

AS CLÁUSULAS DE PARIDADE NOS CONTRATOS DE CONSUMO COM AGÊNCIAS DE TURISMO ON-LINE: ANÁLISE SOBRE DESENVOLVIMENTOS NACIONAIS EUROPEUS

Parity clauses on consumption contracts by online tourism agencies: analysis on
European national developments
Revista de Direito do Consumidor | vol. 131/2020 | p. 207 - 223 | Set - Out / 2020
DTR\2020\12733

Ardyllis Alves Soares

Pós-Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Doutor e Mestre em Direito pela UFRGS, com estágio doutoral na Justus-Liebig-Universität Gießen – Alemanha. Especialista em Direito Internacional pela UFRGS e em Direito Empresarial pelo IBMEC/RJ. Diplôme d’Université em Direito Europeu e Francês dos Contratos pela Université de Savoie – França. Foi Consultor Jurídico do Ministério da Justiça para a temática de consumidor e turismo. Bolsista PNP/CAPEs. Advogado. ORCID: 0000-0002-7703-9582 ardyllis@gmail.com

Área do Direito: Civil; Consumidor

Resumo: Este estudo versa sobre a questão das cláusulas de paridade no contexto dos contratos relacionados com as agências de turismo on-line, tendo como foco específico as ações nacionais produzidas em alguns países do território europeu. Baseado em análise realizada, os desenvolvimentos nacionais são apresentados em grupos conforme as diferentes formas das quais os Estados tentaram mitigar ou solucionar o problema. Para alcançar o objetivo, fez-se uso de fontes legislativas, judiciárias, administrativas e governamentais, além de referencial bibliográfico.

Palavras-chave: Consumidor – Concorrência – Plataforma – Cláusulas de paridade – Agências de turismo on-line

Abstract: This paper is on the parity clauses in the context of the contracts related to the online travel agencies having as specific focus the national actions produced in some countries in Europe. Based on the analysis, the national developments are presented in groups based on the different ways in which States tried to mitigate or solve the matter. To achieve the objective, legislative, judicial, administrative and governmental sources were used, in addition to bibliographic references.

Keywords: Consumer – Competition – Platform – Parity clauses – Online travel agencies

Assista agora aos comentários do autor sobre este artigo.

Sumário:

1.Introdução - 2.Cláusulas de paridade nos contratos de consumo envolvendo agências de turismo on-line: contextualização e relevância do tema - 3.Quadro comparado dos desenvolvimentos nacionais europeus - 4.Considerações finais - 5.Referências bibliográficas

1.Introdução

Este estudo tem como objetivo apresentar e analisar as maneiras pelas quais alguns Estados europeus resolveram tratar de uma temática relevante tanto para o Direito do Consumidor quanto para o Direito da Concorrência. Trata-se da questão das cláusulas de paridade on-line nos contratos de consumo envolvendo, em um dos polos da relação de consumo, as agências de turismo on-line (sigla em inglês, OTA).

Com o objetivo de elaborar um estudo mais analítico, foi feita uma análise prévia que permitiu reconhecer semelhanças e singularidades entre essas iniciativas. São essas confluências e peculiaridades que são utilizadas para demonstrar a diversidade de

iniciativas estatais, sendo que as que demonstraram similitude de ações foram agrupadas, deixando isolados os contextos nacionais que as diferenciaram das demais.

Para efeito de delimitação do tema, este estudo não terá como foco questões de natureza supranacional. Portanto, reitera-se como objeto da análise somente abordagens e normatizações nacionais de alguns Estados europeus.

2. Cláusulas de paridade nos contratos de consumo envolvendo agências de turismo on-line: contextualização e relevância do tema

O comércio eletrônico é um dos mais relevantes meios de celebração de contratos de consumo atualmente. Como consequência disso, é crescente o poder de mercado exercido por empresas com atuação exclusivamente digital.

Dessas, a plataforma de intermediação¹ ocupa uma posição de destaque nesse contexto. As chamadas plataformas bilaterais ou multilaterais passaram a ser de grande interesse, por permitir a reunião de dois grupos com interesses convergentes, aproveitando-se, assim, do que a economia chama de efeitos de rede, ou seja, o fenômeno de levar mais pessoas e empresas a participar, nesse caso, de uma plataforma, por vislumbrar a possibilidade de ganhos econômicos pelas fornecedoras e diversidade de produtos para escolher exatamente o que se deseja por parte do consumidor, reduzindo custos de transação.² Pelo poder econômico existente das plataformas, temas como direito à informação, transparência e concorrência, entre outros, são descritos como pontos de atenção para a proteção do consumidor.³

Nesse contexto, igualmente se inserem as chamadas agências de turismo on-line (sigla em inglês, OTA). Com foco especial, mas não exclusivamente, em reservas de quartos em estabelecimentos de hospedagem, essas empresas passaram a ser objeto da atenção de Autoridades Nacionais da Concorrência por questões contratuais que prejudicavam a concorrência e, igualmente, os direitos do consumidor, com especial destaque para a chamada cláusula de paridade.

Não é recente o alerta para a proteção do consumidor enquanto turista/viajante. Temas como área de danos ao produto, publicidade, condição geral do negócio, proteção dos consumidores diante de preços inflacionados/abusivos, execução de reivindicações de consumidores individuais e prevenção de danos no desenho da proteção em casos de consumo individual já são objeto de preocupação mesmo antes da revolução digital⁴ proporcionada pela internet.⁵ Essa atenção também foi percebida por pesquisadores das relações de consumo na União Europeia, ao ser indicada a proteção do consumidor turista/viajante como uma das orientações futuras para a política e o direito do consumidor do bloco europeu.⁶

A partir das primeiras investigações iniciadas em 2010 pelas Autoridades Nacionais de Concorrência (sigla em inglês, NCA) isoladamente ou em conjunto, por meio da European Competition Network, muito se foi pesquisado e muitas abordagens foram produzidas sobre as cláusulas de paridade em países europeus⁷ e na Direção Geral de Concorrência da União Europeia, especialmente os seus eventuais efeitos danosos à concorrência e ao consumidor.

