



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO
DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA

Protocolado:	08012.002608/2007-26
Natureza:	Procedimento Administrativo
Representante(s):	Cervejaria Kaiser Brasil S.A.
Representados(as):	Companhia de Bebidas das Américas – AmBev e Cervejarias Reunidas Skol Caracu S.A

Senhora Coordenadora Geral,

I. RELATÓRIO

I.1 Da Representação

1. Trata-se de Procedimento Administrativo originário de representação da Kaiser, protocolada em 02.04.2007 nesta Secretaria, em desfavor da Companhia de Bebidas das Américas – AmBev e das Cervejarias Reunidas Skol Caracu S/A – Skol, doravante Representadas. A versão integral da representação da Kaiser consta dos autos às fls. 582/628 e os anexos às fls. 49/335 e 629/691¹.

2. A Representante alega, em suma, que as Representadas estariam praticando condutas anticoncorrenciais no mercado de cerveja com o intuito de blindar o acesso dos concorrentes aos pontos de venda, aumentando de forma artificial as já elevadas barreiras à entrada existentes no setor.

3. De acordo com a representação inicial, as condutas denunciadas são sistematicamente planejadas e empreendidas e constituem no(a): a) ataque à entrada no mercado da cerveja Sol Pilsen; b) indevida retirada e destruição de material promocional da Representante; c) imposição de condições comerciais aos pontos de venda; e d) venda casada dos produtos das Representadas.

4. A conduta referente ao ataque à cerveja Sol será analisada no Procedimento Administrativo nº 08012.008554/2008-93, conforme o despacho de desmembramento de fls. 693/694. As demais condutas denunciadas na representação inicial são resumidas nos parágrafos a seguir:

(i) Indevida retirada e destruição de material promocional da Representante:

5. A Representante alega que as Representadas vêm recolhendo, substituindo, e por vezes inutilizando o material promocional (cartazes, *banner*, faixas, porta garrafas, etc.) das empresas concorrentes no mercado de cerveja, de forma a inviabilizar a conquista de novas parcelas de mercado. Aduz ainda que a prática é implementada por meio de um esforço

¹ Os anexos referidos nas fls. 336 e 337 foram autuados com vistas às Representadas.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

conjunto, uma “força tarefa”, na qual os empregados das Representadas são incentivados e até premiados pela retirada de materiais promocionais dos concorrentes nos pontos de venda.

6. Segundo a Representante, essas práticas foram recrudescidas com a entrada da cerveja Sol no mercado nacional em outubro de 2006, sendo que os locais de sua execução eram estrategicamente escolhidos em razão de sua extrema relevância para a entrada e fixação da marca Sol junto ao consumidor. As ações concentram-se no Estado de São Paulo, sobretudo na capital e nas cidades de Campinas e Santos.

7. Com o intuito de provar o alegado, a Representante juntou fotos e imagens em CD-ROM que mostram pessoas retirando material publicitário da Representante de pontos de venda e sua posterior alocação em automóveis das Representadas (fls. 642/657). Também foram juntados boletins de ocorrência com a descrição de supostas ameaças de agressão de funcionários da AmBev contra os funcionários da Representante (fls. 630/640).

(ii) Imposição de condições comerciais aos pontos de venda:

8. A Representante alega que recebeu diversas denúncias de práticas anticoncorrenciais da AmBev por meio de seu Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC). Todas as denúncias faziam referência ao oferecimento de condições comerciais mais vantajosas aos pontos de venda em troca da comercialização exclusiva dos produtos AmBev ou à fixação de preços de revenda por parte das Representadas.

9. Dentre as condições comerciais mais favoráveis, destacam-se a concessão de prazos dilatados de pagamento ou de descontos predatórios, sob a condição de serem majorados os preços dos concorrentes, as bonificações em caixas de cerveja, a oferta gratuita de equipamentos (*freezers* e geladeiras) e de reforma do estabelecimento (calçada e fachada) e a oferta de recursos financeiros.

10. Segundo a Representante, as condições comerciais praticadas pela AmBev são revestidas de um caráter potestativo, dado seu poder de mercado, o que possibilita a redução artificial da competitividade dos produtos dos concorrentes e a imposição de perdas aos consumidores finais, que têm seu poder de escolha restringido.

