Ministério da Justiça e Segurança Pública - MJSP
Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE
SEPN 515, Conjunto D, Lote 4, Edifício Carlos Taurisano, - Bairro Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70770-504
Telefone: (61) 3221-8428 - www.cade.gov.br

NOTA TÉCNICA Nº 4/2021/CGAA1/SGA1/SG/CADE

PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO Nº 08700.004588/2020-47

Representantes: Rappi Brasil Intermediação de Negócios Ltda. e Associação Brasileira de Bares e Restaurantes - ABRASEL

Advogados: Victor Santos Rufino, Victor Cavalcanti Couto, João Ricardo Oliveira Munhoz, Denis Alves Guimarães e outros.

Representada: Ifood.com Agência de Restaurantes Online S. A.

Advogados: Amadeu Ribeiro, Márcio Dias Soares, Ana Paula Tavassi e outros.

EMENTA: Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo. Denúncia de infração contra a ordem econômica materializada por cláusula de exclusividade. Efeitos alegados de fechamento de mercado e aumento de barreiras à entrada. Pedido de concessão de medida preventiva. Recomendação de deferimento consoante art. 84, caput e § 1° da Lei n° 12.529/2011 e art. 211 do Regimento Interno do CADE.

VERSÃO DE ACESSO PÚBLICO

Sumário

I. Relatório. 2

II. Do pedido de Medida Preventiva. 4

II.1 Probabilidade do direito. 6

II.2 Perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. 9

II.3 Ausência de perigo do dano reverso. 11

II.4 Escopo da Medida Preventiva. 12

III. Conclusão. 13

I.Relatório

1. Trata-se de representação (SEI 0809941) protocolada em 25 de setembro de 2020 por Rappi Brasil Intermediação de Negócios Ltda ("Rappi" ou "Representante") em desfavor de iFood.com Agência de Restaurantes Online S.A. ("iFood" ou "Representada") alegando o cometimento das infrações descritas no art. 36, caput, I e §3, III, IV e V da Lei n° 12.529/2011 no mercado *online* de comida.

2. A Rappi relata, em síntese, ser uma plataforma digital que disponibiliza tecnologia para a venda de produtos e serviços de empresas parceiras em um *marketplace* em segmentos verticalizados de consumo (supermercado, restaurantes, lojas, entre outros serviços). De acordo com essa descrição, a Representante seria concorrente da iFood, que também é uma plataforma digital que oferece o serviço *online* de pedido/entrega de comida de restaurantes.

3. Alega-se que a iFood seria empresa com posição dominante no mercado de pedidos *online* de comida e que se valeria dessa condição para adotar práticas verticalmente restritivas, por meio da celebração massiva de contratos de exclusividade junto a restaurantes parceiros. Afirma a Representante que, adotando uma estratégia de discriminação no tratamento dos restaurantes exclusivos, a Representada criaria um forte incentivo à adesão dos restaurantes a esse modelo de negócio mais restritivo.

4. Como efeitos da conduta, a Rappi elenca: (i) o fechamento do mercado para plataformas concorrentes; (ii) o incremento das barreiras à entrada mediante estipulações contratuais como longo prazo de duração do contrato e multas pela rescisão da exclusividade. Diante de tais efeitos, solicita a Representante a concessão de medida preventiva, com fundamento no art. 84, caput e § 1° da Lei n° 12.529/2011, cujo deferimento será analisado na presente nota técnica.

5. A representação foi recebida pelo setor de triagem de condutas (SEI 0813088) e remetida à CGAA1, que expediu o Ofício n° 7609/2020/CGAA1/SGA1/SG/CADE à Representada solicitando sua manifestação e a resposta ao questionário enviado (SEI 0820380). Em 05/11/2020, a iFood apresentou a resposta ao ofício (SEI 0826323), no qual alega, em síntese, que a Rappi pretende utilizar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC para fins privados e argumenta sobre a inexistência dos requisitos autorizadores da concessão de medida preventiva.

6. Em breve síntese, o iFood defende que o mercado de pedidos de comida é extremamente dinâmico e contempla diversos modelos de negócio. Alega que a celebração de acordos de exclusividade entre restaurantes e plataforma cria incentivos para que esta invista em seus parceiros, sendo necessária para evitar o efeito *free rider* e garantir à plataforma o retorno do seu investimento. Afirma possuir relação de exclusividade com apenas **[ACESSO RESTRITO AO CADE E AO IFOOD]** dos restaurantes presentes em sua plataforma. Contesta a existência de restaurantes "must-have" e alega haver muitas entradas bem-sucedidas no mercado de plataformas de *delivery* de comida nos últimos anos.

