

**Ao Tribunal Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica de
Lalaland- LalaCADE**

VERSÃO DE ACESSO RESTRITO AO LALACADE E AO MPF

Processo Administrativo nº XXXXXXXXX/2021

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF - Equipe nº 103), já qualificado nos autos do processo em referência (“Processo Administrativo”), por seus representantes, vem respeitosamente à presença de do Tribunal Administrativo do LalaCADE, apresentar

M E M O R I A I S

nos termos da Lei Antitruste de Lalaland, pelas razões de fato e direito a seguir indicadas.

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	2
ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA	3
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	4
I. DOS FATOS	7
II. DAS CONDUTAS UNILATERAIS DA BUBBLES	10
A. Imposição de barreiras à entrada e funcionamento de concorrentes.	10
i. Posição dominante da BUBBLES	10
ii. Discriminação	15
iii. Recusa de contratar	17
III. DA IMPOSIÇÃO DA CLÁUSULA MFN POR BUBBLES E INOVA	19
i. Conceituação e importante distinção entre MFN no meio comercial e concorrencial	19
ii. Efeitos prejudiciais da cláusula MFN adotada pelas REPRESENTADAS	20
IV. DA PRÁTICA DE CARTEL	24
i. Do cartel como ilícito por objeto e independente de culpa	24
ii. Da combinação de preços e de condições comerciais	24
ii. Da adoção de conduta comercial uniforme e da criação de dificuldades ao funcionamento de empresa concorrente	28
V. CONCLUSÃO	31

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Autoridade Antitruste de Lalaland	LalaCADE
Cláusula de Nação Mais Favorecida	MFN
Conselho Administrativo de Defesa Econômica	Cade
Corte de Justiça da União Europeia	CJUE
Lei Antitruste de Lalaland	LAL
Ministério Público Federal	MPF
Nota Técnica N° 02/2022/SG/LalaCADE	NT
Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico	OCDE

Pay-Per-View	PPV
Superintendência-Geral	SG

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA

Autoridade	Caso	Ano	Parágrafo
BRASIL			
Cade	Ipiranga Produtos de Petróleo S.A, nº 08700.002055/2021-10.	2021	§ 124
Cade	Caso OTA Brasil. Reckitt Benckiser (Brasil) Ltda. e Hypermarcas S.A. Processo Administrativo nº 08700.003462/2016-79	2016	§ 84
Cade	Shell Brasil Ltda. v. SEAE/MF, "Caso Shell", Processo Administrativo nº 08012.004736/2005-42.	2015	§ 124
Cade	Partes, "Cartel do Pão", Processo Administrativo nº 08012.004039/2001-68	2013	§ 93
Cade	KLM, AirFrance e outras v. SDE ex officio, Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02	2013	§ 87
Cade	SKF do Brasil Ltda. Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44	2011	§ 37 (Nota de rodapé nº 5)
Cade	Sindicato das Empresas Proprietárias de Jornais e Revistas do Município do RJ e outras, "Cartel dos jornais do Rio de Janeiro, Processo Administrativo n.º 8012.003064/2005-58.	2005	§ 104
Cade	CSN, COSIPA e USIMINAS v. SDE ex-officio, "Cartel do Aço", Processo Administrativo nº 08000.015337/97-48	1999	§ 94
Cade	Associação NeoTV v. Globosat Programadora Ltda. e Globo Comunicação e Participações S.A. Processo Administrativo nº 08012.003048/2001-31	2006	§51
ESTADOS UNIDOS			
United States Court of Appeals for the Second District	Caso Apple. United States v. Apple, Inc., 791 F.3d 290. Disponível em: https://www.justice.gov/atr/case-document/file/624326/download .	2015	§ 84

United States Court of Appeals, Eighth Circuit	Blomkest Fertilzer v. Potash Corp. of Saskatchewan, 203 F.3d 1028. Disponível em: https://casetext.com/case/blomkest-fertilizer-v-potash-saskatchewan	2000	§ 97
United States Court of Appeals, Third Circuit	Flat Glass Litigation, 385 F.3d 350. Disponível em: https://casetext.com/case/in-re-flat-glass-antitrust-litigation-3 .	2004	§ 101
United States Supreme Court	Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985)	1985	§ 56
ITÁLIA			
Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato	Caso OTA Itália. Booking.com v. Expedia. AGCM, 2014. Disponível em: https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2015/4/alias-2207 .	2015	§ 84
UNIÃO EUROPEIA			
Comissão Europeia	Google Search (Shopping). Processo AT.39740. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf	2017	§ 60
CJUE, Segunda Câmara	Latvijas Autoru apvienība v. Konkurences padome. Processo C-177/16. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62016CJ0177	2016	§ 98
CJUE, Sexta Câmara	Aéroports de Paris v Commission of the European Communities. Processo C-82/01. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62001CJ0082&from=EN	2002	§ 45
CJUE, Sexta Câmara	Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Case C-7/97. Processo C-7/97. Disponível em: https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-7/97	1998	§ 55 (Nota de rodapé nº 7) § 132

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017.

AZAMBUJA, João Felipe Achcar de. CLÁUSULAS DE PARIDADE (MFN) EM PLATAFORMAS DIGITAIS: A EXPERIÊNCIA NO SEGMENTO DE AGÊNCIAS DE VIAGEM ON-LINE (OTAs). In: *Defesa da concorrência em plataformas digitais*. Caio Mário da Silva Pereira Neto (organização) - São Paulo: FGV Direito SP, 2020.

BAKER, Jonathan B.; CHEVALIER, Judith A. The competitive consequences of most-favored-nation provisions. *Articles in Law Reviews & Other Academic Journals*, Paper 277, 2013.

BAKER, Jonathan B.; MORTON, Fiona M. Scott. Antitrust enforcement against platform MFNs. *Yale Law Journal*, 2018.

BDC (Business Development Bank of Canada). *Most favoured nation*. Disponível em: <https://www.bdc.ca/en/articles-tools/entrepreneur-toolkit/templates-business-guides/glossary/most-favoured-nation>. Acesso em 28/07/2021.

BOIK, Andre; CORTS, Kenneth S. The effects of platform most-favored-nation clauses on competition and entry. *The Journal of Law and Economics*, v. 59, n. 1, 2016

CADE. *Documento de Trabalho n. 005/2020*. Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados. Departamento de Estudos Econômicos (DEE), 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrencia-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>. Acesso em 15/09/2020.

CADE. *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal*. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Brasília, 2016. Disponível em: http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf. Acesso em 16/09/2021.

CHEVALIER, Judith A. The competitive consequences of most-favored-nation provisions. *Articles in Law Reviews & Other Academic Journals*, Paper 277, 2013.

CRÉMER, Jacques. MONTOJOYE, Yves-Alexandre de. SCHWEITZER, Heike. *Competition Policy for the Digital Era*. 2019. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em 15/09/2021.

EC (European Commission). *Guidelines on Vertical Restraints*. SEC(2010) 411. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/guidelines_vertical_en.pdf. Acesso em 18/09/2021.

FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

Glossary: Most Favored Nations Provision (MFN). *Thomson Reuters Practice Law*. Disponível em: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-382-3637?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-382-3637?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true). Acesso em 28/07/2021.

GONZÁLEZ-DÍAZ, Francisco Enrique; BENNETT, Matthew. The law and economics of most-favoured nation clauses. *Competition Law & Policy Debate*, v. 1, n. 3, 2015.

KOVACIC, William E.; MARSHALL, Robert C.; MARX, Leslie M; WHITE, Halbert L. Plus Factors and Agreement in Antitrust Law. *Michigan Law Review*, vol. 110:393, December 2011, pp. 394-398.

LOPEZ, André Porto Ancona. *Princípios Arquivísticos e Documentos Digitais*. Arquivo Rio Claro, n. 2, 2004. Disponível em: <http://simagestao.com.br/wp-content/uploads/2016/02/principios-arquivisticos-e-documentos-digitais.pdf>. Acesso em: 16/09/2021.

NASCIMENTO, Daniela Maria Rosa. *Aspectos concorrenciais das cláusulas de paridade no comércio online*; Tese de Mestrado - Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo; orientadora Paula Andrea Forgioni – São Paulo, 2020.

OCDE (Organization for Economic Co-operation and Development). Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era. DAF/COMP(2016)14. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf). Acesso em 18/09/2021.

OCDE (Organization for Economic Co-operation and Development). *Roundtable on Resale Price Maintenance*. DAF/COM(2008)37. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf>. Acesso em 05/09/2021.

OCDE (Organization for Economic Co-operation and Development). Prosecuting Cartels without Direct Evidence. DAF/COMP/GF(2006)7. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/37391162.pdf>. Acesso em 16/09/2021.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. 2a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report*. 2019. Disponível em: <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stiglercenter.pdf?la=en&hash=2D23583FF8BCC560B7FEF7A81E1F95C1DDC5225E>. Acesso em 15/09/2021.

WANG, Chengsi; WRIGHT, Julian. Search platforms: showrooming and price parity clauses. *The RAND Journal of Economics*, v. 51, n. 1, 2020.

I. DOS FATOS

1. Cuida-se de processo administrativo instaurado em julho de 2021, com o objetivo de apurar denúncias feitas no ano de 2020, referentes a condutas anticompetitivas imputadas à BUBBLES e à INOVA, empresas que atuam no fornecimento de plataformas de distribuição de eventos culturais (óperas) e espetáculos circense *on demand*.

2. No modelo de negócios da BUBBLES, a plataforma (*desktop* e *mobile*) é disponibilizada de maneira gratuita aos usuários finais, que pagam apenas pelo conteúdo que decidem adquirir (*pay-per-view*). A empresa distribui conteúdos originais, produzidos pela ProduBUBBLES, e conteúdos de terceiros ofertados sem exclusividade. Inicialmente, a BUBBLES cobrava comissão entre 10% e 20% sobre o valor recolhido a título de *pay-per-view* para distribuir conteúdos de terceiros, e oferecia serviços de publicidade mediante remuneração baseada em tarifas fixas por espaços nobres e valores de sucesso “por clique”.