11. Para comprovar o exposto, a Representante juntou diversas declarações de proprietários e/ou gerentes de pontos de venda de que funcionários da AmBev oferecem quantias em dinheiro para que os pontos de venda comercializem apenas as cervejas da AmBev (fls. 659/677) e declarações registradas em cartório de ex-funcionários da AmBev que descrevem estratégias de retirada das marcas concorrentes dos pontos de venda (fls. 685/691).

12. Dentre as denúncias recebidas, a Representante destaca a ameaça de descadastramento do Programa Tô Contigo (AmBev) dos pontos de venda que não cumprirem condições de exclusividade de venda das cervejas da AmBev.

13. Cumpre observar que as denúncias relacionadas ao Programa Tô Contigo, como o de oferecimento de condições comerciais vantajosas aos pontos de venda em troca da exclusividade de vendas, já foram objeto de investigação no Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, motivo pelo qual não serão analisadas no presente feito.

(iii) Venda Casada:

14. Segundo a Representante, as Representadas praticam venda casada junto aos pontos de vendas em duas situações: i) na comercialização das diversas marcas de cerveja de seu *portfólio*; e ii) na comercialização de cervejas e refrigerantes, o que é possível pela distribuição conjunta dos produtos.

15. A primeira hipótese é configurada, de acordo com a Representante, pela imposição das Representadas de aquisição conjunta pelos pontos de venda de pelo menos três das suas principais marcas (Brahma, Antarctica e Skol, além de Bohemia e Original). Nessa hipótese, o intuito da prática seria o fechamento do mercado à concorrência e teria como efeito o aumento das barreiras à entrada, na medida em que os concorrentes têm que competir com as marcas da AmBev em conjunto, e não com cada uma delas separadamente. A Representante ressalta que a venda casada reforça e amplia os efeitos da exclusividade, uma vez que bares e restaurantes tendem a optar por não ofertar um número grande de marcas de modo a facilitar o gerenciamento de compras e estoques.

16. A segunda hipótese, segundo a Representante, é configurada pela subordinação da aquisição das cervejas das Representadas à compra de seus refrigerantes, com o claro intuito de alavancar a venda destes últimos.

17. Ao final de sua representação, a Kaiser requereu a abertura de Processo Administrativo em face da AmBev e da Skol e posterior emissão de parecer com recomendação de condenação pela SDE. Ademais, requereu ao CADE a aplicação das seguintes penalidades: i) determinação de cessação pelas Representadas de todas as práticas ora denunciadas (lista às fls. 626/627); ii) sanção pecuniária entre 1 a 30% do faturamento bruto das Representadas; iii) adoção de solução estrutural com a venda de uma das três principais marcas de cerveja da AmBev (Brahma, Skol, e Antarctica) e iv) publicação de extrato da decisão final em jornais de grande circulação.

I.2 Das Manifestações e dos Aditamentos da Representante

18. Em 22.02.2008, a Representante manifestou-se nos autos para a juntada do parecer econômico do Prof. Jorge Fagundes, intitulado “Exclusividade e Livre Concorrência no Mercado de Cervejas”. O parecer analisa as práticas da AmBev junto aos pontos de venda, especialmente os acordos de exclusividade de vendas e os programas de refrigeração da empresa, e seus impactos para a concorrência e para o consumidor (fls. 462/533).

19. Para tanto, o parecer utiliza dados da pesquisa realizada pelo IBOPE², junto a 386 pontos de venda, na qual foram colhidas informações sobre os seguintes tópicos: i) *contratos de exclusividade de vendas*; ii) *programas de fidelização*; iii) *programas de refrigeração* e iv) *conjunção de estratégia de blindagem*.

20. Em suma, a Representante alega que tais práticas reduzem as pressões competitivas no mercado de cerveja, limitam o acesso de concorrentes aos pontos de venda, distorcem a decisão final do consumidor, reforçam a posição dominante das Representadas e resultam em significativas elevações de preços e perdas de bem estar social.

² A pesquisa encomendada pela Femsa foi realizada entre os dias 24 de maio e 1º de junho de 2007 pelo IBOPE, com caráter censitário, cobrindo dois importantes bairros para a comercialização de cervejas e para o desenvolvimento de estratégias de marketing do município de São Paulo: Itaim Bibi e Pinheiros.