7. Em 26/11/2020, o Rappi apresentou nova manifestação (SEI 0836551), na qual rebate os principais pontos alegados pela iFood na resposta ao oficio, em especial a abrangência do mercado relevante e a existência de efetiva rivalidade no mercado de pedidos *online* de comida. Por fim, reforça a necessidade de deferimento de medida preventiva nos termos pedidos.

8. Em 07/12/2020 e em 31/12/2020, o iFood juntou aos autos mais duas manifestações (SEI 0841054 e SEI 0849982 respectivamente) e uma apresentação (SEI 0845712) resumindo os principais pontos expostos em suas manifestações anteriores e defendendo a inexistência de requisitos a embasar a adoção de medida preventiva. Em 07/01/2021, por sua vez, o Rappi juntou aos autos nova manifestação (SEI 0858795) reforçando a urgência da concessão de preventiva e, em 25/01/2021, apresentou parecer econômico (SEI

0858795) intitulado “Análise concorrencial dos acordos de exclusividade praticados pelo iFood no mercado de entrega online de comida” elaborado pela Tendências Consultoria Integrada.

9. Paralelamente, em 30/12/2020, a Associação Brasileira de Bares e Restaurantes – ABRASEL apresentou ao Cade representação (SEI 0849383) em desfavor do iFood, que foi autuada no processo 08700.006672/2020-03. Nela, a ABRASEL defende que os aplicativos de pedidos *online* de comida aumentaram sua importância como canal de vendas de bares e restaurantes, que são os seus filiados. A Associação alega que a Representada teria poder de mercado, informando que, pelas suas previsões, o iFood seria o líder desse mercado com aproximadamente 86% de *market share*, e que estaria abusando desse suposto poder de mercado por meio das seguintes condutas:

> (i) Estabelecimento de barreiras de mercado aos concorrentes. Os restaurantes seriam dependentes dos serviços da Representada para alcançar um maior número de consumidores e ela teria o poder de determinar as regras de interação entre consumidores, restaurantes e fornecedores de serviços complementares, de forma que os restaurantes se veriam compelidos a firmar acordos de exclusividade com a Representada. Por sua vez, tais acordos configurariam barreiras à entrada de potenciais plataformas concorrentes.
>
> (ii) Alavancagem da dominância no mercado de pedidos *online* de comida para mercados adjacentes. A Representada teria exigido dos restaurantes, que seriam dependentes da sua plataforma para ter acesso a consumidores, autorização para que empresas parceiras obtivessem dados adicionais e para que a própria Representada repassasse informações fornecidas pelos estabelecimentos para empresas de análises de crédito, mesmo na ausência da contratação de serviços financeiros das empresas parceiras o iFood por parte dos restaurantes.

10. Assim, a Representante entende que os potenciais efeitos concorrenciais dos contratos de exclusividade entre a Representada e os restaurantes demandariam uma atuação imediata do Cade, impedindo que a plataforma dominante continue prejudicando a atuação de seus competidores, dos restaurantes e dos consumidores finais. Por isso, pede que o Cade conceda medida preventiva.

11. Em 03/02/2021, os autos do processo 08700.006672/2020-03 foram anexados aos presentes autos por se tratar de denúncias similares. Por fim, em 04/02/2021, foi instaurado Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo (0862220) em desfavor da iFood, figurando como Representantes a Rappi e a ABRASEL.

12. É o relatório.

II.Do pedido de Medida Preventiva

13. Conforme relatado, a Rappi solicitou a concessão de medida preventiva, nos termos do art. 84 *caput* e § 1° da Lei de Defesa da Concorrência, a fim de determinar: (i) a suspensão imediata de todas as obrigações de exclusividade celebradas entre a Representada e seus restaurantes parceiros e (ii) que a Representada se abstenha de adotar qualquer tratamento discriminatório entre seus restaurantes parceiros.

14. Segundo argumentado pela Rappi, a plausibilidade do direito estaria fundada (i) na detenção de poder de mercado pela iFood; (ii) na adoção de cláusulas de exclusividade e tratamento discriminatório entre os restaurantes exclusivos e não exclusivos da plataforma; (iii) nos precedentes da Superintendência-Geral - SG relacionados a contratos de exclusividade, como observado no âmbito do Ato de Concentração Naspers/ Delivery Hero; (iv) nos elementos do contrato entre iFood e restaurantes, como os supostamente extensos prazos de duração, a cobrança de elevadas multas rescisórias e a existência de períodos de aviso prévio para a rescisão de contratos de exclusividade.