3. A INOVA, por sua vez, disponibilizava principalmente conteúdos originais, ofertando produtos de terceiros de maneira residual. A cobrança pelos serviços ocorria através de assinatura mensal, e a empresa ainda auferia verbas de publicidade por meio de anúncios em sua plataforma.

4. Após se tornar a maior agregadora de conteúdos culturais, a BUBBLES passou a proibir anúncios publicitários de terceiros concorrentes e/ou a indicação, durante os eventos ou por notificação na plataforma, da possibilidade de aquisição dos títulos diretamente pela produtora, *i.e.*, fora da plataforma BUBBLES. Com o aumento das vendas no período da pandemia, a empresa elevou a comissão cobrada dos produtores-terceiros para 30% e passou a impor cláusula de nação mais favorecida (MFN) em seus contratos.

5. A INOVA, após a expansão de sua base de assinantes, aumentou o valor de sua assinatura e a quantidade de conteúdos ofertados por terceiros. No entanto, após uma queda de 15% em sua base de assinantes no período da pandemia, a INOVA passou a adotar o modelo de *pay-per-view*, já aplicado pela BUBBLES. A cobrança de comissão também passou a ser de 30%, com a adoção informal de cláusula MFN, por meio de “acordos de cavalheiros”.

6. Em síntese, inicialmente, a BUBBLES, enquanto única agente no mercado, quantificava os valores da comissão por meio de critérios objetivos baseados na interação do público com o conteúdo ofertado, a exemplo do “volume de transações realizado e atratividade do conteúdo” e da “popularidade do conteúdo entre os usuários da plataforma”. Ou seja, a BUBBLES possuía um valor de comissão variável e ofertava desconto às produtoras com base na frequência de consumo e na avaliação positiva dos produtos pelos clientes. Em um cenário pandêmico, com restrições a eventos presenciais e tráfego triplicado, a BUBBLES tornou fixa a comissão, sem qualquer possibilidade de desconto.

7. Ato contínuo, em sua estratégia de dominação do mercado, a BUBBLES adotou a cláusula MFN, demandando “de todos os terceiros detentores de conteúdo em sua plataforma o compromisso de não oferecer, em suas respectivas plataformas próprias, condições de aquisição de produtos mais favoráveis do que as oferecidas aos consumidores na plataforma da Bubbles.” (CASO, p. 5, § 13).

8. Já a atuação da INOVA pode ser dividida em três momentos: (i) antes da percepção de que a oferta de conteúdos de terceiros seria vantajosa, a remuneração ocorria "mediante contratos de licenciamento não-exclusivo"; (ii) após seu crescimento, a INOVA consolidou-se como alternativa, aos proprietários de conteúdos, para distribuição de eventos e, por conseguinte, alterou sua estratégia de mercado, elevando o valor de sua assinatura e aumentando o conteúdo de terceiros ofertado em sua plataforma; e (iii) após a queda de 15% em sua base de assinantes no período da pandemia, quando a INOVA abandonou definitivamente seu modelo de negócios e passou a adotar forma de remuneração idêntica à da BUBBLES.

9. Questiona-se: a INOVA, que entrou no mercado em momentos posterior à BUBBLES, seria alternativa a quem, senão à própria BUBBLES? Em verdade, as mudanças evidenciadas no modelo de negócios da INOVA revelam uma aproximação gradual da atuação da empresa em relação à BUBBLES, até um completo alinhamento entre as estratégias comerciais entre ambas.

10. Não se trata de uma simples tentativa de sobreviver à crise. As mudanças no negócio da INOVA, relativas à adoção de mesmo público-alvo, modelo de assinatura e oferta de conteúdo, idêntico percentual de cobrança aos produtores-terceiros e adoção de cláusula MFN, refletem uma atuação conjunta das REPRESENTADAS em prejuízo da concorrência e do mercado, contrária à política de legitimação de Lalaland relativa à criação de “significativos incentivos à atração de empresas para se instalarem no país, principalmente aquelas da área de tecnologia” e de “um ambiente de negócios amigável com segurança jurídica”(CASO, p. 3, §§ 1-2).

11. Apenas em 2020, novas empresas surgiram em Lalaland, mas não no mercado dominado por BUBBLES e INOVA, e sim em nichos específicos e não saturados pela atuação coordenada das REPRESENTADAS. Apenas dessa forma, as empresas Sieste, Nickerchen e Risu – dedicadas exclusivamente apenas a óperas em francês, alemão e espetáculos de *clowns*, respectivamente – puderam crescer durante 2020 e obter elevação de faturamento em mais de 700% – porque sequer existiam em Lalaland no período anterior (CASO, p. 5, § 18).

12. Nesse contexto, no ano de 2021, a Autoridade Antitruste de Lalaland (LalaCADE) recebeu as seguintes denúncias: **a)** a Associação Consumidores Online, entidade com expertise e representação dos cidadãos no comércio eletrônico, “questionou o aumento da verba de comissão implementado pela Bubbles, em 1º de abril de 2020, e posteriormente pela Inova, em 11 de agosto

de 2020. A Consumidores Online qualificou os aumentos como abusivos, acusando as duas empresas de cartel tácito. Segundo restou consignado quando da apresentação da denúncia, esses valores não seriam públicos, o que indicaria um ajuste entre as duas maiores concorrentes” (NT, p. 1, § 4); **b)** a produtora Sieste relatou uma pressão coordenada por parte das REPRESENTADAS sobre produtores terceiros, que teriam entrado em contato para solicitar a elevação dos valores cobrados pela empresa no *pay-per-view*, sugerindo que os valores atuais eram demasiadamente baixos e que isso estaria prejudicando o mercado, de modo que um alinhamento seria urgente. Essas empresas lhe avisaram ainda que, caso não fosse realizado tal aumento, deixariam de disponibilizar conteúdos à Sieste. A empresa acredita que os produtores estariam sendo pressionados por BUBBLES e INOVA (NT, p. 2, § 5); **c)** a associação de produtores de conteúdo Produtores Unidos Jamais serão Vencidos S/C, capitaneada pela Dinar, endossou as suspeitas quanto à conduta das REPRESENTADAS, questionando alterações contratuais impostas unilateralmente pela BUBBLES, referentes à (i) proibição de anúncios de produtos concorrentes em seu serviço de publicidade; (ii) proibição de divulgar qualquer informação sobre a possibilidade de aquisição direta dos conteúdos na plataforma dos detentores dos direitos; e (iii) imposição de cláusula MFN. A Inova também foi citada, por adotar cláusula MFN (NT, p. 2, § 6).

13. Foi instaurado processo administrativo em 06/07/2021 para investigar as acusações de abuso de posição dominante, com base no art. 36, incs. I a IV, c/c § 3º, incs. III, IV, V e IX da Lei Antitruste de Lalaland. Em relação à BUBBLES, foram invocados os incs. X, XI e XVIII.

14. Após o forte escândalo noticiado em razão das denúncias e do início das investigações pelo LalaCADE, a INOVA ingressou em processo de recuperação judicial no final de 2021.

15. A Nota Técnica nº 02/2022/SG/LalaCADE recomendou (i) o arquivamento do feito em relação às condutas de combinar preços e condições comerciais, para ambas as REPRESENTADAS, por insuficiência das provas; (ii) o arquivamento do feito em relação às condutas que motivaram o aumento de barreiras à entrada de seus concorrentes, criando dificuldades ao seu funcionamento, em razão de discriminação, recusa de contratar e *self-preferencing*; e (iii) por adoção de cláusula MFN, a condenação da BUBBLES e o arquivamento em relação à INOVA, por supostamente não deter posição dominante; e (iv) a condenação da BUBBLES e da INOVA por adoção de conduta comercial uniforme.

16. Atualmente o processo está pautado para julgamento, que deverá ocorrer entre os dias 14 e 16 de outubro de 2023. Com a máxima vênua, entende o Ministério Público Federal ser necessária a lembrança dos verdadeiros fatos para que se reconheçam as condutas anticompetitivas orquestradas pelas REPRESENTADAS BUBBLES e INOVA, em prejuízo à concorrência e, por

consequente, ao próprio crescimento econômico de Lalaland, país que apenas recentemente obteve sua independência.

17. Expostos os fatos essenciais ao caso, passemos à fundamentação.

II. DAS CONDUTAS UNILATERAIS DA BUBBLES

A. Imposição de barreiras à entrada e funcionamento de concorrentes.

18. Conforme exposto, a BUBBLES obteve significativo sucesso na oferta de seus produtos, conquistando milhões de usuários e se consolidando como a maior agregadora de conteúdos culturais (óperas) e espetáculos circenses online, tendo o tráfego na plataforma triplicado devido à pandemia da COVID-19 (CASO, p. 4, § 12).

19. Após consolidar sua posição dominante no mercado e expandir sua receita com anúncios publicitários, a BUBBLES passou a praticar condutas anticompetitivas, visando à imposição de barreiras à entrada, à restrição da atividade de concorrentes e ao aumento arbitrário de seus lucros. Especificamente, as diversas denúncias contra a BUBBLES lhe imputaram práticas de (i) discriminação, (ii) recusa de contratar e (iii) *self-preferencing*, enquadradas como abuso de posição dominante pelo art. 36, incs. I a IV, c/c §3º, incs. X e XI, da Lei Antitruste de Lalaland (LAL).

20. Vale destacar que a análise de condutas unilaterais é extremamente relevante para o desenvolvimento do direito antitruste, constituindo um dos grandes desafios institucionais na atualidade, particularmente devido à necessidade de avaliação de efeitos anticompetitivos. As diversas formas de abuso de posição dominante produzem efeitos exclusionários e geram uma perda significativa de bem-estar social, razão pela qual têm sido foco da atuação de autoridades concorrenciais no mundo todo, principalmente em mercados digitais.

