Protocolado:	08012.006439/2009-65
Natureza:	Procedimento Administrativo
Representante:	Associação Brasileira de Bebidas - ABRABE
Advogados:	Paula A. Forgioni, Maira Yuriko Rocha Miura, Mariana Conti Craveiro e outros
Representada:	Companhia de Bebidas das Américas - AmBev
Advogados:	Carlos Francisco de Magalhães, Raquel Cândido, Gabriel Nogueira Dias, Francisco Niclós Negrão Yi Shin Tang e Patrícia Pitaluga Peret

Senhora Diretora,

I. RELATÓRIO

I.1 Objeto da Presente Nota Técnica

1. A presente nota técnica tem como objetivo apreciar representação e pedido de medida preventiva apresentados perante esta SDE em agosto de 2009 pela Associação Brasileira de Bebidas ("ABRABE") em desfavor da Companhia de Bebidas das Américas ("AmBev"), por suposta prática de infração à ordem econômica tipificada no artigo 20, incisos I a IV c/c artigo 21, incisos IV, V, VI, IX, X, XV, XXIII e XXIV da Lei nº 8884/94.

1.2 Representante

2. A ABRABE, com sede social à Avenida Nove de Julho, nº 5017, 1º andar – São Paulo/SP, CNPJ/MF sob o nº 47.178.264/0001-01, é pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos e tem como objetivo estatuário, dentre outros, "*defender os interesses de suas Associadas, entre outros, os que se referem ao cumprimento dos direitos insculpidos na Constituição Federal que asseguram a liberdade de iniciativa e a livre concorrência. Combater toda a espécie de reserva de mercado, monopólios e privilégios.*" De acordo com o sítio eletrônico www.abrabe.org.br, atualmente são mais de 40 associadas, dos diferentes tipos de bebidas (cerveja, cachaça, vinhos, etc). No presente procedimento, a ABRABE representa o interesse das empresas associadas produtoras e exportadoras de cerveja.

1.3 Representada

3. A AmBev – Companhia de Bebidas das Américas, CNPJ 02.808.708/0001.07, é sociedade anônima de capital aberto com sede social à rua Dr. Renato Paes de Barros, nº 1017, 3º andar, bairro Itaim Bibi, São Paulo – SP.

4. A Companhia foi criada em 01.07.1999, como resultado da fusão entre a Companhia Cervejaria Brahma e Companhia Antarctica Paulista Indústria Brasileira[1]. Após a aliança global firmada com a Interbrew em 2004, a Companhia passou a ter operações na América do Norte ao incorporar a Labatt canadense, tornando-se a Cervejaria das Américas, com presença em 14 países.[2] Em 2008, a Companhia registrou um lucro líquido de R$ 3.059 milhões, sendo o maior valor registrado entre os anos de 2003 a 2008.[3]

5. Segundo dados constantes no sítio eletrônico da Companhia, a Representada é líder no mercado brasileiro de cervejas: "*Detentora do maior portfólio do país no setor de bebidas, AmBev vem consolidando a participação de suas marcas no mercado brasileiro de cervejas. O market share da companhia é de 69,3 segundo a AC Nielsen - Dez/06*".[4] De acordo com o Relatório Anual 2008 da AmBev, a Companhia atende a aproximadamente um milhão de pontos de venda no Brasil, sendo proprietária de mais de 20 marcas de cerveja: Skol, Brahma, Antarctica, Bohemia, Original, Serramalte, Polar Export, Kronebier, Líber, Caracu, Quilmes, Stella Artois, Patrícia, Pilsen, Paceña, Norteña, Labatt Blue, Budweiser, Kokanee, Alexander Keith´s e Lakeport.[5]

6. Note-se que a Representada foi condenada em agosto de 2009 pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) ao pagamento de multa em valor superior a R$ 350 milhões por abuso de posição dominante decorrente da introdução de seu programa de fidelização Tô Contigo junto aos pontos de venda (Processo Administrativo n. 08012.003805/2004-10). A Representada enfrenta ainda os seguintes processos administrativos e averiguações preliminares perante o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: [6]

> **Processo Administrativo nº 08012.002474/2008-24**
> **Representantes:** Associação Brasileira de Bebidas (ABRABE), Kaiser, Cervejaria Imperial e Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil (AFREBRAS).
> **Data da Representação:** 03.04.2008
> **Objeto:** Investiga os impactos sobre a concorrência do lançamento da garrafa âmbar exclusiva retornável da AmBev, de 630 ml, com a sua marca em alto relevo. Os indícios de infração à ordem econômica identificados pela SDE concentram-se na grande semelhança entre a garrafa retornável introduzida pela Ambev e aquela já existente no mercado, de 600 ml.

[1] Ato de concentração nº 08012.005846/1999-12, aprovado pelo CADE com restrições em 29.03.2000.
[2] Disponível em http://www.ambev.com.br/emp_01.htm. Acesso em 03.10.2009.
[3] Disponível em http://extapps.mz-ir.com/ambev/rao_2008/rao.html. Acesso em 03.10.2009.
[4] Disponível em http://www.ambev.com.br/emp_01.htm. Acesso em 03.10.2009. A AmBev tem 29 unidades de produção no Brasil, sendo duas de insumos e uma maltaria.
[5] Disponível em http://extapps.mz-ir.com/ambev/rao_2008/AmBev_RA2008_web.pdf. - p.12/13. Acesso em 03.10.2009
[6] Na sessão de 28.10.2009, o CADE arquivou o Processo Administrativo nº 08012.004363/00-89, em linha com o parecer da SDE. O processo havia sido instaurado para investigar eventual abuso de posição dominante da AmBev sobre os seus distribuidores. As denúncias recebidas apontavam para a realização de venda direta às redes de supermercados e grandes clientes pela AmBev em detrimento dos contratos comerciais firmados entre a empresa e os seus distribuidores, que lhes assegurava a comercialização exclusiva de cerveja em um dado território.

Adoção de Medida Preventiva: Por entender pela existência de fortes indícios de danos irreparáveis ao mercado, a SDE adotou medida preventiva determinando a retirada da garrafa exclusiva e retornável de 630 ml da AmBev no mercado. O CADE reformou a medida da SDE, determinando que a comercialização da garrafa de 630 ml ficasse restrita à marca Skol no Rio de Janeiro e à marca Bohemia no Rio Grande do Sul até o julgamento final do processo.

Processo Administrativo nº 08012.002608/2007-26
Representante: Cervejaria Kaiser Brasil S.A.
Data da Representação: 02.04.2007
Objeto: Investiga se os acordos de exclusividade de vendas firmados pela AmBev com varejistas e a sua política de refrigeração impedem ou limitam a entrada de cervejarias rivais nos pontos de vendas.

Processo Administrativo nº 08012.008554/2008-93
Representante: Cervejaria Kaiser Brasil S.A.
Data da Representação: 02.04.2007
Objeto: Investiga o lançamento das cervejas "Puerto Del Sol" e "Puerto Del Mar" pela AmBev, na mesma época da introdução da cerveja Sol no mercado brasileiro. Alega-se que as cervejas lançadas pela AmBev possuíam elementos distintivos de marca e de publicidade bastante semelhantes aos da Sol, já presente em outros países. A investigação busca averiguar se essas marcas foram lançadas no mercado com o intuito de confundir o consumidor e prejudicar a entrada de empresa concorrente no mercado.

