ISSN impresso 1806-8200
ISSN digital 2236-1766

Direito Público

Revista Oficial do Programa de Mestrado em Direito Constitucional da Escola de Direito e Administração Pública – Instituto Brasiliense de Direito Público

Ano 15 – nº 84 – Nov-Dez 2018

Indexada por

Diretório de Revistas Brasileiras em SEER, Diadorim – Diretório de Política de Acesso Aberto das Revistas Científicas Brasileiras, Portal de Periódicos da CAPES, Latindex, Index Copernicus Internacional, Directory of Open Access Journal – DOAJ

Repositório Autorizado de Jurisprudência

Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Nº 610/2009
Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Nº 1999.02.01.057040-0
Tribunal Regional Federal da 3ª Região – Nº 17/2010
Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Nº 35/2008
Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Nº 10/2009

Diretores

Elton José Donato – Francisco Schertel Mendes

Editor-Chefe

João Paulo Bachur

Editora-Adjunta

Luciana Silva Garcia

Conselho Editorial

Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave (UFRN), Aline Sueli de Salles Santos – Doutora (UFTO), Alvaro Ricardo de Souza Cruz – Doutor (PUC/MG), Alvaro Sanchez Bravo – Doutor (Univ. de Sevilha), Ana Paula Barcelos – Pós-Doutora (UERJ), Anderson Vichinkeski Teixeira – Doutor (Unisinos/RS), André Karam Trindade – Doutor (PPGD/IMED/RS), André Saddy – Pós-Doutor (UFF/RJ, Anna Silvia Bruno – Pós-Doutora (Unisalento/Itália), Augusto Aguilar Calohrro – Doutor (Univ. de Granada-ES), Celso Antonio Pacheco Fiorillo – Doutor (Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas), Daniel Antonio de Moraes Sarmento – Pós-Doutor (UERJ), Daniel Hachem – Doutor (UFPR/PR), Ederson Garin Porto – Doutor (Unisinos/RS), Emerson Ademir Borges de Oliveira – Doutor (Universidade de Marília/SP), Emílio Peluso Neder Meyer – Doutor (UFMG/MG), Fábio Saponaro – Università Unitelma Sapienza (Itália), Fernando Ângelo Ribeiro Leal – Doutor (FGV – Escola de Direito do Rio de Janeiro/RJ), Fernando Araújo – Doutor (Univ. de Lisboa – PT), Fernando de Brito Alves – Pós-Doutor (UENP/PR), Fernando Rodrigues Martins – Doutor (UFU/MG), Francisco Balaguer Callejón – Doutor (Univ. de Granada/ES), Francisco Fernandez Segado – Doutor (Universidad Complutense de Madrid), Gilmar Ferreira Mendes – Doutor (IDP), Giovanni Girelli – Università Roma Tre (Itália), Greice Patrícia Fuller – Doutora (PUC/SP), Gustavo José Mendes Tepedino – Doutor (UFRJ), Gustavo Oliveira Vieira – Doutor (Unila/PR), Hindemburgo Chateaubriand Pereira Diniz Filho (PGR), Humberto Dalla Bernardina de Pinho – Pós-Doutor (Universidade Estácio de Sá), Ingo Wolfgang Sarlet – Doutor (PUC/RS), Jesualdo Eduardo de Almeida Junior – Doutor (Faculdades Integradas Antônio Eufrásio Toledo/SP), Joaquim Brage Camazano – Doutor (Universidade Européia de Madrid), Jorge Octávio Lavocat Galvão – Doutor (USP), Juliana Diniz Campos – Doutora (UFC/CE), Juarez Freitas – Pós-Doutor (PUC/RS), Lauro Gama Jr. – Doutor (PUC/RJ), Luciano Mariz Maia – Doutor (UFPB), Luiz Gonzaga Adolfo – Doutor (Unisc/SC), Marco Jobim – Doutor (PUC/RS), Maria Claudia Silva Antunes de Souza – Doutora (Univali/SC), Marinella Araujo – Doutora (PUC/MG), Pierdomenico Logroscino – Doutor (Università degli Studi di Bari), Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – Doutor (Uninove/SP), Rubens Beçak – Doutor (USP), Salete Oro Boff – Pós-Doutora (IMED – Faculdade Meridional)/RS), Sofia Ciuffoletti – Doutora (University of Florence/Itália), Têmis Limberger – Pós-Doutora (Unisinos/RS), Valerio de Oliveira Mazzuoli – Pós-Doutor (UFMT), Vladmir Oliveira da Silveira – Pós-Doutor (PUC/SP), Wilson Engelmann – Doutor (Unisinos/RS)

Conselho Técnico Editorial

Aline Sueli de Salles Santos (UFTO), Alvaro Ricardo de Souza Cruz (PUC-MG), Alvaro Sanchez Bravo (Universidad de Sevilla), Ana Paula Barcelos (UERJ), Anderson Teixeira (Unisinos), André Karam Trindade (IMED), André Saddy (UFF), Anna Silvia Bruno (Unisalento), Augusto Aguilar Calohrro (Univ. de Granada-ES), Celso Antonio Pacheco Fiorillo (Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas), Daniel Hachem, (UFPR), Daniel Antonio de Moraes Sarmento (UERJ), Ederson Porto (Unisinos), Emerson Ademir Borges de Oliveira (Universidade de Marília), Emílio Peluso Neder Meyer (UFMG), Fábio Saponaro – Università Unitelma Sapienza (Itália), Fernando Angelo Ribeiro Leal (FGV – Escola de Direito do Rio de Janeiro), Fernando Araujo (Universidade de Lisboa), Fernando de Brito Alves (Universidade Estadual do Norte do Paraná), Fernando Rodrigues Martins (UFU), Francisco Balaguer Callejón (Universidade de Granada), Francisco Fernandes Segado (Universidad Complutense de Madrid), Gilmar Ferreira Mendes (IDP), Giovanni Girelli – Università Roma Tre (Itália), Greice Patrícia Fuller (PUC-SP), Gustavo Oliveira Vieira (Unila), Gustavo José Mendes Tepedino (UERJ), Humberto Dalla Bernardina de Pinho (Universidade Estácio de Sá), Ingo Wolfgang Sarlet (PUC-RS), Jesualdo Eduardo de Almeida Junior (Faculdades Integradas Antônio Eufrásio Toledo), Joaquim Brage Camazano (Universidade Européia de Madrid), Jorge Octávio Lavocat Galvão (USP), Juarez Freitas (PUC-RS), Julia Maurmann Ximenes (IDP), Juliana Diniz Campos (UFC), Lauro Gama Jr. (PUC-RJ), Luciano Mariz Maia (Universidade Federal da Paraíba), Luiz Gonzaga Adolfo (Unisc), Marco Jobim (PUC-RS), Maria Claudia Silva Antunes de Souza (Univali), Marinella Araujo (PUC-MG), Pierdomenico Logroscino (Università degli Studi di Bari), Roberto Correia da Silva Gomes Caldas (Uninove), Rubens Beçak (USP), Salete Oro Boff (IMED Faculdade Meridional), Sofia Ciuffoletti (University of Florence), Têmis Limberger (Unisinos), Valerio de Oliveira Mazzuoli (UFMT), Vladmir Oliveira da Silveira (PUC-SP), Wilson Engelmann (Unisinos)

Comitê Executivo

Juan de Assis Almeida (IDP), Jéssica Guedes Santos (IDP), Luísa Medeiros Braga (IDP), Madge Rosa (IDP)

Colaboradores desta Edição

Alejandro Villanueva Turnes, Anna Silvia Bruno, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, Cristiano Brilhante de Souza, Fábio Lima Quintas, Gabriela Monteiro, João Bruno Farias Madeira, Jorge Octávio Lavocat Galvão, Júlio César Garcia, Luís Fernando Lopes Pereira, Monica Teresa Costa Sousa, Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff

Big Data e Concorrência: Fases de Atuação do Regulador Antitruste Americano e Europeu

Big Data and Competition: the Action Phases of American and European Antitrust Regulators

CARLOS EMMANUEL JOPPERT RAGAZZO

Professor Doutor da FGV Direito Rio, Doutor e Mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, LL.M. in Trade Regulation and Competition Policy pela New York University – NYU, Visiting Scholar, em Berkeley Law School, Membro do Corpo Permanente do Mestrado *Stricto Sensu* em Direito da Regulação da FGV Direito Rio, Ex-Conselheiro e Superintendente Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

GABRIELA MONTEIRO

Graduada e Mestre em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio.

RESUMO: O termo *big data* reflete a tendência de coletar, adquirir, armazenar e processar, em alta velocidade, grandes volumes de dados digitais variados para criar valor econômico. O presente artigo analisou os principais precedentes da União Europeia e dos Estados Unidos com o propósito de avaliar se é possível identificar uma mudança de postura dos órgãos de defesa da concorrência dessas jurisdições quanto à relevância competitiva da exploração de *big data*. Com base na análise dos precedentes selecionados envolvendo mercados digitais, mais recentemente tem se notado uma mudança na postura do regulador antitruste que vem dando maior atenção a potenciais preocupações que podem emergir da exploração de *big data*, em especial nos mercados digitais. Na União Europeia, nota-se que o regulador antitruste transitou da "indiferença" para uma postura de "desconforto", e vem efetivamente tentando "encaixar" ou, ao menos, considerar os potenciais impactos da exploração de *big data* (ou de dados) em suas análises concorrenciais. Afirmação semelhante, contudo, não pode ser feita com relação aos Estados Unidos, onde a marcha de saída de um posicionamento de "indiferença" para um posicionamento de "desconforto" ainda vem se dando de forma bastante tímida, a despeito das discussões iniciadas no caso Google/DoubleClick.

PALAVRAS-CHAVE: *Big data*; dados; *data analytics*; concorrência; antitruste; Estados Unidos; União Europeia; mercado digital; DoubleClick; Facebook; WhatsApp; Microsoft; LinkedIn.

ABSTRACT: The concept of *big data* reflects the tendency to collect, acquire, store and process, at high speed, large volumes of varied digital data to create economic value. This paper analyzed the main cases from the United States and the European Union with the purpose of assessing whether there has been as change in the stance of the competition defense bodies with respect to the competitive relevance of the exploitation of big data capacity. Based on the analysis of the selected cases involving digital markets, more recently, there has been a shift in the stance of the antitrust regulator, which has been paying more attention to potential concerns that may emerge from the exploitation of big data, especially in digital markets. In the European Union, one notes that the antitrust regulator shifted from "indifference" to a "discomfort" stance, and is effectively trying to "fit in" or at least consider the potential impacts of big data (or data) in its competitive analysis. A similar statement, however, cannot be made in relation to the United States, where the departure from a position of "indifference" to a position of "distrust" is still occurring rather timidly, despite the discussions opened in the Google/DoubleClick case.

KEYWORDS: Big data; data; data analytics; competition; antitrust; United States; European Union; digital market; DoubleClick; Facebook; WhatsApp; Microsoft; LinkedIn.

