN CLAUSES: UMA ANÁLISE ACERCA DE SUA APLICABILIDADE  
E OS EFEITOS SOBRE A LIVRE-CONCORRÊNCIA***

São Paulo

2018

VINICIUS FLORA GUERRERA

***MFN CLAUSES: UMA ANÁLISE ACERCA DE SUA APLICABILIDADE  
E OS EFEITOS SOBRE A LIVRE-CONCORRÊNCIA***

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Vicente Bagnoli

São Paulo

2018

VINICIUS FLORA GUERRERA

Dissertação apresentada ao Trabalho de Conclusão de Curso em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Vicente Bagnoli  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Prof. Dr. Rodrigo Oliveira Salgado  
Universidade Presbiteriana Mackenzie

---

Ms. Leandro Moreira Valente Barbas

Dedico este trabalho, primeiramente, a Deus por ser essencial na minha vida e me iluminar em todas as minhas conquistas.

Aos meus pais, Nicola e Maria Cândida, que com muito carinho e apoio, não mediram esforços para eu chegasse até esta etapa da minha vida, assim como por me transmitirem valores essenciais a minha formação profissional e pessoal.

## AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Maria Cândida, por seu amor incondicional e confiança plena em todos os momentos.

Ao meu pai, Nicola, que batalhou por anos para proporcionar a melhor educação para seus filhos.

À minha tia, Kátia, como principal incentivadora para que eu iniciasse a minha carreira na área do Direito.

À minha namorada, Marina, por todo companheirismo diário, assim como pela confiança e auxílio no desenvolvimento dessa monografia.

Às minhas tias, Regina e Márcia, pelo meu desenvolvimento profissional, inspirando-me a buscar, incessantemente, o conhecimento pessoal.

Ao meu irmão, Rafael, pela amizade e o companheirismo de todos os momentos.

À toda minha família.

Ao meu orientador, Vicente, pela valiosa orientação, confiança e em especial, por seu brilhantismo como docente e advogado, passando a me despertar interesse pela área do Direito Concorrencial.

## RESUMO

A monografia objetiva analisar aspectos inerentes ao emprego de cláusulas do tipo *MFN* em contratos comerciais e em decorrência disso, os efeitos provocados na livre concorrência. Para o desenvolvimento da presente, busca-se, inicialmente, situar os aspectos gerais das referidas cláusulas, com as principais definições que permeiam a sua aplicabilidade e o fenômeno do *free-rider* que atinge os mercados, principalmente, o das plataformas digitais. Em sequência, passou-se ao exame se uma cláusula *MFN* tem o condão de gerar efeitos tipicamente concorrenciais ou anticompetitivos, concluindo-se pelo caráter duplice dessa. Mais adiante, passou-se a delinear alguns dos entendimentos feitos por autoridades concorrenciais em relação à temática, em sede de inquéritos ou propositura de ação para apuração de condutas, concluindo-se pela divergência de entendimentos sobre a temática. Em relação às autoridades antitruste analisadas, primeiramente, valeu-se da importante atuação da autoridade concorrential brasileira e posteriormente, do exercício de algumas das principais autoridades mundiais. A temática é relevante posto que os efeitos da cláusula *MFN* não se limitam a concorrência, atingindo tanto os consumidores como grande parte do mercado de uma maneira complexa. Para a análise dos aspectos imbricados na temática, adotou-se o método dedutivo, efetuado a partir, principalmente, de pesquisa jurisprudencial e bibliográfica.

Palavras chave: Cláusula de Nação Mais Favorecida. Cláusula de paridade. Impacto na livre concorrência. Competição. Posicionamento autoridades concorrenciais.

## **ABSTRACT**

The monograph aims to analyze aspects inherent to the use of MFN clauses in commercial contracts and as a result, the effects caused by free competition. For the development of the present, it is initially sought to situate the general aspects of these clauses, with the main definitions that permeate its applicability and the phenomenon of the free-rider that reaches the markets, mainly the digital platforms. In the meantime, it was examined whether an MFN clause has the power to generate typically competitive or anti-competitive effects, and is concluded by its dual nature. Later on, some of the understandings made by competition authorities regarding the subject, in the form of inquiries or the initiation of proceedings for the determination of conduct, began to be drawn up, concluding with the divergence of understandings on the subject. In relation to the antitrust authorities analyzed, first, it was used the important performance of the Brazilian competition authority and later, the exercise of some of the main world authorities. The subject matter is relevant since the effects of the MFN clause are not limited to competition, reaching both consumers and the entire market in a complex way. For the analysis of the aspects imbricated in the thematic, it was adopted the deductive method, made from, mainly, of jurisprudential and bibliographical research.

**Keywords:** Most Favored Nation Clause. Parity clause. Impact on free competition. Competition. Positioning of competition authorities.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 ASPECTOS GERAIS DA CLÁUSULA MFN.....</b>	<b>12</b>
<b>2.1 Escopo amplo versus restrito .....</b>	<b>14</b>
<b>2.1.1 A dinâmica do free-rider .....</b>	<b>16</b>
<b>3 O IMPACTO EFETIVO NA LIVRE CONCORRÊNCIA.....</b>	<b>18</b>
<b>3.1 Aspectos pró-competitivos .....</b>	<b>19</b>
<b>3.1.1 Proteção contra aumento de preços .....</b>	<b>20</b>
<b>3.1.2 Diminuição dos custos de negociação .....</b>	<b>20</b>
<b>3.1.3 Garantia de recuperação dos investimentos .....</b>	<b>21</b>
<b>3.2 Aspectos Anticompetitivos .....</b>	<b>24</b>
<b>3.2.1 Exclusão de novos operadores do mercado.....</b>	<b>24</b>
<b>3.2.2 Homogeneização e aumento de preços .....</b>	<b>27</b>
<b>4 O POSICIONAMENTO DA AUTORIDADE ANTITRUSTE BRASILEIRA .....</b>	<b>30</b>
<b>4.1 Autoridade concorrencial brasileira .....</b>	<b>31</b>
<b>4.1.1 Caso OTAs .....</b>	<b>32</b>
<b>5 O POSICIONAMENTO DE AUTORIDADES ANTITRUSTE MUNDIAIS .....</b>	<b>41</b>
<b>5.1 Autoridade concorrencial americana.....</b>	<b>41</b>
<b>5.1.1 Caso UNITED STATES AND STATE OF MICHIGAN versus BLUE CROSS BLUE SHIELD OF MICHIGAN .....</b>	<b>43</b>
<b>5.1.2 Caso UNITED STATES versus APPLE, INC., et al. ....</b>	<b>47</b>
<b>5.1.3 Caso UNITED STATES versus DELTA RENTAL OF RHODE ISLAND .....</b>	<b>50</b>
<b>5.2 Autoridade concorrencial europeia.....</b>	<b>52</b>
<b>5.2.1 Caso OTAS .....</b>	<b>55</b>
<b>5.2.1.1 Análise do Reino Unido .....</b>	<b>55</b>



5.2.1.2 Análise Alemã .....	57
5.2.1.3 Análise conjunta Itália, Suécia e França .....	58
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>61</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>64</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O acirramento da livre concorrência no mundo empresarial com o decorrer dos anos, de maneira cada vez mais intensa, fez com que as empresas passassem a planejar métodos para amenizar a concorrência, a fim de se destacarem individualmente em suas disputas por mercados e obterem lucros cada vez mais substanciais.

Nesse cenário, uma corporação que possua caráter dominante sobre determinado mercado poderia exercê-lo de forma a ilidir a concorrência entre os agentes atuantes neste âmbito, de modo a se fortalecer e concomitantemente, enfraquecer os demais concorrentes. Ou seja, aplicando sua posição econômica de forma abusiva junto aos demais agentes econômicos, passando a configurar uma conduta anticompetitiva.

Desse modo, cada vez mais relevante e abrangente tem sido a atuação dos órgãos de defesa da concorrência, no intuito de coibir tais práticas, inclusive, necessitando adotar posicionamentos acerca de aspectos que não se encontram expressamente previstos no Direito Concorrencial.

Essa necessidade é oriunda justamente do intenso desenvolvimento das condutas mercantis anticompetitivas, as quais passaram a ser cada vez mais complexas e não podendo ser acompanhadas, temporalmente, pelas legislações, resoluções e provimentos.

Nesse sentido, nota-se a intensa preocupação das autoridades antitruste, ao redor do mundo, em estabelecer um posicionamento acerca do vasto emprego das denominadas *most favoured nation clauses – MFNs*<sup>1</sup> em contratos comerciais. Apesar da recente e crescente atenção acerca das referidas cláusulas, o número de decisões das autoridades concorrenciais ainda é relativamente reduzido, inclusive, onde a legislação concorrential é mais robusta, como nos Estados Unidos e na União Europeia, inclusive, não havendo uma unanimidade de entendimento entre os órgãos de proteção a concorrência.

De tal forma, diferentes posicionamentos têm sido formados em relação à influência da cláusula *MFN* na livre concorrência do mercado. E o que se objetiva nesta monografia é justamente trazer à tona algumas das implicações concorrenciais inerentes ao emprego das

---

<sup>1</sup> Em português, “cláusulas de nação mais favorecida”.

cláusulas de nação mais favorecida, mais especificamente, em contratos comerciais, bem como evidenciar a interpretação dos principais organismos antitruste em relação a elas.

Ante as exposições introdutórias, passa-se a estrutura desta monografia: após esta Introdução, o Capítulo 2 (dois) expõe os aspectos gerais da cláusula de nação mais favorecida (*MFN*), passando a definir algumas de suas tipificações em relação aos seus efeitos práticos e o fenômeno mercadológico conhecido como *free-rider*.

Em sequência, o Capítulo 3 (três) descreve os impactos efetivos na livre concorrência advindos da cláusula *MFN*, apresentando-se a natureza dúplice desta - aspectos pró-competitivos e anticoncorrenciais – além de mapear alguns dos dispositivos legais que versam sobre tais implicações.

Mais adiante, nos Capítulos 4 (quatro) e 5 (cinco) apresenta-se um panorama sintetizado do entendimento de algumas das principais autoridades antitruste sobre a temática, assim como a ilustração através de casos emblemáticos, na seara do Direito Concorrencial.

Por fim, na conclusão, será feito um sucinto cômputo em relação ao tema e apontadas as principais perspectivas futuras para o emprego de cláusulas *MFN* em contratos comerciais privados, em consonância aos entendimentos jurisprudenciais das autoridades de proteção a concorrência citadas na presente monografia.

## 2 ASPECTOS GERAIS DA *MOST FAVOURED NATION CLAUSE* (MFN)

Inicialmente, imperioso se faz apresentar o conceito e a aplicabilidade da referida cláusula, posto se tratar de elemento pontual de uma negociação comercial e extrínseco ao conhecimento popular.

A ideia do conceito de nação mais favorecida é oriunda, mais recentemente, do Direito Internacional Público, sendo tão relevante que, inclusive, fora positivada no artigo I do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT)<sup>2</sup> de 1994, cujo teor ainda permanece em vigor perante a Organização Mundial do Comércio (OMC).

Nesse sentido, o referido acordo define que:

**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, Este dispositivo se refere aos direitos aduaneiros e encargos de toda a natureza que gravem a importação ou a exportação, ou a elas se relacionem, aos que recaiam sobre as transferências internacionais de fundos para pagamento de importações e exportações, digam respeito ao método de arrecadação desses direitos e encargos ou ao conjunto de regulamentos ou formalidades estabelecidos em conexão com a importação e exportação [...] (grifo nosso)**

Thorstensen, Ramos e Muller<sup>3</sup> estabelecem que o princípio NMF (nação mais favorecida) obriga as partes contratantes na concessão do mesma tarifa alfandegária em relação a todos os demais contratantes, sendo que o fator aqui levado em consideração são os acordos firmado entre nações.

Da mesma forma, a vantagem ou o privilégio, no tocante a importações e exportações que tenham sido concedidos por um contratante à outra parte deverá ser “imediate e incondicionalmente” estendido a todas as demais partes contratantes, passando a trazer o princípio da não discriminação entre as nações.

<sup>2</sup> BRASIL. Lei nº 313, de 30 de julho de 1948. Autoriza o Poder Executivo a aplicar, provisoriamente, o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio; reajusta a Tarifa das Alfândegas, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 03 ago. 1948. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1930-1949/L313.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L313.htm). Acesso em 11 ago. 2018.

<sup>3</sup> THORSTENSEN, Vera; RAMOS, Daniel; MULLER, Carolina. O princípio da nação mais favorecida e os desalinhamentos cambiais. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, Brasília, p. 3-4, 2011. Disponível em: [http://desafios2.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/111229\\_notatecnicadinte6.pdf](http://desafios2.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111229_notatecnicadinte6.pdf). Acesso em: 11 ago. 2018.

Nos dias atuais, a aplicabilidade da *MFN* encontra relevância também no direito contratual, sendo a cláusula da nação mais favorecida conhecida, internacionalmente, pela sigla *MFN's* (most favoured nation clauses). No entanto, possui outras denominações, tais como “cláusula de cliente mais favorecido”, “cláusula de não discriminação”, ou ainda, “*parity clauses*”, segundo Ezrachi<sup>4</sup>.

No entendimento de Baker e Chevalier<sup>5</sup> se trata de um acordo vertical entre fornecedores e compradores. De maneira mais simplificada um artigo<sup>6</sup> do *European Journal of Law and Economics* delimita que essa cláusula é uma espécie de acordo firmado entre um fornecedor e um cliente, onde o fornecedor se comprometerá (promessa) perante seu cliente, a conceder a ele termos igualmente favoráveis, conforme concedido a qualquer outro cliente.

Para melhor elucidação do conceito, concebe-se a seguir um exemplo de sua aplicabilidade. Em determinado contrato de prestação de serviços, firmado entre duas empresas, sendo “A” a contratada e “B” a contratante, estipulou-se a previsão da cláusula *MFN*. No entanto, durante o decorrer do contrato, a empresa “B” (contratante) obtém o conhecimento que a empresa “A” (contratada) firmou contrato com “C” (outro contratante) em condição mais benéfica a “C”, seja de prazo, valores, ou quaisquer outras condições que tornem diferente a prestação de serviço fornecida à “B”. Desta forma, o contratante “B” pode obrigar que “A” lhe forneça as mesmas condições benéficas por imposição da cláusula *MFN*.

Em complemento, a cláusula de paridade permite também que uma das partes do contrato submeta a outra não vender por um preço abaixo daquilo que fora avençado entre eles.

Importante notar que a presença desta cláusula infere na atuação direta do fornecedor ou vendedor em relação ao seu mercado e seus possíveis clientes, de modo a garantir que em todos os casos o cumprimento do negócio ou da oferta se dará de forma minimamente igualitária ao contratante que tenha estipulado esta cláusula. Assim, o que também favorece a inserção da

---

<sup>4</sup> EZRACHI, Ariel. The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce. In: 124<sup>th</sup> OECD COMPETITION COMMITTEE, Item 7, 27-28 out. 2015, Paris. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)11&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)11&doclanguage=en). Acesso em: 11 ago. 2018.

<sup>5</sup> BAKER, Jonathan; CHEVALIER, Judith. The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions. *Articles in Law Reviews & Other Academic Journals*, Washington, Paper 277, 20-26, 2013. Disponível em: [https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1280&context=facsch\\_lawrev](https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1280&context=facsch_lawrev). Acesso em: 11 ago. 2018.

<sup>6</sup> GÖNENÇ, Gürkaynak et al. Most-favored-nation clauses in commercial contracts: legal and economic analysis and proposal for a guideline. *European Journal of Law and Economics*, Nova Iorque, v. 42, n. 1, p.129-155, 2016. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10657-015-9515-y>. Acesso em: 11 ago. 2018.

*MFN* é o abuso da posição dominante<sup>7</sup> em determinado setor por agentes econômicos que impõe a aplicabilidade deste tipo cláusula.

Por tal motivo, as agências antitruste vêm lidando com uma tarefa árdua, qual seja a determinação do limite entre a aplicação das “*MFN clauses*” e a transgressão da livre concorrência nos mercados.

## 2.1 Escopo amplo *versus* restrito

A análise do escopo de uma cláusula *MFN* foi um dos principais instrumentos utilizados pelas autoridades antitruste na percepção dos efeitos ocasionados ao mercado por esta. Além disso, auxiliou também na adoção dos critérios para a definição dos entendimentos acerca da legalidade da referida cláusula e em que circunstâncias pode ser empregada.

O escopo de uma cláusula de paridade nada mais é do que a abrangência dos efeitos em agentes econômicos envolvidos em uma determinada relação comercial em que esteja presente tal cláusula e o que de certa forma essa objetiva. Ou seja, como aquela cláusula irá ser aplicada frente ao mercado, as limitações impostas por força dela abrangem todos os concorrentes, todos os consumidores?

Nessa análise de finalidade, nota-se haver duas categorias - cuja abrangência é o objeto central das autoridades nacionais de concorrência - a cláusula *MFN* de escopo amplo (também denominada *wide* ou *broad clause*) e a de escopo reduzido, ou ainda, estreito (conhecida como *narrow clause*).

Ariel Ezrachi<sup>8</sup> define que uma *wide clause* é aquela que fornece uma espécie de proteção em uma escala maior no mercado. Dessa maneira, a utilização de uma cláusula de escopo amplo atinge não só os participantes da relação contratual em que se insere a cláusula *MFN*, passando a atingir diretamente as demais negociações e fornecedores do mercado.

---

<sup>7</sup> “O poder de mercado por si só não é considerado ilegal, mas quando uma empresa ou grupo de empresas abusa desse poder adotando uma conduta que fere a livre concorrência, a prática configura-se em abuso de poder econômico. Esse abuso não está limitado a um conjunto restrito de práticas específicas, uma vez que a análise sobre a possibilidade de uma conduta causar dano à concorrência é complexa e são muitos os fatores analisados para que se possa caracterizar determinada prática como abuso”. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>. Acesso em: 25 jul. 2018.

<sup>8</sup> EZRACHI, Ariel. op. cit.

Como será verificada mais adiante, uma das principais intervenções dos órgãos antitruste em relação à cláusula ampla foi acerca da utilização desta por sites como o Booking.com e Decolar.com, delimitando que os efeitos da presença deveriam abranger a qualquer um do mercado. Isto é, a oferta apresentada no Booking.com pelo hotel, por exemplo, abrangia as plataformas on-line e off-line do próprio hotel, frise-se assim como a dos demais concorrentes.

O fato de uma cláusula imposta por uma empresa dominante<sup>9</sup> ao outro contratante que este deve limitar sua atuação junto aos concorrentes diretos do estipulante da cláusula ampla tem sido visto por grande parte das autoridades antitruste como uma relação desarmônica e violadora da livre concorrência, conforme será possível notar das explanações presentes no quarto e no quinto capítulo desta monografia. No mesmo sentido, demonstrando o incentivo do agente dominante em permanecer com tal característica mercadológica se preceitua que:

Uma vez que o status de monopólio proporciona a oportunidade de obtenção de lucro econômico, o poder monopolístico encerra em si mesmo valor econômico, o que gera incentivos para que os agentes econômicos tentem se tornar monopolistas e cria incentivos para aqueles que já o são utilizem recursos reais para manter a posição dominante. (GICO JUNIOR, 2007).

