

DESTAQUES DA JURISPRUDÊNCIA RECENTE SOBRE PLATAFORMAS *ONLINE* DO *BUNDESKARTELLAMT - BKARTA* (ALEMANHA)

Highlights of the recent case law of the Bundeskartellamt (Germany) on online platforms

*José Rubens Battazza Iasbech¹
Igor Marques Caldas Machado²*

Resumo: O presente artigo tem por objetivo destacar a atuação da autoridade concorrencial alemã, o Bundeskartellamt (“BKartA”), no que diz respeito à análise de atos de concentração envolvendo plataformas online. Para tanto, foram examinadas dezenas de decisões proferidas pela autoridade alemã entre 2015 e 2022, que dissessem respeito a plataformas online e mercados digitais. Após minuciosa avaliação, foram destacados oito casos que abordaram aspectos relevantes e inovadores para a construção jurisprudencial do BKartA sobre o assunto. Os principais temas e as principais preocupações relacionados à economia digital são abordados por meio do relato de cada caso, sem deixar de lado a discussão sobre os avanços da legislação concorrencial alemã voltada a dar tratamento mais adequado para o assunto.

Palavras-chave: Ato de concentração. Plataformas online. Economia digital. Alemanha. Bundeskartellamt.

Abstract: This article aims to highlight the performance of the German competition authority, the Bundeskartellamt (“BKartA”), with regard to the analysis of merger cases involving online platforms. To this end, dozens of decisions handed down by the German authority between 2015 and 2022, con-

¹ Advogado Sênior de Pinheiro Neto Advogados. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito da Concorrência e Direito Civil. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2012), Pós-Graduação em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP (2017) e em European Union Competition Law pela King's College London (2019), e Mestrado em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP (2022).

² Integrante de Pinheiro Neto Advogados. Estudante de Direito da Universidade de Brasília - UnB, Editor de Artigos da Revista dos Estudantes de Direito da UnB, Fundador e Gestor da SINC, pesquisador bolsista pela FAP-DF e pesquisador voluntário pelo CNPq.

cerning online platforms and digital markets, were examined. After a thorough evaluation, eight cases were highlighted that address relevant and innovative aspects for the jurisprudential construction of BKartA on the subject. The main themes and main concerns related to the digital economy are approached through the report of each case, without leaving aside the discussion on the advances of the German competition legislation, aimed at providing a more adequate treatment to the subject.

Keywords: Merger control. Online platforms. Digital economy. Germany. Bundeskartellamt.

Sumário: 1. Introdução – 2. Plataforma de Comparação de Preços – ProSiebenSat.1/Verivox (2015) – 3. Plataforma de anúncios de imóveis online – Immowelt/Immonet (2015) – 4. Plataforma de Bilhetagem e Promoção de Eventos – CTS Eventim/FKP Scorpio (2017) e CTS Eventim/Four Artists (2017) – 5. Plataforma de Códigos Promocionais e Meios de Pagamentos – PayPal/Honey (2019) – 6. Plataforma online de relacionamentos – ProSiebenSat.1/The Meet Group (2020) – 7. Publicidade televisiva – RTL Disney Fernsehen GmbH & Co. KG/Bertelsmann SE & Co. KGaA (2021) – 8. Plataforma de gerenciamento de dados e comunicação entre empresas e clientes – Meta Platforms, Inc./Kustomer, Inc. (2022) – 9. Conclusão – 10. Bibliografia

1. Introdução

A autoridade concorrencial alemã (o “*Bundeskartellamt*” ou “BKartA”) tem ocupado posição vanguardista no que se refere à análise de atos de concentração e de condutas anticompetitivas na economia digital, notadamente aquelas que envolvam plataformas online.

Sempre atenta à necessidade de dar o tratamento adequado a cada caso, e observando as mudanças trazidas à dinâmica concorrencial pelas empresas que atuam como plataformas online, o BKartA publicou, em 2016, dois estudos envolvendo a economia digital.

O primeiro estudo, *Competition Law and Data*³, foi publicado em conjunto à autoridade concorrencial francesa (*Autorité de la Concurrence*)

³ ALEMANHA; FRANÇA. Bundeskartellamt; Autorité de la concurrence. Competition Law and Data. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf;jsessionid=C7E668DDF0881866AE8921AC565DFCF8.2_cid362?blob=publicationFile&v=2. Acesso em: 10.7.2021.

diante da preocupação das duas autoridades com crescente coleta, processamento e uso comercial de dados nos mercados digitais, o papel dos dados nas estratégias empresariais e a aplicação do direito da concorrência a tais estratégias.

O segundo estudo, *Working Paper – The Market Power of Platforms and Networks*⁴, abordou os fatores relevantes para análise de poder de mercado das plataformas e redes digitais, bem como questões específicas relacionadas ao *enforcement* antitruste na economia digital.

Em seguida, o BKartA publicou uma série de cinco estudos voltados aos impactos da economia digital no direito da concorrência e dos direitos dos consumidores (*Competition and Consumer Protection in the Digital Economy*): (i) *Big Data and Competition* (apenas em alemão)⁵, em outubro de 2017; (ii) *Innovations – challenges for competition law practice*⁶, em novembro de 2017; (iii) *Online Advertising*⁷, em fevereiro de 2018; (iv) *Competition restraints in online sales after Coty and Asics – what’s*

⁴ ALEMANHA. Bundeskartellamt. The Market Power of Platforms and Networks. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Zusammenfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=4. Acesso em: 10.7.2021.

