



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) 3221-8445 - www.cade.gov.br

NOTA TÉCNICA Nº 6/2020/SG-TRIAGEM AC/SGA1/SG/CADE

PROCESSO Nº 08700.002871/2020-34

Tipo de processo: Apuração de Ato de Concentração

Representante: Cade *ex officio*

Representada: Facebook e Cielo S.A.

Advogados: Louangela Bianchini C. Colquhoun, Conrado Leister, Murillo Lanranjeira e outros

EMENTA: Apuração de Ato de Concentração. Lei nº 12.529/2011. Enquadramento no Art. 18 da Resolução CADE nº 24/2019. Adoção de medida cautelar contra o Facebook e a Cielo S.A.

VERSÃO PÚBLICA - ÚNICA

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de denúncia instaurada *ex officio* por esta Superintendência-Geral (“SG”) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”), em 17 de junho de 2020, com o objetivo de apurar operação de parceria entre o Facebook (“Facebook”) e a Cielo S.A. (“Cielo”) para realização de pagamento direto por meio do aplicativo de mensagens WhatsApp, amplamente anunciada pela imprensa no dia 15 de junho de 2020[1].

2. No dia 18 de junho de 2020, foi enviado ofício ao Facebook (SEI nº 0769398) e a Cielo (SEI nº 0769447) solicitando esclarecimentos relacionados à parceria, bem como à notificação desta operação ao CADE.

3. Em 23 de junho de 2020, o Despacho SG nº 665/2020 (SEI nº 0770953), considerando os iminentes impactos a serem gerados pelo citado acordo entre o Facebook e a Cielo, determinou a instauração de procedimento administrativo para apuração de ato de concentração.

4. O Facebook é um conglomerado de mídia social que inclui Instagram, WhatsApp, Messenger, dentre outras redes sociais. O WhatsApp é uma plataforma que permite aos usuários o envio de mensagens de texto e voz, a realização de chamadas de voz e vídeo, bem como o compartilhamento de imagens, documentos, vídeo e localização.

5. A Cielo é uma empresa que atua na prestação de serviços relacionados a cartões de crédito e de débito e outros meios de pagamento, incluindo serviços de credenciamento de estabelecimentos comerciais e de prestadores de serviços; o aluguel, a instalação e a manutenção de terminais eletrônicos; a coleta de dados e o processamento de transações eletrônicas e manuais.

6. É o relatório.

II. ANÁLISE DA CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR

II.1. Considerações iniciais sobre medidas acautelatórias e o regime de urgência no controle de estruturas

7. Não há disposição expressa na lei de regência do controle preventivo de concentrações entre empresas (Lei nº 12.529/2011) sobre a aplicação de medidas preventivas para atos de concentração.

8. Todavia, o art. 115 da aludida lei prevê a aplicação subsidiária do disposto no Código de Processo Civil - CPC (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) e na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (também conhecida como a Lei do Processo Administrativo).

9. Os artigos 294 e 300 do CPC (abaixo reproduzidos) permitem a adoção de medidas acautelatórias desde que preenchidos determinados requisitos.

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em **urgência** ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, **cautelar** ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

(...)

Art. 300. **A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.** (grifo nosso)

10. Já na Lei do Processo Administrativo possui previsão no seu art. 45 acerca do poder geral de cautela pela Administração Pública, assim dispendo:

Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

11. Além disso, no que se refere às disposições infralegais, o art. 18 da Resolução CADE nº 24, de 16 de julho de 2019 (que disciplina os procedimentos para apuração de atos de concentração), permite ao Superintendente-Geral ou ao Conselheiro Relator a imposição de quaisquer medidas cautelares necessárias para preservação da concorrência referentes à operações em investigação no Conselho.^[2]

12. Assim, resta claro que há fundamentação legal e normativa que permitem este Conselho adotar medidas acauteladoras em transações entre empresas (genericamente enquadrados como atos de concentração), quando a situação posta demandar condições para evitar ou limitar danos ao ambiente competitivo.

II.2. Requisitos para concessão da medida cautelar e análise do caso concreto

13. Conforme mencionado acima, o art. 300 do CPC impõe como requisitos para deferimento de tutela urgência a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. A primeira condição é classificada na doutrina como *fumus boni iuris*, enquanto a segunda é referida como *periculum in mora*.^[3] Tais requisitos serão avaliados a seguir de acordo com o caso concreto.

