

ECONOMIA DIGITAL, CONCORRÊNCIA E VIESES COGNITIVOS DOS CONSUMIDORES

Philippe Magalhães Bezerra¹

ABSTRACT *This paper aims to explore how competition law can incorporate insights from behavioral economics, particularly consumer behavior, when assessing potential antitrust violations in the digital economy. Since competition law aims to enhance market efficiency and consumer protection, understanding consumer behavior is crucial. We illustrate this through cases involving price parity clauses on hotel reservation platforms, submitted to Brazilian and German competition authorities. In Brazil, consumers were assumed to act rationally, while in Germany, cognitive biases were considered, leading to different interpretations of these clauses as antitrust violations. Human decision-making often involves heuristics and biases, impacting economic outcomes. Competition authorities should consider these factors in their analysis to reflect real-world consumer behavior accurately.*

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Avaliação de práticas anticoncorrenciais e cláusulas paritárias nos contratos de fornecimento de serviços hoteleiros. 3. Economia comportamental e vieses cognitivos dos consumidores. 4. Caso das plataformas de reserva de hotéis submetidos ao CADE no Brasil. 5. Caso das plataformas de reservas de hotéis submetidos à autoridade da concorrência alemã (*Bundeskartellamt*). 5.1 Comparação de preços. 5.2 Primeiro contato com a acomodação e escolha. 5.3 Relação entre o local onde a acomodação foi encontrada com a efetivação da reserva. 5.4 Outras considerações relevantes sobre o estudo realizado pela autoridade da concorrência alemã. 5.5 Desfecho do processo Alemão envolvendo as plataformas de reservas. 6. Economia comportamental e avaliação de práticas anticoncorrenciais. 7. Conclusão.

KEY-WORDS Competition. Behavioral Economics. Biases and Heuristics. Assessment of practices. Competition authorities.

JEL G40, G41.

¹ Doutorando em Direito e Economia (Universidade de Lisboa), Mestre em Planejamento e Políticas Públicas (UECE), Especialista em Direito Público (UNB). Procurador Federal. Professor e conferencista na área da contratação pública.

1. INTRODUÇÃO

A economia digital, nas suas mais variadas formas de manifestação, é uma realidade presente em nosso cotidiano, não mais vista como algo distante e abstrato, mas com concretude e dinâmica própria. Os reflexos da sua presença em nosso dia a dia se demonstram nos variados campos da vida social, seja na economia propriamente dita, seja no direito ou na ciência da tomada de decisão.

Sob o viés concorrencial, o contexto das relações econômicas digitais tem apresentado desafios em inúmeros âmbitos, fazendo com que os atores diretos e indiretos dos processos concorrenciais (empresas, consumidores e autoridades da concorrência) se deparem com situações concretas que exigem criatividade e inteligência na percepção dos fenômenos econômicos com efeitos no campo da concorrência.

No presente relatório, buscaremos analisar como a economia comportamental pode ser utilizada pelo direito da concorrência na avaliação de práticas restritivas considerando o contexto da economia digital. Assim, a ideia é investigar se na avaliação de práticas anticoncorrenciais podem ser analisados aspectos comportamentais dos consumidores e os vieses cognitivos que orientam a sua atuação, considerando que a proteção dos consumidores é um dos efeitos da aplicação do Direito da Concorrência, que de forma mais ampla, objetiva a promoção da eficiência econômica.

Partindo da premissa de que a avaliação das práticas anticoncorrenciais pressupõe uma análise do mercado antes e depois da sua ocorrência, a configuração do ato violador do direito da concorrência, em se tratando de restrições por efeito², passará por um estudo dos efeitos da conduta anticoncorrencial no tempo. Considerando ainda que essa avaliação tenta prever, dentre outros aspectos, as condutas dos consumidores nos dois cenários,

2 Sobre esse ponto vale transcrever trecho do relatório da autoridade da concorrência alemã, quando da análise do caso concreto envolvendo as plataformas de hotéis e categorização da restrição como por efeito: *“Even though it is arguable whether the MFN agreements between HRS and its hotel partners bring about significant restraints of competition by object, they certainly do so by effect. The economic incentive for hotel portals to offer lower commissions to the hotels or the incentive to face up to competition by adopting new sales strategies is taken away; it is made more difficult for new competitors to enter the market. The possibilities open to the hotels to submit offers on various hotel portals and other sales channels at different prices and conditions are considerably restricted. The restraints of competition caused by the MFN clauses of HRS are strengthened by the MFN clauses of the two other major portals in Germany, namely Booking and Expedia”*. Cfr. Bundeskartellamt, 2013: 50. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Kartellverbot/B9-66-10.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D3>.

imaginamos ser possível, ou talvez necessário, que padrões de comportamento dos consumidores sejam tomados em consideração para a respectiva avaliação.

Quando se fala em padrão de comportamento dos consumidores enquanto agentes econômicos, é possível utilizar modelos pré-concebidos de atuação pressupondo uma racionalidade econômica conforme a economia tradicional pressupõe, ou compreender que os seres humanos, no caso os consumidores, são seres sem um padrão racional de atuação em muitas situações cotidianas.

Essa falta de racionalidade em muitas decisões do cotidiano, se não consideradas, pode interferir na análise de práticas anticoncorrenciais na medida em que pode levar as autoridades que as investigam ou julgam a considerar um cenário que talvez não corresponda ao da realidade fática, e decidir com base em premissas falsas. Assim, investigaremos a pertinência da inserção da economia comportamental e dos vieses cognitivos dos consumidores no seio da análise de práticas anticoncorrenciais como forma de trazer um quadro mais preciso da realidade econômica, propiciando decisões mais assertivas do âmbito do Direito da Concorrência.

Para testar às hipóteses realizaremos dois estudos de caso. Primeiro, uma análise do caso envolvendo as plataformas Booking, Expedia e Decolar no Brasil, que resultou em um termo de compromisso de cessação de prática junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Posteriormente, passaremos a análise do caso também envolvendo plataformas de reservas de hotéis, submetido à Autoridade da Concorrência Alemã (Bundeskartellamt) cuja decisão, em um primeiro momento, foi suspensa pelos órgãos de justiça daquele país, mas que resultou em um estudo mais aprofundado sobre o parasitismo em plataformas digitais de hospedagem.

Analisando o acordo firmado no CADE sobre as plataformas de reservas de hotéis, nos parece que a autoridade da concorrência brasileira na avaliação do comportamento dos consumidores partiu de uma premissa de racionalidade comportamental (*homo economicus*), e que talvez essa premissa tenha conduzido o órgão a uma decisão que poderia ser outra caso tivesse em consideração vieses comportamentais.

No âmbito da Alemanha, a despeito da revogação, em um primeiro momento, pelos órgãos de justiça da decisão tomada pela autoridade da concorrência, o estudo encomendado pela própria Bundeskartellamt parece indicar que suas premissas iniciais estavam corretas, desde que fossem considerados padrões de consumo não racionais pelos utilizadores das plataformas de reservas de hotéis.

Além dos casos brasileiro e alemão, faremos remissão a casos envolvendo as plataformas de reservas de hotéis on-line nos quais houve decisões de autoridades da concorrência europeias. Serão utilizados também estudos e ações da European Nudging Network, missão da OCDE para estudo dos padrões comportamentais e correlação com políticas públicas no âmbito da União.

2. AVALIAÇÃO DE PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS E CLÁUSULAS PARITÁRIAS NOS CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE SERVIÇOS HOTELEIROS

Conforme pontuamos nas linhas introdutórias, o direito da concorrência, no que se refere a avaliação de atos anticoncorrenciais restritivos por efeito, tentará realizar um exercício comparativo do mercado em análise em dois momentos distintos, antes e depois da prática do ato potencialmente violador das regras da concorrência. Obviamente o objetivo é verificar os efeitos reais das condutas no mercado e a subsunção dos fatos às regras de proteção à concorrência nos dois cenários, nesse caso, a análise do mercado com a cláusula contratual que passaremos a analisar, confrontada com o cenário da concorrência sem a referida cláusula³.

Os casos que analisaremos no presente trabalho situam-se dentro do que a doutrina denomina acordos verticais, já que o seu objeto são os contratos firmados entre as plataformas de reserva de hotéis e os respectivos estabelecimentos hoteleiros, e os efeitos desses contratos para os consumidores sob o prisma do art. 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que segundo Miguel Moura e Silva⁴:

“(...) tem por objeto a restrição da concorrência mediante determinados comportamentos que envolvem duas ou mais empresas. Num mercado concorrencial, cada agente económico deve determinar livremente e de forma autónoma o respectivo comportamento no mercado. Assim, a finalidade dessa disposição consiste em impedir que as empresas

3 A demonstração do elemento contrafactual ficou assentada de forma clara no Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia no processo 56/65 quando afirmou: “(...) há que examinar então os efeitos do acordo e, para que o mesmo possa ser objecto de a proibição, exigir a reunião dos factores que determinam que a concorrência foi de facto impedida, restringida ou falseada de forma apreciável. A concorrência deve, neste caso, ser apreciada no quadro real em que se produziria se não existisse o acordo controvertido (...)”. Cfr. TJUE, Acórdão 56/65, de 30/06/1966. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61965CJ0056&qid=1693072251788>>. Acesso em 26/08/2023.

4 Cfr. Silva, 2020: 499.

restringam a concorrência entre si ou relativamente a terceiros mediante a coordenação da respectiva conduta concorrencial.”

Assim, interessam ao direito da concorrência e ao presente escrito, as relações comerciais travadas entre empresas que atuam em diferentes estágios da mesma cadeia econômica e as implicações dessas mesmas relações aos consumidores que são os destinatários finais dos produtos e serviços ofertados.

Não objetivamos, outrossim, trazer maiores digressões nesse momento sobre aspectos mais peculiares relativos aos acordos verticais e à interpretação das terminologias utilizadas no art. 101.º do TFUE, mas apenas um enquadramento geral, pois entendemos que não faz parte do escopo maiores aprofundamentos teóricos, sob pena de desviarmos, de forma alongada, dos estudos de caso que serão apresentados mais adiante através dos quais serão colacionadas peculiaridades relativas aos acordos verticais.

A discussão cinge-se na apreciação das cláusulas paritárias em contratos firmados entre hotéis ou similares e plataformas de reservas, também denominadas OTAs – *Online Travel Agencies*, que atuam como intermediários entre as acomodações e os consumidores finais, tais como Booking.com, Expedia, Decolar, dentre outros.

Por meio dessas cláusulas⁵, impostas pelas plataformas de intermediação, os hotéis ou alojamentos estariam proibidos de oferecer aos consumidores finais preços e condições mais favoráveis que aqueles oferecidos pelos agentes intermediadores, sejam em canais próprios de venda, seja por meio de outros distribuidores, a depender a classificação da cláusula que pode assumir uma versão mais ampla ou mais limitada.