21. A seguir serão detalhadas as condutas objeto da análise do parecer:

a) Os contratos de exclusividade de vendas

22. De acordo com o parecer, a pesquisa IBOPE verificou a existência de contratos de exclusividade de vendas em 22% dos pontos de venda entrevistados, sendo que, desse total, 63% dos contratos haviam sido assinados há menos de dois anos. Além disso, observou-se uma concentração dos contratos de exclusividade de venda em pontos de venda que comercializam um grande volume de cerveja, com compras acima de 66 caixas/mês. Isso demonstraria: (i) uma concentração dos contratos de exclusividade de venda em pontos de venda estratégicos, seja por serem formadores de opinião, seja por comercializarem um grande volume do produto; e (ii) um crescimento da celebração de contratos de exclusividade de venda no período recente.

23. O parecer destaca que os pontos de venda, em geral, não comercializam um grande número de marcas de cerveja, por questão de espaço físico, custos de transação, pouco capital de giro etc. Assim, a AmBev, ao focar a celebração de contratos de exclusividade de venda justamente nos pontos de venda que comercializam um grande volume do produto, teria o claro intuito de fechar o mercado aos seus concorrentes.

b) Os programas de refrigeração

24. Segundo o parecer, as Representadas também impedem a entrada de marcas rivais nos estabelecimentos por meio da adoção de um programa de refrigeração exclusiva, com o intuito de limitar a competição junto ao consumidor final.

25. A conduta possibilitaria um fechamento de mercado pela impossibilidade da oferta de cervejas concorrentes aos consumidores nas condições adequadas de refrigeração, uma vez que boa parte dos pontos de venda detém espaços físicos e condições econômicas insuficientes para a manutenção de um segundo refrigerador (refere-se aqui a gastos com energia, por exemplo, que limitariam o acesso ao ponto de venda mesmo que a cervejaria concorrente oferecesse o refrigerador em comodato). Segundo dados do parecer, o número médio de *freezers* por estabelecimento no Brasil é de 1,75 (fls. 495).

26. Ademais, a Representante alega que os dados da pesquisa IBOPE demonstram que a política de refrigeração da AmBev dificulta a entrada das cervejarias concorrentes mesmo naqueles pontos de venda com condições para possuir mais refrigeradores. Isso devido à adoção pela AmBev de um programa de refrigeração por marcas, que consiste no oferecimento de *freezers* de diferentes marcas de seu *portfólio* aos pontos de venda (*freezers* de marca própria), sob a condição de que estes não sejam “invadidos” por marcas irmãs (mesmo fabricante) ou marcas concorrentes (fabricantes diferentes) mesmo que operem com capacidade ociosa³. Seguem abaixo refrigeradores por marca da AmBev:

³ Segundo o parecer, as cervejas podem ser colocadas em refrigeradores de marcas “irmãs”, em geral, apenas nos estabelecimentos exclusivos da AmBev.



27. Segundo a Representante, como a AmBev possui as três principais marcas de cerveja do país, esse tipo de estratégia dificulta em sobremaneira a entrada das cervejarias concorrentes nos pontos de venda. Mesmo que as cervejarias concorrentes ofereçam refrigeradores em comodato, o ponto de venda tenderá a preferir refrigeradores das cervejas Skol, Brahma e Antarctica.

28. Além disso, a Representante alega que não há uma política clara e uniforme das condições comerciais associadas ao uso dos refrigeradores. Como os custos dos equipamentos são fixos e idênticos, esperar-se-ia que o número do giro de cervejas exigido em cada ponto de venda para manter o *freezer* fosse igual. No entanto, os dados levantados na pesquisa sugerem que o volume de comercialização exigido varia de acordo com o perfil do ponto de venda, o que permitiria estratégias voltadas para o fechamento do ponto de venda às cervejarias rivais, por meio da exigência de compra de uma quantidade de cervejas da AmBev que equivalem ou são bastante próximas ao total de cervejas comercializadas pelo ponto de venda. Segundo o parecer: *“Ao manipular o volume exigido, os revendedores da Ambev “bloqueiam” estrategicamente a entrada de concorrentes no estabelecimento, tanto quanto necessário para garantir a presença exclusiva ou com no máximo um concorrente no ponto de venda, distorcendo assim a decisão final do consumidor em seu favor”* (fls. 499).