II.2.1. Da potencialidade lesiva da operação: *Fumus boni iuris*

14. Acerca do *fumus boni iuris*, convém esclarecer que se espera que a tutela de urgência esteja amparada em aparente direito plausível, no bom direito, que possa correr risco de tornar inefetiva a atuação da jurisdição. Todavia, Theodoro Júnior (2019)^[4] alerta que

Para a tutela de urgência, **não é preciso demonstrar-se cabalmente a existência do direito material em risco**, mesmo porque esse, frequentemente, é litigioso e só terá sua comprovação e declaração no final do processo. Para merecer a tutela cautelar, o direito em risco há de revelar-se apenas como o interesse que justifica o “direito de ação”, ou seja, o direito ao processo de mérito.

(...)

Incertezas ou imprecisões a respeito do direito material do requerente não podem assumir a força de impedir-lhe o acesso à tutela de urgência. Se, à primeira vista, conta a

parte com a possibilidade de exercer o direito de ação e se o fato narrado, em tese, lhe assegura provimento de mérito favorável, e se acha apoiado em elementos de convencimento razoáveis, presente se acha o *fumus boni iuris*, em grau suficiente para autorizar a proteção das medidas sumárias. (grifos nossos)

15. Portanto, a verificação da fumaça do bom direito não exige provas inequívocas de lesão ou potencialidade de lesão à direito, mas a verossimilhança do direito. Tal posição deve ser aplicada para o dever geral de cautela e também para possível adoção cautelar em ato de concentração (como no presente caso).

16. No caso concreto, está em apuração o acordo entre Cielo e Facebook que estabelece relação comercial entre as referidas empresas para viabilizar aos estabelecimentos comerciais credenciados junto à Cielo o recebimento de pagamento por meio da plataforma do WhatsApp Business, conforme noticiado na mídia[5]. Segue abaixo trecho do Comunicado ao Mercado, divulgado pela Cielo em 15 de junho de 2020[6]:

A CIELO S.A.(“Companhia”) (B3: CIEL3 / OTC Nasdaq International: CIOXY) informa aos seus acionistas e aos demais interessados que, em conjunto com Facebook, a Companhia viabiliza a realização de transações de pagamento por meio do aplicativo Whatsapp.

A versão mais recente do aplicativo apresentará gradativamente opção “pagamentos” no menu. Por meio dela, é possível realizar pagamentos 24 horas por dia, sete dias por semana, 365 dias por ano, além de acompanhar o histórico de transações. O interessado em realizar pagamentos para outras pessoas ou para empresas precisará cadastrar e validar seu cartão de débito ou múltiplo no WhatsApp.

O pagamento de pessoa para pessoa funcionará na modalidade débito e o pagamento de pessoa para empresas ou empreendedores funcionará nas modalidades débito e crédito. Nas transações de débito, o comerciante receberá o valor da venda em um dia e nas transações de crédito em dois dias.

17. Nota-se, assim, que a operação sob exame se refere à integração entre Cielo e Facebook/Whatsapp para oferta de meio de pagamento à comerciantes e consumidores.

18. Caso a operação seja de notificação obrigatória à luz da Lei nº 12.529/2011, haveria o ilícito na implementação da operação, consubstanciado no art. 88, § 3º da referida lei.

19. Esta Superintendência iniciou, ainda em sede de denúncia, instrução para obter maiores detalhes acerca da transação e do efetivo impacto ao ambiente concorrencial.

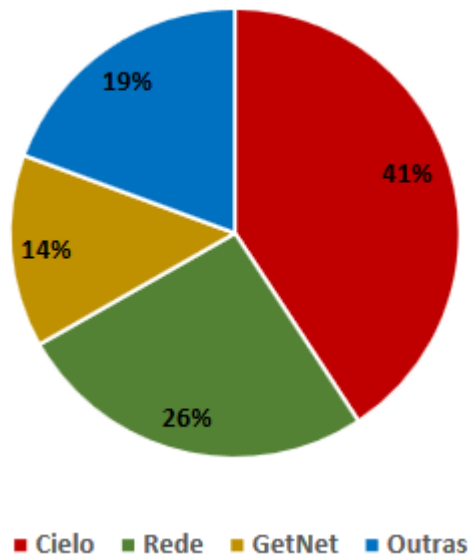
20. No entanto, a despeito do estágio inicial de apuração dessa operação, há potencialmente consideráveis riscos à concorrência que merecem ser mitigados ou evitados via intervenção deste Conselho, considerando que os efeitos podem derivar da operação em questão e causar danos irreparáveis ou de difícil reversibilidade nos mercados afetados. Ainda que não se tenha uma certeza sobre os efeitos, pelo dever de cautela, cabe adoção de ações para resguardar a coletividade de possíveis efeitos negativos.