⁵ _____. Big Data und Wettbewerb. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Schriftenreihe_Digitales/Schriftenreihe_Digitales_1.pdf?__blob=publicationFile&v=3. Acesso em: 10.7.2021.

⁶ _____. Innovations – challenges for competition law practice. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Schriftenreihe_Digitales/II.pdf?__blob=publicationFile&v=3. Acesso em: 10.7.2021.

⁷ _____. Online Advertising. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Schriftenreihe_Digitales/III.pdf?__blob=publicationFile&v=5. Acesso em: 10.7.2021.

*next?*⁸, em outubro de 2018; e (v) *Consumer rights and comparison websites: Need for action*⁹, em fevereiro de 2019.

Em setembro de 2019, o Ministério de Assuntos Econômicos e de Energia da Alemanha publicou o *paper* “*A new competition framework for the digital economy: Report by the Commission ‘Competition Law 4.0’*”¹⁰, que traz recomendações para o desenvolvimento da legislação concorrencial europeia diante dos novos desafios da economia digital.

Por fim, em novembro de 2019, as autoridades concorrenciais da França e da Alemanha publicaram novo estudo conjunto, desta vez voltado à análise de riscos concorrenciais que podem ser associados à utilização de algoritmos (*Algorithms and Competition*¹¹).

A partir desses estudos e de casos específicos analisados pela autoridade concorrencial alemã, alguns dos quais serão analisados em seguida, foram promulgados dois conjuntos de alterações à legislação concorrencial alemã (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* - “GWB”), em 2017 (9ª

⁸ _____. *Competition restraints in online sales after Coty and Asics – what’s next?* Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Schriftenreihe_Digital_es_IV.pdf?__blob=publicationFile&v=3. Acesso em: 10.7.2021.

⁹ _____. *Consumer rights and comparison websites: Need for action*. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Schriftenreihe_Digital_es_V.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Acesso em: 10.7.2021.

¹⁰ ALEMANHA. Ministério de Assuntos Econômicos e de Energia. *A new competition framework for the digital economy: Report by the Commission ‘Competition Law 4.0’*. Disponível em: https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf?__blob=publicationFile&v=3. Acesso em: 10.7.2021.

¹¹ ALEMANHA; FRANÇA. Bundeskartellamt; Autorité de la Concurrence. *Algorithms and Competition*. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Algorithms_and_Competition_Working-Paper.pdf?__blob=publicationFile&v=5. Acesso em: 10.7.2021.

Emenda ao GWB¹²) e em 2021 (10ª Emenda ao GWB¹³), voltados, principalmente, à adaptação da legislação concorrencial alemã aos desafios da economia digital.

Entre as principais alterações trazidas pelas duas emendas mencionadas acima, destacam-se as seguintes no que tange à economia digital: (i) introdução de um critério de análise de atos de concentração com base no valor da operação (motivado pela operação *Facebook/Whatsapp*); (ii) a oferta de um produto ou serviço de forma gratuita (a preço “zero”) não afasta a necessidade de definição de mercado relevante para análise de posição dominante do agente; (iii) especificações sobre a análise a ser conduzida para verificação de poder de mercado no que se refere a mercados e redes de múltiplos lados, incluindo efeitos de rede e acesso a dados relevantes ao mercado; (iv) empresas podem ser obrigadas a fornecer conjuntos de dados a fornecedores, clientes e até mesmo a concorrentes; (v) as decisões do BKartA deverão conter informação sobre as discussões existentes no mundo sobre regulação de plataformas online e que devem ser seguidas (incluindo, por exemplo, o *Digital Markets Act* e o *Digital Services Act*); (vi) prerrogativa de que o BKartA exija que empresas de determinada indústria notifiquem todas as futuras operações relevantes; (vii) o BKartA pode emitir uma declaração, com duração de até 5 (cinco) anos, no sentido de que a atuação de determinada empresa é de “relevância primordial para a concorrência entre mercados” (*paramount significance for competition across markets*), o que daria ao BKartA o poder de impor proibições *ex-ante* para um número de condutas que essa empresa (considerada *gatekeeper*) poderia vir a praticar, inclusive em mercados em que não seja dominante.

¹² ALEMANHA. New decision division for consumer protection - The 9th Amendment to the German Competition Act confers new competences upon the Bundeskartellamt. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/12_06_2017_Abteilung%20V.html?nn=3600108. Acesso em: 10.7.2021.

¹³ _____. Amendment of the German Act against Restraints of Competition. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB%20Novelle.html. Acesso em: 10.7.2021.

Tais modificações tiveram por motivação não apenas os documentos mencionados anteriormente e outros estudos publicados por autoridades concorrenciais ao redor do mundo, mas também a prática da autoridade alemã na análise de atos de concentração e análises de condutas anticompetitivas envolvendo a economia digital.

Este artigo tem por objetivo destacar algumas das principais decisões proferidas pelo BKartA na análise de atos de concentração econômica nos últimos anos envolvendo a economia digital. Para tanto, foram analisadas decisões proferidas pelo BKartA entre 2015 e 2022, envolvendo empresas que operam plataformas digitais.