Averiguação Preliminar nº 08012.003882/2007-12
Representante: Associação dos Fabricantes de Refrigerantes do Brasil (AFREBRAS).
Data da Representação: 27.04.2007
Objeto: Investiga a presença de indícios de infração à ordem econômica relativos à denúncia de alegadas práticas da AmBev junto às redes de supermercados para dificultar a entrada de refrigerantes concorrentes nesse canal de venda.

Averiguação Preliminar nº 08012.009270/2007-33
Representante: Globalbev
Data da Representação: 28.06.2007
Objeto: Investiga a presença de indícios de infração à ordem econômica relativos à denúncia de alegadas práticas da AmBev junto às redes de supermercados para dificultar a penetração do isotônico Marathon no mercado.

I.4 Da prática denunciada

7. Em suma, a Representação insurge-se contra a conduta da Representada consistente na introdução no mercado de cervejas de uma garrafa retornável diferenciada de 1 litro de cor âmbar, com a inscrição em alto-relevo "AmBev" na parte superior da garrafa e "Qualidade AmBev" na parte inferior (doravante "*Litrão*"), além de ter impresso também em alto-relevo um logo registrado

na parte superior da garrafa. A nova garrafa foi introduzida em diferentes Estados do país, para as diferentes marcas de cerveja da Ambev. A estratégia de marketing para a introdução da nova garrafa foi feita com foco na cerveja Skol ("Skol Litrão"), inclusive com sítio eletrônico próprio: www.skollitrão.com.br.

8. De acordo com a Representante, a Representada, em suposto abuso de poder econômico, vem continuamente buscando formas limítrofes de arrasar os competidores e de impedir o surgimento de novos entrantes ao dificultar ou impedir o acesso de seus concorrentes às vias necessárias para o escoamento de sua produção. A ABRABE alega que, desde que a SDE sinalizou em março de 2007 que o programa "Tô Contigo" consubstancia-se em evidente infração à ordem econômica, a Ambev passou a lançar mão de vários outros expedientes para obter semelhantes efeitos anticoncorrenciais, tais como, por exemplo, a introdução no mercado de suas garrafas exclusivas.

9. Conforme se observa na representação[7], estes supostos expedientes anticoncorrenciais da Ambev podem ser cronologicamente resumidos nos seguintes acontecimentos: (i) em 07.03.2007 a SDE emitiu parecer buscando a condenação da fidelização derivada do programa "Tô Contigo"; (ii) em outubro de 2007 a AmBev lança a garrafa retornável exclusiva de 630ml de forma a obter a

[7] A Representação veio instruída, dentre outros, com os seguintes documentos: (i) fotos da garrafa retornável de 300ml (fls. 89/91); (ii) anúncio da garrafa livre (fls. 93); (iii) notícia do lançamento da garrafa de 630ml (fls. 95/96); (iv) fotos demonstrando o reduzido espaço dos pontos de venda (fls. 98); (v) material publicitário do "Litrão" (fls. 100); (vi) notícias publicadas no jornal "Valor Econômico" (fls. 102 e 121/123); (vii) fotos demonstrando que os estabelecimentos possuem sistemas de destrocas de garrafas (fls. 103/105); (viii) cópias de Notas fiscais (fls. 107/108 e 114/115); (ix) foto das três principais marcas da AmBev na garrafa de 1 litro (fls. 110); (x) fotos de supermercado no estado do RS no qual, segundo a Representante, só se comercializam garrafas de 1 litro (fls. 112); (xi) publicidade do Litrão veiculada em jornal de Salvador (fls. 117); (xii) material publicitário da Skol (fls. 119) e (xiii) endereços dos estabelecimentos fotografados. (fls. 125/126). Note-se que, conforme nota técnica de fls. 128, a confidencialidade destes endereços foi negada por esta SDE uma vez que tais dados não se enquadram a nenhuma das hipóteses do art. 26 da Portaria MJ nº 04/2006 e também por constituírem informações relevantes para o pleno exercício do direito de defesa da Representada.

mesma fidelização; (iii) em junho de 2008, o SBDC adota medida preventiva com relação à introdução das garrafas exclusivas e retornáveis de 630ml e, por fim, (iv) em outubro de 2008, a Representada lança o chamado "Litrão", uma garrafa retornável e exclusiva de 1 litro.

10. Segundo a Representante, o atual sistema de distribuição de cervejas no território brasileiro destaca-se pela capilaridade e eficiência, pois possibilita que milhões de garrafas sejam diariamente postas à disposição de pontos de venda em diversos locais de nosso país. Neste contexto, a utilização de garrafas retornáveis e intercambiáveis permite que uma mesma garrafa de uma empresa possa ser empregada por outra sem maiores entraves.

11. A ABRABE alega, ainda, que esta utilização otimizada das garrafas permite, além de uma logística mais eficiente, a produção de efeitos positivos ao consumidor, o qual terá a sua disposição um produto mais barato e mais acessível por conta da possibilidade de uso da mesma garrafa por fabricantes diferentes. O sistema compartilhado teria como efeito, ainda, o estímulo à contínua inovação na medida em que propicia redução dos investimentos necessários à distribuição da cerveja. Com isso, segundo a ABRABE, pequenos fabricantes passam a ter seu negócio viabilizado o que resultaria na existência de novos agentes de mercado, maior diversidade de produtos e maior concorrência, estimulando assim o surgimento da inovação.

12. Neste contexto, de acordo com a Representante, uma vez que a AmBev detém condições de, com certa facilidade, manter seu próprio sistema de distribuição, a introdução da garrafa exclusiva acarretará no impedimento de que outras empresas possam utilizar deste "turbilhão de vasilhames" em movimento. Tal conduta implicará, por sua vez, no fato de que cada cervejaria seja obrigada a colocar no mercado tantas garrafas quanto necessárias para a permanência do nível atual de eficiência do sistema de distribuição.

13. Além disso, uma vez que a maioria dos estabelecimentos dispõe de reduzido espaço para estoque, é racional que o ponto de venda prefira comercializar apenas produtos AmBev cujas marcas são responsáveis por 70% da demanda do mercado. Caso o estabelecimento, em momento posterior, opte por voltar a comercializar outras marcas, incorrerá em custos adicionais para a aquisição dos vasilhames comuns nos quais são distribuídos os demais produtos. Assim, a conduta da Representada, segundo a ABRABRE, importaria em elevação das barreiras à entrada a este mercado e na imposição de exclusividade não só ao estabelecimento, como também aos consumidores de regiões em que a cerveja é comercializada por meio de cascos retornáveis estacados em casa.

14. A ABRABE alega que o argumento da Representada de que em vários mercados estrangeiros as garrafas não seriam intercambiáveis e tampouco de uso comum não se aplica à realidade nacional uma vez que o mercado brasileiro de cerveja construiu-se em torno de um sistema de vasilhames retornáveis e intercambiáveis, de uso comum, o qual funciona como um promotor da concorrência e do bem estar dos consumidores e assim haveria de continuar.

15. A representação descreve que a AmBev estaria focando regionalmente suas ações agressivas para a implantação de seu novo sistema de distribuição paralelo. Atualmente, de acordo com a

Representante, o foco de atuação da Representada seria as regiões de consumo mais popular situadas no extremo sul do país tais como, por exemplo, a periferia de Porto Alegre.