21. No intuito de analisar o caráter anticompetitivo dessas práticas, esta seção se divide em quatro partes, enquanto a primeira trata da existência de posição dominante da BUBBLES, relevante para a caracterização das condutas acima como restrições verticais abusivas¹, as demais abordam as especificidades de cada conduta, com as razões para recomendação de condenação.

i. Posição dominante da BUBBLES

22. A BUBBLES atua na distribuição de eventos culturais (óperas) e espetáculos circenses *on demand* no modelo *pay-per-view* (PPV), sendo líder incontestado no mercado. Apesar de terem surgido novas plataformas em segmentos específicos de mercado em 2020, como Sieste (que oferece apenas conteúdos de óperas em francês), Nickerchen (que oferece apenas conteúdos de óperas em

¹ Conforme previsão do art. 36 da Lei Antitruste de Lalaland.

alemão) e Risu (que atua exclusivamente com espetáculos de clowns), essas empresas não são concorrentes diretas da BUBBLES, por atuarem em nichos muito específicos de mercado.

23. Isso porque, embora a BUBBLES ofereça conteúdos de óperas, trata-se de produto de consumo diferenciado², que não pode ser facilmente substituído, cujo perfil de consumidor é muito específico – seja por se tratar de gênero não popular, seja por ofertar um produto de alto valor agregado. Por ser uma plataforma com conteúdos culturais diversos (e, inclusive, espetáculos circenses), a BUBBLES não atende a todos os consumidores de óperas, principalmente os que têm preferência por produções de um local ou idioma particular. Nesse ponto, é possível a comparação com mercados de luxo, que têm um perfil de consumo bastante específico e produtos extremamente diferenciados, de difícil substituição.

24. Nessa linha, entende-se que um consumidor de conteúdos de óperas em francês não necessariamente consome ou tem interesse em óperas em alemão. Da mesma forma, um consumidor tão seletivo, com preferência por óperas em francês/alemão, provavelmente irá priorizar uma plataforma que seja focada nesse segmento, e não uma plataforma com diversos tipos de conteúdo, que possivelmente terá um público menos especializado em ópera³.

25. Assim, o catálogo de conteúdos culturais da BUBBLES e da INOVA não substitui a especificidade do produto ofertado pelas empresas de nicho (como Risu, Sieste e Nickerchen) do ponto de vista da demanda. Embora seja possível considerar a BUBBLES como concorrente da Risu no mercado de espetáculos de *clowns*, não existe substitutibilidade entre os produtos ofertados por BUBBLES e Risu de forma ampla, considerando (i) a maior variedade do catálogo da BUBBLES e sua expressiva presença de mercado e (ii) a especificidade do segmento de atuação da Risu.

26. Essa diferença é confirmada pela instrução da Superintendência-Geral (SG), visto que diversas empresas relataram o direcionamento de consumidores para plataformas de segmentos específicos (NT, p. 13, § 24). Também reforça essa conclusão o fato de que, paralelamente ao crescimento da Bubbles e da Inova, Risu e Nickerchen também tiveram um crescimento significativo ao longo de 2020, elevando seu faturamento em mais de 700%, conforme constatado

² Segundo o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do Cade, mercados de produtos diferenciados são aqueles em que os produtos ofertados não se diferenciam somente em preços do ponto de vista do consumidor. Outros fatores como marca, design, políticas de venda definem o desempenho do produto no mercado. Nesse sentido, “em se tratando de produtos diferenciados, a probabilidade de o poder de mercado ser exercido unilateralmente aumenta à medida que uma parcela significativa dos consumidores não consiga desviar suas compras para provedores de produtos substitutos” (Voto do conselheiro-relator Paulo Burnier, Caso Reckitt/Hypermarcas, 2016, §72).

³ Ressalta-se a importância da experiência do consumidor na plataforma digital para mercados de luxo, conforme estudo da Comissão Europeia *Contribution to the Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry*. Disponível em <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/e_commerce_files/european_cultural_and_creative_industries_alliance_en.pdf>.

pela Nota Técnica da SG. O crescimento simultâneo dessas empresas indica a ausência de competição entre elas e, conseqüentemente, a existência de mercados distintos (*i.e.*, o mercado amplo de eventos culturais (óperas) e os mercados específicos de óperas em francês e em alemão).

27. Nesse contexto, é mais adequado considerar que a BUBBLES atua no mercado relevante mais amplo de (i) distribuição de eventos culturais (óperas) e espetáculos circenses em PPV; enquanto Sieste e Nickerchen atuam nos mercados relevantes de (ii) distribuição de óperas em francês em PPV e (iii) distribuição de óperas em alemão em PPV, respectivamente, e Risu atua no mercado de (iv) distribuição de espetáculos de *clowns* em PPV.

28. Seguindo esse raciocínio a INOVA, empresa com o mesmo perfil de atuação da BUBBLES, seria concorrente da BUBBLES no mercado de distribuição de eventos culturais e espetáculos circenses em PPV. Considerando as informações de *market share* disponíveis para distribuição de conteúdos de produtores terceiros (NT, p. 11, §33), as participações de mercado nesse segmento seriam as seguintes:

Quadro 1

BUBBLES	INOVA
71,61%	28,39%

Fonte: Elaboração Própria

29. Ainda que se considere a Risu como concorrente, em função da concorrência limitada no segmento de espetáculos de *clowns*, as participações de mercado da BUBBLES e da INOVA ainda seriam extremamente elevadas, conforme se constata do quadro abaixo:

Quadro 2

BUBBLES	INOVA	<u>Risu</u>
64,22%	25,46%	10,30%

Fonte: Elaboração Própria

30. Com base na tabela acima, é evidente que a BUBBLES é líder inconteste de mercado, com quase 65% de *market share*, mais que o dobro da participação de mercado do segundo *player* e muito acima dos 20% necessários para presunção de posição dominante, segundo a LAL (art. 36, § 2º).

31. Além disso, mesmo que se considerasse uma definição de mercado relevante mais ampla, a BUBBLES ainda teria quase 50% de *market share*, percentual muito superior ao das demais concorrentes e mais que suficiente para configurar posição dominante, conforme tabela abaixo:

Quadro 3

BUBBLES	INOVA	<u>Sieste</u>	<u>Risu</u>	Dinar	<u>Nickerchen</u>
47,92%	19%	16,92%	7,69%	5%	3,46%

Fonte: Nota Técnica, § 33, p. 11

32. Para além da definição tradicional de poder de mercado, que considera essencialmente a representação numérica da participação da empresa em um mercado relevante, é necessário avaliar outras características de mercado que afetam a dominância, em uma perspectiva mais flexível e adequada à realidade e à dinâmica da concorrência em mercados digitais (ICN, 2011, p. 5). Aspectos como preço, condições de entrada e substitutibilidade são relevantes, portanto, para compreender o funcionamento do mercado e a existência de posição dominante.

33. Isso porque as especificidades dos mercados digitais geram, muitas vezes, uma competição pelo mercado – ao invés de uma competição no mercado – em uma perspectiva de “winner takes all”. Tal situação é muito comum entre plataformas digitais, que conquistam grande popularidade entre os usuários e passam a ser foco dominante de sua atenção. Desse modo, é necessário avaliar não só a possibilidade abstrata de *multi-homing* por parte dos consumidores, mas também a existência de incentivos para fazê-lo (OCDE, 2016, p. 17).

34. No mercado de mecanismo de pesquisa, por exemplo, existem poucas restrições ou nenhuma ao *multi-homing*, mas os usuários podem ser encorajados a usar sistematicamente o mesmo mecanismo de pesquisa devido à existência de opções padrão, preenchimento automático ou efeitos de rede que tornam difícil a mudança. Nesse sentido, a inércia do consumidor é fator que indica sua propensão a permanecer com a opção padrão em um dispositivo, o que dificulta o crescimento de empresas entrantes e demonstra que, em mercados digitais, variáveis competitivas não ligadas a preço podem gerar poder de mercado, reduzindo o incentivo à melhoria dos serviços prestados ou produtos oferecidos (OCDE, 2016, p. 17).

35. Com efeito, o mercado ora em análise reúne diversas características que demonstram a dominância da BUBBLES: (i) o aumento arbitrário dos preços para o consumidor e das comissões cobradas de produtores-terceiros; (ii) a reduzida substitutibilidade dos produtos, por se tratar de mercado muito específico, com público-alvo restrito; e (iii) a baixa rivalidade, que se constata tanto pela diferença entre a posição de mercado da BUBBLES e da INOVA, quanto em função do alinhamento colusivo de referidas empresas.

36. A instrução realizada pela SG também fornece outros dados que corroboram essa constatação: dentre os 13 produtores terceiros que responderam aos ofícios, 2 distribuem seus conteúdos apenas na plataforma BUBBLES⁴, 11 distribuem pelo menos 20% de seus conteúdos na plataforma BUBBLES, dos quais, 4 distribuem nela mais de 40% de seus conteúdos.

⁴ O 14º produtor a responder ofícios foi a ProduBUBBLES, empresa do grupo BUBBLES que também distribui seus conteúdos com exclusividade na plataforma BUBBLES.

37. Também reforça a existência de posição dominante o próprio sucesso das práticas anticompetitivas, as quais se basearam, em grande medida, em coação⁵. Apesar de ter elevado significativamente sua comissão e imposto restrições, a BUBBLES não teve sua participação de mercado reduzida, nem sua plataforma prejudicada quanto à oferta de conteúdo.

38. Nesse sentido, considerando a presença da BUBBLES no mercado, bem como a dependência, por diversos produtores, da distribuição em sua plataforma, entende-se configurada a posição dominante da empresa, independentemente da definição de mercado relevante.

39. Em relação à oferta de serviços de publicidade online, verifica-se que a BUBBLES também detém posição dominante. Isso porque, ao contrário do que afirma a SG na Nota Técnica, é necessário considerar um segmento mais preciso de publicidade online em plataformas agregadoras de conteúdo de eventos culturais (óperas) e espetáculos circenses.

