

ACORDOS DE DISTRIBUIÇÃO EXCLUSIVA NO CONTEXTO DA ECONOMIA DIGITAL

EXCLUSIVE DISTRIBUTION AGREEMENTS IN THE CONTEXT OF THE DIGITAL ECONOMY

JORGE PADILLA¹

I Compass Lexecon, *Senior Managing Director*. Madrid (Madrid). Espanha.

BERNARDO SARMENTO²

II Compass Lexecon, *Vice President*. Madrid (Madrid). Espanha.

HELDER VASCONCELOS³

III Compass Lexecon, *Senior Vice President*. Madrid (Madrid). Espanha.

Universidade do Porto, *Professor Catedrático de Economia*, Portugal.

RESUMO: O presente artigo investiga os efeitos concorrenciais dos acordos de distribuição exclusiva no contexto da economia digital. Ao analisar as principais conclusões da literatura económica existente sobre o tema, bem como a jurisprudência relevante na União Europeia, concluímos que, embora este tipo de contratos possa conduzir ao encerramento do mercado, aumentando as barreiras à entrada e/ou contribuindo para aumentar os custos dos rivais, a exclusividade pode também criar importantes possibilidades de concorrência, o que complica a aplicação da política de concorrência. Em primeiro lugar, a concorrência pela exclusividade deve ser entendida um meio primordial de diferenciação entre as plataformas digitais, uma vez que leva as plataformas a competir entre si para criar uma oferta diferenciada, reforçando assim (em vez de reduzir) a concorrência inter-marcas e os esforços de inovação. Em segundo lugar, num cenário de ausência de contratos de exclusividade, os investimentos das plataformas estão potencialmente sujeitos efeito carona (*free-riding effect*) por parte de plataformas rivais não comprometidas com a realização de investimentos, o que implica que os acordos de negociação exclusiva podem servir objetivos de eficiência, protegendo os investimentos específicos do titular do direito exclusivo contra o comportamento oportunista dos concorrentes. Por conseguinte, a única forma sensata de abordar a avaliação concorrencial da adoção de contratos de exclusividade em mercados digitais é uma abordagem baseada numa análise caso a caso, concentrada em procurar o equilíbrio regulatório adequado entre a garantia de uma concorrência saudável, por um lado, e a proteção dos interesses dos consumidores, por outro, num ambiente cada vez mais digitalizado e dinâmico em que a inovação e a capacidade de diferenciar as ofertas desempenham um papel fundamental. O artigo também apresenta uma aplicação ao mercado brasileiro de entrega de comida online.

PALAVRAS-CHAVE: Mercados e plataformas digitais; Cláusulas de exclusividade; Condutas unilaterais de caráter potencialmente exclusionário.

ABSTRACT: This paper investigates the competitive effects of exclusive distribution agreements in the context of the digital economy. By reviewing the main conclusions of the extant economics literature on the topic as well as relevant case law in the European Union, we find that while this type of contracts may lead to market foreclosure, by heightening entry barriers and/or contributing to increase rivals' costs, exclusivity can also create important new avenues of competition, which complicates enforcement. First, competition for exclusivity must be understood as primary means of differentiation among digital platforms, as it leads platforms to compete head-to-head to build a differentiated offering, thereby enhancing (rather than reducing) inter-brand competition and innovation efforts. Second, absent exclusivity, platform investments are potentially subject to free-riding by non-investing rival platforms, implying that exclusive dealing agreements might serve efficiency ends by protecting

¹ Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3666-1404>

² Orcid: <https://orcid.org/0009-0001-2986-3964>

³ Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2584-4352>

the exclusive right holder's relation-specific investments against opportunistic behaviour by competitors. As a result, the only sensible way to address the competitive assessment of the adoption of exclusivity contracts in digital markets is an approach based on a case-by-case analysis, focused on finding the right regulatory balance between guaranteeing healthy competition, on the one hand, and protecting consumer interests, on the other, in an increasingly digitalised and dynamic environment in which innovation and the ability to differentiate offerings play a key role. The paper also provides an application to the Brazilian online food delivery market.

KEYWORDS: Digital markets and digital platforms; Exclusivity clauses; Potential unilateral exclusionary conducts.

INTRODUÇÃO

Os acordos de distribuição exclusiva envolvendo plataformas digitais são uma forma generalizada de organização empresarial em todo o mundo e, em particular, na União Europeia (UE) e nos Estados Unidos da América (EUA).

São, de fato, muitos os exemplos de plataformas digitais cujos modelos de negócio contemplam acordos de distribuição exclusivos. Tais exemplos incluem: (i) a parceria de exclusividade entre a Greggs e a Just Eats, celebrada em Janeiro de 2020, no âmbito do mercado de entrega de alimentos no Reino Unido e que envolveu um plano para alcançar uma cobertura nacional até o final do primeiro ano da vigência da referida parceria (BUTLER, 2020); (ii) a assinatura, em 2015, no âmbito do comércio eletrônico, de acordos de parceria em regime de exclusividade entre o Alibaba e mais de 20 marcas de vestuário, incluindo a Zara e a Timberland, para vender na China (REUTERS, 2015); (iii) o caso de plataformas de conteúdos como a Netflix, a Amazon Prime Video, a Hulu, a Disney+ ou a HBO, que iniciaram acordos exclusivos com criadores/estúdios para reforçar os seus conteúdos originais de streaming (MOORE, 2022; CLARK, 2019); e (iv) o caso das plataformas de streaming de áudio, em que, por um lado, a Apple Music entrou no mercado graças à celebração de acordos de exclusividade que ajudaram a referida plataforma a distinguir-se de concorrentes estabelecidos e de longa data como o Spotify (TOP... 2023) e, por outro, o Spotify tem recorrido a contratos de exclusividade para distribuir podcasts (WHY...2020).

É amplamente reconhecido que acordos exclusivos de distribuição têm o potencial de gerar eficiências, não devendo ser proibidos apenas em consequência de uma das partes poder ser considerada uma empresa dominante (COMISSÃO EUROPEIA, 2009).