16. A ABRABE alega que esta estratégia da AmBev poderia ser comprovada levando-se em conta as seguintes evidências:

1ª evidência: Em pontos de venda pesquisados na cidade de Porto Alegre, teria sido constatado que o preço do casco exclusivo (1 litro) é o mesmo daquele comum (600ml), mesmo havendo diferença de tamanho. Em hipermercados, ter-se-ia chegado à seguinte situação: caso o consumidor deseje adquirir casco de 600ml, deve pagar R$ 5,00. Já aquele de 1 litro, custa R$ 0,50, ou seja, o consumidor paga 10 vezes mais pela garrafa de uso compartilhado.

2ª evidência: O Litrão estaria disponível para todas as suas grandes marcas, ou seja, a sua utilização não é passageira e promocional, mas sim duradoura. A Representada estaria realizando, ainda, investimentos para a confecção de engradados de plásticos para a acomodação de garrafa de 1 litro, as quais estariam substituindo as embalagens de papelão usadas em um primeiro momento. O consumo da embalagem de 1 litro no mercado a frio também poderia ser atestado com facilidade em bairros periféricos e não tão periféricos situados nas cidades de São Paulo e do Rio de Janeiro.

3ª evidência: A AmBev estaria cobrando o mesmo valor pelas cervejas vendidas em embalagens de 1 litro, independentemente da marca. Isso demonstraria, segundo a Representante, a intenção da AmBev de induzir o consumidor à aquisição das garrafas exclusivas.

4ª evidência: Em vários pontos da periferia de Porto Alegre, a AmBev teria deixando em consignação cerca de 10 caixas de sua cerveja embalada em garrafa exclusiva de um litro. Esta atitude da Representada, segundo a ABRABE, teria o claro propósito de aumentar a circulação desta nova embalagem no mercado e de estimular o ponto de venda a utilizá-la, em detrimento do casco de uso comum.

5ª evidência: A Representada estaria estimulado a utilização e a compra das garrafas exclusivas de 1 litro por meio de campanhas publicitárias nas quais compara ostensivamente o preço da bebida no vasilhame de 600ml e no de 1 Litro.

6ª evidência: A AmBev estaria permitindo a troca de vasilhames exclusivos de 1 litro apenas por outros vasilhames exclusivos de 1 litro. Ou seja, uma vez dentro do novo sistema de distribuição (fechado), não seria possível voltar para o sistema aberto sem ser forçado a arcar com os custos de um vasilhame de uso comum.

7ª evidência: Em algumas cidades do Rio Grande do Sul, tais como, por exemplo, São Leopoldo e Nova Hamburgo, os grandes supermercados teriam cessado a venda de garrafas de 600ml e colocado à disposição dos consumidores apenas embalagens de um litro.

8ª evidência: Segundo informações obtidas pela Representante diretamente com proprietários de alguns bares gaúchos no dia 13.08.2009, a Representada estaria estrangulando a margem do comerciante na venda de sua garrafa de 600ml, de forma a incentivá-lo a somente comercializar garrafas de um litro, que lhe trariam maior retorno.

9ª evidência: A Representada estaria sendo bastante incisiva na promoção da embalagem exclusiva, inclusive com a prática de preços bastante reduzidos (em alguns pontos de venda, estar-se-ia comercializando o Litrão por praticamente o mesmo preço da garrafa de 600ml, com diferença, em alguns casos, de somente R$ 0,04 (quatro centavos).

17. Assim, para a Representante, o lançamento do Litrão pela AmBev não significa a exploração de um novo *nicho de mercado*, mas sim um comportamento que induz a fidelização do público e a migração do consumo para uma plataforma exclusiva. No entender da ABRABE, toda garrafa retornável posta em circulação, qualquer que seja o seu tamanho, deve se prestar à utilização do sistema comum de distribuição, não podendo ser de uso exclusivo. Por estas alegações, seria incontestável, portanto, que a AmBev estaria praticando infração à ordem econômica, nos termos do art. 20 e art. 21, incisos IV, V, VI, IX, X, XV, XXIII e XXIV da Lei nº 8.884/94.

1.5 Do pedido de medida preventiva

18. Tendo em vista as práticas acima descritas, a ABRABE requereu à SDE a instauração de Processo Administrativo, com a posterior condenação pelo CADE da Representada por infração à ordem econômica tipificada nos termos dos incisos I a IV do art. 20 c/c incisos IV, V, VI, IX, X, XV, XXIII e XXIV do art. 21 da Lei nº 8884/94, bem como a adoção de medida preventiva pela SDE com fulcro de determinar à Representada que:

a. Se abstenha imediatamente de introduzir no mercado ou de se valer de garrafas retornáveis que não sejam passíveis de utilização pelas demais cervejarias;

b. Retire de circulação todas as garrafas exclusivas que não sejam passíveis de utilização por outras cervejarias e que, por ventura, já estejam nos pontos de venda ou em posse dos consumidores, substituindo-as por *garrafas de uso compartilhado*, ainda que na mesma pretendida litragem inovadora, revertendo à situação anterior.

19. A ABRABE requereu também que esta SDE determine à AmBev apresentar-lhe para aprovação prévia todas suas políticas e planos que possam, de qualquer forma, obstruir ou dificultar o acesso das concorrentes aos canais de distribuição, especialmente no que toca às embalagens e aos "incentivos" aos pontos de venda que tenham por objeto ou efeito, atuais ou potenciais, criar dificuldades ou impedir a colocação de produtos concorrentes no mercado ou fidelizar consumidores.

20. Como ***fummus boni iuris*** para a adoção da medida preventiva, a Representante alega que o lançamento do Litrão pela AmBev não significa a exploração de um novo "nicho de mercado", mas sim a indução da a fidelização do público e a destruição da intercambialidade entre as garrafas. Esta conduta teria potencial de gerar danos iminentes à ordem econômica, uma vez que provocaria o esvaziamento da plataforma de distribuição compartilhada, significando o comprometimento da concorrência em todo o território nacional, já que, segundo a Representante, se tem notícia de que esta mesma prática estaria sendo adotada na cidade de Salvador, na capital e nas cidades do interior do estado de São Paulo.

21. Como ***periculum in mora,*** alega que estes danos não poderão ser facilmente recuperados uma vez que a perda da participação de mercado pelos concorrentes será de difícil reversão. Este perigo se acentua uma vez que estamos às vésperas do verão, quando as vendas de cerveja incrementam-se acentuadamente. Assim, a AmBev aumentará incrivelmente o volume de vasilhames infungíveis em circulação, ocasionando o aprisionamento em suas marcas tanto dos pontos de venda quanto dos consumidores.

1.6 <u>Dos argumentos apresentados pela Representada</u>

22. Em 25.08.2009 esta SDE enviou ofício à AmBev requisitando-lhe manifestar acerca dos fatos suscitados na representação (fls. 127). A manifestação da Representada foi juntada às fls. 178/199 dos autos.

23. Segundo a AmBev, a ABRABE representa essencialmente interesses das concorrentes "Primo Schincariol Indústria de Cervejas" e "Refrigerantes Ltda e da Cervejaria Petrópolis S.A". Estas empresas, juntas, teriam praticamente quadruplicado de tamanho desde a criação da AmBev em 1999. Ainda, a Representante não teria conseguido provar, após mais de um ano de uso do Litrão, a existência de efeitos deletérios ou mesmo de fechamento do mercado. A ABRABE também não teria logrado êxito em explicar porque só agora se insurgiu contra o lançamento de um produto que, durante todo este tempo, não teria atingido mais do que 6,3% do volume vendido pela AmBev, o que equivale a menos de 4% do mercado.