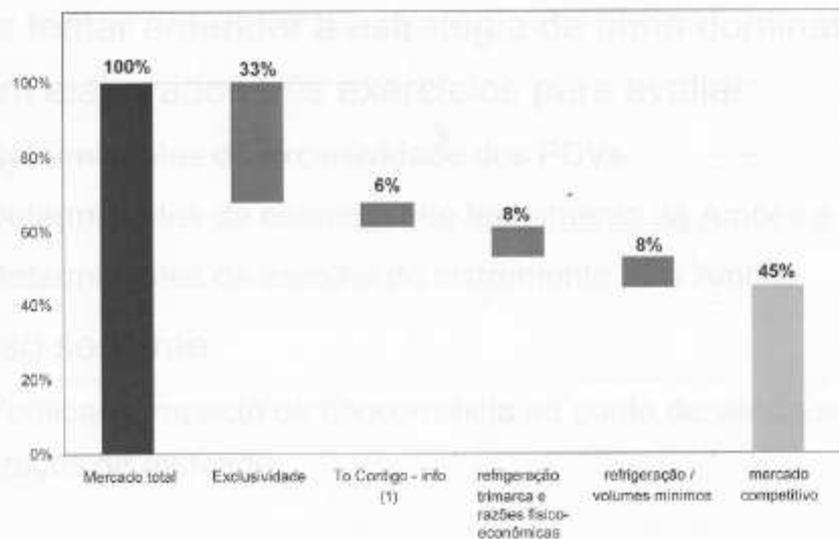
c) Conjunção de estratégias de blindagem

29. A Representante ressalta que as estratégias adotadas pelas Representadas, em conjunto, são responsáveis pelo fechamento de 55% dos pontos de venda pesquisados (aí incluindo o Programa Tô Contigo). O uso de múltiplas estratégias de fechamento do ponto de venda, segundo a Representante, decorreria do *“peso distinto que cada dimensão de competição tem em diferentes pontos de venda”* (fls. 500) e do cuidado da firma dominante em dificultar a verificação das condutas aqui apontadas, já que nenhuma das estratégias, isoladamente, caracterizaria fechamento de mercado *per se*.

30. O impacto das múltiplas ações encetadas pelas Representadas seria visualizado pela tabela a seguir, constante do parecer do Prof. Fagundes:

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

Figura 24: Volume de vendas em PDVs "blindados" – por tipo de "blindagem"



Fonte: Parecer do Prof. Jorge Fagundes (fls. 466).

31. Às fls. 537/568, consta a apresentação feita pela Representante na reunião realizada na SDE em 04.06.2008.
32. Este é o relatório.

II. ANÁLISE

33. Antes de adentrar na análise da existência de indícios de infração à ordem econômica nos presentes autos, cumpre ressaltar que considerar-se-á apenas a AmBev como representada deste feito, tendo em vista que esta controla a Cervejarias Reunidas Skol Caracu S.A.

34. Cumpre também consignar que não serão objeto desta análise as seguintes condutas: (i) o oferecimento de vantagens comerciais aos pontos de venda em troca da exclusividade no âmbito do Programa Tô Contigo, vez que essa prática já foi objeto de investigação no Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10; e (ii) o suposto ataque à entrada no mercado da cerveja Sol, por meio do lançamento de marcas de combate, pois essa prática será analisada no âmbito do Procedimento Administrativo nº 08012.008554/2008-93.

35. Feitas essas ressalvas, passa-se à análise propriamente dita, iniciando-se pela definição do mercado relevante sob a ótica horizontal e vertical (a jusante) e a verificação da existência de poder de mercado.

II.1 Mercados Relevantes e suas Características

36. **Mercados regionais de cerveja:** Sob a ótica horizontal, o mercado relevante do produto será preliminarmente definido como o de cerveja, em linha com a jurisprudência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Do ponto de vista geográfico, adota-se a definição regional, nos termos do parecer da SDE do PA nº 08012.003805/2004-10⁴.