21. A operação se insere no ramo de meios de pagamento. Conforme informação encontrada no "Cadernos do CADE: Mercado de Instrumentos de Pagamento"[7], no período de 1995 a 2019, o CADE julgou 108 atos de concentração que envolveram direta ou indiretamente o mercado de instrumentos de pagamento. Por sua vez, no âmbito de investigação de condutas anticompetitivas, o CADE iniciou 14 investigações envolvendo, principalmente, acordos de exclusividade, recusa em contratar, tratamento discriminatório, venda casada e cartel, práticas estas que envolviam os 23 principais participantes da indústria de pagamento: emissores, credenciadores e bandeiras.

22. Um dos mercados afetados pela operação é o de credenciamento (adquirência) de transações, onde a Cielo possui atuação, sendo este mercado constantemente avaliado por este Conselho, seja em âmbito de controle de concentrações, seja em sede de controle de condutas.

23. Em precedente recente do CADE[8] e no referido caderno, foi apresentada a elevada participação de mercado detida pela Cielo no mercado nacional de credenciamento e captura de transações, acima de 40% (com base no número de terminais), ocupando o primeiro lugar nesse mercado, em 2017, além de indicar a presença inequívoca de poder de mercado por esta empresa, conforme se observa do gráfico abaixo.

Gráfico 1 - Quantidade de terminais por credenciador, em 2017



Fonte: Cadernos do CADE: Mercado de Instrumentos de Pagamento

24. Em um dos casos recentes apreciados pelo CADE, a Cielo firmou um Requerimento de TCC nº 08700.005212/2018-35 (Inquérito Administrativo nº 08700.001860/2016-51) visando cessar as práticas de discriminação e criação de dificuldades para o funcionamento de credenciadoras concorrentes por parte da Cielo. Há outros casos nos quais a Cielo figura como investigada, indicando, a priori, que a referida empresa utiliza de sua posição para ao menos dificultar a livre concorrência no mercado de credenciamento.[9]

25. Pelo lado do Whatsapp (Facebook), trata-se de empresa de aplicativo de mensagem que possui em sua base milhões de usuários no Brasil (de diferentes perfis, pessoal ou corporativo), o que pode garantir na sua entrada um poder de mercado significativo, consubstanciado no grau de penetração que a nova funcionalidade de pagamento teria. O WhatsApp possui mais de 120 milhões de usuários ativos no Brasil, seu segundo maior mercado, atrás apenas da Índia[10].

26. Tal base seria de difícil criação ou replicação por concorrentes da Cielo, sobretudo se o acordo em apuração envolver exclusividade entre elas. De qualquer modo, fica evidente que a base de usuários do Whatsapp propicia um potencial muito grande de transações que a Cielo poderia explorar isoladamente, a depender da forma como a operação foi desenhada.

27. A fim de mensurar as possíveis dimensões que essa relação entre as empresas poderia representar ao mercado, esta Superintendência apresentou um comparativo entre a base de usuários do Whatsapp e o potencial de exploração de transações pela Cielo, com a ressalva de que um mesmo usuário poderia fazer diversas transações em um mesmo mês e ano, indicando que o valor poderia crescer geometricamente, ou seja, são apresentados cenários conservadores.

Tabela 1 - Base de usuários X Transações no mercado de credenciamento

Quantidade de usuários do Whatsapp no Brasil[11]	120 milhões
Quantidade de transações da Cielo, com base na participação acima	7.708 mil
Quantidade de transações de cartões no Brasil (2018)[12]	18,8 bi
Cenário 1 - 50% dos usuários utilizarão o Whatsapp para pagamento de transações uma vez ao mês	720 mil (acréscimo de cerca 10% na quantidade total estimada da Cielo)

Cenário 2 - 10% dos usuários utilizarão o Whatsapp para pagamento de transações uma vez ao mês	144 mil (acréscimo de 1,8% na quantidade total estimada da Cielo)
--	---

28. Trata-se de cenários extremamente conservadores, pois considera uma baixa adesão a esse novo meio de pagamento, mas serve para demonstrar o quão impactante tal relação pode gerar ao mercado.