Na versão mais ampla (*wide clause*), o estabelecimento hoteleiro não poderia praticar melhores preços em seus próprios canais de venda (*on-line* e *off-line*), tampouco através de outras plataformas concorrentes, sendo vedada, ainda, a disponibilização de maior quantidade de quartos. Na versão mais restrita (*narrow clause*), a cláusula impediria o estabelecimento fornecedor de praticar melhores condições apenas em seu canal de vendas *on-line* aberto ao público mediante simples pesquisa, podendo, no entanto, praticar melhores preços pelos canais de venda *off-line*, canais de venda *on-line* que demandam

5 Cfr. SILVA, 2018: 616. Segundo Miguel Moura e Silva: “[e]stas cláusulas são qualificadas na doutrina jurídica e econômica como cláusula de nação mais favorecida (*Most Favoured Nation* ou *MFN*), por analogia com o regime usado no Direito Internacional Econômico, em particular ao nível dos acordos relativos ao comércio e à proteção e promoção de investimentos”.

de um cadastro específico para acesso a área restrita ou mesmo por meio de outras plataformas de intermediação.

Em Portugal, a título de exemplificação, a legislação local através da Lei n.º 17 de 17 de agosto de 2022⁶, estabeleceu como regra geral que a prática relativa à utilização das cláusulas MFN seriam violadoras do direito da concorrência, tanto na versão ampla, como também na restrita, seguindo um modelo adotado anteriormente na França em agosto de 2015 e Áustria em novembro de 2016.

Assim, os casos concretos que nos propomos a analisar no presente trabalho se debruçaram sobre os aspectos contratuais em uma cadeia vertical de distribuição nos moldes acima delineados e seus efeitos na concorrência. A pergunta que se põe é a seguinte: o estabelecimento de cláusulas de paridade de preço, seja na versão mais branda, seja na versão mais alargada, viola o direito da concorrência? Antes, contudo, passaremos ao enquadramento do segundo ponto basilar de nosso texto, relativamente aos aspectos ligados à economia comportamental, para ao final, dentro dos estudos de caso, fazermos a interseção entre o direito da concorrência e o comportamento dos consumidores.

3. ECONOMIA COMPORTAMENTAL E VIESES COGNITIVOS DOS CONSUMIDORES

No estudo da teoria econômica, mais precisamente do que se passou a denominar “Economia tradicional ou ortodoxa”, o ser humano enquanto agente econômico é tratado como um ser em estado de permanente racionalidade econômica, em busca de ganhos de bem-estar a um menor custo possível, numa espécie de egoísmo natural que caracteriza o denominado *homo economicus*, segundo Patrício⁷:

6 Artigo 9.º Acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas. 1 — São proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam em: f) Estabelecer, no âmbito do fornecimento de bens ou serviços de alojamento em empreendimentos turísticos ou estabelecimentos de alojamento local, que o outro contraente ou qualquer outra entidade não podem oferecer, em plataforma eletrónica ou em estabelecimento em espaço físico, preços ou outras condições de venda do mesmo bem ou serviço que sejam mais vantajosas do que as praticadas por intermediário que atue através de plataforma eletrónica.

7 Cfr. Patrício, 2017: 302.

“O conceito de racionalidade económica ainda hoje mais adoptado baseia-se num processo de decisão (de inspiração utilitarista) segundo o qual o Homem actua, por via de regra, como um típico “homo æconomicus” (i.e.), visa a optimização de meios e/ou a maximização de fins próprios, numa perspectiva que é – ou que se presume que seria –, directa ou indirectamente, egoística ou individualista.”

Essa concepção um tanto quanto estática e pragmática do ser humano enquanto agente econômico racional começou a ser colocada em prova a partir de 1950 quando Hebert Simon propôs estudos que comprovariam que o ser humano tem limitações cognitivas na tomada de decisão e solução de problemas, o que denominou “racionalidade limitada”, conceito esse sintetizado por Araújo⁸:

“Essa ideia de racionalidade limitada assenta na já referida constatação e que o tempo é limitado, é um bem escasso e custoso, seja quando se pretende adquirir informação completa, seja quando se visa prestar atenção adequada à informação de que se dispõe, seja ainda quando se trata de desenvolver um plano de optimização com base na informação disponível – pois o tempo que se dedicaria a esses esforços optimizadores seria, de modo muito pouco eficiente, sonogado a resolução de problemas não menos urgente, deixando-nos marginalmente desequilibrados na satisfação de todos nossos interesses.”

A racionalidade limitada, pondo em xeque a noção de racionalidade econômica, seria a gênese do que na década de 1970 seria chamada de economia comportamental, quando psicólogos comportamentais começam a estudar fenômenos de tomada de decisão econômicas e fornecem achados interessantes para o estudo da economia. Destacam-se nesse período as obras dos psicólogos Daniel Kahneman e Amos Tversky, chamada “*Perspective Theory*” e do economista Richard Thaler denominada “*Toward a Positive Theory of Consumer Choice*”, já na década de 1980.

Em obra mais recente, Kahneman, discorrendo sobre os seus estudos com Amos Tversky acerca da irracionalidade humana e sobre a influência dos estudos comportamentais em campos para fora da psicologia e quebra de dogmas até então postos, afirmou⁹:

⁸ Cfr. Araújo, 2005: 32.

⁹ Cfr. Kahneman, 2012, n.p.

“O uso de demonstrações forneceu a pesquisadores de diversas disciplinas – notadamente filósofos e economistas – uma oportunidade incomum de observar possíveis falhas em suas próprias opiniões. Tendo visto a si mesmos falhar, eles ficaram mais inclinados a questionar a pressuposição dogmática, dominante na época, de que a mente humana é racional e lógica.”

Os estudos se revelaram relevantes para diversas disciplinas e não tardaria para que o direito também de alguma forma viesse a ser impactado pelas pesquisas da economia comportamental, considerando que dentro do estudo jurídico analisa-se fundamentalmente o agir do ser humano. Sobre essa interligação entre direito, economia e psicologia enfatizou Ulen¹⁰:

“Behavioural law and economics is, I believe, one of two most important innovation that going on in legal scholarship today. As is well known, behavioural considerations began in the 1970s with experiments by Kahneman and Tversky in cognitive and social psychology that were designed to test the predictions of rational choice theory. For various reasons, the results of those experiments – broadly speaking, those results where the rational choice theory does not accurately predict much human choice behavior – remained unknown to many economists and to lawyers familiar with economics law and economics until the 1990s. However, once the experimental criticisms of rational choice theory became widely known, They had very different impacts on the Fields of economics, law, and law economics.”

Em resumo, o que a economia comportamental trouxe de novidade para o estudo da economia, e que acabou refletindo em outras áreas do conhecimento, dentre elas o direito, foi que o processo de tomada de decisão do homem não seria sempre dotado de máxima racionalidade, no sentido da busca da máxima eficiência econômica e bem-estar. As decisões de natureza econômica seriam, muitas das vezes, “contaminadas” por vieses cognitivos que desviam os seres humanos da plena racionalidade. Assim, partindo desse pressuposto, que o sujeito econômico deveria ser considerado pela ciência econômica.

Esses vieses cognitivos seriam falhas de julgamento quando o sujeito está num processo de tomada de decisão, segundo Avanzi et al.¹¹: “[v]ieses cognitivos são filtros mentais e emocionais nos quais o indivíduo confia para entender e

10 Cfr. Ulen, 2014: 4.

11 Cfr. Avanzi, 2020: 263.

responder aos eventos externos. Representam, assim, distorções de julgamento que podem afetar a capacidade de um indivíduo de avaliar informações de maneira objetiva e lógica”.

Dessa forma, seria crível imaginar que uma determinada pessoa diante da necessidade de tomar uma decisão poderia não adotar aquela que seria a mais racional e economicamente vantajosa, pois, por algum motivo irracional, ou heurísticas cognitivas seria levado a tomar decisão diversa. Nas palavras de Lefevre e Chapman¹²:

“Human beings do not always take decisions which are consistent with their own preferences and needs, they do not act in a rational way, and their choices are often driven by their emotions and their particular context. Mistaken beliefs, procrastination, passivity, self-control problems, difficulties in choosing among a large set of options are some of the elements which impact consumers’ decisions and lead them to choose products or services which are not always best suited to their needs.”

As heurísticas, por sua vez, nada mais são do que atalhos mentais que ativamos instintivamente para resolver problemas ou tomar decisões. Apesar de muito úteis no dia a dia, pois através delas poupa-se muita energia, a utilização de heurísticas pode nos conduzir a tomadas de decisão que não seriam as mais adequadas. Nas palavras de Kahneman¹³: “[H]eurística é um procedimento mental simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, embora várias vezes imperfeitas, para perguntas difíceis”.

Essa irracionalidade humana no processo de tomada de decisão, seja ela uma decisão econômica ou não, tem consequências ao mundo do direito na medida em que a racionalidade ou não em prática de atos jurídicos pode influenciar na análise dos seus efeitos e consequências no campo da existência, validade e eficácia. A importância da economia comportamental tem chamado atenção da OCDE que desenvolve inúmeros estudos acerca do tema, reconhecendo sua relevância nos seguintes termos:

“Behavioural insights are an inductive approach to inform policy makers of the human behaviours driving economic and societal outcomes. Driven by experimentation and piloting, it combines insights from psychology, cognitive science and social science with empirically-tested results to discover how humans “actually” make choices. The OECD

¹² Cfr. Lefevre & Chapman, 2017: 4.

¹³ Cfr. Kahneman, 2012, n.p.

*has been at the forefront of supporting public institutions to apply behavioural insights to improve public policy, including in its design, implementation and evaluation.*¹⁴

No âmbito do direito do consumidor, a consideração das práticas comportamentais dos consumidores já desperta alertas para as autoridades que atuam nessa seara, na medida em que cada vez mais se verificam no mercado a utilização de práticas comerciais que buscam se valer da irracionalidade humana para obtenção de vantagens, de modo que a OCDE¹⁵:

“Regarding enforcement actions, some consumer authorities have used work on behavioural insights to inform their understanding of deceptive and unfair commercial practices. For example, there are a number of enforcement actions that relate to drip pricing in the online market, which is a price advertising technique that might trigger behavioural biases. With respect to regulations informed by behavioural insights, consumer authorities have prohibited businesses from conducting commercial practices that might trigger behavioural biases in specific markets such as e-commerce market and credit card industry. Behavioural biases including default and status quo effect, hyperbolic discounting, overconfidence and framing have been addressed in regulations.