De fato, acordos de exclusividade podem trazer benefícios significativos para todas as partes envolvidas, sendo que possibilitam a partilha de *know-how*, financiamento e risco, bem assim como a realização e o aproveitamento de economias de escala. Estes acordos são, por

isso, particularmente relevantes em sectores caracterizados por investimentos elevados e intensivos em inovação.

Tais acordos podem, porém, também levantar preocupações anticoncorrenciais, nomeadamente de fechamento/encerramento de mercado (os designados “*foreclosure effects*”). Todavia, tais preocupações são mais relevantes num contexto em que:

- a. A parcela de mercado sujeita a acordos de exclusividade é significativa (i.e., não é modesta);⁴
- b. Os contratos de exclusividade são de longa duração e não são desfasados entre si ao longo do tempo;
- c. O mercado em apreço se encontra estagnado e/ou em estado de maturidade; e
- d. Não existe evidência de entrada de novos *players* ao longo do tempo.

Assim sendo, de forma a avaliar se um determinado acordo de exclusividade é anti ou pró-competitivo, é necessário contrabalançar estas possíveis preocupações anticoncorrenciais com os potenciais benefícios gerados pelo acordo em questão.

O presente *paper* está organizado da seguinte forma. A Seção 2 abordará em detalhe os eventuais efeitos anticoncorrenciais que podem resultar do estabelecimento de acordos de exclusividade, enquanto a Seção 3 abordará o tema relativo ao papel que este tipo de acordo desempenha no âmbito da promoção da eficiência dos mercados. A Seção 4, por seu turno, aborda a jurisprudência na UE relativa a acordos de exclusividade em distribuição. Por último, as Seções 5 e 6 analisam, respectivamente, os impactos competitivos de acordos de exclusividade no contexto dos mercados digitais, em geral, e no caso do mercado online de entrega de comida no Brasil, em particular.

EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS

Mediante as circunstâncias do mercado, é possível que acordos de exclusividade possam induzir um encerramento parcial ou total do mercado, erguendo barreiras de entrada de novos *players*, ou contribuindo para aumentos dos custos de concorrentes existentes:

Os eventuais riscos [de acordos de exclusividade] em termos de concorrência são principalmente uma redução da concorrência intramarcas e a partilha do mercado, que podem em especial facilitar a discriminação através dos preços. Quando a maior parte

⁴ Os acordos exclusivos de distribuição podem produzir eficiências a todos os níveis de cobertura do mercado. Todavia, tais acordos não induzem um encerramento do mercado (relativamente a concorrentes atuais ou potenciais) se a cobertura de mercado atingida por tais acordos de exclusividade for baixa.

ou a totalidade dos fornecedores utiliza a distribuição exclusiva, esta situação é suscetível de abrandar a concorrência e facilitar a colusão, quer a nível dos fornecedores quer a nível dos distribuidores. Por último, a distribuição exclusiva pode provocar a evicção de outros distribuidores e, por conseguinte, reduzir a concorrência a este nível. A posição do fornecedor e dos seus concorrentes no mercado tem grande importância, uma vez que a eliminação da concorrência intramarcas só pode ser problemática se a concorrência intermarcas for limitada. (COMISSÃO EUROPEIA, 2022, §§ 151 e 153)

Neste sentido, uma teoria do dano assente no risco de acordos de exclusividade eventualmente desencadearem o encerramento de determinado mercado deve ser cuidadosamente fundamentada, devendo tal fundamentação anteceder a avaliação da justificação objetiva e das eficiências que podem estar associadas à conduta em questão.

Para determinar a probabilidade da materialização destes efeitos, é então necessário ter em conta as características e o contexto competitivo do mercado em causa.

Consideremos, a título de exemplo e na linha da citação anterior da Comissão Europeia, o caso de acordos de exclusividade entre fornecedores de determinado produto e alguns dos seus distribuidores ou pontos de venda (PDV).

Neste contexto, este tipo de acordos pode afetar dois tipos de concorrência inter-marcas (“*inter-brand competition*”): (i) concorrência entre marcas por distribuidores ou PDV exclusivos; e (ii) concorrência entre as marcas presentes nos diversos PDV.

Importa sublinhar, no entanto, que se, em consequência da celebração de acordos exclusivos, algum destes tipos de concorrência inter-marca (tipo (i) ou tipo (ii)) for suficientemente forte, os eventuais efeitos negativos no outro tipo de concorrência inter-marca perdem importância relativa. Por exemplo, se a concorrência inter-marca do tipo (i) se tornar suficientemente intensa, provavelmente, os efeitos pró-competitivos daí decorrentes mais do que compensam alguma eventual perda de concorrência (do tipo (ii)) entre marcas presentes nos diversos PDV. De igual modo, se a concorrência inter-marca do tipo (ii) for suficientemente forte, tal pode mais do que compensar os efeitos negativos que a celebração de acordos exclusivos possa provocar sobre a concorrência entre marcas por determinado PDV específico.

Efetivamente, quanto mais forte for a concorrência entre os fornecedores por distribuidores exclusivos (“concorrência inter-marcas” do tipo (i)), menor é o risco de realização (e a magnitude) dos potenciais efeitos anticoncorrenciais. Isto porque a concorrência entre fornecedores pelo acordo de exclusividade beneficia o distribuidor (e, consequentemente, também o consumidor), pelo que tal benefício pode mais do que compensar qualquer hipotética diminuição de concorrência entre produtos de diferentes fornecedores no estabelecimento do distribuidor.

Nesta linha, Katz (2017, p. 25), salientou que: “exclusividade pode criar novas vias para a concorrência (e.g. concorrência pela exclusividade), o que complica a tarefa do regulador”.

De forma semelhante, quanto maior for o ritmo de crescimento da procura de mercado e/ou a abertura no mercado e a entrada de novos *players*, mais improvável será a materialização de eventuais efeitos anticompetitivos.

Por fim, todos estes efeitos anticoncorrenciais são de menor relevância quanto menor a parcela de mercado coberta por estes acordos de exclusividade e quanto menor também for a sua duração.