29. Todavia, considera-se que o impacto gerado por essa operação pode ser muito maior, se, por exemplo, avaliássemos a comodidade e facilidade que essa funcionalidade proporciona ao usuário, dispensando o uso de cartão, a tendência é que aumente cada vez mais a utilização desse meio de pagamento.

30. Um dos principais riscos atinentes à operação é a possibilidade de haver exclusividade, contratual ou de fato, o que poderia implicar em exclusão de concorrentes a essa nova forma de pagamento eletrônico, além de reduzir as escolhas para o usuário. Esta é uma das razões para se ter cautela na implementação dessa operação.

31. Outro risco concorrencial incerto se refere à participação de grandes bancos no arranjo entre Facebook e Whatsapp. Sabe-se que o Banco do Brasil e Bradesco são acionistas da Cielo e que notadamente tais agentes são emissores de cartões. A oferta da nova solução apenas para usuários que possuem cartões emitidos por esses bancos pode gerar distorções no mercado bancário, afetando de forma indevida o ambiente concorrencial.

32. Diante desse potencial risco que a operação apresenta, resta configurado o *fumus boni iuris* no presente caso.

II.2.2. Da iminência de possíveis danos ao ambiente concorrencial: *periculum in mora*

33. No contexto do papel preventivo de concentrações, o perigo da demora reside na verificação da provável iminência de prejuízos irreversíveis no plano concorrencial, de modo que uma atuação posterior da autoridade, ainda que tente reverter os efeitos, pode não ser eficaz, impondo à concorrência e aos consumidores o prejuízo decorrente da referida conduta/transação.

34. Demonstrada acima que a operação apresenta potencialidade de gerar efeitos adversos incertos, que por ora é incerta, resta verificar se: (i) a operação foi ou será implementada e, por conseguinte, (ii) os eventuais danos seriam irreversíveis.

35. Segundo consta no site do Banco do Brasil^[13], já há informativo sobre a solução ofertada pela Cielo no Whatsapp, inclusive explicando como funciona e que está disponível nas próximas semanas. Portanto, se não foi implementado ainda tal acordo estaria em vias de ser levado a cabo.

36. Não há qualquer indício ou evidência que este acordo será submetido previamente ao CADE, pelo contrário as notícias e informativo do Banco do Brasil evidenciam que o acordo já pode estar operacionalmente sendo implementado, razão pela qual se torna necessária a imediata imposição de medida cautelar.

37. Quanto aos possíveis danos serem irreversíveis, em linha com o arrazoado acima, esta Superintendência está convicta que há potencial ofensivo na operação e que se gerar efeitos imediatos no mercado, concorrentes poderão sofrer restrições nas suas atividades ou até sofrer um desvio relevante de demanda acarretando uma mitigação da competitividade, com reflexos para o consumidor.

38. Tal cenário fático e diante à existência do perigo da demora torna-se iminente a necessidade de preservar as atuais condições de concorrência, sob pena de se permitir que possa ocorrer grave lesão e desequilíbrio no ambiente competitivo brasileiro.

II.2.3. Conclusão sobre a necessidade de medida cautelar

39. Com base na fundamentação acima, por estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* no presente caso, é imprescindível que seja determinada a suspensão integral da operação no

Brasil, devendo ser vedada, por ora, a implementação do acordo entre Facebook e Cielo, bem como a oferta da solução via Whatsapp.

III. CONCLUSÃO

40. Com base em todo o exposto, faz-se necessária a adoção de medida cautelar para fazer cessar efeitos anticompetitivos da prática investigada, com fulcro no Art. 18 da Resolução CADE nº 24/2019, determinando: a suspensão integral da operação no Brasil, ficando vedada a implementação do acordo entre Facebook e Cielo e a oferta da solução via Whatsapp.

41. As Representadas têm 48 horas, a contar da publicação da presente decisão no Diário Oficial da União, para o cumprimento da medida cautelar. Para o caso de descumprimento da mesma, as Representadas ficam sujeitas à multa diária no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Estas as conclusões.

[1] Disponível em: <https://br.reuters.com/article/idBRKBN23M1RY-OBRTTP>; <https://exame.com/negocios/com-transferencia-pelo-whatsapp-como-fica-a-cielo-e-o-setor-de-pagamentos/>; <https://valor.globo.com/financas/noticia/2020/06/18/bc-pede-informacoes-sobre-pagamentos-com-whatsapp.ghtml>; acessados em 22/06/2020.