15. Já o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo restaria comprovado (i) pelo efeito de restrição ao portfólio das plataformas concorrentes, em razão do fechamento de mercado; (ii) pelo prejuízo aos restaurantes não exclusivos aos quais a iFood dispensaria tratamento discriminatório desvantajoso; (iii) pelo contexto da pandemia de covid-19 que fragilizou o setor de serviços e produtos de alimentação e acentuou sua dependência dos aplicativos de *delivery*.

16. O iFood, por sua vez, defende o descabimento de adoção de medida preventiva nos termos solicitados pela Rappi. Quanto à probabilidade do direito, aduz a Representada que: (i) o critério de participação de mercado para determinar a existência de poder de mercado e posição dominante pela iFood seria inadequado; (ii) apenas uma parte limitada dos parceiros do iFood são exclusivos; (iii) o mercado de restaurantes é extremamente amplo e ainda pouco explorado, com reduzida penetração de aplicativos especializados em pedidos de comida no Brasil; (iv) outros concorrentes importantes estão aproveitando seus recursos e posições já consolidadas em mercados adjacentes para entrar no segmento de pedidos de comida, o que reforça a tese de inexistência de barreiras à entrada nesse mercado.

17. Sobre o perigo da demora ou risco ao resultado útil do processo, alega a iFood o seguinte:

18. "Ainda que fosse verdade o argumento apresentado pela Rappi de que ela estaria enfrentando dificuldades de crescimento no mercado (...), isso não seria evidência suficiente de risco iminente para o ambiente competitivo, principalmente em um mercado que vem, como também demonstrado acima, apresentando um grande número de entrantes com taxas relevantes de crescimento.".

19. Além disso, a Representada sustenta a existência de *periculum in mora* reverso, diante de externalidades negativas de uma eventual medida preventiva.

20. Por sua vez, a ABRASEL também solicitou a adoção de medida preventiva, por entender que há uma crescente dependência do iFood, por parte dos restaurantes, especialmente após o início da pandemia de covid-19, a fim de conseguirem viabilizar seu serviço de *delivery* de comida. Por conta dessa suposta dependência, os restaurantes se sentiriam impelidos a firmar acordos de exclusividade com a Representada, dentre outros motivos, para que seu estabelecimento apareça entre os destaques nas buscas que os clientes fazem na plataforma, benefício que seria concedido a restaurantes exclusivos iFood. Assim, a prática da Representada estaria causando ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação.

21. Na forma do art. 13, XI c/c art. 84 da Lei 12.529/2011 e do art. 211 do RICade, compete à Superintendência-Geral adotar medida preventiva, inclusive por iniciativa própria. O requisito para a concessão da medida é a existência de fundado receio de que o Representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou que torne ineficaz o resultado do processo.

22. Em conformidade com o art. 13, XI da Lei n° 12.529, a medida preventiva deve conduzir à cessação de prática que constitua infração contra a ordem econômica, admitindo-se, inclusive, a fixação de multa diária, a ser aplicada no caso de descumprimento da determinação no prazo fixado. É entendimento desta SG que a medida preventiva na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência não tem em vista a proteção direta de um concorrente e sim do bem-estar coletivo, ou seja, do interesse público.

23. Feita esta consideração, passa-se a analisar se estão presentes os requisitos legais para a concessão da medida preventiva. Sobre o tema, vale dizer que a exegese do art. 84 exige a demonstração de (i) indício ou fundado receio de que o Representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou (ii) indício ou fundado receio de que o Representado torne ineficaz o resultado final do processo. O requisito corresponde ao que a doutrina processualista entende como perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

24. Ao requisito legal, a prática administrativa, fundada nos princípios da razoabilidade, motivação, proporcionalidade e segurança jurídica, tem adicionado o requisito de demonstração da probabilidade do direito. A interpretação se coaduna com a sistemática de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos processos administrativos do Cade, por força do art. 115 da Lei n° 12.529/2011. Isso porque a lei processual civil exige, para a concessão de tutelas provisórias de urgência, o preenchimento dos dois pressupostos.

25. Nesse sentido, passa-se a analisar a existência de cada um dos seguintes elementos na concessão da preventiva solicitada: (i) a aparência do bom direito (*fumus boni iuris*); e (ii) o perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado (*periculum in mora*).

II.1 Probabilidade do direito

26. No âmbito antitruste, em sede de condutas, a probabilidade do direito consiste na verossimilhança das alegações. É a aparência do bom direito que indica a necessidade de intervenção, desde logo, das autoridades de defesa da concorrência, em razão da presença de indícios de que determinada conduta esteja causando ou possa vir a causar os efeitos anticompetitivos previstos na legislação antitruste.