As cláusulas de paridade são artifícios contratuais utilizados por plataformas de intermediação, incluindo as OTA, para mitigar um comportamento similar ao free rider, ou seja, se aproveitar da visibilidade da plataforma para celebrar contratações fora do ambiente da OTA. Para controlar isso, as OTA utilizam-se das cláusulas de paridade para diminuir a autonomia dos prestadores de hospedagem hoteleira que ofertam em suas plataformas digitais.

Essa limitação se dá por duas espécies de cláusulas de paridade: as amplas e as restritas. Segundo a doutrina⁸, as cláusulas de paridade amplas estabelecem que preços e quartos oferecidos na página web do fornecedor hoteleiro não podem ser menores do

que os oferecidos por uma OTA. Já as cláusulas de paridade restritas permitem ao hotel ofertar seus quartos pelo menor preço em todos os canais de distribuição para outras OTA e para o mercado off-line. No entanto, ambas as cláusulas vedam a oferta de menor preço pela página web do próprio hotel.

Dadas essas informações gerais sobre a cláusula de paridade, buscou-se demonstrar a relevância do tema para a proteção do consumidor no que tange ao direito de uma efetiva concorrência entre os agentes de mercado e o direito à informação da existência desse tipo de cláusula nos contratos entre OTA e prestadores de serviço hoteleiro. Em seguida, será demonstrado de que forma Estados europeus agiram para efetivar esses direitos do consumidor.

3. Quadro comparado dos desenvolvimentos nacionais europeus

Nesta parte do estudo, serão apresentados os desenvolvimentos nacionais dados à questão das cláusulas de paridade nos contratos de consumo envolvendo OTA em alguns países europeus, sendo, ao todo, oito países. São eles: Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, França, Itália, Suécia e Suíça.

Com base na análise dos desenvolvimentos produzidos por cada um desses países, buscou-se sistematizar a exposição dos resultados obtidos conforme as peculiaridades estabelecidas por cada país, reunindo-os em grupos quando houver semelhança nas atuações. Foram usadas como referências para estabelecer diferenciais e semelhanças entre os países as ações realizadas, de forma conjunta ou separada, pelos seguintes entes estatais: I) Autoridade Nacional da Concorrência; II) Poder Judiciário; III) Poder Legislativo; e IV) Poder Executivo.

Com base nesses referenciais, foram obtidas seis formas distintas de atuação estatal para tratar a questão das cláusulas de paridade nos contratos de consumo envolvendo OTA, o que já demonstra a complexidade em avaliar a intensidade do impacto jurídico dessas cláusulas para violar direitos econômicos do consumidor e qual a solução jurídica adequada para mitigar ou resolver esse problema. Como supramencionado, países com atuação semelhante foram agrupados, permitindo uma análise de uma mesma forma de atuação tendo dois países como elementos de comparação entre si e entre as outras iniciativas.

3.1. Autoridade Nacional de Concorrência e Poder Judiciário

O primeiro dos países que será mencionado é a Alemanha. A contribuição das instituições da Alemanha para a análise das cláusulas de paridade no contexto das OTA foi efetiva desde os primeiros movimentos sobre o tema. Vale aqui recordar que a Autoridade Nacional de Concorrência alemã (Bundeskartellamt – BKartA) foi uma das autoridades nacionais a participar dos supramencionados primeiros movimentos das Autoridades Nacionais de Concorrência, conforme descrição realizada na parte relacionada à análise da União Europeia supra.

O BKartA foi responsável por importantes julgados que versaram sobre as cláusulas de paridade no contexto das OTA. A pluralidade de julgados demonstra a devida importância do problema nestes últimos anos e, por isso, faz-se pertinente uma análise desse histórico de casos.

A primeiro que deve ser mencionado ocorreu quando o BKartA iniciou processo administrativo contra a HRS, uma das principais OTA na Alemanha.⁹⁻¹⁰ Após todo o trâmite processual, a fornecedora foi condenada, em dezembro de 2013, à proibição do uso de cláusulas de paridade em seus contratos.¹¹ Utilizou-se como fundamento dessa decisão a seção 1 da Lei contra a Restrição da Concorrência – GWB¹², que proíbe acordos restritivos, com o art. 101(1) do TFUE, atos incompatíveis à livre concorrência, além da seção 19 (1), (2) 1, da GWB, sobre comportamentos proibidos de empresas dominantes.

Não satisfeita com a decisão supra, a fornecedora apelou ao Tribunal Regional (Oberlandesgericht – OLG) de Düsseldorf, buscando reformar a decisão do órgão concorrencial.¹³ Em janeiro de 2015, o OLG Düsseldorf se posicionou pela manutenção da decisão do BKartA, mantendo a vedação de uso das cláusulas de paridade pela HRS.¹⁴

Um segundo caso de importância para esse cenário envolveu a Booking.com.¹⁵ Em um processo igualmente analisado no BKartA, em dezembro de 2015, a fornecedora foi condenada à proibição de uso de cláusulas de paridade restritas.¹⁶ Da mesma forma, a empresa resolveu recorrer ao OLG Düsseldorf com a finalidade de reverter a decisão do BKartA, sem êxito. O referido tribunal regional igualmente confirmou a posição do órgão concorrencial, mantendo a proibição de uso das cláusulas de paridade restritas.¹⁷

Até esse momento, houve uma uniformidade de entendimentos das duas instituições. Entretanto, essa afinidade de posicionamentos deixou de existir em virtude de um julgado mais recente. Em junho de 2019, O OLG Düsseldorf reanalisou o caso da HRS supra e se posicionou a favor do uso das cláusulas de paridade, por considerar que não havia possibilidade de elas causarem dano à concorrência e por considerar que a sua proibição instiga o movimento de consultar a plataforma para a escolha de opções para celebrar o contrato de forma direta com os fornecedores, cancelando a decisão do BKartA do referido caso.¹⁸

Dessa forma, esse julgado modificou para o extremo oposto o posicionamento do próprio tribunal e igualmente foi em descompasso com o posicionamento do órgão concorrencial alemão. Em virtude desse conflito de posicionamento desses dois entes, é muito provável que o caso seja levado ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (Bundesverfassungsgericht) para apresentar o seu posicionamento e definir sobre o caso.