[2] Art. 18. Desde a instauração do APAC, o Superintendente-Geral ou o Conselheiro Relator poderá celebrar com as partes acordo de preservação de reversibilidade da operação (APRO) ou determinar a adoção de quaisquer medidas cautelares necessárias para preservação da concorrência. (Resolução CADE nº 24/2015)

[3] Segundo Theodoro Júnior (2019), os requisitos são “(a) *Um dano potencial, um risco que corre o processo de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte, em razão do periculum in mora, risco esse que deve ser objetivamente apurável;* (b) *A probabilidade do direito substancial invocado por quem pretenda segurança, ou seja, o fumus boni iuris*”. (Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – vol.I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum – 60. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019 [livro eletrônico])

[4] Theodoro Júnior, Humberto. Op. Cit.

[5] Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2020/06/15/whatsapp-inicia-servico-de-pagamento-no-aplicativo-no-brasil.ghtml>; acessado em: 23/06/2020. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/empresas,whatsapp-escolhe-brasil-para-estrear-servico-de-pagamentos-pelo-app,70003333720>, acessado em: 23/06/2020.

[6] Disponível em: <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/4d1ebe73-b068-4443-992a-3d72d573238c/1e563289-a09a-e72a-ac1d-3ef76b1849b7?origin=1>, acessado em 23/06/2020.

[7] Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/Cadernodeinstrumentosdepagamento_27nov2019.pdf

[8] Vide Ato de Concentração nº 08700.006345/2018-29.

[9] Em julho de 2017, a credenciadora assinou TCC no âmbito do IA que investigou práticas de discriminação adotadas por Cielo e Rede no uso de equipamentos de captura de transações de cartões (Pinpads) (IA nº 08700.001861/2016-03). Segundo investigação da SG, a Cielo e a Rede estariam recusando acesso de outras credenciadoras a seus Pinpads. Com a assinatura do TCC, a Cielo se comprometeu a dar acesso, em seus Pinpads, a todas as demais credenciadoras, indiscriminadamente, desde que essas empresas concedessem a ela o mesmo tratamento em seus próprios equipamentos. Em setembro de 2018, a empresa

assinou novo TCC no processo nº 08700.001860/2016-51 que investigou diversas condutas anticompetitivas das credenciadoras Cielo e Rede, e dos bancos que as controlam. A Cielo e a Rede estariam cobrando dos bancos sócios uma tarifa de trava inferior àquela cobrada dos demais bancos de pequeno porte. A cobrança estaria causando um aumento das taxas de crédito ofertadas pelos bancos de menor porte, o que dificultava a capacidade dessas instituições de competir com os bancos maiores. Além disso, no mesmo processo, Cielo e Rede foram investigadas por utilizar contratos de incentivo com o objetivo de fidelizar estabelecimentos com cláusulas que impunham custos de saída/rescisão elevados, dificultado a entrada de novas credenciadoras no mercado. Atualmente, todas as credenciadoras e bandeiras verticalizadas estão sendo investigadas no âmbito do IA nº08700.000022/2019-11 que apura diversas denúncias relacionadas às estruturas verticalizadas no mercado de meios de pagamento brasileiro. Ressalta-se que a Rede também está sendo investigada no âmbito do PA nº 08700.002066/2019-77 por venda casada e preço predatório.

[10] Disponível em: <https://exame.com/negocios/com-transferencia-pelo-whatsapp-como-fica-a-cielo-e-o-setor-de-pagamentos/>

[11] Estimativa extraída de: <https://www.oberlo.com.br/blog/estatisticas-whatsapp>, acessado em 23/06/2020.

[12] Informação disponível em: <https://api.abecs.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Balanc%CC%A7o-do-Sector-2018.pdf>, acessado em 23/06/2020.

[13] Informação disponível em: https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/bb-digital/pague-no-whatsapp?pk_vid=0961d67ac1ae564b1592945367cfc354#/, acessado em 23/06/2020.



Documento assinado eletronicamente por **Alexandre Cordeiro Macedo, Superintendente-Geral**, em 23/06/2020, às 19:20, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.



Documento assinado eletronicamente por **Patricia Alessandra Morita Sakowski, Superintendente-Adjunta**, em 23/06/2020, às 19:24, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.



Documento assinado eletronicamente por **Helenilka Pereira Barboza da Luz, Coordenador**, em 23/06/2020, às 19:25, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.



Documento assinado eletronicamente por **Ednei Nascimento da Silva, Coordenador-Geral**, em 23/06/2020, às 19:32, 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 **0770967** e o código CRC **E4CCA2E8**.