De maneira diversa, uma *narrow MFN* (escopo reduzido ou mitigado), tem sido bem aceita pelas principais autoridades antitruste, posto que sua abrangência tem limitações aos agentes vinculados por força de uma relação contratual e não a todos os agentes econômicos da área comercial vinculada ao contrato. Por ter efeitos mitigados ela por si só não possui efeitos anticompetitivos diretos.

Dessa forma, a presença de uma cláusula de escopo reduzido permitirá que o estipulante não seja prejudicado por fenômenos típicos do mercado, como o *free-rider*, resguardando assim os investimentos feitos para conquista de seus clientes, porém, sem limitar a concorrência dos demais *players* do mercado.

Como exposto essa categoria de cláusula busca proteger seu estipulante e não violar aspectos concorrenciais.

---

<sup>9</sup> Apesar de serem minoritários, há entendimentos de que não é mais necessária a influência de um agente dominante do mercado para que haja restrição na aplicabilidade da cláusula de escopo amplo. Nesse sentido, cita-se: U.S.D.C S.D.N.Y. Civil Action No 1:12-CV-2826 *U.S. versus Apple, Inc., et al.* Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case-document/complaint-26>. U.S.D.C. E.D.N.Y. Civil Action No CV-10-4496 *U.S. and Plaintiff States versus American Express Co., et al e* <https://www.leagle.com/decision/infdc020150220d35>. Acessos em: 14 de out. 2018.

### 2.1.1 A dinâmica do *free-rider*

O *free-rider* é um termo de cunho econômico, conhecido no Brasil pela tradução de “caronista”, sendo considerado como um problema típico de mercados específicos, onde se oferece aos consumidores um recurso (bens ou serviços) que não necessariamente será custeado por estes, caso não finalizem uma transação ou uma compra. Dessa forma, havendo prejuízo financeiro pela manutenção das estruturas disponibilizadas, aproveitadas pelos consumidores para determinado fim ao qual não houve um pagamento ou benefício a quem disponibilizou tal recurso.

Essa expressão é muito utilizada no mundo corporativo e em outras palavras, pode ser definido como alguém que usufrui de um benefício resultante de um esforço da coletividade, todavia, sem contribuir para tal esforço.

Para fins de melhor compreensão sobre o conceito, apresenta-se uma aplicabilidade no Direito Público. Um cidadão que não contribui com seus impostos ainda continua tendo a proteção do Estado, seja de policiamento, saúde ou educação.

Assim, embora não tenha ocorrido uma contribuição do cidadão no custeio de tais serviços, estes serão financiados pela coletividade que paga tributos e se utiliza dos serviços. São vastos os exemplos: sistemas de controle de enchentes, acesso à água potável, infraestrutura de saneamento, defesa nacional e entre outros.

O *free-rider* é sempre levado em consideração em prospectos econômicos de empresas e governos, pois dependendo da quantidade de pessoas que exercerem sua posição no mercado como “caronistas”, explorando os recursos sem custeá-los, o suprimento desse bem poderá perecer.

Em uma abordagem vinculada ao âmbito do Direito Concorrencial, esse termo econômico se relaciona, principalmente, aos casos em que se disponibiliza ao consumidor um recurso e este se vale de tal ferramenta para buscar a melhor opção de compra. Porém, não custeou a disponibilização deste recurso. Muitos são os casos de plataformas online de comparação que ganham com esse fenômeno dos *free-riders* de mercado, os *price comparison websites (PCWs)*<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Sites de comparação de preços e condições.



Dessa forma, um dos fatos aduzidos pelas empresas que se utilizam da cláusula MFN é justamente a busca por proteção em relação a essa problemática inerente dos mercados em que estão inseridas.

O cenário construído no mercado demonstra uma intervenção expressa na concorrência advinda das cláusulas de paridade, podendo determinar fatores que levam a compreensão de que estas não sejam pró-competitivas. No entanto, a análise deve ser mais complexa em relação ao escopo trazido pela presença de uma *MFN*, pois esta traz em seu bojo aspectos que também auxiliam na livre-concorrência e na proteção dos consumidores.

Posto isto, passar-se-á a uma análise mais profunda dos reflexos do emprego da cláusula em contratos, principalmente, os que atingem o mercado consumidor cotidianamente.

### 3 O IMPACTO EFETIVO NA LIVRE CONCORRÊNCIA

Nos últimos anos, asseverou-se a preocupação das autoridades antitruste, ao redor do mundo, no estabelecimento de um entendimento acerca das cláusulas *MFN* e os seus potenciais efeitos em relação ao mercado. Mais especificamente, com o emprego contratual de uma cláusula que impõe ao outro contratante que siga determinadas condições perante o mercado em que se inserem, influenciando a livre concorrência dos agentes do mercado e atingindo de maneira direta no consumidor daquele produto ou serviço.

Trata-se de tarefa árdua a constituição de um entendimento acerca da temática, tendo em vista a complexidade de fatores envolvidos no ato decisório de considerar uma prática constrictiva a livre concorrência. Outro fator relevante foi o surgimento de novas modalidades de serviços, como as vinculadas as plataformas informatizadas que atingem um número muito maior de agentes econômicos do que nas relações tradicionais.

E é nesse setor de websites e vendas pela Internet que concentram os esforços dos órgãos reguladores da concorrência, nos últimos anos, no estabelecimento de uma jurisprudência basilar também aos tradicionais modelos de negócios, quando se tratar da utilização de cláusulas de paridade de condições. Com relação a isso, será apresentado de maneira mais concreta no quarto e quinto capítulo desta monografia, alguns dos casos que permearam o assunto, mas ressalta-se, desde já, que estão envolvidos nos casos analisados grandes corporações, tais como Apple, Amazon, Expedia.com, Booking.com e entre outras.

O embate entre as empresas investigadas de conduta anticoncorrencial e as autoridades nacionais era a definição dos limites a que se poderia constituir uma cláusula *MFN*, sem que isso violasse a lei de concorrência nacional ou transnacional, em alguns casos. Para tanto, deveria ainda ser levado em consideração o objeto “geral” da defesa da concorrência que é “a promoção do bem estar social, através da busca por um subconjunto de objetivos particulares”, conforme aponta Saito<sup>11</sup>. Similarmente, Bagnoli<sup>12</sup> destaca que a concorrência “como meio ótimo na promoção do bem-estar econômico do consumidor é possível com o Estado promovendo instituições fortes e aptas a controlar o poder econômico por meio do Direito.”.

---

<sup>11</sup> SAITO, Leandro. *Antitruste e novos negócios na Internet: Conduas Anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico?*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-22072016-130405/pt-br.php>. Acesso: 12 ago. 2018.

<sup>12</sup> BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 180.

Dessa forma, a desconstrução do escopo de abrangência de uma cláusula *MFN* é caráter essencial na apuração dos efeitos perante a livre concorrência e o mercado consumidor, por consequência.

Neste ponto, é possível delimitar que esse tipo de cláusula traz fatores pró-competitivos e anticoncorrenciais, concomitantemente. Portanto, para que se verifique o que deve preponderar na verificação acerca das efetivas colisões da cláusula com o mercado concorrência de atuação e por consequência, da Lei Antitruste é a proporção entre tais fatores.

### 3.1 Aspectos pró-competitivos

Em que pese a cláusula *MFN* em sua análise induzir para a obtenção de uma crença de que não há efeitos que estimulem a concorrência do mercado e avanços diretos a este, eles existem e merecem ser destacados. É imperioso fazer tal destaque, pois a análise sobre fatores de mercado econômico devem ser verificados em sua completude, a fim de que ao ser adotado um determinado entendimento não se desconsidere aspectos importantes para atuação dos mercados. Fora o exposto, também servirá para analisar com pujança os argumentos dos defensores da manutenção da cláusula de “nação mais favorecida” na economia privada.

Nessa perspectiva, a defesa da existência de um aspecto positivo na presença de acordos *MFN* considera alguns dos efeitos mercadológicos como

[...] fornecer aos compradores uma certa proteção contra aumentos de preços pelos fornecedores. Eles também permitem que os compradores reduzam os custos de negociações frequentes e pesquisas de mercado para descobrir se estão obtendo o melhor preço disponível. As cláusulas *MFN* também podem ser uma forma legítima de proteger os investimentos específicos incorridos pelos compradores, a pedido do vendedor, uma vez que proporcionam a esses compradores um incentivo adicional para se comprometerem com os investimentos, garantindo uma garantia extra dos custos de recuperação ao longo do tempo. (PLANKESTEINER; CRÉQUER, 2016, tradução nossa).

Portanto, ao elencar alguns dos fatores que favorecem o emprego de uma cláusula *MFN* nas relações contratuais privadas e que possuam caráter competitivo, dentre eles se destacam: a proteção contra o aumento de preços de produtos e serviços, diminuição dos custos na realização de uma negociação e a garantia de recuperação dos investimentos efetuados por um dos operadores da relação.

### 3.1.1 Proteção contra aumento de preços

Notadamente, tais proposições se reúnem ao redor do prisma de uma suposta “proteção” comercial. No tocante ao primeiro argumento de que haveria uma proteção em relação o aumento dos preços, percebe-se ser eficaz, em uma análise breve e rasa. A longo prazo, os varejistas seriam obrigados a praticar sempre o menor preço junto aos seus fornecedores, possibilitando aos consumidores (compradores) o menor valor disponibilizado pelo varejista. Entretanto, para que essa hipótese seja realidade seria necessário que os grandes *players* de um determinado setor aderissem todos a prática da cláusula *MFN*, posto que assim todos os envolvidos do mercado buscassem atingir o preço do concorrente ou ainda fazer o preço de venda ficar cada vez menor. Evitar-se-ia, assim, o aumento de preços, mas se chegaria a um valor mínimo que abaixo deste seria inviável, financeiramente, a prática daquela atividade mercantil.

Com o mercado formatado nesse cenário e o aumento do número de cláusulas do tipo, pode-se gerar um grave efeito no mercado, o fenômeno da homogeneização dos preços<sup>13</sup>. E inclusive, com a possibilidade de aumento de preços porque se o mercado consumidor necessitar daquele produto ou serviço e os fornecedores através de conluio os varejistas resolverem aumentar conjuntamente e ao mesmo tempo, o preço irá aumentar de acordo com o que vendedores desejam, chegando-se a outra prática anticompetitiva, o cartel. Desse modo, o consumidor ficaria em situação de grande vulnerabilidade.

### 3.1.2 Diminuição dos custos de negociação

Esse outro argumento utilizado é prevê que a redução se daria pela diminuição de tempo necessário para se negociar um possível menor preço, conhecido pelo mercado como “barganha”. Com isso, tanto os consumidores como os fornecedores ganhariam nos custos de pesquisa, deslocamento, funcionários e entre outros.

Porém, justamente o que faz ser um argumento tornar o mercado mais competitivo por melhores contratos, faz com que se perca o poder de barganha entre os agentes do mercado, tendo em vista em que eles praticarão um valor fixo. O argumento é frágil, pois a cláusula

---

<sup>13</sup> O conceito será detalhado no próximo subitem deste capítulo.

contratual limita a atuação da outra parte junto a terceiros, engessando o mercado, tornando-se inviável a disponibilidade de técnicas de negociação, já amplamente difundidas, como o pedido de cotação (*RFQ - request for quotation*), composição de custos de fornecedor de médio/pequeno porte (*Second tier Cost Breakdown*) e avaliações de performance de fornecedores (*SPE - Supplier Performance Evaluations*)<sup>14</sup>.

Ante o exposto, tal argumento em defesa das cláusulas de paridade é relevante, todavia, não possuindo a envergadura da última argumentação exposta a seguir.

### 3.1.3 Garantia de recuperação dos investimentos

Atualmente, há um grande número de empresas que desenvolvem plataformas e sistemas e as disponibilizam ao mercado a um baixo custo, ou ainda, a um custo zero, baseando-se em um relacionamento contínuo com seus clientes ou compradores. Essas empresas, em regras, são pertencentes a setores informatizados responsáveis por grande parte das operações nos principais atividades mercantis do país e do mundo.

O grande volume de operações possibilita a obtenção dos lucros projetados em longo prazo, bem como a recuperação dos valores investidos na criação dessas novas plataformas de negócios e em grande parcela dos casos, proveniente de vendas através de uma plataforma.

---

<sup>14</sup> A seguir um resumo dos principais conceitos apresentados: “RFQ (request for quotation, pedido de cotação): é uma das ferramentas mais utilizadas pela indústria de alimentos para redução do preço dos itens comprados. Basicamente, a empresa consolida seu volume de compras (geralmente do trimestre) e faz uma cotação com todos os fornecedores qualificados. Este documento contém a especificação do produto, volume, prazo de pagamento e prazo definido de resposta. Essa é uma técnica onde todos os fornecedores qualificados recebem as mesmas informações e têm as mesmas condições para oferecer a melhor proposta para o trimestre. Gera muita competitividade uma vez que essa negociação cobre a demanda total para os próximos meses. Second tier Cost Breakdown (Composição de custos de fornecedor de médio/pequeno porte): técnica na qual o fornecedor abre seus os custos e a empresa analisa a composição daquele custo, buscando oportunidades de melhoria e possibilidade de dar suporte ao fornecedor na negociação. Por exemplo, se a empresa consome um dos ingredientes que o fornecedor usa na composição do item, ela pode aproveitar seu poder de negociação e consolidar o volume com o do fornecedor, reduzindo assim o custo do produto final. Supplier Performance Evaluations (SPE – Avaliações de Performance de Fornecedores). O SPE não é uma técnica de negociação, porém uma ferramenta que resulta em melhor desempenho do fornecedor. A empresa avalia cada fornecedor pelas áreas: Técnico, Qualidade, Suprimentos e Custo. Desta avaliação, é gerada uma nota que é levada a uma reunião formal com o fornecedor, chamada de QBR (Quarterly Business Review – Revisão de Negócios Trimestral), da qual participa a Alta Gestão da empresa. Na reunião, é mostrada a performance do fornecedor e o seu posicionamento em relação aos demais fornecedores da mesma empresa. Este processo estimula aos fornecedores a atuarem com mais qualidade, por exemplo resolvendo os problemas da rotina com agilidade, através de um Plano de Ação com responsáveis e prazo, a partir dos pontos de melhoria identificados no processo.”. ASSIS, Tatiane Alves de. Técnicas de Negociação para redução de custos de materiais comprados. Sra. Inovadeira, São Paulo, 08 set. 2016. Estratégia de P&D. Disponível em: <<https://srainovadeira.com.br/tecnicas-de-negociacao-para-reducao-de-custos-de-materiais-comprados/>>. Acesso em: 15 set. 2018.

No entanto, faz-se necessária a demonstração de que a constituição de uma cláusula de paridade é fator importantíssimo na proteção dos investimentos dessas empresas. De modo a facilitar a compreensão, exemplifica-se: Uma plataforma online de reservas de hotéis (fornecedor atacadista), ferramenta que trouxe diminuição de custos ao consumidor (aspectos monetários e temporais, principalmente), negocia junto aos seus fornecedores de acomodações (hotéis), fornecedores varejistas, um contrato com emprego da garantia advinda de uma cláusula do tipo *MFN* com escopo reduzido (*narrow clause*). Dessa forma, o hotel não poderia disponibilizar um valor menor diretamente em seu *website*, sob pena de estar violando o contrato firmado, salvo se também oferecer as mesmas condições na plataforma do contratando em que se pactuou a referida cláusula. Constituindo-se, assim, uma relação de paridade de disputas.

A imposição de uma cláusula *MFN*, como visto, é primordial para que o fornecedor atacadista de um recurso que possibilita o atingimento de um maior número de adquirentes de um bem ou serviço para o varejista não seja prejudicado pela problemática do *free-rider*, já apresentado no capítulo anterior. Nesse caso, um consumidor poderia procurar através da plataforma de reservas online gratuita o hotel com o menor valor, comparar com dentre os hotéis e tentar fechar diretamente a reserva com o hotel de menor valor. Nota-se que o fornecedor atacadista não teria retorno de seus investimentos, sendo inviável manutenção de sua posição no mercado e o não retorno efetivo na criação de um recurso tão benéfico aos consumidores, qual seja a plataforma de reservas online.

Além disso, é preciso aduzir que a cláusula com escopo reduzido só abrangeria o próprio hotel, não violando a livre concorrência, mas gerando uma proteção de que os hotéis e os consumidores se valham da plataforma para busca, mas não se utilizem dela para adquirem as reservas. O contato do hotel diretamente com o consumidor com valores mais baixos do que nas plataformas poderia criar uma situação de conduta desleal com o parceiro de mercado, o que ainda não seria uma conduta de bem estar do mercado.

Outro ponto importante e que gera controvérsias é o da possibilidade de aplicação, ainda, como no caso das plataformas de reservas online, de uma cláusula de paridade de escopo amplo (*wide clauses*). Diferentemente de uma *narrow clause*, aquela abrangeria os demais concorrentes do setor o que visto sobre a ótica da livre concorrência estaria em detrimento aos princípios inerentes do mercado. Ou seja, uma plataforma online de reservas poderia exigir de

um hotel, o qual se sirva deste recurso, a não disponibilização de um valor menor em seus canais de venda internos, bem como no de qualquer outra plataforma de venda online concorrente.

A limitação do mercado seria evidente, ensejando inúmeros prejuízos ao mercado de concorrência e de consumo, sendo, portanto, tal escopo de aplicabilidade de difícil aceitação por grande parte das autoridades antitruste mundiais.

Ainda acerca da temática, pode-se citar um exemplo de outra plataforma on-line de vendas, o *eBay*. A empresa investe no oferecimento de sistemas de compra e venda de bens pelos usuários, disponibilizando em sua plataforma um histórico de condutas dos usuários, com comentários (*reviews*) de outras pessoas que já negociaram com aquele vendedor, de modo a fornecer maior segurança na transação. Toda essa disponibilidade de serviços tem um custo de operação, só sendo repassado aos participantes de um negócio em caso de efetivação deste.

Com essas informações obtidas anteriormente pela plataforma e análise desta, em uma hipótese de o comprador efetuar uma negociação diretamente com o vendedor ou com outra plataforma de vendas, o negócio do *eBay* pereceria por falta de vendas diretas. Inclusive, com a diminuição de vendas os compradores estariam sendo prejudicados ante a proporcional diminuição de estatísticas disponibilizadas pelo site e podendo até um eventual desaparecimento dessa modalidade do negócio. Não sendo difícil a compreensão de que isso geraria grande prejuízo ao mercado em que se insere, além de novamente ser um fator motivador a existência de uma cláusula *MFN* no combate ao *free-rider*.