A Suécia foi outro país que teve desenvolvimentos produzidos por órgãos administrativos e cortes nacionais. A primeira ação ocorreu em abril de 2015. Um compromisso que a Autoridade Nacional da Concorrência sueca estabeleceu com a Booking.com, com esta se comprometendo a mudar as cláusulas de paridade amplas para restritas.¹⁹

Posteriormente, em julho de 2018, a Corte de Patente e Mercado sueca decidiu proibir a Booking.com de utilizar cláusulas de paridade.²⁰ Utilizou-se como fundamento a restrição de concorrência e a privação direcionada aos hotéis de poder ofertar preços mais baixos em suas próprias páginas web, além de desestimular a oferta de melhores preços em OTA concorrentes.²¹ Essa decisão foi objeto de recurso à Corte de Apelação de Patente e Mercado.

Na análise do recurso²², em maio de 2019, a corte revisional decidiu que a autora não comprovou que a ação das cláusulas de paridade efetivamente causou prejuízo à concorrência, decidindo reformar a decisão da corte de primeiro grau, além de afirmar a falta de uma clara teoria econômica e a complexidade para melhor avaliar casos como os chamados mercados two-sided ou multisided semelhantes a eles.²³ Dessa decisão não cabe recurso à Suprema Corte sueca.²⁴

3.2. Autoridade Nacional de Concorrência e Poder Legislativo

Como já destacado, as soluções realizadas pelos Estados europeus para o tratamento das cláusulas de paridade envolvendo OTA não foram políticas públicas uniformizadas. Enquanto a atuação na Alemanha e na Suécia ficou adstrita, até o momento, a decisões de tribunais e a atuação da Autoridade Nacional Concorrencial, para outros dois Estados europeus não houve atuação do Poder Judiciário, mas sim de outro dos três poderes, o Poder Legislativo. São esses dois Estados que serão objeto de estudo nesta parte do texto.

O primeiro dos dois países que serão analisados é a França. A primeira ação relacionada ocorreu em abril de 2015. Tendo como fundamento legislativo os artigos L. 464-2 e

R-464-2 do Código Comercial francês, foi celebrado um acordo administrativo estabelecido entre a Autorité de la Concurrence francesa e a Booking.com para evitar o início de um processo administrativo.²⁵ Nele, a fornecedora se comprometeu, principalmente, a alterar o conteúdo das cláusulas de paridade, passando-as de amplas para restritas.²⁶

Um segundo fato de importância para a análise francesa do caso se deu em agosto do mesmo ano de 2015. Trata-se da sanção da Lei 2105-900, que versa sobre o crescimento, a atividade e a legalidade de oportunidades, também conhecida como Lei Macron.²⁷ Nessa lei, o artigo 133 alterou o Código de Turismo, acrescentando a subseção 2 (relações entre hoteleiros e as plataformas de reserva on-line) na Seção 1 (contratos relacionados à hotelaria) do Capítulo I (Hotéis), do Título I (hotéis, albergues coletivos, cafés e bares para beber), do Livro III (equipamentos e instalações). Essa subseção possui quatro artigos (L. 311-5-1 a L. 311-5-4) que regulam a relação entre os empreendimentos hoteleiros e as plataformas digitais, objeto deste estudo.²⁸

Nessa subseção, o primeiro artigo menciona que o contrato existente entre o empreendimento hoteleiro e a pessoa física ou jurídica que explora a plataforma digital para reservas de quartos de hotel só pode ser celebrado por e em nome da empresa hoteleira na forma escrita e sob a forma de um contrato de mandato, espécie contratual regrada pelo Código Civil francês. Além disso, ainda adverte que reserva ao empreendimento hoteleiro a liberdade de oferecer qualquer desconto ou vantagem tarifária, qualquer que seja a natureza desses benefícios, sendo reputada como não escrita qualquer cláusula contratual contrária a esse posicionamento.²⁹ Além disso, o referido contrato deve estabelecer as condições de remuneração do mandatário, além dos preços da locação e dos demais serviços ofertados, sendo essa remuneração acordada livremente entre o fornecedor hoteleiro e a OTA.³⁰

Há previsões de sanções pecuniárias caso a OTA não atue em conformidade com o que estabelece o texto anterior. Em caso de atuação sem existência do referido contrato de mandato, a OTA pode ser punida com o valor de 30 mil euros, podendo chegar a 150 mil euros se a OTA for pessoa jurídica. Se a infração for a não fixação em contrato das condições de remuneração das locações de quarto e serviços conexos, a sanção prevista é de 7.500 euros, podendo chegar a 30 mil euros se a OTA for pessoa jurídica. As supramencionadas infrações deverão ser constatadas por agentes da Autorité de la Concurrence, conforme o artigo L. 450-1 do Código Comercial francês.³¹

Ainda sobre essas novas regras, é indicado que elas se aplicam a qualquer OTA, desde que a locação seja feita em favor de um empreendimento hoteleiro localizado na França. Ela também determina que os contratos entre os fornecedores hoteleiros e as OTA celebrados antes da entrada em vigência da Lei Macron devem cessar seus efeitos jurídicos após a entrada em vigência da referida lei.³²