SUMÁRIO: Introdução; 1 As fases de atuação do regulador antitruste: 10 anos de história; 1.1 A fase da indiferença; 1.2 A fase da desconfiança; 1.2.1 O caso Google/DoubleClick nos Estados Unidos; 1.2.2 O caso Google/DoubleClick na Europa; 1.2.3 Evolução da fase de desconfiança: Estados Unidos *vs*. Europa; 1.3 A fase do desconforto inaugurada pelo regulador antitruste europeu; 1.3.1 O caso Facebook/WhatsApp na Europa; 1.3.2 Desenvolvimentos após o caso Facebook/Whatsapp e tendências do regulador antitruste europeu; 2 Principais questões analisadas na jurisprudência: um estudo do caso Microsoft/LinkedIn na Comissão Europeia; 2.1 Efeitos horizontais; 2.2 Efeitos verticais; 2.3 Efeitos conglomerados; 2.4 Privacidade e defesa da concorrência; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Fala-se, hoje, em "internet das coisas" ("*internet of things*"), expressão que sinaliza o estágio de conexão com a internet de diversos dispositivos eletrônicos e outros objetos, que coletam dados automática e continuamente e os transmitem por conta própria, sem que haja a necessidade de interferência humana ativa (Stucke; Grunes, 2016, p. 15). A todo momento, milhares de indivíduos e empresas estão deixando "rastros" digitais. Na chamada Era da Informação, a produção de dados ocorre em atividades triviais, como passar por sensores, pesquisar na plataforma de buscas do Google, acessar e postar comentários no Facebook etc. (Feijó, 2013).

Os avanços tecnológicos permitiram que uma quantidade maciça de dados das mais variadas fontes fosse não só gerada, coletada e armazenada, mas também processada (Hu et al., 2014, p. 652). A análise dessa quantidade de dados também tem sido considerada um elemento chave dos negócios na era da "internet das coisas" (Kasznik, 2014). Nos últimos anos, houve a ascensão de diversas empresas, cujos modelos de negócio envolvem o uso de grande volume de dados processados, sobretudo de caráter pessoal, o que foi possível devido à expansão e ao barateamento da capacidade e da velocidade de armazenamento e processamento de dados, bem como à popularização do uso de *softwares* de inteligência artificial (Feijó, 2013; OCDE, 2010, p. 4).

O termo *big data* foi cunhado por engenheiros e cientistas da computação justamente para capturar o sentido da tendência de coletar, adquirir, arma-

zenar e processar grandes volumes de dados digitais (Hu et al., 2014, p. 652). Apesar de se notar esforços doutrinários para conceituar o termo, especialmente do ponto de vista do direito da concorrência (Boutin; Clemens, 2017, p. 4), ainda não há uma definição pacífica para *big data*, de modo que definições variadas podem ser encontradas na literatura (Press, 2014). De forma geral, o termo refere-se a um grande volume de dados digitais variados, que são coletados, armazenados e processados analiticamente em alta velocidade, particularmente com o objetivo de identificar padrões e comportamentos e fazer correlações, extraindo-se informações relevantes que lhes conferem valor e podem ser utilizadas em processos de decisão informada nas mais variadas áreas.

Do ponto de vista dos negócios, a capacidade de *big data* tem sido considerada pela literatura um ativo tão relevante para criar valor econômico, quanto são os ativos físicos (maquinários, insumos etc.) e o capital humano. Como o valor que pode ser extraído da exploração dessa capacidade de *big data* depende, em larga escala, do volume, da qualidade e da velocidade com que os dados são coletados e processados, a aquisição de agentes econômicos que já detenham amplos conjuntos de dados à sua disposição tem se tornado uma opção crescente para as empresas que atuam no setor digital (Karolczyk; Le Croy, 2018, p. 2). Essa tendência é confirmada pelo aumento expressivo no número de aquisições e fusões impulsionadas por dados envolvendo empresas que exploram *big data* (as chamadas *data-driven mergers*), muitas delas com um claro e evidente propósito de aquisição de dados (OCDE, 2016, p. 5).

Embora a própria utilização de dados (inclusive pessoais) em atividades econômicas não seja um fenômeno totalmente novo e a análise desse fator pelas autoridades concorrenciais no controle de estruturas também não seja algo inédito (Cole, 2018, p. 2), esse movimento crescente de operações, principalmente no setor digital, e uma série de casos emblemáticos parecem vir, continuamente, chamando a atenção não só da doutrina especializada, mas também de autoridades de defesa da concorrência, especialmente para questões relacionadas ao papel da privacidade na análise antitruste e à extensão da vantagem competitiva proporcionada pela exploração de *big data*.

Mas será que a exploração de *big data* vem, efetivamente, tornando-se uma preocupação para autoridades de defesa da concorrência? Qual o caminho que o regulador antitruste vem trilhando e para qual direção ele parece estar marchando com relação ao tratamento que deve ser dado à capacidade de *big data* nas análises concorrenciais?

O presente artigo analisa os principais precedentes da União Europeia e dos Estados Unidos com o objetivo de avaliar se, de fato, é possível identificar uma mudança de postura dos órgãos de defesa da concorrência dessas jurisdições quanto à relevância competitiva da exploração de *big data* a partir do

reconhecimento da necessidade de inclusão dessa variável nas análises concorrenciais. A escolha pela análise da jurisprudência norte-americana e europeia justifica-se em função de elas serem as jurisdições de maior tradição na aplicação da legislação concorrencial e, frequentemente, as referências para outras jurisdições, entre elas o Brasil. Além disso, essas jurisdições já estão mais avançadas nas discussões sobre o tema *big data* e concorrência.

Os precedentes analisados para este trabalho foram selecionados a partir da revisão de artigos doutrinários especializados sobre o tema que abordam os principais casos envolvendo o tratamento de *big data*. Conquanto tenha sido feito um levantamento dessa jurisprudência, o presente artigo não se propõe a ser um trabalho empírico, porque o tema encontra-se em estágio bastante preliminar, não existindo ainda universos significativos de casos que possam ser analisados para se tirar conclusões empíricas de caráter quantitativo ou qualitativo. Além disso, devido à grande complexidade que permeia o tema da relação entre concorrência e *big data*, a análise proposta terá como enfoque as discussões travadas no controle de estruturas realizado em operações em mercados digitais (ou *online*), conquanto a exploração de *big data* possa ocorrer em diversos setores da economia. Essa escolha não foi trivial, mas em razão de esses agentes econômicos serem aqueles que mais exploram e utilizam em seus modelos de negócios tecnologias de processamento de dados, sobretudo pessoais (Mayer-Schönberger; Cukier, 2014, p. 6).

Este trabalho justifica-se pelos crescentes debates sobre a relevância da exploração de *big data* para as análises concorrenciais. Como será visto ao longo deste trabalho, mais recentemente, foram publicadas diversas manifestações de autoridades antitrustes mundo afora, as quais parecem indicar uma preocupação crescente com as potenciais implicações da exploração de *big data*.

Para o seu desenvolvimento, o presente trabalho foi dividido em quatro seções, incluindo esta introdução. Na seção 1, serão apresentadas as fases de atuação do regulador antitruste no que diz respeito à incorporação da capacidade de *big data* na análise concorrencial. A seção 2 endereçará as principais questões analisadas na jurisprudência sobre *big data*, particularmente a partir de um estudo do caso Microsoft/LinkedIn na Comissão Europeia. Por fim, são apresentadas as conclusões deste trabalho.

Como será exposto, a análise dos casos selecionados revelou a existência de, pelo menos, três fases diferentes que traduzem uma evolução no tratamento da matéria pelas autoridades antitrustes dos Estados Unidos e da União Europeia. Com base nessas fases, foi possível notar, mais recentemente, uma mudança na postura do regulador antitruste que vem dando maior atenção a potenciais preocupações que podem emergir da exploração da capacidade de *big data*, particularmente nos chamados mercados digitais. Na União Europeia,

observou-se que o regulador antitruste transitou de uma fase de "indiferença" para uma postura de "desconforto", e vem efetivamente tentando "encaixar" ou, ao menos, considerar os potenciais impactos da exploração de *big data* (ou de dados) em suas análises concorrenciais. Afirmação semelhante, contudo, não pôde ser feita com relação aos Estados Unidos, onde a marcha de saída de um posicionamento de "indiferença" para um posicionamento de "desconforto" ainda vem se dando de forma bastante tímida, a despeito das discussões iniciadas no caso Google/DoubleClick.

1 AS FASES DE ATUAÇÃO DO REGULADOR ANTITRUSTE: 10 ANOS DE HISTÓRIA

Como exposto, por meio da análise dos casos selecionados para este trabalho, foi possível identificar os primeiros contornos do que parecem ser três fases distintas de uma evolução gradativa do comportamento do regulador antitruste com relação ao tratamento de dados na análise concorrencial feita no controle de estruturas[1]: (i) "indiferença", (ii) "desconfiança" e (iii) "desconforto". Cada uma dessas fases será brevemente analisada nas próximas subseções deste trabalho.

1.1 A fase da indiferença

A análise da relevância dos conjuntos de dados detidos e explorados pelas partes envolvidas em uma operação não é uma novidade para os órgãos concorrenciais, tendo em vista uma série de precedentes envolvendo a questão no controle de estruturas realizado em certas indústrias tradicionais.

Em fevereiro de 2008, por exemplo, a Comissão Europeia decidiu a operação Thomson/Reuters[2], aprovando a operação com restrições em função da concentração gerada em diversos mercados do setor de informações financeiras. O órgão europeu considerou que, nesses mercados, a operação eliminaria a rivalidade entre os dois principais prestadores desses serviços em nível mundial e europeu, o que reduziria as escolhas de instituições financeiras e clientes, e possivelmente levaria a aumentos de preço e riscos de descontinuidade dos serviços com sobreposição. Além disso, a empresa resultante teria incentivos e capacidade para fechar o mercado para *players* no mercado *downstream* que atuariam na compilação e integração do conteúdo produzido pelas empresas participantes da operação.

1 Essa limitação de escopo foi feita em função do aumento do número de operações realizadas em mercados envolvendo a exploração de *big data*, muitas delas com um claro e evidente propósito de aquisição de dados (OCDE, 2016, p. 5), e pelo fato de que, no âmbito do controle de estruturas, a matéria ainda está em estágio bastante inicial.

2 Caso nº COMP/M.4726 – Thomson Corporation/Reuters Group.

Para afastar as preocupações concorrenciais, as partes comprometeram-se a alienar cópias das bases de dados com o conteúdo de tais produtos de informação financeira, juntamente com ativos relevantes, pessoal e cliente. Nos Estados Unidos, obrigações semelhantes também foram impostas a essas empresas em acordo após o ajuizamento de ação civil, pelo *Department of Justice* (DoJ), para bloquear a operação[3].