EFICIÊNCIAS

Os acordos de exclusividade desempenham um papel crucial na eficiência dos mercados, especialmente quando o que está em causa é o desenvolvimento da imagem de marca, tal como reconhecido pela Comissão Europeia:

A distribuição exclusiva pode conduzir a ganhos de eficiência, especialmente no caso de serem necessários investimentos por parte dos distribuidores a fim de proteger ou desenvolver a imagem de marca. Em geral, o argumento dos ganhos de eficiência é mais convincente em relação a novos produtos, a produtos complexos, a produtos cujas qualidades são difíceis de apreciar antes do consumo (os denominados produtos de experiência) ou cujas qualidades são ainda difíceis de apreciar mesmo após o consumo (os denominados produtos de confiança). Além disso, a distribuição exclusiva pode conduzir a poupanças em termos de custos logísticos devido a economias de escala no transporte e na distribuição. (COMISSÃO EUROPEIA, 2010, § 164).

Continuemos então a considerar, a título ilustrativo, o caso de acordos de exclusividade entre fornecedores de determinado produto e alguns dos seus distribuidores ou PDV, os designados acordos de distribuição exclusiva.

Um dos principais benefícios deste tipo de acordos prende-se com a proteção de investimentos, que no cenário contrafactual (i.e. num contexto de ausência de acordos de exclusividade) seriam aproveitados pelos fornecedores concorrentes (o chamado efeito de “*free-riding*”), mesmo não tendo estes últimos participado no custo inerente ao investimento levado a cabo.

Efetivamente, alguns investimentos, como por exemplo os investimentos que permitem uma melhoria da infraestrutura dos PDV distribuidores ou a subsídio de equipamentos e mobiliário, apesar de desempenharem um papel decisivo no âmbito do melhoramento da experiência do consumidor, são suscetíveis de serem apropriados por outras empresas (rivals) de distribuição caso não sejam objeto de proteção por disposições de exclusividade.

Neste sentido, um benefício associado à celebração de acordos de exclusividade tem que ver com a capacidade que estes acordos têm de ultrapassar eventuais imperfeições no mercado de crédito, sendo que proporcionam aos distribuidores o acesso a uma fonte de financiamento que de outra forma não lhes estaria disponível.

Tais investimentos possibilitam também ao fornecedor a construção e manutenção de uma imagem de marca e de um portfólio de investimentos, bem como o reforço da reputação do fornecedor, sendo que contribuem de forma decisiva para a uniformização da qualidade de serviço que é prestada pela rede de distribuidores nos quais o produto é vendido.

Acresce que a celebração de acordos de exclusividade pode ainda ser pró-competitiva porque: (i) permite que as marcas dos fornecedores se diferenciem por estarem disponíveis em PDVs diferentes e concorrentes; e (ii) potencia a adoção de estratégias de *multi-homing* por parte do consumidor final.

Efetivamente, se todas as marcas estivessem disponíveis em todos os PDV poderia não haver incentivo (ou necessidade) para que o consumidor final alternasse entre PDV. Neste sentido, limitar ou mesmo proibir as possibilidades de diferenciação através de uma intervenção ex-ante seria indesejável. Tal como salientado por Hermalin e Katz (2013), ao examinarem um modelo teórico em que a exclusividade cria uma diferenciação que relaxa a concorrência de preços e beneficia todos os fornecedores, os efeitos sobre o bem-estar são ambíguos quando se tem em conta a concorrência ao nível do investimento. Em particular, os autores concluem que: (i) porque aumentam os preços de equilíbrio e os lucros da indústria para um número fixo de plataformas, os acordos exclusivos podem desempenhar um papel de apoio ao investimento; e (ii) a diferenciação de produtos induzida pela exclusividade pode permitir que o equilíbrio do mercado suporte fornecedores adicionais em benefício da concorrência (HERMALIN; KATZ, 2013).

Importa ainda sublinhar que, tal como defende a Comissão Europeia, todos estes benefícios são mais relevantes se o produto em questão se tratar de um produto de experiência (“*experience good*”), isto é, de um produto que necessita de ser primeiro experimentado para que o consumidor possa formar uma opinião. Este é o caso, por exemplo, da cerveja, um produto sujeito a forte inovação por intermédio da introdução constante de novos sabores e até de novas tipologias.

A título de exemplo, imagine-se o caso de uma marca de cerveja “A” que decide lançar um novo produto - a sua primeira cerveja sem álcool -, num mercado em que os consumidores

já têm preferências definidas por cervejas sem álcool de outras marcas. Sendo a cerveja, como referido, um produto de experiência, o novo produto só terá sucesso se a marca “A” for capaz de promover a sua degustação, para que os consumidores possam formar uma opinião sobre o mesmo e eventualmente decidir adquiri-lo também.

Neste sentido, os acordos de exclusividade funcionam como um meio eficaz que a marca “A” tem de promover a degustação do seu novo produto e de, quiçá, permitir ao consumidor ter uma nova e melhor experiência de consumo. Assim, através desses acordos, a marca “A” poderá conseguir aumentar a penetração no mercado e a probabilidade de sucesso do seu novo produto, produto esse que passa a fazer parte das escolhas efetivamente consideradas pelos consumidores e que, de outro modo, poderia nunca chegar ao conhecimento destes.

Em resumo, acordos de distribuição exclusiva podem resultar em diferentes tipos de eficiências, com efeitos pró-competitivos, tais como: (i) possibilitar a diferenciação entre PDV, sendo que garantem a distribuição de produto em distribuidores dedicados e com elevada qualidade de serviço; (ii) induzir a adopção de estratégias de *multi-homing* por parte de consumidores finais, bem assim como a experimentação de produtos novos que, de outro modo, não chegariam ao conhecimento dos consumidores, aumentando assim o leque de escolhas efetivamente disponíveis e consideradas pelos consumidores finais; (iii) prevenir efeitos de “*free-riding*”, incentivando o fornecedor à realização de investimentos que beneficiam quer os PDV exclusivos quer os respectivos consumidores; e (iv) induzir uma concorrência intensa entre marcas (fornecedores) por PDV exclusivos, sendo que, naturalmente, a exclusividade é apenas garantida pelo fornecedor em situações em que este oferece, em retorno, importantes benefícios quer para os PDV (por exemplo, o financiamento de modernização da infraestrutura do PDV) quer para os consumidores finais, que passam a ter acesso a uma infraestrutura modernizada, a preços de consumo final mais reduzidos e à experimentação de produtos novos.

