

Privacidade e proteção de dados no contexto de fusões e aquisições transfronteiriças: a (possível) função cooperativa do direito concorrencial

Privacidad y protección de datos en el contexto de fusiones y adquisiciones transfronterizas: la (posible) función cooperativa del derecho de la competencia

Laura Mello dos Santos* 

*Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil.

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar as implicações do *big data* nos campos das fusões e aquisições e o direito concorrencial, sob perspectiva crítica e comparada. Primeiramente, realiza uma breve introdução ao tema, baseada na consulta a textos que logram situar o desenvolvimento do atual paradigma jurídico. Estuda, também, a atuação teórica da política antitruste em meio à era digital. Logo, traz uma análise comparativa de casos emblemáticos de fusões e aquisições sob a ótica de três autoridades antitruste diferentes (brasileira, estadunidense e europeia), imprescindível para a situação do panorama jurídico no âmbito internacional. Como resultado, conclui que a jurisprudência caminha em direção a uma atuação cooperativa entre os institutos, dentro de suas respectivas competências.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo analizar las implicaciones del *big data* en el campo de las fusiones y adquisiciones y el derecho de la competencia, desde una perspectiva crítica y comparada. En primer lugar, realiza una breve introducción al tema, a partir de la consulta de textos que logran situar el desarrollo del paradigma jurídico actual. También estudia el desempeño teórico de la política antimonopolio en medio de la era digital. Por lo tanto, trae un análisis comparativo de casos emblemáticos de fusiones y adquisiciones desde la perspectiva de tres diferentes autoridades antimonopolio (brasileña, estadounidense y europea), esenciales para la

E-mail: lauramello@usp.br

Recibido: 27/09/2022. Aceptado: 24/10/2022.



Artículo de acceso abierto. Licencia Creative Commons 4.0.

situación del panorama legal en el ámbito internacional. En consecuencia, concluye que la jurisprudencia transita hacia una acción cooperativa entre los institutos, dentro de sus respectivas competencias.

Palavras-chave: Proteção de dados; Fusões e aquisições; Atos de concentração; Direitoconcorrencial; Política antitruste.

Palabras clave: Protección de datos; Fusiones y adquisiciones; Operaciones de concentración; Derecho de la competencia; Política antimonopolio.

1. INTRODUÇÃO

Uma questão bastante controversa na doutrina atual é se o estudo acerca dos efeitos de uma fusão sobre a privacidade do consumidor deve integrar a análise de atos de concentração envolvendo empresas de *big data*, quer dizer, empresas que atuam como coletoras e processadoras de dados no desenvolvimento de suas atividades.

Um forte argumento contra uma vigilância proativa das autoridades de concorrência em questões de proteção de dados é a grande lista de benefícios trazidos pelo *big data*. Por outro lado, os consumidores pagam entregando seus dados pessoais para usar serviços de preço zero fornecidos por empresas dominantes no mercado digital, justamente porque não têm alternativas viáveis. Também, vale apontar que tais empresas que se fundem com o intuito de extrair dados de seus consumidores teriam pouco incentivo para investir em política de privacidade, caso seus concorrentes não representem real ameaça ao seu faturamento. Com isso em mente, sem a atuação dos órgãos antitruste, empresas com forte poder de mercado não sofreriam pressões competitivas significativas o suficiente para disciplinar sua má conduta, o que possivelmente abre porta para uma possível cooperação entre os institutos.

Posiciona-se, aqui, no sentido de que a forma como essas informações pessoais são tratadas pelas empresas está se tornando uma questão de concorrência. No entanto, é de suma importância que seja considerado o intuito e propósito de cada instituto: enquanto o direito da concorrência, convencionalmente, se interessa pelos dados devido ao seu valor econômico, as regras de proteção de dados tratam dos direitos pessoais, mas não necessariamente abrangem o valor de mercado dos dados.

Assim, o artigo proposto se justifica na necessidade de contribuição para o debate em curso sobre a complexa relação entre o direito societário (especificamente no campo das fusões e aquisições), o direito concorrencial e a proteção de dados, visto que muitas das questões que serão levantadas no escopo da pesquisa se relacionam a aspectos regulatórios contemporâneos para o estudo do Direito. Examinar-se-á como as preocupações decorrentes do acúmulo de dados e da deterioração da proteção da privacidade podem ser relevantes para a análise da concorrência, especialmente no que diz respeito à revisão de atos de concentração. Finalmente, o presente artigo

almeja demonstrar que, com base na crescente atenção dedicada à interface da concorrência-privacidade, tanto pela academia quanto pelas principais autoridades de concorrência, observa-se uma clara necessidade de adequação da política antitruste no escopo do processo de M&A no contexto do mercado digital.

2. BIG DATA, PRIVACIDADE E OPERAÇÕES DE FUSÕES E AQUISIÇÕES

Com a denominada revolução da internet, a economia global está se tornando cada vez mais digital. Nesse contexto de transformação, destacam-se os setores econômicos movidos pelo uso de dados pessoais, os quais apresentam uma taxa de crescimento de 40% ao ano, ou seja, em torno de sete (7) vezes mais que o resto do mercado de TIC (Tecnologia da Informação e Comunicação)¹.

Na época atual, os dados pessoais são passíveis de monetização, constituindo a contraprestação fornecida pelo consumidor em troca do acesso a diversas plataformas *online* aparentemente gratuitas, tais como o Google e o Facebook, que por sua vez utilizam-se dos dados coletados para o desenvolvimento e personalização de publicidade direcionada. Então, a partir da coleta, traça-se um perfil do usuário com base no seu padrão comportamental de navegação, produzindo um dado de extrema valia. Para melhor visualização, volta-se novamente ao exemplo do Google: os dados (relacionados às preferências pessoais do consumidor) obtidos por meio da oferta do serviço de busca aparentemente gratuito servem como insumo no mercado (de informações sobre as preferências do consumidor). O valor desses dados aumenta de forma proporcional em relação à vantagem que o Google possui de combinar informações de fontes diferentes para obtenção de uma vantagem competitiva no mercado *in casu*².