A este respeito, pela complexidade dos fatores de mercado que circundam a temática dos efeitos da aplicabilidade de cláusulas de paridade, as autoridades concorrenciais têm aperfeiçoado sua análise, tecendo considerações mais abrangentes sobre os aspectos pró-concorrenciais e anticoncorrenciais. Dessa maneira, é necessário sobrepesar grande parte dos fatores mercadológicos afetados e não pura e simplesmente, a livre concorrência, o que será analisado mais adiante nos capítulos quarto e quinto desta monografia.

Então, para se chegar a uma conclusão em relação às *MFNs* e a violação do Direito Concorrencial, algumas autoridades já puderam notar fatores restritivos a concorrência e que passarão a serem elencados.

### 3.2 Aspectos Anticompetitivos

Uma cláusula *MFN* por si só não possibilita a compreensão de que ela possui natureza restritiva a livre concorrência, mas os efeitos advindos de sua prática têm esse condão<sup>15</sup>. E por isso, muito se tem discutido acerca dos efeitos imbricados no mercado mediante o uso de uma *MFN*.

Desta forma, para que haja um maior delineamento dos fatores envolvidos em sua aplicabilidade, frise-se que consubstancie com a criação de um cenário de restrição concorrencial, é imperioso destacar algum destes efeitos: Exclusão de novos operadores do mercado e homogeneização de preços. Desta forma, após serem identificadas determinadas dinâmicas de mercado ou características contratuais que apresentam um forte risco de efeitos anticoncorrenciais, poder-se-á fornecer uma conclusão mais sólida acerca de tais argumentações.

#### 3.2.1 Exclusão de novos operadores do mercado

Um dos efeitos que se sobressaem e geram maior discussão sobre a legalidade de sua aplicação em relação às leis vinculadas ao Direito Concorrencial é a criação de barreiras, espontâneas ou provocadas, em relação ao surgimento de novos concorrentes. Esse efeito também é conhecido como exclusão anticompetitiva.

Nesse sentido, esse tipo de exclusão prescinde de uma sucinta análise classificatória de práticas restritivas. Para isso, valer-se-á das definições e entendimentos trazidos pela autoridade antitruste brasileira, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

A Resolução nº 20/99<sup>16</sup> deste Conselho, em seu anexo I, define e classifica as práticas restritivas em práticas horizontais e verticais. As horizontais “consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios”. Já as verticais são “restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou

---

<sup>15</sup> PLANKESTEINER, Marco; CRÉQUER, Elise. Most Favoured Nation Clauses, 2016. Disponível em: <<https://gettingthedealthrough.com/area/41/article/28952/vertical-agreements-favoured-nation-clauses/>>. Acesso em: 15 set. 2018.

<sup>16</sup> Apesar de revogada pela Resolução nº 45/2007 do mesmo Conselho, as definições trazidas anexas pela Resolução nº 20 ainda permanecem servindo de subsídio a interpretação das condutas anticoncorrenciais.



serviços em determinado mercado (“de origem”) sobre mercados relacionados verticalmente – a “montante” ou a “jusante” – ao longo da cadeia produtiva (mercado “alvo”).”.

Nesse sentido, destaca-se que além do aumento do poder de mercado adquirido por certa empresa com tais práticas, cria-se uma série de fatores estruturais e econômicos, os quais, conseqüentemente, tornarão possível o surgimento de novas práticas que violarão a livre concorrência, como o cartel<sup>17</sup>. Um dos fatores criados por práticas horizontais é justamente a existência de barreiras que impossibilitam o surgimento de novos operadores do mercado.

Nesse cenário, é nítido que a presença de uma cláusula *MFN* contribui para a exclusão de novos concorrentes. Desta forma, suponha a existência de um produtor de manufaturados (“produtor”), com grande relevância no mercado, o qual pactua junto aos seus fornecedores de insumos (“fornecedores”) que deverão vendê-los aos concorrentes do produtor por um preço igual ou superior ao preço que eles oferecem a ele. Além disso, o produtor estabelece com os distribuidores da manufatura que comprem do concorrente do produtor a um preço igual ou maior do que o dele e nunca menor.

No tocante a isso, nota-se que haveria uma discriminação de preços que contribuiria para a construção de um cenário anticoncorrencial. Em tal conduta, ocorreu a fixação de preços diferentes para o mesmo produto discriminando entre compradores. E em situações que o agente econômico possui dominação sobre aquele mercado, inclusive, como o controle de uma infraestrutura necessária para produção, a discriminação de preços poderá levar a um aumento de custos para o concorrente que poderá chegar a um nível que impossibilite a entrada ou concorrência destes. E em decorrência disso, um aumento no preço para o produto/serviços e conseqüentemente, também para os consumidores.

Com essa condição possibilitada por uma *MFN (wide clause)*, os custos dos concorrentes diretos e indiretos do produtor aumentariam, assim como prejudicaria a capacidade de competição desses, principalmente, pela diferenciação na negociação de preços que não seria mais um fator de destaque ou competição entre as empresas de um mesmo segmento.

---

<sup>17</sup> Segundo definição apresentada pelo CADE, na Resolução nº20/99, os cartéis são “acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, **em torno de itens como preços**, quotas de produção e a distribuição e divisão territorial, na tentativa **de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio**.”. (grifo nosso). Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>. Acesso em: 25 ago. 2018.

De acordo, ainda, com a Resolução nº20/99, o CADE dispõe que:

As restrições verticais são anticompetitivas quando implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos, ou ainda quando aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, pela constituição de mecanismos que permitem a superação de obstáculos à coordenação que de outra forma existiriam.

Sob tal prisma, quando um agente dominante emprega uma cláusula *MFN* que passa a atingir todos os concorrentes se diminui a capacidade do surgimento de novos concorrentes ou daqueles que teriam outras de forma de concorrer com tal agente por algum método de diferenciação, tal como o preço e demais custos de produção. Em regra, o agente dominante do mercado já detém os melhores e menores custos de produção, sendo que para algum concorrente atingir a mesma capacidade de mercado necessitaria suprir todas as barreiras impostas por uma *MFN* e ainda assim ser competitivo, oferecendo pelo mesmo preço condições mais benéficas ao mercado. Isto é, competir com paridade de condições mercadológicas impostas, porém, com estruturas e capacidades internas diferentes.

Um novo agente de determinado setor para atingir as mesmas condições do agente dominante necessitaria surgir com a mesma capacidade estrutural e de negociação daquele, o que outrora torna, claramente, rarefeito tal surgimento porque não há como se diferenciar em um mercado com reflexos amplos de uma *MFN*, caso seja um concorrente de menor porte, por exemplo.

Outro aspecto relevante, é que a dificuldade reflexa da *MFN* imposta a todo um setor poderá ensejar o encerramento das atividades dos concorrentes, os quais não conseguindo mais demonstrar sua capacidade competitiva ao mercado perderam seus clientes. E estes, por consequência, necessitarão buscar outras opções que na maioria das vezes irão de encontro com a empresa beneficiária de uma cláusula de paridade e dominante do mercado. Dessa maneira, a prática de uma *wide clause* ao ampliar seu escopo é responsável pela diminuição de opções de empresas ao mercado consumidor, limitando a sua capacidade de escolha e avanço da competitividade entre as empresas.

A concorrência seja no mercado de produção ou de venda passará pelo aspecto preço. Quanto maior competitivo maior a chance de obtenção de êxito em relação ao seu público-alvo. Portanto, quando algum aspecto contratual reflete aspectos diretos sobre todo um setor e torna

homogêneos os preços, deve-se avaliar se tal aspecto é lícito ou se encontra em consonância com as condutas anticoncorrenciais que limitam a atuação de concorrentes.

### 3.2.2 Homogeneização e aumento de preços

De acordo com Toni, Larentis, Saciloto e Milan<sup>18</sup>, a precificação de produtos ou serviços é aspecto determinante na escolha de seus compradores. Ainda, segundo os autores, “fatores como maior diferenciação dos produtos, desenvolvimentos tecnológicos e globalização da economia fizeram com que o preço ganhasse importância, pois é um dos elementos chave para alcançar o volume de vendas desejado e por impactar nos lucros e na rentabilidade das empresas”.

No aspecto concorrencial, análise de condutas vinculadas ao preço de mercadorias e serviços tem grande relevância para as principais autoridades antitruste. Isso se deve porque o preço é um importante instrumento para a tomada de decisão de compra e venda pelas empresas e consumidores.

A imposição advinda de uma cláusula *MFN* está intrinsecamente ligada aos aspectos de preços e custos, tendo em vista a paridade de condições imbricadas por seus constituintes. Nesse seguimento, os desdobramentos a seguir aduzidos levarão em consideração algumas das práticas restritivas que se vinculam a precificação de produtos e serviços<sup>19</sup>.

Ressaltada a influência de uma cláusula de paridade sobre o preço, passa-se a conduta prejudicial à concorrência e que se vincula a composição de preços denominada “Fixação de Preços de Revenda”. Em conformidade ao disposto na Resolução nº20/99, essa conduta é aquela em que o “produtor estabelece, mediante contrato, o preço (mínimo, máximo ou rígido) a ser praticado pelos distribuidores/revendedores”. No entanto, antes de a conduta por si só ser levada a uma consideração errônea de que é anticoncorrencial, acrescenta-se que para que se configure tal caráter a conduta deverá, geralmente, também se relacionar:

---

<sup>18</sup> MILAN, Gabriel Sperandio; et al. As Estratégias de Precificação e o Desempenho das Empresas. *REAd*, Porto Alegre, v.22, n.2, mai./ago. 2016. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-23112016000200419&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-23112016000200419&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 18 set. 2018.

<sup>19</sup> Da mesma forma como abordado no item anterior, a fim de que se torne mais cristalina a compreensão sobre a temática, serão utilizados os conceitos fornecidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), mais especificamente, na Resolução nº20/99.

(i) à maior facilidade de coordenar ações voltadas à formação de cartel ou outros comportamentos colusivos em preços entre os produtores (mercado "de origem"), quando facilita o monitoramento de preços de venda aos consumidores ou serve ao propósito de preservar acordos tácitos entre produtores ao bloquear a entrada de novos distribuidores inovadores e/ou mais agressivos, inibindo o desenvolvimento de novos sistemas de distribuição mais eficientes; e (ii) ao aumento unilateral de poder de mercado do produtor, na medida em que permita o mesmo efeito anterior de inibir a entrada de novos distribuidores mais competitivos. No caso específico de serviços pós-venda, esse tipo de restrição permite ainda, em princípio, a exploração monopolista dos usuários após a compra dos produtos, quando as alternativas oferecidas a estes se reduzem drasticamente.<sup>20</sup>

Com o pretexto do exercício de uma cláusula *MFN*, as partes contratantes se permitem apresentar junto às autoridades antitruste a justificativa de que estavam exercendo sua livre vontade de contratar. Todavia, a autoridade antitruste brasileira é clara que se os preços praticados estiverem em conluio para evitar o surgimento de novos concorrentes e ou ainda, para a prática de cartel será configurada uma conduta anticoncorrencial, o que se entenderia pelo efeito colusivo advindo de uma *MFN*. De certa forma, uma cláusula *MFN* torna a coordenação entre os concorrentes mais fácil, desestimulando a concorrência de preços.

Além dessa problemática, uma cláusula de paridade pode gerar outro efeito vinculado aos preços que é a homogeneização destes, sendo suas consequências diretas ao mercado. Se a empresa que se favorece de uma cláusula *MFN* detiver a presença dominante sobre uma mercado poderá conduzi-lo diretamente a tal fenômeno.

A influência se daria da seguinte forma: Suponha novamente a existência de um produtor de manufaturados ("produtor"), com grande relevância no mercado, o qual pactua junto aos seus fornecedores de insumos ("fornecedores") uma cláusula de paridade. Além disso, o produtor estabelece com os distribuidores da manufatura que comprem do concorrente do produtor a um preço igual ou maior do que o dele e nunca menor. Caso concorrente consiga superar o desafio de se manter ativo no mercado e negociar com o mesmo valor que um produtor relevante, ainda assim perderá sua capacidade de negociação (barganha) junto aos fornecedores, pois estes terão que praticar sempre o mesmo valor ao produtor o que inviabiliza negociações de preços na cadeia produtiva.

---

<sup>20</sup> BRASIL. Resolução 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. Diário Oficial da União, 28 jun. 1999. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>. Acesso em: 25 ago. 2018.

Da mesma forma, o concorrente do produtor não consegue praticar um valor menor do que o concorrente por muito tempo seja por capacidade financeira ou de produção, sendo os valores de mercado vinculados à relação entre o agente dominante do mercado e os fornecedores. Isto é, o preço determinado no contrato com uma cláusula de paridade com escopo genérico (amplo) vincula as empresas relevantes do setor e seus concorrentes de maneira indireta.

Não fosse o suficiente para atestar os efeitos anticoncorrenciais de uma *broad clause*, concebe-se outro exemplo. Em determinado setor com representatividade dominante de poucas empresas, pressupõe-se que cada uma delas firme um contrato com cláusula de paridade com seus fornecedores, não haveria negociação diferente com os demais agentes (*players*) do mercado, sendo ainda mais ágil o fenômeno da homogeneização dos preços que seriam praticados, fixando-os no menor valor para o beneficiário de uma *MFN*.

Ademais, nota-se que as empresas fornecedoras tenderão a sempre negociar sobre o menor já praticado para o agente dominante e beneficiário da *MFN*, pois se um fornecedor de insumos possibilitar um preço menor a algum concorrente por precisará suportar o encargo de prestar o mesmo preço ao dominante o que poderá levar a seu perecimento por não haver condições estruturais de cumprir com tal obrigação. Cabe, ainda, explanar que a condução dos preços se dará sempre em decorrência do dominante que poderá fazer o preço do produto subir para obtenção de maiores lucros e em detrimento da concorrência, assim como prejudicando o mercado consumidor que ficará adstrito ao valor praticado pelo mercado – será o reflexo do praticado pelo agente dominante – consubstanciando em uma suposta aderência de preços.

Em síntese, o caráter anticoncorrencial é evidenciado de maneira direta quando uma *MFN* resultar no aumento dos preços aos consumidores e tornar mais fácil a exclusão dos concorrentes, seja dos já atuantes ou dos que pretendem ingressar no respectivo mercado. Esse aspecto anticompetitivo pode ainda ser potencializado quando as cláusulas de paridade forem adotadas em favor das empresas com relevância de mercado, em conjunto pelos concorrentes, ou ainda, exigirem que seus concorrentes recebam condições menos favoráveis.

#### 4 O POSICIONAMENTO DA AUTORIDADE ANTITRUSTE BRASILEIRA

O crescimento da utilização de cláusulas vinculadas ao Princípio da “Nação Mais Favorecida” (*MFN*), nos contratos comerciais de fornecedores e prestadores de serviços, com capacidade de afetarem de sobremaneira o mercado, fez surgir uma inquietude nos principais órgãos ou autarquias antitruste ao redor do planeta.

Nesse sentido, tais autoridades nacionais passaram a denotar que a transposição do Princípio *MFN* da redoma do Direito Internacional Público para o Direito Privado interno poderia acarretar influências diretas e negativas na livre concorrência de seus países, assim como de maneira acintosa no mercado consumidor local.

Na presença de tal cenário, as autoridades se valeram, em sua maioria, de casos práticos<sup>21</sup> na adoção de um posicionamento. Este embora pré-maturo é o responsável pelo fornecimento de sustentação inicial ao legislativo de cada país, na criação de suas legislações concorrenciais, além de permear o entendimento futuro dos órgãos vinculados à manutenção da concorrência entre os agentes do mercado.

Inúmeros são os questionamentos acerca da cláusula *MFN*, desde sua aplicabilidade nas relações privadas até os impactos gerados na livre concorrência e defesa dos direitos consumeristas, não havendo ainda consenso sobre o tema.

A partir disso, buscar-se-á explanar sobre as principais atuações dos órgãos antitruste destinadas a delimitar o tratamento das empresas que praticam a cláusula *MFN* em seus contratos. Dentre elas, inicialmente, passa-se a destacar a recente atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), na criação de precedentes que objetivaram a preservação e proteção da concorrência no setor de reservas de acomodações online no Brasil.

---

<sup>21</sup> Esta monografia valer-se-á do método avaliativo em casos práticos para que seja possível a explanação sobre os efeitos diretos de cláusulas do tipo, no âmbito do Direito Concorrencial, também chamado de procedimento “case by case”.

#### 4.1 Autoridade concorrencial brasileira

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é a entidade brasileira competente, na esfera administrativa, pela proteção da livre concorrência no mercado e compõe parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Além disso, de acordo o sítio do Conselho<sup>22</sup>, trata-se da “entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência.” e “é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, que exerce, em todo o Território nacional, as atribuições dadas pela Lei nº 12.529/2011”.

Nesse sentido, o portal institucional do CADE destaca, ainda, o exercício de suas atividades pautado por 03 (três) funções:

**Preventiva:** analisar e posteriormente decidir sobre as fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas que possam colocar em risco a livre concorrência.

**Repressiva:** investigar, em todo o território nacional, e posteriormente julgar cartéis e outras condutas nocivas à livre concorrência.

**Educativa:** instruir o público em geral sobre as diversas condutas que possam prejudicar a livre concorrência; incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo; realizar ou apoiar cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto; editar publicações, como a Revista de Direito da Concorrência e cartilhas. (grifo nosso)

Para os fins da presente monografia, atentar-se-á de modo mais efetivo sobre a função repressiva do CADE, posto que é através dessa que as empresas são investigadas por condutas supostamente anticoncorrenciais ao mercado e trazendo luz a possíveis detrimientos com o mercado consumidor, em geral.

No tocante a condutas prejudiciais a concorrência, quando se tratar de restrições concorrenciais verticais é relevante uma análise em relação às condutas praticadas no mercado alvo que possam refletir um reforço da posição dominante no mercado de origem. Posto isto, o Conselho reforça a necessidade de relevância da empresa sobre o mercado de origem - Princípio da Razoabilidade - e influência substancial no mercado alvo. Sobre esse prisma, a seguir será

---

<sup>22</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Institucional. O Cade. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional>. Acesso em: 25 ago. 2018.

abordada uma análise do CADE que servirá como precedente para a formação de entendimentos sobre condutas de emprego de cláusulas *MFN* em contratos comerciais.

No mais, imperioso se faz salientar o posicionamento e a relevância da autoridade antitruste brasileira frente às demais autoridades mundiais. De acordo com a revista britânica *Global Competition Review* (GCR), especializada em política de concorrência e regulação, em 2017, o CADE foi considerado a melhor agência antitruste das Américas, sendo a quarta vez que recebe tal reconhecimento<sup>23</sup>. Além disso, no ranking mundial promovido pela mesma revista, em 2017, a autarquia brasileira se posicionou entre as dez melhores agências antitruste do mundo<sup>24</sup>.