PRECEDENTES LEGAIS NA UE

A jurisprudência relativa a acordos de exclusividade em distribuição torna claro que estes não devem ser considerados ilegais per se e que o *framework* de contrabalançar eficiências versus eventuais efeitos anticoncorrenciais é, de fato, aquele que é usado na prática.

Estes acordos podem ser analisados sob o Artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”), que lida com práticas de concertação com potencial de distorcer

a concorrência, e sob o Artigo 102 TFUE, que lida com práticas abusivas por parte de empresas consideradas dominantes.

Historicamente, a análise deste tipo de acordos sob o Artigo 102 do TFUE foi tipicamente menos “permissiva” do que aquela desenvolvida sob o Artigo 101 TFUE (devido à premissa base de que existe uma posição dominante). Com o tempo, porém, a abordagem da Comissão Europeia (“CE”) evoluiu e o tratamento dado a acordos de exclusividade à luz destes dois Artigos convergiu, sendo geralmente reconhecido que, em ambos os casos, poderão existir eficiências que deverão ser tomadas em conta na análise (COMISSÃO EUROPEIA, 2009).

Em *Delimitis v Henninger Brau*⁵, o Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) analisou, à luz do Artigo 101 TFUE (à época, Artigo 85 do Tratado Constitutivo da Comunidade Econômica Europeia (“CEE”)), um acordo de distribuição no mercado da cerveja em que o café *Delimitis* tinha um acordo de exclusividade com a fornecedora *Henninger Brau*. Na sua decisão, o TJUE reconheceu que o acordo de exclusividade podia gerar eficiências para ambas as partes, concluindo, portanto, que o acordo só seria considerado anticompetitivo se levasse a um encerramento do mercado e uma restrição significativa de competição entre marcas.

Em *Telenor/Canal+/Canal Digital*⁶, a CE aprovou um acordo que permitia à Canal Digital a distribuição exclusiva de certos tipos de conteúdos televisivos na Região Nórdica. A CE, enquadrada nas premissas do Artigo 101 TFUE (à época, Artigo 81 do Tratado da Comunidade Europeia), considerou, por um lado, que existiam preocupações significativas de encerramento de mercado (aliviadas em parte por alterações mandatadas pela CE a certas condições dos contratos, como a duração dos mesmos). Mas, por outro lado, entendeu existirem certas eficiências que só poderiam ser alcançadas por intermédio dos contratos de exclusividade em causa (nomeadamente a nível de proteção de investimentos da *Telenor*).

Em *Van den Bergh Foods (“HB”)*⁷, a CE analisou cláusulas de exclusividade segundo as quais a principal fornecedora de gelados da Irlanda, *HB*, oferecia uma unidade refrigeradora aos distribuidores, desde que fosse usada exclusivamente para produtos da *HB*. Tendo em conta a cobertura dos acordos (83% das unidades refrigeradoras na Irlanda estavam sujeitos a acordos de exclusividade, sendo 40% fornecidas diretamente pela *HB*), a CE considerou que havia risco significativo de encerramento do mercado. A CE ainda avaliou possíveis eficiências, mas

⁵ Ver Caso C-234/89, *Delimitis v Henninger Brau* [1991] ECR I-935.

⁶ Ver COMP/38.287, *Telenor/Canal+/Canal Digital*, 29 December 2003.

⁷ Ver *Van den Bergh Foods Ltd*, OJ 1998 L 246/1, e Caso T-65/98 *Van den Bergh Foods Ltd v Commission* (2003) ECR II-4653.



decidiu que os acordos de exclusividade não geravam eficiências na distribuição que não pudessem ser obtidas de forma alternativa. Este caso foi essencialmente analisado sob a perspectiva do Artigo 101 do TFUE (à época, Artigo 85 CEE).

Em Tomra⁸, a CE multou a Norueguesa Tomra (fornecedora de máquinas de venda reversa) em 24 milhões de euros por infringir o Artigo 102 TFEU (à época, Artigo 82 CEE). A CE concluiu que a Tomra implementou um conjunto de acordos de exclusividade, compromissos individualizados de quantidade, e descontos individualizados retroativos, que teve como efeito o encerramento do mercado. Apesar de a Tomra ter alegado que estes acordos traziam eficiências por intermédio de redução de custos, a CE considerou não haverem dados que corroborassem este argumento.

Em AdSense⁹, a CE analisou, sob a perspectiva do Artigo 102 TFUE, aquilo que considerou ser de fato acordos de exclusividade entre a Google e certos websites, proibindo-os de acomodarem anúncios por parte de motores de pesquisa rivais da Google. A CE avaliou, mas não aceitou as eficiências propostas pela Google, nomeadamente de que os acordos eram necessários para garantir apoios específicos ao cliente (nomeadamente apoio técnico e garantias mínimas de receita).

Em Qualcomm (pagamentos de exclusividade)¹⁰, a CE analisou pagamentos de exclusividade por parte da Qualcomm e dirigidos à Apple, no mercado de processadores de banda base LTE. Em 2018, a CE acusou formalmente a Qualcomm de infringir o Artigo 102 TFEU, alegando que a sua conduta constituía um abuso de dominância *prima facie*. A CE suportou ainda a sua decisão em evidência de mercado, nomeadamente a elevada cobertura dos acordos, uma vez que a Apple representava cerca de 40-50% da procura por processadores de banda base LTE. Na sua decisão, a EC rejeitou o teste *As Efficient Competitor* (“AEC”)¹¹, submetido pela Qualcomm, discordando com os pressupostos da análise, nomeadamente a definição de mercado contestável¹². Esta decisão foi anulada pelo Tribunal Geral, em parte

⁸ Ver Caso COMP/E-1/38.113 - Prokent/Tomra, 29 de Março de 2006. A decisão da CE foi confirmada pelo Tribunal Geral no Processo T-155/06 Tomra / Comissão Europeia, 9 de Setembro de 2010, e mais tarde pelo TJUE no processo C-549/10P Tomra v. Comissão Europeia, 19 de Abril de 2012.