Apesar dessa experiência, em uma fase inicial, o comportamento do regulador antitruste mostrou-se indiferente aos impactos concorrenciais da coleta e acúmulo de dados e da exploração de *big data* em alguns mercados digitais. Vários casos envolvendo empresas de setores digitais cujas atividades estavam baseadas no uso intenso de dados também foram aprovados nessa fase, sem maiores investigações especificamente quanto aos potenciais efeitos anticompetitivos decorrentes da combinação de dados resultante.

Em 2000, por exemplo, a *Federal Trade Commission* – FTC, outro dos órgãos antitruste norte-americanos, aprovou com restrições a concentração entre a Time Warner Inc. e a American Online – AOL, o maior provedor de serviços de internet à época nos Estados Unidos (Caso nº C-3989). No caso, a FTC considerou os impactos competitivos da operação apenas para o acesso aos serviços de internet e a conteúdo, sem analisar os potenciais efeitos da combinação de dados (e da própria capacidade de coleta de dados) para consumidores, incluindo preocupações relacionadas à privacidade (EPIC, 2015, p. 7/11).

Outro exemplo disso foi o tratamento dado pela FTC à análise da operação Microsoft/aQuantive. Nesse caso, a FTC aprovou tacitamente a aquisição da empresa de publicidade *online* aQuantive pela Microsoft por US$ 6 (seis) bilhões, sem solicitar mais informações e aprofundar sua análise. Note-se que essa aquisição seguiu o anúncio anterior do Google de que compraria a DoubleClick Inc., uma empresa também atuante no setor de tecnologia em publicidade *online*. Com a compra da empresa aQuantive, a Microsoft esperava aumentar a receita de publicidade de sua plataforma de buscas, com vista à competição contra a Google. Apesar disso, a FTC pareceu entender que a aquisição da aQuantive pela Microsoft levantaria menos problemas do que a compra da DoubleClick pela Google (Metz, 2007), que deu origem à fase da desconfiança.

1.2 A fase da desconfiança

A fase da desconfiança é inaugurada pelo caso Google/DoubleClick, em particular pelo voto dissidente proferido pela Conselheira Pamela J. Harbour, na FTC. Trata-se de um momento inicial em que questões relacionadas ao refe-

3 Caso nº 1:08-cv-00262 (*U.S. v. The Thomson Corp. and Reuters Group PLC*).

rido debate passam a ser suscitadas, e pinçadas nas análises de concentrações econômicas que seguiram o precedente, conforme poderá ser notado a partir da apresentação dos casos que podem ser incluídos nesse período.

1.2.1 O caso Google/DoubleClick nos Estados Unidos

O caso Google/DoubleClick[4] é considerado o ponto inaugural das discussões sobre *data-driven mergers* (Stucke; Grunes, 2016, p. 69). A operação consistia na aquisição da Double/Click, uma empresa de soluções em publicidade digital. Ao contestar essa concentração, terceiros suscitaram preocupações com o impacto sobre a privacidade de consumidores, motivando um aprofundamento da análise por parte do FTC. Apesar disso, o órgão concorrencial concluiu que a aquisição não prejudicaria a concorrência, uma vez que: (i) essas empresas não seriam concorrentes diretas em nenhum mercado relevante; (ii) não haveria prejuízos à concorrência potencial com a perda de uma eventual entrada do Google no mercado de *ad serving*; e (iii) não haveria a possibilidade de o Google explorar a posição da DoubleClick para, a partir da oferta casada dos serviços ou da combinação de seus dados, alavancar a sua atuação no mercado de intermediação de espaços de publicidade.

O caso, contudo, foi decidido nessa jurisdição por maioria de votos, ficando vencida a Conselheira Pamela J. Harbour. No seu voto, a Conselheira demonstrou uma preocupação com os efeitos de rede em mercados baseados em dados (*self-reinforcing loops* gerados por *feedbacks*), que reforçariam os efeitos de rede tradicionais em mercados de publicidade *online*. Como resultado, a operação poderia levar à dominação estável dos mercados de buscas em favor do Google, tornando mais difícil que outra empresa pudesse desafiar a combinação. Segundo o documento, ambos os segmentos são relacionados de diversas formas, sendo as duas principais rotas na publicidade *online*, competindo diretamente e estando suscetíveis a efeitos de rede. A Conselheira também alertou para o fato de que a segunda geração da internet (*Web 2.0*) é caracterizada por interações e conectividades entre os seus usuários que, no caso do mercado de publicidades *online*, contribuem com dados que são extraídos de seus hábitos no uso de ferramentas de buscas, por exemplo.

Sujeita a questionamentos sob o ponto de vista da privacidade, a Conselheira até reconheceu a possibilidade de eficiências baseadas em *behavioral targeting*, mas, diante dos fatores acima, fez questionamentos que demandariam uma investigação mais profunda quanto a: (i) se outra empresa poderia representar uma concorrência significativa para a empresa resultante da operação; e (ii) se aquela poderia alcançar uma base de dados do mesmo escopo e tamanho, superando os efeitos de rede e oferecendo *behavioral targeting* na mesma qualidade. A Conselheira considerou que essa análise, por si só, seria difícil, mas poderia ser tentada a partir da avaliação de compromissos propostos pelas partes sobre a destinação do uso de seus bancos de dados.

4 Caso nº FTC File No. 071-0170 – Google/DoubleClick.

Adicionalmente, a Conselheira também considerou que poderia ter sido definido um mercado putativo, na dimensão produto, compreendendo dados que poderiam ser úteis para publicitários e editores que desejassem se envolver em *behavioral targeting*. Ela também suscitou que a operação proporcionava para essas empresas um profundo conhecimento sobre as preferências dos consumidores. Da perspectiva de parte dos clientes do Google (publicitários e editores), a combinação de dados efetivamente os beneficiaria a partir de publicidade mais bem orientada (assumindo, é claro, que a combinação compensaria potencial arrefecimento no processo competitivo). Mas essa análise não seria capaz de refletir os valores dos consumidores dos demais serviços do Google, que têm seus dados coletados e analisados. Ou seja, não haveria uma *proxy* adequada para avaliar a privacidade do consumidor, já que estes, segundo a Conselheira, não teriam uma relação negocial com o Google ou a DoubleClick. Por fim, a Conselheira defendeu a inclusão da privacidade como uma dimensão da análise antitruste não relacionada a preços, a despeito de argumentos de que consumidores, na realidade, não valorizariam sua privacidade, o que seria evidenciado por suas condutas na internet[5].

1.2.2 O caso Google/DoubleClick na Europa

O caso também foi analisado e aprovado pela Comissão Europeia em março de 2008[6], após investigação sobre a sua compatibilidade com o mercado comum europeu, requisito de admissibilidade. Além de analisar sobreposições horizontais, a decisão da Comissão Europeia também se dedicou à análise das integrações verticais da operação, avaliando os riscos de fechamento de mercado, entre eles o risco posto pela combinação dos ativos do Google e da DoubleClick, o que incluía suas bases de dados.

Havia o argumento de que essa combinação poderia permitir que as empresas posicionassem melhor seus anúncios para usuários e atingissem uma posição que não poderia ser replicada por concorrentes (*e.g.*, Yahoo! e Microsoft), que seriam progressivamente marginalizados, permitindo que o Google subisse seus preços para serviços de intermediação. Um aspecto, no entanto,

5 Conquanto tenha acompanhado a decisão no sentido de aprovação da operação, o Conselheiro Jon Leibowitz também apresentou manifestação em apartado, chamando a atenção para as preocupações relacionadas às integrações verticais proporcionadas pela operação e à proteção da privacidade de consumidores. Esta última questão, no seu entender, deveria ser endereçada pela FTC, reconhecendo-se, no entanto, a necessidade de mais informação e estudo para que houvesse o desenvolvimento de um protocolo antitruste adequado.

6 Caso nº COMP/M.4731 – Google/DoubleClick.

que foi observado é o de que os contratos da DoubleClick com publicitários não autorizavam o uso de dados sobre as páginas que um usuário visitou a partir do anúncio de um dado anunciante para posicionar o anúncio de outro. Por extensão, a empresa resultante da operação também estaria impossibilitada de usar esses dados da base da DoubleClick para melhorar o direcionamento de publicidades patrocinadas nos *sites* do Google ou publicidades contextuais no seu Adsense. Ademais, ainda que esses contratos pudessem ser alterados ou rescindidos, anunciantes não teriam interesse em que outro anunciante tivesse acesso a seus dados para obter *insights* concorrencialmente relevantes, o que provavelmente impediria a alteração dos contratos.

Como base nos pontos acima, no entendimento do órgão europeu, dificilmente a operação resultaria em uma vantagem competitiva que seria irreplicável por outros concorrentes. Até porque a combinação de dados sobre buscas com dados sobre as atividades de usuários em páginas da internet já era possível para diversos concorrentes do Google, como Microsoft e Yahoo!, que já tinham plataformas de buscas e operavam servidores de anúncios. Além disso, considerou-se que concorrentes também poderiam adquirir dados ou serviços de direcionamento de terceiros (*e.g.*, comScore) e com provedores de internet, que poderiam coletar dados mais ricos que a DoubleClick.

1.2.3 Evolução da fase de desconfiança: Estados Unidos *vs.* Europa

Após o caso Google/DoubleClick, outros mercados relevantes caracterizados pela exploração de *big data* foram analisados pelos órgãos antitruste europeu e norte-americanos. Nesses casos, no entanto, não se identificou uma análise completa que envolvesse todos os aspectos afetos a mercados digitais que exploram a referida capacidade e que foram abordados no precedente mencionado, especialmente no que concerne ao debate sobre privacidade.

Nos casos decididos pela Comissão Europeia, o que se pôde notar foi a análise de questões pontuais e isoladas que se destacaram na avaliação dessas concentrações econômicas, como: (i) a definição de mercados relevantes de dados quando estes são comercializados e o risco de fechamento do acesso a esses bancos de dados como um insumo em atividades *downstream* (TomTom/TeleAtlas[7] e Nokia/Navteq[8]); (ii) a possibilidade de definição de mercados relevantes de determinados serviços, como o de buscas *online*, onde são adotadas estratégias de preço "zero" e de coleta intensa de dados utilizados em atividades de *behavioral targeting* para a monetização da plataforma (Microsoft/Yahoo![9]);

7 Caso nº COMP/M.4854 – Tomtom/Tele Atlas.

8 Caso nº COMP/M.4942 – Nokia/Navteq.

9 Caso nº COMP/M.5727 – Microsoft Yahoo! Search. Em 2010, por exemplo, o mercado de publicidade *online* foi reanalisado pela Comissão Europeia no bojo da operação Microsoft/Yahoo!, que envolveu dois das três

e (iii) a relevância da qualidade e da inovação no processo competitivo desenvolvido em mercados onde há a cobrança de "preços zero", como no caso de serviços de comunicação *online* entre consumidores (Microsoft/Skype[10]).