Como consequência desse novo modelo de relação econômica, a digitalização oferece um enorme potencial de melhorar a qualidade de vida das pessoas, além de indubitavelmente proporcionar inúmeros benefícios para os negócios. É inegável que o desenvolvimento socioeconômico está visceralmente relacionado ao domínio do elemento tecnológico e da inovação³. Em contrapartida, conforme a coleta e o tratamento de dados pessoais passam a assumir uma posição fundamental no modelo de negócios das empresas do setor da tecnologia, surgem questões importantes tanto em relação à proteção da privacidade do titular dos dados, quanto à iminente formação dos chamados *dadopólios*⁴.

1 COMISSÃO EUROPEIA. *Towards a thriving data-driven economy*. COM (2014) 442 final, July 2014. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2z2v4f8z>>. Acesso em: 16 jul. 2022.

2 RUBINFELD, Daniel; GAL, Michal. "The hidden costs of free goods: implications for antitrust enforcement". *NYU Law & Economics Research Paper Series*, Nova Iorque. 2016, vol. 80, n° 401, p. 8

3 TAVARES, André Ramos. "APP's e plataformas on-line na intermediação econômica no Brasil". *Revista de Direito Constitucional & Econômico*. jan-jun, 2019, n°1, p. 15.

4 STUCKE, Maurice E. "Should we be concerned about data-opolies?". *Georgetown Law Technology Review*, Washington. 2018, vol. 2.2, n°275, p. 275-324.

O termo, cunhado por Ariel Ezrachi e Maurice E. Stucke e originário da junção entre as palavras *monopólio* e *dados*, passou a ser amplamente utilizado nos meios econômico, acadêmico, político e jurídico, com a finalidade de aludir às plataformas digitais que possuem posição dominante no mercado e que detêm, de forma exclusiva, extensos e diversificados bancos de dados, os quais são dotados de informações de expressivo potencial econômico⁵.

De fato, há uma correlação direta o *big data*⁶ e posição de poder no mercado digital; contudo, vale ressaltar que não é a detenção de qualquer dado que permite a associação com o poder de mercado, devendo necessariamente “ser distinguida a categoria de dados de maior dificuldade para ser obtidos daqueles facilmente coletados”⁷. Dessarte, as plataformas em posição dominante coletam os dados com melhor qualidade e/ou quantidade que seus concorrentes, beneficiando-se dos custos marginais decrescentes da coleta e do tratamento dos dados em si⁸.

A própria formação de dados leva a importante consideração de que a ampliação da dominância das plataformas digitais não se origina apenas de características naturais, sociais e estruturais do mercado, mas também de atos de concentração potencialmente anticoncorrenciais, decorrentes da estratégia agressiva de aquisições em massa que as empresas incumbentes têm demonstrado nos últimos anos — a qual, aliás, traduz-se em expressivas 431 aquisições na última década⁹ — como forma de acesso e obtenção de bancos de dados de maior valor.

Roberto Pfeiffer acrescenta, nesse sentido, que o poder de mercado detido pelos dados leva a importante consideração de que a ampliação da dominância das plataformas digitais não se origina apenas de características naturais, sociais e estruturais do mercado, mas também de atos de concentração potencialmente anticoncorrenciais, decorrentes da estratégia agressiva de aquisições em massa que as empresas incumbentes têm demonstrado nos últimos anos — a qual, aliás, traduz-se em expressivas 431 aquisições na última década⁹ — como forma de acesso e obtenção de bancos de dados de maior valor.

Roberto Pfeiffer acrescenta, nesse sentido, que o poder de mercado detido pelos dados leva a importante consideração de que a ampliação da dominância das plataformas digitais não se origina apenas de características naturais, sociais e estruturais do mercado, mas também de atos de concentração potencialmente anticoncorrenciais, decorrentes da estratégia agressiva de aquisições em massa que as empresas incumbentes têm demonstrado nos últimos anos — a qual, aliás, traduz-se em expressivas 431 aquisições na última década⁹ — como forma de acesso e obtenção de bancos de dados de maior valor.

5 EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. «Distortions. How data-opolies are dissipating the Internet’s potential”. In: ROLNIK, Guy (editor). *Digital Platforms and Concentrations*. 2018. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2hyazc6h>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

6 Devido às diversas interpretações atribuídas ao termo pela doutrina, para fins de compreensão deste artigo, entender-se-á *big data* como o acúmulo de um volume significativo de diferentes tipos de dados, produzidos em alta velocidade a partir de várias fontes, cujo manuseio efetivamente depende de processadores e algoritmos novos e mais poderosos.

7 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. “Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais” 2021. [Tese, Livre-docência em direito comercial – edital FD 08/2021] – Departamento de Direito Comercial, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021, p. 102.

8 *Ibid.*, p. 26.

9 KHAN, Lina. “The Separation of Platforms and Commerce”. *Columbia Law Review*, Nova Iorque. 2019, vol. 119:973, p. 1066.

10 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Op. cit.*, p. 141-142.

11 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos, *loc. cit.*

Agrega-se que, no que concerne à delimitação temática deste artigo, os atos de concentração de maior preocupação geralmente se resumem à aquisição de empresas iniciantes (principalmente concorrentes nascentes¹²), cujo faturamento e volume de negócios não são altos o suficiente para suscitar a atuação do órgão concorrential responsável pelo controle de fusões e aquisições.

Assim, analisar-se-á a atuação da política antitruste no controle de fusões e aquisições de empresas do mercado digital, como forma de melhor ponderar acerca da possibilidade de cooperação do instituto em prol da proteção do direito à privacidade do sujeito titular dos dados.