⁹ Ver Caso AT.40411, Google Search (AdSense).

¹⁰ Ver Caso AT.40220, Qualcomm (Pagamentos exclusivos).

¹¹ O teste AEC é uma ferramenta econômica usada em casos de abuso de posição dominante para determinar se uma prática pode excluir competidores igualmente eficientes. O teste compara o preço praticado pela empresa dominante com os seus próprios custos, para avaliar se um competidor - igualmente eficiente em termos de custos - conseguiria competir a esses preços sem incorrer em prejuízos.

¹² Ibidem, parágrafos 487-503.

devido a falhas processuais que comprometeram os direitos de defesa da Qualcomm, e em parte devido a falhas na avaliação econômica da CE e no que concerne ao cenário contrafactual¹³.

Em *Unilever Italia*¹⁴, a Autoridade da Concorrência Italiana (“AGCM”) acusou a Unilever de infringir o Artigo 102 TFEU, responsabilizando-a pela conduta de distribuidores independentes que tinham imposto cláusulas de exclusividade com certos pontos de venda (tais como *resorts* de praia). A Unilever apelou esta decisão, alegando nomeadamente que a AGCM não tinha considerado devidamente a análise AEC que a Unilever tinha submetido. Em 2023, o TJUE confirmou a posição da Unilever, decidindo que, embora as autoridades de concorrência não sejam obrigadas a levar a cabo análises AEC por sua própria iniciativa, teriam que considerar tais análises quando submetidas pelas partes envolvidas. O TJUE clarificou ainda que esta posição se aplicava não só a pagamentos exclusivos (como em Qualcomm), mas também a práticas não-monetárias, tais como as cláusulas de exclusividade consideradas no caso em questão¹⁵.

Em suma, há uma tendência clara na jurisprudência de maior aceitação de evidência econômica no contexto de avaliação de condutas de abuso de posição dominante.

CONTRATOS DE EXCLUSIVIDADE ENVOLVENDO PLATAFORMAS DIGITAIS

A crescente digitalização da economia levou ao surgimento de plataformas digitais, com modelos de negócio inovadores, disruptivos e flexíveis, que não só têm criado novos mercados e soluções, como têm também desafiado e transformado a concorrência em mercados existentes e nos quais prevaleciam modelos de negócio ditos mais tradicionais.

Plataformas digitais são infraestruturas ou sistemas online que permitem a interação e, em alguns casos, o estabelecimento de transações, ente usuários, como fornecedores de conteúdo, produtos ou serviços e consumidores finais.

Não surpreendentemente, as plataformas digitais inspiraram uma vertente da literatura econômica relativamente recente, mas em rápida expansão, que as define enquanto *players* criadores e dinamizadores de mercados com dois lados (ou multilaterais)¹⁶.

¹³ Ver Caso T-235/18 (15 Junho 2022), parágrafos 344-346 e 511-513.

¹⁴ Ver Caso A484 (6 dezembro 2017).

¹⁵ Ver Caso C-680/20 (19 janeiro 2023), parágrafo 52.

¹⁶ Referências pioneiras sobre a economia das plataformas multilaterais incluem, entre outros, os estudos de Evans (2002); Caillaud e Jullien (2003); Rochet e Tirole (2003); Rochet e Tirole (2006); Armstrong (2006) e Armstrong (2007).

Características essenciais das plataformas digitais são: (i) a interdependência entre os diferentes lados do mercado, sendo que o sucesso da plataforma em determinado lado no mercado depende quer da dimensão quer das características do grupo de usuários presentes no(s) outro(s) lado(s) do mercado; e (ii) a existência de externalidades de rede, em especial externalidades intergrupais (“*cross-group externalities*”), que, conjugadas com o importante papel desempenhado pelo aproveitamento de economias de escala, explicam que estas plataformas operem, normalmente, em mercados tendencialmente concentrados.

Também no caso das plataformas digitais, os efeitos decorrentes de contratos de exclusividade podem ser tanto pró-competitivos quanto anticompetitivos.

Os efeitos pró-competitivos estão essencialmente relacionados com o fato de que, através da celebração de contratos de exclusividade, uma plataforma pode conseguir alcançar uma massa crítica de usuários em ambos os lados do mercado em que opera, sendo que atrair uma base sólida de usuários (i.e., garantir escala) em cada um dos lados do mercado é um fator crítico para o sucesso e atratividade de qualquer plataforma digital.

A exclusividade, bem assim como a concorrência entre plataformas pela garantia de parcerias de exclusividade, pode ainda estimular a inovação e o investimento em novas tecnologias e/ou na prestação de serviços variados e, sobretudo, diferenciados, com impactos positivos na experiência e no bem-estar dos usuários.

Por outro lado, os potenciais efeitos anticompetitivos decorrentes de parcerias de exclusividade envolvendo plataformas digitais estão essencialmente relacionados com a eventual criação de barreiras à entrada impostas a novos concorrentes. Tal sucede se uma plataforma digital, pela via do estabelecimento de contratos de exclusividade, limitar de forma significativa a capacidade de outros concorrentes potenciais conseguirem garantir o acesso a uma base de usuários de uma dimensão ou com características consideradas essenciais para que a entrada efetiva no mercado tenha lugar, limitando assim a concorrência e, potencialmente, levando à exclusão de outros provedores do mesmo tipo de serviços.

Além disso, a celebração de parcerias de exclusividade no contexto das plataformas digitais pode também levar ao fenômeno conhecido por encerramento de mercado (“*market foreclosure*”), em que a plataforma digital faz uso da sua posição dominante para restringir a concorrência ao eventualmente controlar o acesso de concorrentes aos usuários ou a recursos essenciais da plataforma, podendo tal ter efeitos adversos ao nível da diversidade de escolhas para os usuários.