Nesse período, destacamos 8 (oito) principais casos que trataram de diversos temas atinentes à economia digital, tais como: mercado de múltiplos lados, efeitos de rede, *tipping effect*, *single* e *multi-homing*, efeito *lock-in*, dados, entre vários outros. Os oito casos que serão abordados direta ou indiretamente são os seguintes: *ProSiebenSat.1/Verivox* (2015)¹⁴, *Axel Springer (Immonet)/Immowelt* (2015)¹⁵, *CTS Eventim/FKP SCORPIO* (2017)¹⁶, *CTS Eventim/Four Artists* (2017)¹⁷, *PayPal/Honey* (2019)¹⁸, *ProSiebenSat.1/The Meet Group* (2020)¹⁹, *RTL Disney Fernsehen GmbH & Co.*

¹⁴ ALEMANHA. Bundeskartellamt. B8-76/15. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2015/B8-76-15.html>. Acesso em: 10.7.2021.

¹⁵ _____. B6-39/15. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2015/B6-39-15.html>. Acesso em: 10.7.2021.

¹⁶ _____. B6-53/16. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2019/B6-53-17.html>. Acesso em: 10.7.2021.

¹⁷ _____. B6-35/17. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2019/B6-35-17.html>. Acesso em: 10.7.2021.

¹⁸ _____. B6-86/19. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2020/B6-86-19.html>. Acesso em: 10.7.2021.

¹⁹ _____. B6-29/20. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2020/B6-29-20.html>. Acesso em: 10.7.2021.

*KG/Bertelsmann SE & Co. KGaA (2021)*²⁰ e *Meta Platforms, Inc./Kustomer, Inc. (2022)*²¹.

2. Plataforma de Comparação de Preços – ProSiebenSat.1/Verivox (2015)

Em 2015, o BKartA analisou a aquisição do controle unitário da plataforma de comparação de preços online Verivox pela ProSiebenSat.1, empresa que atua em diversos ramos do setor de mídia. Em linha com o caso anterior, foi afirmado que *“uma chamada plataforma transacional, constitui um mercado bilateral típico com efeitos de rede positivos indiretos recíprocos sobre os dois grupos de usuários. Na definição do mercado da plataforma transacional, o Bundeskartellamt considera possível não distinguir entre as duas vertentes do mercado, ao contrário do que acontece nos mercados bilaterais financiados por publicidade (...) Essa visão é apoiada pelo argumento de que o produto de uma plataforma transacional não é divisível, mas sempre envolve ambos os grupos de usuários. A atividade de corretagem é o que constitui o produto, ou seja, reunir fornecedores e clientes (adequados) e, portanto, requer dois lados. Isso distingue as plataformas transacionais das plataformas de publicidade, que agregam o segundo lado do mercado com base em uma decisão estratégica de financiamento, sem que esse segundo lado seja necessariamente parte integrante do produto oferecido ao usuário. Em muitos casos, limitar as atividades de uma plataforma de transação a um lado ou avaliar as partes separadamente não representaria totalmente a atividade econômica e as interdependências pronunciadas das partes”*.

O BKartA notou ainda que o fato de o serviço de corretagem/intermediação (*brokerage*) não ser cobrado de alguns dos usuários do lado da

²⁰ _____. B6-31/21. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2022/B6-31-21.pdf?__blob=publicationFile&v=3. Acesso em: 2.3.2023.

²¹ _____. B6-21/22. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2022/B6-21-22.pdf?__blob=publicationFile&v=3. Acesso em: 2.3.2023.

demanda não significa que os mercados devam ser vistos separadamente ou que o serviço de corretagem não se qualifique como um mercado. Pelo contrário, o BKartA aduziu que tal medida constitui uma estratégia diferenciadora de preços por parte das plataformas, que serve para internalizar os efeitos indiretos da rede, conduzindo a uma grande redução do preço a um preço tão baixo como zero para um dos grupos de usuários.

Interessante notar a ponderação feita pelo BKartA sobre os mercados de plataforma e sua tendência à concentração. De acordo com o BKartA, tais mercados *“frequentemente exibem uma tendência relativamente forte de concentração, com pronunciados efeitos de rede indiretos recíprocos. No entanto, ao contrário da situação habitual com mercados unilaterais, isto pode até levar a uma concorrência mais intensa, uma vez que um menor número de plataformas simplifica a internalização dos efeitos de rede, melhorando assim as possibilidades competitivas das plataformas (...). O perigo para a concorrência nos mercados de plataforma pode ser visto principalmente no que é chamado de “market tipping”, que significa que um mercado de dois lados é atendido por apenas uma plataforma e os outros fornecedores deixam o mercado. Conceitualmente, esta é uma situação de dominância de uma única empresa”*.