No caso TelefónicaUK/VodafoneUK/EverythingEverywhere[11], envolvendo a formação de uma *joint venture* entre três das quatro operadoras de redes móveis no Reino Unido em 2010, a Comissão Europeia analisou o setor de comércio móvel (*mCommerce*), incluindo serviços de operações de pagamento, *marketing* e, ainda, relacionados de *data analytics*. Com relação a este, a *joint venture* pretendia utilizar os seus bancos e coletar e analisar os dados gerados pelos usuários na utilização dos serviços de transações de pagamento ("carteira móvel") e de publicidade móvel para oferecer aos seus clientes *insights* valiosos sobre o comportamento de consumidores, de modo que a *joint venture* não ofereceria serviços de análise de dados como produtos independentes e nem previa alocar receitas significativas para esses serviços. Apesar disso, foi analisado um mercado apartado de *data analytics* móvel.

Durante a investigação do caso, terceiros suscitaram preocupações de que a operação poderia levar ao fechamento do acesso a prestadores de serviços de publicidade direcionada, pois era esperado que a *joint venture* desenvolveria uma base de dados que se tornaria um insumo essencial para a publicidade direcionada móvel, criando, assim, uma situação em que outros prestadores de serviços (de intermediação) de publicidade móvel pudessem se tornar dependentes do empreendimento ou restassem impossibilitados de competir com ele. Em contestação a esses argumentos, contudo, as partes sustentaram que os serviços de *data analytics* da *joint venture* não seriam únicos e que, a despeito de eventuais tratos diferenciados, informações amplas sobre consumidores também poderiam ser obtidas por meio de vários outros *players* com bancos de dados sofisticados utilizados para *behavioral targeting*.

Na análise sobre se a *joint venture* fecharia o mercado para prestadores de serviços de *data analytics* ou serviços de publicidade concorrentes por meio da combinação de dados pessoais variados ou da criação de uma base única que se tornaria um insumo essencial para os referidos serviços sem possibilidade de ser replicado, entre outros fatores, a Comissão Europeia considerou que as partes ainda teriam que construir uma nova base de dados de usuários

maiores ferramentas de buscas, suscitando diversas questões concorrenciais. Curiosamente, a despeito do pontapé inicial dado nas discussões travadas no caso Google/DoubleClick, preocupações relacionadas à privacidade de consumidores não foram analisadas na decisão do órgão europeu. Nos Estados Unidos, quando a operação foi anunciada, o Senador Herb Kohl manifestou a necessidade de escrutinar a operação com cuidado para garantir que ela não causaria danos à concorrência nem impactaria negativamente o direito à privacidade de consumidores (McCullagh, 2008). No entanto, a operação também foi, ao cabo, aprovada pelo DoJ, um dos órgãos antitrustes norte-americanos (Meller, 2010).

10 Caso nº COMP/M.6281 – Microsoft/Skype.

11 Caso nº COMP/M.6314 – Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV.

que aceitassem ter seus dados coletados e usados para fins de *data analytics* e de atividades publicitárias em razão dos termos e das condições contratuais à época vigentes. Como o número de clientes que firmariam um novo contrato de telefonia móvel seria baixo e apenas um subconjunto desses clientes permitiria o uso de seus dados, o órgão europeu concluiu que a operação não suscitaria preocupações anticompetitivas, já que as partes notificantes não poderiam alavancar suas bases de dados existentes.

Além disso, a autoridade verificou que as informações disponíveis para a *joint-venture* também estariam disponíveis, em larga medida, para *players* incumbentes e entrantes, muitos dos quais já utilizando tais dados para oferecer publicidade direcionada ou no processo de desenvolver tais atividades. Conforme a autoridade, clientes costumam dar alguns de seus dados pessoais para diversos *players* nos mercados, que os coletam e os comercializam, de modo que esse tipo de dado seria uma espécie de "*commodity*".

A Comissão Europeia concluiu que, a despeito da oferta atrativa da *joint-venture*, haveria *players* alternativos com acesso a conjuntos de dados comparáveis e ofertando serviços em concorrência com a *joint venture*, para os quais poderiam migrar os clientes no caso de um aumento de preços. Por isso, rivais não seriam impedidos de acessar (ou replicar) um recurso essencial e a criação da *joint venture* não teria um impacto negativo na concorrência no mercado de *data analytics* (móvel), nem nos de serviços de informação para *marketing* ou de serviços de pesquisa de mercado. Assim, a natureza da base de dados, as ferramentas requeridas para explorá-los, e a capacidade de rivais obterem acesso aos mesmos dados por meio de outras fontes que não a empresa resultante da operação seriam os principais fatores para se avaliar se uma base de dados é inalcançável e essencial para a concorrência. Ao cabo, a operação foi aprovada sem restrições pelo órgão europeu.

Posteriormente, em 2014, o mercado de *data analytics* tornou a ser analisado pela Comissão Europeia no caso Publicis/Omnicom[12], a despeito do argumento das partes de que essa atividade seria insumo para a criação publicitária. No caso, foi avaliado se: (i) *big data* estaria tornando-se, em um futuro próximo, um fator chave para auxiliar publicitários e anunciantes a direcionar suas ofertas para clientes, principalmente no setor de publicidade *online*, (ii) a disponibilidade de *big data* poderia ser um fator chave para a empresa resultante conduzir seus negócios e atrair novos anunciantes, e (iii) haveria outros prestadores de serviços de *big data*, aos quais outras agências de publicidade teriam acesso após a operação. Ao cabo, a operação foi aprovada sem restrições. O órgão europeu considerou que a exploração de *big data*, à época, ainda estava em

12 Caso nº COMP/M.7023 – Publicis/Omnicom.

estágio inicial, sendo mais relevante para o setor de publicidade *online*, e que haveria concorrentes outros que poderiam ser procurados, além de algumas agências de publicidade e do próprio fato de alguns clientes terem desenvolvido (ou estarem desenvolvendo) suas próprias ferramentas e bases com dados similares.

Já nos Estados Unidos, pode-se notar que a transição para uma posição de desconfiança ainda vem sendo marchada de forma mais tímida. A despeito dos debates inaugurados no precedente Google/DoubleClick, em alguns casos decididos pela FTC nesse período, observa-se até mesmo um retrocesso para uma posição de indiferença. Nesse contexto, alguns autores destacam a realização de operações envolvendo grandes plataformas digitais com o propósito de angariar bancos de dados, mas que não foram sequer escrutinadas pelas autoridades concorrenciais norte-americanas, a despeito dos riscos de combinação de dados e de degradação de políticas de privacidade. Por exemplo, Stucke e Grunes (2016, p. 89) destacam as operações de compra, pelo Google, das empresas Nest Labs e DropCam (atuantes, respectivamente, nos setores de termostatos e detectores de fumaça e de câmeras de segurança e vigilância para residências), que teriam tido a nítida intenção de obter bancos de dados pessoais sensíveis e suscitaram preocupações relacionadas à privacidade[13], mas receberam autorização antecipada da FTC nos Estados Unidos (*early termination*) em 2014.

O caso relevante nesse período de marcha lenta para uma posição de desconfiança nos Estados Unidos é o Bazaarvoice/PowerReviews[14]. A operação, que não atingia os critérios de notificação obrigatórios aos órgãos antitrustes norte-americanos, envolveu a compra da empresa PowerReviews pela Bazaarvoice em junho de 2012. À época, ambas as empresas atuavam como concorrentes diretas no mercado nacional de plataformas de *ranking* e avaliação de produtos (*product ratings and reviews platforms* ou "PRRPs"), que permitem que fabricantes e varejistas coletem, organizem e disponibilizem em seus *sites* avaliações de produtos feitas por consumidores para que seus pares possam tomar decisões de compra informadas, conhecendo o *feedback* do comprador anterior[15].

13 À época em que a operação foi anunciada, especialistas suscitaram os potenciais impactos negativos para a privacidade que poderiam resultar da aquisição da Nest Labs pelo Google (EPIC, p. 10). Nesse sentido, por exemplo, conferir o artigo "*Google just bought Nest for $3.2 billion. What happens to Nest's user data?*" (Fung, 2014).

14 Caso nº 13-cv-00133 Who – Bazaarvoice/PowerReviews. Esse caso se qualifica como integrante da fase de desconforto porque ainda não envolvia uma análise completa do fenômeno *big data* e seu possível impacto na concorrência, o que se viu a partir da próxima fase, de desconforto.

15 Essas plataformas podem variar de simples soluções de *softwares* adotadas por uma empresa a plataformas comerciais sofisticadas que podem oferecer uma combinação de *softwares*, ferramentas de *data analytics* e serviços de filtragem de conteúdo inapropriado e fraudulento (*moderation services*), por exemplo, que variam conforme as exigências do cliente. O conteúdo das PRRPs fornece informações que não são fácil e prontamente

Em janeiro de 2013, o DoJ ajuizou uma ação civil contra a empresa Bazaarvoice com vistas à imposição de medidas para remediar os efeitos anticompetitivos da operação de compra da PowerReviews, que culminaria na formação de um monopólio em um mercado caracterizado por elevadas barreiras à entrada. De acordo com o DoJ, as próprias redes de *syndication* constituíam significativas barreiras à entrada: de um lado, quanto mais fabricantes, por exemplo, utilizassem a plataforma da Bazaarvoice, mais esta se tornava valiosa para varejistas, porque os permitia ganhar acesso a um volume maior de avaliações. Do outro lado, quanto mais varejistas utilizassem a plataforma da Bazaarvoice, mais esta rede se tornava valiosa para fabricantes, porque eles poderiam compartilhar seus conteúdos com um número maior de *players* no varejo. Tais efeitos de rede gerados pelos *feedbacks* entre fabricantes e varejistas consistiriam em significativa vantagem competitiva para a Bazaarvoice, tornando difícil para novos concorrentes a tarefa de angariar clientes e ganhar escala (*winner-take-all results*). Nesse cenário, segundo o DoJ, as plataformas reunidas poderiam aumentar seus preços e reduzir o nível de inovação e os seus clientes perderiam capacidade crítica de negociar termos e condições contratuais mais favoráveis (EUA, 2013b).

Em sua defesa, entre outros argumentos, a Bazaarvoice sustentou a existência de eficiências que poderiam ser geradas pela combinação dos dados das plataformas: os clientes varejistas e fabricantes da Bazaarvoice teriam acesso a um maior volume de dados e a empresa seria capaz de aperfeiçoar e oferecer maior valor para seus clientes com produtos de *data analytics* adicionais mais poderosos, além de expandir suas soluções de *marketing* e publicidade *online*.