Assim sendo, é importante observar que a análise dos efeitos decorrentes de contratos de exclusividade envolvendo plataformas digitais deve tomar em consideração o contexto específico de cada mercado e as características específicas quer do modelo de negócio quer das próprias partes envolvidas.

Portanto, a única forma sensata de abordar a avaliação concorrencial da adoção de contratos de exclusividade em plataformas digitais, é uma abordagem baseada numa análise caso a caso, focada na procura de um equilíbrio regulatório adequado entre a garantia de uma concorrência saudável, por um lado, e a proteção dos interesses dos consumidores, por outro, num ambiente cada vez mais digitalizado e dinâmico, no qual a inovação e a capacidade de diferenciação de produtos e serviços desempenham um papel primordial.

Em particular, as entidades reguladoras devem investigar detalhadamente o modelo de negócio utilizado pelas plataformas digitais que supervisionam quando se trata de decidir se, e em que medida, interferir na esfera das políticas ou contratos de exclusividade, sendo que o efeito líquido da adoção ou remoção de tais contratos ao nível da concorrência e dos interesses dos consumidores depende necessariamente do contexto específico em que as plataformas operam e do modo como esses instrumentos contratuais são aplicados na prática.

Nesta linha, Tirole (2019), veio defender que:

No fim de contas, a única forma válida de garantir uma concorrência produtiva no sector digital é abordar estas questões numa base casuística. As entidades reguladoras devem empregar uma análise rigorosa e devem fazê-lo com rapidez para acompanhar o ritmo da mudança.

Neste sentido, e com o objetivo de ilustrar, quer a complexidade quer, sobretudo, a relevância de desenvolver uma análise cuidada e detalhada dos efeitos competitivos da adoção de estratégias de exclusividade por parte de plataformas digitais, a seção seguinte apresenta, de forma resumida, os aspectos mais relevantes de um caso recente que envolveu contratos de exclusividade celebrados por plataformas digitais no mercado de entrega de comida no Brasil.

O MERCADO ONLINE DE ENTREGA DE COMIDA NO BRASIL

O mercado online de entrega de comida no Brasil é caracterizado pela presença de várias plataformas, como iFood, Uber Eats, Rappi, entre outras, plataformas essas que atuam como

intermediárias entre restaurantes e consumidores, oferecendo uma ampla seleção de opções de alimentos para entrega rápida.

Algumas características deste mercado incluem a grande variedade de restaurantes registrados nas plataformas, a escala significativa de adesão por parte dos consumidores a diversas aplicações móveis alternativas em simultâneo (escala significativa de “*multi-homing*” por parte dos consumidores) e a crescente procura de entrega de comida, especialmente impulsionada pela pandemia de COVID-19, que tem incentivado a entrada de novas plataformas (com modelos de negócio distintos) nos últimos anos.

No contexto desse mercado, a concorrência entre as várias plataformas tem-se revelado intensa, sendo que, naturalmente, tais plataformas têm procurado, por um lado, atrair mais consumidores oferecendo promoções, descontos e serviços adicionais e, por outro lado, as mesmas plataformas têm tentado garantir atrair restaurantes oferecendo-lhes visibilidade e alcance.

No entanto, nos últimos anos, surgiram preocupações em relação aos contratos de exclusividade no mercado online de entrega de comida.

Mais especificamente, recentemente, houve um caso envolvendo a plataforma iFood, que foi o *player* que deu o primeiro impulso a este mercado no Brasil, e que foi alvo de uma investigação por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em resultado da adoção de contratos de exclusividade com alguns dos restaurantes registrados na sua plataforma.

Essa prática gerou preocupações por parte de alguns concorrentes, alegando que a exclusividade poderia limitar a liberdade de escolha dos restaurantes, bem assim como restringir a concorrência no mercado pela via do encerramento do mesmo, uma vez que poderia dificultar a entrada de novas plataformas e/ou dificultar a expansão das plataformas concorrentes já estabelecidas no mercado.

Ao longo do processo de investigação, foi, no entanto, reconhecido que os contratos de exclusividade podem ser instrumentais para que as plataformas estabeleçam parcerias estratégicas com restaurantes, parcerias essas que resultam em benefícios mútuos.

Em particular, em mercados competitivos como o mercado brasileiro, os acordos de distribuição exclusiva reforçam a rivalidade entre plataformas, sendo que: (i) fomentam a concorrência inter-marcas através do aumento da concorrência das plataformas pela garantia da exclusividade dos restaurantes; e (ii) promovem a entrada de novos operadores, uma vez que a

exclusividade pode ser utilizada pelas novas plataformas como um instrumento para penetrar em mercados estabelecidos em que a exclusividade representa uma quota modesta do mercado total.

Deste modo, tais acordos podem ser estrategicamente utilizados como instrumentos para impulsionar a diferenciação de ofertas, com benefícios para ambos os grupos de usuários intermediados por este tipo de plataformas: consumidores e restaurantes.

Os consumidores beneficiam de uma maior variedade maior de opções de entrega, a preços competitivos. Os restaurantes, por seu turno, passam a ser alvo de concorrência pela exclusividade, beneficiando, em retorno, quer de descontos nas condições comerciais de acesso à plataforma quer de investimentos específicos (por exemplo, na sua infraestrutura própria ou no âmbito do financiamento de campanhas de *marketing* dedicadas).

Importa ainda salientar que quando sucede que, como no mercado em apreço, os contratos de exclusividade envolvem contrapartidas em termos de investimentos consideráveis específicos da relação, tais investimentos são suscetíveis de serem expropriados por outras plataformas concorrentes, caso não sejam protegidos por disposições de exclusividade, em resultado do designado efeito carona (“*free-riding effect*”).

De fato, uma justificação pró-concorrencial para uma plataforma celebrar acordos de exclusividade com restaurantes é a de que a exclusividade aumenta a sua disponibilidade para fazer investimentos que beneficiem os restaurantes parceiros.