27. Nesse contexto, conforme já apresentado ao longo da nota, a potencialidade de as restrições verticais adotadas pela Representada causarem efeitos prejudiciais à concorrência no mercado está associada a pelo menos dois aspectos: (i) existência de posição dominante pelo autor da conduta no mercado de origem; e (ii) existência de efeitos da conduta sobre parcela significativa ou estratégica do mercado.

28. A existência de posição dominante, por sua vez, exige uma análise conjunta dos fatores (i) participação de mercado e (ii) condições efetivas e/ou potenciais de competição. Sobre esses pontos, de forma preliminar e sem entrar no mérito das acusações, as informações constantes dos autos nos permitem chegar a algumas conclusões.

29. Primeiramente, a despeito da discussão sobre a métrica utilizada, a participação de mercado da iFood, conforme a métrica defendida pela própria Representada, é de pelo menos **[ACESSO RESTRITO AO CADE E À IFOOD]**; pelas métricas apresentadas pela Rappi, situar-se-ia entre **[ACESSO RESTRITO AO CADE E À RAPPI]**; e, na métrica apresentada pela ABRASEL, seria de 86%. Em qualquer caso, o percentual supera os 20% exigidos, na Lei de Defesa da Concorrência, para que se autorize a presunção de posição dominante.

30. Depois, há que se considerar que a iFood desfruta da "vantagem do pioneiro", já que foi a primeira empresa a explorar, no Brasil, o mercado de serviço de entrega/pedido de comidas em restaurantes como uma plataforma *online*.

31. Por tratar-se de uma plataforma de múltiplos lados em um mercado digital, há preocupações concorrenciais concernentes a fenômenos como *tipping*. Conforme aponta estudo elaborado pelo Departamento de Estudos Econômicos do Cade – DEE, "Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados"[1]:

32. "Mercados com tais características [plataformas digitais] tendem a 'tipping', isso é, em determinado momento, a confluência destes fatores tende a rapidamente concentrar o mercado em um único agente ultradominante. Mercados com 'tipping effects' normalmente apresentam uma intensa competição pelo mercado no início, que depois se transforma em um provável longo período de baixa competição no qual o vencedor/monopolista aproveita as rendas do seu poder de mercado. Estas rendas são protegidas pelas altas barreiras à entrada relacionadas aos efeitos de rede dos produtos ofertados (é difícil coordenar a migração em massa de consumidores), importantes economias de escala e escopo (incluindo as relacionadas ao controle de base de dados), personalização dos serviços ofertados e a crescente competição por ecossistemas. Estas barreiras dificultariam a expansão de produtos concorrentes, mesmo os tecnicamente superiores.

33. Tais características podem ser identificadas no mercado de pedidos *online* de comida. Como *first-mover*, o iFood "criou" o mercado, captando um portfólio de restaurantes considerável em um lado da plataforma, o que atraiu uma grande quantidade de consumidores do outro lado. São dois lados que se retroalimentam: quanto mis restaurantes a plataforma possui, mais consumidores têm interesse em fazer parte dela e quanto mais consumidores utilizam a plataforma para fazer seus pedidos de *delivery*, mais restaurantes têm interesse em contratar os serviços da plataforma. Esse é um crescimento esperado do mercado, mas também configura uma considerável barreira à entrada de novos concorrentes, uma vez que,

para concorrer efetivamente com o pioneiro, os entrantes precisam conquistar uma rede suficiente de restaurantes, capaz de atrair uma massa crítica de consumidores, o que exige elevado investimento em *marketing*, por exemplo.

34. Nesse cenário, o sucesso da atividade desenvolvida por uma plataforma de pedidos *online* depende sobremaneira de que ela alcance uma massa crítica de restaurantes. Isso porque, ainda que o site ou aplicativo de entrega possua uma ampla rede de consumidores, ele poderá encontrar significativas dificuldades para o seu crescimento caso não consiga estabelecer, na outra ponta da plataforma, uma rede suficiente de restaurantes. Daí porque a cláusula de exclusividade poderá operar como um elemento de restrição na cadeia produtiva, ao criar, potencial ou efetivamente, dificuldade a que os *players* adicionem ao seu portfólio estabelecimentos necessários ao atingimento da massa crítica.

35. Pelo exposto até o momento, é possível concluir que o iFood detém posição dominante no mercado de plataformas digitais de *delivery*, ainda que a extensão dessa posição dominante deva ser melhor investigada no âmbito da análise de mérito do presente caso.