2.1. POLÍTICA ANTITRUSTE E CONTROLE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO NA ERA DIGITAL

A quarta revolução industrial traz novas preocupações para a aplicação da lei antitruste quanto ao objetivo de garantir mercados competitivos que tragam benefícios para clientes e consumidores em termos de escolha, inovação, preço e qualidade¹³.

Especificamente, com base na atual literatura econômica, nota-se que o *big data* desempenhará um papel cada vez mais importante na forma como as empresas competem entre si, o que demanda uma reestruturação no *modus operandi* dos órgãos antitruste¹⁴ — a título de exemplo, em um relatório de 2011, a McKinsey já previu que “o uso de big data se tornará peça-chave para a concorrência e crescimento de empresas individuais”¹⁵, enquanto a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) apontou que “o *big data* agora representa um importante ativo econômico que pode criar uma vantagem competitiva significativa para as empresas, além de impulsionar a inovação e o crescimento”¹⁶.

12 Concorrentes nascentes são empresas iniciantes que apresentam um potencial muito promissor, como alguma inovação no fornecimento de produtos ou serviços. Dessa forma, tais empresas ostentam uma real ameaça de, futuramente, se transformarem em fortes competidores no mercado. Nota-se que, no momento da aquisição, as competidoras nascentes demandam um grande investimento de capital para ampliarem as suas atividades, mas que ainda vale à pena para a empresa incumbente que pretende eliminar uma futura concorrência em potencial.

13 ROBERTSON, Viktoria H.S.E. “Antitrust law and digital markets: a guide to the European competition law experience in the digital economy”. In: KURZ, Heinz D.; SCHUTZ, Marlies; STROHMAIER, Rita; ZILIAN, Stella S. (Eds.). *The Routledge Handbook of Smart Technologies: An Economic and Social Perspective*. Londres: Routledge, 2022. p. 3.

14 CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike. *Competition Policy for the digital era: Final report*. Luxemburgo, 2019 (Publications Office of the European Union), p. 19. MANYIKA, James; CHUI, Michael; BROWN, Brad; et al. “Big data: the next frontier for innovation, competition, and productivity”. *McKinsey Global Institute*, 2011. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yx7zksvv>>. Acesso em: 9 jul. 2022.

15 The use of big data will become a key basis of competition and growth for individual firms.” (tradução nossa)

16 OCDE. *Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation*. Paris: OECD Publishing, 2013. p. 319.

“Big data now represents a core economic asset that can create significant competitive advantage for firms and drive innovation and growth” (tradução nossa).

Partindo-se do pressuposto que o controle dos atos de concentração por parte das agências defensoras da concorrência deve considerar os dados pessoais como uma importante fonte de poder de mercado, identificam-se certos obstáculos na superação do paradigma tradicional de indiferença dos órgãos antitruste em relação à proteção desses. Portanto, o reconhecimento de eventuais teorias de dano à privacidade do titular dos dados, no momento do processo de aprovação do M&A, torna-se prejudicado pela natureza *ex ante* do controle de concentrações, bem como pela própria possibilidade de abordagem às restrições de privacidade de forma *ex post* por meio de aplicação da lei da lei específica de proteção de dados¹⁷.

O desafio também é que, convencionalmente, as autoridades de concorrência têm um foco econômico em sua análise competitiva, a qual se atém somente aos efeitos de preço de uma transação, sem olhar para outras dimensões não relacionadas à precificação¹⁸. O risco desta abordagem centrada no preço é que algumas fusões anticompetitivas pudessem ser aprovadas sem restrições, com um custo futuro significativo potencialmente imposto aos consumidores, impedindo a concorrência por meio de efeitos horizontais, verticais ou de conglomerado e reduzindo a temática do problema a um paradoxo cíclico.

No próximo capítulo, estudar-se-ão casos emblemáticos de fusões e aquisições de plataformas digitais com a finalidade de situar, com exemplos práticos, o posicionamento dos órgãos antitruste no controle de atos de concentração.

3. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E ESTUDO DE CASOS

Finalmente, como forma de satisfação de um dos objetivos principais deste estudo, propõe-se uma breve reflexão histórica sobre o posicionamento paradigmático das autoridades de defesa da concorrência em relação à importância da proteção de dados pessoais na análise de atos de concentração.

Em meio às demandas de adaptação da atuação do Direito para que sejam ofertadas respostas aos novos fenômenos tecnológicos no âmbito da proteção antitruste, nota-se um esforço das autoridades concorrenciais em oferecer soluções para o problema. Por exemplo, o *Digital Markets Unit* (DMU) do governo do Reino Unido surge como poderosa ferramenta antitruste para repressão de práticas predatórias no escopo do *Big Tech*¹⁹, visto que promete aplicar sanções severas para possíveis infrações de empresas no ramo da tecnologia (como multas de 10% do faturamento global e mais 5%

17 ECONOMIDES, Nicholas; LIANOS, Ioannis. "Restrictions on privacy and exploitation in the digital economy: a market failure perspective". *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, 2021, vol.17, n.4, p. 27.

18 WASASTJERNA, Maria C. "The implications of big data and privacy on competition analysis in merger control and the controversial competition-data protection interface". *European Business Law Review*, Londres, 2019, vol. 30, nº 3, p. 346.

19 ROBERTSON, Viktoria H.S.E. Op.cit, p. 5.

por dia se a ofensa persistir)²⁰. Similarmente, em junho de 2020, em consulta pública, a Comissão Europeia anunciou planos de introduzir uma nova ferramenta antitruste para enfrentamento dos riscos estruturais observados nos mercados digitais, com a intenção de munir o pacote legislativo com “regras *ex ante* capazes de garantir que os mercados que se caracterizam por grandes plataformas com importantes efeitos de rede que atuam como guardiães do acesso continuem a ser justos e contestáveis”²¹.