24. A Representada alega que a utilização de múltiplas embalagens *(multipack)*, com preços e características físicas diferenciadas, é uma tendência mundial além de ser economicamente racional, eficiente e desejável sob o ponto de vista concorrencial. Neste contexto, a Representada desenvolveu os chamados "packs primários", referentes às embalagens individuais, tais como, por exemplo, os formatos lata de 473ml, lata de 269ml, garrafa de 300ml, garrafa diferenciada de 630ml e a própria garrafa de um litro. Por outro lado, a AmBev alega também que seu projeto levou ao desenvolvimento de "packs secundários", por meio dos quais foi ampliada a quantidade em que os packs primários seriam disponibilizados ao consumidor, tais como, por exemplo, em 12, 15, 18 e 24 unidades por pacote.

25. Neste contexto, a Representada alega que lançou sua própria garrafa de 1 Litro em julho de 2008 (e não em outubro de 2008, conforme alegado pela ABRABE). Esta embalagem corresponde,

na realidade, ao resultado de um longo processo de desenvolvimento comercial iniciado já em 2006, tendo sua aprovação definitiva no início de 2008.

26. Tal medida teve por objetivo otimizar a relação custo/benefício do volume consumido em ocasiões de consumo coletivo e doméstico, nas quais a presença de embalagem em lata é substancial. A adoção desta nova embalagem, segundo a Representada, também teve como objetivo viabilizar a oferta de marcas líderes com uma proposta de valor adequada, visando a priorizar o menor desembolso pelo consumidor em um mercado notadamente caracterizado pela competição acirrada de preço.

27. Com a introdução do Litrão, as outras concorrentes de forma quase imediata fizeram promoções diversas baseadas na aquisição conjunta de garrafas de 600ml. Assim, de acordo com a AmBev, a concorrência consegue competir em preço com outros vasilhames, já que, ocasionalmente, encontrou-se a lata de 473ml da Itaipava comercializada a um preço de até R$ 1,12 (ou seja, a um preço de R$ 2,36 por litro).

28. Assim, segundo a Representada, o Litrão não afeta a atual dinâmica de comercialização da garrafa de cerveja de 600ml, uma vez que aquelas garrafas: (i) são um elemento importante na diferenciação do produto; (ii) não são um instrumento capaz de excluir ou prejudicar rivais; e (iii) não alteram o funcionamento do sistema de intercâmbio das garrafas de 600ml, ainda que se admitisse que o mesmo fosse uma *"essential facility"*. Ademais, dada a acirrada concorrência presente no mercado de cerveja, com diferenciação limitada, o preço é e continuará sendo o fator determinante para a participação de mercado.

29. Assim, segundo a Representada, a tese de que o Litrão poderia interferir no funcionamento do sistema atual de trocas de garrafa de 600ml não faz o menor sentido. Esta afirmação poderia ser comprovada com o fato de que, com a introdução da garrafa de 630ml no Rio de Janeiro, não houve qualquer reversão de participação de mercado e tampouco foi limitado o acesso aos PDVs por parte dos concorrentes, os quais se mantiveram com uma distribuição numérica estável nos pontos de venda.

30. A Representada refuta a alegação de que a introdução do Litrão tenha gerado custo de separação entre estas garrafas e aquelas de 600ml uma vez que estas garrafas são diferentes sob qualquer perspectiva e, portanto, são facilmente distinguíveis pelos consumidores e pelos pontos de venda.

31. Em relação à possível alegação de que o sistema de trocas seria uma *essential facility*, o que supostamente geraria um *"duty to deal"* para a Representada de permanecer no sistema por todo o sempre, a Representada alega que esta Secretaria de Direito Econômico já se manifestou expressamente, na nota técnica de abertura do PA 08012.002474/2008-24, que é uma prerrogativa de cada agente econômico decidir se vai ou não participar de um sistema compartilhado de vasilhames e como prefere comercializar seus produtos. Neste sentido, as associadas à Representante estariam buscando inovação a custo zero e a comoditização do mercado de cervejas, em detrimento do consumidor e da livre concorrência.

32. Neste sentido, segundo a Representada, o objetivo da ABRABE seria abocanhar algo da AmBev a custo zero, criando uma doutrina do *"Nice to have facility"*. Ou seja, o compartilhamento dos vasilhames não seria propriamente uma "essential facility", mas uma oportunidade para se aproveitar dos investimentos feitos pelo concorrente (no caso, a AmBev), impedindo-o de diferenciar.

33. A Representada afirma, ademais, que o "Litrão" representa, na realidade, uma disponibilidade ainda maior de garrafas circulando pelo mercado, pois sua entrada simplesmente é uma soma ao número total de garrafas já existente, sem que isso signifique qualquer tipo de drenagem ou retirada das garrafas que já estão em circulação. Na verdade, segundo a AmBev, tanto sob o ponto de vista do consumidor, que cogita da utilização do litro em situação de consumo pontuais), como da AmBev (que não está disposta a estender o mesmo preço da cerveja vendida por meio da embalagem de um litro para todo o seu volume), não há qualquer possibilidade da garrafa de um litro substituir o uso da garrafa de 600 ml. Dito de outra forma, devido aos diferenciais do comportamento das margens de contribuição associadas às vendas de cerveja em embalagens de 600 ml e de litro, não haveria racional econômica para a expansão da garrafa de litro da AmBev em substituição às ocasiões de consumo alvo da garrafa de 600 ml; a substituição completa de uma garrafa por outra levaria a uma redução de receita líquida. Dessa forma, o ideal para a Representada é manter vendas em ambas as garrafas.

34. Ainda, segundo a Representada, há prova no mercado de que é possível a utilização de embalagens de um litro sem que se exija a participação da AmBev em um sistema de trocas, pois a Cervejaria Imperial já lançou também a sua própria embalagem de um litro. Isso mostraria que uma estratégia de variação de embalagens por volumetria não implica em um aumento de custos significativos para os concorrentes. Inclusive, a própria Representante teria anunciado que lançará sua garrafa livre com dimensões quase idênticas ao Litrão da AmBev, aumentando desnecessariamente seus custos de produção e imitando deslealmente uma inovação da sua concorrente.

35. Assim, o "Litrão" seria um claro exemplo de *"competition on the merits"*, uma vez que o lançamento de um produto novo para um nicho específico a preços menores fez com que as concorrentes passassem a investir em seus respectivos litrões. A dinâmica do consumo e preço oferecidos segundo a estratégia multipack da AmBev tende a direcionar o Litrão para ocasiões específicas de uso, nas quais o volume maior torna diferenças de preços ainda mais significativas na escolha do consumidor.