Para que seja possível o *“market tipping”*, o BKartA ressaltou que a plataforma *“deve ter uma vantagem competitiva significativa no que diz respeito à sua posição no mercado e fatores competitivos”*. Ainda segundo o BKartA:

Se a operação for avaliada com base em mercados separados de acordo com os setores relevantes, a inclinação (*tipping*) do mercado a favor da Verivox será improvável, uma vez que a Check24 tem uma posição de mercado significativamente mais forte do que a Verivox na maioria dos setores e também em um mercado geral hipotético. No setor de energia, no entanto, a Verivox continua a ser a líder de mercado. No entanto, o resultado da avaliação de mercado mostra que a Check24 foi capaz de ganhar participações de mercado da Verivox nos últimos anos, se aproximou da posição da Verivox no mercado e desfruta de um nível comparativamente alto de reconhecimento da marca. Outro fator que tende a

sugerir que o *tipping* é improvável é que os fornecedores do setor de energia tendem a usar *multi-homing* em vez de *single-homing*, ou seja, eles anunciam seus serviços em uma série de plataformas de comparação online. As ofertas exclusivas desempenham apenas um papel subordinado. Além disso, os serviços oferecidos pela Verivox e Check24 são relativamente simétricos e, portanto, comparativamente atraentes para os consumidores.

3. Plataforma de anúncios de imóveis online – *Immowelt/Immonet* (2015)

No mesmo ano, quando da análise da operação envolvendo a formação de uma joint venture no mercado de plataformas imobiliárias online entre a Immowelt e a Immonet, o BKartA entendeu que - diferentemente dos mercados de dois lados no setor de publicidade - seria possível, para efeitos de definição de mercado relevante, não separar os diferentes mercados relacionados, pelos seguintes fatores: (i) o produto de uma plataforma imobiliária online é indivisível e deve sempre incluir os dois grupos de usuários; e (ii) o produto em questão refere-se a um serviço de intermediação entre ofertantes e demandantes de imóveis e, portanto, por sua própria natureza, requer ambos os lados do mercado. O BKartA ressaltou ainda a diferença em relação às plataformas de publicidade, as quais adicionaram o segundo lado do mercado devido a uma decisão estratégica de financiamento do produto/serviço. Segundo o BKartA, limitar a atividade de uma plataforma a um lado ou considerar cada lado individualmente resultaria em uma fotografia incompleta da atividade econômica em tela e da forte interdependência entre os mercados.

4. Plataforma de Bilhetagem e Promoção de Eventos – *CTS Eventim/FKP Scorpio (2017)* e *CTS Eventim/Four Artists (2017)*

Em 2017, o BKartA analisou dois atos de concentração envolvendo a CTS, empresa que atua tanto no segmento de agenciamento/promoção de eventos (shows) como no segmento de serviços de bilhetagem e plataforma de vendas de ingressos online (*CTS Eventim/Scorpio* e *CTS Eventim/Four Artists*).

Na primeira operação, que diz respeito a um aumento de participação da CTS na FKP Scorpio²² e que foi aprovada apesar das participações de mercado elevadas, o BKartA entendeu que o sistema de bilhetagem operado pela CTS atende a dois grupos de usuários diferentes. Por tal motivo, a CTS foi analisada como plataforma que atua como mercado de dois lados, conforme o *working paper* do BKartA “*Market Power of Platforms and Networks*”²³, mencionado anteriormente.

Segundo o BKartA, de um lado do sistema estão os promotores, cujos eventos são inseridos na base de dados, e do outro lado estão as agências de reserva antecipada que podem acessar os ingressos para esses eventos. O BKartA notou que a plataforma da CTS “*permite a interação direta e as transações entre os dois grupos de usuários. Existem efeitos de rede indiretos entre os dois lados, ou seja, o benefício de um grupo de usuários aumenta com um aumento na associação do outro grupo de usuários. Com essas características, os sistemas de bilhetagem apresentam as características típicas de um mercado ou plataforma bilateral no sentido econômico*”. Ademais, o BKartA afirmou que “*a construção básica de uma plataforma transacional permite que a atividade de um sistema de bilhetagem seja considerada como um produto de plataforma única e ambos os lados do mercado juntos com o lado oposto do mercado da plataforma. Isso significaria*

²² A FKP atua na promoção de grandes festivais de música e turnês, além de vender ingressos para os eventos que promove.

²³ ALEMANHA. Bundeskartellamt. The Market Power of Platforms and Networks. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Zusammenfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=4. Acesso em: 10.7.2021.

que os serviços do sistema de bilhetagem sejam definidos como um mercado uniforme tanto para agências de reservas antecipadas quanto para organizadores de eventos."

Para a análise da existência de poder de mercado por parte da CTS Eventim no mercado nacional de serviços de sistema de bilhetagem para promotores, o BKartA levou em consideração diversos métodos de cálculo usualmente utilizados para avaliar os mercados de plataforma. Além da participação de mercado com base no volume de negócios, ao avaliar o poder de mercado da CTS, o BKartA considerou a participação da CTS com base no volume de transações levando em consideração o valor dos bilhetes vendidos por meio de sistemas de bilhetagem. Este valor, segundo o BKartA, refletiria melhor os efeitos indiretos de rede e incluiria ambos os lados do mercado na avaliação.

Outro fator relevante que o BKartA destacou que contribuiria para os efeitos indiretos de rede é que a CTS atrai um número comparativamente grande de agências de reservas antecipadas para o seu sistema e oferece, de longe, os eventos mais reserváveis e com preços acima da média. Como já mencionado, a CTS atua também como promotora de eventos, o que, por sua vez, aumenta o número de eventos reserváveis, vinculando efetivamente as agências de reserva antecipada ao seu sistema de bilhetagem.