37. **Mercados a jusante:** Para a definição do mercado a jusante, adota-se a definição do PA nº 08012.003805/2004-10: (i) cerveja nos canais de consumo “bar” e “tradicional”; e (ii) cerveja no canal auto-serviço. Esses canais de consumo apresentam diferenças quanto à estrutura da oferta e da demanda de cerveja, preço e barreiras à entrada. O canal auto-serviço (supermercados) caracteriza-se por uma variedade maior de marcas de cervejas ofertadas em um único estabelecimento comercial e pela predominância de latas (embalagem não retornável). Por sua vez, os pontos de venda dos canais bar e boa parte do tradicional (mercearias, padarias, adegas) comercializam predominantemente embalagens de vidro retornáveis (garrafas de 600 ml) e oferecem um menor número de marcas de cerveja, em função de restrições de espaço físico para armazenamento dos produtos, dentre outras razões. Quanto ao mercado relevante geográfico, há que se considerar as restrições de locomoção dos consumidores finais nos canais de consumo “bar” e “tradicional”, devendo o mercado ser definido como local (entendido como os bairros de entorno dos pontos de venda). Para os fins da presente investigação, é importante destacar que os canais “bar” e “tradicional” respondem por 75% das vendas de cervejas do país e são o alvo principal dos acordos de exclusividade de vendas e da política de refrigeração denunciados pela Representante. Por esse motivo, a análise aqui realizada se concentrará na existência de indícios de possíveis efeitos anticoncorrenciais das condutas denunciadas sobre os canais bar e tradicional, considerados conjuntamente.

38. Definidos os mercados relevantes em caráter preliminar, passa-se a analisar suas características para entender o padrão de competição vigente no mercado.

⁴ Mercados geográficos: Mercado 1: RS, SC e PR; Mercado 2: SP, RJ, MG, ES, GO e DF; Mercado 3: MT e MS; Mercado 4: BA, SE, AL, PE, PB, RN, CE, PI, MA, AC, PA, TO e AP; Mercado 5: AM, AC, RO e RR.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

39. **Elevadas barreiras à entrada constituídas principalmente pelo binômio marca-distribuição:** Há expressivos gastos relativos à propaganda, com vistas à fixação da preferência do consumidor por uma *marca*, fazendo com que determinadas marcas possam ser comercializadas a preços mais elevados. Some-se a isso a necessidade de haver uma ampla e eficiente *rede de distribuição*, notadamente nos canais “bar” e “tradicional”, pois de nada adianta a fixação da marca se o produto não estiver disponível nos canais de consumo. Há hoje cerca de um milhão de pontos de venda de cerveja no Brasil⁵.

40. Em geral, as fabricantes de cervejas fazem vendas diretas para o canal auto-serviço e contratam distribuidores para abastecer os canais “bar” e “tradicional”. Isso ocorre em função das diferenças de dinâmica desses canais de consumo. Um estabelecimento comercial do canal auto-serviço adquire, em média, grandes quantidades de cervejas. Por sua vez, os canais “bar” e “tradicional” são bastante pulverizados com pontos de vendas que adquirem pequenas quantidades do produto. De fato, esses dois canais apresentam uma série de características que os fazem depender da presença quase que diária de distribuidores em seus recintos: baixa capacidade de estoque; reduzido capital de giro; compras periódicas em pequenos volumes; necessidade de prestação de serviços por parte dos distribuidores (comodato de “freezers”, mesas, letreiros etc); dominância das embalagens retornáveis, o que aumenta de sobremaneira a complexidade da distribuição. Em vista da logística e custos envolvidos, nos canais bar e parte do tradicional há um incentivo à concentração das compras em um único fornecedor (muitas vezes, esse fornecedor único é a AmBev, por sua posição de mercado, cf. explicado abaixo).

41. **Posição Dominante detida pela AmBev:** No mercado relevante de cervejas, a Representada possui liderança de vendas em volume e receita em todos os mercados geográficos, conforme concluído no parecer da SDE do PA nº 08012.003805/2004-10. Suas marcas, entre as quais se destacam Skol, Brahma e Antarctica (além de Bohemia, Original, Stella Artois), são as marcas de melhor percepção e colocação no mercado, com alta fidelização pelo consumidor.⁶ Além disso, as marcas detidas pela AmBev contam com um sofisticado sistema de distribuição, gozando dos benefícios de distribuição conjunta das marcas⁷.

42. Essa combinação de fortes marcas e sofisticado sistema de distribuição faz com que a AmBev responda por 67% do total de volume de vendas de cerveja no país⁸, com reflexo dessa posição nos mercados regionais e nos mercados a jusante (canais bar e tradicional, foco da presente análise). O quadro abaixo serve como *proxy* para indicar a forte posição detida pela AmBev juntos aos pontos de venda: cerca de 70% das vendas no Brasil, em volume e em valor, são relativas a marcas da AmBev:

⁵ Vide AmBev, *Relatório Anual 2007, Form 20-F*, disponível em http://www.mzweb.com.br/ambev/web/arquivos/Ambev_Form20F2007_eng.pdf (acesso em 21.05.2008).