36. No entanto, mesmo nestas ocasiões, a utilização do Litrão pelo consumidor sofreria limitações, na medida em que: (i) apresenta preço absoluto mais alto; (ii) propicia um risco de desperdício indesejado, pois, a cada garrafa aberta, o grupo se vê obrigado a consumir um litro; (iii) traz um risco maior de esquentar, afastando parcela considerável de consumidores; (iv) possui menor portabilidade por quem está bebendo; (v) possui transportabilidade mais difícil, o que dificulta a compra de unidades múltiplas; e, por fim, (vi) é mais difícil de gelar. Por essas razões,

não seria crível o argumento da Representante de que a AmBev teria engendrado uma "estratégia alternativa de fidelização do consumidor/PDV" mediante uma "inundação" de litrões no mercado.

37. Por fim, quanto ao canal "take home", a Representada alega que, de acordo com dados estatísticos, este segmento representa ínfimos 6,6% do mercado total de cervejas no Brasil. Ou seja, a embalagem retornável 600 ml não teria a relevância no consumo doméstico que a ABRABE procura lhe atribuir. No mesmo sentido, a introdução do litrão, por definição, não teria o condão de alterar o funcionamento do intercâmbio de garrafas de 600 ml, gerando fidelização de consumidores no segmento "take home", até mesmo porque a maioria dos consumidores no segmento "take home" consumiriam embalagens não retornáveis, além de estarem habituado a lidar com diferentes embalagens retornáveis tais como, por exemplo, as embalagens de refrigerantes.

38. A manifestação da Representada veio instruída com os seguintes documentos: (i) fotos de embalagens de diversos produtos (fls. 200); (ii) foto das garrafas Skol de 1 litro (Litrão) e de 600ml (fls. 201); (iii) projeto técnico de criação de garrafa de cerveja (fls. 202) e (iv) cópia de matéria intitulada *"Refrigerantes entram na briga das garrafas"*, veiculada na edição eletrônica do jornal "Valor" em 07.08.2009 (fls. 203).

I.3 Das reuniões realizadas no DPDE e outras diligências

39. Desde o protocolo da Representação foram realizadas diversas reuniões, tanto com a Representante quanto com a Representada. Além disso, esta SDE apurou que em 06.08.2009, a Representante anunciou em seu sítio eletrônico a introdução da "Garrafa Livre" de capacidade de um litro, colocada à disposição de todas as cervejarias, associadas ou não[8]:

> ***GARRAFA LIVRE, UM NOVO TAMANHO PARA VOCÊ MANTER A LIBERDADE NA HORA DE ESCOLHER SUA CERVEJA*** *- 06/08/2009*
> *Você pode não perceber, mas muito da liberdade na hora de escolher a sua cerveja é garantida pela garrafa retornável. Ela é sempre igual, independentemente da marca, o que faz dela uma GARRAFA LIVRE, de uso comum.*
>
> *Com essa GARRAFA LIVRE, você pode trocar de cerveja quando bem entender, experimentar uma nova marca quando quiser, aproveitar promoções, enfim, a decisão é sua. A GARRAFA LIVRE faz com que nenhum bebedor de cerveja seja refém de uma marca. Afinal, uma coisa é ser fiel a uma marca, outra é ser prisioneiro.*
>
> *Além disso, a GARRAFA LIVRE permite que novas cervejarias comecem seu negócio e cresçam, gerando empregos, diversidade e fomentando a inovação que faz bem para todo mundo. O meio ambiente também agradece. A GARRAFA LIVRE diminui o número de vasilhames em circulação necessários para que a cerveja chegue até você, o que gera menos lixo.*
>
> *Sendo assim, e como novos tamanhos de garrafas retornáveis estão chegando ao mercado, a*

[8] Disponível em <http://www.abrabe.org.br/noticia.php?id=48>. Acesso em 05.10.2009.

> *ABRABE, em respeito a você, à livre concorrência e ao meio ambiente, coloca à disposição a GARRAFA LIVRE de um litro para todas as cervejarias, associadas ou não. Um novo tamanho para manter a liberdade de sempre*

40. De acordo com o comunicado o modelo da "garrafa livre" seria o abaixo:

Protótipo – Garrafa Livre – Capacidade 1 Litro

"Cerveja" em alto-relevo

41. Segundo a ABRABE, a introdução do modelo de garrafa padrão com volume de 1 Litro pelos demais agentes do mercado de cerveja seria condição necessária para que estes possam continuar competindo no mercado, tendo em vista que a AmBev, em face da sua condição de líder, tem a capacidade de influenciar os hábitos do consumidor e, conseqüentemente, definir os padrões de competição do mercado. Assim, uma vez alterado o padrão de competição para garrafas de 1 Litro, a existência de garrafas exclusivas do agente com maior participação de mercado, geraria as mesmas dificuldades de separação de garrafas nos pontos de vendas, distribuidores e linha de produção verificados em relação à Garrafa Ambev 630 ml e à Garrafa Sindicerv 600 ml.

42. Até o momento, não se tem notícia de agentes de mercado que tivessem decidido comercializar seus produtos no modelo de garrafa padrão de 1 litro contemplado pela ABRABE.

43. Este é o relatório.

II ANÁLISE

44. O presente procedimento ocupa-se de duas questões principais:

a. A adoção do Litrão pela Representada, com suas características próprias, pode caracterizar por si só indício de infração à ordem econômica?
b. A *forma* de introdução no mercado do Litrão pela Representada, conforme dados colhidos até o momento, pode caracterizar indício de infração à ordem econômica?

45. Antes de se passar à análise dos dois aspectos centrais da conduta da Representada alvo deste Procedimento, será feita breve definição dos mercados relevantes potencialmente afetados. Uma vez que a prática sob investigação pode gerar efeitos tanto horizontais (afetando diretamente os concorrentes), como verticais (em relação aos pontos de venda), deverá ser definido o mercado relevante sob a ótica horizontal e vertical e verificada a existência, em cada um, de poder de mercado da Representada.

II.1 Mercados Relevantes e suas características

46. **Mercados regionais de cerveja**. Sob a ótica horizontal, o mercado relevante do produto será preliminarmente definido como o de produção e distribuição 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 08012.003805/2004-10.[9]

47. **Mercados a jusante**. Para a definição do mercado a jusante, adotar-se-á a definição do PA nº 08012.003805/2004-10 e no PA nº 08012.002474/2008-24: (i) venda de cerveja nos canais de consumo "bar" e "tradicional"; e (ii) venda de cerveja no canal auto-serviço.[10] 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 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 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 a jusante, 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 PDVs). Para os fins da presente investigação, é importante destacar que os canais bar e tradicional respondem por 90% do total de cervejas comercializadas em garrafas retornáveis de 600 ml no país.

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

[9] 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.

[10] A cerveja é comercializada em três canais de consumo: auto-serviço, tradicional e bar: O canal "auto-serviço" caracteriza-se pela presença de caixas registradoras (*check outs*) e pelo fato de que o consumidor "se serve" sem a presença de revendedores. Os supermercados são o exemplo típico de estabelecimento comercial pertencente ao canal auto-serviço. O canal "bar" caracteriza-se pelo consumo no estabelecimento comercial e em geral "a frio". Compõem esse canal: bares, lanchonetes, restaurantes, casas noturnas. Por sua vez, o canal "tradicional" é um híbrido que se caracteriza pela possibilidade do consumo local e a presença do vendedor para auxiliar na compra. Os exemplos típicos são as padarias e mercearias, mas há também adegas e depósitos.