40. Isso se justifica na medida em que, embora seja possível utilizar empresas de publicidade online em geral (*e.g.*, Facebook, Google Ads), o público-alvo que consome conteúdos de óperas e/ou espetáculos circenses é mais específico, conforme já exposto, não sendo facilmente atingido pelos mecanismos de projeção de anúncios das ferramentas tradicionais, que (i) têm menor alcance em relação a clientes de idade mais avançada, os quais compõem grande parte do público de espetáculos culturais como ópera e são menos expostos a redes sociais e publicidade *online*, e (ii) são limitadas por algoritmos e têm projeções com base em características mais genéricas (*e.g.*, gênero e localização), o que não é suficientemente específico para alcançar um consumidor desse tipo de produto. Nesse sentido, muito mais efetiva a divulgação em plataformas agregadoras de conteúdos culturais, que alcançam diretamente consumidores em busca desse tipo de produto.

41. A dificuldade relativa à divulgação das plataformas é reforçada pelo cenário da pandemia⁶, em que a restrição a eventos presenciais também representou uma limitação à publicidade em outros ambientes que atrairiam potenciais consumidores, como eventos culturais presenciais e *mailings* de eventos. Nesse contexto, a divulgação no ambiente digital tornou-se ainda mais relevante, especialmente em ambientes de concentração do público-alvo, de modo que a

⁵ Ressalta-se que o elemento da coação não depende da implementação concreta de represálias, que representam uma manifestação mais extrema da coação. No caso, a mera imposição das cláusulas com ameaça de encerramento das relações comerciais foi capaz de moldar a conduta das empresas às condições contratuais abusivas, que, por serem dependentes da BUBBLES, abstiveram-se de oferecer preços mais vantajosos em plataformas concorrentes ou em suas plataformas próprias, ainda que não tivessem conhecimento de uma efetiva fiscalização por parte da BUBBLES, conforme relatado nas respostas a ofícios. Sobre o elemento da coação, vide decisão do Caso SKF e SKF do Brasil, da autoridade antitruste brasileira (Cade).

⁶ Tal circunstância excepcional ainda afasta o cenário fático do precedente do LalaCADE quanto ao mercado de publicidade online, visto que, à época, essa situação não era nem mesmo conjecturada.

importância dos anúncios na plataforma BUBBLES, enquanto líder incontestado de mercado, cresceu significativamente.

42. Considerando essa definição, mais precisa e adequada à realidade, a BUBBLES teria cerca de 75% de *market share*, seguida pela INOVA, com 15%, e pela Dinar, com 10%, em 2020 (NT, p. 19, §31). Tal participação de mercado também supera significativamente o parâmetro legal para presunção de posição dominante e, da mesma forma, se confirma pela baixa rivalidade e pelo elemento coator, visto que, a despeito da implementação de restrições unilaterais, a BUBBLES não teve redução de anunciantes.

43. Demonstrada a existência de posição dominante por parte da BUBBLES em ambos os mercados, procede-se à avaliação dos ilícitos concorrenciais praticados de forma específica.

ii. Discriminação

44. Segundo a LAL, caracteriza infração à ordem econômica a conduta de “discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços”. Nesse sentido, a discriminação usualmente envolve a fixação de condições contratuais distintas para situações equivalentes, criando vantagens comparativas artificiais entre os diferentes players situados no mercado-alvo da discriminação (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 179-180).

45. Estruturas de mercado com players verticalmente integrados ou com significativo poder de portfólio são contextos favoráveis à prática de discriminação de rivais. Isso porque existe incentivo por parte da empresa para se utilizar (i) da posição dominante no segmento *downstream* para prejudicar concorrentes de empresa verticalizada no segmento *upstream* ou (ii) da complementariedade entre produtos e serviços ofertados para fixar sua dominância no(s) mercado(s) em que já detém poder. No caso *Aéroports de Paris (ADP)*, a Comissão Europeia entendeu que a discriminação configura ilícito antitruste se (i) a empresa possuir poder de mercado, (ii) não houver justificativa para o tratamento diferenciado e (iii) a conduta gerar efeitos negativos ao mercado.

46. Nesse caso, a BUBBLES, enquanto plataforma agregadora de conteúdo e de anúncio de publicidade, tem incentivo para discriminar produtores que concorrem com a ProduBUBBLES (produtora do grupo BUBBLES) e/ou com a própria plataforma BUBBLES (no caso de produtoras que também possuem plataformas concorrentes).

47. A conduta de discriminação se configura, no caso concreto, devido à imposição de restrições, pela plataforma BUBBLES, a produtoras concorrentes quanto a (i) anúncios de produtos concorrentes em seu serviço de publicidade; e (ii) informação sobre a possibilidade de aquisição direta dos conteúdos na plataforma dos detentores de direitos. Trata-se de restrição

unilateral que tem por objetivo utilizar a posição dominante da BUBBLES no mercado de publicidade para restringir a atuação de concorrentes e beneficiar sua atuação no mercado de distribuição de eventos culturais e espetáculos circenses em PPV.

48. Nesse sentido, limita-se substancialmente a capacidade de divulgação de conteúdos e, por conseguinte, a própria atividade de produtores-terceiros, bastante dependentes da plataforma BUBBLES enquanto principal distribuidora de óperas de Lalaland. Considerando a especificidade do setor e do público-alvo, a plataforma BUBBLES é um elemento extremamente relevante à publicidade das produtoras e, por conseguinte, à sua própria atividade de distribuição.

49. Além disso, a ausência de racional ou eficiência capaz de justificar referida prática anticompetitiva é demonstrada pela própria linha do tempo da conduta. Afinal, se as restrições impostas fossem necessárias ao crescimento da BUBBLES no mercado, teriam sido implementadas desde o início de suas atividades, principalmente porque o momento inicial de conquista de consumidores e consolidação no mercado requer posturas mais agressivas do entrante. A imposição de tais restrições somente após o sucesso da plataforma e a sua consolidação enquanto líder de mercado revela, portanto, não haver racional econômico apto a legitimar essa prática, mas sim intenção de dominar o mercado e restringir a concorrência.

50. Dessa forma, a posição dominante da BUBBLES e o sucesso da prática – evidenciado também pela continuidade de contratação dos serviços de publicidade pela maioria das empresas, muitas das quais ainda têm a BUBBLES como principal plataforma de divulgação – revelam seu objetivo de prejudicar a concorrência, expandir lucros e criar barreiras artificiais à entrada de potenciais concorrentes.

51. O Cade já condenou prática semelhante de discriminação por parte da Globo, que detinha posição dominante no mercado de programação e discriminou concorrentes no fornecimento do canal Sportv, principal canal do segmento esportivo no mercado brasileiro à época, favorecendo a empresa de TV a cabo NET, que era controlada pelo grupo Globo. A Globo celebrou TCC com o Cade em 2006 se comprometendo a oferecer seu pacote de canais em bases não discriminatórias a todas as operadoras de TV por assinatura.

52. Demonstrados, portanto, (i) a posição dominante da BUBBLES; (ii) a conduta de discriminação, relativa ao favorecimento da ProduBUBBLES, em detrimento de produtoras concorrentes, por meio da imposição de restrições unilaterais em contratos de publicidade online; e (iii) o potencial lesivo da conduta, que satisfaz o requisito do art. 36, *caput*, da LAL, recomenda-se a condenação da BUBBLES pela conduta de discriminação (art. 36, § 3º, inc. X).

iii. Recusa de contratar

53. Nos termos da LAL, a recusa de contratar é uma conduta anticompetitiva que consiste em “recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais” (art. 36, § 3º, inc. XI) ou “dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais” (art. 36, § 3º, inc. XII).

54. De modo geral, não existe obrigação ampla de contratar, sendo a liberdade de contratar um desdobramento da livre-iniciativa (FRAZÃO, 2017, p. 456). No entanto, em um contexto de estrutura verticalizada ou conglomerada com poder de portfólio, envolvendo agente econômico que detenha posição dominante, a recusa de contratar pode gerar efeitos anticompetitivos, considerando a existência de incentivos para discriminar rivais em segmento complementar (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 194).

55. É precisamente essa a situação do caso analisado. Utilizando-se de sua posição dominante no mercado de publicidade, a BUBBLES passou a recusar-se a contratar, com terceiros produtores, serviços de publicidade que envolvessem o anúncio de produtos não disponíveis em sua plataforma ou referências a outras plataformas, prejudicando seus concorrentes tanto no segmento de produção, quanto na distribuição de conteúdos em plataforma PPV (no caso de terceiros que também possuem plataformas concorrentes com conteúdos próprios). Conforme demonstrado anteriormente, a especificidade do setor e do público-alvo levam à conclusão de que a plataforma BUBBLES seria um elemento extremamente relevante à publicidade das produtoras⁷ e à própria consecução de sua atividade-fim.

56. No caso *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, a Suprema Corte norte-americana entendeu que a recusa de contratar seria ilícita porque (i) a empresa se utilizou de seu poder de mercados para impor práticas anticompetitivas, *i.e.*, a manutenção e/ou expansão de seu poder de mercado não se deu por razões legítimas (*e.g.*, superioridade do produto, boa conduta comercial); e (ii) a empresa não apresentou razões comerciais que justificassem a conduta; e (iii) a conduta gerou efeitos negativos para competidores e clientes, que não se beneficiaram de uma melhoria no serviço nem de uma redução nos preços.

⁷ Conforme decisão do caso *Oscar Bronner vs. Mediaprint* (Comissão Europeia), a recusa em contratar pode configurar abuso de posição dominante se (i) for capaz de eliminar a concorrência no mercado, (ii) não houver justificativa objetiva econômica, e (iii) se o serviço pleiteado for indispensável aos negócios da empresa e não houver potencial ou efetivo substituto.