⁶ Pesquisa do Instituto Datafolha de 2006, intitulada *Top of Mind*, mostra que a Skol é a marca de cerveja mais lembrada pelos consumidores entrevistados (39% de recall), seguida pelas marcas Brahma (20%) e Antarctica (14%), totalizando um recall de 73% para as marcas AmBev. Vide parecer da SDE do PA nº 08012.003805/2004-10.

⁷ Vide AmBev, *Relatório Anual 2007, Form 20-F*.

⁸ Dados da Nielsen referentes a março de 2008 e disponíveis em AmBev, *Form 20-F*, p. 33.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

Estrutura de oferta de cervejas em vasilhames de 600 ml por canal de distribuição em 2007 ¹						
Empresa	Canais de consumo					
	Auto-serviço		Bar		Tradicional	
	% Vol.	% Valor	% Vol.	% Valor	% Vol.	% Valor
Ambev	61%	67%	73%	77%	64%	68%
Schincariol	12%	11%	13%	11%	15%	14%
KAISER	12%	11%	4%	4%	7%	6%
Outros	14%	11%	10%	8%	14%	12%
Total	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Nota 1: 12 meses, de agosto de 2006 a julho de 2007.
Fonte: Nielsen.

43. Além disso, há que se dizer que, conforme o IBOPE, cerca de 30% dos canais bar e tradicional comercializam exclusivamente marcas de cerveja AmBev. Conclui-se, portanto, que a Representada detém poder de mercado nos mercados relevantes afetados pela conduta.

II.2 – Análise da Existência de Indícios de Infração à Ordem Econômica nas Condutas Denunciadas

(i) Imposição de Venda Casada

44. De acordo com a Representante, a AmBev utiliza-se de seu largo *porfólio* de marcas de cerveja e de refrigerantes para impor a venda casada desses produtos aos pontos de venda, ou seja, condiciona a aquisição de determinadas marcas de cerveja, principalmente as marcas líderes, à compra de outras marcas e até mesmo de refrigerantes.

45. No entanto, não foram apresentados indícios consistentes de que essa prática realmente ocorra, de forma que não há respaldo para instauração de processo administrativo e nem mesmo de averiguação preliminar. Todavia, esse entendimento não impede que essa prática seja analisada no futuro caso sejam apresentados elementos de sua ocorrência.

(ii) Retirada de material publicitário dos concorrentes nos pontos de vendas:

46. Entende-se que os elementos trazidos aos autos sobre a retirada de material publicitário nos pontos de venda não revelam em si qualquer indício de infração à ordem econômica, tendo em vista que essa prática pode ter se realizado em contextos plenamente justificáveis (por exemplo, se o ponto de venda celebrou um contrato de exclusividade de vendas ou de *merchandising* com a Representada ou se aderiu ao Programa Tô Contigo).

(iii) Celebração de Contratos de Exclusividade de Vendas com os PDV's

47. Os dados da pesquisa IBOPE trazidos aos autos pela Representante indicam um crescimento da celebração de contratos de exclusividade de vendas pela AmBev no período recente (menos de dois anos) e uma concentração desses acordos em pontos de venda considerados estratégicos, seja por serem formadores de opinião, seja por comercializarem um grande volume de cerveja.

48. Nessa análise, cumpre ressaltar que os acordos de exclusividade não são *per se* anticompetitivos e podem se justificar por razões de estratégia comercial e de eficiência econômica. No entanto, considerando as elevadas barreiras à entrada existentes no mercado de cerveja, o poder de mercado detido pela AmBev e a necessidade de presença das cervejarias rivais nos canais bar e tradicional para garantir a livre concorrência, é preciso analisar se os acordos de exclusividade de vendas firmados pela AmBev são aptos a fechar o mercado e aumentar os custos dos rivais. Dessa forma, entende-se pela presença de fortes indícios de infração à ordem econômica a autorizar a abertura de processo administrativo, nos termos do art. 20, I, c/c art. 21, IV, V e VI, ambos da Lei nº 8.884/94.