Nesta linha, Segal e Whinston (2000), demonstram que a exclusividade é importante quando o investimento de uma determinada plataforma aumenta o valor dos seus utilizadores (no caso em análise, os restaurantes) quando estes transacionam com outras plataformas rivais (ou seja, sempre que o investimento da plataforma tem efeitos “externos”). Nestas circunstâncias, que correspondem claramente às do caso em apreço, os contratos de exclusividade são utilizados para melhorar a eficiência e, em particular, para proteger os investimentos específicos do titular do direito exclusivo contra eventuais comportamentos oportunistas das plataformas rivais.

Assim, este caso envolvendo a plataforma iFood evidenciou que, embora os contratos de exclusividade possam gerar preocupações concorrenciais, eles também desempenham um papel na promoção de diversidade e inovação no mercado online de entrega de comida no

Brasil, destacando a necessidade de uma abordagem equilibrada e cautelosa em relação à regulamentação e supervisão desses acordos no mercado online de entrega de comida.¹⁷

É, por isso, fundamental que este tipo de acordos sejam avaliados cuidadosamente e de forma casuística, sendo que, embora tais acordos possam gerar preocupações concorrenciais, especialmente quando possam eventualmente impedir a entrada ou expansão de concorrentes, podem, em certos contextos, ser utilizados de forma a promover a concorrência e a inovação, contribuindo quer para uma maior eficiência operacional quer para a diferenciação de ofertas, em benefício quer dos restaurantes quer dos consumidores finais.

Conforme salientado por Katz (2017, p. 26):

Distinguir o comportamento de exclusão do comportamento concorrencial em mercados multilaterais pode ser complicado e difícil. Dependendo das circunstâncias, as práticas em causa podem aumentar ou diminuir o bem-estar e podem reforçar ou enfraquecer a concorrência. Esta é uma razão para ter cautela na avaliação de comportamentos suscetíveis de conduzir a um cenário de exclusão de concorrentes.

Em suma, a regulação adequada e a análise criteriosa deste tipo de contratos são instrumentais e fundamentais para a garantia de que a utilização dos mesmos por parte de plataformas digitais tem em vista a criação de um ambiente competitivo que beneficie tanto os *players* de mercado quanto os consumidores finais, sendo que promoção de uma concorrência saudável e a proteção dos direitos dos participantes do mercado são fundamentais para estimular a inovação, a variedade de opções e os preços competitivos no setor de entrega de comida online.

CONCLUSÃO

A análise dos efeitos concorrenciais dos acordos de distribuição exclusiva no contexto da economia digital revela uma complexa dualidade.

Enquanto esses contratos podem, em certos casos, levantar preocupações sobre o eventual encerramento de mercados e o aumento das barreiras à entrada, certo é que os mesmos contratos também desempenham um papel crucial na promoção da concorrência inter-marcas e

¹⁷ Após a investigação do CADE, que durou quase 2,5 anos, sobre se os contratos de exclusividade do iFood com restaurantes poderiam ser considerados anticoncorrenciais, o iFood concordou com um conjunto de compromissos comportamentais sobre novos acordos de exclusividade, preservando os acordos existentes com restaurantes afiliados.

na proteção de investimentos específicos relativamente a eventuais comportamentos oportunistas por parte de concorrentes (*free-riding effects*).

Em particular, é importante sublinhar que a competição pela garantia da exclusividade impulsiona a diferenciação entre plataformas digitais, incentivando a inovação, o investimento em novos produtos e serviços, e a preocupação constante em aprimorar a oferta proporcionada aos respetivos consumidores.

Por conseguinte, a questão da utilização de contratos de exclusividade por parte plataformas digitais é um tema complexo e multifacetado que exige uma consideração cuidadosa dos efeitos tanto anticoncorreciais quanto pró-concorreciais daí decorrentes. Consoante as circunstâncias, os contratos em questão podem aumentar ou diminuir o bem-estar dos consumidores e reforçar ou prejudicar a concorrência.

A abordagem das autoridades da concorrência deve, por isso, ser cuidadosamente adaptada a cada caso concreto, considerando a natureza e as especificidades do modelo de negócio das plataformas envolvidas, as características do mercado em questão e os possíveis efeitos sobre a concorrência, de modo a que decisões finais em processos envolvendo acordos de exclusividade no contexto dos mercados digitais sejam justas e equilibradas, promovendo o bem-estar e os interesses dos consumidores, bem assim como um ambiente competitivo saudável.

Além disso, é de primordial importância que essa análise dos reguladores seja conduzida de forma transparente e baseada em evidências sólidas, a fim de garantir um equilíbrio adequado entre a promoção da concorrência e a preservação da capacidade de investimento e inovação das empresas em um ambiente digital em constante evolução.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARMSTRONG, Mark. Competition in Two-sided Markets. **RAND Journal of Economics**, v. 37, n. 3, pp. 668-691, Autumn 2006.

ARMSTRONG, Mark. Two-Sided Markets: Economic Theory and Policy Implications. In: CHOI, Jay (ed.). **Recent Developments in Antitrust**. MIT Press: Cambridge, 2007.

BUTLER, Sarah. Greggs joins up with Just Eat for nationwide delivery rollout. **The Guardian**, 15 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/business/2020/jan/15/greggs-joins-up-with-just-eat-for-nationwide-delivery-rollout>>. Acesso em: 28/09/2023.

CAILLAUD, Bernard; JULLIEN, Bruno. Chicken & Egg: Competition Among Intermediation Service Providers. **RAND Journal of Economics**, vol. 34, n. 2, pp. 309-328, summer 2003.

RDP, Brasília, Vol. 20, n. 107, 394-413, jul/out. 2023, DOI: 10.11117/rdp.v20i107.7554 | ISSN:2236-1766



CLARK, Travis. \$100 MILLION CLUB: 7 Hollywood titans that Netflix, HBO, and others have signed 9-figure deals with during the battle for talent. **Insider**, 21 nov. 2019. Disponível em: <<https://www.businessinsider.com/biggest-deals-netflix-hbo-jj-abrams-shonda-rhimes-ryan-murphy-2019-11>>. Acesso em: 28/09/2023.

COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. **Jornal Oficial da União Europeia**, II, C 45/7-20, 24 fev 2009. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:PT:PDF>>. Acesso em: 28/09/2023.

COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão — Orientações relativas às restrições verticais. **Jornal Oficial da União Europeia**, II, C 130/1-46, 19 maio 2010. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:PT:PDF>>. Acesso em: 28/09/2023.

COMISSÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão — Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. **Jornal Oficial da União Europeia**, II, C 45/7-20, 24 fev. 2009. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:PT:PDF>>. Acesso em: 28/09/2023.

EVANS, David. The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets. **Yale Journal on Regulation**, v. 20, n. 2, pp. 325-381, 10 out. 2002.

HERMALIN, Benjamin; KATZ, Michael. Product differentiation through exclusivity: is there a one-market-power-rent theorem?. **Journal of Economics & Management Strategy**, v. 22, n. 1, pp. 1-27, Spring 2013.

KATZ, Michael. Exclusionary Conduct in Multi-Sided Markets. **Re-thinking antitrust enforcement tools for multi-sided markets**. Paris, 127th meeting of OECD Competition Committee, DAF/COMP/WD(2017)28/FINAL, OECD, jun. 2017.

MOORE, Kasey. List of Netflix Overall, Output and First-Look Deals with Creators. **What's On Netflix**, 11 mar. 2022. Disponível em: <<https://www.whats-on-netflix.com/news/the-definitive-list-of-netflix-output-and-first-look-deals>>. Acesso em: 28/09/2023.

REUTERS. Alibaba inks exclusive tie-ups with global brands to sell in China. **Fashion Network**, 06 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.fashionnetwork.com/news/Alibaba-inks-exclusive-tie-ups-with-global-brands-to-sell-in-china.558247.html>>. Acesso em: 28/09/2023.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform Competition in Two-Sided Markets. **Journal of the European Economic Association**, vol. 1, n. 4, pp. 990-1029, 01 jun. 2003.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-Sided Markets: A Progress Report. **RAND Journal of Economics**, vol. 37, n. 3, pp. 645-667, Autumn 2006.

SEGAL, Ilya; WHINSTON, Michael. Exclusive Contracts and Protection of Investments. **RAND Journal of Economics**, v. 31, n. 4, pp. 603-633, Winter 2000.

RDP, Brasília, Vol. 20, n. 107, 394-413, jul/out. 2023, DOI: 10.11117/rdp.v20i107.7554 | ISSN:2236-1766



TIROLE, Jean. Regulating the Disrupters. **ING THINK**, 04 jan. 2019. Disponível em: <<https://think.ing.com/opinions/jean-tirole-regulating-the-disrupters>>. Acesso em: 28/09/2023.

TOP 6 Most Noteworthy Apple Music Exclusives. **Sidify**, c2023. Disponível em: <<https://www.sidify.com/topic/best-6-apple-music-exclusives.html>>. Acesso em: 28/09/2023.

WHY Joe Rogan's exclusive Spotify deal matters. **BBC**, 20 maio 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/entertainment-arts-52736364>>. Acesso em: 28/09/2023.

Sobre os autores:

Jorge Padilla | E-mail: jpadilla@compasslexecon.com

Jorge Padilla é *Senior Managing Director and Head* da Compass Lexecon na Europa. A Compass Lexecon é uma empresa de consultoria económica global, parte da FTI Consulting, Inc. Obteve os graus de MPhil e DPhil em Economia pela Universidade de Oxford. Tem mais de 20 anos de experiência como consultor económico e leccionou economia durante cerca de 30 anos no CEMFI (Madrid), na Universidade de Boston, na *Barcelona Graduate School of Economics*, no *King's College* (Londres) e na *Toulouse School of Economics*. O Dr. Padilla publicou extensivamente em revistas sobre economia industrial e economia da concorrência e é co-autor de *The Law and Economics of Article 102 TFEU, 3rd Edition*, Hart Publishing, 2020.

Bernardo Sarmiento | E-mail: bsarmiento@compasslexecon.com

Bernardo Sarmiento é *Vice President* da Compass Lexecon com sede em Madrid. Tem mais de 10 anos de experiência em aplicar teoria económica e técnicas empíricas a questões de política de concorrência e à quantificação de danos no contexto de litígios e arbitragens. Bernardo trabalhou em processos perante a Comissão Europeia, bem como em várias autoridades de concorrência e tribunais de vários estados membros e jurisdições não comunitárias (Brasil, Colômbia, Israel). A sua experiência abrange uma vasta gama de indústrias, incluindo tabaco, telecomunicações móveis, instituições financeiras, farmacêuticas, serviços de saúde, e energia. Bernardo tem um mestrado em Economia pela *Barcelona Graduate School of Economics* e um PGDip em Direito Comunitário da Concorrência pelo *King's College London*.

Helder Vasconcelos | E-mail: hvasconcelos@compasslexecon.com

Helder Vasconcelos é *Senior Vice President* da Compass Lexecon, com sede em Madrid, e Professor Catedrático de Economia na Universidade do Porto, tendo obtido o seu doutoramento em economia no *European University Institute* (em Itália) em 2002. O Dr. Vasconcelos foi anteriormente Membro Executivo do Conselho de Administração da ANACOM, a autoridade reguladora portuguesa para as telecomunicações e serviços postais (2012-2017). Trabalhou também como consultor do Conselho de Administração da Autoridade da Concorrência Portuguesa (2007-2011). Como resultado do seu trabalho de investigação, recebeu, por duas vezes, o prémio de melhor artigo publicado no *International Journal of Industrial Organisation*, em 2015 e 2006, e o prémio de melhor



artigo publicado por um “Younger Scholar” atribuído pela *Industrial Organization Society* em 2005. As suas principais áreas de investigação são a economia industrial, a política de concorrência e a regulação económica. O seu trabalho foi publicado em importantes revistas académicas internacionais, incluindo o *Economic Journal*, o *RAND Journal of Economics*, a *European Economic Review*, o *Journal of Economics & Management Strategy*, o *Journal of Industrial Economics* e o *International Journal of Industrial Organisation*.

Artigo Convidado