Porém, em relação à proteção de dados, há certas peculiaridades. O debate acerca da relação entre concorrência e privacidade no contexto de atos de concentração surge em 2008, durante a apreciação da fusão do Google com a DoubleClick²². O que iniciou com uma troca de sussurros e opiniões entre economistas e juristas, hoje culmina em um rebuliço doutrinário marcado pela polarização: de um lado, há quem defenda a atuação da concorrência como mais uma forma de evitar a propagação lesiva de dados em prol da proteção aos direitos consumeristas²³, ao mesmo tempo que, do lado oposto, encontra-se uma corrente que trata dados pessoais como meros ativos estratégicos ou *commodities*, entendendo que as preocupações com a privacidade fogem do âmbito de intervenção dos agentes da concorrência²⁴.

Assim, para melhor compreensão do paradigma jurídico atual, partire-se-á para a análise de alguns casos-chave de fusão que trataram do papel dos dados e da privacidade, sob a ótica de três principais órgãos de defesa da concorrência: Comissão Europeia (Europa), *Federal Trade Commission* (Estados Unidos) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Brasil).

3.1. GOOGLE/DOUBLECLICK

No caso Google/DoubleClick, os dados pessoais foram, pela primeira vez, compreendidos como um ativo em uma fusão²⁵. Na época, a DoubleClick era a provedora líder de determinada tecnologia de veiculação de anúncios, a qual segmentava *ads* e monitorava o desempenho desses, enquanto o Google, além de possuir grande renome como ferramenta de buscas *online*, já utilizava-se da grande quantidade de dados pessoais coletados e armazenados em seu sistema para o fornecimento de um espaço publicitário

20 CLAYTON, James. *UK government sets out plans to rein in Big Tech*. BBC, Londres, 2022. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yckzy4ha>>. Acesso em: 24 out. 2022.

21 COMISSÃO EUROPEIA. Mercado Único – novo instrumento complementar para consolidar a aplicação das regras em matéria de concorrência. *Commission Press Release*, Bruxelas, 2020. Disponível em: <<https://tinyurl.com/4wcssauz>>. Acesso em: 23 out. 2022.

22 WASASTJERNA, Maria C. Op. cit. p. 346.

23 STUCKE, Maurice E; GRUNES, Allen P. “No mistake about it: the important role of antitrust in the era of big data”. *University of Tennessee Legal Studies Research*, Knoxville, April 2015, n° 269.

24 SOKOL, Daniel D.; COMERFORD, Roisin. “Does antitrust have a role to play in regulating big data?”. In: BLAIR, Roger D.; SOKOL, Daniel D. *Antitrust, intellectual property, and high tech*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

25 WASASTJERNA, Maria C. op. cit., p. 347.

em rede²⁶. Dessa forma, entende-se que a fusão visava incorporar não apenas os produtos e serviços fornecidos pelas duas empresas, mas também os seus vastos acervos de dados sobre o comportamento do consumidor na internet.

Durante a análise da fusão por parte da *Federal Trade Commission* (FTC), observaram-se fortes objeções de empresas concorrentes e da própria sociedade civil²⁷. Como argumento contrário, foi apontado que a mera combinação dos ativos das duas empresas, especialmente no que tange a dados pessoais, permitiria o alcance de uma posição de mercado que não poderia ser replicada pelos concorrentes, levando-os a uma progressiva marginalização. A maior preocupação, nesse sentido, era que os anunciantes não teriam escolha a não ser recorrer à entidade resultante da fusão²⁸.

Também foi levado em consideração o efeito do aumento na quantidade de informações pessoais obtidas pela entidade combinada. No entanto, a FTC concluiu que a combinação de informações sobre o comportamento de busca e o comportamento de navegação do usuário não traria tal vantagem competitiva que não poderia ser, de alguma forma, replicada pela concorrência^{29,30}.

Como desfecho, a fusão foi aprovada dos dois lados do Atlântico sem quaisquer restrições, visto que a Comissão Europeia chegou a conclusões similares ao órgão antitruste americano, avaliando o caso apenas sob ótica da lei de concorrência da União Europeia³¹. Contudo, a análise do FTC ganhou especial destaque como precursora do debate em virtude do voto dissidente da Comissária Pamela Harbour³², a qual defendeu, de forma inédita, que a situação traria repercussões negativas sobre a privacidade dos titulares dos dados, deixando um legado doutrinário de maior atenção aos direitos do consumidor em fusões e aquisições transfronteiriças³³.

No Brasil, a fusão foi apreciada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que limitou-se a reiterar a análise feita pelas autoridades estrangeiras. A decisão reproduziu as mesmas fundamentações adotadas

26 COMISSÃO EUROPEIA. Mergers: Commission clears proposed acquisition of DoubleClick by Google. *Commission Press Release*. Bruxelas, 2008. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2p8b87nx>>. Acesso em: 18 jul. 2022.

27 WASASTJERNA, Maria C. op. cit, p. 348.

28 GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. "Competition law and personal data: preliminary thoughts on a complex issue". *Concurrences*, Nova Iorque, 2013, nº. 2, p. 12.

29 ESTADOS UNIDOS. FEDERAL TRADE COMMISSION. Federal Trade Commission closes Google/DoubleClick investigation: proposed acquisition unlikely to substantially lessen competition. *FTC Press Release*, Washington, 2007. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2p8tcmes>>. Acesso em 08 jun. 2022

30 WASASTJERNA, Maria C. Op. cit. p. 348.

31 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op.cit, p. 160.

32 Pamela Jones Harbour foi comissária da *Federal Trade Commission* de 2003 a 2009. Após deixar a agência, Pamela continuou incentivando os órgãos aplicadores do direito concorrencial a fim de que fosse desenvolvida uma estrutura analítica mais sofisticada para avaliar as implicações da privacidade edos dados pessoais nos processos de M&A.