#### 4.1.1 CASO *OTAs*

Em relação à atuação desta autoridade antitruste, merece destaque a instauração de Inquérito Administrativo<sup>25</sup> para apuração de suposta conduta anticompetitiva praticada por agências de turismo online (*Online Travel Agencies – OTAs*)<sup>26</sup> que se utilizavam de cláusulas de paridade de preços (*MFNs*) em seus contratos com os fornecedores de acomodações vinculadas as plataformas online de vendas.

No mês de março de 2018, com o deslinde das investigações, as mais relevantes agências de turismo online do país, quais sejam Booking.com, Decolar.com e Expedia firmaram, individualmente, um Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC) perante o Conselho, visando a suspensão do inquérito em trâmite.

<sup>23</sup> CADE é eleito novamente melhor agência antitruste das Américas. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Brasília, 11 abr. 2018. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-eleito-novamente-melhor-agencia-antitruste-das-americas>. Acesso em: 25 ago. 2018.

<sup>24</sup> CADE permanece entre as melhores agências antitruste do mundo. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Brasília, 16 ago. 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-permanece-entre-as-mais-reconhecidas-agencias-antitruste-do-mundo-1>. Acesso em: 25 ago. 2018.

<sup>25</sup> CADE. Inquérito Administrativo nº 08700.005679/2016-13. Data de Registro: 28/07/2016. Fórum de Operadores Hoteleiros do Brasil – FOHB versus Expedia do Brasil Agência de Viagens e Turismo Ltda.; Decolar.com Ltda.; Booking.com Brasil Serviços de Reserva de Hotéis Ltda. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTxHTesk7ujM0u5JLxr9KheofVYrD\\_3wGZyVwWqL1PUI](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTxHTesk7ujM0u5JLxr9KheofVYrD_3wGZyVwWqL1PUI) Acesso em: 25 ago. 2018.

<sup>26</sup> Sigla amplamente difundida no setor hoteleiro.



Segundo a autoridade antitruste<sup>27</sup>, os contratos celebrados previam que para utilização das plataformas online das *OTAs*, os hotéis<sup>28</sup> deveriam se submeter a uma cláusula de paridade de preços, considerada pela própria autarquia como abusiva. Tal caráter se deve ao fato de que a presença deste tipo de cláusula impunha à rede hoteleira o oferecimento de preços, disponibilidade quartos e condições mais vantajosas ao mercado consumidor do que em relação às agências de turismo online concorrentes, assim como as oferecidas pelo próprio hotel em seus canais de venda, online ou off-line.

Desta forma, para a suspensão do inquérito, o TCC<sup>29</sup> prevê que as *OTAs* se comprometessem a cessar determinadas condutas e adotassem certas medidas, frise-se:

#### Cláusula Terceira – Das Obrigações

3.1. A partir da data de celebração deste Termo de Compromisso, a Compromissária **não poderá propor, exigir ou celebrar contrato com** fornecedores de acomodações que contenham qualquer das **condições de paridade** dispostas a seguir.

(a) Que exijam 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 sejam controlados, direta ou indiretamente, pelo próprio fornecedor da acomodação ou seu grupo econômico. Essa exceção também inclui 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 exijam de seus fornecedores de acomodações qualquer **obrigação de paridade** de tarifa e/ou de condições de reserva **em relação a qualquer Canal de Reserva Off-line**, desde que não haja divulgação ao público em geral de tarifas ou condições off-line mais vantajosas no Canal de Reserva Online que seja controlado, direta ou indiretamente, pelo próprio fornecedor ou seu grupo econômico. Para evitar dúvidas, essa exceção também inclui a divulgação de tarifas de Canal de Reserva Off-line ofertadas publicamente pelo fornecedor da acomodação (ou seu grupo econômico) por meio de quaisquer sites, incluindo de Sites de Metasearch.

(c) Que exijam de seus fornecedores de acomodações qualquer obrigação de **paridade de disponibilidade de quartos**.

3.2. A Compromissária compromete-se a comunicar, em até 60 (sessenta) dias, seus fornecedores de acomodações localizadas no Brasil e que mantêm

<sup>27</sup> BOOKING, Decolar, Expedia celebram acordo de cessação com o Cade. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Brasília, 27 mar. 2018. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/booking-decolar-e-expedia-celebram-acordo-de-cessacao-com-o-cade>. Acesso em: 25 ago. 2018.

<sup>28</sup> Entenda-se, qualquer fornecedor de acomodação vinculado à plataforma online dos interessados nos Inquérito Administrativo já citado.

<sup>29</sup> Fora utilizado para a análise o Termo de Compromisso de Cessação de Prática firmado pela Expedia. CADE. Termo de Compromisso de Cessação de Prática referente ao Inquérito Administrativo nº 08700.005679/2016-13. Data de Registro: 28/07/2016. Fórum de Operadores Hoteleiros do Brasil – FOHB versus Expedia do Brasil Agência de Viagens e Turismo Ltda.; Decolar.com Ltda.; Booking.com Brasil Serviços de Reserva de Hotéis Ltda. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yN3n420Sx28a3HJaCI4T61X4ne7J6VfVwS\\_IYzwxKUJcIoMQC-r5GvdXXkqXL\\_TpCsIcHb056msDB1x5YGDl\\_Gq](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yN3n420Sx28a3HJaCI4T61X4ne7J6VfVwS_IYzwxKUJcIoMQC-r5GvdXXkqXL_TpCsIcHb056msDB1x5YGDl_Gq). Acesso em: 25 ago. 2018.

relações contratuais diretas com a Compromissária no momento da comunicação das obrigações por ela assumidas neste Termo de Compromisso e, em até **120 (cento e vinte) dias, a aditar todos esses contratos vigentes (inclusive por meio de renúncia de quaisquer cláusulas relevantes existentes)** de modo a se adequarem às obrigações dispostas no item 3.1.

3.2.1 Para fins dessa obrigação, será suficiente que a Compromissária ofereça a oportunidade aos fornecedores de acomodações de concordar eletronicamente, por meio de um clique em “Concordo”, com a atualização dos Termos e Condições dos Serviços, entendendo-se que os Termos e Condições dos Serviços atualizados serão aplicados independentemente da aceitação. A aceitação não deverá ser provada ao CADE e, para fins do cumprimento dessa obrigação, será necessário apenas que a Expedia prove que disponibilizou os termos e condições atualizados para aceite pelas acomodações de acordo com seu livre arbítrio. A Compromissária também enviará uma mensagem eletrônica (e-mail) aos fornecedores de acomodações, contendo a **atualização dos Termos e Condições de Contratação**. (grifo nosso)

Portanto, o que se depreende é que o CADE estabeleceu entendimento no sentido de que em determinada relação contratual, a presença de cláusula de paridade em seu escopo amplo viola a livre concorrência do mercado, mas antes é necessário delinear alguns pontos antes de se chegar a tal conclusão.

O Conselho passou a analisar que a obrigação imposta por este tipo de cláusula provocava a limitação da concorrência entre as agências online e de certa maneira, embarreirando o surgimento de novos concorrentes.

A compreensão a respeito da limitação da concorrência se dá pelo fato de que caso as principais *OTAs* do mercado nacional permanecessem com as suas condutas, estipulando contratualmente a paridade de condições junto a rede hoteleira, não haveria modificação nos valores apresentados no site das empresas Booking.com, Decolar.com ou Expedia.com para seus consumidores. Ou seja, os preços seriam homogêneos em todas as plataformas, colocando o mercado consumidor em pretensa desvantagem, tendo em vista não haver possibilidade de optar pelas ofertas de menor preço, pois estas jamais existiriam, sendo sempre o mesmo preço oferecido por todos os concorrentes do setor.

Para fins didáticos apenas, frisa-se que não no sentido específico - estrito - de tal conceito, pode-se dizer que o cenário criado se assemelharia a composição de preços típica de um cartel. Todavia, no caso em análise, é perceptível que de maneira não convencional diretamente entre as *OTAs*, as ações praticadas individualmente ensejam efeitos semelhantes ao cartel, o que violaria as relações de consumo. Ressalta-se que as condutas não configuraram a prática de cartel, considerada outra prática anticoncorrencial, mas o efeito prático

consubstanciado, se não houvesse a intervenção de maneira acertada pelo CADE seria semelhante.

Em relação à desvantagem reflexa (ato reflexivo) de uma cláusula *MFN*, defende-se o posicionamento que se o contrato gera desvantagem direta ao consumidor, mesmo não tendo sido firmado com ele, há possibilidade de aplicação reflexa também dos princípios norteadores do Código de Defesa do Consumidor (CDC) trazidos pela Lei nº 8.078/90. Tal prática justamente visa a proteção dos direitos dos consumidores assegurados pela Constituição Federal.

Sob essa ótica, o CDC é cristalino sobre a nulidade de cláusulas que tragam desvantagens incompatíveis com a boa-fé, podendo-se notar tal caráter de acordo com a conduta anticoncorrencial praticada. Acerca disso, na “seção II – Das Cláusulas Abusivas”, são evidentes o caput e o inciso IV do artigo 51, da Lei nº 8.078/90:

Art. 51 São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Outro ponto que merece destaque é em relação à aplicação das disposições sobre cláusulas abusivas do CDC aos contratos interempresariais:

Diante da imposição de uma cláusula usualmente considerada abusiva em um contrato interempresarial, ganha relevo a questão da reciprocidade, sendo preciso verificar se a cláusula dita abusiva está presente para apenas um dos contratantes ou se para os dois. Ou, ainda, se existe no contrato uma vantagem que compense a desvantagem atribuída pela referida cláusula.

Mas, talvez, o melhor critério a ser utilizado diga respeito do *animus* da parte que contrata, ou seja, é preciso buscar saber se a parte realmente queria renunciar àquele direito, ou, ainda, se ela teria a opção de não renunciar ao direito, caso assim não desejasse.

[...] nas hipótese de contratos que não sejam de adesão fora do âmbito de consumo *stricto sensu* [...] a análise de tais questões faz-se extremamente necessária.

[...] deve-se levar em conta as condições específicas do contratante mais fraco frente ao contrato e a seu parceiro em posição privilegiada, para se saber se, naquele caso específico, está ocorrendo um abuso de uma situação de dependência econômica, por exemplo.(FAVA, 2010, p.150)

No caso das *OTAs*, pode-se questionar se a modalidade do negócio oferecida aos fornecedores de acomodações (hotéis) não se trataria de uma relação de consumo, podendo, assim, configurar-se uma cláusula *MFN* como abusiva, posto que em muitos casos há uma posição mercantil privilegiada das agências online em relação ao mercado que estão inseridas

e a imposição por contratos do tipo “adesão”. Fora isso, o apontamento de uma dependência econômica do fluxo de hospedagens através da plataforma online de reservas é fator importante para atribuir a fragilidade de um hotel frente a uma agência online, a exemplo do Booking.com.<sup>30</sup> Não fosse o bastante, com o avanço do e-commerce no país e o aumento do número de vendas por tais plataformas, a empresa do setor que não se dispusesse a colocar suas hospedagens à disposição nos sites das agências teria uma dificuldade em concorrer com as demais, passando, assim, a depender cada vez mais das *OTAs*.

Ainda sobre a relação jurídica criada entre um fornecedor de hospedagens e uma agência de viagens on-line, esta se pauta por termos e condições impostos por termo de adesão, como já elencado. Porém, nesse aspecto, tais agências tratam a questão como um acordo de parceria<sup>31</sup> e não sendo o fornecedor de acomodações considerado um consumidor. Portanto, faz-se necessário tecer algumas considerações.

A primeira consideração seria o enquadramento de um fornecedor de acomodações como um consumidor, isso seria possível? Na visão do autor desta monografia, a resposta é afirmativa. A definição trazida pelo artigo 2º do CDC dispõe que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”. Ou seja, para se chegar a tal conclusão seria necessário determinar que o serviço contratado é utilizado pelo fornecedor de acomodações como destinatário final.

Nesse ponto é que se chega a segunda consideração, qual o serviço prestado por uma *OTA*? Seria a intermediação de hospedagens? A grosso modo, feitas tais considerações se pode dizer que a prestação de serviços é uma espécie de facilitação do processo de descoberta de acomodações, uma *OTA* através de sua plataforma on-line propicia que usuários localizem os hotéis mais rapidamente e diminuindo os custos de transação inerentes a tais buscas, recebendo um percentual<sup>32</sup> estipulado pela própria agência. Em complemento, o serviço prestado para um

---

<sup>30</sup> Trata-se de um relevante mecanismo de busca de hotéis com mais de 1.550.000 diárias reservadas, todo dia, através de sua plataforma, sendo os dados obtidos pelo sítio eletrônico da empresa: <https://www.booking.com/content/about>. Acesso em: 25 ago. 2018.

<sup>31</sup> BOOKING.COM. Termos de Uso da Conta de Parceiros de Negócio da Booking.com. Disponível em: [https://www.booking.com/general.pt-br.html?tmpl=docs/terms\\_of\\_use](https://www.booking.com/general.pt-br.html?tmpl=docs/terms_of_use) e BOOKING.COM. Declaração de Privacidade para Parceiros de Negócio. Disponível em: <https://admin.booking.com/hotel/hoteladmin/privacy.html?lang=xb>. Acesso em: 07 out. 2018. Acessos em: 07 out. 2018.

<sup>32</sup> No caso do Booking.com, atualmente, em São Paulo, o percentual é de 13% (treze por cento) sobre o valor da diária. BOOKING.COM. Preços e Comissão da Booking.com. Disponível em: [https://join.booking.com/?lang=pt-br&utm\\_source=topbar&utm\\_medium=frontend&label=booking-name-pt-row-bwMffLz\\*fdB8PTKNsC9tlgS267778091914:pl:ta:p1:p2:ac:ap1t1:neg:fi:tikwd-65526620:lp1001773:li:dec:dm&aid=376377](https://join.booking.com/?lang=pt-br&utm_source=topbar&utm_medium=frontend&label=booking-name-pt-row-bwMffLz*fdB8PTKNsC9tlgS267778091914:pl:ta:p1:p2:ac:ap1t1:neg:fi:tikwd-65526620:lp1001773:li:dec:dm&aid=376377). Acesso em: 07 out. 2018.

hotel é a angariação de hóspedes através de sua plataforma online. Portanto, a destinação final desse último serviço é um hotel, cuja oferta dos serviços on-line, cria, implicitamente, a esperança de se obter maiores lucros com a utilização da plataforma, submetendo-se a todas as cláusulas impostas por uma *OTA*.

Para evidenciar tal entendimento, concebem-se analogias com anúncios em jornais e locação de imóveis, ressalvadas as particularidades e proporcionalidades de cada caso. Acerca do primeiro exemplo quando há a contratação de um anúncio jornal impresso, este tem a obrigação de publicar aquele anúncio na forma contratada e servindo como destinatário final do serviço de divulgação o anunciante, apesar de leitores terem também se beneficiado pelo anúncio. Criando-se um paralelo, o jornal seria uma *OTA* e o hotel um anunciante, mas o pagamento se daria não pelo anúncio, porém, com a efetivação da reserva.

Da mesma forma, quando uma empresa proprietária de imóvel contrata uma imobiliária para locação de certo imóvel, a responsável pelo anúncio e obtenção de um locatário só receberá a taxa pela corretagem quando estiver firmada a transação e sendo a proprietária do imóvel destinatária final do serviço de corretagem. Como já dito, ressalvadas as particularidades, nos dois exemplos se aplicam o Código de Defesa do Consumidor e pela similaridade entende o autor que poderia ser aplicado o CDC na relação jurídica entre *OTAs* e fornecedores de hospedagens.

De tal forma, surge-se o pensamento acerca da abusividade na propositura de uma cláusula de paridade. Seria possível enquadrá-la como violadora também da boa-fé contratual? Tal discussão tem o condão estrito de apontar que as cláusulas *MFN* de escopo amplo ao serem impostas aos hotéis, na visão do autor, poderiam ser consideradas abusivas. Não há uma possibilidade de negociação junto às agências on-line que se valem de termos do tipo adesão para impor ao mercado suas condições para prestação de serviços. Ainda que se alegue acerca de um hotel não se comporte como destinatário final na relação jurídica com uma *OTA*, o autor entende de maneira diversa, consubstanciada com a jurisprudência<sup>33</sup> do Superior Tribunal de

---

<sup>33</sup> STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 476428 SC 2002/0145624-5. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. DJ 09/05/2005. **STJ**, 2002. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=476428&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01 nov. 2018.  
STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 661145 ES 2004/0066220-7. Relator: Ministro Jorge Scartezini. DJ 28/03/2005. **STJ**, 2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=661145&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01 nov. 2018.

Justiça (STJ) e de demais tribunais, mediante a utilização da Teoria Finalista mitigada e da doutrina maximalista.

Para Marques, Benjamim e Miragem<sup>34</sup>:

Os maximalistas veem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço.

No entanto, ressalta-se que os questionamentos feitos pelo autor não foram objeto de análise pelo CADE, por este ter seu escopo de atuação pautado objetivamente na análise de práticas vinculadas a livre concorrência dos mercados. No campo concorrencial e investigativo do CADE, outra preocupação da autoridade antitruste foi com a influência advinda da cláusula *MFN* no que tange a inserção de novos concorrentes no mercado das três agências. Com a paridade de preços estabelecida através dos fornecedores de hospedagens, novos players enfrentariam dificuldades de se estabelecerem com tais *OTAs* que já dominam o mercado e os menores preços por força de seus contratos até então.

A dificuldade inserção de novos concorrentes seria prejudicial ao mercado de consumo, restringindo as opções ao consumidor. Também refletiria na escolha dos próprios fornecedores de acomodações que para obterem o lucro desejado precisariam optar por atuar junto às três grandes agências online e ficarem somente com elas, pois seriam as únicas capazes de se manterem em um mercado tão paritário.

Acerca, ainda, das restrições ao surgimento de novas agências online com a presença das cláusulas *MFN* em seu caráter mais amplo, exemplifica-se: Um novo player do mercado busca negociar preços mais baixos junto aos fornecedores de hospedagens como estratégia de se inserir no setor. Todavia, tal tentativa não restará frutos porque os fornecedores já possuem

---

TJDFT.APELAÇÃO: Acórdão nº 1085281, 20110111992496APC. Relator: Gilberto Pereira de Oliveira. DJ 21/03/2018. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/562808377/20110111992496-df-0049192-4420118070001/inteiro-teor-562808398>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

TJDFT. APELAÇÃO: Acórdão nº 1068365, 20170810007424APC. Relator: César Loyola. DJ 13/12/2017. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/cdc-na-visao-do-tjdft-1/definicao-de-consumidor-e-fornecedor/mitigacao-da-teoria-finalista-para-o-finalismo-aprofundado>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

<sup>34</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª ed., 2003. p 106.

a obrigação contratual de prestar a mesma condição por força da cláusula *MFN*. Isto é, se uma nova agência conseguir um valor menor, este também beneficiará a OTA dominante do mercado que por possuir contrato com cláusula *MFN* ampla terá direito a mesma oferta prestada pelo fornecedor de acomodações ao novo player.