57. De forma semelhante, no caso concreto, a ilicitude da conduta é reforçada pelos seguintes elementos: (i) devido ao seu significativo poder de mercado, a BUBBLES impôs uma restrição unilateralmente, recusando-se, inclusive, a negociar condições contratuais alternativas; (ii) a BUBBLES não apresentou a seus anunciantes justificativa legítima — em verdade, não apresentou justificativa alguma — para a recusa na contratação; (iii) a existência de alternativas supostamente viáveis não afasta a ilicitude da conduta, em especial se as opções não constituem substitutos efetivos; e (iv) a conduta é extremamente nociva a concorrentes e consumidores.

58. Assim, ao impor tais restrições, a BUBBLES incorreu não apenas na conduta de discriminação, conforme demonstrado acima, como também na conduta de recusa de contratar, cujo potencial lesivo decorre justamente da dominância da BUBBLES no mercado. Nesse sentido, recomenda-se também a condenação da BUBBLES pela conduta de recusa de contratar, com base no art. 36, §3º, inc. XII.

iv. Self-preferencing

59. Do exposto, entende-se que a BUBBLES se utilizou de sua posição dominante em um mercado (publicidade) para impor restrições a concorrentes e favorecer seus próprios produtos em relação aos demais *players* dos mercados de produção e distribuição.

60. A conduta de *self-preferencing*, imputada à BUBBLES, se refere a uma forma de alavancagem de poder de mercado, em que a empresa pratica condutas para elevar sua própria posição de mercado e impedir ou inibir a entrada ou expansão de outros concorrentes (Decisão do Caso Google Shopping, Comissão Europeia, p. 76). Trata-se, portanto, de conduta unilateral com efeitos exclusionários.

61. Por mais que a BUBBLES distribua conteúdos de terceiros produtores, não impedindo diretamente suas atividades nesse sentido, as restrições impostas têm impacto significativo (i) à atividade das produtoras concorrentes da ProduBUBBLES, visto que, por produzirem conteúdo de público muito específico, necessitam do espaço de divulgação da plataforma BUBBLES, enquanto a maior agregadora de conteúdos culturais (óperas) e espetáculos circenses online, para anunciar suas produções; e (ii) às outras plataformas PPV, que são prejudicados por terem os anúncios de suas plataformas e de seus conteúdos restringidos em espaços de maior efetividade e/ou proximidade com o público-alvo.

62. Trata-se, portanto, de verdadeira restrição à concorrência no mercado, o que, por conseguinte, reduz as opções disponíveis aos consumidores e também gera incentivos ao aumento dos preços — o que já está ocorrendo — e à estagnação e ou à redução da qualidade dos produtos ofertados, gerando uma perda de bem-estar social extremamente danosa.

63. Nesse sentido, entende-se que a posição dominante na BUBBLES no mercado de distribuição de eventos culturais (óperas) e espetáculos circenses em PPV eleva a importância de sua atividade de publicidade, principalmente por se tratar de plataforma de dois lados⁸ – em que a presença de um número maior de consumidores de conteúdos culturais e espetáculos circenses beneficia diretamente o anunciante, que terá maior sucesso na divulgação de seus produtos.

64. Por outro lado, a posição dominante em publicidade permite à BUBBLES impor restrições contratuais aos terceiros produtores, que concorrem com a ProduBUBBLES na produção e licenciamento de conteúdos, beneficiando sua atividade de produção e distribuição.

65. Nessa linha, verifica-se que a BUBBLES também incorreu na prática de *self-preferencing*, conduta considerada anticompetitiva nos termos do art. 36, incs. I a IV, da LAL, de modo que se recomenda sua condenação também por essa infração.

III. DA IMPOSIÇÃO DA CLÁUSULA MFN POR BUBBLES E INOVA

66. Merece atenção o fato da adoção de Cláusula MFN (Most Favoured Nations) pelas REPRESENTADAS: BUBBLES e INOVA. Para isso, este subtópico destina-se a esclarecer o conceito e riscos da adoção desta cláusula para, em seguida, trazer as devidas imputações específicas a cada uma das representadas.

i. Conceituação e importante distinção entre MFN no meio comercial e concorrencial

67. De acordo com o dicionário *Practice Law by Thomson Reuters*, as cláusulas MFN são previsões contratuais nas quais o “vendedor promete ao comprador que não oferecerá melhores condições a outro comprador antes de oferecer essas condições ou melhores condições ao primeiro comprador”⁹. Possui como princípio o entendimento de que “os países devem tratar todos os seus parceiros comerciais igualmente”, ou seja, “que nenhum país deve ser ‘mais favorecido’” e que “nenhum país deve dar tratamento especial a bens ou serviços provenientes de um determinado parceiro comercial”¹⁰.

⁸ Segundo a OCDE, uma plataforma de dois lados é caracterizada por três elementos: (i) a existência de dois grupos distintos de usuários que dependem um do outro de alguma forma e que contam com a plataforma para intermediar as relações entre eles; (ii) a existência de externalidades indiretas entre os grupos de consumidores (*i.e.*, o valor que o consumidor de um dos lados dá à plataforma cresce com o número de consumidores no outro lado; e (iii) a ausência de neutralidade na estrutura de preços, o que significa que a estrutura de preços da plataforma afeta o nível de transações. Considerando a importância da estrutura de preços, a plataforma deve desenhá-la de forma a induzir ambos os lados a utilizar a plataforma.

⁹ Disponível em: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-382-3637?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-382-3637?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true). Acesso em 28/07/2021.

¹⁰ Disponível em: <https://www.bdc.ca/en/articles-tools/entrepreneur-toolkit/templates-business-guides/glossary/most-favoured-nation>. Acesso em 28/07/2021.

68. Ocorre que, pertinente ao discutido nos autos, mister se faz destacar que a cláusula MFN não está inserida no meio do Direito Comercial – ramo de origem –, mas sim do Direito Concorrencial. Portanto, quaisquer considerações sobre esta cláusula devem observar os parâmetros do Antitruste. Tendo em vista que há anos se reconhece internacionalmente que as cláusulas MFN podem apresentar consequências positivas e negativas, estudos na área - a exemplo de GONZÁLEZ-DÍAZ; BENNETT (2015), BOIK; CORTS (2016), e NASCIMENTO (202) - recomendam a Autoridades da Concorrência uma análise caso a caso.

69. Mesmo considerado no meio comercial, Athayde pôde sintetizar os possíveis efeitos anticompetitivos da cláusula MFN que consistem em “(i) facilitação à colusão explícita; (ii) facilitação à colusão tácita; (iii) elevação de barreiras à entrada/à expansão e fechamento de concorrentes; (iv) aumento dos preços médios; (v) facilitação à fixação de preços (mínimos) de revenda; e (vi) redução das inovações” (2017, p. 306).

70. No meio concorrencial, a título exemplificativo, os possíveis efeitos positivos das cláusulas MFN seriam, em tese, nas hipóteses de atores econômicos que atuam em mercados que exigem altos investimentos de modo a possibilitar parcerias comerciais, oportunidade em que essa cláusula poderia proteger e incentivar melhores relações (BAKER.; CHEVALIER, 2013) ou, ainda mais especificamente na hipótese de plataformas digitais, a intenção seria minimizar o custo de consumidores em pesquisa de melhores ofertas (GONZÁLEZ-DIAS; BENNETT, 2015). Outra discussão relevante se refere ao conhecido efeito showrooming, em que os consumidores, ao encontrar preços mais favoráveis em determinada plataforma de busca, acabariam negociando diretamente com o ofertante sem remunerar devidamente a plataforma utilizada para encontrar o resultado de sua pesquisa (WANG; WRIGHT, 2020).

71. Estudos já reconhecem que esses aparentes efeitos positivos podem ser mínimos frente às consequências negativas, em especial ao consumidor final que tende a ser cobrado cada vez mais e sem chances de encontrar valores mais acessíveis, uma vez que as empresas são coordenadas a não ofertarem em qualquer canal de venda, cláusulas MFN “cheias”, ou em escassos meios, hipótese das MFN “vazias”, por exemplo. Como restará demonstrado, no caso em tela, os efeitos negativos se sobressaem e justificam a condenação de BUBBLES e INOVA pela imposição de cláusula MFN. De pronto, cabe destacar que é irrelevante discutir as características de formalidade porquanto a intenção de prejudicar o mercado em benefício próprio foi alcançada.

ii. Efeitos prejudiciais da cláusula MFN adotada pelas REPRESENTADAS

72. Consoante a NT, constatou-se facilmente que a BUBBLES adotou a cláusula MFN para auxiliá-la em sua coordenação do mercado, em razão de sua posição dominante que lhe permitiu

influenciar a “adoção de conduta uniforme por parte dos seus clientes” (NT, p. 23, § 52). Em conformidade com o relatado, a BUBBLES utilizou formalmente em seus contratos com produtores-terceiros a cláusula MFN com quatro dos cinco principais clientes, excluindo-se desse meio justamente a ProduBUBBLES, enquanto total subordinada da BUBBLES.

73. Assim, efetivamente a BUBBLES impôs controle a quem possuía contrato com a plataforma, notificando metade das empresas (Macies e Solelo), enquanto a outra metade sequer descumpriram com o acordado, pavorosas da retaliação que sofreriam da BUBBLES através da imposição de multa e imediata rescisão contratual (Dinar e INOVA)¹¹. Por consequência, a BUBBLES sozinha conseguiu proibir que os seus principais produtores-terceiros realizassem preços mais acessíveis aos consumidores, sem qualquer justificativa além de manter a sua própria posição dominante no mercado (BAKER; MORTON, 2018).

74. Além disso, não se pode ignorar que a BUBBLES alterou sua metodologia de cobrança não ofertando mais descontos com base na aferição da qualidade do produto pelo acesso dos clientes, indicando a configuração de outro efeito negativo do uso da cláusula MFN porquanto ter facilitado que ela exija dos distribuidores vinculados à própria plataforma o mesmo padrão de valor, desincentivando qualquer desconto e notificando as empresas que “ousaram” atuar fora dos limites contratuais. Como exposto por Baker e Chevalier (2013), esse quadro de atuação favorece ambientes menos competitivos, em completa dissonância aos objetivos do LalaCADE.