Além disso, a CTS também opera a loja online *eventim.de* como um ponto de venda. Em comparação com outras lojas online, a loja online da CTS tem o maior número de usuários, o que aumenta ainda mais a atratividade do sistema de ingressos para o lado dos promotores. Com a sua loja online muito frequentada, o BKartA entendeu que a CTS possui vantagem competitiva sobre os seus concorrentes na forma de um conjunto de dados mais extenso, que, entre outras coisas, permite ao sistema dirigir-se pessoalmente aos clientes em *mailings* como o chamado "alerta de bilhete".

Outro fator que reforça o poder de mercado da CTS, como destacado pelo BKartA é o de que muitos dos clientes promotores da CTS não estão dispostos a mudar para sistemas de bilhetagem alternativos, porque estes não têm um alcance comparável e o mesmo nível de abordagem de cliente. A mudança parcial para outros sistemas de bilhetagem também é

muito limitada porque a maioria dos promotores geralmente usa apenas um sistema de bilhetagem por vez ("*single homing*").

Por fim, o BKartA destacou que a CTS também goza de posição dominante no mercado de serviços de sistema de bilhetagem para agências de reserva antecipada. O acesso ao sistema CTS é, segundo investigação do BKartA, indispensável para escritórios de reservas antecipadas porque uma grande parte do portfólio total de eventos só pode ser oferecido aos clientes finais através do sistema de bilhetagem CTS. Outros sistemas de bilhetagem são de fato usados, mas como forma de complementar o sistema CTS, e muitas vezes apenas porque os custos de conexão com sistemas concorrentes são consideravelmente mais baixos ou gratuitos (o que o BKartA chamou de "*multi-homing sequencial*").

Apesar dessas constatações, o BKartA aprovou a operação, por considerar que a aquisição de participação adicional da CTS Eventim na FKP não reforçaria a posição dominante da CTS Eventim nos mercados relevantes envolvidos.

Quando da análise da segunda operação (*CTS Eventim/Four Artists*) que, por sua vez, foi reprovada, o BKartA fez menção ao artigo (3a) introduzido pela 9ª Emenda ao GWB, que havia entrado em vigor durante o período entre as duas operações da CTS Eventim e que discrimina os fatores que devem ser analisados pela autoridade quando da análise do poder de mercado de empresas que atuem em mercados de múltiplos lados²⁴.

Em sua análise, o BKartA reiterou seu entendimento sobre a definição do mercado relevante na plataforma de múltiplos lados transcrita acima e entendeu que existem "*efeitos de rede indiretos mutuamente positivos*", que indicariam que a CTS detém uma posição dominante no mercado de serviços de sistema de bilhetagem para promotores de eventos. Esses

²⁴ (3a) In particular in the case of multi-sided markets and networks, in assessing the market position of an undertaking account shall also be taken of:

1. direct and indirect network effects,
2. the parallel use of services from different providers and the switching costs for users,
3. the undertaking's economies of scale arising in connection with network effects,
4. the undertaking's access to data relevant for competition,
5. innovation-driven competitive pressure.

efeitos de rede, segundo o BKartA, atuariam como uma enorme barreira à entrada no mercado e exerceriam um efeito *lock-in* considerável para os usuários de ambos os lados em favor do maior sistema de bilhetagem da Alemanha, CTS. Tais fatores reduziram a disposição dos usuários de migrar de provedor.

De acordo com a análise conduzida pelo BKartA, a utilização em paralelo (“*multi-homing*”) de mais de um sistema de bilhetagem para a venda de ingressos para eventos não reduziria a barreira à entrada nem o efeito *lock-in* de forma significativa. Segundo o BKartA, “*multi-homing é limitado tanto do lado dos promotores quanto dos escritórios de reservas antecipadas de ingressos, pois os sistemas concorrentes são utilizados principalmente como sistemas de segundo nível [revenda de ingressos] para a venda de quantidades limitadas de ingressos*”. Ainda, de acordo com a investigação conduzida pelo BKartA, ambos os lados do mercado consideram predominantemente a conexão ao sistema CTS como indispensável e só fazem uso de outros sistemas de bilhetagem para complementar o serviço da CTS.

Outro fator que levou o BKartA a reprovar a operação foi o fortalecimento da posição de mercado da CTS por economias de escala e, em particular, o acesso a dados relevantes à concorrência por meio de sua loja de ingressos online bem-sucedida. O BKartA entendeu que os dados coletados em sua loja online podem ser utilizados acima de tudo para melhorar o marketing e a fidelidade do cliente, fortalecendo assim a rede de vendas da CTS para promotores de eventos. Segundo o BKartA, os sistemas de bilhetagem concorrentes não são capazes de replicar facilmente esses dados, porque suas lojas online são muito menos frequentadas e utilizadas.

Por fim, o BKartA ressaltou que “*nenhuma pressão competitiva impulsionada pela inovação específica pode ser observada*”. Na opinião do BKartA, “*o domínio do mercado por plataformas online com participações de mercado substanciais não pode ser negado simplesmente por causa de uma referência geral ao poder inovador da Internet e seu potencial para mudanças disruptivas. O potencial de inovação da Internet deve ser avaliado em cada caso individual.*”

5. Plataforma de Códigos Promocionais e Meios de Pagamentos – *PayPal/Honey* (2019)

O caso *Paypal/Honey*, analisado pelo BKartA em 2019, é de particular interesse por alguns fatores. Primeiramente, a operação só foi submetida ao BKartA em razão da alteração legislativa que passou a considerar o valor da operação como critério de notificação, uma vez que a empresa-alvo (ainda) não teria atingido números de vendas/faturamento relevantes, ainda que já demonstrasse bom desempenho econômico e potencial competitivo. Sobre esse assunto, o BKartA destacou que tal potencial competitivo não se reflete nos baixos números de vendas, de modo que o número de vendas não seria uma métrica adequada para determinadas operações.