49. **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. Nesse sentido, vide voto do Conselheiro-Relator no PA no. PA 08012.003805/2004-10:

> *"De fato, a dinâmica concorrencial no mercado é marcada por fortes estratégias de diferenciação do produto. Assim, os gatos relativos à propaganda, com vistas à fixação da preferência do consumidor por uma marca, são expressivos nesse setor. Os investimentos em propaganda e marketing são utilizados para a modificação das preferências dos consumidores tanto no curto quanto no longo prazo. Ao longo do tempo, esses gatos em publicidade ajudam a criar preferência e/ou fidelidade à marca por parte do consumidor, fazendo com que determinadas marcas possam ser comercializadas a preços mais elevados."*

50. Some-se a isso a necessidade de haver uma ampla e eficiente *rede de distribuição*, notadamente nos canais tradicional e bar, pois de nada adianta a fixação da marca se o produto não estiver disponível nos canais de consumo. Ressalte-se que há hoje cerca de um milhão de pontos de venda de cerveja no Brasil.[11]

51. 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 cerveja. Por sua vez, os canais "bar" e "tradicional" são bastante pulverizados com pontos de venda que adquirem pequenas quantidades do produto. De fato, estes dois canais apresentam uma série de características que os fazem depender da presença quase que diária de distribuidores em seus recintos, como, por exemplo: (i) baixa capacidade de estoque; (ii) reduzido capital de giro; (iii) compras periódicas em pequenos volumes; (iv) necessidade de prestação de serviços por parte dos distribuidores, tais como comodato de *"freezers"*, mesas, letreiros etc.; e, por fim, (v) dominância das embalagens retornáveis, o que aumenta 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).

52. **Posição Dominante detida pela AmBev**. No mercado relevante de produção e distribuição 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, são as marcas de melhor percepção de imagem, com alta fidelização pelo consumidor.[12] Além disso, as marcas detidas pela AmBev contam com um sofisticado sistema de distribuição composto por distribuidores próprios e

[11] 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).

[12] 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.

terceirizados (ambos exclusivos), que gozam dos benefícios de distribuição conjunta das marcas da AmBev[13].

53. 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 país[14], com reflexo dessa posição nos mercados regionais e nos mercados a jusante (canais bar e tradicional, foco da presente análise). Além disso, há que se dizer que, conforme o IBOPE, cerca de 30% dos canais bar e tradicional comercializam apenas marcas de cerveja da AmBev. Conclui-se, portanto, que a Representada detém poder de mercado nos mercados relevantes afetados pela conduta.

54. A tabela abaixo serve como *proxy* para indicar a forte posição detida pela AmBev junto aos pontos de venda com relação às vendas feitas em garrafas retornáveis, por canal de consumo, tanto em volume quanto em valor:

Estrutura de oferta de cervejas em vasilhames de 600ml por canal de distribuição em 2007

	CANAIS DE CONSUMO					
	Auto-serviço		Bar		Tradicional	
EMPRESA	% Volume	% Valor	% Volume	% Valor	% Volume	% 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: 12 meses de agosto de 2006 a julho de 2007.
Fonte: Nielsen. Retirada da Nota de Instauração do PA nº 08012.002474/2008-24.

II.2 Sistema de Compartilhamento de Vasilhames Retornáveis

II.2.1 *Garrafa Padrão*

55. No Brasil, a cerveja é vendida predominantemente em bares em garrafas padronizadas, retornáveis, de 600 ml.[15] Originalmente, a garrafa padrão no mercado de cerveja era a "Garrafa Tipo 'A'", conforme definição da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Nos termos da NBR n. 7842/1983, que padronizou os formatos, dimensões e cores que devem ser aplicados na

[13] Vide AmBev, *Relatório Anual 2007, Form 20-F*.

[14] Vide AmBev, *Relatório Anual 2007, Form 20-F*, p. 33.

[15] Conforme reconhecido pela Representada, "*Beer is predominantly sold in bars for on-premise consumption, in standardized, returnable 600 milliliter glass bottles*." Em tradução livre: "Cerveja é vendida predominantemente em bares para consumo no local em garrafas padronizadas, retornáveis, de 600 ml. Vide AmBev, *Relatório Anual 2007, Form 20-F*, p. 33.

fabricação de garrafas retornáveis de uso comum para cervejas e outras bebidas[16], a "Garrafa Tipo 'A'" é um vasilhame de vidro na cor âmbar com capacidade de 600 ml e com conteúdo para 600 ml, com o formato, peso e espessura das paredes definidos na figura 2 e tabela 2 anexas à norma. Segundo a NBR 7842, a "Garrafa Tipo 'A'" pode ser utilizada para engarrafar cerveja, refrigerantes e aguardentes. O Comitê Brasileiro de Embalagem e Acondicionamento (ABNT/CB-23) discute revisão de tal norma de modo a incrementar a segurança do consumidor.[17]

56. Em 1997, foi editada a Portaria n. 01/97, do Ministério Público Federal que tornou público compromisso firmado entre o Poder Público e fabricantes de vasilhames de vidro e fabricantes de cerveja, entre outros, denominado "*Código de Auto-Regulamentação para a produção, engarrafamento, circulação, estocagem e comercialização de bebidas carbonatadas (cervejas e refrigerantes) em vasilhames de vidro*."[18]

57. Em 28.05.2001, foi firmado o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) n. 34 entre o Ministério Público do Estado de São Paulo, o Sindicato Nacional da Indústria da Cerveja (SINDICERV), a AmBev e a Cervejaria Kaiser. Segundo o termo, "*o SINDICERV obriga-se a orientar as suas filiadas a proceder à substituição das garrafas comuns, do tipo "A", que cada uma delas distribuiu no mercado de consumo no prazo de sete anos, contados a partir de sua respectiva colocação*". Por sua vez, a AmBev e a Kaiser "*obrigam-se a proceder à substituição das garrafas comuns, do tipo "A", que colocaram no mercado de consumo no prazo de sete anos, contados a partir da sua respectiva colocação*". Referido TAC possibilitou que as garrafas tipo "A" fossem substituídas por garrafas (i) mais seguras, com menor risco de explosão e quebra; e (ii) de uso exclusivo das cervejarias, uma vez que contêm a expressão "Cerveja" em alto-relevo, na parte superior.

58. As novas garrafas, que passaram a ser o padrão do mercado de cerveja, são conhecidas como "Garrafa Sindicerv" ou "Garrafa '635'".[19] Não apenas as associadas ao Sindicerv adquirem das vidrarias apenas a nova garrafa, como as demais fabricantes de cerveja (como Schincariol e Petrópolis) passaram a fazer o mesmo, devidamente autorizadas a tanto.[20] Estima-seque a Garrafa Sindicerv responda por cerca de 80% do total das garrafas de 600 ml retornáveis comercializadas no mercado de cerveja.

59. A seguir, fotos das garrafas "Tipo A" e "Sindicerv / 635".

[16] NBR 7842: "Garrafas Retornáveis de Uso Comum para Cervejas, Refrigerantes, Aguardentes, Sodas e Águas Gaseificadas - Formatos, dimensões e cores – Padronização", em vigor. Referida norma foi aprovada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (CONMETRO), por meio da Resolução n. 02/83, posteriormente revogada pela Resolução CONMETRO n. 01/1997, atualmente em vigor.

[17] Ata de Reunião n. 02/97, de 14.05.2007, disponível em http://www.abre.org.br/cb23_atas/vidro.pdf.