75. Ressalta-se que a constatação da fajuta ação da BUBBLES foi identificada apesar de equivocadamente não se considerar os reais percentuais de posição do mercado, quais sejam: 64,22% de market share da BUBBLES, seguida pela INOVA, com 25,46% (§ 29 desta peça).

76. Portanto, entende-se que a partir dos valores irrealistas, seria justificável entender pela não condenação da INOVA, nos termos da NT, já que a sua conduta informal não produziria “efeitos significantes no mercado relevante”. Todavia, como justificadamente aqui apresentado, a INOVA detém posição dominante e estabeleceu sua estratégia de mercado reproduzindo a ilegal metodologia da BUBBLES.

77. O acervo probatório também traz à tona que a INOVA tinha total capacidade e desonesta iniciativa de coagir as pessoas físicas que representavam os produtores com quem se relacionava, no evidente intuito de monitorar quaisquer desvios ao padrão exigido em sua colusão no mercado de distribuição de eventos culturais (óperas) e espetáculos circenses em plataformas online, on demand, pelo sistema pay-per-view. É o que se detecta, em especial, do exercício conjunto de

¹¹ Excluiu-se a informação fornecida pela Loretto por não ter respondido a completude das questões que lhe foram submetidas, prejudicando a compreensão e veracidade das ações da BUBBLES.

Toninho Stark e Warren Puffet, diretores comerciais das INOVA e BUBBLES, por meio de ligações e e-mails com informações sensíveis sobre os valores a serem cobrados.

78. Ambas as REPRESENTADAS – em curtíssimo espaço de tempo e utilizando-se da cláusula MFN - apresentaram aumento dos valores exigidos dos produtores-terceiros, resultando no mesmo percentual, sendo mais um indício da coordenação e colusão entre os agentes. Além disso, os valores em discussão podem ser considerados ilegais porquanto possuem o objetivo - e a consequência - de tão somente impedir a entrada de novos agentes que poderiam ser mais eficientes e inovadores, tal qual discutido pelo relatório do Stigler Center (2019, p. 34).

79. Recente documento do Cade, autoridade do Brasil que serviu de inspiração à lei antitruste de Lalaland, também identificou que em diversos países empresas que concorrem em mercados digitais “são vistas como intermediários que conectam dois ou mais grupos de usuários e se beneficiam de efeitos de rede diretos e indiretos” (2020, p. 12). No caso, entende-se que esses efeitos não são mitigados por causa da posição dominante das REPRESENTADAS que elevam a barreira de entrada às potenciais empresas, como já abordado, e por agravarem os riscos da cláusula MFN (CRÉMER, *et al.*, 2019, pp. 56-57). Em acréscimo, o relatório do Stigler Center também chamou atenção aos comportamentos de empresas dominantes que podem dificultar o desenvolvimento de potenciais novos agentes ou simplesmente excluí-los, independente de seu porte e da inovação e qualidade técnica.

80. Outro produto da atuação conjunta de BUBBLES e INOVA, facilitada pela utilização da cláusula MFN, se percebe na investida de uma de suas (poucas) concorrentes ofertar preços, segundo seus próprios critérios, na tentativa de ascensão no mercado. Conforme farto elemento probatório colhido a partir das investigações, a atuação unilateral da Sieste foi minimizada¹² em razão da coordenação de preços orientada pelas REPRESENTADAS, com tabelamento dos valores a serem exigidos compartilhado via e-mail e “fiscalização” informal, com coação e constrangimento às pessoas envolvidas, afetado prejudicialmente o meio concorrencial. Azambuja bem sintetizou o efeito desta colusão exercida pelas REPRESENTADAS e potencializada pela cláusula MFN, porquanto o novo agente ter “um leque mais limitado de oportunidades para viabilizar seu ingresso e a tendência é a perpetuação de um único modelo de negócio e estrutura de mercado” (2020, p. 184).

81. Como se vê, na realidade, BUBBLES, através de cláusulas específicas em seus contratos, e INOVA, pela sua criticável “cordialidade” em razão de seu “acordo de cavalheiros”, oferecem

¹² Veja-se a respeito da discussão levantada por GONZÁLEZ-DÍAZ e BENNETT (2015) ao discorrerem sobre a minimização de decisões unilaterais concorrerem menos agressivamente. Com relação à redução da competitividade, indica-se também BAKER e CHEVALIER (2013).

relevantes barreiras à entrada de novos agentes no mercado em que atuam, vez que os já existentes produtores-terceiros não estão dispostos a concederem valores inferiores ao exigido ou em atuar em novos negócios que não sejam os já sedimentados no mercado. Veja-se a Tabela 2 elaborada pela NT (p. 20, § 33): das catorze respostas obtidas, a totalidade das produtoras de conteúdo distribuem seus conteúdos dividindo-se entre BUBBLES e INOVA.

82. E mesmo que pudesse se discutir que este resultado seria justificável, pois representa as maiores clientes das empresas, colhe-se de seus depoimentos que ou elas divulgam em outras plataformas que não concorrem com as REPRESENTADAS, a exemplo do Google Ads, ou divulgam em plataformas de nicho específico. Todavia, sempre reconhecem a relevância da BUBBLES e INOVA para o sucesso de seus serviços. Assim, ainda que não se considere essa dependência a nível de *essential facility*, pode-se reconhecer o efeito *must-have*, uma vez que as REPRESENTADAS conseguiram, com sucesso, impor exclusividade aos produtores-terceiros como garantia de que seus produtos fossem acessados, tamanho o seu poder de mercado.

83. Pertinente se faz discutir, ainda, que o mercado o qual as REPRESENTADAS coordenam exaustivamente possui relevância não apenas por serem online, mas também por estarem associado a produções culturais de importante acesso à formação dos cidadãos, seja para fins de lazer, como de exercício do pensamento crítico-social. Para o recente país Lalaland, é imprudente admitir que empresas de tecnologia detenham elevada relevância no mercado, aptas a gerar consequências exclusionárias, desincentivar a entrada e diversidade de novos agentes, bem como afetar fortemente a disponibilidade e escolha de produtos culturais aos seus habitantes.

84. Internacionalmente, as autoridades antitruste reconheceram os efeitos prejudiciais desta cláusula. Variando entre condenação total ou parcial (NASCIMENTO, 2020), os casos estrangeiros revelam que as cláusulas MFN facilitaram a colusão entre os envolvidos (caso Apple), permitiram que restrições verticais se configurassem ao ponto de encolher a concorrência dos valores a serem exigidos e em quais condições (caso OTA Itália), e, quando não houve condenação, concluiu-se que “a longo prazo, essa prática poderia inviabilizar o negócio das agências on-line e provocar um prejuízo ainda maior aos consumidores” (caso OTA Brasil).

85. Assim se espera que o LalaCADE faça ao acatar – a partir da fundamentação doutrinária, empírica e jurisprudencial apresentada – a condenação das REPRESENTADAS pela utilização ilícita da cláusula MFN, a qual vem causando fortes prejuízos ao acesso à cultura, inovação tecnológica e ao ambiente concorrencial de Lalaland.

IV. DA PRÁTICA DE CARTEL

i. Do cartel como ilícito por objeto e independente de culpa

86. De pronto, cabe consignar que, ainda que se conclua que as condutas das REPRESENTADAS não tenham podido impedir que suas novas concorrentes aferissem crescimento de 700% ao longo de 2020 (CASO, pp. 4-5, § 18), tais comportamentos encerram, para além de efeitos, objetos anticompetitivos suficientes à constatação de sua ilegalidade.

87. Nesse sentido, requer especial atenção a conduta de cartel empreendida pelas REPRESENTADAS. A esse efeito, pertinente é a jurisprudência consolidada do Cade em reconhecer que “nos casos em que houver a atuação de um cartel, será exigida apenas a prova da existência da conduta para a configuração da infração” (Voto do Conselheiro Ricardo Machado Muniz, Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02, Cade, 2013).

88. Destarte, conquanto constatado que a BUBBLES e a INOVA carecem de posição dominante no mercado de distribuição de eventos culturais, o que se admite por argumentação, não há que se falar em exclusão de responsabilidade quanto às infrações consideradas a seguir.

ii. Da combinação de preços e de condições comerciais

89. Como jaz incontroverso nos autos, após haver decidido abandonar modelo de cobrança de seus clientes, então pautado em valor variável em função do volume de transações e da atratividade do conteúdo oferecido, a BUBBLES passou a aplicar o percentual único de 30% a título de comissão própria. Curiosamente, logo após essa alteração, a INOVA optou por abandonar seu modelo de negócios para divulgar eventos culturais via *pay-per-view*, mediante a cobrança de comissão de 30% sobre a venda de peças de terceiras-produtoras, tal como a BUBBLES passava exatamente a fazer.

90. Observe-se, porém, que, em que pese a BUBBLES viesse demonstrando um aumento expressivo de sua base de consumidores no início de 2020, uma elevação significativa no valor de sua comissão jamais se justificaria frente à entrada, concomitante, de novas plataformas no mercado de divulgação de eventos culturais (CASO, pp. 3-4, §§ 11 e 18). Arriscaria perder a atratividade de sua plataforma junto a terceiras-produtoras, na medida em que estas passaram, então, a dispor de plataformas alternativas para a disponibilização de seus conteúdos.

91. Assim, a estratégia eleita pela BUBBLES somente se sustentaria, sob a perspectiva econômica, caso fosse igualmente adotada por plataformas concorrentes, de modo que, reduzindo-se a diversidade de preços, os terceiros-produtores estivessem obrigados a uma comissão mais elevada caso quisessem seguir alcançando grande parte de seus consumidores.

92. De modo similar, nada obstante à entrada de novas empresas no mercado e “*a uma queda de 15% (quinze por cento) de sua base de assinantes*” (CASO, p. 4, § 16), a INOVA optou por adotar modelo de negócios semelhante àquele adotado pela BUBBLES, vindo a praticar valor de comissão **significativamente** superior àquela de seus novos concorrentes. (CASO, p. 5, § 18).