No entanto, a opinião emitida pelo juízo distrital de Northern, Califórnia, concluiu que não era evidente que os clientes da Bazaarvoice poderiam aproveitar tais benefícios ou mesmo que eles não receberiam tais benefícios, caso a concentração não tivesse sido realizada. Em razão de sua estratégia de preços, seria possível esperar que a Bazaarvoice cobrasse de seus clientes preços mais elevados por quaisquer melhorias na qualidade dos produtos. Além disso, não havia evidências suficientes de que a operação possibilitaria que a empresa aperfeiçoasse e desenvolvesse sua tecnologia, nem mesmo a comprovação de que tais desenvolvimentos não poderiam ter ocorrido na ausência da

verificáveis quando consumidores fazem compras *online* (*e.g.*, qualidade do produto, durabilidade, aparência etc.), de modo que as avaliações coletadas e disponibilizadas podem oferecer dados valiosos sobre as preferências e os comportamentos de consumidores e, portanto, serem utilizadas nos processos decisórios de fabricantes e varejistas. Algumas plataformas permitem, ainda, que fabricantes compartilhem as avaliações de seus produtos com seus parceiros no varejo (*syndication services*), criando uma rede em que os últimos podem disponibilizar avaliações que foram originalmente coletadas por fabricantes e, dessa forma, obter mais conteúdo do que aquele que obteriam de forma independente. Usualmente, no entanto, é necessário que fabricantes e varejistas utilizem o mesmo provedor, pois a integração e a customização de plataformas distintas podem ser bastante custosas.

concentração, já que a empresa vinha realizando investimentos em pesquisa e desenvolvimento, planejando a implementação de melhorias e, ainda, poderia ter optado por estratégias de compartilhamento de dados com a PowerReview.

Ao final, o DoJ e a Bazaarvoice firmaram um acordo estabelecendo, entre outras obrigações, a alienação dos ativos tangíveis e intangíveis adquiridos da PowerReview, bem como dos ativos adquiridos, desenvolvidos, desenhados ou produzidos para o uso em conjunto com os ativos da empresa alvo. O acordo também estabeleceu o licenciamento, pelo prazo de quatro anos, dos serviços de *syndication* da Bazaarvoice para que pudessem ser ofertados aos clientes do adquirente dos ativos, assim como o seu acesso a toda a tecnologia, *know-how* e direitos de propriedade intelectual necessários para a prestação dos referidos serviços.

1.3 A FASE DO DESCONFORTO INAUGURADA PELO REGULADOR ANTITRUSTE EUROPEU

A partir do caso Facebook/WhatsApp[16] – e, principalmente, das investigações que o sucederam –, foi inaugurada uma nova fase marcada por certo "desconforto" do regulador antitruste com relação à exploração de *big data*, particularmente na Europa[17]. As preocupações anticompetitivas suscitadas desde o caso Google/DoubleClick – que, reitere-se, foram posteriormente analisadas de forma pontual e isolada em alguns atos de concentração subsequentes –, foram, em alguma medida, endereçadas ou pinçadas pela autoridade antitruste europeia na análise do caso Facebook/WhatsApp.

A despeito de algumas limitações, a decisão proferida pelo órgão europeu é considerada vanguardista (Stucke; Grunes, 2016, p. 79), notando-se uma análise mais completa dos elementos que circundam o debate sobre *big data* e concorrência no contexto de concentrações econômicas. Como será visto, além de preocupações relacionadas a barreiras à entrada decorrentes da combinação de dados, questões afeitas à privacidade e à proteção de dados pessoais de usuários também foram, em alguma medida, levadas em consideração pelo regulador antitruste europeu e replicadas em casos posteriores[18].

16 Caso nº COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp.

17 Nos Estados Unidos, o tratamento dado ao caso Facebook/WhatsApp não permite alcançar conclusão semelhante. Diferentemente da Comissão Europeia, os órgãos antitrustes norte-americanos (FTC e DoJ) não se manifestaram publicamente sobre a operação (Stucke e Grunes, 2016, p. 75), que acabou sendo aprovada sem restrições. O Comitê de Proteção do Consumidor da FTC apenas notificou o Fecebook e o WhatsApp sobre a obrigação de manutenção de suas práticas de privacidade após a operação, incluindo a promessa de não usar dados pessoais de usuários do WhatsApp para fins de publicidade direcionada ou qualquer outra finalidade comercial (EUA, 2014; Eipic, 2015, p. 20/21). Na verdade, o caso é um indicativo de que a jurisdição norte-americana vem optado por trilhar um caminho diferente do europeu, mostrando-se menos preocupada (ou "desconfortável") com os potenciais impactos anticompetitivos da exploração de *big data*.

18 Posteriormente, essa análise mais detalhada pôde ser observada, por exemplo, nas decisões da Comissão Europeia nos casos Verizon/Yahoo! (Caso nº M. 8180) e Microsoft/LinkedIn (Caso nº M.8124). Aliás, esse

1.3.1 O caso Facebook/WhatsApp na Europa

No contexto da operação Facebook/WhatsApp[19], a Comissão Europeia identificou e analisou 3 (três) mercados relevantes distintos: (i) o mercado de aplicativos para *smartphones* de comunicação entre consumidores (a despeito da – quase sempre – oferta "gratuita" desses aplicativos), (ii) o mercado de serviços de rede social (a despeito da "gratuidade" desses serviços, considerando-se, no entanto, sua corrente monetização por meio de publicidades ou serviços *premiums*), e (iii) o mercado de publicidade *online* (onde segmentações adicionais foram deixadas em aberto). De forma expressa, o órgão europeu indicou que não definiria potenciais mercados relevantes para dados e *data analytics*, uma vez que tais produtos/serviços não eram, à época, comercializados pelas empresas envolvidas na operação. Esse posicionamento sinalizou uma recusa da autoridade europeia à proposta de que fossem definidos mercados relevantes de dados, na dimensão produto, ainda que tais dados não sejam comercializados.

Na análise concorrencial, para além de tratar de questões afeitas aos serviços prestados por plataformas *online*, o papel dos dados e as implicações competitivas de seu uso nos modelos de negócio dessas plataformas foram abordados em três momentos distintos. O primeiro foi na avaliação da competição nos mercados de aplicativos de comunicação que, em função da "gratuidade" dos serviços, se daria em termos qualitativos, pela melhor experiência oferecida aos usuários, o que incluiria não só as funcionalidades proporcionadas, mas também a confiabilidade dos serviços e das políticas de privacidade e segurança. Em seguida, o órgão analisou se e como os dados gerados e armazenados durante o uso dos serviços pelos usuários (em especial o histórico de mensagens), na ausência de políticas de portabilidade, poderiam funcionar como barreiras à troca de aplicativo (*switching costs*), produzindo efeitos *lock-in* que enfraquecem o *multi-homing*, favorecendo efeitos de rede e criando barreiras à entrada no setor. Por fim, a questão foi incluída na avaliação dos efeitos da concentração de dados sobre o mercado de publicidade *online*, atividade por meio da qual os serviços de rede social e de aplicativos de comunicação são monetizados, particularmente por meio do uso intenso de dados para fins de publicidade direcionada.

No entanto, essa análise da potencial concentração de dados foi realizada tão somente na extensão em que ela pudesse fortalecer a posição do Facebook no mercado de publicidade *online* e em quaisquer de seus subsegmentos. A decisão foi clara no sentido de que quaisquer preocupações relacionadas à privacidade dos usuários advindas do aumento da concentração de dados controlados pelo Facebook não estariam sob o alcance das normas concorrenciais, mas no escopo das normas de proteção de dados da União Europeia[20]. Como apenas o Facebook atuava no mercado de publicidade *online* – e, portanto, a operação não gerava sobreposição horizontal – e o WhatsApp, à época, não coletava dados de seus usuários que fossem considerados valiosos para fins de *marketing*, nem armazenava em seus servidores as mensagens trocadas, a Comissão Europeia concluiu que a operação não era capaz de aumentar o volume de dados potencialmente disponíveis para o Facebook para publicidade.

Apesar disso, o órgão europeu também analisou se a operação poderia ter o efeito de fortalecer a posição do Facebook no mercado de publicidade *online*, suscitando questionamentos quanto à sua compatibilidade com o mercado europeu. Para tanto, a Comissão Europeia analisou duas teorias envolvendo o fortalecimento da posição do Facebook no mercado: (i) pela introdução de anúncios direcionados (oferta de espaços de publicidade) no WhatsApp com a análise de dados coletados de usuários do aplicativo de comunicação (ou mesmo dos usuários do Facebook que também estejam no WhatsApp); e (ii) pelo uso do WhatsApp como fonte potencial de dados de usuários para aperfeiçoar o direcionamento das atividades publicitárias do Facebook fora do WhatsApp.

Com relação à primeira teoria, a Comissão Europeia considerou que não haveria incentivos para adotá-la, porque tal estratégia exigiria a alteração das políticas de privacidade do WhatsApp, desviando-o da estratégia de produto "*no ads*" até então adotada, o que poderia levar certos usuários a trocar de aplicativo por sentirem que os anúncios desvirtuam a sua experiência. Além disso, o órgão notou que o abandono da técnica de criptografia "*end-to-end*" poderia ter o mesmo efeito, deixando insatisfeitos os usuários que valorizam sua privacidade e segurança. Em todo caso, segundo o entendimento do órgão, ainda que fossem introduzidos anúncios no Facebook, tal estratégia ainda não suscitaria preocupações anticompetitivas em função de um número suficiente de alternativas existentes a esta plataforma para a compra de espaços para publicidade *online*, a despeito da importância da amplitude e da assiduidade de sua base de usuários.

Com relação à segunda teoria, por meio da qual o Facebook teria acesso a dados adicionais vindos dos usuários do WhatsApp, a Comissão Europeia também considerou que não haveria incentivos para tanto, porque isso, entre outros motivos, também demandaria uma mudança nas políticas de privacidade

último caso também representou um importante desenvolvimento na análise de *data-driven mergers* pelo órgão europeu na fase de desconforto, como se verá mais adiante na seção 3 deste artigo.

19 Caso nº COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp.

20 No caso *Asnef-Equifax v. Ausbanc* (Caso nº C-2308/05), a Corte Europeia de Justiça já havia manifestado que preocupações relacionadas à privacidade não seriam, como tal, uma questão da legislação concorrencial daquela jurisdição.

daquele aplicativo e, ainda, esforços técnicos para o casamento dos perfis dos usuários em ambas as plataformas[21]. O órgão europeu também concluiu que, ainda que os dados do WhatsApp fossem coletados pelo Facebook, isso não seria capaz de fortalecer sua posição no mercado de publicidade *online*, porque, além da existência de outros concorrentes, um número significativo de *players* também coletava dados de usuários, além do próprio Facebook (Google, Apple, Amazon, eBay, Microsoft, AOL, Yahoo!, Twitter etc.).

1.3.2 Desenvolvimentos após o caso Facebook/Whatsapp e tendências do regulador antitruste europeu

Em agosto de 2016, o Facebook decidiu alterar as políticas de privacidade do WhatsApp (Veloso, 2016), passando a coletar certos dados das contas de usuários do aplicativo e a compartilhar esses dados com o Facebook, que poderia utilizá-los, por exemplo, para a sugestão de amizades e em atividades de publicidade direcionada. Essa alteração colocou as preocupações anticompetitivas relacionadas à exploração de *big data* novamente nos radares das autoridades de defesa da concorrência.