Prosseguindo com os desenvolvimentos nacionais do tema, a Itália teve uma atuação muito próxima à realizada pela França, havendo uma ação conjugada entre a Autoridade Nacional da Concorrência nacional e o Poder Legislativo. O primeiro ato a se mencionar foi produzido pela Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Em 2015, a Booking.com se comprometeu com a autoridade concorrencial italiana para mudar suas cláusulas de paridade amplas para restritas.³³ Esse acordo foi formalizado pelo Provvedimento 25.442, de 21 de abril de 2015, sendo publicado no Bolletino settimanale, anno XXV, n. 14, de 27 de abril de 2015.³⁴

Além desse compromisso, um movimento legislativo igualmente ocorreu na Itália. Em 29 de agosto de 2017, foi sancionada a Lei Anual de Mercado e Concorrência.³⁵ Nessa lei, o artigo 1 (166) é de importância para esta análise.³⁶ No referido artigo, é normatizado que é nulo todo acordo com o qual a companhia turístico-receptiva se obriga a não praticar à clientela final, com qualquer modalidade ou instrumento, preço, prazo, termo e qualquer outra condição que seja melhor do que a praticada pela mesma empresa através de terceiro, independentemente da lei reguladora do contrato.³⁷

3.3. Autoridade Nacional de Concorrência e Poder Executivo

Continuando o exame dos movimentos nacionais em relação às cláusulas de paridade relacionadas às OTA, um país procedeu do modo diverso de todos os demais, movimentando a Autoridade Nacional da Concorrência e o Poder Executivo. Esse país é a Dinamarca. O primeiro ato ocorreu em julho de 2015, que foi o já mencionado compromisso de modificação das cláusulas de paridade ampla para restrita que envolveu vários países europeus, incluindo a Dinamarca.³⁸

O segundo passo nacional foi a realização de uma pesquisa pela Autoridade da Concorrência e do Consumidor da Dinamarca – KFST³⁹ dos preços oferecidos pelas três maiores OTA no país (Booking.com, Expedia e HRS), em julho de 2016.⁴⁰ A investigação teve como objeto o monitoramento das três grandes plataformas de reserva mencionadas mais 12 hotéis. O preço de reserva desses 12 hotéis foi analisado nas três páginas web pelo prazo de dois meses. Como resultados, o preço de quatro hotéis foi o mesmo nas três plataformas, foi quase o mesmo em outros dois, enquanto que nos seis restantes os preços foram diferenciados em uma ou mais plataformas.⁴¹

Outro passo foi dado em 9 de março de 2018. O Ministro para Assuntos Comerciais, requereu à KFST, com base no artigo 15(2), parte final⁴², da Lei Nacional de Concorrência, estudos sobre o mercado de plataformas de reservas de hospedagem.⁴³

Em virtude dessa demanda, em fevereiro de 2019, foi publicado um estudo denominado “Plataforma de reservas, hotéis e consumidores”.⁴⁴ Os resultados demonstram uma alta dependência dos hotéis às plataformas, com 85% dos estabelecimentos hoteleiros fazendo uso das OTA para fazer reservas, sendo que 70% dos hotéis usam mais de uma das três plataformas⁴⁵. Além disso, percebeu-se que, no mercado hoteleiro de Oslo, o hotel perde, em média, 70% de ocupação dos seus leitos se abandonar as plataformas, demonstrando que o consumidor tem maior fidelidade à plataforma do que ao hotel.⁴⁶ Também ficou demonstrado a baixa dependência dos hotéis dinamarqueses às OTA, ao perceber que 30% das reservas dos hotéis daquele país foram realizadas por meio das OTA⁴⁷ e que mais 40% dos hotéis consultados mencionam não ter ciência da alteração das cláusulas de paridade de amplas para restritas, o que possibilitaria uma negociação quanto aos termos relacionados ao contrato (taxa de comissão, preço, disponibilidade de quartos, entre outros).⁴⁸

Para tornar ainda mais acessível a informação sobre as plataformas digitais, incluindo as OTA, a KFST produziu uma cartilha com informações introdutórias das variadas plataformas digitais.⁴⁹ Nela, apresenta características desse mercado, os mercados nacionais e as peculiaridades de cada uma delas, permitindo, assim, que o consumidor dinamarquês sem muita instrução sobre o tema possa conhecer os aspectos basilares sobre o assunto.

3.4 Autoridade Nacional de Concorrência, Poder Legislativo e Poder Executivo

A Suíça também atuou no contexto das cláusulas de paridade utilizando de variadas instituições e mecanismos para aprimorar o quadro existente. O primeiro passo foi uma decisão administrativa da Comissão de Concorrência – WEKO⁵⁰, a Autoridade Nacional da Concorrência suíça. Em 19 de outubro de 2015, a WEKO impôs, tendo como fundamentos o artigo 5, § 1 (acordo ilegal afetando a concorrência) e § 7 (comportamento desleal) da Lei Federal sobre Cartéis e outras Restrições da Concorrência, às três maiores OTA na Suíça (HRS, Booking.com e Expedia), o banimento das cláusulas de paridade amplas dos seus contratos.⁵¹

Em seguida, houve, como em outros países, um movimento legislativo. Uma moção foi submetida por Pirmin Bischof, um membro do Conselho dos Estados, à casa baixa do Parlamento Suíço. A moção, de número 16.3902, que teve como conteúdo proibir contratos leoninos das plataformas de reserva on-line, incluindo hotéis⁵², foi aprovada em ambas as casas legislativas, o Conselho de Estados⁵³ e o Conselho Nacional⁵⁴ para

excluir dos contratos relacionados as cláusulas de paridade. Com o resultado favorável, essa moção serve para instruir o Conselho Federal, a mais alta autoridade executiva do país, para submeter um projeto de lei à Assembleia Federal.

O terceiro passo foi dado por outra autoridade administrativa. Em setembro de 2017, a Vigilância Suíça de Preço iniciou processo administrativo em face da Booking.com.⁵⁵ A investigação continua em andamento, conforme o último relatório anual.⁵⁶

3.5. Poder Legislativo

O próximo país a se analisar a conduta em relação às cláusulas de paridade em relação às OTA é a Bélgica. O desenvolvimento nacional foi, em 30 de julho de 2018, a Lei sobre liberdade tarifária para operadores de acomodação turística em contratos celebrados com plataformas de agência de turismo on-line.⁵⁷ Dessa lei, serão destacados os quatro artigos mais relevantes.