Em segundo lugar, com o objetivo de analisar o quão substancial eram as atividades da Honey na Alemanha, o BKartA considerou principalmente o número de usuários localizados na Alemanha, tendo constatado que, em setembro de 2019, a Honey já tinha um número relativamente alto de usuários naquele país, em que pese o fato de que ainda estava em fase de desenvolvimento/implementação de suas atividades no país e seus números de vendas na Alemanha tenham sido baixos no ano anterior.

Ademais, o BKartA notou que modelos de negócios baseados na internet são geralmente caracterizados por um alto grau de escalabilidade e podem facilmente ser implementados muito rapidamente em mercados vizinhos a um custo razoável. No que tange ao caso particular da Honey, o BKartA notou que “*o serviço de Internet fornecido pela Honey é uma plataforma transacional com serviços disponíveis gratuitamente (para usuários) por um lado e serviços disponíveis por uma taxa (para varejistas ou redes afiliadas) do outro*”. O BKartA notou também que ambos os lados são significativamente afetados por efeitos indiretos de rede, uma vez que os varejistas se beneficiam de muitos usuários e os usuários também se beneficiam de um grande número de códigos promocionais disponíveis e varejistas participantes.

Ainda no que diz respeito à questão de financiamento da plataforma e o seu potencial competitivo, o BKartA destacou que durante o pri-

meiro ano de operação na Alemanha, a Honey conseguiu aumentar consideravelmente o número de usuários ativos, sendo esperado que quanto mais rápido os dois lados de mercado do serviço crescerem, melhor a Honey será capaz de financiar seu serviço a longo prazo. Portanto, “*as plataformas transacionais são frequentemente monetizadas em uma escala maior apenas anos após entrar no mercado. Durante os primeiros anos após a entrada no mercado, os números de vendas de tais serviços geralmente não refletem as vendas e o potencial competitivo*”.

Por fim, com relação ao Paypal, apesar de sua posição consideravelmente forte no mercado de meios de pagamento online, o BKartA entendeu que a operação não suscitaria preocupações, em razão do surgimento de diferentes provedores desse serviço nos anos anteriores e em rápido crescimento, além de do lançamento de serviços como o Apple Pay e o Google Pay por duas empresas com recursos significativos e uma base de usuários muito grande.

6. Plataforma online de relacionamentos *ProSiebenSat.1/The Meet Group* (2020)

Em sua análise do mercado online de plataformas/sites de namoro/encontros, o BKartA entendeu que, embora as participações de mercado combinadas das empresas dos grupos envolvidos na operação (Parship, ElitePartner e Lovoo) sejam relativamente elevadas, os usuários ainda teriam outras plataformas suficientes para escolherem após a aquisição. O BKartA destacou ainda que a operação não geraria *tipping effect*, pois as partes não seriam concorrentes próximos; o *multi-homing* é generalizado nesse mercado, de modo que os usuários são geralmente cadastrados em mais de uma plataforma, as barreiras à entrada são comparativamente baixas e os novos negócios de clientes no mercado de publicidade na TV (conduzida pela ProSiebenSat.1) são altamente significativos, de modo que não era esperado que a ProSiebenSat.1 recusasse espaço publicitário televisivo aos seus concorrentes.

A análise de mercado relevante levou em consideração os diferentes tipos de serviços oferecidos pelas plataformas online de namoro, incluindo serviços de *matchmaking*, serviços online de encontros e aplicativos de encontros (*dating apps*), deixando em aberto a inclusão das chamadas plataformas de encontros casuais no mercado e não incluindo redes sociais e plataformas de *live streaming*. O BKartA entendeu também que os serviços de *matchmaking* e serviços on-line de encontros pertencem ao mesmo mercado de produtos, sem qualquer diferenciação entre os diferentes lados do mercado (serviços para mulheres e para homens). Contudo, a autoridade considerou também a relevância de aplicativos no setor.

Como muitos players estão ativos no mercado de plataformas online de encontros, o cálculo de participações de mercado deveria considerar que existe uma grande variedade de modelos de negócio. Assim, as participações foram calculadas tanto com base no volume de negócios como com base nos usuários - por exemplo, os aplicativos inovadores podem ter modelos de negócios mais destinados a atingir um grande número de usuários, mas também buscarem rentabilizar os números de usuários, como por meio de receitas de publicidade ou cobrando pela utilização de certas funcionalidades. A título de exemplo, o BKartA verificou que a empresa adquirente é a que possui o maior faturamento no setor, ao passo que o aplicativo Lovoo (plataforma mais importante da empresa-alvo) tem muitos usuários; por sua vez, a empresa líder de mercado em número de usuários seria o Match Group (aplicativos Tinder e OKCupid, plataformas de namoro Lovescout24, neu.de e Zweisam). Além disso, haveria outros importantes concorrentes, como Badoo e Bumble, além de outras plataformas menores direcionadas a públicos-alvo específicos.