33 ESTADOS UNIDOS. FEDERAL TRADE COMMISSION. *Dissenting statement of commissioner Pamela Jones Harbour*. File No. 071-0170. Disponível em: <<https://tinyurl.com/8drnhx9d>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

pelos outros órgãos e não considerou quaisquer efeitos da fusão sob ótica da realidade brasileira, tornando-se alvo de críticas por parte da literatura nacional³⁴.

Para certa corrente doutrinária hodierna, o caso constitui um exemplo de *killer acquisition*, já que, nove anos depois da fusão, o Google retirou a marca DoubleClick do mercado para simplificar os pontos de entrada para anunciantes³⁵. A ferramenta de anúncios utilizada atualmente é o Google Ads, que possui acesso ao inventário das pesquisas realizadas dentro das plataformas do próprio Google, do YouTube, da loja de jogos e aplicativos Google Play e maistrês milhões de parceiros.

3.2. FACEBOOK/WHATSAPP

A aquisição do WhatsApp pelo Facebook foi, quiçá, a que mais explicitou a indiferença dos órgãos da concorrência perante o impacto concorrencial dos dados pessoais. Tanto o FTC e a Comissão Europeia repetiram o posicionamento da análise Google/DoubleClick na fusão subsequente, autorizando-a incondicionalmente em 2014. A operação nem ao menos foi apreciada pelo CADE, visto que o faturamento do WhatsApp, em território brasileiro na época do ato, era inferior ao previsto para a notificação obrigatória³⁶.

Dessarte, a análise dos órgãos concorrenciais limitou-se tão somente ao potencial prejuízo para os anunciantes, decorrente do ganho em poder de mercado por parte do Facebook em razão ao aumento da capacidade de coleta de dados. A Comissão, em razão de não se considerar competente para tal, não examinou se os dados pessoais dos titulares seriam coletados em maior medida devido à combinação dos bancos de armazenamento³⁷, alegando, também, que a maioria dos aplicativos de comunicação postos no mercado à disposição do consumidor não competem em recursos de privacidade³⁸.

Nota-se que o desfecho do ato de concentração Facebook/WhatsApp foi desastroso. Durante a análise da fusão, Mark Zuckerberg prometeu que as duas bases de usuários não seriam fundidas “em hipótese alguma”³⁹, sob a justificativa de impossibilidade técnica. Contudo, a promessa foi quebrada com uma atualização dos termos da política de privacidade do WhatsApp em 2016, dois anos após ter sido concedida autorização incondicional.

Aberta a investigação, ficou comprovado que a possibilidade técnica da junção dos bancos de dados das duas plataformas já existia na época da

34 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. cit. p. 162.

35 VELJANOVSKI, Cento. “Algorithmic antitrust: a critical overview”. In: PORTUESE, Aurelien (Ed.). *Algorithmic Antitrust*. Cham: Springer, 2022, p. 58.

36 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. cit. p. 163

37 ROBERTSON, Viktoria H.S.E. Op. cit. 589.

38 WASASTJERNA, Maria C. Op.cit, p. 350.

39 KANG, Cecilia. “Privacy advocates decry Facebook’s purchase of WhatsApp”. *The Washington Post*, Washington, March 2014. Disponível em: <<https://tinyurl.com/mr267ha3>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

fusão⁴⁰. Assim, em dezembro do mesmo ano, a Comissão enviou ao Facebook uma declaração formal de objeções por supostamente ter fornecido informações enganosas durante a análise da fusão de 2014⁴¹. Foi sancionada uma multa de 110 milhões de euros⁴² — a primeira vez que uma empresa foi multada por divulgações desde a entrada em vigor do Regulamento das Concentrações Comunitárias de 2004.

Importante destacar que não houve qualquer revisão quanto à aprovação da fusão pelas entidades competentes.

3.3. MICROSOFT/LINKEDIN

De forma inédita, proteção de dados e privacidade figuraram no âmago na análise da Comissão Europeia sobre a aquisição da rede social de negócios LinkedIn pela Microsoft em 2016, quando foi reconhecido, explicitamente, que a privacidade dos dados pode ser um parâmetro importante da concorrência e um fator influenciador da escolha do cliente⁴³. A ideia principal por trás do ato de concentração era que, se fundido com a Microsoft, o LinkedIn integraria dados do usuário entre *softwares* do Pacote Office, como o Outlook ou Skype. Assim, o maior receio da oposição era que a aquisição daria à Microsoft acesso exclusivo a dados sobre como os 450 milhões de usuários da rede social interagem, criando uma vantagem injusta sobre os rivais ao monopolizar o acesso a essas informações⁴⁴.

Maria Wasastjerna resume que, como condição à aprovação da concentração, a Microsoft se comprometeu a proteger a concorrência entre redes sociais profissionais em três aspectos principais: a) durante o lapso temporal de cinco anos, os fabricantes e distribuidores de computadores pessoais poderiam optar por instalar (ou não) o aplicativo do LinkedIn no Windows; b) as redes sociais concorrentes continuariam desfrutando de certa interoperabilidade com os produtos da Microsoft; c) as redes sociais concorrentes manteriam o seu acesso aos dados armazenados no Microsoft Cloud⁴⁶.

40 COMISSÃO EUROPEIA. Mergers: Commission alleges Facebook provided misleading information about WhatsApp takeover. *Commission Press Release*, Bruxelas, 2016. Disponível em: <<https://tinyurl.com/46yk6eh5>>. Acesso em: 18 jul. 2022.

41 WASASTJERNA, Maria C. loc. cit.

42 COMISSÃO EUROPEIA. Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover. *Commission Press Release*, Bruxelas, 2017. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yrexuhkr>>. Acesso em: 15 jul. 2022.

43 COMISSÃO EUROPEIA. *Case M.8124 – Microsoft/LinkedIn*. Regulation (EC) No 139/2004. Merger Procedure, Bruxelas, 2016. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2p8ckxyp>>. Acesso em: 02 jul. 2022.