36. Observa-se que a rivalidade no mercado de origem é crescente, porém ainda incipiente, o que pode ser um efeito natural das características do mercado de plataformas digitais descritas acima, mas que pode sim ser potencializado por práticas restritivas à concorrência tendentes ao fechamento do mercado, dentre as quais pode figurar a imposição de cláusulas de exclusividade.

37. A jurisprudência concorrencial não aponta a prática de exclusividade em um contrato como ilícito *per se*, por ser possível haver argumentos razoáveis a embasar sua adoção – como a obtenção de eficiências para ambas as partes que firmam esse tipo de contrato e evitar o efeito *free-rider* nos investimentos feitos por uma das partes, tal como a Representada defende ser o caso --, ensejando, portanto, o necessário aprofundamento da análise antitruste no caso concreto.

38. No entanto, é pacífico que a adoção de cláusulas de exclusividade por agentes com posição dominante tem o potencial de (i) provocar fechamento de mercado, (ii) aumentar barreiras à entrada, (iii) elevar os custos dos rivais ao restringir sua atuação naquele mercado ou relegá-los a fornecedores (no caso, restaurantes) menos atrativos.

39. Para avaliar se cláusulas de exclusividade adotadas por agente detentor de posição dominante têm o potencial de prejudicar a concorrência, é essencial investigar o percentual de fechamento do mercado e a duração e condições de renovação das cláusulas de exclusividade.

40. Sem prejuízo da necessidade de estudo mais aprofundado da questão no âmbito de análise de mérito, pelos dados constantes nos autos, tem-se que a parcela de restaurantes exclusivos do iFood, embora represente **[ACESSO RESTRITO AO CADE E À IFOOD]** dos estabelecimentos parceiros cadastrados na plataforma, foram responsáveis por **[ACESSO RESTRITO AO CADE E À IFOOD]** do faturamento e **[ACESSO RESTRITO AO CADE E À IFOOD]** das vendas da Representada em 2019.

41. Se considerado o percentual dos restaurantes exclusivos em relação ao mercado total de restaurantes e bares, chega-se à relação de que **[ACESSO RESTRITO AO CADE]** dos estabelecimentos correspondem a cerca de **[ACESSO RESTRITO AO CADE]** dos pedidos do *player* que detém, na perspectiva mais conservadora, **[ACESSO RESTRITO AO CADE]** do mercado, e na mais agressiva, algo em torno de **[ACESSO RESTRITO AO CADE],** percentuais esses referentes ao número de pedidos dos consumidores no mercado de serviço online de pedido/entrega de comida de restaurante. Ou seja, **[ACESSO RESTRITO AO CADE]** do mercado relevante alvo da conduta seriam responsáveis por algo entre **[ACESSO RESTRITO AO CADE]** do total de pedidos.

42. Tais dados sugerem tanto a existência de benefícios individuais para os restaurantes de firmarem acordos de exclusividade com a iFood, gerando possivelmente um diferencial competitivo para si, conforme apontado pela ABRASEL, quanto a existência de restaurantes considerados estratégicos ("*must-have*") que poderiam estar sendo "capturados" pelos acordos de exclusividade com a Representada com o intuito de tornar o portfólio de restaurantes dos outros aplicativos concorrentes menos atrativo para os consumidores, prejudicando, assim, seu desenvolvimento no mercado.

43. Quanto à questão da duração e das condições dos contratos de exclusividade, segundo informado pelo iFood, a duração dos contratos varia entre **[ACESSO RESTRITO AO CADE E À IFOOD]** anos e há a previsão de **[ACESSO RESTRITO AO CADE E À IFOOD],** caso o contrato seja rescindido sem justa causa ou **[ACESSO RESTRITO AO CADE E À IFOOD]**. Tais cláusulas do contrato aumentam os custos de um restaurante que eventualmente queira deixar de ser exclusivo, de forma que as plataformas concorrentes teriam que fazer uma proposta atrativa o suficiente para ser capaz de compensar as perdas advindas da quebra do contrato de exclusividade mantido com o iFood. Logicamente, a real dimensão desses *switching costs* e se são grandes o suficiente para prejudicar a concorrência são questões que devem ser investigadas em sede de análise de mérito. O que se pode afirmar no momento é que eles existem para os restaurantes exclusivos.

44. Diante do exposto, entende-se estar presente nos pedidos de adoção de medida preventiva a fumaça do bom direito. Embora seja necessária uma instrução profunda para verificar se a adoção de cláusulas de exclusividade pelo iFood tal qual formatada no momento configura um ilícito concorrencial ou não, verifica-se que os requisitos que podem indicar a potencialidade de prejuízo aos concorrentes estão presentes no mercado.