[18] Diário Oficial da União, 09.10.1997, Seção 1, 22797.

[19] "635" faz referência à capacidade total da garrafa, que é de 635 ml, sendo que a capacidade útil é de 600 ml.

[20] Para garantir o padrão da nova garrafa, o Sindicerv homologa as vidrarias aptas a fabricá-la. Exemplos de vidrarias homologadas são a Owens Ilinois, Saint Gobain e Vidroporto.

Garrafa Tipo "A"

Lisa, capacidade 600 ml

Garrafa "Sindicerv" ou Garrafa "635"

"Cerveja" em alto-relevo, capacidade 635 ml

II.2.2 *Tradicional Sistema de Troca nos Pontos de Venda*

60. Há aproximadamente um milhão de pontos de venda no país e 90% das vendas nos canal bar e tradicional se dão via garrafas retornáveis, exigindo, portanto, um sistema de troca ágil e eficiente. Estima-se que os distribuidores ficam em média de 8 a 10 minutos em cada ponto de venda para fazer a entrega.

61. Ao fazer a entrega, o distribuidor entrega uma quantidade de garrafas cheias de determinada marca de cerveja (cf. pedido feito anteriormente) mediante a devolução da mesma quantidade de garrafas vazias, independente da marca. Cada embalagem pode ser reutilizada de 19 a 25 vezes, conforme dados do Sindicerv, ou mesmo 72 a 90 vezes, conforme alega a Representada.

62. Por todos utilizarem a mesma garrafa, elas são totalmente intercambiáveis, não havendo separação das garrafas por marcas feita pelos pontos de venda (esse sistema é por vezes referido como "cervejoduto"). Assim, cada ponto de venda tem o cuidado de devolver para cada distribuidor seu engradado próprio ("garrafeira" logomarcada), sem, contudo, fazer a separação das garrafas vazias por rótulo (uma vez que o rótulo será retirado assim que a garrafa chegar à fábrica para reutilização e que todas as garrafas cabem na garrafeira padrão).

Exemplo de Garrafeiras / Engradados usados no sistema de distribuição de retornáveis de 600 ml

Garrafeira da Itaipava (Petrópolis) , em que se constata a intercambialidade das garrafas, independente da marca

63. Note-se que já na nota técnica de instauração do PA nº 08012.002474/2008-24, esta SDE se manifestou no sentido de que o sistema de vasilhames compartilhados não constitui uma *essential facility*, uma vez que, a princípio, é prerrogativa de cada agente econômico decidir se vai participar de um sistema compartilhado ou não. Não há dúvidas de que o fato de o agente com maior participação de mercado integrar um sistema compartilhado beneficia os seus concorrentes, uma vez que diminui custos de entrada e possibilita a existência de um grande número de garrafas comuns. Porém, pode bem ser que um agente decida, por estratégia comercial legítima, deixar de comercializar seus produtos em embalagens retornáveis, o que geraria sua saída do sistema compartilhado e a conseqüente redução do número de garrafas de uso comum disponíveis e nem por isso haveria, por si só, indícios de prática anticompetitiva. Além disso, pode ser que o agente queira continuar fazendo uso de garrafas retornáveis, mas queira diferenciar verdadeiramente seu produto, sem que isso, da mesma forma, constitua, por si só, indícios de prática anticompetitiva. Nesse sentido, não se deve confundir o dever dos agentes de mercado de não "aumentar indevidamente o custo dos rivais" com o direito de cada agente de mercado de não ser obrigado a "aliviar os custos dos rivais".

II.2.3 *Introdução da Garrafa AmBev 630 ml e efeitos adversos no sistema compartilhado*

64. Em fins de 2007 e início de 2008, a AmBev introduziu no mercado a *Garrafa AmBev 630*, i.e., uma garrafa personalizada retornável de cor âmbar, com a silhueta pouco diferenciada com relação à garrafa de 600 ml, com a inscrição em alto-relevo "Ambev" na parte superior e "Qualidade AmBev" na parte inferior, e com capacidade útil de 630 ml. A garrafa foi introduzida primeiramente para a marca Bohemia no sul do país e mais recentemente para a marca Skol no Estado do Rio de Janeiro. Segue foto da garrafa lançada:

Padrão ornamental e inscrição "AmbBev" em alto-relevo

Inscrição "Qualidade AmBev" em alto-relevo

65. Tendo em vista a grande semelhança existente entre a Garrafa Ambev 630 e as garrafas de uso comum Sindicerv e a conseqüente dificuldade gerada na diferenciação e separação de garrafas nos pontos de vendas, distribuidores e linhas de produção (a garrafa privativa AmBev 630 cabe nas garrafeiras padrão 600 ml e na linha de produção dos concorrentes), em maio de 2008, esta SDE instaurou o Processo Administrativo nº 08012.002474/2008-24 com vistas a apurar possível ocorrência de infração à ordem econômica consistente no aumento não razoável dos custos dos rivais e do potencial fechamento do mercado junto aos pontos de venda.

66. Em vista do risco de dano irreparável e iminente ao mercado, a SDE também adotou medida preventiva para restabelecer a concorrência, a qual foi posteriormente reformulada pelo CADE no sentido de determinar à AmBev que: (i) abstenha-se de engarrafar qualquer outra marca de cerveja que não Bohemia, no Estado do Rio Grande do Sul, e Skol, no Estado do Rio de janeiro, nas garrafas proprietárias de 630 ml; (ii) abstenha-se de distribuir as cervejas Bohemia envasadas nas garrafas proprietárias 630 ml em outros Estados além do Rio Grande do Sul; (iii) abstenha-se de distribuir cervejas Skol envasadas nas garrafas proprietárias 630 ml em outros Estados além do Rio de Janeiro; (iv) Disponibilize o sistema de troca de garrafas; além de outras cominações, nos termos do voto do Relator do Recurso Voluntário nº 08700.002874/2008-81, Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado.

II.3 Conduta denunciada: Introdução da Garrafa AmBev 1 Litro (Litrão)

67. A conduta denunciada pela ABRABE refere-se à introdução no mercado da Garrafa AmBev 1 Litro ("Litrão"), a qual caracteriza-se por ser uma garrafa personalizada retornável, de vidro, cor âmbar, com o tamanho diferenciado em relação às garrafas padrão SINDICERV, com inscrição em alto relevo na parte inferior e com capacidade útil de 1 litro. Segundo a Representante, a garrafa foi

introduzida no Brasil primeiramente para a marca Skol nas regiões periféricas de Porto Alegre – RS. Contudo, conforme já relatado, a mesma garrafa é utilizada para comercialização de vasilhames de outras marcas também de propriedade da Representada em diferentes partes do país. Segue foto da nova garrafa:

Modelo Garrafa AmBev 1 Litro

68. Passemos agora a analisar as duas questões principais já delineadas:

a. A adoção do Litrão, com suas características próprias, pela Representada *per se* pode caracterizar indício de infração à ordem econômica?
b. A *forma* de introdução no mercado do Litrão pela Representada, conforme dados colhidos até o momento, pode caracterizar indício de infração à ordem econômica?