Outro ponto de destaque no termo de cessação é a previsão da impossibilidade de exigência por parte de uma OTA que os fornecedores de acomodações ofereçam as mesmas condições na plataforma online daquelas praticadas nos canais de reserva off-line, a exemplo de reservas por contato telefônico diretamente com o hotel. Entretanto, ressaltando-se que desde que o fornecedor também não divulgue aos consumidores condições mais vantajosas em seus Canal de Reservas Online próprio, ou ainda, se utilize de sites de Metasearch<sup>35</sup> para divulgar tais condições relacionadas aos canais de reserva off-line do próprio fornecedor.

O que se pode notar em relação a previsão compromissória exposta anteriormente (Cláusula 3.1., alínea b) é a preocupação do CADE em assegurar certa proteção às OTAs acerca de eventuais prejuízos decorrentes do fenômeno do *free-riding*, exposto no Capítulo 1 deste trabalho. Desta forma, torna-se claro o posicionamento do Conselho em admitir a utilização das cláusulas *MFN*, todavia, de maneira restrita, com o escopo reduzido de aplicabilidade sobre poucos fatores de concorrência.

Em que pese não haver tipificação legal expressa sobre a utilização de uma *MFN*, após a adoção do entendimento do Conselho com a homologação do TCC, a utilização de cláusulas de paridade em sentido amplo poderá ser enquadrada como conduta que infringe a ordem econômica, por já ter sido apontada como abusiva na investigação da autarquia.

A lei que hoje regula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - Lei nº 12.529/2011 (Lei Antitruste brasileira) - preceitua possibilidade de considerar que determinadas condutas, não dispostas de maneira explícita na legislação, como sendo uma infração. No tocante a esse enquadramento de conduta, destaca-se:

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; (...)

---

<sup>35</sup> De acordo com o portal TechTerms, são “mecanismos de busca que buscam outros mecanismos de busca [...] um mecanismo de busca meta envia sua consulta para vários outros mecanismos de pesquisa e retorna um resumo dos resultados. Portanto, os resultados da pesquisa recebidos são um resultado agregado de várias pesquisas.” (tradução nossa). Disponível em: <<https://techterms.com/definition/metasearchengine>>. Acesso em: 07 out. 2018.

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: (...) (grifo nosso)

Com essa proteção do CADE, na hipótese de as empresas se valerem de cláusulas de paridade de preço que possuam caráter abrangente (*wide clause*) e atinjam diretamente<sup>36</sup> o mercado, possibilita o surgimento de novos players dispostos a se inserirem no mercado e inviabiliza a homogeneização dos preços de produtos e serviços aos consumidores.

Ainda, cumpre ressaltar que a autoridade antitruste possibilitou que as empresas que inserem em seus contratos comerciais notem o entendimento de sua aplicabilidade em relação a livre concorrência dos mercados. E de certa forma, segurança jurídica na atuação dessas, pois com a recente decisão do CADE poderão as empresas estabelecer critérios contratuais inerentes a cláusula *MFN*, de modo a proteger a sua plataforma de negócios, mas sem infringir a legislação nacional e a livre concorrência.

Por tal motivo merece destaque a ativa atuação da autarquia antitruste que com maestria na condução dos atos investigativos, soube fazer cessar efeitos danosos ao mercado e fornecendo proteção também às empresas em relação a fenômenos próprios do mercado. Mais especificamente, fornecendo base de que é possível a utilização das cláusulas de paridade nos contratos firmados, desde que não possuam caráter ampliativo a todos os envolvidos no mercado. Entretanto, Nogueira<sup>37</sup> aponta que “Como no Brasil prevalece a regra da análise do caso concreto, não havendo proibições per se, há que se avaliar o contrato real, a importância do produto ou serviço fornecido e a posição de mercado de fornecedor e compradores”, de modo que será verificada a extensão dos efeitos imbricados no mercado e nas relações que o cercam, possuindo cada caso uma análise própria e específica.

<sup>36</sup> Existe a necessidade ser razoável o dano gerado ao mercado, o qual também deverá ser relevante, a fim de que conte com a atuação do CADE.

<sup>37</sup> NOGUEIRA, Mário Roberto Villanova. O Cade e as cláusulas 'MFN'. *Diário, Comércio, Indústria & Serviços*, São Paulo, 2014. Opinião. Disponível em: <https://www.dci.com.br/colunistas/o-cade-e-as-clausulas-mfn-1.418406>. Acesso em: 08 out. 2018.



## 5 O POSICIONAMENTO DE AUTORIDADES ANTITRUSTE MUNDIAIS

Como já exposto de modo antecedente a temática de cláusulas *MFN* em contratos comerciais já foi objeto de análise por inúmeras autoridades antitrustes mundiais. Nesse sentido, merecem destaques as atuações efetuadas pelas autoridades norte-americanas e algumas das autoridades nacionais europeias que se debruçaram a avaliar os potenciais efeitos do emprego das referidas cláusulas no contexto de mercado e dos consumidores.

Na avaliação das autoridades, pode-se notar a complexidade de fatores que envolvem as cláusulas de paridade e inclusive, uma divergência de entendimentos em relação se é possível a exigência de paridade de preços e condições nos contratos comerciais. Se sim, em quais circunstâncias a cláusula *MFN* possui caráter pró-competitivo ou anticompetitivo e qual deste é mais relevante perante o mercado.

A partir disso, buscar-se-á explanar sobre as principais atuações dos órgãos antitruste destinadas a delimitar o tratamento das empresas que praticam a cláusula *MFN* em seus contratos. Dentre elas, inicialmente, passa-se a destacar a atuação no âmbito do sistema americano de proteção a concorrência e posteriormente, serão abrangidos alguns pontos de destaque na esfera da União Europeia.

### 5.1 Autoridade concorrencial americana

O sistema de defesa econômico americano é composto por dois órgãos governamentais, a Comissão Federal do Comércio (*Federal Trade Commission – FTC*) e a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça Americano (*USDOJ – United States Department of Justice*).

Em relação a *Federal Trade Commission*, esta é uma agência federal norte-americana que tem como missão a proteção da concorrência e concomitantemente, dos consumidores<sup>38</sup>. Ou seja, possui uma estrutura mais abrangente que a autoridade antitruste brasileira, sendo que suas discussões se pautam no âmbito da livre concorrência. Ainda sobre os objetivos da *FTC*:

---

<sup>38</sup> Traduzido e interpretado pelo autor na monografia do texto original em inglês. FEDERAL TRADE COMMISSION. About the FTC. What We Do. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/about-ftc/what-we-do>>. Acessado em 07 out. 2018.

A Comissão Federal do Comércio aplica uma variedade de leis federais de proteção antitruste e do consumidor. Ela procura assegurar que o mercado da nação funcione de maneira competitiva, rigorosa, eficiente e livre de restrições excessivas. A comissão também trabalha para a melhoria das operações de mercado, eliminando os atos ou práticas injustas ou fraudulentas. No geral, a Comissão esforça-se para cessar atos que representem perigo ao exercício de livre arbítrio e escolha do consumidor. Finalmente, utiliza-se de análise econômica para dar apoio ao seu esforço de aplicação da lei e quando requisitada, contribui com a política deliberativa do Congresso, Poder Executivo, outras agências independentes e governo estadual e local.

[...] cabe à FTC intimar com um mandado as empresas infratoras, proibindo determinadas ações, e, ainda, aplicar multa.

Além das atividades suscitadas, a FTC também atua na concorrência desleal, nas análises econômicas, visando auxiliar decisões tomadas pelo governo nas aplicações de suas políticas, e, ainda, mantém programa educacional legal dos consumidores. (CIANCIARULLO, 2004, p.126-127)

Em complemento, de acordo com o site institucional da Comissão<sup>39</sup> se expõe acerca da proteção dos consumidores:

A FTC protege os consumidores, interrompendo práticas desleais, enganosas ou fraudulentas no mercado. Realizamos investigações, processamos empresas e pessoas que violam a lei, desenvolvemos regras para garantir um mercado vibrante e educamos consumidores e empresas sobre seus direitos e responsabilidades. Coletamos reclamações sobre centenas de problemas, desde a segurança de dados e publicidade enganosa até o roubo de identidade e as violações de Não Chamar, e disponibilizamos para agências de aplicação da lei em todo o mundo para acompanhamento.

E na promoção da competição:

A competição na América é sobre preço, seleção e serviço. Beneficia os consumidores, mantendo os preços baixos e a qualidade e a escolha de bens e serviços elevados. Ao aplicar as leis antitrustes, a FTC ajuda a garantir que nossos mercados sejam abertos e gratuitos. A FTC desafiará as fusões e práticas comerciais anticoncorrenciais que poderiam prejudicar os consumidores, resultando em preços mais altos, menor qualidade, menos opções ou taxas reduzidas de inovação. Monitoramos as práticas de negócios, analisamos possíveis fusões e as desafiamos quando apropriado para garantir que o mercado funcione de acordo com as preferências do consumidor, e não com práticas ilegais.

De outra forma, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça Americano tem sua atuação vinculada à aplicabilidade da lei antitruste e dos princípios antimonopólio, com a finalidade de proteger a liberdade econômica e promover a justa concorrência no mercado<sup>40</sup>. Nesse sentido, assemelha-se aos objetivos institucionais da autoridade antitruste brasileira, o CADE.

---

<sup>39</sup> Traduzido e interpretado pelo autor da monografia do texto original em inglês. FEDERAL TRADE COMMISSION. Op. cit.

<sup>40</sup> Traduzido e interpretado pelo autor da monografia do texto original em inglês. DEPARTMENT OF JUSTICE. Antitrust Division. Mission. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/mission>>. Acesso em: 07 out. 2018.

No tocante ao funcionamento dos procedimentos investigativos e sancionatórios, por não haver hierarquia entre os referidos órgãos e possuírem jurisdições paralelas, foi necessário a criação de um procedimento para a definição de competências em matérias específicas, sendo estas examinadas por aquele que detiver maior conhecimento sobre ela, como aponta Ciancarullo.<sup>41</sup>

Em relação à atuação desta autoridade antitruste, merece destaque alguns casos, ressaltando-se que o objetivo primordial deste tópico não é a explanação em relação ao resultado final do processo, mas sim delinear os principais aspectos levados em consideração pelas autoridades americanas na percepção sobre quais condutas de emprego de uma MFN podem ser consideradas anticoncorrenciais, além da perspectiva de limitações sobre a tal utilização.

### **5.1.1 Caso *UNITED STATES AND STATE OF MICHIGAN versus BLUE CROSS BLUE SHIELD OF MICHIGAN***<sup>42</sup>

Em 2010, após serem analisadas condutas contratuais praticadas pela empresa Blue Shield of Michigan (“Blue Cross”), entendeu-se pela propositura de uma ação civil antitruste pelos Estados Unidos (DOJ) e pelo Estado de Michigan. Em relação a tais condutas contratuais, as autoridades antitruste requereram a proibição da inclusão de cláusulas de "nação mais favorecida" (MFN) nos contratos firmados entre a empresa Ré e os hospitais em Michigan, a cessação da imposição para o cumprimento das referidas cláusulas e a remoção destas nos contratos já existentes.

Para que se tornem mais claros os fatos denunciados, elencam-se alguns trechos da representação judicial<sup>43</sup> realizada em face da empresa:

A Blue Cross é de longe a **maior fornecedora de seguro de saúde comercial em Michigan** e tem sido por muitos anos. [...] As apólices de seguros de saúde comerciais da Blue Cross **cobrem** mais de três milhões de residentes em Michigan, **mais de 60% da população segurada comercialmente**. A Blue Cross garante mais de **nove vezes mais residentes em Michigan do que o**

<sup>41</sup> SUCCAR, Paulo Egídio Seabra; BAGNOLI, Vicente (Org.). *Estudos de Direito da Concorrência*. São Paulo: Editora Mackenzie, 1ª ed., 2004. p. 125.

<sup>42</sup> Traduzido e interpretado pelo autor da monografia do texto original em inglês. U.S.D.C. E.D.MI. Civil Action No 2:10 CV-15155. U.S. and State of Michigan v. Blue Cross Blue Shield of Michigan. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/case-document/complaint-43>>. Acesso em: 14 out. 2018.

<sup>43</sup> Ibid.

**seu segundo maior concorrente comercial** de seguros de saúde. A Blue Cross teve uma receita superior a US \$ 10 bilhões em 2009. A Blue Cross **tem poder de mercado** na venda de seguro de saúde comercial em cada um dos mercados geográficos relevantes alegados abaixo.

[...] A Blue Cross comprou mais de US \$ 4 bilhões em serviços hospitalares em 2007.

[...]A Blue Cross atualmente tem acordos contendo *MFNs* ou cláusulas semelhantes com pelo menos 70 dos 131 hospitais gerais de cuidados agudos de Michigan. Esses 70 hospitais operam mais de 40% dos leitos hospitalares de cuidados agudos de Michigan.

[...] A Blue Cross geralmente entra em **dois tipos de *MFNs***, que exigem que um hospital ofereça serviços hospitalares aos concorrentes da Blue Cross, seja **a preços mais altos do que a Blue Cross paga** ou **a preços não inferiores aos pagos pela Blue Cross**. Ambos os tipos de *MFNs* inibem a competição:

[...] *MFNs* existentes da Blue Cross incluem acordos com 22 hospitais que exigem que o hospital cobre algumas ou de todas as outras seguradoras comerciais mais do que o hospital cobra da Blue Cross, tipicamente por um diferencial percentual especificado. Esses hospitais incluem os principais hospitais e sistemas hospitalares e todos os principais hospitais de algumas comunidades.[...] As cláusulas Blue Cross “*MFN-plus*” exigem que alguns hospitais cobrem de concorrentes da Blue Cross **até 40% mais do que cobram Blue Cross**. Dois contratos hospitalares com cláusulas *MFN-plus* **também proíbem dar aos concorrentes da Blue Cross melhores descontos do que recebem atualmente durante a vigência dos contratos da Blue Cross**. As cláusulas Blue Cross “*MFN-plus*” garantem que [...] os concorrentes não podem obter serviços hospitalares a preços comparáveis aos preços que a Blue Cross paga, o que limita a capacidade de outras seguradoras de saúde de competir com a Blue Cross. [...] firmou acordos contendo *MFNs* com mais de 40 pequenos hospitais comunitários, **que normalmente são os únicos hospitais em suas comunidades**, exigindo que os hospitais **cobrem outras seguradoras de saúde comerciais pelo menos tanto quanto como eles cobram da Blue Cross**. Segundo esses acordos, a Blue Cross concordou em pagar mais aos hospitais comunitários, aos quais a Blue Cross se refere como hospitais “do Grupo 5”, **aumentando os custos próprios da Blue Cross e de seus clientes, em troca do equivalente a *MFN***. Um hospital comunitário que se recuse a entrar nesses acordos receberia aproximadamente 16% menos do que a Blue Cross se aceitar o *MFN*. [...] A Blue Cross procurou e obteve *MFNs* em muitos contratos hospitalares em troca de aumentos nos preços que paga pelos serviços hospitalares. Nesses casos, a **Blue Cross adquiriu proteção contra a concorrência, fazendo com que os hospitais aumentassem os preços mínimos que podem cobrar dos concorrentes da Blue Cross**, mas ao fazê-lo também aumentou seus próprios custos. A Blue Cross não procurou ou usou *MFNs* para reduzir seu próprio custo de obtenção de serviços hospitalares.

[...] As *MFNs* da Blue Cross fizeram com que muitos hospitais (1) **aumentassem os preços dos concorrentes** da Blue Cross por quantidades substanciais, ou (2) **preços de demanda que são altos demais para permitir que concorrentes competissem, excluindo-os efetivamente do mercado**. Ao negar aos concorrentes da Blue Cross o acesso a contratos hospitalares competitivos, os *MFNs* impediram ou impediram a entrada e expansão competitiva nos mercados de seguros de saúde em Michigan, e provavelmente aumentaram os preços dos seguros de saúde vendidos pela Blue Cross e seus concorrentes e os preços dos serviços hospitalares pagos pela Segurados e Empregadores auto-segurados, **em violação da Seção 1 da Lei Sherman** [...] (tradução e grifo nossos)

Dessa forma, destacam-se alguns dos pontos elencados na Ação e que demonstram justificativa para tal propositura dessa demanda. O primeiro é o da relevância do mercado de atuação da empresa, posto que a Blue Cross atua na venda de seguro de saúde comercial para grupos e indivíduos em mercados geográficos relevantes em todo o Estado de Michigan, inclusive, em comunidades onde há um único hospital. O segundo destaque ocorre pelo grande poder de mercado da referida empresa, considerada pelas autoridades a maior fornecedora de seguro de saúde comercial em Michigan, tendo em vista ser responsável por segurar mais de 60% da população dos residentes no Estado e nove vezes mais do que o seu segundo maior concorrente comercial.

Nesse seguimento, qualquer prática adotada pela Blue Cross em seus contratos pode afetar diretamente o mercado, bem como o consumidor. Assim, com a utilização de dois tipos cláusulas *MFN*, sendo uma a que determina a prática de preços mais altos dos hospitais aos concorrentes da seguradora (segundo as autoridades, podendo-se alcançar até 40% mais do que os valores pagos pela Blue Cross aos hospitais) e a outra a preços não inferiores aos pagos pela Blue Cross, são inúmeros os fundamentos utilizados pelas autoridades antitruste de que a forma pela qual foram empregadas as cláusulas *MFN*, configuram condutas anticoncorrenciais.

As autoridades defendem que ocorreu a violação da Seção 01 (um), do Sherman Act<sup>44</sup>, 15 U.S.C., §1 e a Seção 02 (dois) da Lei de Reforma Antitruste de Michigan, diminuindo-se a concorrência por práticas colusivas advindas das cláusulas *MFN* empregadas pela Blue Cross em seus contratos junto aos hospitais, originando-se efeitos anticoncorrenciais implícitos, conforme demonstrados no ato da propositura da ação.

O primeiro efeito foi o surgimento de um diferencial significativo entre os custos hospitalares da Blue Cross e os custos de seus concorrentes, o que evita que estes baixem seus custos hospitalares e se tornem restrições competitivas mais significativas à seguradora dominante do mercado. Outro efeito foi o aumento dos custos hospitalares para os concorrentes, o que provavelmente reduz a capacidade dos concorrentes de competir com aquela.