44 WATERS, Richard. Microsoft-LinkedIn deal raises new competition concerns: regulators must consider whether a company can corner the market on data. *Financial Times*, Londres, Nov. 2016. Disponível em: <<https://tinyurl.com/ryeeha4x>>. Acesso em: 08 jul. 2022.

45 WINGFIELD, Nick; BENNER, Katie. How LinkedIn drove a wedge between Microsoft and Salesforce. *The New York Times*, Nova Iorque, Nov. 2016. Disponível em: <<https://tinyurl.com/mpnj7efe>>. Acesso em: 18 jul. 2022.

46 WASASTJERNA, Maria C. Op. cit, p. 351.

Apesar de imperfeito, conclui-se que o caso Microsoft/LinkedIn representa um avanço importante na superação de uma visão enraizada há décadas na jurisprudência concorrencial. Em um posicionamento divergente, Pfeiffer aponta que as análises do CADE e do FTC não foram tão inovadoras quanto o posicionamento da Comissão⁴⁷, além de que “a ausência de uma investigação mais aprofundada sobre o real impacto que a concentração traria a fim de afastar riscos de degradação da política de privacidade revelou um avanço retórico desprovido de efetividade”⁴⁸.

3.4. GOOGLE/FITBIT

Por último, o caso que mais se destaca em demonstrar a possibilidade de cooperação da entidade antitruste em prol da proteção de dados pessoais no contexto de M&A é a fusão Google/Fitbit, visto que o acordo final efetivamente refletiu a preocupação da Comissão Europeia com o impacto concorrencial advindo da junção de bancos com volume e variedade expressiva de dados pessoais⁴⁹.

Após falhar em se destacar no mercado de *wearables* (dispositivos vestíveis) em 2013 com o Google Glass⁵⁰, a fusão com a Fitbit, empresa atuante no ramo de desenvolvimento e distribuição de *smartwatches* e outros produtos rastreadores de atividade física, buscava aprimorar as ofertas colocadas à disposição do consumidor com tecnologia de ponta e inteligência artificial. Dessarte, a Comissão Europeia iniciou uma investigação muito mais aprofundada na questão da proteção de dados ao entender que, com a aquisição, o Google poderia usar os dados em saúde contidos nos dispositivos Fitbit para personalizar ainda mais a publicidade, consolidando a sua posição já dominante no mercado de tecnologia de *advertisement*⁵¹.

O acordo ofertado pela Comissão e atrelado à aprovação da fusão trazia, entre outras, as seguintes condições: a) o Google não poderia usar certos dados em saúde coletados através dos dispositivos Fitbit, por serem considerados dados sensíveis; b) o Google seria compelido a criar uma separação técnica dos dados obtidos por meio do Fitbit, armazenando-os em um banco separado de quaisquer outros dados coletados para fins de monetização publicitária; c) O Google deveria garantir que os usuários tenham a opção real de conceder ou negar o uso de dados de saúde armazenados tanto no Google quanto no Fitbit; d) um sistema especial de proteção de dados deveria ser projetado e criado especificamente para a proteção dos dados em saúde obtidos; e) as

47 O FTC aprovou a fusão sem condições ou preocupações concernentes à proteção de dados pessoais. No Brasil, houve a notificação, tramitação pelo rito sumário e consequente aprovação sem restrições.

48 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. cit, p. 170

49 COMISSÃO EUROPEIA. Mergers: Commission opens in-depth investigation into the proposed acquisition of Fitbit by Google. *Commission Press Release*, Bruxelas, 2020. Disponível em: <<https://tinyurl.com/3nw34jc2>>. Acesso em: 19 jul. 2022.

50 WEIDNER, Justin Burton. How and why Google Glass failed. *Investopedia*, Nova Iorque, 2021. Disponível em: <<https://tinyurl.com/mr3azd3b>>. Acesso em: 19 jul. 2022.

51 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op.cit. p. 172.

empresas deveriam implementar um sistema de monitoração do acordo, caso firmado; f) o Google iria se comprometer em disponibilizar, aos titulares, acesso aos dados de saúde por meio de aplicativo gratuito e de fácil manejo⁵².

Como conclusão, a Comissão Europeia não se limitou em promover uma análise tradicional de mercados conglomerados. Ainda que a participação da Fitbit e do Google no mercado da União Europeia fosse pequena no que tange a *wearables*, foi levada em consideração a existência de outros mercados integrados, os quais também deveriam ser analisados no ato de concentração⁵³.

No Brasil, a operação não foi notificada ao CADE, tendo em vista que não se encaixavam os parâmetros legais de notificação obrigatória. No Estados Unidos, a atuação do FTC se restringiu em aprovar a fusão por rito sumário, sem que a investigação fosse aprofundada⁵⁴.

4. CONCLUSÃO

Este presente artigo destacou o crescente papel e importância dos dados e da privacidade no direito concorrencial, especialmente na área de controle de fusões de relevância internacional, considerando o número de aquisições orientadas por dados nos mercados digitais nas últimas décadas.

A partir da pesquisa realizada, é possível concluir que a lei da concorrência desempenhará um papel importante para a mitigação de riscos de privacidade associados a processos de M&A de empresas pertencentes ao mercado digital, desde que condicionado a uma série de mudanças na especificidade, forma e direção da análise dos atos de concentração por parte das autoridades antitruste.

Adicionalmente, o estudo doutrinário e jurisprudencial levantado aponta que, com a crescente atenção dedicada à interface concorrência-privacidade, não apenas no meio acadêmico, mas também pelas principais autoridades de concorrência, há indícios do surgimento de uma cooperação interdisciplinar dentro dos parâmetros de competência de cada instituto, levando em conta a decisão condicional da fusão Microsoft/LinkedIn, as consequências relativas à degradação da privacidade no caso Facebook/WhatsApp e a mais recente e inovadora decisão Google/Fitbit por parte da Comissão Europeia.