Em relação ao direito da concorrência, a economia comportamental pode-se revelar das mais variadas formas e afetar o mercado. Agentes econômicos em posição dominante ou num regime de monopólio, por exemplo, podem utilizar técnicas comportamentais para influenciar condutas visando maximizar seu poder de mercado, se valendo da irracionalidade dos consumidores¹⁶.

Em 2018, a Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) verificou que o buscador de “melhores” opções de hospedagem TRIVAGO estava a classificar seus resultados de busca considerando aqueles que

¹⁴ Cfr. OECD, Behavioural insights: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/behavioural-insights.htm>

¹⁵ Cfr. OECD, 2017: 5.

¹⁶ Cfr. OECD, 2023: 6: “(...) In 2018, the European Commission (EC) found that Google had abused its dominant position in the national markets for general search services by sharing revenues with original equipment manufacturers and mobile network operators on condition that they would not pre-install any competing general search service on the devices. The decision refers to ‘status quo’ bias, explaining that ‘pre-installation, like default setting or premium placement, can increase significantly on a lasting basis the usage of the service provided by an app [because] users that find apps pre-installed and presented to them on their smart mobile devices are likely to ‘stick’ to those apps’. In addition to an over EUR 4 billion fine, the EC imposed a set of remedies, including requiring Google to display to Android users in Europe a ‘choice screen’ for both search engines and web browsers”.

pagavam mais por *click* à plataforma, além de realizar comparativo preços de quartos de padrão diferentes sabendo que os consumidores tenderiam a reservar aquelas opções que aparentemente eram as mais interessantes para não perderem a “oportunidade”, sem conferir se realmente estavam a fazer o melhor negócio¹⁷.

No contexto da presente investigação, a perspectiva é um tanto quando diversa pois a relação jurídica em causa, como apontamos acima, é travada entre pessoas jurídicas da mesma cadeia vertical, hotéis e plataformas de reserva, sem a participação do consumidor. Ou seja, o que se discute juridicamente é a validade de cláusulas contratuais numa relação cujos efeitos resvalam no consumidor, mas que esses não são parte na relação jurídica propriamente dita.

Embora o campo da irracionalidade do consumidor não implique diretamente na possibilidade de declaração de invalidade de atos jurídicos praticados por terceiros (hotéis e plataformas de reservas), poderá orientar a atuação dos mecanismos de controle da concorrência, na medida em que essa racionalidade ou irracionalidade das condutas implicará na configuração ou não daquilo que se denomina efeito carona ou *free rider*, conforme explicaremos.

O consumidor não é parte na relação contratual em causa, mas a sua forma de agir oferece subsídios ao direito da concorrência para que as cláusulas contratuais de terceiros (hotéis e plataformas), possam ser verificadas quanto a sua adequação com o direito antitruste. Isso ocorre porque o fundamento da existência das cláusulas MFN impondo condições contratuais favoráveis às plataformas de reservas em detrimento da liberdade dos hotéis na fixação de preços se baseiam numa premissa de que os consumidores possuiriam um padrão racional de conduta e que a inexistência das cláusulas poderia ser prejudicial às plataformas de reservas. Nas palavras de Moura e Silva¹⁸:

“No caso das plataformas de dois lados, um dos principais argumentos a favor das cláusulas CMF é a proteção dos investimentos efetuados pela plataforma (publicidade, angariação de clientes, divulgação de avaliações de outros clientes) relativamente ao comportamento oportunista do vendedor de bens e serviços: sem essa cláusula, este

17 Cfr. *Trivago to pay \$44.7 million in penalties for misleading consumers over hotel room rates*. Disponível em: <https://www.accc.gov.au/media-release/trivago-to-pay-447-million-in-penalties-for-misleading-consumers-over-hotel-room-rates>.

18 Cfr. Silva, 2020: 619.

poderia desviar clientela através do seu próprio canal on line, beneficiando daqueles investimentos sem pagar os respectivos custos.”

O efetivo desvio em favor daquele que não fez os investimentos de plataforma depende, entretanto, da conduta do consumidor, pois a ideia em torno da cláusula em questão parte do pressuposto de que o consumidor terá acesso tanto aos preços praticados no âmbito da plataforma de reservas como também no ambiente oferecido pelo prestador final do serviço (hotéis) e a partir daí tomará uma decisão econômica comparando as vantagens e desvantagens de cada canal de venda, podendo então maximizar o próprio benefício.

As condições acima descritas se encaixam na prática, se os consumidores realmente agirem como *homo economicus* e praticarem um exercício de busca da melhor condição econômica para si. Avaliar o real comportamento dos consumidores que reservam hotéis através de plataformas de reservas *on line* revela-se fundamental para o direito da concorrência.

Thaler e Sunstein na obra *Nudge*, trabalharam essa dicotomia comportamental estabelecendo duas figuras, que denominaram de “*humanos*” e “*econos*”. Para os autores, os primeiros seriam as pessoas comuns, aqueles que são movidos por paixões, emoções, sentimentos subjetivos no processo de tomada de decisão distantes de qualquer padrão de racionalidade, enquanto os *econos* corresponderiam àqueles que agem com absoluta racionalidade econômica, analisando todas as alternativas possíveis num processo de tomada de decisão, em busca da solução econômica mais vantajosa.

A questão então que interessa ao direito da concorrência, para avaliação da cláusula contratual MFN entre plataformas de reserva e hotéis, é saber se os consumidores dos serviços de reservas agem como “*humanos*” ou como “*econos*”. Passaremos então à análise de duas situações concretas nas quais as autoridades da concorrência do Brasil e da Alemanha enfrentaram a questão concorrencial ao mesmo tempo que de forma direta ou indireta consideraram para suas decisões aquilo que consideraram que seria o padrão econômico do consumidor.

4. CASO DAS PLATAFORMAS DE RESERVAS DE HOTEIS SUBMETIDOS AO CADE NO BRASIL.

No Brasil, a discussão no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) teve início em 2016 e decorreu de representação do Fórum de Operadores Hoteleiros do Brasil sob a alegação de que as plataformas de

reservas Booking.com, Decolar e Expedia estariam violando a ordem econômica (art. 36, I e IV, c/c §3º, III, IV e IX, da Lei n.º 12.529/2011¹⁹) através da imposição de cláusula de paridade MFN em sua versão mais ampla, ou seja, impedindo que os hotéis pratiquem preços mais baixos em todos os seus canais de venda, bem como por meio de outras plataformas de comercialização.

Foi instaurado inquérito administrativo para apuração dos fatos, seguido de um pedido formulado pela Booking.com para formalização de Termo de Compromisso de Cessação de Prática. Previamente ao compromisso que viria a ser firmado, a Superintendência-Geral do CADE emitiu uma manifestação opinativa constante na Nota Técnica n.º 9/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE na qual foram resumidos os argumentos trazidos pelo Fórum dos Operadores Hoteleiros, para quem os efeitos negativos das cláusulas de paridade seriam dois²⁰:

“O primeiro, seria o arrefecimento da competição entre as OTAs com a homogeneização dos preços. Isso porque um hotel não teria estímulo para, mediante negociação de condição comercial mais benéfica, ofertar menores preços na plataforma de uma determinada OTA, quando teria que, obrigatoriamente, oferecer o mesmo preço a todas as outras OTAs concorrentes que praticam tais cláusulas em seus contratos. O efeito prático mais visível desse arrefecimento é que os hotéis acabam ofertando seus quartos pelo mesmo preço nas plataformas de todas as OTAs. O segundo efeito seria elevar as barreiras à entrada de novas OTAs que pudessem entrar no mercado oferecendo menores taxas de comissão aos hotéis em troca de menores preços publicados em sua plataforma.”

19 Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; IV – exercer de forma abusiva posição dominante. § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: III – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; IX – impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros.

20 Cfr. CADE, 2018. Nota Técnica n.º. 10/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPANj7QXzMnu1d_KGU4gMK7pWjhmN1GRFuSjeZe-Xm8SRQqHjaBYH8OIQD-TYMMlm3JfJ9sZ18uclMkjSn9bwo0f.

Após contextualizar a discussão a nível internacional, citando inclusive a posição da Autoridade da Concorrência Alemã – que em 2015 proibiu o uso de qualquer cláusula de paridade, bem como o posicionamento das autoridades antitruste da Suécia, França e Itália que em coordenação com a Comissão Europeia admitiram a utilização das cláusulas de paridade em sua versão restrita (*narrow clauses*) –, a Secretária Geral do CADE opinou pela aceitação do termo de cessação proposto pela Booking.com que tinha como núcleo central a seguinte disposição:

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

(a) Que exijam de seus fornecedores de acomodações qualquer obrigação de paridade de tarifa e/ou de condições de reserva em relação a qualquer outro Canal de Reserva Online, excetuando-se aqueles Canais de Reserva Online disponíveis ao público em geral e que sejam controlados, direta ou indiretamente, pelo próprio fornecedor da acomodação ou seu grupo econômico. Essa exceção também inclui tarifas ofertadas publicamente por tais Canais de Reserva Online controlados pelo fornecedor da acomodação (ou seu grupo econômico) por meio de Sites de Metasearch.

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

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

A posição nesse caso foi de aceitação das cláusulas MFN na sua versão mais branda, ou seja, admitindo a possibilidade do estabelecimento da paridade nos canais de reserva on-line dos hotéis abertos ao público. Na prática, os hotéis poderiam praticar preços diferenciados nos seus canais *on-line* de acesso restrito, ou nos canais *off-line*, desde que não divulgassem nos

canais *on-line* de amplo acesso a existência dessas condições diferenciadas nos demais meios. Sobre a posição da Superintendência-Geral do CADE, Pereira Neto *et al.*:²¹

“In this context, with the objective of reaching a fast decision that would generate immediate positive effects in the market, the GS, endorsed by the Tribunal, settled the case with Booking.com, Decolar.com, and Expedia, to prohibit the adoption of “wide” parity clauses, applying the understanding that “narrow” parity clauses represented a balance point between the concerns and motivations of the parties involved. This was expected to bring concrete benefits to the consumer (i.e., greater variety in prices, availability, and booking conditions) and lower barriers to entry for competing OTAs.”