45. Passa-se, então, a analisar a existência de *periculum in mora*.

II.2 Perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo

46. O segundo requisito para o deferimento de medida preventiva por parte da autoridade antitruste consiste na iminência da produção de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado em virtude da possível infração identificada, de forma a demandar uma atuação estatal imediata, ante o perigo da irreversibilidade do prejuízo causado no mercado pelo Representado.

47. Sua caracterização no presente caso explica-se pela própria característica de dinamicidade do mercado, associada ao momento de franca expansão pelo qual ele passa, especialmente motivado pela pandemia de covid-19, que alavancou o mercado de *delivery* de comida. Nesse sentido, há de se verificar se a omissão da atuação antitruste ou sua atuação intempestiva podem propiciar um crescimento inorgânico dos agentes de mercado, reforçando posição dominante e elevando níveis de concentração e barreiras à entrada.

48. Tais efeitos, se verificados, poderão ter consequências sistêmicas, como a inibição de inovações disruptivas no setor e a inviabilidade de conquista de parcela do mercado por entrantes.

49. No momento, conforme já visto, o iFood mantém contratos de exclusividade com **[ACESSO RESTRITO AO CADE E À IFOOD]** dos restaurantes que compõem seu portfólio, o que corresponderia a **[ACESSO RESTRITO AO CADE E À IFOOD]** estabelecimentos aos quais os outros aplicativos de pedidos *online* de comida não têm acesso. No entanto, consoante também já mencionado, esses restaurantes correspondem a aproximadamente **[ACESSO RESTRITO AO CADE E À IFOOD]** das vendas do iFood, o que indica que, no mínimo, são restaurantes pelos quais os consumidores têm predileção.

50. De fato, os restaurantes são heterogêneos e atraem, cada um, uma clientela específica, conforme assevera a Representada. Realmente, um contrato de exclusividade isolado com um restaurante dito "famoso" não é capaz de fechar o mercado para as outras plataformas. O problema está em excluir das plataformas concorrentes um portfólio de restaurantes "famosos", ou "must-have", em um mercado em que é plenamente possível o *multi-homing*. Embora a Representada alegue que as grandes redes não enxergariam vantagem relevante em celebrar acordos de exclusividade, não possuindo incentivos para fechar o mercado, observa-se que várias cadeias de restaurantes conhecidas em todo o Brasil já são exclusivas do iFood, podendo-se citar Outback, Coco Bambu, Habib's, China In Box, The Fifties, Oakberry, Si Señor, dentre outras.

51. Se a quantidade de restaurantes desse tipo que mantém acordos de exclusividade com o iFood é capaz ou não de criar barreiras à entrada ou impor dificuldades artificiais ao funcionamento dos

concorrentes da Representada é uma questão de mérito, que deve ser avaliada após uma instrução aprofundada.

52. No entanto, é sabido que, mesmo após as denúncias recebidas pelo Cade e as reclamações públicas feitas pelos concorrentes, o iFood continua a captar mais restaurantes "famosos" para sua plataforma, aumentando o número de estabelecimentos que só podem ser encontrados pelo consumidor na plataforma da Representada. E não se trata apenas de restaurantes individuais, regionais ou de pouca visibilidade.

53. Prova disso é o quanto noticiado pela Rappi, que relata que, em 06 de janeiro de 2021, **[ACESSO RESTRITO AO CADE, À RAPPI E À IFOOD]**

54. Segundo informa a Representante Rappi, trata-se de uma rede com **[ACESSO RESTRITO AO CADE, À RAPPI E À IFOOD]**, **[ACESSO RESTRITO AO CADE E À RAPPI]**

55. Referida notícia traz ainda mais preocupações, pois, com esse contrato de exclusividade, a iFood acrescentou à sua lista de estabelecimentos exclusivos uma rede de restaurantes conhecida em todo o mundo que, segundo informações públicas, detém **[ACESSO RESTRITO AO CADE]**. Considera-se que um contrato dessa magnitude, somado aos restaurantes já exclusivos, tem o potencial de gerar impactos potencialmente danosos para a concorrência.

56. Conforme assevera a Rappi, a importância destes restaurantes conhecidos do grande público não se limita à movimentação financeira que promovem, mas reside também na atratividade de suas marcas junto aos usuários. Para um dado aplicativo, possuir um leque de restaurantes de expressividade e renome é fator de grande relevância para ser chamativo perante o consumidor e rivalizar em condições mais equitativas.