Ao contrário do que geralmente ocorre em mercados tradicionais, no mercado digital, o qual possui forte tendência à monopolização, um erro na aprovação de uma fusão tem o potencial de produzir danos reflexos na proteção de dados pessoais. Portanto, prevê-se que, ainda que criados para a proteção de dois bens jurídicos diferentes, uma atuação em um mesmo *continuum* regulatório dos órgãos antitruste e autoridades de proteção de

52 COMISSÃO EUROPEIA. *Case M. 9660 – Google/Fitbit*. Regulation (EC) No 139/2004. Merger Procedure, Bruxelas, 2020. Disponível em: <<https://tinyurl.com/57ktp8z3>>. Acesso em: 19 jul. 2022.

53 PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. op. cit., p. 173.

54 *Ibid.*, p. 175.

dados poderia ser tangível em algum momento futuro dada a necessidade de sofisticação dos mecanismos de atuação do Direito e o sucessivo desenvolvimento da tecnologia, motivo pelo qual aplaude-se a iniciativa brasileira em um primeiro passo representado pelo Acordo de Cooperação Técnica (ACT) firmado entre o CADE e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)⁵⁵.

Contudo, permanece o entendimento final de que uma solução mais pragmática e realista ao problema envolveria uma modificação nos parâmetros legais de notificação nos órgãos antitruste para revisão de fusões e aquisições no mercado digital, baseando-se no valor da transação ou outro critério que permita que os reguladores analisem transações entre plataformas digitais e *startups*.

CONFLITO DE INTERESSE E FINANCIAMENTO

A pesquisadora afirma que não há conflitos de interesse.

Não houve concessão de bolsa ou auxílio financeiro para a elaboração da pesquisa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Acordo de cooperação técnica entre o Conselho de Defesa Econômica (CADE) e a Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD)*, para o aperfeiçoamento das ações voltadas à defesa, fomento e disseminação da concorrência no âmbito dos serviços de proteção de dados. Disponível em: <<https://tinyurl.com/35e93h9c>>

BRUNER, Robert F. *Applied Mergers and Acquisitions*. Nova Iorque: John Wiley & Sons, 1. ed., 2004.

CHEN, M., MAO, S., Zhang, Y.; LEUNG, V. C. M. *Big Data: Related Technologies, Challenges; Future Prospects*. London: Springer, 2014.

CLAYTON, James. UK government sets out plans to rein in Big Tech. *BBC*, Londres, 2022. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yckzy4ha>>

COMISSÃO EUROPEIA. *Case M.8124 – Microsoft/LinkedIn*. Regulation (EC) No 139/2004. Merger Procedure, Bruxelas, 2016. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2p8ckxyp>>

⁵⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Acordo de cooperação técnica entre o Conselho de Defesa Econômica (CADE) e a Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD)*, para o aperfeiçoamento das ações voltadas à defesa, fomento e disseminação da concorrência no âmbito dos serviços de proteção de dados. Disponível em: <<https://tinyurl.com/35e93h9c>> Acesso em: 21 out. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. *Case M. 9660 – Google/Fitbit. Regulation (EC) No 139/2004. Merger Procedure*, Bruxelas, 2020. Disponível em: <<https://tinyurl.com/57ktp8z3>>

COMISSÃO EUROPEIA. Mercado Único – novo instrumento complementar para consolidar a aplicação das regras em matéria de concorrência. *Commission Press Release*, Bruxelas, 2020. Disponível em: <<https://tinyurl.com/4wcssauz>>

COMISSÃO EUROPEIA. Mergers: Commission alleges Facebook provided misleading information about WhatsApp takeover. *Commission Press Release*, Bruxelas, 2016. Disponível em: <<https://tinyurl.com/46yk6eh5>>

COMISSÃO EUROPEIA Mergers: Commission clears proposed acquisition of DoubleClick by Google. *Commission Press Release*, Bruxelas, 2008. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2p8b87nx>>

COMISSÃO EUROPEIA. Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover. *Commission Press Release*, Bruxelas, 2017. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yrexuhkr>>.

COMISSÃO EUROPEIA. Mergers: Commission opens in-depth investigation into the proposed acquisition of Fitbit by Google. *Commission Press Release*, Bruxelas, 2020. Disponível em: <<https://tinyurl.com/3nw34jc2>>

COMISSÃO EUROPEIA. *Opinion of the European Economic and Social Committee on the ‘Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Towards a thriving data-driven economy’ (COM(2014) 442 final)*, July 2014. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2z2v4f8z>>

CORVALÁN, Juan. *Perfiles digitales humanos*. Buenos Aires: La Ley, 2020.

CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike. *Competition policy for the digital era: Final report*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2019.

ECONOMIDES, Nicholas; LIANOS, Ioannis. “Restrictions on privacy and exploitation in the digital economy: a market failure perspective”. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, 2021, vol. 17, nº4, p. 765-847.

ESTADOS UNIDOS. FEDERAL TRADE COMMISSION. *Dissenting statement of commissioner Pamela Jones Harbour*. File No. 071-0170. Disponível em: <<https://tinyurl.com/8drnhx9d>>

ESTADOS UNIDOS. FEDERAL TRADE COMMISSION. Federal Trade Commission closes Google/DoubleClick investigation: proposed acquisition unlikely to substantially lessen competition. *FTC Press Release*, Washington, 2007. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2p8tcmes>>

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. «Edistortions. How data-opolies are dissipating the Internet's potential". In: ROLNIK, Guy (Ed.). *Digital Platforms and Concentrations*. 2018. Disponível em: <<https://tinyurl.com/2hyazc6h>>

FREUND, James C. *Anatomy of a Merger: Strategies and Techniques for Negotiating Corporate Acquisitions*. Nova Iorque: Law Journal Press, 1975.

GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monika. Competition law and personal data: preliminary thoughts on a complex issue. *Concurrences*, Nova Iorque, n. 2, p. 12, 2013.