(iv) Política de Refrigeração Apta a Produzir Efeitos Anticoncorrenciais

49. Com base nos resultados obtidos pela pesquisa IBOPE, a Representante alega que a estratégia de refrigeração adotada pela AmBev tem o condão de aumentar as barreiras à entrada no mercado e fechar o mercado varejista de comercialização de bebidas (pontos de venda). Isso porque a política de refrigeração da AmBev seria marcada por discriminação de adquirentes (ou seja, as quantidades exigidas para fazer jus aos refrigeradores não seriam lineares, variando de acordo com o perfil de compra de cerveja dos pontos de venda, o que pode levar ao seu fechamento) e por uma refrigeração por marca (caracterizada pela exigência de utilização de diferentes refrigeradores para suas principais marcas: Brahma, Antarctica e Skol⁹ e proibição da colocação de cervejas concorrentes em seus refrigeradores).

50. Nessa discussão, chama-se a atenção para a jurisprudência da União Européia, que tem considerado anticoncorrenciais os acordos que estabelecem exclusividade de utilização dos refrigeradores concedidos em comodato por empresa dominante se não houver outro meio viável de refrigeração dos produtos concorrentes. Isso porque o acordo resulta em um fechamento de mercado, uma vez que o novo entrante terá que convencer o PDV a substituir o refrigerador instalado (da marca dominante) por outro de sua marca ou instalar um refrigerador adicional no PDV, o que nem sempre será possível, conforme se verifica pela transcrição de trechos da Decisão 93/406/CEE¹⁰, concernente aos efeitos da exclusividade dos refrigeradores no mercado de sorvetes:

“O facto de a concessão da utilização das arcas, que são necessárias para a venda de gelados, não se traduzir na facturação de quaisquer custos ou implicar apenas custos reduzidos conduz a que o comércio retalhista não realize investimentos próprios nessa área, abdicando assim da sua liberdade comercial. Mesmo as

⁹ A SDE tem conhecimento da existência do refrigerador trimarca, no qual é possível acondicionar as três principais marcas de cervejas. No entanto, seu uso não está disponível para todos os pontos de venda.

¹⁰ Nesse sentido ver 93/406/CEE: Decisão da Comissão Européia, de 23 de Dezembro de 1992, relativa a um processo de aplicação do artigo 85 do Tratado CEE contra a Langnese-Iglo GmbH (Processo IV/34.072), envolvendo o mercado de sorvetes, no qual a Comissão concluiu que os acordos firmados pela Langnese –Iglo GmbH infringem o disposto no § 1 do art 85 do Tratado da CEE.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

empresas que estão dispostas e se encontram em posição de acompanhar a esta prática comercial habitual no ramo em causa são objeto de restrições da concorrência. Essas empresas têm de convencer os revendedores a trocar as arcas congeladoras, ou conseguir que eles se disponham a instalar arcas suplementares.

A troca de arcas congeladoras obriga o comerciante a renunciar a comercialização dos produtos do fabricante que operava até então. Se essa fabricante for uma empresa poderosa [...] e o concorrente for pouco conhecido no mercado, ou não oferecer uma alternativa completa à gama de produtos inicial (gamas incompletas), o comerciante não procederá à troca.

A instalação de arcas congeladoras suplementares atinge os seus limites quando não existe espaço disponível para o efeito ou o espaço disponível está reservado para outros fins que não a venda de gelados [...]

.....
Os entraves ao acesso ao mercado considerado apresentados anteriormente impedem igualmente que se produzam mudanças importantes a nível das parcelas detidas no mercado” (decisão nº 93/406/CEE emitida no Processo nº IV/34.072).

51. O mesmo entendimento é verificado na decisão da Corte de Justiça da Comunidade Européia que manteve a decisão da Comissão referente ao caso *T-65/98 Van den Bergh Foods Ltd v. Comission of The European Comunities*, referente ao mercado de sorvetes para consumo por impulso, conforme se verifica pela transcrição do trecho a seguir:

“A Corte também afirma que a Comissão acertadamente decidiu, com relação às características específicas do produto em questão e o contexto econômico do caso, que a rede formada pelos acordos de distribuição da HB em conjunto com o fornecimento de refrigeradores gratuitos sujeitos à condição de exclusividade, têm o efeito considerável de dissuadir varejistas a instalar refrigeradores próprios ou de outros fabricantes [de sorvetes], e opera, na prática, como uma forma de venda casada sobre os pontos de venda que possuem somente os refrigeradores da HB, o que representa 40% dos pontos de venda do mercado relevante. Apesar do fato de ser teoricamente possível que varejistas que possuam apenas um refrigerador da HB venderem sorvetes de outros fabricantes, o efeito da cláusula de exclusividade, na prática, é de restringir a liberdade comercial dos varejistas de escolher os produtos que desejam vender em seus pontos de venda” (T-65/98 Van den Bergh Foods Ltd v. Comission of The European Comunities, parágrafo 90)¹¹.