Outros fatores que foram considerados pelo BKartA para aprovação da operação foram: (i) baixas barreiras à entrada e inovação; (ii) os compradores Parship e ElitePartner (segmento de preços mais elevados de *matchmaking*), por um lado, e a empresa alvo Lovoo (disponível gratuitamente e para contatos mais casuais), por outro, não seriam concorrentes muito próximos; (iii) embora as plataformas online de encontros também se beneficiem de efeitos indiretos positivos de rede, o que poderia levar a um certo *tipping effect*, o BKartA entendeu que a concentração não reduziria a

escolha a um único fornecedor, especialmente considerando a relevância do Match Group para o mercado e que o setor seria marcado por uma série de efeitos que impedem *market tipping*, como grau significativo de *multi-homing*, mitigando riscos de efeitos *lock-in*; (iv) não houve preocupações de que concorrentes poderiam ter dificuldade em realizar anúncios televisivos como resultado da operação.

7. Publicidade televisiva – *RTL Disney Fernsehen GmbH & Co. KG/Bertelsmann SE & Co. KGaA (2021)*

Uma discussão travada recentemente pelo BKartA foi referente à existência ou não de substituíbilidade entre publicidade televisiva e publicidade online, em particular a publicidade de vídeo online e seu subtipo publicidade online de vídeo “*in-stream*”.

A operação dizia respeito à aquisição de 50% da joint venture RTL Disney Fernsehen GmbH & Co. KG (SuperRTL) pela Bertelsmann SE & Co. KGaA (divisão corporativa RTL Group). À época, a RTL já detinha 50% das ações do canal de TV infantil SuperRTL e pretendia adquirir os 50% restantes da então co-acionista Disney.

O BKartA ponderou que o Grupo RTL é um dos dois maiores grupos de televisão na Alemanha, possuindo como uma das fontes primárias de renda a publicidade televisiva e online (dentro de seu próprio Grupo e sites terceiros).

Em 2011, na decisão do caso "Amazonas" (B6-94/10), na qual figuravam como partes a RTL e a P7S1, o BKartA decidiu pela reprovação da aquisição que almejava a criação de uma plataforma conjunta de vídeo sob demanda. À época, a autoridade considerou que as requerentes formavam um duopólio sem concorrência e que a publicidade em vídeo online e, especificamente, o subtipo de publicidade em vídeo *in-stream*, exercia pressão concorrencial no setor de publicidade televisiva. No entanto, a pressão competitiva exercida pelos substitutos não foi suficiente para incluir ambas as formas de publicidade no mesmo mercado.

Neste novo caso, o precedente foi revisado, mas os resultados da análise realizada pelo BKartA apontaram que, devido às características da estrutura do mercado, as duas formas de publicidade não deveriam ser incluídas no mesmo mercado. A análise realizada pelo BKartA confirmou que existiria um certo grau de substituíbilidade entre a publicidade na TV e a publicidade em vídeo *in-stream*, sugerindo que a pressão competitiva seria ligeiramente superior ao estabelecido na decisão "Amazonas", permanecendo o entendimento, ainda, de que há características diferentes entre as duas formas de publicidade, não sendo elas, portanto, substituíveis.

A autoridade também realizou diligências para entender dos demais *players* as particularidades do mercado. De acordo com os *players* ouvidos pela autoridade, existiriam diferenças entre a publicidade televisiva e a publicidade em vídeo *in-stream* no comprimento dos anúncios, na maneira como são produzidos e na situação em que são utilizados. Ainda na opinião dos entrevistados, nem a publicidade em vídeo *in-stream*, nem outros formatos de vídeo exibem as "qualidades típicas" da publicidade televisiva em igual medida.

Um outro aspecto relevante foi decorrente do fato de o BKartA ter analisado, pela primeira vez, se a publicidade na TV poderia ser substituída por publicidade em vídeo em mídias sociais. Os resultados da pesquisa indicaram que, assim como a publicidade em vídeo *in-page*, a publicidade em vídeo em mídias sociais é ainda mais diferente e não faz parte do mesmo mercado que as demais formas publicitárias.

Por fim, a autoridade entendeu que não se esperava que a concentração resultasse em uma deterioração da situação da concorrência no mercado alemão de publicidade televisiva e aprovou a operação.

7. Plataforma de gerenciamento de dados e comunicação entre empresas e clientes – Meta Platforms, Inc./Kustomer, Inc. (2022)

Outro mercado analisado recentemente pelo BKartA foi referente às plataformas de Gestão de Relacionamento com o Cliente (CRM). A ope-

ração consistiu na compra, pela Meta, da plataforma Kustomer, a qual oferece serviço de CRM, baseado em nuvem, caracterizado pela junção de canais de comunicação entre clientes corporativos e clientes finais. De forma unificada, a plataforma permite que ambos os clientes interajam diretamente em diversos canais de comunicação.

Inicialmente, o BKartA decidiu que a aquisição estaria sujeita a notificação com base no valor da operação. Contudo, a Meta recorreu dessa decisão à Corte Regional Superior de Düsseldorf (*Düsseldorf Higher Regional Court*), estando o recurso, à época da decisão do BKartA, ainda pendente de análise pela Corte de Düsseldorf.