No ponto 37 da Nota Técnica do CADE, fica bem evidenciado que a posição da autoridade brasileira seria no mesmo sentido e fundamentos da maioria das autoridades europeias, bem como autoridades da Nova Zelândia e Austrália, e fica claro ainda que a decisão tem como fundamento central a necessidade de combater os supostos comportamentos oportunistas dos consumidores e dos hotéis:

*“Do mesmo modo como concluiu o trio de autoridades antitruste europeias, bem como as autoridades da Oceania, esta SG entende que a adoção das cláusulas de paridade restrita, salvo melhor juízo, representa um ponto de equilíbrio entre as preocupações e motivações das partes postas, neste momento, em lados contrários. **Por um lado, esta posição resguarda as OTAs no tocante ao risco dos atores presentes nos dois lados de suas plataformas, fornecedores e consumidores, adotarem um comportamento oportunista em detrimento da satisfação econômica decorrente do uso destas plataformas. Por outro, permite que os hotéis retomem a soberania sobre seus preços e condições comerciais, tudo em um ambiente de maior competição em benefício do consumidor.**” (negrito nosso)*

Significa então que, para a autoridade da concorrência brasileira, os consumidores em um ambiente de máxima liberdade contratual na fixação de preços entre hotéis e plataformas de reservas, teriam uma tendência natural de buscar dentre o leque de opções disponíveis aquela tarifa mais interessante do ponto de vista econômico e que tal propensão implicaria em um risco para as OTAs, a despeito de nenhuma evidência empírica tenha sido demonstrada nesse sentido.

21 Cfr. Pereira Neto, 2022: 637.

Em 27/03/2018 firmou-se o Termo de Compromisso de Cessação de Prática com a Booking.com com validade por três anos, sem a possibilidade de retomada da prática investigada após o término desse prazo, reservando ainda ao CADE o direito de instaurar nova investigação caso surjam novas evidências da possibilidade de efeitos nocivos a concorrência em razão do uso das cláusulas MFN.

Ponto que merece ser ressaltado em relação ao caso brasileiro, mas que será fundamental no caso Alemão que em seguida passaremos a analisar, é que no processo que resultou no termo de cessação de prática não houve uma análise sobre a cota e poder de mercado das OTAs, nomeadamente da Booking.com, fato que não passou despercebido no próximo caso que analisaremos.

5. CASO DAS PLATAFORMAS DE RESERVAS DE HOTEIS SUBMETIDOS À AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA ALEMÃ (*BUNDESKARTELLAMT*)

Conforme pontuamos linhas acima, diversas autoridades da concorrência pelo mundo enfrentaram a questão relativa às cláusulas MFN em contratos firmados entre as OTAs e hotéis. O caso alemão ganhou especial destaque pois a autoridade da concorrência local (*Bundeskartellamt*) tomou em 2015 um caminho diferente daquilo que veio a ser o padrão²² em diversos países, pois considerou as cláusulas MFN nas versões *narrow* e *wide* como violadoras do direito da concorrência, impedindo que a Booking.com se valesse dessa disposição contratual.

O entendimento foi no sentido de que a ausência de liberdade para os hotéis causaria um desequilíbrio concorrencial, isso acabaria por desincentivar o estabelecimento de preços diferenciados entre OTA's, diminuindo inclusive a entrada no mercado de novos players, considerando ainda que àquela altura a Booking.com detinha uma cota de mercado de 50-55%. Além disso houve o entendimento de que não se estaria diante da exceção do art. 101.º, n.º 3, do TFUE, na medida em que não teriam sido comprovados os requisitos da regra, nomeadamente a demonstração efetiva da ocorrência do efeito carona, o que tornaria a presença da cláusula indispensável para o respectivo mercado.

22 Vale lembrar que a maioria dos países àquela altura admitiam as cláusulas MFN na sua versão mais restrita, inclusive tal entendimento guiou a atuação do CADE no Brasil.

Em 2019, a decisão da autoridade da concorrência alemã foi suspensa pelo Tribunal Regional Superior de Düsseldorf²³ visto que se tratava de uma mera cláusula acessória que por sua vez não implicaria em violação ao direito da concorrência. Em face dessa decisão, a autoridade da concorrência interpôs recurso direcionado para o Tribunal de Justiça Federal. Nesse momento processual, a Justiça Alemã pediu que a Bundeskartellamt realizasse um estudo sobre o padrão de comportamento dos consumidores afetados pelas decisões em causa.

Em agosto de 2020, os resultados das pesquisas empíricas foram divulgados no documento com o título: *The effects of narrow price parity clauses on online sales – Investigation results from the Bundeskartellamt’s Booking proceeding*²⁴. Os achados da pesquisa realizada abrangendo o período de 2015 e 2018 são absolutamente relevantes não apenas para a análise de casos envolvendo reservas de hotéis, mas para diversas relações jurídicas que tratam de cláusulas de paridade e utilização de plataformas eletrônicas de comércio de bens e serviços, conforme bem explanado da introdução do estudo alemão:

“In view of the relevance of (narrow) price parity clauses for online hotel platform markets, but also for other platforms in the digital economy, the results of the investigations are of significance beyond the case in question. The prevention or reduction of potential free-riding has played a significant and increasingly relevant role in many international antitrust cases, in particular in cases involving internet-related restraints of competition.”

Coincidentemente, os estudos realizados acabaram por abranger três períodos distintos em relação ao tipo de cláusula que vigorava. No início do estudo, mais precisamente no período de investigação até o verão de 2015 a regra era a utilização das cláusulas MFN em sua versão mais ampla, posteriormente, até o final de 2015, na versão mais estreita, e a partir de 2016 até 2018 sem qualquer cláusula de paridade de preços.

Essa variação, ao nosso sentir, revelou-se altamente positiva já que foi possível, na maior parte do tempo da pesquisa, analisar o padrão de comportamento do consumidor num ambiente de máxima liberdade de fixação dos

23 Crf. Oberlandesgericht Düsseldorf, 4 de junho de 2019, VI-Kart 2/16 (V); disponível (em alemão) em https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2019/Kart_2_16_V_Beschluss_20190604.html.

24 Cfr. Bundeskartellamt, 2020.

preços por parte dos hotéis, que seria exatamente o ambiente que segundo as OTAs favoreceria a ocorrência do efeito carona.

A pesquisa realizada centrou-se em três frentes distintas. A primeira numa análise econômica da evolução das plataformas de reservas no cenário do mercado alemão de reservas de hotel, com o objetivo de analisar se as mudanças contratuais relativas à utilização das cláusulas de paridade interferiam no faturamento das plataformas e sua consolidação ou não como um mecanismo utilizado pelos consumidores.

A segunda frente analisou a relação entre as plataformas de reservas e rede de hotéis parceiros com o objetivo de obter dados referentes ao impacto nas receitas dos hotéis das reservas feitas por plataformas de intermediação. O objetivo era entender qual a real importância para os hotéis em estar na rede ofertada pelas plataformas e como isso impacta no faturamento, no comportamento do hotel para ser bem classificado perante os consumidores e estratégias para aumentar sua visibilidade dentro das próprias OTAs.

Por fim, foi analisado o padrão de comportamento dos consumidores diante do mercado que oferece o mesmo produto por inúmeros canais diferentes, com preços e condições também diferenciadas. Esse ponto que interessa em maior amplitude à presente pesquisa, que guarda estreita relação com a economia comportamental e sobre o qual nos debruçaremos, sem descurar dos demais pontos da pesquisa que oportunamente irão sendo revelados.

Numa relação causa-efeito, entendemos que os dois primeiros pontos da pesquisa podem ser entendidos como efeitos causados pelo padrão de comportamento dos consumidores. Isso significa que os números relativos à presença e crescimento das plataformas de reservas na Alemanha, seu poder de mercado, bem como a relação de interdependência entre OTAs e hotéis e suas respectivas estratégias comerciais decorrem do comportamento dos consumidores frente às possibilidades que lhes são colocadas. Em razão disso nos centraremos nesse ponto a partir de agora para somente ao final buscarmos a interseção com os demais.

5.1 Comparação de preços

Um dos objetos da pesquisa junto aos consumidores teve por objetivo saber se eles realizavam uma ampla pesquisa em diversos sítios de internet disponíveis para verificar se estariam reservando o hotel pelo melhor preço, ou seja, o objetivo era aferir o quanto *homo economicus* os consumidores seriam. Nesse ponto da pesquisa, vale salientar, o objetivo não era ainda saber se os

consumidores faziam comparações entre os vários canais do mesmo hotel, mas apenas saber sobre a pesquisa de preços em sentido mais amplo.

Os resultados demonstraram que 2/3 dos consumidores declararam não terem feito pesquisa em diversos locais disponíveis e lhes foi perguntado o motivo pelo qual agiram dessa forma e as 6 respostas mais citadas estão na tabela²⁵ abaixo.

I did not compare prices because ... (Multiple answers possible)	All consumers	Only consumers who booked on Booking.com
	Weighted proportion	Weighted proportion
It was too much trouble to compare prices on different websites	69%	72%
I found the hotel prices reasonable anyway	67%	69%
Appreciate the provider's booking terms and conditions	50%	56%
I don't think a different website would offer cheaper rates	45%	44%
Booking was particularly convenient because I was already registered	39%	45%
I compared the rates of different hotels on the Internet	37%	38%

A partir das respostas acima citadas, podemos identificar duas características comportamentais objeto de estudo da economia comportamental: *Sobrecarga de informação* e *Excesso de confiança*. A resposta mais citada segundo a qual seria muito complicado comparar em vários *websites* e a justificativa de que o fato de ser registrado no *site* ou plataforma tornaria o processo de reserva mais conveniente revelam uma tendência de sermos pouco proativos quando o processo de escolha da melhor decisão econômica nos exige um pouco de trabalho.

Na prática, acabamos por nos valer de uma forma de decisão que aparenta ser mais fácil do ponto de vista da energia mental a ser gasta no processo decisório. Ou se faz um mínimo esforço ou mesmo nenhum esforço (Viés da Inércia), quando ele sequer revela-se necessário, principalmente quando se estar diante de muitas opções de escolha. Sobre essa multiplicidade de opções Thaler e Sunstein²⁶: “as pesquisas no campo das ciências sociais revelam

²⁵ Table 51: Reasons for not comparing prices – weighted

²⁶ Cfr. Thaler & Sunstein, 2019, n.p.

que, quando as opções são mais numerosas e/ou contam com variações de muitos aspectos, é mais provável que as pessoas adotem estratégias simplificadoras, o que impacta na arquitetura de escolhas”.

Iyengar e Lepper realizaram um interessante experimento em um supermercado onde ofereciam aos clientes geleias para que experimentassem e comprassem²⁷. Num primeiro momento expuseram 24 tipos diferentes de geleia que poderiam ser provadas e num segundo momento expuseram apenas 6 geleias. Verificou-se que o stand com mais geleias atraiu mais consumidores para a prova (60% pararam) enquanto apenas 40% dos que passaram diante do segundo stand de vendas pararam para provar.