Na Comissão Europeia, ainda no ano de 2016, foi aberta uma investigação contra o Facebook para apurar eventual prestação de informação enganosa para a autoridade concorrencial durante a análise da operação de compra do WhatsApp. Essa investigação culminou na aplicação de uma multa ao Facebook no valor de 110 (cento e dez) milhões de Euros (União Europeia, 2017), tendo a autoridade europeia concluído que, ao contrário do que fora informado na notificação, a possibilidade técnica de "casar" automaticamente as identidades dos usuários do Facebook e do WhatsApp já existia em 2014 e era do conhecimento dos empregados daquela empresa. A despeito disso, tal decisão não teve o condão de alterar a aprovação da operação sem restrições, tendo sido considerado que ela fora baseada em um número de fatores outros[22].

A análise concorrencial desenvolvida no caso Facebook/WhatsApp e a investigação acima parecem indicar, nesse momento, uma tendência do regulador antitruste europeu de tentar "encaixar" ou, em alguma medida, considerar os impactos da exploração de *big data* (ou de dados) para o processo competitivo e paras as suas análises concorrenciais.

21 A integração entre os serviços das partes não seria automática e demandaria mudança das políticas de privacidade do WhatsApp. Isso porque seria tecnicamente difícil a implementação automática (*i.e.*, sem ajuda dos próprios usuários) da comunicação *cross-platform*, por demandar o casamento entre o perfil dos usuários do WhatsApp com o seu perfil no Facebook, além das próprias dificuldades relacionadas à engenharia.

22 Em uma postura mais relutante – e ainda atrelada à fase de "desconfiança" – nos Estados Unidos, não foi instaurada uma investigação, tendo o Comitê de Proteção do Consumidor da FT tão somente informado que analisaria a questão com cuidado, em resposta a reclamações feitas por associações civis, como o *The Center for Digital Democracy* (EUA, 2016).

Ao que tudo indica, essa tendência não se limita à Comissão Europeia. Uma evidência disso é o lançamento sequencial de estudos específicos ou que, em alguma medida, tangenciam o tema por diversas autoridades dos Estados-Membros da União Europeia (Alemanha, França etc.) e de outras jurisdições (Canadá, Japão etc.)[23].

A crescente preocupação das autoridades concorrenciais poderia, ainda, ser corroborada pelos seus discursos[24] e pelas investigações de condutas que têm sido instauradas. Na Itália, por exemplo, a *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercado* também aplicou uma multa ao WhatsApp, no valor de 3 (três) milhões de Euros, por obrigar os seus usuários a aceitarem o compartilhamento de seus dados pessoais com o Facebook (Itália, 2017). Na Alemanha, em março de 2016, o *Bundeskartellamt* abriu um processo contra o Facebook para investigar a suspeita de que a plataforma tenha possivelmente abusado de sua posição dominante no mercado de redes sociais por meio do estabelecimento de termos e condições ilegais para o uso de dados de usuários que utilizam os seus serviços (Alemanha, 2016).

23 As autoridades de defesa da concorrência da Alemanha e da França, do Reino Unido, do Japão e da Catalunha já publicaram, respectivamente, os seguintes estudos sobre a questão: (i) *"Competition Law and Data"* (Disponível em: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2017); (ii) *"Report on the commercial use of consumer data"* (Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2017); (iii) *"Report of Study Group on Data and Competition Policy"* (Disponível em: <http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/June/170606.html>. Acesso em: 6 nov. 2017); (iv) *"The Data-Driven Economy. Challenges for Competition"* (Disponível em: <http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/Eco-Dades-i-Competencia-ACCO-angles.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2017). Na Holanda, o Ministério da Economia também encomendou um estudo sobre o tema: *"Big data and competition"* (Disponível em: <file:///E:/Mandar%20para%20Mariana/big-data-and-competition.pdf>. Acesso em: 7 dez. 2017). O órgão concorrencial canadense também já publicou uma versão preliminar da sua análise, a qual esteve sob consulta pública até o dia 17 de novembro de 2017 (Disponível em: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04304.html>. Acesso em: 6 nov. 2017). A Comissão Europeia abordou o assunto no seu estudo sobre o setor de *e-commerce*, o qual foi publicado em maio de 2017 (Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf>. Acesso em: 7 dez. 2017). Em junho de 2017, a autoridade concorrencial italiana, em conjunto com as autoridades reguladoras de comunicações e proteção de dados, anunciou a instauração de uma investigação de mercado para analisar se e em quais circunstâncias *big data* pode representar barreiras à entrada ou possibilitar a prática de conduta anticompetitivas (Disponível em: <http://www.shearman.com/en/newsinsights/publications/2017/06/italy-investigating-big-data>. Acesso em: 6 nov. 2017). Mais recentemente, em dezembro de 2017, o órgão australiano concorrência e consumerista iniciou investigação do setor de plataformas digitais, com um enfoque em *big data*, entre outras matérias (Disponível em: <https://www.accc.gov.au/media-release/accc-commences-inquiry-into-digital-platforms>. Acesso em: 3 mar. 2018).

24 Entre 2016 e 2017, por exemplo, foram proferidos diversos discursos sobre *big data* e concorrência por membros da Direção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia: (i) *"Competition in a big data world"* (18 de janeiro de 2016); (ii) *"Big data and Competition"* (29 de setembro 2016); (iii) "Making data work for us" (09 de setembro de 2016); (iv) *"Competition at the digital frontier"* (24 de abril de 2017); e (v) *"EU competition law in innovation and digital markets: fairness and the consumer welfare perspective"* (10 de outubro de 2017), entre outros (Disponíveis em: <http://ec.europa.eu/competition/speeches/>. Acesso em: 7 dez. 2017).

2 PRINCIPAIS QUESTÕES ANALISADAS NA JURISPRUDÊNCIA: UM ESTUDO DO CASO MICROSOFT/LINKEDIN NA COMISSÃO EUROPEIA

Apesar de um número ainda pequeno de casos na fase do desconforto das autoridades antitruste, nas próximas subseções, serão apresentadas as principais preocupações anticompetitivas que já podem ser identificadas na jurisprudência europeia analisada com relação à exploração de *big data* em mercados digitais, entre elas, os potenciais efeitos anticompetitivos horizontais, verticais e conglomerados, e a questão da privacidade dos consumidores enquanto uma dimensão a ser considerada na análise antitruste.

Essas preocupações serão abordadas com base em um estudo do caso Microsoft/LinkedIn[25]. Como anteriormente observado, após o caso Facebook/WhatsApp, a operação analisada nesta seção representou um importante desenvolvimento na análise de *data-driven mergers* pelo órgão já na fase do "desconforto" na Europa[26]. É que, entre outros motivos, ao decidir o caso, a Comissão Europeia apresentou diversas orientações sobre como pretende tratar questões relacionadas a *big data*.

2.1 Efeitos horizontais

O controle de um largo volume de dados e das tecnologias capazes de processá-los, por si só, não é um problema. O risco concorrencial surge, na verdade, quando rivais ou potenciais entrantes não são capazes de acessar tais ativos, ainda que por meio de terceiros, de modo que a incapacidade de exploração de *big data* não lhes é alcançável, colocando-os em desvantagem competitiva em relação à plataforma *online* incumbente que já detém essa capacidade. Essa situação pode representar uma barreira à entrada e à rivalidade no mercado relevante, o que, ao cabo, pode possibilitar o exercício de poder de mercado.

Dessa forma, torna-se importante avaliar se, no cenário pós-operação, os esforços necessários para coletar o volume de dados variados e acessar a tecnologia analítica adequada para explorar *big data* em pé de igualdade com um concorrente incumbente podem dar origem a barreiras e dificuldades de rivalizar, ou não (Alemanha; França, 2016, p. 12). Dito de outra forma, a exploração de *big data* pode ser uma vantagem competitiva relevante e possibilitar o exercício de poder de mercado, ou não, a depender de diversas circunstâncias do caso concreto, que precisam ser consideradas nas análises realizadas pelas

25 Caso nº M.8124 – Microsoft/LinkedIn.

26 Nos Estados Unidos, a FTC aprovou a operação sem restrições.

autoridades de defesa da concorrência em mercados que se baseiam em dados (Lasserre; Mundt, 2017, p. 91).

Reitere-se que não é uma novidade o exame, pelas autoridades antitruste, da relevância da base de dados resultante de uma operação e da possibilidade de que esta confira às partes uma vantagem competitiva inalcançável que, no final, possibilite o exercício de poder de mercado em indústrias onde dados e informações funcionam como os próprios produtos ou serviços. Mais recentemente, no entanto, essa análise também passou a ser realizada em mercados *online*, a partir do reconhecimento da relevância que a coleta e o processo de dados têm, enquanto insumos, nesse setor específico.

É nesse sentido a análise feita pela Comissão Europeia na operação Microsoft/LinkedIn. Nesse caso, o órgão europeu concluiu que a combinação dos dados de ambas as empresas não suscitaria preocupações horizontais anticompetitivas no mercado de publicidade *online*, pois não seriam capazes de gerar (i) um incremento do poder econômico da empresa resultante em um hipotético mercado para o fornecimento desses dados, (ii) um aumento das barreiras à entrada/expansão de concorrentes que precisassem desses dados para operar no mercado de publicidade *online* e (iii) a eliminação da competição entre essas empresas com base nos dados que controlavam. Isso porque, para além do fato de deterem reduzido *market share* nesse setor, a Microsoft e o LinkedIn já não disponibilizavam os seus dados para terceiros para fins de publicidade, e continuaria a existir um largo volume de dados de usuários da internet que seria valioso para esse mesmo fim, e que não estava sob o controle exclusivo da Microsoft.

2.2 Efeitos verticais

Dados e tecnologia geralmente são insumos empregados na prestação de outros serviços (Rubinfeld; Gal, 2017, p. 39). Em função disso, operações de concentração econômica envolvendo atividades que exploram *big data*, na prática, também podem suscitar efeitos verticais (Canadá, 2017, p. 18).

Nesses casos, uma preocupação central que tem sido suscitada pela literatura e pelas autoridades de defesa da concorrência é a de que, após a operação, haja incentivos para o fechamento do acesso, por rivais e potenciais concorrentes, a um conjunto de dados único. Em verdade, estudos realizados acerca dos impactos sobre a defesa da concorrência da exploração de *big data* têm, inclusive, apontado para potenciais condutas anticompetitivas exclusionárias praticadas por meio de integrações verticais para o fechamento estratégico do acesso a dados (Til; Gorp; Price, 2017, p. 25; Balto; Lane, 2016, p. 6).