Em decorrência disso, passou-se ao estabelecimento de um piso de preço abaixo do qual os hospitais importantes não estariam dispostos a vender serviços hospitalares a outras

---

<sup>44</sup> “A Lei Sherman (Sherman Act), de 1890, proíbe os contratos e as conspirações que restrinjam o comércio interestadual ou mesmo internacional, além de determinar ser ilegal a tentativa de monopólio comercial. Essa lei forma a base para a legislação de defesa econômica americana e já previa, no caso de infração de seus dispositivos, o julgamento em vara cível, que poderia resultar em sentença proibindo a prática ou estabelecer uma multa, ou em vara criminal resultando tanto em multa quanto em prisão.” (CIANCARULLO, 2004, p.131)

seguradoras de saúde comerciais e, assim, impedir a competição de custos entre as seguradoras de saúde comerciais. Nesse seguimento, segundo o DOJ e o Estado de Michigan acreditaram ser inevitável o aumento do preço dos serviços hospitalares para todas as seguradoras de saúde e resultando de maneira provável na elevação dos custos do preço de seguro de saúde cobrados pela Blue Cross e seus concorrentes.

Com o aumento dos preços do seguro de saúde comercial, surgiu outra preocupação que é a privação dos consumidores de serviços hospitalares e seguro de saúde dos benefícios da livre concorrência, limitando a capacidade de competir de outras seguradoras de saúde, aumentando as barreiras à entrada e à expansão de concorrência no setor. Sobre isso, poderia, ainda, se chegar à exclusão completa dos concorrentes no mercado de atuação da Blue Cross. Desestimulando a entrada e a diminuição dos concorrentes, o preço do seguro de saúde comercial se elevará em decorrência disso e seria responsável pela manutenção a posição de liderança do mercado da empresa Ré.

Dessa maneira, todos os potenciais efeitos das cláusulas *MFN* analisadas levaram a conclusão pelas autoridades antitruste de que se tratava de uma restrição à concorrência, não havendo outra medida que senão a interpelação judicial da empresa, de modo a coibir o artifício utilizado em busca do monopólio comercial.

Outro ponto que merece destaque é que a temática foi tão debatida que chegou a ensejar a promulgação de leis<sup>45</sup> pelo Estado de Michigan que desde o ano de 2014, proíbem a utilização de cláusulas de nação mais favorecida entre as seguradoras, organizações de manutenção da saúde e assistência médica sem fins lucrativos, corporações em contratos com provedores e quaisquer outras entidades que oferecem seguro saúde. Ainda sobre isso, o Comissário do *Michigan Office of Financial and Insurance Regulation* determinou<sup>46</sup> que nenhuma seguradora possa usar *MFNs* a menos que a *MFN* seja submetida e aprovada por ele, afirmando que “todos as *MFNs* atualmente em uso por qualquer seguradora são nulas e inexecutáveis” e que “qualquer tentativa de seguradora a usar ou aplicar uma cláusula *MFN* em qualquer contrato de provedor, sem a prévia revisão e aprovação do Comissário, é proibida”.

---

<sup>45</sup> Traduzido e interpretado pelo autor da monografia, além de delineamentos opinativos deste acerca do texto original em inglês. U.S.D.C. E.D.MI. Civil Action No 2:10 CV-15155. U.S. and State of Michigan v. Blue Cross Blue Shield of Michigan. Stipulated Motion and Brief to Dismiss Without Prejudice. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/case-document/stipulated-motion-and-brief-dismiss-without-prejudice>>. Acesso em: 14 out. 2018.

<sup>46</sup> Ibid

### 5.1.2 Caso *UNITED STATES versus APPLE, INC., et al.*<sup>47</sup>

De acordo com a ação civil antitruste proposta pelo DOJ, ao serem investigadas determinadas condutas mercantis adotadas pela empresa Apple em conjunto com as principais editoras de livros atuantes no país, fora notado a violação da legislação antitruste com a realização de alguns compromissos contratuais. Nesse aspecto, os principais fatos denotaram práticas conspiratórias violadoras da livre concorrência, servindo como principal fundamento legal para a propositura da ação a violação em relação ao preconizado pela Seção 01 (um), do *Sherman Act*, 15 U.S.C., §1.

Em relação aos fatos, trata-se de uma disputa pelo mercado de *e-book*. Em 2009, a empresa Amazon e o seu produto Kindle (leitor de livros eletrônicos) eram dominantes neste setor. O expressivo número das vendas de *e-books* pela empresa estavam atribuídas ao baixo preço para aquisição pelos consumidores dos e-books “recém-lançados” e “best sellers”, no importe de \$9,00 (nove dólares). A empresa comprava e-books de editoras a um determinado preço de atacado e os vendia a preços abaixo do atacado.

Por outro lado, nesse período, a Apple queria criar uma loja eletrônica de e-books para seu tablet, denominada iBookstore. Porém, sabendo do poder de mercado potencializado pelo grande número de vendas da Amazon, a Apple buscava estabelecer uma estratégia que trouxesse maior lucratividade e maior competitividade frente aos agressivos preços praticados pela concorrente. Nesse sentido, a Apple firmou contratos com cláusula *MFN* junto a algumas das editoras mais relevantes da indústria de livros - Hachette Book Group, Inc; HarperCollins Publishers L.L.C.; Macmillan; The Penguin Group; Simon & Schuster, Inc; - os quais estavam insatisfeitos com os preços praticados na venda de e-books pela Amazon. As editoras foram motivadas por um desejo para manter tanto o valor percebido de seus livros e sua própria posição na indústria. Eles receberam garantias entre si e da Apple que todos eles agiriam em conjunto para aumentar os preços do e-book de varejo. A motivação da Apple foi driblar a concorrência da estratégia de varejo de preço baixo promovida pela Amazon.

As editoras Réis viram o aumento dos e-books e, em particular, o desconto de preços da Amazon, como um desafio substancial ao seu modelo de negócios tradicional. Passaram a

---

<sup>47</sup> U.S.D.C S.D.N.Y. Civil Action No 1:12-CV-2826. Op. cit.

temer que os preços mais baixos da Amazon acarretassem, eventualmente, a baixa dos preços dos preços atacadistas e dos livros impressos.

Em relação à análise dos contratos e medidas adotadas pela Apple junto aos principais editores do mercado, sintetizam James T. McKeown e Max S. Meckstroth<sup>48</sup>:

Os contratos de editora da Apple adotaram o modelo de preço de agência sob o qual cada editor retinha a autoridade de preços dentro de uma faixa de limites de preços, enquanto concordava em pagar à Apple uma porcentagem fixa de cada venda. Os contratos de agência incluíam uma cláusula *MFN* que exigia que os editores definissem os preços de e-books na iBookstore da Apple não mais do que qualquer outro varejista da editora.

A título de exemplo, sob a cláusula *MFN*, se um editor cobrasse US\$ 15 pelo Book-X, na iBookstore, mas a Amazon o vendesse por US\$ 10, o editor seria obrigado a reduzir o preço do Book-X, na iBookstore para não mais de US\$ 10. Assim, a editora não só precisaria baixar o preço para US\$ 10, mas depois de pagar à Apple sua taxa de 30%, a editora receberia apenas US\$ 7 da venda - ainda menos do que seus preços no atacado. Portanto, para que os preços de agência fossem viáveis do ponto de vista de um editor, o editor precisava transferir seu contrato da Amazon para o modelo de agência ou fazer com que a Amazon precisasse de um preço mais alto. Caso contrário, a cláusula *MFN* não apenas perpetuaria o preço de US\$ 9,99, mas também levaria a editora a perder ainda mais dinheiro.

Em última análise, cinco dos seis grandes concordaram com a Apple (depois que a Apple supostamente assegurou a cada editor que os outros estavam concordando com os mesmos termos), e logo depois cada editor mudou seu respectivo contrato com a Amazon para o modelo de agência. Assim, a Apple entrou com sucesso no mercado e o preço dos e-books subiu.

A Apple e as editoras nunca concordaram em estabelecer preços específicos para o e-book, mas o DOJ argumentou que eles conspiraram para eliminar o preço-preço da Amazon de US\$ 9,99 e aumentar os preços em geral. Assim, embora a *MFN* fosse indiscutivelmente “pró-competitiva” na medida em que facilitou a entrada da Apple no mercado de e-books, desconcentrando o quase monopólio da Amazon, as cláusulas *MFN* também forneceram os meios, bem como a motivação, para realizar uma conspiração entre as empresas. [...]

O tribunal distrital considerou que a Apple orquestrou uma conspiração entre os editores para eliminar a concorrência de preços e elevar os preços dos e-books, e o Segundo Circuito afirmou. [...] Diferentemente das ações anteriores do DOJ, que questionavam o alegado uso de cláusulas *MFN* por parte das partes para evitar que concorrentes menores entrassem em um determinado mercado, a cláusula *MFN* na Apple foi usada por uma parte que não possuía participação de mercado. Foi somente depois que a Apple alegadamente reuniu os editores - encorajados pela cláusula *MFN* - que se tornou possível aumentar os preços dos e-books. (tradução nossa)

<sup>48</sup> MCKEOWN, James T.; MECKSTROTH, Max. Potential Antitrust Implications of Most Favored Nation Clauses. *Foley*, 10 mar. 2016. Antitrust. Disponível em: <<https://www.autoindustrylawblog.com/2016/03/10/potential-antitrust-implications-of-most-favored-nation-clauses/>>. Acesso em: 15 out. 2018.



Em sequência, seguindo a análise do DOJ sobre as condutas anticoncorrenciais, as empresas réis se organizaram de modo a acabar com a intensa concorrência no preço de e-books sob o modelo de atacado, o que trazia intenso benefícios aos consumidores. Nessa esteira, fora acordado em conjunto a substituição do modelo de atacado para a venda em um "modelo de agência", impondo-se a Amazon também a realizar tal modelo, assim como demais varejistas. Em decorrência disso, as editoras assumiriam o controle do preço de varejo, denominando os varejistas como "agentes" que não teriam poder para alterar os preços de varejo estabelecidos pelos editores. Como resultado, os editores poderiam acabar com a concorrência de preços entre os varejistas e elevar os preços que os consumidores pagariam pelos e-books através da homogeneização de preços superiores.

Segundo o DOJ, ainda, essa mudança foi através de um esforço comum, ou melhor, uma conspiração entre as editoras e a Apple, sendo a responsável por coordenar tal transição. E assim, fora entendido em um enorme prejuízo aos consumidores que para obterem os mesmo e-books precisam pagar valores maiores em consequência da conspiração efetivada.

Conclusivamente, denota-se que o emprego da cláusula *MFN*, no caso em tela, surtiu efeitos evidentes na concorrência, mas de maneira diversa do que as autoridades antitruste estavam acostumadas, indicando-se um avanço das condutas anticoncorrenciais. O primeiro aspecto diferencial é que a Apple era ingressante no mercado de e-books e a Amazon era a empresa dominante, sendo que o emprego de uma cláusula, geralmente, evidencia o intuito de exclusão novos operadores do mercado, o que não se aplica no caso em concreto. O segundo aspecto se rege pela não proteção ao aumento de preços. Em regra, com transações pautadas pelo menor preço ou melhores condições ao contratante que impõe a *MFN*, geralmente, empresa dominante no setor, conduz o mercado a uma baixa de preços e maior concorrência entre os agentes de tal âmbito, precisando se destacar em vezes por algum diferencial do produto ou serviço oferecido. Todavia, neste caso, houve um conluio entre as empresas para justamente aumentarem o preço, configurando-se explicitamente como uma conduta anticoncorrencial e que prejudica o mercado consumidor. O terceiro e último ponto a ser destacado é o aumento dos custos de negociação, posto que a Amazon e outros varejistas tinham menos possibilidade de barganharem com as editoras pela mudança do modelo de negócio de atacado para agência.

### 5.1.3 Caso *UNITED STATES versus DELTA RENTAL OF RHODE ISLAND*<sup>49</sup>

De modo a trazer uma percepção maior sobre os entendimentos das autoridades antitruste americanas, analisar-se-á em sequência um caso pretérito em relação aos demais, porém, não menos importante.

O caso sob análise remonta ao ano de 1996, sendo que o DOJ promoveu uma ação civil antitruste contra a maior seguradora dentária do Estado de Rhode Island, a empresa Delta Rental of Rhode Island, com quase 200 mil contratantes e aproximadamente de 35 a 45% dos segurados por algum plano odontológico do Estado.

Após analisar condutas adotadas pela empresa na formação dos preços pagos aos dentistas que atendiam os seus segurados, a autoridade americana entendeu que os contratos (“acordos”) firmados pela empresa configuravam conduta anticoncorrencial ao violar o que preceitua a Seção 01 (um), do Sherman Act, 15 U.S.C., §1.

Nesse sentido, segundo o DOJ, cada dentista que prestava serviços aos segurados da Delta concordava em cumprir as exigências efetuadas pela empresa, através de um acordo que compunha um contrato e também regras e regulamentos que regiam a prestação de atendimento odontológico dos dentistas, bem como as taxas que eles poderiam cobrar dos contratantes da Delta. No tocante às taxas, o acordo estabelecia os valores mínimos que os dentistas participantes poderiam cobrar de não são assinantes da seguradora sem incorrer em uma possível penalidade financeira. Em específico o regramento 10, comumente caracterizada pela Delta como sua "Política de Comprador Prudente", fornecendo a política de reembolso, cujos efeitos práticos tomam o contorno de uma cláusula *MFN*.

A política de reembolso presente no acordo firmado reservava a Delta o direito de limitar os reembolsos dos dentistas que atendiam seus segurados ao mesmo nível que os dentistas tivessem concordado em aceitar como reembolso de outras organizações não governamentais.

A autoridade americana aduziu, ainda, que a adoção dessa política de reembolso com o emprego de uma cláusula de paridade prejudicou a concorrência e reduziu o bem-estar social do consumidor nos serviços odontológicos, na área de atuação da Delta, pois inibia que os

---

<sup>49</sup> Traduzido e interpretado pelo autor da monografia, além de delineamentos opinativos deste acerca do texto original em inglês. U.S.D.C S.D.R.I. Civil Action No CA-96113ML U.S. versus Delta Rental of Rhode Island. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/case-document/0594>>. Acesso em: 14 out. 2018.

dentistas, que prestavam serviços a seguradora, reduzissem suas taxas (entenda-se honorários) abaixo das taxas cobradas em relação àquela. Além disso, o efeito persuasivo consubstanciado do acordo firmado pela Delta e pelos dentistas gerou por consequência o fator de exclusão ou de impedimento de planos odontológicos concorrentes que passassem a praticar valores menores do que a da seguradora.

Ainda nessa esteira, a cláusula *MFN* praticada inibia as taxas mais baixas para serviços odontológicos em geral, pois exigia que o dentista participante que cobrasse uma taxa não inferior à da Delta para que qualquer paciente não vinculado a ela e dessa forma, se o fizesse, passaria a aceitar taxas mais baixas para todos os pacientes Delta. Como o número de pacientes da Delta eram uma parcela significativa na atuação e na fonte de renda da maioria dos dentistas de Rhode Island, a cláusula de nação mais favorecida, nesse caso, impunha efetivamente uma grande penalidade aos dentistas participantes da Delta que desejassem cobrar taxas significativamente mais baixas. Assim, os dentistas não estariam dispostos a cobrar de pacientes, segurados ou não pela Delta, um valor de taxa de menor, pois reduziriam seus ganhos. Tal prática resultou em preços mais altos e redução da produção de serviços odontológicos em Rhode Island.

Outro ponto trazido pela divisão antitruste do DOJ foi o desincentivo financeiro ao desconto colocado pela cláusula *MFN* que impedia a capacidade dos planos de seguro odontológicos concorrentes de contratarem dentistas de Rhode Island em níveis de taxas significativamente inferiores aos da Delta. Em alguns casos, a cláusula de paridade da Delta causou a participação dentistas a se recusarem a participar de planos odontológicos concorrentes que ofereciam taxas abaixo daquelas pagas pela Delta. Em outros casos, os dentistas participantes da Delta insistiam como condição de participação que os pagamentos fossem aumentados para os níveis daquela.

Em conclusão, a cláusula *MFN* da Delta privava que os consumidores de alguns aspectos como: (i) o aumento da concorrência pela dificuldade de competição com os valores praticados pela Delta, a qual por ser dominante no mercado também determinava indiretamente no preço das taxas cobradas a todos, sejam segurados ou não, inviabilizando a participação de concorrentes com valores menores; (ii) a obtenção de prêmios menores, com a grande relevância e o grande número de dentistas aderentes ao plano da Dental, os valores para cada serviço realizado passaram a ser maiores; (iii) maior disponibilidade de atendimento odontológico, posto a exclusão de alguns operadores do mercado que não conseguiriam ser

competitivas com a prática de preço advinda da *MFN* e conseqüentemente, o embaçamento em relação ao surgimento de novos operadores do mercado;

## 5.2. Autoridade concorrencial europeia

O sistema de defesa concorrencial europeu<sup>50</sup> é composto pelos integrantes da Rede Europeia de Concorrência (*European Competition Network - ECN*), mediante a cooperação entre a Comissão Europeia (*European Commission - EC*)<sup>51</sup> e as autoridades nacionais de concorrência de todos os estados-membros da União Europeia (UE). Desta forma, o que diferencia a atuação individual ou até mesmo coletiva é a abrangência dos efeitos de determinada conduta anticoncorrencial. Ou seja, se a conduta gerar reflexos em mais de um país da UE, a Comissão, por exemplo, poderá atuar.

Ainda sobre a atuação da Comissão, esta tem como finalidade investigar se as empresas estão violando ou podem chegar a violar as regras da concorrência com suas condutas. Destarte, poderá atuar tanto antes (preventivamente) do cometimento de alguma infração aos regramentos de concorrência como a posteriori (punitivamente), com o intuito de proteger a competição dos mercados. Dentre as possíveis atuações, cita-se a proibição da continuidade de determinada conduta, exigência de ação corretiva ou imposição de multa, a depender de cada situação, sendo que os poderes de aplicação da lei concorrencial foram conferidos pelos tratados dos países da UE. Portanto, as suas decisões são vinculativas para as empresas e para as autoridades nacionais, porém, as decisões podem ser objeto de recurso para o Tribunal Geral da UE e ainda, em questões de direito, para o Tribunal de Justiça. Ressalta-se que a conduta anticoncorrencial deve ter um efeito sobre o comércio entre países da UE para que a Comissão possa agir. Além disso, destaca-se que as autoridades nacionais de concorrência podem aplicar as regras da UE, bem como as suas próprias leis de concorrência.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Nesta monografia, priorizou-se o estudo e análise em relação aos membros da União Europeia, sendo que o sistema explanado não abrange a totalidade dos países europeus.

<sup>51</sup> De acordo com o site institucional União Europeia: “A Comissão Europeia é o órgão executivo da UE, sendo politicamente independente. É responsável pela elaboração de propostas de novos atos legislativos europeus e pela execução das decisões do Parlamento Europeu e do Conselho da UE”. UNIÃO EUROPEIA. Sobre a UE. *Em síntese*. Disponível em: <[https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-commission\\_pt](https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-commission_pt)>. Acesso em: 09 out. 2018.

<sup>52</sup> Traduzido e interpretado pelo autor da monografia, do texto original em inglês. EUROPEAN COMMISSION. Competition. *Overview: making markets work better*. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/competition/general/overview\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/general/overview_en.html)>. Acesso em: 09 out. 2018.