Ocorre que mesmo atraindo mais clientes, o stand com 24 opções não converteu em vendas em número elevado, pois apenas 3% dos que provaram acabaram por comprar uma geleia, enquanto no stand com menos opções, o percentual de venda foi de 30%, ou seja, 10 vezes mais em números percentuais. Isso demonstrou que um significativo número de opções acabou por colocar os consumidores numa posição de decisão complexa, onde o mais fácil era não decidir por nenhuma.

As plataformas de reservas de hotel se valem dessa característica do consumidor fazendo com que ele gaste toda a energia disponível de escolha dentro da própria plataforma, de modo que as informações constantes no próprio site fazem com que o consumidor sinta que a pesquisa de preços já estaria atendida na medida em que se comparou o preço do hotel reservado com os preços de outros hotéis. Se observarmos o sexto argumento da tabela acima, os consumidores afirmaram que já haviam comparado preços de diferentes hotéis na internet, e isso para muitos já seria suficiente para atestar a vantagem dos preços que estavam a contratar com o hotel escolhido.

Além da sobrecarga de informação, conduzindo os consumidores a agir de forma mais fácil em detrimento da melhor alocação dos seus recursos, esse ponto da pesquisa deixa ainda evidenciado o viés do excesso de confiança, que faz com que os consumidores acreditem realmente que estão fazendo o melhor negócio com base nas informações limitadas que detém durante o processo de escolha da acomodação. A segunda resposta mais mencionada pelos consumidores foi no sentido de acreditar que os preços estavam razoáveis e a quarta resposta foi no sentido de não acreditar que em algum outro lugar conseguiriam melhores tarifas.

27 Cfr. Iyengar & Lepper, 2000.

Os argumentos apresentados pelos consumidores são completamente subjetivos e com muito pouca ou nenhuma base racional. Acreditar numa razoabilidade dos preços nos parece que se situa muito mais no campo da disposição de pagar que no campo da vantajosidade econômica propriamente dita. A crença de que não haveria em outro lugar preços melhores é pura manifestação do excesso de confiança sem nenhuma base empírica, pois tal aferição somente poderia ser tomada se efetivamente o consumidor realizasse uma pesquisa mínima, comparando preços exatamente da mesma acomodação que efetivamente reservou.

Um dos possíveis fatores que fazem com que os consumidores ajam dessa maneira irracional ocorre por conta daquilo que Thaler e Sunstein denominam filtro colaborativo da arquitetura de escolhas, na qual as escolhas são baseadas em experiências anteriores de outros usuários com perfil semelhante ao nosso. Nas plataformas de reservas, os usuários são classificados por grupos: família, casal, viajante individual, etc. A ideia dessa classificação é criar perfis de usuários de modo que os novos possam de enxergar naqueles que já tiveram experiências anteriores e a partir daí, realizar escolhas que julgam ser mais assertivas. Segundo os autores²⁸:

“O filtro colaborativo é uma tentativa de resolver um problema da arquitetura de escolhas. Se sabemos do que pessoas feitas nós costumam gostar, podemos nos animar e escolher produtos que não conhecemos porque pessoas como nós tendem a gostar. O filtro colaborativo vem facilitando algumas decisões difíceis para muitas pessoas.”

Nessa arquitetura de escolhas baseada nas informações de outras pessoas favorece ainda o que Ariely denominou de “Prova Social”²⁹, que ocorre quando as ações de terceiros influenciam nas nossas ações por acreditarmos que os outros assim agiram por deterem maiores informações acerca do fato, produto ou serviço e por isso tendemos a seguir comportamentos já realizados por outrem. Baojun Gao, Nan Hun e Indranil Bose (*apud.* HU e YANG) associam esse comportamento ao que se denomina efeito manada³⁰:

28 Cfr. Thaler & Sunstein, 2019, n.p.

29 Cfr. Ariely, 2008.

30 Cfr. Hu & Yang, 2019: 3.

“According to the theory of herding behavior, consumers are more likely to imitate predecessors’ behavior in considering/booking a hotel with more recent booking times due to presumed lower uncertainty and stronger trustworthiness of that hotel.”

Masiero *et al.* apontam que outra técnica bastante utilizada que leva os consumidores a agirem de forma mais instintiva que racional e é bastante utilizada pelas OTAs é a informação da limitada disponibilidade de acomodações disponíveis em determinado hotel em decorrência de uma suposta realidade de grande procura por determinada acomodação³¹. Para Hu e Yang³², os consumidores tendem a atribuir mais valor a um produto ou serviço quanto mais baixa a disponibilidade, fazendo com que ele seja mais atraente.

A influência da arquitetura de escolhas colocada à disposição dos consumidores em plataformas de hotéis efetivamente faz com que o processo de decisão se concentre dentro da própria plataforma de modo que, embora não possamos afirmar que isso invariavelmente causará uma má escolha para o consumidor, o fará realizar uma tomada de decisão com as informações que a própria OTA quer que ele tenha acesso sem precisar que busque informações exteriores, inclusive quanto ao preço.

5.2 Primeiro contato com a acomodação e escolha

Uma das informações colhidas na pesquisa da Bundeskartellamt foi a relação entre o canal de reserva do hotel e o fato do consumidor já conhecer ou não a respectiva acomodação. A ideia era saber se existiria alguma relação entre o fato de o consumidor já ter utilizado o serviço de um hotel específico e a escolha do modo de reserva da acomodação em uma nova oportunidade. Os primeiros números mostram que a maioria dos consumidores entrevistados (62,26%) estavam a reservar uma acomodação que nunca haviam conhecido, enquanto (37,48%) tendiam a reservar acomodações que já conheciam³³.

Quando se comparou esses números com o canal de reserva utilizado, percebeu-se uma dinâmica diferente entre os consumidores, pois aqueles que não conheciam a acomodação e a encontravam pela primeira vez majoritariamente efetivaram a reserva por meio das plataformas de reservas (OTAs),

31 Masiero *et al.*, 2020, n.p.

32 Cfr. Hu & Yang, 2019.

33 Table 40: Accommodation known prior to Booking.

enquanto aqueles que já eram clientes da acomodação majoritariamente reservaram pelo próprio canal de reservas do hotel³⁴.

	Hotel known prior to booking	Hotel not known prior to booking	No answer given /Don't know		Total
Hotel website / hotel app (real-time booking facility)	63.08%	36.73%	0%	0.2%	100%
Booking.com	27.67%	72.06%	0.11%	0.16%	100%
Expedia	19.44%	78.33%	2.24%	0%	100%
HRS	46.97%	53.03%	0%	0%	100%
Total	37.48%	62.26%	0.12%	0.14%	100%

Os dados acima revelam uma relação direta com a confiança do consumidor no alojamento com o fato dele optar por ou não por reservar no próprio canal de reservas do hotel. O consumidor que não conhece o alojamento prefere reservar por meio das plataformas de reservas, pois a confiança nesse caso refere-se à OTA na qual o hotel foi encontrado. Se cruzarmos os dois dados mencionados nesse tópico fica evidenciado uma grande vantagem para as grandes plataformas de reservas, já que a maioria dos consumidores reserva hotel que nunca lá esteve, e nesse caso as reservas são efetivadas majoritariamente pelas plataformas de reservas, como Booking.com, Expedia e HRS.

Assim, o viés da confiança também deve ser considerado no âmbito das plataformas de reservas de hotel. O fato de confiar em alguém ou em alguma empresa faz com que tenhamos maior propensão a querer manter uma relação e também a minimizar as falhas morais ou desconsiderá-las. Agaga et El-Masry relatam que o fator confiança do consumidor de serviços de hotéis é fundamental para o sucesso do relacionamento com os clientes e sugerem àqueles de operam plataformas de reservas³⁵:

“First, the knowledge of the antecedents of consumer trust, commitment, attitude and the influence of these factors on intentions to book hotel online is useful for managers who should develop strategies and actions aimed at increasing the consumer trust, commitment and attitude towards their websites and, consequently, the consumers’ intentions to book hotel online.”

³⁴ Table 41: Accommodation known prior to booking broken down by booking channel – raw data record.

³⁵ Cfr. Agaga & El-Masry, 2016: 63.

Se analisarmos outro dado, a vantagem da Booking.com se mostra ainda significativa, pois a maioria dos consumidores que encontraram sua acomodação pela primeira vez na internet, 67.72% encontraram na plataforma Booking.com.³⁶ Para se ter uma ideia do poder da plataforma no mercado de reservas, na mesma tabela, o Google possui um percentual de 6.99%, ou seja, em busca de hotéis a Booking.com supera em quase 10 vezes a maior plataforma de buscas em geral do mercado.

Em resumo, o padrão de comportamento do consumidor nesse aspecto é o seguinte: 1) os consumidores em sua grande maioria reservam hotéis nos quais nunca se hospedaram, o que é natural já que a maioria das pessoas viajam para lugares onde nunca esteve; 2) o lugar onde mais se busca e se encontra esses hotéis é na Booking.com e 3) encontrando o hotel pela primeira vez, os consumidores em sua maioria reservam por meio da plataforma de reserva onde o encontraram, e não nos canais de venda da própria acomodação.

5.3 Relação entre o local onde a acomodação foi encontrada com a efetivação da reserva.

Vimos nas duas seções anteriores que os consumidores em sua maioria não realizam uma ampla pesquisa de mercado antes de decidir sobre a acomodação que irão reservar, como também existe uma estreita relação entre o local onde foi encontrada a acomodação pela primeira vez e o canal de efetivação das reservas, tudo favorecendo o mercado das OTAs, considerando o padrão de comportamento dos consumidores nos aspectos relacionados.

Embora já possamos falar em indícios de uma fraca hipótese de *free riding* no contexto delineado, uma outra informação trazida na pesquisa é fundamental para comprovação da ocorrência ou não do efeito carona. A questão era saber se os consumidores que encontram seu hotel de preferência mediante busca no Booking.com efetivamente reservam dentro da plataforma ou se consolidaram a reserva em outros canais, sejam outras OTAs, seja nos sites diretos das acomodações.

Uma informação que reputamos importante ressaltar é que na maior parte do período da pesquisa realizada, não estava em vigor qualquer regra de paridade de preços, de modo que os hotéis poderiam fixar livremente as suas tarifas e divulgá-las amplamente em qualquer canal de vendas (*on-line* e *off-line*).

Os números revelaram que 99.02% dos consumidores que encontraram o hotel pela primeira vez na Booking.com realizaram a reserva por meio

36 Tabela 44 - Bundeskartellamt - Relatório de investigação sobre as cláusulas de paridade de preços.

da própria plataforma, e somente 0.68% encontraram o hotel na Booking.com e reservaram diretamente no site do respectivo hotel, demonstrando de forma bem clara a quase inexistência do efeito *free riding* num contexto de inexistência de cláusulas de paridade de preço em todas as suas versões (*narrow and wide*).