Em alguns precedentes estrangeiros analisados para este trabalho, houve o exame do risco de fechamento do acesso à base de dados combinada após a operação, em prejuízo de rivais e potenciais concorrentes no mercado em que tais dados são usados como insumo. Na concentração Microsoft/LinkedIn (Caso nº M.8124), a questão foi detidamente analisada pela Comissão Europeia, que avaliou argumentos de que os dados detidos pela referida rede social poderiam ser um insumo relevante para o incremento de funcionalidades avançadas em determinadas soluções de *softwares* para o mercado de gerenciamento de relacionamento com clientes, por exemplo. Com a operação, a Microsoft ganharia acesso exclusivo aos dados do LinkedIn, o que lhe proporcionaria uma vantagem competitiva no desenvolvimento desses programas, tornando bastante difícil para os demais agentes econômicos competir no setor e inovar.

Na análise da integração vertical, o órgão europeu analisou os incentivos para a Microsoft fechar o acesso a dados e os impactos anticompetitivos desse potencial fechamento sobre o referido mercado de soluções de *softwares*. Após analisar uma série de documentos internos e informações sobre a lucratividade de uma possível estratégia de fechamento, a Comissão Europeia concluiu que não estava claro se, após a operação, a Microsoft teria incentivos para o fechamento dos fornecedores de soluções em *softwares* para relacionamento com clientes por meio da restrição de acesso à base de dados do LinkedIn e que seria improvável que eventual estratégia de fechamento realizada pela empresa resultante pudesse elevar as barreiras à entrada ou expansão de potenciais concorrentes.

2.3 Efeitos conglomerados

Além de efeitos verticais, outra questão que pode demandar a análise das autoridades é a presença de efeitos conglomerados, que podem resultar da entrada de um agente econômico incumbente em outros mercados com o propósito de obter um volume significativo de dados variados.

Nesses casos, o risco que se verifica é o de que a combinação dos dados coletados possa, de alguma forma, ser usada para alavancar a posição dominante detida por uma empresa incumbente em um mercado para um outro mercado que não esteja diretamente envolvido na operação, mas seja relacionado ao primeiro.

Prüfer e Schottmüller (2017, p. 1, tradução nossa) introduzem o conceito de mercados conectados, que capturaria "as situações onde o uso de informações obtidas em um mercado é um insumo valioso para aperfeiçoar a qualidade percebida de um produto em outro mercado", sendo que os dados dos usuários nesses mercados seriam complementares nos dois sentidos; isto é, os incentivos para adquirir os seus dados em um mercado podem justificar a entrada em outro mercado, sendo o caminho inverso válido também, resultando no que os autores se referem como um "efeito dominó".

A Comissão Europeia também realizou uma análise de efeitos conglomerados (não coordenados) no caso Microsoft/LinkedIn (Caso nº M.8124), tendo em vista a atuação da Microsoft em diversos mercados de tecnologia que poderiam ser relacionados àqueles mercados em que o LinkedIn tinha atividades. O órgão europeu verificou que havia o risco de a operação permitir que a Microsoft alavancasse suas posições de mercado dos setores de sistemas operacionais para computadores pessoais e *softwares* de produtividade para computadores para o mercado de serviços de redes sociais profissionais por meio do "casamento" (*tying* ou *bundling*) desses serviços, o que implicaria o fechamento daqueles mercados para concorrentes do LinkedIn. No caso, essa combinação poderia ocorrer por meio de duas práticas: (i) a pré-instalação do LinkedIn no sistema operacional Windows e (ii) a combinação/integração dos serviços do LinkedIn ao seu pacote Office em conjunto com restrições de interoperabilidade que pudessem impedir que plataformas concorrentes também se integrassem ao referido pacote.

A Comissão Europeia considerou que, além de essas práticas poderem resultar em um aumento significativo no número de membros do LinkedIn (dada a quase ubiquidade do sistema operacional Windows nos computadores vendidos na União Europeia), os seus concorrentes não teriam alternativas estratégicas no mercado que pudessem ajudá-los a contestar o crescimento da referida plataforma. Além disso, tal crescimento seria amplificado pela presença de efeitos de rede que poderiam favorecer a dominação do mercado, já que o *multi-homing* não era uma característica no setor de redes sociais profissionais que pudesse mitigar o referido impacto. Da mesma forma, também foi considerado que a probabilidade de uma entrada disruptiva tempestiva não seria realista diante de barreiras à entrada, como a necessidade de se atingir uma base de usuários crítica e de adotar um enfoque profissional.

Ao cabo, a Microsoft assumiu compromissos considerados capazes de afastar os riscos identificados na análise de efeitos conglomerados pelo período de cinco anos, consistentes em uma série de medidas para garantir que os usuários europeus do Windows e do Office continuassem a ter a opção de escolher e usar os serviços de redes sociais profissionais de sua preferência[27].

27 Para endereçar as preocupações concorrenciais identificadas pela Comissão Europeia no mercado profissional de serviços de rede social, a Microsoft ofereceu uma série de compromissos, que incluem, entre outros: (i) garantir que os fabricantes e distribuidores de PCs sejam livres para não instalar o LinkedIn no Windows e permitir que os usuários removam o LinkedIn do Windows, caso os fabricantes de PC e os distribuidores decidam pré-instalar o programa; (ii) permitir que os provedores de serviços de redes sociais profissionais concorrentes mantenham os níveis de interoperabilidade atuais com o pacote de produtos Office da Microsoft

2.4 Privacidade e defesa da concorrência

As dimensões competitivas não relacionadas a preços tipicamente incluem inovação e qualidade. Além delas, a privacidade também tem sido alçada por alguns autores como uma dimensão competitiva importante em mercados envolvendo *big data*. Com frequência, têm sido levantados argumentos de que consumidores sofrem uma perda de privacidade em função do acúmulo e da exploração mais intrusiva de largos volumes de dados sobre os seus perfis e comportamentos, os quais são estrategicamente utilizados para o incremento de mecanismos de publicidade direcionada (OCDE, 2016, p. 18). Assim, nota-se uma preocupação crescente com a proteção da privacidade de usuários no contexto da exploração de *big data*, marcada por pleitos de que a privacidade seja incluída como uma dimensão da análise competitiva.

Harbour e Koslov (2010, p. 792-795) defendem que a proteção da privacidade seja considerada uma forma de concorrência não relacionada a preço, ainda que isso possa trazer dificuldades para a definição do mercado relevante. Isso porque alguns estudos demonstram que a privacidade é uma questão importante para muitos consumidores, especialmente quando se trata de publicidade orientada com base em seus comportamentos. Segundo as autoras, os consumidores têm, cada vez mais, conhecimento sobre questões relacionadas à proteção da sua privacidade, o que tem feito com que empresas venham buscando dar mais transparência sobre suas políticas de coleta e uso de dados e acabem introduzindo, no contexto competitivo, inovações para protegê-la.

A partir da jurisprudência estrangeira analisada para este trabalho, em particular da Comissão Europeia, é possível observar uma preocupação inicial de que a privacidade seja incorporada à análise concorrencial ao menos como uma dimensão qualitativa, em que se afere o risco de declínio da qualidade do serviço/produto a partir do rebaixamento dos níveis de proteção da privacidade de usuários após a operação. Como visto, no caso Facebook/WhatsApp, na avaliação dos mercados de aplicativos de comunicação, considerou-se que o processo competitivo entre os seus *players* se daria em termos qualitativos, o que incluiria a confiabilidade dos serviços e das políticas de privacidade e segurança, a despeito de não ter sido feita uma análise mais aprofundada do argumento.

apor meio do *Office add-in program* (programa de suplementos) e do *Office application programming interfaces* (APIs, consistentes no conjunto de rotinas e padrões de programação para acesso a um aplicativo); (iii) conceder aos prestadores de serviços de redes sociais profissionais concorrentes acesso ao Microsoft Graph, um *gateway* para desenvolvedores de *software*, usado para criar aplicativos e serviços que podem, sujeitos ao consentimento do usuário, acessar dados armazenados na nuvem da Microsoft, como informações de contato, informações de calendário, *e-mails* etc.

Posteriormente, na análise da concentração Microsoft/LinkedIn, ainda que de forma bastante tímida, a privacidade foi novamente considerada um parâmetro importante do processo competitivo e propulsora da escolha do consumidor.

Em razão da exibição de efeitos de rede que dificilmente seriam mitigados por *multi-homing* ou pela potencial entrada de um novo *player*, a Comissão Europeia analisou os impactos da operação sobre os consumidores no caso de fechamento (via pré-instalação do LinkedIn no sistema operacional Windows ou integração de suas funcionalidades ao pacote Office) e de dominação do mercado de redes sociais profissionais pelo LinkedIn, hipótese em que este se tornaria o único provedor, levando à marginalização de um concorrente existente que oferecesse um nível maior de proteção à privacidade para usuário do que aquela plataforma. Ao cabo, o órgão europeu concluiu que, também por esse motivo, a operação suscitaria sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado interno europeu.

CONCLUSÃO

Como exposto, uma característica de mercados digitais é a geração e a análise de uma "enxurrada" de dados, o que tem sido considerado um elemento chave de muitos negócios que emergem no cenário da "internet das coisas". Nesse contexto, o termo *big data* reflete justamente a tendência de coletar, adquirir, armazenar e processar, em alta velocidade, grandes volumes de dados digitais variados para criar valor econômico.

Preocupações relacionadas à exploração de *big data* eram tradicionalmente suscitadas apenas nas searas de defesa do consumidor e de proteção de dados. Mais recentemente, contudo, nota-se uma mudança na postura do regulador antitruste, particularmente na União Europeia. Como visto, a despeito de essas discussões ainda serem iniciais, é possível identificar os contornos gerais das trajetórias que vêm sendo marchadas pelos reguladores antitruste europeu e norte-americanos no sentido de reconhecer que eventuais preocupações anticompetitivas suscitadas pela exploração de dados não são triviais, e devem ser endereçadas, em alguma medida, na análise concorrencial realizada em mercados *online*, onde dados são insumos relevantes.

Com base nos casos selecionados, foi possível observar que, ao longo de aproximadamente 10 anos, em suas análises concorrenciais, o regulador antitruste europeu pareceu migrar de uma postura de "indiferença" para uma postura de "desconforto" com relação à exploração de *big data* em mercados digitais. Essa última fase foi particularmente inaugurada pelo caso Facebook/WhatsApp, no qual a Comissão Europeia realizou uma análise mais apurada

de diversas questões que circundam o debate sobre concorrência e *big data* no contexto do controle de estruturas. Além dos potenciais efeitos anticompetitivos (não coordenados) horizontais, verticais e conglomerados que podem emergir de operações envolvendo agentes econômicos que exploram a capacidade de *big data*, o papel da privacidade na análise concorrencial também foi endereçado na decisão, que a tomou como uma dimensão qualitativa.