O capítulo segundo da referida lei é denominado campo de aplicação, sendo constituído por dois artigos. O artigo 3 estabelece expressamente que essa lei se aplica aos contratos celebrados entre o fornecedor hoteleiro e um operador de plataforma digital. Em complemento, o artigo 4 apresenta a abrangência territorial do contrato, ao relatar que a lei se aplica quando o estabelecimento turístico se localiza na Bélgica, qualquer que seja a lei aplicável ao contrato celebrado entre o fornecedor hoteleiro e o operador de plataforma.

Os dois artigos seguintes fazem parte de outro capítulo denominado liberdade tarifária. No artigo 5, tem-se a regra de que o preço para a locação de um estabelecimento turístico é determinado livremente pelo explorador⁵⁸, ou seja, fornecedor efetivo do estabelecimento turístico. Este tem a liberdade para conceder qualquer desconto ou vantagem tarifária qualquer que seja a natureza dela. Já no artigo 6 é estabelecido que toda cláusula de um contrato celebrado entre um explorador e um operador de plataforma que é contrário ao referido artigo 5 é considerado não escrito e nulo de pleno direito.

Diante desse quadro normativo, permite-se concluir que o Estado belga desejou normatizar, buscando proteger especialmente os estabelecimentos turísticos belgas de eventual abusividade oriunda de cláusulas de paridade celebradas com plataformas de reserva on-line. A questão da nulidade de pleno direito é o maior exemplo da ratificação dessa posição.

3.6 Poder Legislativo e Poder Judiciário

Um Estado, por sua vez, também teve um duplo movimento peculiar aos demais movimentos realizados pelos demais que são objeto deste estudo: a Áustria. O primeiro ato foi a sanção de uma lei⁵⁹ que alterou o conteúdo da Lei contra a Concorrência Desleal – UWG⁶⁰ e a Lei de Rotulagem de Preço – PrAG.⁶¹

A UWG foi emendada em três partes.⁶² Para uma melhor compreensão, a primeira modificação a ser mencionada está no anexo, que se refere à lista de práticas comerciais consideradas desleais sob todas as circunstâncias. Nesta parte, foi acrescentada a prática desleal de número 32. Neste item, é descrito como prática desleal a solicitação de um operador de uma plataforma de reservas a uma empresa de hospedagem de que esta não pode oferecer um preço mais barato ou outras condições favoráveis do que na plataforma de reservas por outros canais de vendas, incluindo seu próprio site.⁶³

Diante da caracterização das cláusulas de paridade como prática desleal, há outros dois acréscimos no texto da UWG que fazem expressa menção ao conteúdo supracitado. O primeiro deles é o acréscimo do ponto 4 ao § 1a, que versa sobre práticas comerciais agressivas. Nele afirma que, de qualquer maneira, a prática descrita no número 32 do anexo supramencionado é considerada agressiva, sendo considerados quaisquer acordos celebrados nesse contexto nulo.⁶⁴

O terceiro acréscimo na UWG efetuado consta no § 44, que trata da entrada em vigência dos mandamentos daquela lei. Nele, foi acrescentado o parágrafo 10, mencionando que as duas partes supracitadas entrarão em vigência em um mês após a publicação da lei, sendo igualmente aplicáveis aos contratos celebrados antes dessa data.⁶⁵

A mesma lei que alterou a UWG também alterou a PrAG em duas partes. A primeira delas foi a inserção do § 7 na parte que trata das empresas de hospitalidade. Nele menciona que se os preços fornecidos são indicados para acomodação, se aplica a ele o § 13(1). Os preços são definidos livremente pelo setor de hospitalidade e não podem ser restringidos pela vinculação de preços ou cláusulas de melhor preço pelos operadores da plataforma de reservas. Tais cláusulas nos contratos entre prestadores de hospitalidade e operadores de plataforma de reservas são absolutamente nulas. Além disso, as categorias de preço do quarto-padrão devem ser disponibilizadas na área de entrada.

Em complemento ao trecho anterior, a segunda alteração ocorreu no § 17(10). Ela menciona que o § 7 supramencionado entra em vigência um mês depois da publicação. Além disso, a segunda e a terceira frases são igualmente aplicáveis a contratos celebrados antes da referida data.

Em diálogo com esses desenvolvimentos legislativos, o Tribunal Constitucional Austríaco – VfGH⁶⁶ teve a oportunidade de se posicionar sobre um caso⁶⁷ relacionado às cláusulas de paridade e às OTA. Tendo a Booking.com como autora, ela utilizou como fundamento a liberdade de empresa⁶⁸, entre outros. O VfGH se pronunciou, em 29 de novembro de 2017, em desprover a apelação usando as fontes legislativas supracitadas, não reconhecendo violação à mencionada liberdade de empresa e à inviolabilidade da propriedade⁶⁹, além da necessidade de tratamento igual e não discriminatório.⁷⁰

Dessa forma, o VfGH se posicionou conforme a nova legislação nacional, que regulou a relação jurídica envolvendo as plataformas de reservas on-line e as empresas que atuam diretamente no ramo de hospedagem e hotelaria. Reconheceu-se, assim, a abusividade das cláusulas de paridade nos contratos das OTA.

4. Considerações finais

Diante do exposto, é perceptível a relevância do tema das cláusulas da paridade no contexto das OTA e seus reflexos para o Direito da Concorrência e do Consumidor. O poder econômico das plataformas digitais faz com que entes estatais dirijam sua atenção para esses fornecedores por receio de violar interesses econômicos de consumidores e prestadores de serviço hospedados em suas plataformas digitais.