Location where the accommodation was found	Booking channel / booking location ³⁷				Total
	Hotel website	Booking	Expedia	HRS	
Booking.com	0.68%	99.02%	0.2%	0.11%	100%
Expedia	0%	0%	100%	0%	100%
HRS	3.6%	2.78%	0%	93.63%	100%
Google	47.34%	37.94%	4.05%	10.67%	100%
Trivago	13.1%	11.36%	45.05%	30.49%	100%
TripAdvisor	0%	100%	0%	0%	100%
Check24	22.78%	61.74%	0%	15.48%	100%
AirBnB	100%	0%	0%	0%	100%
Hotel.de	100%	0%	0%	0%	100%
hotels.com	0%	100%	0%	0%	100%
holidays.hrs.com	100%	0%	0%	0%	100%
Another website	49.61%	42.89%	0%	7.5%	100%
No answer given	45.9%	54.1%	0%	0%	100%
Don't know	33.91%	60.73%	0%	5.36%	100%
Total	10.34%	78.06%	2.13%	9.48%	100%

A tabela acima demonstra que a concorrência travada entre a Booking.com e os canais de reservas dos próprios hotéis por novos clientes não ocorre dentro da OTA e sim no âmbito de busca no Google. Isso revela um padrão de comportamento bem interessante, pois parte dos consumidores que reservam por meio das plataformas das acomodações diretamente têm por regra a busca prévia no Google e daqui alguns consumidores migram para o Booking.com. O caminho Booking.com para plataforma da acomodação foi

³⁷ Tabela 46: Justaposição do local onde se encontrou o alojamento e o canal de reserva utilizado/ local de reserva – registo de dados ponderados.

praticamente inexistente, não se podendo falar em parasitismo a ser combatido pelo Direito da Concorrência.

A racionalidade econômica do consumidor, argumento amplamente utilizado pelas plataformas de reserva de hotéis, não foi observada em larga medida pela pesquisa realizada. Pelo contrário, o consumidor foi submetido a uma arquitetura de escolhas relativamente complexa e repletas de *nudges*, ou seja, de estímulos para determinadas tomadas de decisão se valendo do chamado viés da conformidade, resumido por Thaler e Sunstein³⁸: “*o que podemos concluir disso é que humanos são facilmente influenciados por outros humanos. E por quê? Um motivo é nossa busca pela conformidade*”.

O bombardeamento de informações (fotos e textos) de uma rede considerável de consumidores causa um efeito comportamental significativo, de modo que os autores comportamentais acima citados asseveram que no âmbito da arquitetura de escolhas um excelente *nudge* é bem simples, basta dizer a quem está prestes a tomar uma decisão o que as outras pessoas estão fazendo. Nesse caso, a informação em sua grande maioria é sobre viagens incríveis, em lugares perfeitos e experiências inigualáveis, tanto que os autores da economia comportamental alertam³⁹:

“Para que fique claro, estamos afirmando que em todos os âmbitos da vida os arquitetos de escolhas têm incentivos para orientar os usuários nas direções que beneficiam os próprios arquitetos (ou que beneficiam as empresas que os empregam), e não os próprios usuários.”

Além disso, não podemos esquecer que outras ferramentas de venda *on-line* são amplamente utilizadas pelas plataformas de comércio como os programas de fidelização para fins de acúmulo de pontos, descontos progressivos, vantagens adicionais (*early check-in*, *late check-out*, café da manhã, dentre outros). Soma-se a isso o pesado investimento em marketing e captura de dados acerca do perfil de consumo dos potenciais clientes, que posicionam as grandes OTAs, em termos de uso de tecnologia, bem a frente das redes de hotéis, cuja comercialização das acomodações é apenas uma das partes do negócio, pois além disso, a operação compreende uma série de atividades outras.

Outra ferramenta bastante utilizada pelas OTAs é o conhecimento e as pesquisas já realizadas sobre o comportamento dos usuários de sites de busca como o Google. Há inúmeros estudos comprovando que os usuários

38 Cfr. Thaler & Sunstein, 2019, n.p.

39 Cfr. Thaler & Sunstein, 2019, n.p.

de buscadores muito raramente passam das 3 primeiras páginas do resultado das pesquisas⁴⁰, e as plataformas de reservas sabem dessa característica e dela se valem porque não deixam de guardar similitude com os buscadores tradicionais, no sentido de que o consumidor apresenta uma demanda que logo é seguida de uma resposta em muitas páginas e opções a serem escolhidas⁴¹.

De fato, o comportamento do consumidor é sensivelmente explorado pelas plataformas de reservas e a isso se deve grande parte do sucesso que apresentaram na última década, se consolidando como o principal meio através do qual os consumidores de serviços hoteleiros realizam as suas reservas praticamente em todo o mundo. Dessa forma, não há como o Direito da Concorrência desconsiderar essas características de consumo peculiares desse mercado, quando diante de questões concorrenciais postas a análise, tais como as cláusulas de paridade objeto do presente estudo.

5.4 Outras considerações relevantes sobre o estudo realizado pela autoridade da concorrência alemã.

Vimos do início do nosso texto que a pesquisa alemã foi dividida em 3 partes e que nos concentraríamos na terceira que guarda relação direta com o tema da economia comportamental que se desenvolveu. Os dois outros temas, entretanto, são de significativa importância para o direito da concorrência, nomeadamente o primeiro que fez uma análise econômica da evolução das plataformas no mercado alemão e seu poder de mercado nos últimos anos, de modo que traremos algumas conclusões que reputamos interessantes nesse momento.

Inicialmente, verificou-se na pesquisa realizada que os entre 2013 e 2017 as plataformas de reservas tiveram um crescimento de 80 a 90%. A booking.com especificamente tinha uma participação no mercado alemão de 10-15% em 2013, passou 60-65% em 2017, com um crescimento anual médio de 20%, inclusive num contexto de inaplicabilidade de cláusulas de paridade de preços. Os números da Expedia demonstram também um crescimento exponencial, com seu faturamento em comissões dobrando entre 2012 e 2017.

40 Segundo o estudo da autoridade da concorrência alemã (Parágrafo 170), 70.8% dos consumidores que reservam por meio de plataformas, escolhem os hotéis classificados entre 1 e 5 na lista de resultados.

41 Atualmente, a Booking.com deixa uma informação bem clara no seu buscador sobre os fatores que influenciam no posicionamento das acomodações no seu sistema de busca. Informam ao consumidor que o ranking padrão (realizado sem qualquer filtro do consumidor) depende da taxa de cliques, reservas brutas e reservas líquidas, além do valor pago de comissão, rapidez no pagamento e participação em programa de parceria. https://www.booking.com/content/how_we_work.pt-br.html

Além desses números, outros fatores apontados na pesquisa revelaram um franco crescimento das plataformas de reserva na Alemanha. O número de funcionários vem aumentando significativamente e o número de hotéis parceiros também, de modo que a Booking.com, por exemplo, dobrou o número de hotéis parceiros entre os anos de 2013 e 2017. Em resumo, o relatório apontou⁴²:

“Against the backdrop of the investigation results, it is not apparent in summary that Booking.com’s turnover and market position on the German hotel platform market were adversely affected by the removal of the broad price parity clause or the prohibition of the narrow price parity clause. On the contrary, Booking.com has always managed to increase turnover, booking figures and the number of contracting partners in recent years. Booking.com has by far the highest market coverage of hotels located in Germany. This economic success is also mirrored by the fact that it has greatly increased its number of employees. In addition, Booking.com obviously continues to have considerable financial opportunities in the online advertising sector.”

Esse ponto nos leva à última parte da pesquisa que analisou junto aos hotéis parceiros qual a relação deles com as plataformas de reservas, o que elas representam no faturamento dos alojamentos e qual o grau de dependência que têm em relação a elas. Em relação especificamente ao Booking.com os resultados⁴³ demonstram um grau de imprescindibilidade significativo:

Presence on Booking.com	All accommodaions		Accommodations ≤ 21 rooms		Accommodations ≤ 100 rooms	
	Number	Percentage	Number	Percentage	Number	Percentage
Is virtually indispensable in economic terms for the my hotel room sales	160	64.5%	77	63.1%	25	83.3%
Is important for my hotel but we could also manage with-out it	73	29.4%	38	31.1%	04	13.3%
Has no tangible effect on bookings	12	4.8%	7	5.7%	01	3.3%
Is an economic disadvantage for my hotel	3	1.2%	0	0%	0	0%
Sum total	248	100%	122	100%	30	100%

42 Cfr. Bundeskartellamt, 2020: 14.

43 Tabela 22: Relevância do Booking.com para as acomodações.

Interessante observar ainda nesses números que se fez uma separação das pequenas acomodações (menos de 21 quartos) e das grandes acomodações (mais de 100 quartos), e o Booking.com se revelou mais essencial aos grandes hotéis, que pelo menos em tese, teriam maiores condições econômicas de criar mecanismos de divulgação e reserva de apartamentos autônomos, programas de fidelização, dentre outros mecanismos comerciais.

Ainda se revelou na pesquisa que a grande maioria das acomodações pesquisadas desenvolvem estratégias para obterem boas avaliações no Booking.com, bem como mecanismos para aumentar o quantitativo de reservas feitas pela plataforma líder⁴⁴. Sobre esse grau de dependência das acomodações em relação à Booking.com, um estudo de Abdullah *et al.* envolvendo centenas de acomodações na Bélgica confirma os achados da Autoridade da Concorrência da Alemanha⁴⁵:

“The findings clearly demonstrate a statistically and economically important positive effect on profitability among hotel properties that participated in Booking.com compared to those that did not, suggesting that participation in OTAs is a net positive for hotel properties and that the resulting revenues outweigh the costs involved.”

Se alinharmos o comportamento do consumidor que explanamos nos tópicos anteriores, considerando os vieses cognitivos e heurísticas comportamentais, considerando o modo com os hotéis se relacionam com as plataformas de reservas, nomeadamente o Booking.com, e o crescimento no mercado dessas empresas, fica evidenciado o discreto efeito *free-riding* teoricamente propiciado pela aplicação das cláusulas de paridade de preços.

5.5 Desfecho do processo Alemão envolvendo as plataformas de reservas.

Como já explanamos acima, a decisão inicial em 2015 da Autoridade da Concorrência Alemã que impedia a utilização das cláusulas MFN foi suspensa pelo Tribunal Regional Superior de Düsseldorf. Em face dessa decisão, a Bundeskartellamt apresentou recurso à Tribunal Federal de Justiça (Bundesgerichtshof), que acabou por concordar com os fundamentos em maio de 2021⁴⁶, confirmando a posição da Autoridade da Concorrência no sentido

44 Vide Tabela 23. Medidas destinadas a melhorar o posicionamento do hotel no Booking.com

45 Cfr. Abdullah, 2022: 1035.

46 Cfr. Bundesgerichtshof bestätigt Unzulässigkeit der “engen Bestpreisklauseln” von Booking.com, disponível em: <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/2021099.html>

de que a utilização das cláusulas MFN por parte da Booking.com, viola as normas europeias da concorrência.