Essa análise concorrencial desenvolvida no caso Facebook/WhatsApp e os demais casos e investigações que o sucederam parecem indicar que o regulador antitruste europeu vem efetivamente tentando "encaixar" ou, ao menos, considerar os potenciais impactos da exploração de *big data* (ou de dados) em suas análises concorrenciais.

Afirmação semelhante, contudo, não pode ser feita com relação aos Estados Unidos, onde a marcha de saída de um posicionamento de 'indiferença" para um posicionamento de "desconfiança" ainda vem se dando de forma bastante tímida, a despeito das discussões iniciadas no voto proferido pela Conselheira Pamela J. Harbour no caso Google/DoubleClick. Com raras e episódicas exceções, não se verifica nessa jurisdição, tanto pelo DOJ quanto pela FTC, uma atuação mais efetiva em atos de concentração que envolvam dados.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Bundeskartellamt. *News*. Bundeskartellamt initiates proceeding against Facebook on suspicion of having abused its market power by infringing data protection rules. Mar. 2016. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html;jsessionid=3B4463A9CAB251B77E5684B33D83479E.1_cid371?nn=3591568>. Acesso em: 1º dez. 2017.

ALEMANHA. Bundeskartellamt; FRANÇA. Autoritè de la concurrence. *Competition Law and Data*. 2016. Disponível em: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>. Acesso em: 31 maio 2017.

ASHTON, Kevin. That "Internet of Things" Thing. *RFID Journal*, Hauppauge, jun. 2009. Disponível em: <http://www.rfidjournal.com/articles/view?4986>. Acesso em: 30 maio 2017.

BALTO, David A.; LANE, Matthew Cameron. Monopolizing Water in a Tsunami: Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data. *SSRN's eLibrary*, Rochester, 23 mar. 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2753249>. Acesso em: 1º jun. 2017.

BOUTIN, Xavier; CLEMENS, Georg. Defining "Big Data" in Antitrust. *Competition Policy International (CPI)* – The Global Resource for Antitrust and Competition Policy: Antitrust Chronicle, v.1, n.2, 7 p., 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2938397>. Acesso em: 30 maio 2017.

BROWN, Brad; CHUI, Michael; MANYIKA, James. Are you ready for the era of "big data"? *McKinsey Quarterly*, out. 2011. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/business-functions/strategy-and-corporate-finance/our-insights/are-you-ready-for-the-era-of-big-data>. Acesso em: 25 nov. 2017.

CANADÁ. The Competition Bureau of Government of Canadá. Big data and Innovation: Implications for Competition Policy in Canada. *Competition Bureau*. Preliminary Version, 2017. Disponível em: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04304.html>. Acesso em: 23 nov. 2017.

COLE, Miranda. *Data in EU merger control*. CPI Antitrust Chronicle February 2018. Winter 2018, Volume 1, N. 2. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/category/antitrust-chronicle/>. Acesso em: 3 mar. 2018.

ELECTRONIC PRIVACY INFORMATION CENTER – EPIC. Supplemental Materials in Support of Pending Complaint, Request for Investigation and Injunction, and Other Relief; Related Commentary Concerning Commission's Surprising Expedition of Google-Nest Review. 2014. Disponível em: <https://epic.org/privacy/internet/ftc/whatsapp/WhatsApp-Nest-Supp.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2018.

_____. Comments of the Electronic Privacy Information Center (EPIC) to the Federal Trade Commission. In re: Remedy Study "Assessment of the FTC's Prior Actions on Merger Review and Consumer Privacy". FTC File No. P143100. 2015. Disponível em: <https://epic.org/privacy/internet/ftc/Merger-Remedy-3-17.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – EUA. Federal Trade Commission. Office of the Director Bureau of Consumer Protection. Carta enviada ao Facebook e ao WhatsApp acerca da proposta de aquisição do segundo pelo primeiro. 2014e. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/297701/140410facebookwhatappltr.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2017.

_____. Federal Trade Comission. WhatsApp Coalition Letter. Chairwoman Edith Ramirez. 2016. Disponível em: <https://epic.org/privacy/ftc/whatsapp/FTC-WhatsApp-Coalition-Letter.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2017.

FEIJÓ, Bruno Vieira. O que a revolução dos dados pode fazer por sua empresa? *Revista Exame*, 29 out. 2013. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/pme/a-revolucao-dos-dados/>. Acesso em: 18 abr. 2017.

FUNG, Brian. Google just bought Nest for $3.2 billion. What happens to Nest's user data? 2014. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2014/01/13/google-just-bought-nest-for-3-2-billion-what-happens-to-nests-user-data/?utm_term=.e7b73bc92987>. Acesso em: 17 mar. 2018.

GRAEF, Inge, Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms. *World Competition: Law and Economics Review*, v. 38, n. 4, p. 473-506, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2657732>. Acesso em: 31 out. 2017.

HARBOUR, Pamela Jones; KOSLOV, Tara Isa. Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets. *Antitrust Law Journal*, v. 76, n. 3, p. 769-797, 2010. American Bar Association. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40843729?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 17 nov. 2017.

HU, Han; WEN, Yonggang; CHUA, Tat-Seng; LI, Xuelong. Toward scalable systems for big data analytics: A technology tutorial. *IEEE Access*, v. 2, p. 652-687, maio 2014. Disponível em: <http://ieeexplore.ieee.org/document/6842585/?reload=true>. Acesso em: 1º dez. 2017.

ITÁLIA. Autorità Garante Della Concorrenza e Del Mercato. *Press Release*. WhatsApp fined for 3 million euro for having forced its users to share their personal

data with Facebook. Out. 2017. Disponível em: <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/2380-whatsapp-fined-for-3-million-euro-for-having-forced-its-users-to--share-their-personal-data-with-facebook.html>. Acesso em: 1º dez. 2017.

KAROLCZY, Pola; LE CROY, Kyle. Navigating the Digital Age: The European Commission's Differing Approaches to Merger Control and Abuse of Dominance in the Digital Sector. *CPI Antitrust Chronicle February 2018*. Winter 2018, Volume 1, N. 2. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/navigating-the-digital-age-the-european-commissions-differing-approaches-to-merger-control-and-abuse--of-dominance-in-the-digital-sector/>. Acesso em: 3 mar. 2018.

KASZNIK, Efrat. Industry report – When big iron meets big data: unlocking value creation opportunities in the Internet of Things. *IAM*, 2014. Disponível em: <http://www.iam-media.com/industryreports/detail.aspx?g=15c9fcef-9313-416a-b79c-76508f84c1f4>. Acesso em: 27 abr. 2017.

LASSERRE, Bruno; MUNDT, Andreas. Competition Law and Big Data: The Enforcers' View. Italian Antitrust Review. [S. l.], vol. 4, n. 1, 2017, 17 p. Disponível em: <https://http://iar.agcm.it/article/view/12607/11417>. Acesso em: 8 dez. 2017.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER Kenneth. *Big data*: a revolution that will transform how we live, work and think. London: John Murray, 2014. 272 p.

MCCULLAGH, Declan. With Yahoo, Microsoft faces antitrust fight once again. *CNET Magazine*. [S.l.]. 7 dez. 2017. Disponível em: <https://www.cnet.com/news/with--yahoo-microsoft-faces-antitrust-fight-once-again//>. Acesso em: 7 dez. 2017.

MELLER, Paul. DOJ, EC Clear Microsoft-Yahoo Search Deal. PCWorld. [S.l.]. 18 fev. 2010. Disponível em: <https://www.pcworld.com/article/189718/DOJ_EC_Clear_Microsoft_Yahoo_Search_Deal.html>. Acesso em: 5 dez. 2017.

METZ, Cade. FTC a Quantive probe is "routine", Microsoft says. *The Register*, 15 jun. 2007. Disponível em: <http://www.theregister.co.uk/2007/06/15/microsoft_yahoo_google_ftc_probes/>. Acesso em: 5 dez. 2017.

NEWMAN, Nathan. *15 Years of FTC Failure to Factor Privacy Into Merger Reviews*, 2015. Available at: <https://www.huffingtonpost.com/nathan-newman/15-years-of-ftc--failure-t_b_6901670.html>. Acesso em: 7 mar. 2018.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value. OECD *Digital Economy Papers*: OECD Publishing, n. 220, Paris, 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/theeconomicsofpersonaldataandprivacy30yearsaftertheoecdprivacyguidelines.htm>. Acesso em: 30 maio 2017.

_____. Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being. Paris: OECD, 2015. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/science-and-technology/data-driven-innovation_9789264229358-en#page1>. Acesso em: 4 nov. 2017.

_____. Big data: bringing competition policy to the digital era. *Background note by the Secretariat*, 2016. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing--competition-policy-to-the-digital-era.htm>. Acesso em: 24 nov. 2017.

OCELLO, Eleonora; SJÖDIN, Cristina. *Microsoft/LinkedIn*: Big data and conglomerate effects in tech markets. Competition Merger Brief 1/2017 – Article 1, 2017. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/cmb/2017/kdal17001enn.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

OXFORD LIVING DICTIONARY. *Big Data*. Oxford, 2017. Disponível em: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/big_data>. Acesso em: 27 abr. 2017.

_____. *Data*. Oxford, 2017. Disponível em: <https://en.oxforddictionaries.com/defini--tion/data>. Acesso em: 27 abr. 2017.

PRESS, Gill. 12 Big Data Definitions: What's Yours? *Forbes*, 2014. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/gilpress/2014/09/03/12-big-data-definitions-whats--yours/#7cca0c1813ae>. Acesso em: 12 abr. 2017.

PRUFER, Jens; SCHOTTMÜLLER, Christopher. Competing with Big Data. *Tilburg Law School Research Paper* n. 6, 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2918726>. Acesso em: 1º dez. 2017.

RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. Access Barriers to Big Data (August 26, 2016). 59 *Arizona Law Review*, v. 59, p. 339-381, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2830586>. Acesso em: 20 nov. 2017.

STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen. *Big data and Competition Policy*. Nova York: Oxford University Press, 2016.

TIL, Harry van; GORP, Nicolai van; PRICE, Katelyn. Big data and competition, 2017. Disponível em: <https://www.ecorys.nl>. Acesso em: 20 nov. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. European Comission. Press Release Database. Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover. 2017. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1369_en.htm>. Acesso em: 7 dez. 2017.

VELOSO, Thássius. WhatsApp começa a compartilhar dados com Facebook; entenda o que muda. *Techtudo: Redes Sociais*, 25 ago. 2016. Disponível em: <http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2016/08/whatsapp-comeca-compartilhar-dados-com--facebook-entenda-o-que-muda.html>. Acesso em: 2 dez. 2017.

VEZZOSO, Simonetta. Competition policy in a world of big data. In: OLLEROS, Xavier; ZHEGU, Majlinda (Ed.). *Research Handbook on Digital Transformations*, Cheltenham: Edward Elgar, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2717497>. Acesso em: 30 maio 2017.

Data da submissão: 1º de abril de 2018
Data do aceite: 25 de outubro de 2018