Posto isto, para que se possa compreender melhor sobre a análise do Direito Concorrencial na União Europeia é necessário tecer algumas considerações em relação à legislação comum aos Estados-membros oriunda da ratificação do Tratado de Lisboa<sup>53</sup>. Com a aceitação pelos países, passou a vigorar o Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), sendo que, atualmente, este Tratado é uma das principais fontes dos princípios basilares a análise da temática concorrencial em relação aos Estados membros. No Título VII do Tratado, são estabelecidos os regramentos comuns relativos à concorrência, procedimentos de fiscalização e aproximação das legislações. Nesse prisma, há algumas regras relativas às empresas que merecem destaque para análise debatida nessa monografia, sendo previstas pelos seguintes artigos 101.º e 102.º<sup>54</sup>, respectivamente:

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 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:
  - a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;
  - 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 objeto desses contratos.
2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.
3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:
  - a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,

---

<sup>53</sup> “O Tratado de Lisboa, entrou em vigor a 1 de dezembro de 2009, foi assinado em Lisboa, a 13 de dezembro de 2007 [...] É um Tratado composto pelos dois principais Tratados da UE revistos: o Tratado da União Europeia (TUE) e o Tratado que institui a Comunidade Europeia (agora designado Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE), bem como por vários protocolos e declarações, que se encontram em anexo e dele fazem parte integrante. Entre as várias novidades que este Tratado apresenta, cumpre destacar que, pela primeira vez na história da construção europeia, são incluídas uma série de referências explícitas sobre os Parlamentos nacionais no articulado do Tratado, considerando que estes contribuem ativamente para o bom funcionamento da União Europeia (artigo 12.º TUE). Acresce que o Tratado reforça os poderes dos Parlamentos nacionais no âmbito do processo legislativo europeu, consagrando a possibilidade dos Parlamentos de cada Estado-Membro poderem dirigir aos Presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão Europeia, a sua opinião sobre uma determinada proposta legislativa europeia”. ASSEMBLÉIA DA REPÚBLICA. UE e internacional. *Assuntos Europeus*. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/europa/Paginas/TratadodeLisboa.aspx>>. Acesso em: 18 out. 2018.

<sup>54</sup> Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial*, nº C 326, 26/10/2012. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=pt>>. Acesso em: 14 out. 2018.

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

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.

Em relação à atuação desta autoridade antitruste, merecem destaque alguns casos, ressaltando-se novamente que o objetivo primordial deste tópico não é a explanação em relação ao resultado final do processo, mas sim delinear os principais aspectos levados em consideração pelas autoridades na percepção em quais situações de utilização de uma *MFN* serão determinadas anticoncorrenciais, além da perspectiva de limitações sobre a tal utilização.

Portanto, depreende-se que além dos ordenamentos jurídicos internos, as empresas atuantes na União Europeia deverão se pautar pelo estrito cumprimento dos artigos supracitados, de modo que se não seguidos será configurada prática anticoncorrencial.

Nesse seguimento, em relação à atuação das autoridades antitruste europeias, serão destacados alguns casos que foram importantes ao fornecimento de bases para o mercado do que se considera uma prática violadora da concorrência, no emprego de uma cláusula *MFN*. Ressalva-se que o objetivo primordial deste tópico não é a explanação em relação ao resultado final do processo, mas sim delinear os principais aspectos levados em consideração pelas autoridades europeias na percepção sobre quais condutas podem ser consideradas anticoncorrenciais.

### 5.2.1 Caso OTAS

Anteriormente a preocupação demonstrada pela autoridade antitruste brasileira, a qual também já analisou o emprego das cláusulas *MFN* no setor de reservas online de hotéis, as autoridades nacionais antitruste da União Europeia já analisavam a temática, servindo os entendimentos adotados como norteadores a outros órgãos de defesa da concorrência pelo mundo, inclusive, o brasileiro.

Desde 2010, as autoridades de concorrência de dez Estados-membros instauraram inquéritos sobre as *MFNs* no setor de reservas online, conforme apontam (VARONA; CANALES; MENÉNDEZ, 2015)<sup>55</sup>. Segundo os autores, como havia divergência de entendimento sobre a temática e a questão ter adquirido âmbito transnacional, a Comissão Europeia também passou a analisá-la em cooperação com os integrantes da *ECN*, de modo assegurar a coerência entre as decisões nacionais.

Em conformidade, ainda, com os autores França, Itália e Suécia iniciaram investigações sobre *MFNs* no setor de reservas on-line entre novembro de 2012 e maio de 2014, mas um dos pioneiros foi o Reino Unido, o qual era à época membro da União Europeia, iniciando suas investigações em 2010.

#### 5.2.1.1 Análise do Reino Unido<sup>56</sup>

Em setembro de 2010, O *Office of Fair Trading (OFT)*<sup>57</sup>, a antiga autoridade concorrencial deste Estado, instaurou um inquérito sobre supostas violações do direito da

<sup>55</sup> VARONA, Edurne Navarro; CANALES, Aarón Hernández. Online Hotel Booking. *CPI Antitrust Chronicle*, 2015. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/NavarroHernandezMay-151.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.

<sup>56</sup> Traduzido e interpretado pelo autor da monografia, além de delineamentos opinativos deste acerca dos textos originais em inglês. OFT. Case nº CE/9320/10. Set. 2010. OFT v. Booking.com, Expedia, Intercontinental Hotels Group. Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402153926/http://www.of.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/ca98/closure/online-booking/> e <[http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402182545/http://www.of.gov.uk/shared\\_of/ca-and-cartels/hob-annexe1%282%29.pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402182545/http://www.of.gov.uk/shared_of/ca-and-cartels/hob-annexe1%282%29.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2018.

<sup>57</sup> De acordo com o site institucional da autoridade concorrencial, o órgão “atua como o ‘regulador econômico’ do Reino Unido através de seus principais objetivos de garantir a proteção do consumidor e a lei de concorrência dentro do Reino Unido. O OFT é um departamento governamental não ministerial que foi estabelecido após o Fair Trading Act 1973. A missão do OFT é salvaguardar a escolha dos consumidores em todo o mercado e em todos os setores, garantindo que todos os mercados trabalhem em concorrência saudável, justa e aberta entre si para os consumidores.” (tradução nossa). Todavia, em 01 de Abril de 2014, as atividades desta autoridade foram

concorrência no setor de reservas on-line de hotéis, especialmente em relação a acordos verticais entre hotéis e agências de viagens on-line (OTAs), destacando-se as empresas Booking.com<sup>58</sup>, Expedia e Intercontinental Hotels Group (IHG).

Em julho de 2012, a autoridade emitiu uma comunicação de objeções, entendendo, inicialmente e provisoriamente, que os acordos separados firmados pelo Booking.com e pela Expedia om o IHG, os quais contavam com cláusula de paridade, teriam indícios de infração a legislação de concorrência do Reino Unido e da União Europeia em relação à oferta on-line de reservas de acomodações, pois restringiam a capacidade dos OTAs concorrentes obterem preços menores. Nesta comunicação de objeções, alegou-se que os possíveis efeitos dos acordos firmados seriam o de ocasionar a limitação de preços e gerar o aumento de barreiras à entrada e expansão de concorrentes.

Em sequência, fora disponibilizada a oportunidade de que os investigados se manifestassem acerca do entendimento inicial da autoridade. No entanto, não responderam formalmente à comunicação das objeções, mas ofereceram compromissos, como a possibilidade do fornecimento de preços menores pelos hotéis a OTAs concorrentes dos investigados, posteriormente, aceitos pela autoridade concorrencial, em janeiro de 2014 e com mais alguns desdobramentos recursais, mas nada pertinente a temática da monografia, por ora.

Assim, a oferta dos compromissos pelas partes investigadas não constituiu admissão de irregularidades, sendo a investigação foi encerrada sem constatar violação a legislação concorrencial. No entanto, o tramitar do inquérito deixou evidente que cláusulas de paridade podem ser entendidas pelas autoridades do Reino Unido como anticoncorrenciais, principalmente, se atingirem os preços fornecidos ao consumidor e dificultar o surgimento ou expansão de concorrentes.

---

encerradas, passando suas atribuições a outras organizações como a Autoridade de Concorrência e Mercados. PROFESSIONAL FINANCIAL CLAIMS ASSOCIATION. Organizations. Office of Fair Trading. Disponível em: <<http://www.pfca.org.uk/financial-claims/organisations/office-of-fair-trading.html>>. Acesso em: 11 out. 2018.

<sup>58</sup> CMA closes hotel online booking investigation. Gov.uk, United Kingdom, 16 set. 2015. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/news/cma-closes-hotel-online-booking-investigation>>. Acesso em: 14 out. 2018.



### 5.2.1.2 Análise alemã<sup>59</sup>

Em 10 de fevereiro de 2012, o Bundeskartellamt (em inglês, *Federal Cartel Office - FCO*), a autoridade concorrencial alemã, emitiu uma primeira comunicação de objeções contra a *OTA HRS (Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH)*, um dos principais portais de reservas online da Alemanha, possuindo em sua base de dados de mais de 250.000 hotéis em todas as categorias de preços na Alemanha, na Europa e no mundo.

Além do mercado relevante ocupado pela *HRS*, o *FCO* argumentou que a cláusula *MFN*, prevista nos contratos firmados entre a plataforma de reservas online e os hotéis parceiros, restringia a concorrência no mercado de *OTAs* e impedia a entrada de demais concorrentes no mercado, além de constituir um obstáculo injusto para os pequenos e médios hotéis que dependiam do *HRS*.

De acordo com análise da autoridade concorrencial, os hotéis se comprometiam a não oferecer condições mais favoráveis do que as oferecidas a *HRS* com relação ao preço, disponibilidade e condições de cancelamento às demais outras agências online, bem como através dos canais do próprio hotel, incluindo reservas diretamente na recepção. Em julho de 2013, a autoridade antitruste emitiu uma segunda comunicação de objeções em face do *HRS*, confirmando o entendimento inicial o efeito anticoncorrencial do *MFN*. Outro ponto observado pela autoridade é de que as cláusulas *MFN* semelhantes às usadas pelo *HRS* foram aplicadas por outras plataformas on-line em diferentes setores e em decorrência disso, os procedimentos da *OTA* seriam importantes para uma variedade de outras plataformas on-line.

Em dezembro de 2013, o Bundeskartellamt proibiu as *MFN*, determinando que a *HRS* providenciasse a remoção das referidas cláusulas de seus contratos e termos e condições gerais com hotéis contratantes até o dia 1 de março de 2014. As cláusulas de paridade dificultavam a adoção de novas estratégias de venda ou o oferecimento de comissões mais baixas aos hotéis por parte dos concorrentes, assim como os hotéis não podiam se utilizar de diferentes portais ou outros canais de vendas para fazer ofertas a preços e condições diferentes em relação aos

---

<sup>59</sup> Traduzido e interpretado pelo autor da monografia, além de delineamentos opinativos deste acerca do texto original em inglês. BUNDESKARTELLAMT. Case nº B9-66/10. 20 dez. 2013. Bundeskartellamt v. Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH et al. Disponível em: <<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.html?nn=3591568>>. Acesso em: 22 out. 2018.

praticados perante *HRS*, levando-se a obtenção de preços mais elevados ao mercado e a perda do potencial de inovação.

Quanto à argumentação de que cláusulas *MFN* possuem aspectos positivos no mercado, como a proteção das empresas em relação ao *free-rider* e a redução dos custos de pesquisa pelos consumidores, entendeu-se que, no caso sob análise, os possíveis efeitos positivos não compensavam o efeito anticoncorrencial. Da mesma forma, em 2015, entendeu o Tribunal de Apelações de Dusseldorf, que manteve a decisão de proibição adotada em dezembro de 2013 pelo *FCO*.

Conclusivamente, a autoridade concorrencial dispõe que as cláusulas de paridade impostas por outros grandes portais de hotéis na Alemanha, tais como o Booking.com e a Expedia reforçaram a restrição da concorrência, iniciando também procedimentos contra estas duas. As cláusulas *MFN* analisadas ao restringirem a liberdade dos hotéis de fixarem seus preços indefinidamente são interpretadas pelas autoridades como um aspecto anticoncorrencial, infringindo o artigo 101.º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia e as disposições do direito alemão equivalentes.

### 5.2.1.3 Análise conjunta Itália, Suécia e França<sup>60</sup>

Os inquéritos abertos pelas autoridades da concorrência italiana (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - AGCM*), sueca (*Konkurrensverket*) e francesa (*Autorité de la concurrence*) culminaram na aceitação paralela, mas conjunta dos compromissos fornecidos pela empresa Booking.com que abarcaram em uma redução significativa do escopo das cláusulas *MFN*, a partir de 2015, sem qualquer declaração de violação de conduta pelos atos anteriores.

O objetivo principal das investigações era a para apuração de possíveis restrições concorrenciais relacionadas ao uso de cláusulas *MFN*, nos contratos firmados entre as principais *OTAs* do mercado - Booking.com e Expedia - e seus parceiros (hotéis). De acordo com as estipulações contratuais os hotéis não podiam oferecer melhores condições em qualquer outro

---

<sup>60</sup> Traduzido e interpretado pelo autor da monografia, além de delineamentos opinativos deste acerca do texto original em inglês. COMMITMENTS Offered by Booking.Com: Closed The Investigation in Italy, France and Sweden. Autorità Garante Della Concorrenza e Del Mercato, Roma, 21 abr. 2015. Disponível em: <<http://en.agcm.it/en/media/detail?id=42f88c3c-d668-409f-b604-40581a05c97b>>. Acesso em: 23 out. 2018.

canal de vendas, seja online ou off-line, incluindo outras agências de viagens online e sites do próprio hotel, em relação aos preços e disponibilidade de acomodações que eram fornecidos por aqueles na plataforma do Booking.com, por exemplo.

Dentre as preocupações das autoridades, destaca-se o fato de o emprego da referida cláusula de paridade afetar os preços final das acomodações ao consumidor, posto que haveria uma significativa restrição de concorrência nas comissões exigidas pelas *OTAs* aos hotéis. Com a efetivação dos compromissos fornecidos<sup>61</sup> pela Booking.com, as cláusulas passariam a ser aplicadas apenas em relação aos preços e outras condições oferecidas publicamente pelos hotéis através dos seus canais de venda diretos on-line (seu sites), aumentando substancialmente a margem de manobra dos hotéis junto a outras agências, capazes de preservar os serviços gratuitos de comparação e busca, além de estimular a economia digital em expansão.

Ou seja, reduzindo-se o escopo da cláusula de amplo para restrito, possibilitando aos hotéis a liberdade na definição de preços e condições perante as outras *OTAs* e em seus canais off-line diretos (recepção e telefone, por exemplo), assim como no contexto de seus programas de fidelidade. Assim, as autoridades (italiana, sueca e francesa) concluíram que os compromissos eram aptos à resolução dos efeitos advindos do emprego de uma cláusula *MFN*, pois ao limitar o escopo de atuação dessas cláusulas, as *OTAs* concorrentes dos dominantes desse nível de mercado poderiam concorrer de maneira mais eficaz. Em abril de 2015, as autoridades tornaram juridicamente vinculativos os compromissos oferecidos pela empresa Booking.com encerrando o inquérito em face desta empresa.

De maneira conclusiva, na presença de cláusulas *MFN* com escopo amplo, uma agência online, como o Booking.com, o qual já possui posição dominante no mercado, não haverá incentivos para oferecer taxas mais baixas para seus hotéis parceiros, conseqüentemente, criando preços maiores ao consumidor, além da dificuldade de novas *OTAs* ingressarem nesse mercado. Por tal motivo, entendeu-se que a presença de uma cláusula de paridade com escopo reduzido seria capaz de proteger os investimentos feitos pelas agências de viagem online, protegendo-as do efeito caronista (*free-rider*), assim como coibindo o aumento dos preços ao consumidor e a restrição da liberdade dos hotéis.

---

<sup>61</sup> Traduzido e interpretado pelo autor da monografia, além de delineamentos opinativos deste acerca do texto original em inglês. BOOKING.COM to Amend Parity Provisions Throughout Europe. *Booking.com*, Amsterdam, 25 jun. 2015. Disponível em: <<https://news.booking.com/bookingcom-to-amend-parity-provisions-throughout-europeesp>>. Acesso em: 23 out. 2018.

No entanto, é imperioso salientar que os poderes legislativos da França e da Itália não entenderam da mesma maneira que suas autoridades concorrenciais nacionais, passando a aprovar leis<sup>62</sup> que proíbem todos os tipos de cláusulas de paridade em contratos entre as *OTAs* e hotéis, inclusive, as com escopo restrito, tornando-as nulas em caso de utilização. Em decorrência disso, os hotéis terão asseguradas suas liberdades de estabelecer preços mais baixos, tanto de modo online quanto off-line, mas o autor entende por ser uma visão rasa acerca do mercado, posto que as *OTAs* também merecem proteção de seus investimentos e para que continuem oferecendo um serviço tão benéfico ao setor hoteleiro e aos consumidores, frise-se, gratuito de maneira direta em relação a estes.

Outro ponto que merece destaque é que a aprovação destas leis geram efeitos indiretos prejudiciais a toda dinâmica do mercado, tais como a restrição excessiva da autonomia de empresas disporem livremente acerca de seus contratos.

Posto isto, reforça-se a complexidade inerente ao emprego das cláusulas *MFN* em contratos comerciais internacionais e o direito concorrencial, tendo em vista os inúmeros entendimentos, em consonância aos casos retro elencados, que ora permeiam a aplicabilidade com restrição, ora pela proibição total. De tal forma, a ausência do fornecimento de um pensamento comum aos países membros da União Europeia cria uma incoerência e uma insegurança que não são positivas ao mercado, tendo em vista que as empresas têm de aplicar diferentes políticas e estruturas, dependendo do país de atuação dentro de um mesmo mercado comum, o do bloco econômico europeu, o qual também possui como uma das fontes ao Direito Concorrencial, o TFUE. O que se aduz não é sobre capacidade ou não de decidir sobre a temática das cláusulas *MFN* que os Estados-membros detêm, mas sim em relação à ausência de uniformidade no entendimento acerca da aplicabilidade dessas.

---

<sup>62</sup> No caso da França, a aprovação da “*LOI n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l’activité et l’égalité des chances économiques*”, vide o artigo 133 (Article L311-5-1) da referida lei. Disponível em: <[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=66E98278C26E5E67C923D4106B4A6E3B.tplgfr31s\\_3?idSectionTA=LEGISCTA000030992951&cidTexte=LEGITEXT000006074073&dateTexte=20181102](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=66E98278C26E5E67C923D4106B4A6E3B.tplgfr31s_3?idSectionTA=LEGISCTA000030992951&cidTexte=LEGITEXT000006074073&dateTexte=20181102)>. No caso da Itália, a aprovação da “*Legge n.124/2017 (Legge annuale per il mercato e la concorrenza)*” vide o parágrafo 166. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2017;124>>. Acessos em: 02 nov. 2018.