A Bundesgerichtshof não concordou com a ideia de as cláusulas seriam uma espécie de contrato acessório indispensável ao contrato de agência, logo não seria isenta ao disposto no art. 101.º, n.º 1 do TFUE, como também entendeu pela inaplicabilidade do regulamento de exceções verticais da Comissão Europeia, visto que a Booking.com teria uma cota superior a 30% do mercado relevante no segmento de plataformas de hotéis na Alemanha. Ainda julgou inaplicável a exceção individual do art. 101.º, n.º 3 do TFUE, ponderando-se, por exemplo, os números que demonstraram o franco crescimento da plataforma num contexto em que as cláusulas de paridade não estavam sendo aplicadas.⁴⁷

6. ECONOMIA COMPORTAMENTAL E AVALIAÇÃO DE PRÁTICAS ANTICORRÊNCIAIS

Os casos analisados no presente relatório demonstram que as respectivas autoridades da concorrência proferiram decisões (no caso do Brasil, parecer favorável seguido de um acordo de cessação de prática), tendo em conta aquilo que presumiam ser o comportamento dos consumidores dentro da realidade posta em causa. Isso por si demonstra a importância da economia comportamental para o direito da concorrência, não apenas nos casos envolvendo plataformas de reservas de hotéis, mas para qualquer situação que envolva economia digital.

Os grandes players do mercado digital estão a investir muitos recursos em estudos para entender como a mente dos consumidores funciona e a partir daí obter o padrão de comportamento desejado para o desenvolvimento de seus negócios. O direito da concorrência e seus aplicadores, notadamente as autoridades da concorrência, não podem ficar para trás e devem compreender o comportamento dos consumidores, pois a partir daí poderão proferir decisões mais assertivas.

Akman, em estudo empírico comportamental realizado com mais de 11.000 consumidores, em uma dezena de países em todos os 5 continentes,

47 Já há notícias que após a decisão da justiça alemã confirmando o entendimento da autoridade da concorrência, alguns hotéis estão ajuizando ações civis de reparação de danos em face da Booking.com por ter utilizado ilegalmente as cláusulas de paridade de preços. Disponível em: <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/DMA%2520-%2520Paper%2520conjunto%2520da%2520ECN.pdf>

incluindo o Brasil, advertiu sobre a necessidade de as autoridades da concorrência estarem atentas aos fenômenos comportamentais⁴⁸:

“Behavioural economics demonstrates that the way in which choices are presented to people— “choice architecture” —can have large effects on the choices that people make. In the online platform context, a “nudge” to use a particular browser as a default, for example, can entrench the position of that browser. Similarly, empirical research has identified “dark patterns” used by some websites which exploit cognitive biases of consumers such as default and framing effects. The importance and relevance of defaults to competition in online platform markets have, indeed, received substantial attention from authorities recently, as discussed below.

(...)

Finally, empirical evidence from the demand side can contribute to a better understanding of market conditions and competition on the supply (i.e., business user) side of platform markets where the platform provides a service to business users (in competition with other platforms) to, for example, “match” them with consumers.”

Segundo a OCDE (2012), as Autoridades da Concorrência podem utilizar a economia comportamental de inúmeras formas e compreender o “mundo real” diferentemente do que seria possível com a utilização das bases da economia neoclássica, considerando que essa oferece um padrão estático dos agentes econômicos.

Além disso, a organização propõe que na análise de casos poderia ser realizada com base em 4 cenários diferentes: o primeiro, partindo da premissa que empresas e consumidores seriam racionais; num segundo que pressupõe a maior racionalidade das empresas que dos consumidores; um terceiro pressupondo uma racionalidade limitada das empresas; e um quarto e último segundo o qual tanto empresas como consumidores seriam guiados por vieses e heurísticas diversas. Especificamente em relação ao processo de tomada de decisão objeto da presente pesquisa a OCDE (2012)⁴⁹ enfatiza:

“Another important contribution of behavioural economics concerns search costs. The question of when does competition in the sense of additional entry into the market help consumers relates to the question of search because as long as consumers search properly to obtain the best deal according to their preferences, additional entry can never harm

48 Cfr. Akman, 2021: 37.

49 Cfr. OECD, 2012: 8.

consumers. In contrast, when search is impaired, some consumers will not search at all, or will make errors in the search process. In such a situation additional entry can harm consumers. It is so because when search is impaired, firms typically have two strategies: they can either focus their efforts on the mass searching consumers or they can exploit the consumers who do not search. Behavioural economics can help competition authorities understand what is driving search cost, how search is impaired through such practices as shrouding or drip pricing. This is a clear example of where intuition from the neoclassical models can be enhanced by behavioural economics.”

Os avanços dos estudos da economia comportamental não podem ser desconsiderados no ambiente da concorrência, pois embora muitas práticas comerciais que se utilizam das técnicas comportamentais sejam legítimas, e em alguns casos até auxiliem o consumidor no processo de tomada de decisão, não raras vezes também a irracionalidade humana é utilizada para obtenção de vantagens de legitimidade questionável, e isso deve ser analisado nos casos concretos postos à apreciação sob o enfoque do direito da concorrência.

7. CONCLUSÃO

Vimos no presente relatório que o ser humano do ponto de vista econômico pode ser considerado um ser que age com máxima racionalidade como preceitua a economia tradicional, ou seja, aquele que busca a máxima eficiência na alocação dos seus recursos, buscando a maximização do bem-estar, considerando todas as alternativas possíveis quando diante de um processo de escolha.

Já a economia comportamental, corrente mais recente que parte da interação entre economia e psicologia, irá tratar o ser humano como alguém que no processo de tomada de decisão age guiado por heurísticas (atalhos mentais) e vieses cognitivos (falhas de julgamento) que fazem com que a irracionalidade humana aflore através de condutas intuitivas e instintivas, manifestando um ser econômico bem diferente do primeiro modelo acima mencionado, visto que essas características cognitivas os farão tomar decisões que podem até ser desvantajosas economicamente.

Partindo dessas premissas, vimos que a temática interessa ao direito da concorrência na medida em que a proteção do consumidor se encontra dentro do espectro de sua atuação. Assim, compreender o processo de tomada de decisão, mais especialmente no contexto da economia digital, mostra-se

imprescindível àqueles que aplicam o direito concorrencial, nomeadamente as autoridades de concorrência, para quem tem sido postos inúmeros desafios da “era digital”.

Escolhemos uma prática específica para ilustrar nossa pesquisa, a análise da utilização das cláusulas de paridade de preços praticadas por plataformas de reservas de hotéis como Booking.com, Decolar, Expedia, dentre outras. Por meio dessas cláusulas, que podem assumir versões “*wide*” ou “*narrow*”, as plataformas impõem aos hotéis com quem têm contrato a obrigação de não oferecer melhores preços em seus próprios canais de reserva que os preços praticados por meio das plataformas.

Trata-se de uma relação vertical, entre pessoas que se situam em diferentes estágios da cadeia de fornecimento de serviços. Segundo as plataformas de reservas, o estabelecimento da cláusula de paridade seria necessário para evitar o efeito carona ou “*free-rider*”, pois, segundo defendem, o consumidor tendo acesso a melhores condições nos canais de venda da própria acomodação optaria pela melhor alocação dos seus recursos e o hotel se beneficiaria do fato de estar presente na plataforma de onde os clientes seriam desviados para o hotel, em prejuízo das plataformas.

Passamos então a analisar dois casos concretos que foram submetidos a diferentes autoridades da concorrência. O primeiro foi o caso submetido ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE no Brasil e que resultou em um acordo com a Booking.com, que permitia a manutenção das cláusulas estreitas de paridade “*narrow clauses*”. Vimos que a apreciação do CADE, seguindo um movimento similar de várias autoridades da concorrência pelo mundo, pressupunha que o consumidor agiria com máxima racionalidade, logo, a retirada da cláusula favoreceria o efeito carona.

O segundo caso em análise ocorreu na Alemanha, quando a Bundeskartellamt, autoridade da concorrência germânica apreciou exatamente a mesma situação, mas com desfecho diverso. Considerou-se violadora das regras da concorrência o estabelecimento de cláusulas de paridade em qualquer uma de suas versões, estreita ou ampla. Após a suspensão da decisão da autoridade da concorrência em primeira instância pela justiça alemã, encomendou-se um estudo para compreender o comportamento dos consumidores no caso concreto.

Os resultados demonstraram que os consumidores de serviços hoteleiros que utilizam plataformas de reserva agem com pouca racionalidade econômica e o efeito carona praticamente seria inexistente naquele país, de modo que a ausência das cláusulas de paridade não prejudicaria em nada as

plataformas de hotéis, mas apenas prejudicavam a liberdade dos hotéis em fixar seus preços e consequentemente os consumidores que não desfrutariam de uma concorrência livre que propiciaria melhores preços.

Verificou-se ainda que nos últimos anos as plataformas de reservas, notadamente a Booking, com manteve crescimento significativo, se consolidando como principal canal de reservas de hotéis na Alemanha, atingindo uma cota de mercado de 60-65%. Diante de todas essas informações, o Tribunal Federal de Justiça Alemão restabeleceu em 2021 a decisão da Bundeskartellamt.

Restou claro que, no Brasil, o CADE poderia ter chegado a conclusões completamente diferentes das que adotou no caso concreto, se houvesse tido suporte em premissas comportamentais, buscando compreender, através de estudos encomendados, sobre o padrão de comportamento do consumidor brasileiro que utiliza as plataformas de hotéis. Embora não se possa de forma apriorística concluir que a decisão do CADE seria exatamente a mesma que fora adotada na Alemanha, pois dependeria do resultado de estudos similares aos feitos naquele país, sem dúvida seria uma decisão mais qualificada, já que proferida com base em evidências.

Em se tratando de prática potencialmente restritivas da concorrência por efeito, a demonstração dos cenários com e sem a cláusula contratual em debate exigiria do CADE um esforço adicional que demonstrasse a realidade fática e sua possível variação no tempo. Se o argumento central sustentado pelas OTA's tinha como pressuposto básico um comportamento do consumidor que favoreceria a ocorrência do efeito "free rider", nada mais razoável do que confrontar esse argumento, ou quem sabe confirmá-lo, através de estudo técnico apropriado.