A autoridade reconheceu que, decorrente do ecossistema operado pela Meta na área de mídias sociais e de sua grande participação de mercado em publicidade, a aquisição teria o potencial de fortalecer a posição de mercado da Meta em publicidade online. Isso porque, no cenário pós-aquisição, os dados que a Kustomer possui, referentes aos seus clientes finais e corporativos, seriam processados pela adquirente, o que poderia alavancar a eficiência da publicidade online da Meta. Ainda de acordo com o BKartA, seria possível que a Meta, além de oferecer produtos aos clientes e gerir os processos de compra, também mantivesse com esses clientes relação próxima, decorrente da plataforma do Kustomer, de modo que tal concentração poderia afetar a concorrência de forma indireta.

Em contrapartida, a autoridade ressaltou que, atualmente, a Meta oferece os serviços CRM de forma limitada a uma pequena extensão de seus canais de comunicação, quando analisados comparativamente aos produtos ofertados pela Kustomer.

Com efeito, restou salientado que a aquisição também foi analisada na União Europeia, tendo a Comissão Europeia determinado que, para sua aprovação, seria necessário garantir que a plataforma adquirida permaneceria disponível, pelos próximos 10 anos, para os demais concorrentes da Meta, isto é, não seria exclusiva para os serviços do Facebook, WhatsApp, Instagram etc. A autoridade alemã, então, levou em consideração tais remédios e compromissos firmados, de modo a entender que a aquisição não teria efeitos negativos no mercado de CRM.

Por fim, o BKartA entendeu que não seria possível estabelecer o grau de necessidade dos serviços que a Kustomer oferece, pelo qual a autoridade optou por não prolongar sua análise, aprovando a operação.

8. Conclusão

Como pode ser observado da descrição dos casos narrados acima, a autoridade alemã possui rica jurisprudência envolvendo a análise de atos de concentração relacionados a plataformas online. As decisões proferidas mostram profundo estudo e conhecimento da autoridade sobre o assunto e sobre as características que diferenciam esses mercados dos mercados tradicionais.

Tal experiência pode ser verificada nos estudos publicados pela autoridade sobre o direito da concorrência nos diferentes setores da economia digital e das alterações legislativas conduzidas na Alemanha, voltadas a manter a autoridade antitruste equipada com as ferramentas necessárias à melhor prestação jurisdicional.

Referências bibliográficas

ALEMANHA. *Amendment of the German Act against Restraints of Competition*. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB%20Novelle.html. Acesso em: 10 jul. 2021.

_____. *New decision division for consumer protection – The 9th Amendment to the German Competition Act confers new competences upon the Bundeskartellamt*. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/12_06_2017_Abteilung%20V.html?nn=3600108. Acesso em: 10 jul. 2021.

_____. *Bundeskartellamt. Big Data und Wettbewerb*. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Schriftenreihe_Digitales/Schriftenreihe_Digitales_1.pdf?__blob=publicationFile&v=3. Acesso em: 10 jul. 2021.

_____. *Competition restraints in online sales after Coty and Asics – what’s next?* Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Schriftenreihe_Digitales_IV.pdf?__blob=publicationFile&v=3. Acesso em: 10 jul. 2021.

_____. *Consumer rights and comparison websites: Need for action*. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Schriftenreihe_Digitales_V.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Acesso em: 10 jul. 2021.

_____. *Innovations – challenges for competition law practice*. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Schriftenreihe_Digitales_II.pdf?__blob=publicationFile&v=3. Acesso em: 10 jul. 2021.

_____. *Online Advertising*. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Schriftenreihe_Digitales_III.pdf?__blob=publicationFile&v=5. Acesso em: 10 jul. 2021.

_____. *The Market Power of Platforms and Networks*. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Zusammenfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=4. Acesso em: 10 jul. 2021.

_____. B6-21/22. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2022/B6-21-22.pdf?__blob=publicationFile&v=3. Acesso em: 2 mar. 2023.

_____. B6-29/20. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2020/B6-29-20.html>. Acesso em: 10 jul. 2021.

_____. B6-31/21. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2022/B6-31-21.pdf?__blob=publicationFile&v=3. Acesso em: 2 mar. 2023.

_____. B6-35/17. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2019/B6-35-17.html>. Acesso em: 10 jul. 2021.

_____. B6-39/15. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2015/B6-39-15.html>. Acesso em: 10 jul. 2021.

_____. B6-53/16. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2019/B6-53-17.html>. Acesso em: 10 jul. 2021.

_____. B8-76/15. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2015/B8-76-15.html>. Acesso em: 10 jul. 2021.

_____. B6-86/19. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2020/B6-86-19.html>. Acesso em: 10 jul. 2021.

ALEMANHA. Ministério de Assuntos Econômicos e de Energia. *A new competition framework for the digital economy*: Report by the Commission ‘Competition Law 4.0’. Disponível em: https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf?__blob=publicationFile&v=3. Acesso em: 10 jul. 2021.

ALEMANHA; FRANÇA. Bundeskartellamt; Autorité de la Concurrence. Algorithms and Competition. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Algorithms_and_Competition_Working-Paper.pdf?__blob=publicationFile&v=5. Acesso em: 10 jul. 2021.