

Direito Concorrencial e Contencioso

[Ricardo Casanova Motta](#) | [Julia Krein](#)

Caso Facebook/WhatsApp: o que (não) foi a multa imposta pela Comissão Europeia

Muito se tem discutido, recentemente, sobre os mercados de plataformas digitais e a relevância que os dados (pessoais ou não) podem exercer sobre o desempenho dos serviços e produtos oferecidos por essas plataformas. Notadamente, o debate sobre a utilização desses dados se intensificou ainda mais nos últimos anos em decorrência do advento das leis sobre privacidade e proteção de dados pessoais: na Europa, a *General Data Protection Regulation* – GDPR e, no Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei n. Lei nº 13.709/2018).

As questões envolvendo dados, no entanto, podem ter múltiplos enfoques que, a despeito de em alguns casos parecerem se sobrepor, são distintos e tutelam bens jurídicos diferentes. Uma das decisões que despertou maior repercussão sobre a utilização de dados foi a condenação do Facebook, pela Comissão Europeia, órgão de defesa da concorrência do bloco europeu, em relação ao compartilhamento de dados dos usuários do WhatsApp. Algumas confusões, no entanto, têm sido feitas com relação a essa decisão da Comissão Europeia e o seu verdadeiro significado dentro do grande debate sobre utilização desses dados.

Apenas para ilustrar alguns dos debates, além de muitos outros igualmente pertinentes, a utilização de dados pode ser analisada sob diversas perspectivas, dentre elas (i) em que medida 'dados' podem ser considerados um ativo relevante o suficiente para reduzir o ambiente competitivo, podendo-se tornar uma "essencial facility" e/ou um "bottleneck" competitivo; (ii) a capacidade de processamento dos dados e a sua utilização para impulsionar inteligência artificial, tornando-se um diferencial competitivo; (iii) a necessidade de adequação no tratamento de dados pessoais para fins de LGPD; ou mesmo sobre (iv) as violações da lei de defesa do consumidor, do marco civil da internet ou até mesmo de outras regulações específicas que eventuais vazamentos e usos indevidos podem ocasionar. Todas essas são discussões pertinentes e válidas, e precisam ser encaradas em suas respectivas esferas – não obstante a possibilidade de inevitáveis interações entre elas.

No caso da multa imposta ao Facebook pela autoridade europeia, no entanto, a discussão não se focou em nenhum desses pontos. Para se ter clareza, é importante analisar com cuidado a decisão da Comissão Europeia, desde a aprovação da aquisição do WhatsApp pelo Facebook, em 2014.

Breve análise da decisão

Em 29 de agosto de 2014, o Facebook notificou a Comissão Europeia sobre a aquisição do serviço de mensagens instantâneas WhatsApp pelo valor total de 19 bilhões de dólares.

Em 3 de outubro de 2014, a Comissão aprovou a operação sem restrições, após concluir, sobre o mercado de serviços de comunicação instantânea (no qual haveria concentração horizontal), que: (i) os serviços Facebook Messenger e WhatsApp não seriam concorrentes próximos, devido a diferenças em seu uso, operação e forma de apresentação; (ii) haveria concorrentes que ofertavam todos os serviços ofertados pelas partes, havendo assim substitutos viáveis; (iii) não haveria custos de troca relevantes entre serviços, (iv) não haveria barreiras à entrada significativas, e (iv) mesmo as barreiras à entrada representadas pela estrutura de plataforma digital não seriam suficientes para proteger as requerentes de rivalidade e novos entrantes.

Durante a instrução do caso, uma das principais preocupações levantadas por terceiros consultados pela autoridade¹ foi de que a aquisição permitiria a integração das bases de usuários do Facebook e do WhatsApp, o que fortaleceria os já existentes efeitos de rede². Não obstante, as requerentes informaram que a integração automática não seria possível, uma vez que não haveria meios técnicos de corresponder os identificadores de usuários do Facebook com os do WhatsApp, e que seriam necessários amplos esforços de engenharia para compatibilizar os sistemas de comunicação das duas plataformas.