## 6 CONCLUSÃO

No decorrer dos últimos anos, com o desenvolvimento das atividades comerciais e o surgimento de novas modalidades de negócios se notou a adoção de novas ferramentas aptas a afetar o cenário da livre concorrência dos mercados em nível mundial. Destaca-se, dentre elas, o emprego de cláusulas MFN em contratos comerciais.

Nesse cenário, pode-se inferir que muitas são as implicações advindas de uma cláusula de paridade em relação ao mercado em que se inserem, sob a ótica do Direito Concorrencial, principalmente, questionamentos sobre a legalidade de dispositivos contratuais que delimitem a atuação comercial de um dos contratantes perante a si (escopo restrito) e aos concorrentes do outro contratante (escopo amplo). De outro lado, fornecendo bases a interpretação sobre a legalidade, aduz-se que os efeitos advindos em relação a todos os agentes econômicos vinculados, direta ou indiretamente, em tal relação contratual foram aspectos considerados importantes para se obter tal entendimento.

Ainda nesse ponto, verificou-se a complexidade de análise de uma cláusula MFN, posto seu caráter dúplice, agregando em sua natureza efeitos concorrenciais e outros, ao mesmo tempo, tipicamente anticompetitivos. Em relação aos que favorecem a concorrência constatou-se a (i) proteção contra o aumento de preços de produtos e serviços, a (ii) diminuição dos custos de negociação das transações, tanto monetariamente quanto temporalmente e a (iii) garantia de recuperação dos investimentos. E quanto aos aspectos anticoncorrenciais foram destacados a (i) homogeneização de preços e em circunstâncias específicas, o aumento de preço e o (ii) embaraçamento e exclusão de novos operadores.

Dessa forma, a temática tem grande relevância, sendo imperioso o escrutínio como feito nesta monografia, pois envolve não só o aspecto da livre concorrência, mas a todos os que buscam uma relação harmoniosa entre os agentes econômicos. Nesse sentido, salienta-se a importante função exercida pelas autoridades antitrustes ao redor do mundo, quando da investigação de empresas que exerciam cláusulas MFN em seus contratos, dado a dificuldade de análise.

Com isso, as autoridades antitruste foram capazes de fornecer bases seguras a atuação das empresas e a percepção do qual conduta é ou não permitida por seu Direito Concorrencial nacional ou transnacional, como no caso da União Europeia, acerca das referidas cláusulas.

Todavia, no tocante ao exame realizado pelas autoridades concorrenciais, notou-se, ainda, uma clara divergência de entendimentos. Algumas dessas consideraram as cláusulas de paridade violadoras da livre concorrência, impedindo tanto a utilização de cláusulas de escopo amplo como restrito, devendo todas estas serem retiradas dos contratos e consideradas nulas, ficando evidenciado tal pensamento pela autoridade concursal alemã (*Federal Cartel Office – FCO*). Da mesma maneira, alguns entendimentos mais moderados como o dos Estados Unidos e do Reino Unido, os quais defendem que se atingirem os preços fornecidos ao consumidor e dificultar o surgimento ou expansão de concorrentes, as cláusulas de paridade serão nulas ou com necessidade de remoção.

De outra banda, na visão do autor, existem entendimentos mais adequados ao fluxo econômico mundial, capazes de suprirem de maneira eficaz tanto as necessidades do mercado, como impedirem a violação da livre concorrência e a proteção dos consumidores. Nesse sentido, prosperam os entendimentos fornecidos pelo CADE, pelas autoridades sueca, francesa e italiana, ressalvando que as duas últimas tiveram suas decisões prejudicadas ante a aprovação de leis em seus países que proibiam cláusulas de paridade nos contratos entre *OTAs* e hotéis.

No entanto, ainda acerca dos entendimentos que permitem a aplicabilidade, as autoridades entenderam que apesar de uma cláusula *MFN* possuir aspectos anticompetitivos, se ela for utilizada em seu escopo restrito, restringindo-se somente a práticas específicas e limitadas dos contraentes em relação a si, não afetando diretamente os concorrentes ou os consumidores, tais aspectos anticoncorrenciais são mitigados. Dessa maneira, forneceriam proteção a fenômenos do mercado como o *free-rider*, protegendo os investimentos feitos por um dos contratantes e ao mesmo tempo ao mercado e aos consumidores.

Do mesmo modo, o autor salienta que é inegável o avanço, tanto para o mercado como para os consumidores, decorrente das inovações tecnológicas típicas das plataformas digitais que tiveram suas *MFNs* questionadas perante as autoridades concorrenciais. E não se questiona sobre a necessidade de regulamentação ou não em relação as condutas praticadas com o emprego do *MFNs*, mas caso as plataformas sofram de maneira a perecerem, quem mais perderia seria o mercado e o consumidor. Este por ter seus custos de pesquisa facilitados e aquele pela aproximação massiva dos consumidores e dos ofertantes de um produto ou serviço.

Por fim, conclui o autor que os desafios trazidos por uma economia de plataformas digitais e inovações tecnológicas trazem à tona a necessidade de soluções também inovadoras, a exemplo da utilização da *MFN* com escopo restrito, as quais favorecem um equilíbrio entre

os agentes econômicos, diminuindo os riscos de uma concorrência injusta e criando um dinamismo a todo o mercado. E posto isto, pensa-se que as autoridades que ainda não tenham firmado entendimento sobre a temática prevalecerão na adoção de entendimentos em consonância aos que permitem uma cláusula de paridade com escopo reduzido.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSEMBLÉIA DA REPÚBLICA. UE e internacional. *Assuntos Europeus*. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/europa/Paginas/TratadodeLisboa.aspx>>. Acesso em: 18 out. 2018.

ASSIS, Tatiane Alves de. Técnicas de Negociação para redução de custos de materiais comprados. *Sra. Inovadeira*, São Paulo, 08 set. 2016. Estratégia de P&D. Disponível em: <<https://srainovadeira.com.br/tecnicas-de-negociacao-para-reducao-de-custos-de-materiais-comprados/>>. Acesso em: 15 set. 2018.

BAGNOLI, Vicente. Direito Econômico. São Paulo: Atlas, 6ª ed., 2013.

BAKER, Jonathan; CHEVALIER, Judith. The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions. *Articles in Law Reviews & Other Academic Journals*, Washington, Paper 277, 20-26, 2013. Disponível em: [https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1280&context=facsch\\_lawrev](https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1280&context=facsch_lawrev). Acesso em: 11 ago. 2018.

BOOKING, Decolar, Expedia celebram acordo de cessação com o Cade. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, Brasília, 27 mar. 2018. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/booking-decolar-e-expedia-celebram-acordo-de-cessacao-com-o-cade>. Acesso em: 25 ago. 2018.

BOOKING.COM. *Declaração de Privacidade para Parceiros de Negócio*. Disponível em: <https://admin.booking.com/hotel/hoteladmin/privacy.html?lang=xb>. Acesso em: 07 out. 2018.



BOOKING.COM. *Preços e Comissão da Booking.com*. Disponível em: [https://join.booking.com/?lang=pt-br&utm\\_source=topbar&utm\\_medium=frontend&label=booking-name-pt-row-bwMffLz\\*fdB8PTKNsC9tlgS267778091914:pl:ta:p1:p2:ac:ap1t1:neg:fi:tikwd-65526620:lp1001773:li:dec:dm&aid=376377](https://join.booking.com/?lang=pt-br&utm_source=topbar&utm_medium=frontend&label=booking-name-pt-row-bwMffLz*fdB8PTKNsC9tlgS267778091914:pl:ta:p1:p2:ac:ap1t1:neg:fi:tikwd-65526620:lp1001773:li:dec:dm&aid=376377). Acesso em: 07 out. 2018.

BOOKING.COM. *Sobre a Booking.com™*. Disponível em: <https://www.booking.com/content/about>. Acesso em: 25 ago. 2018.

BOOKING.COM. *Termos de Uso da Conta de Parceiros de Negócio da Booking.com*. Disponível em: [https://www.booking.com/general.pt-br.html?tmpl=docs/terms\\_of\\_use](https://www.booking.com/general.pt-br.html?tmpl=docs/terms_of_use). Acesso em: 07 out. 2018.

BOOKING.COM to Amend Parity Provisions Throughout Europe. *Booking.com*, Amsterdam, 25 jun. 2015. Disponível em: <https://news.booking.com/bookingcom-to-amend-parity-provisions-throughout-europeesp>. Acesso em: 23 out. 2018.

BRASIL. Lei nº 313, de 30 de julho de 1948. Autoriza o Poder Executivo a aplicar, provisoriamente, o Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio; reajusta a Tarifa das Alfândegas, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 03 ago. 1948. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1930-1949/L313.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/L313.htm). Acesso em: 11 ago. 2018.

BRASIL. Resolução 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. Diário Oficial da União, 28 jun. 1999. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-20-de-9-de-junho-de-1999.pdf/view>. Acesso em: 25 ago. 2018.

BUNDESKARTELLAMT. Case nº B9-66/10. 20 dez. 2013. Bundeskartellamt v. Hotel Reservation Service Robert Ragge GmbH et al. Disponível em: <<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.html?nn=3591568>>. Acesso em: 22 out. 2018.

CADE. Termo de Compromisso de Cessação de Prática referente ao Inquérito Administrativo nº 08700.005679/2016-13. Data de Registro: 28/07/2016. Fórum de Operadores Hoteleiros do Brasil – FOHB *versus* Expedia do Brasil Agência de Viagens e Turismo Ltda.; Decolar.com Ltda.; Booking.com Brasil Serviços de Reserva de Hotéis Ltda. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yN3n420Sx28a3HJaCI4T61X4ne7J6VfvwS\\_IYzwxKUjcIoMQC-r5GvdXXqXL\\_TpCsIcHb056msDB1x5YGDl\\_Gq](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yN3n420Sx28a3HJaCI4T61X4ne7J6VfvwS_IYzwxKUjcIoMQC-r5GvdXXqXL_TpCsIcHb056msDB1x5YGDl_Gq). Acesso em: 25 ago. 2018.

CADE. Inquérito Administrativo nº 08700.005679/2016-13. Data de Registro: 28/07/2016. Fórum de Operadores Hoteleiros do Brasil – FOHB *versus* Expedia do Brasil Agência de Viagens e Turismo Ltda.; Decolar.com Ltda.; Booking.com Brasil Serviços de Reserva de Hotéis Ltda. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTxHTesk7ujM0u5JLxr9KheofVYrD\\_3wGZyVwWqL1PUI](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTxHTesk7ujM0u5JLxr9KheofVYrD_3wGZyVwWqL1PUI) Acesso em: 25 ago. 2018.

CADE é eleito novamente melhor agência antitruste das Américas. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, Brasília, 11 abr. 2018. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-eleito-novamente-melhor-agencia-antitruste-das-americas>. Acesso em: 25 ago. 2018.

CADE permanece entre as melhores agências antitruste do mundo. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, Brasília, 16 ago. 2017. Disponível em:

<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-permanece-entre-as-mais-reconhecidas-agencias-antitruste-do-mundo-1>. Acesso em: 25 ago. 2018.

CMA closes hotel online booking investigation. *Gov.uk*, United Kingdom, 16 set. 2015. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/news/cma-closes-hotel-online-booking-investigation>>. Acesso em: 14 out. 2018.

COMMITMENTS Offered by Booking.Com: Closed The Investigation in Italy, France and Sweden. *Autorità Garante Della Concorrenza e Del Mercato*, Roma, 21 abr. 2015. Disponível em: <<http://en.agcm.it/en/media/detail?id=42f88c3c-d668-409f-b604-40581a05c97b>>. Acesso em: 23 out. 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Perguntas Frequentes. *Perguntas sobre infrações à ordem econômica*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica>. Acesso em: 25 jul. 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Institucional. *O Cade*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional>. Acesso em: 25 ago. 2018.

DEPARTMENT OF JUSTICE. Antitrust Division. *Mission*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/mission>>. Acesso em: 07 out. 2018.

EUROPEAN COMMISSION. Competition. *Overview: making markets work better*. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/competition/general/overview\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/general/overview_en.html)>. Acesso em: 09 out. 2018.

EZRACHI, Ariel. The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce. In: 124th OECD COMPETITION COMMITTEE, Item 7, 27-28 out. 2015, Paris. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2015\)11&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2015)11&doclanguage=en). Acesso em: 11 ago. 2018.

FAVA, Marina Dubois. Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

FEDERAL TRADE COMMISSION. About the FTC. *What We Do*. Disponível em: <https://www.ftc.gov/about-ftc/what-we-do>. Acessado em 07 out. 2018.

FRANÇA. LOI n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=66E98278C26E5E67C923D4106B4A6E3B.tplgfr31s\\_3?idSectionTA=LEGISCTA000030992951&cidTexte=LEGITEXT000006074073&dateTexte=20181102](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=66E98278C26E5E67C923D4106B4A6E3B.tplgfr31s_3?idSectionTA=LEGISCTA000030992951&cidTexte=LEGITEXT000006074073&dateTexte=20181102). Acesso em: 02 nov. 2018.

GÖNENÇ, Gürkaynak et al. Most-favored-nation clauses in commercial contracts: legal and economic analysis and proposal for a guideline. *European Journal of Law and Economics*, Nova Iorque, v. 42, n. 1, p.129-155, 2016. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10657-015-9515-y>. Acesso em: 11 ago. 2018.

ITÁLIA. Legge n.124/2017. Legge annuale per il mercato e la concorrenza. Disponível em: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:2017;124>. Acesso em: 02 nov. 2018.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª ed., 2003.

MCKEOWN, James T.; MECKSTROTH, Max. Potential Antitrust Implications of Most Favored Nation Clauses. *Foley*, 10 mar. 2016. Antitrust. Disponível em: <<https://www.autoindustrylawblog.com/2016/03/10/potential-antitrust-implications-of-most-favored-nation-clauses/>>. Acesso em: 15 out. 2018.

MILAN, Gabriel Sperandio; et al. As Estratégias de Precificação e o Desempenho das Empresas. *REAd*, Porto Alegre, v.22, n.2, mai./ago. 2016. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-23112016000200419&lng=pt&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-23112016000200419&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 18 set. 2018.

NOGUEIRA, Mário Roberto Villanova. O Cade e as cláusulas 'MFN'. *Diário, Comércio, Indústria & Serviços*, São Paulo, 2014. Opinião. Disponível em: <https://www.dci.com.br/colunistas/o-cade-e-as-clausulas-mfn-1.418406>. Acesso em 08 out. 2018.

OFT. Case nº CE/9320/10. Set. 2010. OFT v. Booking.com, Expedia, Intercontinental Hotels Group. Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402153926/http://www.offt.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/ca98/closure/online-booking/> e <[http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402182545/http://www.offt.gov.uk/shared\\_offt/ca-and-cartels/hob-annexe1%282%29.pdf](http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402182545/http://www.offt.gov.uk/shared_offt/ca-and-cartels/hob-annexe1%282%29.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2018.

PLANKESTEINER, Marco; CRÉQUER, Elise. Most Favoured Nation Clauses, 2016. Disponível em:

<<https://gettingthedealthrough.com/area/41/article/28952/vertical-agreements-favoured-nation-clauses/>>. Acesso em: 15 set. 2018.

PROFESSIONAL FINANCIAL CLAIMS ASSOCIATION. Organizations. *Office of Fair Trading*. Disponível em: <<http://www.pfca.org.uk/financial-claims/organisations/office-of-fair-trading.html>>. Acesso em: 11 out. 2018.

SAITO, Leandro. *Antitruste e novos negócios na Internet: Conduas Anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico?*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-22072016-130405/pt-br.php>. Acesso: 12 ago. 2018.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 476428 SC 2002/0145624-5. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJ 09/05/2005. **STJ**, 2002. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=476428&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01 nov. 2018.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 661145 ES 2004/0066220-7. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. DJ 28/03/2005. **STJ**, 2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=661145&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01 nov. 2018.

SUCCAR, Paulo Egídio Seabra; BAGNOLI, Vicente (Org.). *Estudos de Direito da Concorrência*. São Paulo: Editora Mackenzie, 1ª ed., 2004. p. 125.

TJDFT.APELAÇÃO: Acórdão nº 1085281, 20110111992496APC. Relator: Gilberto Pereira de Oliveira. DJ 21/03/2018. Disponível em: <<https://tj->

df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/562808377/20110111992496-df-0049192-4420118070001/inteiro-teor-562808398>. Acesso em: 01 nov. 2018.

TJDFT. APELAÇÃO: Acórdão nº 1068365, 20170810007424APC. Relator: César Loyola. DJ 13/12/2017. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/cdc-na-visao-do-tjdft-1/definicao-de-consumidor-e-fornecedor/mitigacao-da-teoria-finalista-para-o-finalismo-aprofundado>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

THORSTENSEN, Vera; RAMOS, Daniel; MULLER, Carolina. O princípio da nação mais favorecida e os desalinhamentos cambiais. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, Brasília, p. 3-4, 2011. Disponível em: [http://desafios2.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/111229\\_notatecnicadinte6.pdf](http://desafios2.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111229_notatecnicadinte6.pdf). Acesso em: 11 ago. 2018.

Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial*, nº C 326, 26/10/2012. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=pt>>. Acesso em: 14 out. 2018.

UNIÃO EUROPÉIA. Sobre a UE. *Em síntese*. Disponível em: <[https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-commission\\_pt](https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-commission_pt)>. Acesso em: 09 out. 2018.

U.S.D.C S.D.R.I. Civil Action No CA-96113ML U.S. versus Delta Rental of Rhode Island. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/case-document/0594>>. Acesso em: 14 out. 2018.

U.S.D.C S.D.N.Y. Civil Action No 1:12-CV-2826 U.S. versus Apple, Inc., et al. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case-document/complaint-26>. Acesso em: 14 out. 2018.

U.S.D.C. E.D.N.Y. Civil Action No CV-10-4496. U.S. and Plaintiff States versus American Express Co., et al. Disponível em: <https://www.leagle.com/decision/infdco20150220d35>. Acesso em: 14 de out. 2018.

U.S.D.C. E.D.MI. Civil Action No 2:10 CV-15155. U.S. and State of Michigan v. Blue Cross Blue Shield of Michigan. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case-document/complaint-43>>. Acesso em: 14 out. 2018.

U.S.D.C. E.D.MI. Civil Action No 2:10 CV-15155. U.S. and State of Michigan v. Blue Cross Blue Shield of Michigan. Stipulated Motion and Brief to Dismiss Without Prejudice. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case-document/stipulated-motion-and-brief-dismiss-without-prejudice>>. Acesso em: 14 out. 2018.

VARONA, Edurne Navarro; CANALES, Aarón Hernández. Online Hotel Booking. *CPI Antitrust Chronicle*, 2015. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/NavarroHernandezMay-151.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2018.