KANG, Cecilia. "Privacy advocates decry Facebook's purchase of WhatsApp". *The Washington Post*, Washington, March 2014. Disponível em: <<https://tinyurl.com/mr267ha3>>

KHAN, Lina, The Separation of Platforms and Commerce. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, v. 119:973, 2019.

KRAAKMAN, Reinier; ARMOUR, John; DAVIES, Paul; et al. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

MANYIKA, James; CHUI, Michael; BROWN, Brad; et al. Big data: the next frontier for innovation, competition, and productivity. *McKinsey Global Institute*, 2011. Disponível em: <<https://tinyurl.com/yx7zksv>>

OCDE. *Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation*. Paris: OECD Publishing, 2013.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais*. 2021. [Tese, Livre-docência em direito comercial – edital FD 08/2021] – Departamento de Direito Comercial, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

ROBERTSON, Viktoria H.S.E. “Antitrust law and digital markets: a guide to the European competition law experience in the digital economy”. In: KURZ, Heinz D.; SCHUTZ, Marlies; STROHMAIER, Rita; ZILIAN, Stella S. (Eds.). *The Routledge Handbook of Smart Technologies: An Economic and Social Perspective*. Londres: Routledge, 2022.

RUBINFELD, Daniel; GAL, Michal. RUBINFELD, Daniel; GAL, Michal. “The hidden costs of free goods: implications for antitrust enforcement”. NYU Law & Economics Research Paper Series, Nova Iorque. 2016, vol. 80, nº 401, p. 8

SCHWAB, Klaus. *Shaping the future of the fourth industrial revolution: a guide to building a better world*. Londres: Portfolio Penguin, 2018.

SOKOL, Daniel D.; COMERFORD, Roisin. Does antitrust have a role to play in regulating big data?. In: BLAIR, Roger D.; SOKOL, Daniel D. *Antitrust, intellectual property, and high tech*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

STUCKE, Maurice E. “Should we be concerned about data-opolies?”. *Georgetown Law Technology Review*, Washington, 2018, vol.2.2, nº275, p. 275-324.

STUCKE, Maurice E; GRUNES, Allen P. “No mistake about it: the important role of antitrust in the era of big data”. *University of Tennessee Legal Studies Research*, Knoxville. April 2015, nº269.

TAVARES, André Ramos. “APP’s e plataformas on-line na intermediação econômica no Brasil”. *Revista de Direito Constitucional & Econômico*, jan-jun, 2019, nº1, p. 13-44.

VELJANOVSKI, Cento. Algorithmic antitrust: a critical overview. In: PORTUESE, Aurelien(Ed.). *Algorithmic Antitrust*. Cham: Springer, 2022.

WASASTJERNA, Maria C. “The implications of big data and privacy on competition analysis in merger control and the controversial competition-data protection interface”. *European Business Law Review*, Londres, 2019, vol. 30, nº3, p. 337-365.

WATERS, Richard. Microsoft-LinkedIn deal raises new competition concerns: regulators must consider whether a company can corner the market on data. *Financial Times*, Londres, Nov. 2016. Disponível em: <<https://tinyurl.com/ryeaha4x>>

WEIDNER, Justin Burton. How and why Google Glass failed. *Investopedia*, Nova Iorque, 2021. Disponível em: <<https://tinyurl.com/mr3azd3b>>

WINGFIELD, Nick; BENNER, Katie. How LinkedIn drove a wedge between Microsoft and Salesforce. *The New York Times*, Nova Iorque, Nov. 2016. Disponível em: <<https://tinyurl.com/mpnj7efe>>



Privacy and data protection in the context of cross-border mergers and acquisitions: the (possible) cooperative role of competition policy

Abstract: This article aims to analyze the implications of big data in the field of mergers and acquisitions and competition law, from a critical and comparative standpoint. First, it does a brief introduction to the subject, based on consultation of texts that manage to situate the development of the current legal paradigm. It also studies the theoretical performance of antitrust policy in the midst of the digital age. Subsequently, it conducts a comparative analysis of emblematic cases of mergers and acquisitions from the perspective of three different antitrust authorities (Brazilian, American, and European), essential for situating the legal landscape in an international scope. As a result, it concludes that the jurisprudence is currently moving towards the implementation of a cooperative role between the two legal institutes within their respective authorities.

Keywords: Data protection; Mergers and acquisitions; Concentration acts; Competition law; Antitrust policy.



Vie privée et protection des données dans le contexte des fusions et acquisitions transfrontaliers : le (éventuel) rôle coopératif de la politique de la concurrence

Abstrait: Cet article vise à analyser les implications du *big data* dans le domaine des fusions-acquisitions et du droit de la concurrence, d'un point de vue critique et comparatif. Tout d'abord, il fait une brève introduction au sujet, basée sur la consultation de textes qui parviennent à situer l'évolution du paradigme juridique actuel. Il étudie également la performance théorique de la politique antitrust au milieu de l'ère numérique. Ensuite, il procède à une analyse comparative de cas emblématiques de fusions-acquisitions du point de vue de trois autorités antitrust différentes (brésilienne, américaine et européenne), essentielle pour situer le paysage juridique dans une perspective internationale. En conséquence, elle conclut que la jurisprudence s'oriente actuellement vers la mise en place d'un rôle coopératif entre les deux instituts judiciaires au sein de leurs instances respectives.

Mots clés: Protection des données, Fusions et acquisitions, Actes de concentration, Droit de la concurrence, Politique antitrust.

RESUMO BIOGRÁFICO

Laura Mello dos Santos. Mestranda em Direito, com concentração em Direito Internacional e Direito Comparado, pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Internacional Aplicado pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI), em conjunto com a Escola Superior de Advocacia de São Paulo (OAB ESA/SP). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Foi bolsista de Iniciação Científica da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Fomento FAPERGS). Foi integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Fundamentais (GEDF/CNPq), vinculado ao Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direitos Fundamentais (NEADF/PUCRS). É advogada.