Contudo, em 30 de junho de 2016, uma comunicação do Facebook à Comissão sobre uma alteração na política de privacidade do WhatsApp que permitiria a integração automática das bases de usuários do aplicativo com as bases do Facebook chamou a atenção da autoridade, que solicitou à empresa que esclarecesse a compatibilidade dessa alteração com as declarações prestadas à época da notificação. Esse fato desencadeou uma investigação contra o Facebook

¹ A Comissão não divulgou detalhes que permitam identificar quais terceiros levantaram essas preocupações, embora seja possível presumir que se tratassem de concorrentes de Facebook e/ou WhatsApp.

² Os chamados “efeitos de rede”, ou “externalidades de rede”, designam o aumento de valor para um usuário de determinado bem ou serviço a partir de outro usuário daquele mesmo bem ou serviço. Por exemplo, um usuário identificará mais valor em se registrar em determinada rede social quanto mais conhecidos também estiverem registrados naquela mesma rede social. Nos chamados “mercados de múltiplos lados” (serviços que interconectam grupos diferentes de consumidores, como, p. ex., vendedores e compradores – no caso de plataformas de *marketplace* como o Mercado Livre ou *shopping centers* – e usuários e anunciantes – no caso de serviços online como ferramentas de busca ou redes sociais), esses efeitos de rede podem ser “diretos” (quando há aumento de valor pelo aumento do número de usuários de um mesmo lado da plataforma, como no exemplo acima de usuários da mesma rede social) ou “indiretos” (quando há aumento de valor para um lado da plataforma a partir do maior número de usuários do outro lado – no caso de serviços de anúncios, o valor da plataforma para os anunciantes será maior quanto maior o número de usuários do outro lado que podem ser expostos a aquele anúncio). Vide, p. ex., EVANS, David S. SCHMALENSEE, Richard. *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*. NBER Working Paper No. 18783, 2013; ROCHET, Jean-Charles. TIROLE, Jean. “Platform Competition In Two-Sided Markets”. *Journal of the European Economic Association* (Wiley) 1, no. 4. 2003, pp. 990-1029.

para determinar se houve a prestação de informações enganosas para a Comissão na época do processo de notificação da aquisição do WhatsApp.

Em sua nota ou comunicado de objeções (conhecido como *Statement of Objections*), emitido em 20 de dezembro de 2016, a Comissão declarou³ que havia chegado a uma conclusão preliminar de que o Facebook havia intencionalmente, ou ao menos de forma negligente, fornecido informações incorretas ou enganosas a respeito da possibilidade de combinar a base de dados de IDs do Facebook com a base de dados de números de telefones do WhatsApp, tanto no ato de notificação, quanto na resposta de um pedido de informação enviado pela autoridade ao longo da análise do ato de concentração.

Em sua resposta ao *Statement of Objection*, o Facebook reconheceu, essencialmente, todos os fatos arguidos pela Comissão Europeia e, em contexto de cooperação com a autoridade, assumiu que a sua conduta poderia ser qualificada como 'negligente' ou 'no mínimo negligente'. Por fim, a Comissão decidiu, em maio de 2017, aplicar multa ao Facebook em um total de 110 milhões de euros por infração às alíneas (a) e (b) do artigo 14(1) da Regulação (UE) nº. 139/2004, após constatar que a possibilidade de correspondência entre os usuários dos aplicativos já existia à época da notificação, e que o Facebook e seus funcionários tinham efetivo conhecimento desse fato.