93. Por sinal, a jurisprudência estrangeira, notadamente do Cade, já reconheceu expressamente, que:

“[Diante] das especificidades dos delitos econômicos, em particular nos de caráter associativo, **deve ser visto com naturalidade o recurso a provas indiretas e circunstanciais em investigações de cartéis, especialmente na seara administrativa**” (Voto da Conselheira Ana Frazão, Processo Administrativo nº 08012.004039/2001-68, Cade, 2013).

94. Admite-se, inclusive, a possibilidade de se condenar um cartel com base exclusivamente em evidências econômicas, quando não restar “*explicação racional do ponto vista econômica*” para o paralelismo observado e havendo indícios de “*reunião entre os concorrentes anterior ao efetivo aumento de preços*” (CSN, COSIPA e USIMINAS v. SDE *ex-officio*, Cade, 1999).

95. Ora, como se demonstra adiante, não somente as REPRESENTADAS mantinham comunicação entre si, como a elevação do percentual de comissão por elas cobrado não pode ser justificada por interesses econômicos legítimos ou por forças atuantes naquele mercado.

96. Com efeito, para uma empresa ciente de sua situação financeira, a adoção de tal postura comercial pela INOVA somente se justificaria mediante a garantia de que o preço então praticado não destoasse do restante do mercado, sob pena de vir a prejudicá-la ainda mais.

97. Justamente a esse respeito, a jurisprudência norte-americana já admite que, nas hipóteses em que a conduta de um agente econômico se mostra contrária aos seus próprios interesses, na ausência de ajuste entre concorrentes, há de se deduzir a ocorrência deste, na medida em que excluída a viabilidade de uma tal ação independente (Blomkest Fertilzer v. Potash Corp. of Sask, United States Court of Appeals (8th Cir), 2000).

98. Por outro lado, ainda não se verificam quaisquer razões para uma elevação espontânea do valor de comissão pelas REPRESENTADAS. Ao contrário, inexistindo indícios de aumento dos custos de manutenção das plataformas e diante da cobrança de preços consideravelmente inferiores por concorrentes (CASO, pp. 4-5, §18), o novo percentual de 30% de comissão se afigura, na ausência de “*uma relação razoável com o valor económico da prestação*”, flagrantemente excessivo (Latvijas Autoru apvienība v. Konkurences padome, CJUE, 2016, §§ 34 e 38).

99. Em consideração ao modelo *pay-per-view*, predominante nesse mercado, retém-se que o preço de comissão cobrado pelas diversas plataformas do mercado não refletiria a extensão ou qualidade de seus distintos portfólios de produtos. Isto é, dado que os seus consumidores adquirem eventos culturais à unidade, a elevação da taxa de comissão das REPRESENTADAS, porque não amparada na oferta de pacotes mais ou menos completos de peças, revela objetivo precipuamente

anticoncorrencial, frente aos valores das plataformas concorrentes sobre os exatos mesmos conteúdos individualmente considerados.

100. Tampouco se pode olvidar que, em razão da possibilidade de terceiras-produtoras e de usuários transacionarem, *a priori*, por outras plataformas que não a BUBBLES ou a INOVA, opera-se o denominado efeito *multiboming*. Desse modo, dispondo de opções para a divulgação de seus eventos ou para a sua aquisição, vendedores e consumidores provocam pressão sobre os preços cobrados de ambos pelas plataformas (Parecer Técnico nº 24/SG, Ato de Concentração nº 08700.004880/2017-64, Cade, 2014). Contra essas forças do mercado, a elevação de preços pelas REPRESENTADAS seria não apenas improvável, como absurda sem um ajuste.

101. Verifica-se, pois, a existência do que a jurisprudência e doutrina estadunidenses denominaram “*plus factors*” (Flat Glass Litigation, U.S. Court of Appeal (3d Cir), 2004; KOVACIC et al., 2011). Havendo comportamentos econômicos altamente inconsistentes com as condutas unilaterais de seus agentes, mas que se revelam pertinentes sob a coordenação de ações, retêm-se, diante do paralelismo de preços, evidências suficientes para configurar a prática de cartel.

102. Além de injustificável a elevação do preço praticado pelas REPRESENTADAS, é altamente improvável a adoção de um mesmo percentual. Isso porque, considerando-se que os valores cobrados pelas plataformas não são informações públicas (CASO, p. 24, § 55), há de se afastar o exercício de “*price leadership*” por parte da BUBBLES. Não pode a INOVA, escusar-se da prática delitativa, argumentando que estaria acompanhando os valores praticados pela empresa dominante quando esse preço e sua dispersão ao longo do mercado não lhe seriam disponíveis.

103. Faz-se necessário questionar, então, o fato de a INOVA ter optado, quando da escolha de nova forma de remuneração, em agosto de 2020, por reproduzir identicamente o modelo de negócios recém adotado pela BUBBLES. Apesar de a INOVA, enquanto cliente da BUBBLES, realizar o pagamento de 30% do valor pago pelos usuários a título de comissão, não poderia nem deveria saber que esse percentual valor passava a ser aplicado pela BUBBLES a todas as terceiras-produtoras (CASO, pp 3-4, § 12). Assim, porque esse novo modelo comercial da BUBBLES seria, quanto à sua extensão sobre o mercado, sigiloso e inédito, a sua exata reprodução pela INOVA, não pode ser explicada por uma mera coincidência, senão pelo compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis entre as REPRESENTADAS.

104. Necessário excluir, igualmente, a hipótese de paralelismo consciente, uma vez ausente qualquer explicação plausível para o aumento concomitante de preços, segundo uma mesma taxa, em linha com o entendimento exarado pelo Cade brasileiro por ocasião de julgamento do “Cartel dos Jornais do Rio de Janeiro” (Processo Administrativo nº 08012.003064/2005-58, Cade, 2005).

105. Não somente o efetivo alinhamento de preços figura como única explicação possível para a adoção de percentual idêntico de comissão entre as REPRESENTADAS, como foram juntadas aos autos do processo administrativo evidências concretas da ocorrência de prática colusiva.

106. A esse propósito, o *Department of Justice*, autoridade estadunidense da concorrência, já vem reconhecendo que:

"uma conspiração típica “é raramente demonstrada por intermédio de acordos explícitos””, sendo que necessário recorrer a “inferências que podem ser derivadas do comportamento dos supostos conspiradores”. Assim, a investigação antitruste pode provar a existência da combinação ou conspiração por meio tanto de provas diretas ou indiretas, suficientes “para (...) garantir que os conspiradores tinham uma unidade de propósito ou compreensão e desenho comuns, ou um encontro de intenções para um arranjo que fosse de encontro à lei antitruste”

107. Com efeito, em que pese as REPRESENTADAS tenham sido diligentes ao ocultar sua colusão, é importante constatar que representantes de ambas as empresas participaram da Feira Bienal de Mercados Digitais, promovida pelo Instituto de Mercados Digitais (IMD) entre 4 e 6/08/2020, justamente à véspera da concomitante elevação de seus percentuais de comissão.

108. Improvável a espontânea alteração simultânea e idêntica de preços por diferentes concorrentes, a comprovada interação entre funcionários das REPRESENTADAS se coaduna à insuperável tese de que houve de fato um ajuste entre ambas.

109. Ademais, foram conduzidas, por ocasião desse evento, nove ligações entre o Sr. Toninho Stark, diretor comercial da INOVA, e a Sra. Tina Chef, diretora de Novos Negócios da BUBBLES, e uma ligação com a Sra. Warren Puffet, diretora comercial da BUBBLES. Quando questionado a respeito do conteúdo das chamadas telefônicas, o Sr. Toninho Stark alegou que teriam tratado de assuntos legítimos, acerca da possibilidade de aquisição da INOVA pela BUBBLES e de bate-papos sobre a feira.

110. No entanto, é desarrazoado crer que representantes comerciais de duas empresas concorrentes teriam participado de 10 ligações, para discutir reiteradamente questões triviais, sem que houvessem sido trocadas informações concorrencialmente sensíveis. Por mais que breves, é inegável que a frequência com que ocorreram tais chamadas não estaria justificada pelo suposto assunto dessas conversas. Como bem reconhece a doutrina internacional, o registro de conversas telefônicas entre concorrentes é evidência circunstancial perfeitamente admitida para fins de comprovação de comunicação entre os operadores de suposto cartel (OCDE, 2006, p. 20).

111. Ademais, é igualmente falha a alegação do Sr. Toninho Stark de que as ligações, em sua maioria, teriam versado sobre a possibilidade de aquisição da INOVA pela BUBBLES. Ora, uma negociação dessa natureza não deveria ser conduzida por telefone, através de ligações breves para a complexidade do assunto, e entre diretores comerciais, mas por canais institucionais próprios e por funcionários propriamente competentes para conduzir tais negociações.

112. E, consoante vedação contida no art. 108, § 2º, da LAL, as negociações atinentes à aquisição de empresas não podem servir de instrumento ao compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis entre agentes do mesmo mercado enquanto inexistir instrumento formal que já os vinculem.

113. Tampouco deixa de causar estranhamento o fato de que membros da administração de ambas as REPRESENTADAS tenham se negado a apresentar relatório de suas comunicações telefônicas (NT, p. 28, § 80). Caso tivessem agido em observância à lei, dificilmente teriam o que temer. Não pode ser por acaso também que a Squads, empresa responsável pela plataforma da Feira da IMD, tenha apontado falha técnica para não prestar relatório de salas privadas de bate-papo, enquanto teve seus ativos adquiridos pela BUBBLES no exterior (NT, p. 28, § 84) e, por óbvio, não atuaria na contramão dos interesses desta REPRESENTADA.