A compreensão de que essas cláusulas têm potencial para lesar consumidores e empreendimentos hoteleiros é amplamente reconhecida pela demonstração dos desenvolvimentos estatais realizados sobre o tema conforme demonstração supra. No entanto, essa posição não é uníssona, havendo movimentos recentes confirmando a legalidade e a não abusividade da sua utilização.

Cabe mencionar que se trata de um debate atual. Portanto, haverá ainda desdobramentos nacionais, que foi o recorte escolhido para este estudo, em relação ao tema, cabendo o devido acompanhamento para saber se será mantido esse ponto de vista da abusividade das cláusulas de paridade ou se haverá uma mudança de posicionamento, como ocorreu na Alemanha e na Suécia, conforme demonstração supra.

5. Referências bibliográficas

ABLASSER-NEUHUBER, Astrid; FUSSENEGGER, Gerhard. Austria. In: KILPATRICK, Bruce; KOBEL, Pierre; KËLLEZI, Pranvera (Org.). Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions. Cham: Springer International Publishing, 2018.

BAKER, Jonathan B.; MORTON, Fiona Scott. Antitrust enforcement against platform MFNs. The Yale Law Journal, v. 127, n. 7, p. 2176-2202, 2018.

BATISTA, Pedro Henrique D. et al. Narrow price parity clauses and restrictions of competition. *GRUR International*, v. 69, n. 2, p. 197-203, 2020.

BOSTOEN, Friso. Most favoured nation clauses: towards an assessment framework under EU Competition Law. *European Competition and Regulatory Law Review*, v. 1, n. 3, p. 223-236, 2017.

BRETON, Jean-Marie. *Droit et politique du tourisme*. Paris: Juris Éditions, 2016.

BUEHLER, B. et al. Recent developments at DG Competition: 2016/2017. *Review of Industrial Organization*, v. 51, n. 4, p. 397-422, 2017.

COLANGELO, Margherita. Competition Law and most favoured nation clauses in online markets. In: MATHIS, Klaus; TOR, Avishalom (Org.). *New developments in Competition Law and Economics*. Cham: Springer, 2019.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. The antitrust analysis of multisided platform businesses. In: BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel (Org.). *The oxford handbook of international antitrust economics*. Oxford: Oxford University Press, 2014. v. 1.

EZRACHI, Ariel. The competitive effects of parity clauses on online commerce. *European Competition Journal*, v. 11, n. 2-3, p. 488-519, 2015.

HEDERSTRÖM, Josefine; PEEPERKORN, Luc. Vertical restraints on on-line sales: comments on some recent developments. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 7, n. 1, p. 10-23, 2016.

HOSSENFELDER, Silke. Horizontal effects of parity clauses implemented by online travel agents in contracts with hotel partners: the German 'HRS'- Decision confirmed by the higher regional court. *Competition Law & Policy Debate*, v. 1, n. 3, p. 83-86, 2015.

ISRAEL, Alexander; JAKOBS, Moritz. Germany: challenges from new online practices to established competition law principles. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 6, n. 8, p. 588-594, 2015.

LA TORRE, Mariaenza. I contratti di ospitalità. In: FRANCESCHELLI, Vincenzo; MORANDI, Francesco (Org.). *Manuale di diritto del turismo*. 6. ed. Torino: G. Giappichelli, 2017.

MACKENRODT, Mark-Oliver. Price and condition parity clauses in contracts between hotel booking platforms and hotels. *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*, v. 50, n. 9, p. 1131-1143, 2019.

MANTOVANI, Andrea; PIGA, Claudio; REGGIANI, Carlo. On the economic effects of price parity clauses: what do we know three years later? *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 10, p. 650-654, 2018.

MICKLITZ, Hans-W. Consumer Law in the digital economy. In: KONO, Toshiyuki; HISCOCK, Mary; REICH, Arie (Org.). *Transnational Commercial and Consumer Law*. Singapore: Springer, 2018.

MOLDÉN, Robert; NILSSON, Henrik; SABOCKIS, Dagne. Sweden. In: KILPATRICK, Bruce; KOBEL, Pierre; KËLLEZI, Pranvera (Org.). *Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions*. Cham: Springer International Publishing, 2018.

REICH, Norbert et al. *European Consumer Law*. 2. ed. Antwerp: Intersentia, 2014.

SCHWAB, Klaus. *The fourth industrial revolution*. Geneva: World Economic Forum, 2016.

STREULI, Annemarie. Switzerland. In: KILPATRICK, Bruce; KOBEL, Pierre; KËLLEZI, Pranvera (Org.). *Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and*

Exceptions. Cham: Springer International Publishing, 2018.

VON HIPPEL, Eike. Verbraucherschutz. 3. ed. Tübingen: Möhr Siebeck, 1986.

WISMER, Sebastian. A note on price-parity clauses in platform markets. In: SURBLYTÉ, Gintarė (Org.). Competition on the Internet. Berlin: Springer, 2015.

1 .Sobre os três diferentes tipos de plataformas digitais, consultar: HEDERSTRÖM, Josefine; PEEPERKORN, Luc. Vertical restraints on on-line sales: comments on some recent developments. Journal of European Competition Law & Practice, v. 7, n. 1, 2016. p. 14-18.

2 .EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. The antitrust analysis of multisided platform businesses. In: BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel (Org.). The oxford handbook of international antitrust economics. Oxford: Oxford University Press, 2014. v. 1. p. 408-409.

3 .MICKLITZ, Hans-W. Consumer law in the digital economy. In: KONO, Toshiyuki; HISCOCK, Mary; REICH, Arie (Org.). Transnational commercial and consumer law. Singapore: Springer, 2018. p. 119-123.

4 .SCHWAB, Klaus. The fourth industrial revolution. Geneva: World Economic Forum, 2016. p. 12-13.

5 .VON HIPPEL, Eike. Verbraucherschutz. 3. ed. Tübingen: Möhr Siebeck, 1986. p. 264-265.