Note-se que a penalidade aplicada se deu em virtude do fornecimento de informações incorretas ou enganosas ao longo do processo de notificação e aprovação da aquisição do WhatsApp pelo Facebook. A prestação de informações incorretas teria ocorrido, pelo menos, em duas ocasiões: no formulário de notificação da operação, e em resposta a pedidos de informações expedidos pela Comissão. Ou seja, embora a integração da base de dados de Facebook e WhatsApp não fosse considerada para implementação à época, havia um conhecimento ao menos teórico da existência dessa possibilidade, o que não foi devidamente informado à Comissão

Na decisão que impôs essa multa, não foi feita nenhuma consideração sobre eventual necessidade de revisão da operação, tampouco sobre os efeitos desse fornecimento de informações incorretas. Na realidade, na decisão original que aprovou a aquisição, a Comissão já havia analisado os efeitos de uma eventual integração das bases de dados dos dois aplicativos, e pontuado que haveria uma grande sobreposição entre os usuários de ambos, o que faria com que os ganhos de usuários atingíveis após a aquisição não fossem relevantes o suficiente para fortalecer os efeitos de rede. Assim, a autoridade já havia anteriormente concluído que não haveria preocupações decorrentes dessa integração. Por essa razão, a decisão de 2017 não analisou, nem sequer revisou as conclusões anteriores da Comissão acerca dos efeitos

³ "On 20 December 2016, the Commission issued a statement of objections ("the Statement of Objections") pursuant to Article 18 of the Merger Regulation addressed to Facebook. In the Statement of Objections, the Commission stated that it had come to the preliminary view, with respect to the possibility of matching FB IDs automatically with WA users' mobile phone numbers, that: (i) Facebook, Inc. had intentionally or at least negligently supplied incorrect or misleading information in the final Form CO in the context of Case No. M.7217 – Facebook/WhatsApp; (ii) Facebook, Inc. had intentionally or at least negligently supplied incorrect or misleading information in the Reply of 23 September 2014 provided in response to the RFI of 18 September 2014 made pursuant to Article 11(2) of the Merger Regulation in the context of Case No. M.7217 – Facebook/WhatsApp; (iii) fines should be imposed on Facebook, Inc. in accordance with Article 14(1)(a) and Article 14(1)(b) of the Merger Regulation." (Decisão Comissão Europeia de 17 de maio de 2017)

decorrentes da integração da base de dados de Facebook e WhatsApp. Sequer foi o Facebook multado ou a operação impactada por essa nova realidade. Essa análise já havia sido realizada e a operação foi aprovada em um cenário em que a integração poderia ocorrer.

Conclusões

Conforme os olhos do antitruste mundial se voltam cada vez mais para o suposto poder econômico das plataformas digitais, por vezes a multa aplicada no caso Facebook/WhatsApp é referida como um indicativo de tentativas de barrar esse poder. Contudo, é necessário que ela seja analisada apenas pelo que efetivamente foi: *"um sinal claro para as empresas que elas devem obedecer a todos os aspectos da legislação de controle de concentrações europeia, incluindo a obrigação de fornecer informações corretas"*, conforme declarou a comissária de concorrência Margrethe Vestager à época.⁴ Mesmo quase 3 anos após a decisão, muita confusão ainda é propalada acerca da análise da Comissão Europeia sobre esse caso.

O debate sobre plataformas digitais, Lei Geral de Proteção de Dados, direito antitruste, proteção ao consumidor e outros tópicos relacionados deve avançar e ser aprofundado. No entanto, a análise dessa decisão em particular, e da multa imposta ao Facebook, tem muito pouco a dizer sobre a questão, a não ser pelo fato de que a possibilidade de integração de base de dados foi analisada pela Comissão ao longo do ato de concentração (com a conclusão de que não levantaria preocupações concorrenciais) e que o fornecimento de informações incorretas pelo Facebook à autoridade ocasionou a aplicação de penalidade, como já ocorreu em tantos outros casos.

A aquisição foi notificada como caso M.7217, e o procedimento de imposição de multa recebeu o nome M.8228.

⁴ Comissão Europeia, Comunicado à Imprensa *"Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover"*. Bruxelas, maio de 2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1369>. Acesso em 17 de dezembro de 2019. Tradução livre de *"a clear signal to companies that they must comply with all aspects of EU merger rules, including the obligation to provide correct information"*.