O CADE, em nossa opinião, teria plenas condições logísticas e orçamentárias para realizar as investigações necessárias para trazer a melhor decisão possível à sociedade brasileira, o que ainda pode ser feito, considerando que o termo de compromisso firmado tem prazo de validade específico e definido, que não impede que o CADE retome a discussão, dessa vez com suporte em dados empíricos que podem ser produzidos com amostras oriundas de diversas partes do país, considerando as dimensões continentais do Brasil.

Somado a tudo que foi explanado, há diversos estudos da OCDE no sentido de que a economia comportamental pode oferecer valiosos subsídios ao direito da concorrência, pois através dessa perspectiva de análise do comportamento humano no processo de tomada de decisão seria possível antever os efeitos reais dos fenômenos econômicos e a partir daí se tomar decisões mais assertivas acerca da aplicação das regras da concorrência.

Por outro lado, manter-se preso a padrões de comportamento pré-estabelecidos pela economia neoclássica, e a partir deles pressupor, sem base empírica, qual seria o comportamento dos agentes econômicos pode resultar em decisões ou acordos que aparentemente ofereceriam mais eficiência ao mercado, mas que na verdade estão a favorecer significativamente uma parcela da cadeia de distribuição em detrimento de outra e de forma reflexa aos destinatários finais do produto ou serviço.

Se há base científica suficientemente estabelecida no âmbito da economia comportamental que possibilitaria ao CADE investigar o caso com mais profundidade, se valendo de metodologia adequada para validação dos resultados, não há motivo aparente para que tal expediente não seja realizado. Dessa forma, tanto o presente caso, como também as situações submetidas no futuro à autoridade da concorrência brasileira podem seguramente ser submetidas ao estudo científico comportamental, caso haja no seu bojo discussão sobre o comportamento de agentes econômicos envolvidos na prática potencialmente anticoncorrencial sob análise.

BIBLIOGRAFIA

- ABDULLAH, Saddam *et al.*
2022 “The indirect distribution dilemma: assessing the financial impact of participation in Booking.com for hotels”, in *Tourism Review*, vol. 77, n.º 4, pp. 1024-1042
- AGAGA, Gomaa & El-Masry, Ahmed A.
2016 “Understanding the determinants of hotel booking intentions and moderating role of habit”, in *International Journal of Hospitality Management*, vol. 54, pp. 52-67
- AKHTAR, Naeem *et al.*
2020 “Unveiling the effects of figurative meanings in manipulated online hotel reviews on consumers’ behavioral intentions”, in *Asia Pacific Journal of Marketing and Logistics*, vol. 32, n.º 8, pp. 1799-1821
- AKMAN, Pinar
2022 “A web of paradoxes: empirical evidence on online platform users and implications for competition and regulation in digital markets” in *Virginia Law & Business Review*, vol. 16, n.º 2, pp. 217-292
- ARAÚJO, Fernando
2007 *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra: Almedina

- 2021 *Introdução a Economia V. I*, 4. ed., Lisboa: AAFDL
- 2022 *Introdução a Economia V. II*, 4. ed., Lisboa: AAFDL
- ARIELY, Dan
- 2008 *Predictably Irrational*, Nova Iorque: HarperCollins
- ASCENSIO, Hervé
- 2018 *Droit International Economique*, Paris: Presses Universitaires de France
- AVANZI, Dante *et al.*
- 2020 “Uso De Vieses Cognitivos Em Ativações De Merchandising E O Efeito Nas Vendas Nos Supermercados” in *Revista de Administração de Empresas*, vol. 60, n.º 4, pp. 267-272
- AVILA, Flávia & BIANCHI, Ana Maria (orgs.)
- 2015 *Guia de Economia Comportamental e Experimental*, São Paulo: Economia-comportamental.org
- AVILA, Francisco E. Beneke
- 2022 “The German Federal Supreme Court’s Judgment in Booking.com as a Case Study of the Limitations of Competition Law” in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. IIC 53, pp. 1374-1386
- AZEVEDO, Yuri Gomes Paiva *et al.*
- 2021 “A influência da capacidade cognitiva nos vieses cognitivos gerados pela heurística da representatividade” in *Revista Brasileira de Gestão de Negócios*, vol. 23, pp. 180-205
- BUCHANAN, James
- 2020 *Razões para as regras. Porque o sistema cria regras tão previsíveis*. Amazon Digital Services
- 2021 *Custo e Escolha: uma indagação em teoria econômica*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal
- BUNDESKARTELLAMT
- 2013 *Decision in The Administrative proceedings* de 20 de dezembro de 2013, hotel portal Market, B9-66/10
- 2020 *The effects of narrow price parity clauses on online sales – Investigation from the Bundeskartellamt’s Booking proceeding*, Bonn: Bundeskartellamt, Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Schriftenreihe_Digitales_VII.pdf?__blob=publicationFile&v=3
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)
- 2018 Nota Técnica de 20 de março de 2018, n.º 10/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE

- CARLTON, Dennis W. & CHEVALIER, Judith A.
2001 “Free Riding and Sales Strategies for the Internet” in *The Journal of Industrial Economics*, vol. 49, n.º 4, pp. 441-461
- EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN)
2021 “O papel das autoridades nacionais da concorrência no reforço do regulamento dos mercados digitais (DMA)”, *Paper Conjunto dos Presidentes das Autoridades Nacionais da Concorrência da União Europeia*
- EZRACHI, Ariel
2015 “The competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce” in *Oxford Legal Studies*, Research Paper n.º 55
- FERRAZ, Daniel Amin
2013 “A Jurisprudência Norteamericana e Europeia sobre os Acordos Horizontais e Verticais: Substrato para Análise da Matéria no Brasil” in *Brazilian Journal of International*, vol. 10, n.º 1, pp. 232-ss
- FREIRE, Paula Vaz
2008 *Eficiência económica e restrições verticais: os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência*, Lisboa: AAFDL
- HEINEMANN, Andras
2014 “Behavioural trust: a more realistic approach to competition law” in Klaus Mathis *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Springer: Lucerne
- IYENGAR, Sheena S. & LEPPER, Mark R.
2000 “When Choice Is Demotivating: Can One Desire Too Much of a Good Thing?” in *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 79, n.º 6, pp. 995-1006
- 2012 *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*, Rio de Janeiro: Editora Rocco
- KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack & THALER, Richard H.
1991 “Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias” in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, n.º 1, pp. 193-206
- KIM, Jong Min; LIU, Jiahao & YOUSAF, Salman
2023 “Does change in the scoring system impact service evaluation? Evidence from Booking.com” in *International Journal of Contemporary Hospitality Management*, vol. 35, n.º 3, pp. 828-847
- LEFEVRE, A. & CHAPMAN, M.
2017 “Behavioural economics and financial consumer protection” in OECD *Working Papers on Finance, Insurance and Private Pensions*, n.º 42, Paris: OECD Publishing

- MASIERO, Lorenzo; Vigilia, Giampaolo & NETO-GARCIA, Marta
 2020 “Strategic consumer behavior in online hotel Booking” in *Annals of Tourism Research*, vol. 83, n.p.
- NIKOLOVA, Milena S.
 2021 *Behavioral Economics for Tourism: Perspectives on Business and Policy in the Travel Industry*, Londres: Academic Press
- OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF
 2019 Decisão final de 04 de junho de 2019, Kart 2/16(V), ECLI:DE:OLGD:2019:0604.KART2.16V.00
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD)
 2012 “Competition and behavioural economics” in Annex to the summary record of the 115th meeting of the competition committee held, [https://one.oecd.org/document/DSTI/CP\(2023\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DSTI/CP(2023)6/en/pdf).
 2017 “Use of Behavioural Insights in Consumer Policy” in *OECD Science, Technology and Industry Policy Papers*, Paper n.º 36
 2020 *Abuse of dominance in digital markets*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2012\)2/ANN5/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2012)2/ANN5/FINAL/en/pdf).
 2023 *Applying Behavioural Insights to Consumer and Competition Policy and Enforcement*, [https://one.oecd.org/document/DSTI/CP\(2023\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DSTI/CP(2023)6/en/pdf).
- PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira
 2017 “Racionalidade económica e virtude: conciliação ou divergência?” in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Vol. 3, n.º 6, pp. 303-320
- PEREIRA NETO, Caio Mário S.; PASTORE, Ricardo Ferreira & PAIXÃO, Raíssa
 2022 “Competition Law Enforcement in Digital Markets: The Brazilian Perspective on Unilateral Conducts” in *The Antitrust Bulletin*, vol. 67, n.º 4, pp. 622-641
- RITA, Paulo *et al.*
 2022 “Impact of the rating system on sentiment and tone of voice: A Booking.com and TripAdvisor comparison study” in *International Journal of Hospitality Management*, vol. 104, n.p.
- RODRIGUES, Nuno Cunha
 2021 “A cooperação internacional no âmbito das políticas de concorrências dos PALOP” in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 46-47, pp. 16-35
- SHELANSKI, Howard A.
 2013 “Information, innovation, and competition policy for the internet” in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 161, n.º 6, pp. 1663-1705
- SILVA, Miguel Moura e
 2010 *O abuso de posição dominante na Nova Economia*, Coimbra: Almedina

- 2012 “Abusos de Exploração sobre os Consumidores: uma revolução silenciosa no novo regime nacional de proibição do abuso de posição dominante?” in *Revista de Concorrência e Regulação*, vol. 2, n.º 9, p. 81
- 2018 *Direito da Concorrência*, Lisboa: AAFDL
- THALER, Richard H.
- 2016 *Misbehaving: the making of behavioural economics*, Londres: Penguin
- THALER, Richard H. & SUSTEIN, Cass R.
- 2019 *Nudge: Como tomar as melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*, Tradução Ângelo Lessa, 1ª ed., Rio de Janeiro: Objetiva
- THOMAS, Michael David
- 2019 “Reapplying behavioral symmetry: public choice and choice architecture” in *Public Choice*, vol. 180, n.º 1/2, pp. 11-25
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA
- Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de junho de 1966, EU:FR:1966:56
- TVERSKY, Amos & KAHNEMAN, Daniel
- 1974 “Judgment under uncertainty: heuristics and biases” in *Science*, vol. 185, pp. 1124-1131
- 1979 “Prospect theory: na analysis of decision under risk” in *Econometrica*, vol. 47, n.º 2, pp. 263-291
- ULEN, Thomas S.
- 2014 “European Perspectives on Behavioural Law and Economics” in Klaus Mathis, *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Springer: Lucerne, pp. 03-16
- HU, Xingbao & YANG, Yang
- 2019 “Determinants of Consumers’ Choices in Hotel Online Searches: A Comparison of Consideration and Booking Stages” in *International Journal of Hospitality Management*, vol. 86, n.p.