6 .REICH, Norbert et al. European Consumer Law. 2. ed. Antwerp: Intersentia, 2014. p. 55-57.

7 .BUEHLER, B. et al. Recent developments at DG Competition: 2016/2017. Review of Industrial Organization, v. 51, n. 4, 2017. p. 420-421.

8 .MANTOVANI, Andrea; PIGA, Claudio; REGGIANI, Carlo. On the economic effects of price parity clauses: what do we know three years later? Journal of European Competition Law & Practice, v. 9, n. 10, 2018. p. 650; EZRACHI, Ariel. The competitive effects of parity clauses on online commerce. European Competition Journal, v. 11, n. 2-3, 2015. p. 489 e 496-515; MACKENRODT, Mark-Oliver. Price and condition parity clauses in contracts between hotel booking platforms and hotels. IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law, v. 50, n. 9, 2019. p. 1133.

9 .ISRAEL, Alexander; JAKOBS, Moritz. Germany: challenges from new online practices to established competition law principles. Journal of European Competition Law & Practice, v. 6, n. 8, 2015. p. 588-590.

10 .WISMER, Sebastian. A note on price-parity clauses in platform markets. In: SURBLYTÉ, Gintarė (Org.). Competition on the Internet. Berlin: Springer, 2015. p. 42-43.

- 11 .Documento B 9 – 66/10. Disponível em:
[www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/Entscheidungen/Kartellverbot/2013/B9-66-1]
Acesso em: 01.07.2020.
- 12 .Em alemão, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
- 13 .VI – Kart 1/14 (V), 09.01.2015. Disponível em:
[www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2015/VI_Kart_1_14_V_Beschluss_20150109.html].
Acesso em: 01.07.2020.
- 14 .HOSSENFELDER, Silke. Horizontal effects of parity clauses implemented by online travel agents in contracts with hotel partners: the German 'HRS' – Decision confirmed by the higher regional court. *Competition Law & Policy Debate*, v. 1, n. 3, 2015. p. 85-86.
- 15 .BAKER, Jonathan B.; MORTON, Fiona Scott. Antitrust enforcement against platform MFNs. *The Yale Law Journal*, v. 127, n. 7, 2018. p. 2189.
- 16 .B 9-121/13, 22.12.2015. Disponível em:
[www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/Entscheidungen/Kartellverbot/2015/B9-121-13.pdf?__blob=publicationFile&v=4].
Acesso em: 01.07.2020.
- 17 .VI – Kart 2/16 (V), 05.05.2016. Disponível em:
[www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2016/VI_Kart_1_16_V_Beschluss_20160504.html].
Acesso em: 01.07.2020.
- 18 .Kart 2/16 (V), 04.06.2019. Disponível em:
[www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2019/Kart_2_16_V_Beschluss_20190604.html]. Acesso em: 01.07.2020.
- 19 .Disponível em:
[www.konkurrensverket.se/globalassets/english/news/13_596_bookingdotcom_eng.pdf].
Acesso em: 01.07.2020.
- 20 .Referência do processo: PMT 13013-16.
- 21 .MACKENRODT, Mark-Oliver. Price and condition parity clauses in contracts between hotel booking platforms and hotels. *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*, v. 50, n. 9, 2019. p. 1135.
- 22 .Referência do processo: PMT 7779-18.
- 23 .BATISTA, Pedro Henrique D. et al. Narrow price parity clauses and restrictions of competition. *GRUR International*, v. 69, n. 2, 2020. p. 201-203.

24 .MOLDÉN, Robert; NILSSON, Henrik; SABOCKIS, Dagne. Sweden. In: KILPATRICK, Bruce; KOBEL, Pierre; KËLLEZI, Pranvera (Org.). Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions. Cham: Springer International Publishing, 2018. p. 232.

25 .Decisão 15-D-06, 21.04.2015. Disponível em:
[www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments//15d06.pdf]. Acesso em: 01.07.2020.

26 .BOSTOEN, Friso. Most favoured nation clauses: towards an assessment framework under EU Competition Law. European Competition and Regulatory Law Review, v. 1, n. 3, 2017. p. 227.

27 .Disponível em:
[www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030978561&categorieLien=id#JORFARTI000030979748]. Acesso em: 01.07.2020.

28 .BRETON, Jean-Marie. Droit et politique du tourisme. Paris: Juris Éditions, 2016. p. 173-175.

29 .Artigo L. 311-5-1.

30 .Artigo L. 311-5-2.

31 .Artigo L. 311-5-3.

32 .Artigo L. 311-5-4.

33 .COLANGELO, Margherita. Competition Law and most favoured nation clauses in online markets. In: MATHIS, Klaus; TOR, Avishalom (Org.). New developments in Competition Law and Economics. Cham: Springer, 2019. p. 305.

34 .Disponível em: [www.agcm.it/dotcmsDOC/bollettini/14-15_all.pdf]. Acesso em 01.07.2020.

35 .Em italiano, Legge Annuale pel il Mercato e la Concorrenza. Disponível em:
[www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/08/14/17G00140/sg]. Acesso em: 01.07.2020.

36 .LA TORRE, Mariaenza. I contratti di ospitalità. In: FRANCESCHELLI, Vincenzo; MORANDI, Francesco (Org.). Manuale di diritto del turismo. 6. ed. Torino: G. Giappichelli, 2017. p. 317.

37 .No original, art. 1(166). "È nullo ogni patto con il quale l'impresa turistico-ricettiva si obbliga a non praticare alla clientela finale, con qualsiasi modalita' e qualsiasi strumento, prezzi, termini e ogni altra condizione che siano migliorativi rispetto a quelli praticati dalla stessa impresa per il tramite di soggetti terzi, indipendentemente dalla legge regolatrice del contratto".