¹¹ Tradução livre: no original: “The Court also finds that the Commission rightly held, having regard to the specific features of the product in question and the economic context of this case, that the network of HB’s distribution agreements together with the supply of freezer cabinets without charge subject to the condition of exclusivity, have a considerable dissuasive effect on retailers with regard to the installation of their on cabinet or that of another manufacturer and operate de facto as a tie on sales outlet that have only HB freezer cabinets, that is to say 40% of sales outlet in the relevant market. Despite the fact that it is theoretically possible for retailers who have only an HB freezer cabinet to sell the ice creams of others manufacturers, the effect of the exclusivity clause in practice is to restrict the commercial freedom of retailers to choose the products they wish to sell in their sales outlet”.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

52. Em algumas ocasiões, a União Européia tem inclusive aceitado a alocação de produtos rivais no refrigerador da empresa dominante, como forma de aumentar a pressão competitiva no mercado, como observado no caso *COMP/39.116/B-2-Coca-Cola*, no qual a Coca-Cola se comprometeu, entre outras coisas, a permitir a alocação de produtos concorrentes em até 20% do espaço de seus refrigeradores.

53. Nessa discussão, é importante ressaltar também que o refrigerador tem uma função dupla: a de proporcionar a venda do produto em condições adequadas de consumo e promover a marca do produto, indicando sua disponibilidade no estabelecimento, o que tem primordial importância na divulgação de marcas de produtos que apresentam restrições quanto às formas de sua publicidade, como é o caso das bebidas alcoólicas e dos cigarros.

54. Nesse sentido, o Parecer da Comissão de Concorrência da África do Sul, exarado em fevereiro de 2005, nos autos da Representação promovida pela fabricante de cigarros *Japan Tobacco Internacional* (“JTI”) em face da *British American Tobacco South Africa* (“BATSA”), ressaltou o poder inibitório dos *Cigarette Dispensing Unit* – aparelho no qual os cigarros ficam expostos para a venda – fornecidos por uma marca de cigarro com cláusula de exclusividade, na venda das marcas de cigarros concorrentes.

55. Em vista do exposto, entende-se que as características da política de refrigeração da AmBev conjugadas à estrutura dos pontos de venda dos canais bar e tradicional (ausência de espaço físico e relevância do custo da energia elétrica na decisão de colocar mais refrigeradores) constituem fortes indícios de infração à ordem econômica a autorizar a abertura de processo administrativo para apurar a possibilidade da produção de efeitos anticoncorrenciais, mesmo que potenciais, passíveis de enquadramento no art. 20, I, c/c art. 21, IV, V e XII, ambos da Lei nº 8.884/94.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

III. CONCLUSÃO

56. Diante do exposto, sugere-se a instauração de processo administrativo em desfavor da AmBev com a finalidade de apurar possível prática de infração à ordem econômica, consistente na celebração de acordos de exclusividade de vendas e na política de refrigeração adotada, nos termos do disposto no art. 20, inciso I, c/c art. 21, incisos IV, V, VI e XII, ambos da Lei nº 8.884/94.

57. Estas as conclusões.

À consideração superior
Brasília, 09 de dezembro de 2008.

NOEMY CABELEIRA DE ARAÚJO M. DE C. MELO
Chefe de Divisão

De acordo.
Encaminhe-se ao Sr. Diretor Substituto do DPDE.
Brasília, 09 de dezembro de 2008.

ALESSANDRA VIANA REIS
Coordenadora Geral

De acordo.
Encaminhe-se à Sra. Secretária de Direito Econômico.
Brasília, de dezembro de 2008.

ERIC HADMANN JASPER
Diretor Substituto do Departamento de Proteção e Defesa Econômica