57. Conforme mencionado, a duração dos contratos de exclusividade ora avaliados varia entre **[ACESSO RESTRITO AO CADE E À IFOOD]** anos. Possivelmente, em mercados tradicionais, o prazo nem seja considerado tão extenso em condições normais, mas, considerando o fato de mercados digitais terem grande dinamismo e, principalmente, o contexto atual, em que o crescimento do mercado de *delivery* de comidas foi enormemente impulsionado pela pandemia de covid-19, a retenção de restaurantes conhecidos do grande público por uma plataforma que detém poder de mercado por meio de contratos de exclusividade pode ter o condão de criar barreiras à entrada proibitivas e impedir o crescimento de concorrentes, levando até mesmo à sua saída do mercado.

58. Desse modo, mesmo dando seguimento às investigações, as garantias processuais e a necessária instrução do feito levam tempo, sendo que, nesse interregno, a continuidade da prática do iFood de celebração de contratos de exclusividade, especialmente com restaurantes de renome e pertencentes a grandes redes nacionais e internacionais, pode resultar em um agravamento do cenário de concentração do segmento e na imposição de barreiras à entrada, à permanência no mercado e às condições de rivalizar efetivamente de concorrentes por não terem acesso a parceiros comercialmente atrativos que é uma condição essencial para atração de clientes.

59. Em síntese, ainda que a conclusão, ao final do processo, seja pela ilicitude da prática, com a determinação de abstenção da conduta e demais cominações legais, se a Representada continuar a firmar contratos de exclusividade com mais restaurantes indiscriminadamente, as consequências da possível infração já teriam produzido seus efeitos sobre o mercado, podendo até resultar na saída de agentes do mercado, diminuindo as opções dos consumidores.

60. Dessa forma, resta configurado também o *periculum in mora* no presente caso.

II.3 Ausência de perigo do dano reverso

61. A Representada alega que a concessão de medida preventiva poderia impor danos irreversíveis ao ambiente competitivo do mercado de pedidos *online* de comida e, consequentemente, aos restaurantes e consumidores. Argumenta, em síntese, que:

> (i) Tal medida, a ser tomada em um cenário de extrema incerteza, certamente traria consequências imprevisíveis a um mercado dinâmico e em constante transformação como o de entrega de comidas, e geraria nos concorrentes o incentivo perverso de deixar de concorrer no mérito para tentar resolver eventuais desvantagens competitivas por meio da política de defesa da concorrência.
>
> (ii) Concorrentes do iFood tentarão capturar restaurantes exclusivos do iFood e os outros presentes no mercado oferecendo parcerias exclusivas que terão como contrapartida condições comerciais menos atrativas, tendo em mente que não precisarão rivalizar com o iFood em relação a esse modelo. Portanto, tais ineficiências recairão imediatamente sobre restaurantes e consumidores.
>
> (iii) O iFood não teria capacidade financeira ou operacional para manter os benefícios aos restaurantes sem ter a exclusividade como contrapartida, uma vez que a plataforma estaria privada de capturar o resultado dos seus investimentos. Desse modo, a suspensão dos investimentos seria uma consequência natural (e não só contratual, como visto) de uma medida preventiva.

62. Tais argumentos não merecem prosperar, já que referidos prejuízos podem ser evitados conforme o escopo da Medida Preventiva, como será discutido na próxima seção. Nesse toar, restringir a atuação preventiva da autoridade antitruste a casos futuros – sem efeitos sobre os contratos que já estejam vigentes – é medida apta a obstar eventuais danos à concorrência identificáveis ao longo da investigação, sem impor prejuízos à Representada, até que se tenha uma decisão de mérito.

63. Nesse sentido, caso o entendimento final deste Cade seja pela licitude da prática, a Representada poderá retomar suas negociações comerciais e, até lá, continuará operando na forma que, até o momento, considera eficiente, resguardados seus contratos de exclusividade já celebrados.

II.4 Escopo da Medida Preventiva

64. Presentes os requisitos autorizadores da concessão da medida preventiva, é importante avaliar qual medida melhor restaura as condições concorrenciais do mercado relevante objeto de investigação.

65. Primeiramente, ressalte-se que o Cade evita intervir em contratos firmados entre empresas em condições normais por entender que os agentes de mercado costumam buscar maximizar eficiências por meio da celebração de contratos. Decerto, como preconiza a Representada, cada contrato de exclusividade firmado pelo iFood gera eficiências tanto para a plataforma quanto para o restaurante que a esta cláusula se submete – se assim não fosse, ele provavelmente preferiria ser *multi-homing* e estar presente no maior número de plataformas a fim de atingir a maior quantidade possível de potenciais clientes. Todavia, a adoção de cláusulas de exclusividade como uma política de uma empresa que detém poder de mercado tem o potencial de prejudicar a concorrência, conforme já debatido. E é essa celebração de contratos de exclusividade com restaurantes conhecidos do grande público como uma prática que se busca frear até que o Cade se debruce sobre as condições de mercado e colete informações suficientes para avaliar a partir de qual ponto ela pode configurar um ilícito concorrencial.