- 38 .Disponível em:
[www.forbrug.dk/media/13240/20150827afgoerelsebookingportaler.pdf]. Acesso em:
01.07.2020.
- 39 .Em dinamarquês, Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.
- 40 .Price competition between hotel-booking portals. Disponível em:
[www.en.kfst.dk/media/1783/20160706-bookingportaler-engelsk.pdf]. Acesso em:
01.07.2020.
- 41 .Price competition between hotel-booking portals. Disponível em:
[www.en.kfst.dk/media/1783/20160706-bookingportaler-engelsk.pdf]. Acesso em:
01.07.2020. p. 3-4.
- 42 .Art. 15 (2), Danish Competition Act. The Business and Consumer Authority produces competition analyses on its own initiative or upon request from the Minister for Business and Growth (grifo nosso).
- 43 .Disponível em:
[www.kfst.dk/pressemeddelelser/kfst/2018/20180309-bookingportalundersogelse].
Acesso em: 01.07.2020.
- 44 .Bookingplatforme, hoteller og forbrugere. Disponível em:
[www.en.kfst.dk/media/53727/20190201-bookingplatforme-hoteller-og-forbrugere.pdf].
Acesso em: 01.07.2020.
- 45 .O percentual de uso das plataformas pelos hotéis dinamarqueses é 82% para o Booking.com, 69% para a Expedia e 38% para a HRS, conforme p. 43.
- 46 .Bookingplatforme, hoteller og forbrugere. Disponível em:
[www.en.kfst.dk/media/53727/20190201-bookingplatforme-hoteller-og-forbrugere.pdf].
Acesso em: 01.07.2020. p. 34.
- 47 .Bookingplatforme, hoteller og forbrugere. Disponível em:
[www.en.kfst.dk/media/53727/20190201-bookingplatforme-hoteller-og-forbrugere.pdf].
Acesso em: 01.07.2020. p. 44.
- 48 .Bookingplatforme, hoteller og forbrugere. Disponível em:
[www.en.kfst.dk/media/53727/20190201-bookingplatforme-hoteller-og-forbrugere.pdf].
Acesso em: 01.07.2020. p. 11.
- 49 .Digitale platforme: en introduktion. Disponível em:
[www.kfst.dk/media/55725/digitale-platforme.pdf]. Acesso em: 01.07.2020.
- 50 .Em alemão, Wettbewerbskommission.
- 51 .STREULI, Annemarie. Switzerland. In: KILPATRICK, Bruce; KOBEL, Pierre; KËLLEZI,

Pranvera (Org.). Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions. Cham: Springer International Publishing, 2018. p. 256-257.

52 .Em francês, interdire les contrats léonins des plateformes de réservations en ligne dont l'hôtellerie.

53 .34 votos a favor da moção, cinco contra e quatro abstenções, com votação realizada em 06.05.2017. Disponível em:

[www.parlament.ch/en/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=
Acesso em: 01.07.2020.

54 .120 votos a favor da moção, 52 contra e dez abstenções, com votação realizada em 18.09.2017. Disponível em:

[www.parlament.ch/en/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=
Acesso em: 01.07.2020.

55 .2017 Price Surveillance Annual Report, p. 766-768.

56 .2019 Price Surveillance Annual Report, p. 39.

57 .Loi relative à la liberté tarifaire des exploitants d'hébergements dans les contrats conclus avec les operateurs de plateformes de réservation em ligne. Disponível em: [www.ejustice.just.fgov.be/mopdf/2018/08/10_1.pdf#Page64]. Acesso em: 01.07.2020. p. 62710-62711.

58 .Conforme denominação dada pelo artigo 2º, ponto 3, exploitant.

59 .BGBl. I. n. 99/2016. Disponível em:

[www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_

2016_I_99/BGBLA_2016_I_99.pdfsig]. Acesso em: 01.07.2020.

60 .Em alemão, Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Disponível em:

[www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung/Bundesnormen/10002665/UWG%2c%20Fassung%20vom%2005.
Acesso em: 01.07.2020.

61 .Em alemão, Bundesgesetz über die Auszeichnung von Preisen (Preisauszeichnungsgesetz – PrAG). Disponível em:

[www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung/Bundesnormen/10007216/PrAG%2c%20Fassung%20vom%2005.
Acesso em: 01.07.2020.

62 .ABLASSER-NEUHUBER, Astrid; FUSSENEGGER, Gerhard. Austria. In: KILPATRICK, Bruce; KOBEL, Pierre; KÉLLEZI, Pranvera (Org.). Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions. Cham: Springer International Publishing, 2018. p. 91-105. p. 112-113.

63 .No original, "Betreibers einer Buchungsplattform gegenüber einem Beherbergungsunternehmen, dass dieses auf anderen Vertriebswegen inklusive seiner eigenen Website keinen günstigeren Preis oder keine anderen günstigeren Bedingungen

als auf der Buchungsplattform anbieten darf“.

64 .No original, “Jedenfalls als aggressiv gilt auch die im Anhang unter Z 32 genannte Geschäftspraktik. Vereinbarungen darüber sind absolut nichtig“.

65 .No original, “§ 1a Abs. 4 und Z 32 des Anhanges in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 99/2016 treten mit dem Ablauf eines Monats nach der Kundmachung in Kraft und sind auch auf Verträge anzuwenden, die vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen wurden“.

66 .Em alemão, Verfassungsgerichtshof.

67 .Caso G 44/2017. Disponível em:
[www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_Entscheidung_G_44-2017_ua_Bestpreisklauseln_anonym.pdf]. Acesso em: 01.07.2020.

68 .Art. 16 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

69 .Tendo como fundamento legislativo o art. 17 da Convenção Europeia de Direitos Humanos; art. 1º do 1º Protocolo Adicional para a Convenção Europeia de Direitos Humanos; art. 5º da Lei Básica sobre os Direitos Gerais do Cidadão.

70 .Tendo como fundamento legislativo o art. 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos; arts. 20 e 21 da Convenção Europeia de Direitos Humanos; art. 5º da Lei Básica sobre os Direitos Gerais do Cidadão.