114. Diante do exposto, sobram evidências de que o alinhamento do percentual de comissão cobrada de terceiras produtoras verificado é decorrente, como também única e economicamente justificado, de troca de informações concorrencialmente sensíveis entre as REPRESENTANTES, ocorrida por ocasião da Feira Bienal de Mercados Digitais de 2020.

ii. Da adoção de conduta comercial uniforme e da criação de dificuldades ao funcionamento de empresa concorrente

115. Paralelamente à configuração de infração unilateral à ordem econômica, imposição de cláusula MFN pelas REPRESENTADAS resulta igualmente na promoção de conduta comercial uniforme, na forma do art. 36, incs. I, § 3º, e II, da LAL. .

116. Isso porque, ao preverem tal cláusula de paridade em contratos celebrados com produtoras de conteúdo, impedem que estas concedam a outras plataformas condições mais favoráveis de venda de seus produtos àquelas conferidas a BUBBLES e INOVA, sob pena de se verem privadas de acesso aos dois maiores *players* do mercado de distribuição (NT, p. 20, § 33).

117. Consequentemente, os preços praticados pelas REPRESENTADAS correspondem logo, entre as produtoras de conteúdo com que contratam, aos valores mínimos possivelmente adotados por todo o restante do mercado para a divulgação daqueles mesmos eventos culturais.

118. Desse modo, na hipótese, já confirmada, de as plataformas se recusarem a elevar seus preços aos patamares adotados pela BUBBLES e pela INOVA, estariam sujeitas ao boicote coletivo e involuntário de terceiras-produtoras.

119. A esse propósito, a empresa Sieste forneceu, por ocasião de representação à SG/Cade, indícios concretos da conduta por ora descrita. Revela que foi procurada, em setembro de 2020, por uma série de produtoras, a fim de que viesse a implementar nova “sugestão” de precificação

para as respectivas óperas. No entanto, ao informar que não efetuará a elevação dos preços praticados no *pay-per-view*, foi surpreendida com o envio, na mesma data, com minutos de intervalo, de notificações extrajudiciais inusitadamente semelhantes, em que as produtoras interrompem o fornecimento de seus conteúdos à plataforma a partir de 01/11/2020 (NT, pp. 30-34, §§ 91, 95, 99, 101 e 102). Tantas são as coincidências formais e semânticas desses e-mails que é inegável uma coordenação entre essas produtoras, sob orientação das REPRESENTADAS.

120. Não surpreendentemente, em consulta realizada às plataformas da BUBBLES e da INOVA em julho de 01/06/2021, verificou-se que as REPRESENTADAS já haviam implementado fielmente os exatos mesmos preços sugeridos pelas plataformas à Sieste em outubro do mês anterior (NT, pp. 31 – 33, §§ 93, 96 e 100).

121. Contudo, neste ponto, não merece prosperar qualquer alegação de que as REPRESENTADAS teriam tão somente se conformado às exigências das produtoras. Revela-se consideravelmente infactível que todas as produtoras teriam simultaneamente optado por uniformizar e elevar seus preços sem qualquer concertação ou influência externa.

122. Muito pelo contrário, pressionadas pelas REPRESENTADAS é que as produtoras passaram a, involuntariamente, uniformizar os valores cobrados por cada um de seus produtos nas respectivas plataformas divulgadoras. Não por outra razão, a influência da BUBBLES e da INOVA sobre as produtoras institui ilícita fixação de preço de revenda.

123. Merece especial atenção essa restrição vertical porquanto a respectiva uniformização de preços de revenda pelas produtoras, ao eliminar a concorrência entre distribuidores e opções ao consumidor, resulta em espécie de "*grande cartel tácito, não punível como tal, mas também francamente anticoncorrencial*" (SALOMÃO FILHO, 2021, p. 479).

124. Consoante a jurisprudência do Cade, são especialmente graves as restrições verticais baseadas na fixação e imposição de preços, em acordo entre fornecedores e revendedores ou de iniciativa de revendedores e sustentadas por mecanismos de retaliação (Consulta nº 08700.002055/2021-10, Cade, 2021; Caso Shell, Cade, 2015). No caso em tela, a obrigatoriedade da adoção dos preços de revenda e a represália à sua inobservância restam demonstradas no boicote sofrido pela Sieste.

125. Nesse mesmo sentido, é prova cabal de que a elevação de preços não partiu espontaneamente das produtoras, mas de orientações expressas da BUBBLES e da INOVA, o fato de ter sido encaminhado, pela French Toast à Sieste, e-mail enviado pela diretora comercial da BUBBLES àquela produtora e em cópia para o diretor comercial da INOVA, no qual a referida REPRESENTADA consente o envio da tabela de preços anexa à Sieste, em alusão ao que pejorativamente se refere como "*guerra de preços*" (NT, pp. 31-32, § 95).

126. Outrossim, não bastasse a manifesta intenção de restrição da concorrência, por meio da uniformização de condutas de seus clientes, a tabela de preços encaminhada à Sieste pela Operrá foi intitulada “Precificação.2020_ **B&I**.xls”, no que o trecho destacado pode ser deduzido como referência às iniciais das próprias interessadas REPRESENTADAS.

127. Do mesmo modo, cumpre ressaltar que os arquivos referentes às notificações extrajudiciais enviadas pelas produtoras Operrá, Madeleine e French Toast à Sieste, compartilham dos mesmos metadados, tendo sido criados na mesma data, em um computador pertencente à INOVA (NT, pp. 35-36, § 105).

128. Quanto à credibilidade de metadados para comprovação da prática de cartel, não se pode olvidar que a sua criação remete justamente à garantia de autenticidade e valor probatório de informações eletrônicas (LOPEZ, 2004, p. 70). Paralelamente, ainda que se admita a possibilidade de sua manipulação, trata-se de uma grande quantidade de detalhes, os quais se mostram todos perfeitamente congruentes com o conteúdo e interlocutores das mensagens veiculadas.

129. Desse modo, já não restam dúvidas de que a BUBBLES e a INOVA estão à origem da uniformização de condutas entre seus clientes e entre plataformas de distribuição de conteúdos, devendo lhes ser imputadas as respectivas penalidades por infração à ordem econômica.

130. Tratando-se de infração prejudicialmente não exclusiva à Sieste, mas igualmente relatada por produtoras como Nickerchen e Risu (NT, p. 36, § 106), constata-se efetivo e potencial dano ao funcionamento de empresas concorrentes, na forma do art. 36, § 3º, IV, da LAL.

131. Uma vez negada a possibilidade de difundirem conteúdos de uma gama de produtoras, as plataformas veem-se desprovidas dos insumos indispensáveis à sobrevivência de seus negócios. Caso viessem a ser extintas, em claro agravamento do cenário de concentração de mercado, tais empresas não o seriam por suposta ineficiência, dado que, ao contrário, testemunharam um crescimento anual de 700% ao longo de 2020 (NT, pp. 4-5, § 18).

132. Tal potencial extinção de concorrentes do mercado seria inadmissível. Em linha com o entendimento a jurisprudência europeia, a consecutiva recusa em contratar por parte das terceiras-produtoras se reputa abusiva, porquanto: (a) tem o condão eliminar a concorrência; (b) não pode ser objetivamente justificada; e (c) diz respeito a serviço indispensável à condução de negócios ante a ausência de prestador substituto à altura (Bronner v. Mediaprint, CJUE, 1998).

133. Sob essa mesma perspectiva, não há que se falar em qualquer eficiência quanto à adoção dos valores unilateralmente impostos pelas produtoras, posto que implica elevação de preços ao consumidor em detrimento de seu bem-estar, sem acréscimo à qualidade dos produtos (NT, pp. 30-31, § 92). Muito pelo contrário, a fixação do preço de revenda tende a favorecer o efeito carona,

em particular quanto a investimentos publicitários, e facilitar a manutenção de preços elevados, reduzindo incentivos ao descumprimento do acordo de cartel (OCDE, 2008, pp. 8-10).

134. Não por outra razão, afasta-se de pronto qualquer alegação de que a Sieste estaria adotando preços baixos sob intuito predatório e de que aqueles contidos nas tabelas enviadas pelas produtoras é que, de fato, seriam os preços de mercado. Tal fosse o caso, a Sieste seguramente não teria tido o expressivo incremento de 125% nas vendas anuais de óperas francesas (NT, p. 33, § 101). Se seus preços mais baixos se sustentaram ao longo de 2020, conferindo-lhe expansão dessa proporção, é porque estes sim são eficientes, e não aqueles constantes nos sítios das REPRESENTADAS em 01/06/2021 (NT, p. 31, § 93).

135. Por fim, resta evidente que as condutas empreendidas pelas REPRESENTADAS não inscrevem qualquer outro objetivo que não a ampliação de sua posição dominante coletiva no mercado de distribuição de eventuais ou o abuso dessa mesma condição com vistas a maximizar a sua rentabilidade, em prejuízo para os consumidores e para a higidez do processo competitivo.

V. CONCLUSÃO

136. Ante o exposto, resta comprovado que BUBBLES e INOVA atuaram em prejuízo à concorrência. Em razão do farto acervo fático-probatório e dos fundamentos jurídicos despendidos, analisados em conjunto, o Ministério Público Federal manifesta-se:

- I. Pela condenação da BUBBLES em relação às condutas de criação de dificuldades à entrada e funcionamento de concorrentes, discriminação, recusa de contratar e *self-preferencing*, na forma do art. 36, incs. I a IV, c/c § 3º, incs. III, V, IV, X e XI da LAL;
- II. Pela condenação da BUBBLES e da INOVA em relação à adoção de cláusula MFN, na forma do art. 36, incs. I a IV, c/c § 3º, incs. III, IV, V e IX, da LAL;
- III. Pela condenação da BUBBLES e da INOVA em relação às condutas de combinação de preços e condições comerciais, promoção de conduta comercial uniforme entre concorrentes e de criação de dificuldades ao funcionamento e desenvolvimento de empresa concorrente, na forma do art. 36, inc. I, c/c § 3º, inc. I, a), II e IV da LAL.

Lalaland, 19 de setembro de 2023

Subprocuradores Gerais da República
Representantes do MPF junto ao LalaCADE