66. Em vista do exposto e como forma de garantir a livre atuação das forças de mercado no setor de serviços de pedido/entrega *online* de comida de restaurantes, mantendo o regular funcionamento das empresas já em atuação e garantindo as condições de entrada para novos empreendimentos com estratégias similares ou disruptivas, entende-se pela necessidade de concessão de medida preventiva nos seguintes termos:

(i) Em relação aos restaurantes que já componham o seu *marketplace* **sem cláusula de exclusividade**, determina-se que a Representada se abstenha de celebrar novos contratos que contemplem cláusula de exclusividade, até a **decisão final sobre a ilicitude ou não da conduta por parte do Cade;**

(ii) Em relação aos restaurantes que já componham o seu *marketplace* **com cláusula de exclusividade,** resguarda-se à Representada a possibilidade de manter os contratos como estão e, ao término de suas vigências, renová-los com cláusula de exclusividade, caso seja do interesse de ambas as partes, mas com renovações limitadas ao escopo temporal de 1 (um) ano de duração, sem limite de renovações por igual período de tempo, até a **decisão final sobre a ilicitude ou não da conduta** por parte do Cade;

(iii) Em relação aos restaurantes que não componham o seu *marketplace,* a iFood somente poderá celebrar contratos **sem cláusula de exclusividade** até a **decisão final sobre a ilicitude ou não da conduta por parte do Cade;**

(iv) Em relação aos restaurantes que já componham o seu *marketplace* **com cláusula de exclusividade,** mas que haja renovação, durante a vigência dessa medida, em que se pactue novo contrato, **sem exclusividade**, não poderá ser repactuada a exclusividade em renovações subsequentes.

67. Ressalte-se que a relação de restaurantes que compõe o *marketplace* da iFood será considerada, para os fins da aplicação da presente medida preventiva, como sendo aqueles que já integravam a plataforma da Representada até a data da assinatura do Despacho que concede a medida preventiva. Da mesma forma, esclarece-se que a obrigação da iFood de abster-se de assinar novos contratos de exclusividade inicia-se a partir da assinatura do Despacho que defere a medida preventiva.

68. De toda forma, ressalte-se que, com o aprofundamento das investigações, esta Superintendência pode entender ser necessário avaliar também os contratos que contemplem cláusulas de exclusividade já vigentes, podendo, inclusive, determinar que sejam suspensos, caso reúna indícios de que tal medida seja importante para a concorrência no mercado de *delivery* de comida.

III.Conclusão

Ante o exposto, entende-se pela necessidade de intervenção imediata da autoridade antitruste como forma de evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação à livre concorrência. Deste modo, com fulcro no art. 13, XI, da lei 12.529/2011, **defiro** a concessão de medida preventiva nos termos constantes na Seção II.4 desta nota técnica.

Tendo em vista a potencialidade de a conduta em epígrafe causar danos de difícil reparação no mercado ora analisado, fixo, a título de multa em caso de descumprimento da medida preventiva, o valor de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) por dia de descumprimento, até a decisão final do processo administrativo. A multa estipulada guarda relação com o **[ACESSO RESTRITO AO CADE E À IFOOD]** Ao valor informado, **[ACESSO RESTRITO AO CADE E À IFOOD]**, aplicou-se o fator de **[ACESSO RESTRITO AO CADE E À IFOOD]**, obtendo-se como valor da multa diária o montante de **[ACESSO RESTRITO AO CADE E À IFOOD]**.

Estas as conclusões.

[1] Disponível em: < https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/estudo-do-dee-aborda-concorrencia-em-mercados-digitais >. Acesso em 04/02/2021.

[2] **[ACESSO RESTRITO AO CADE]**

Documento assinado eletronicamente por **Patricia Alessandra Morita Sakowski**, **Superintendente-Geral substituta**, em 10/03/2021, às 18:11, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.

Documento assinado eletronicamente por **Carolina Helena Coelho Antunes Fontes**, **Coordenador-Geral**, em 10/03/2021, às 18:14, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.

Documento assinado eletronicamente por **Ana Paula Aparecida Guimarães de Paula**, **Coordenadora**, em 10/03/2021, às 19:41, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0875341** e o código CRC **18E9939B**.