69. Com relação à primeira indagação, entende-se que, de plano, a resposta é negativa desde que a estratégia seja considerada como sendo específica a uma determinada marca da Representada. O Litrão passa a explorar nicho de mercado até então pouco explorado no país e o faz por meio da adoção de uma garrafa diferenciada, que não entra nas garrafeiras padrão do mercado tampouco na linha de produção dos concorrentes. Assim, diferentemente da Garrafa AmBev 630ml (objeto do PA nº 08012.002474/2008-24), a Garrafa AmBev Litrão apresenta características que a tornam de fácil diferenciação em relação às demais garrafas padrão SINDICERV, não havendo indícios de que a mera adoção deste novo modelo de garrafa por marca ocasione aumento indevido dos custos dos rivais.

Comparativo – Garrafa AmBev 1 Litro e Garrafa Modelo SINDICERV

Garrafa Ambev 1 Litro

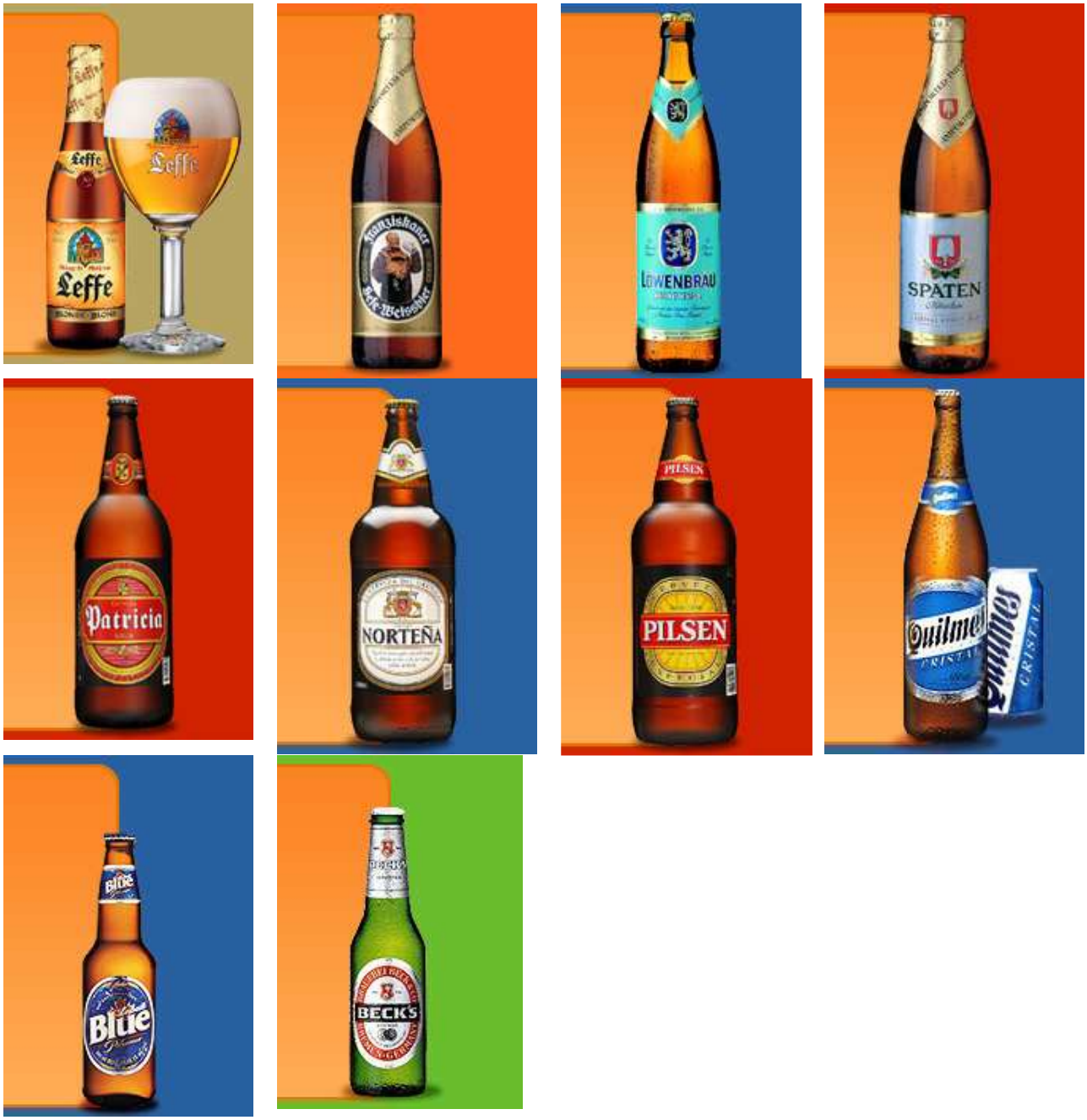
Garrafa Ambev 600ml
Padrão SINDICERV

70. Conforme já salientado, esta SDE entende que cada agente econômico tem, a princípio, o poder de decisão quanto à participação em um sistema compartilhado de vasilhames, ainda que sua participação torne o sistema mais vantajoso para os demais participantes. Ressalte-se que estratégias de diferenciação do produto, aí incluindo a criação de uma nova embalagem para determinada marca, são em princípio pró-competitivas e podem servir para proteger interesses legítimos. Obrigar a AmBev a comercializar seus produtos nas embalagens compartilhadas significaria negar-lhe acesso a importante instrumento de diferenciação do produto. Por outro lado, o que não se pode admitir é que com o pretexto de introdução de uma garrafa retornável exclusiva, por suas características próprias, haja a geração de custos não razoáveis para os concorrentes, hipótese investigada no Processo Administrativo no. 08012.002474/2008-24.

71. As imagens abaixo retiradas do sítio eletrônico da AmBev ilustram as diferentes marcas vendidas pela companhia, nas suas principais embalagens[21]. As imagens demonstram que também pode ser estratégia legítima de um agente de mercado querer diferenciar uma determinada marca por meio da embalagem.

[21] Disponível em http://www.ambev.com.br/pro_72.htm. Acesso em 25.10.2009.

ANTARCTICA
BRAHMA
BOHEMIA
SKOL
ANTARCTICA
Cerveja
ORIGINAL
STELLA ARTOIS
CARACU
SERRAMALTE
Polar
BELLEVUE
Hoegaarden



72. Nesse sentido, as diferentes marcas de cerveja no Brasil têm investido em nichos próprios, com o lançamento de garrafas retornáveis exclusivas, com rótulos auto-adesivos (em contraposição ao papel com cola tradicional) como o fez a Heineken, que adota uma garrafa verde não compartilhada bastante associada à marca:

73. Ademais, mesmo que o padrão de consumo majoritário seja alterado para o de embalagens de 1 Litro (dado o poder da Representada de determinar o volume de cerveja por garrafa que será o padrão de competição), nada impõe que os demais competidores adotem modelos de garrafas parecidos com o da Representada, neste caso incorrendo, por vontade própria, nos custos e riscos advindos da dificuldade de separação das garrafas nos pontos de vendas, distribuidores e linha de produção. Nesse sentido, pode-se mencionar que a cervejaria Imperial lançou recentemente sua cerveja em vasilhame de 1 (um) litro retornável, com volume e tamanhos diferenciados do Litrão Ambev (o Litraço Imperial não encaixa nas garrafeiras do Litrão Ambev), o que mostra que para concorrer nesse nicho de mercado (1 litro) não é necessário ter uma garrafa idêntica ou muito semelhante à da AmBev.

<u>Garrafa Imperial 1 Litro ("Litraço")</u>

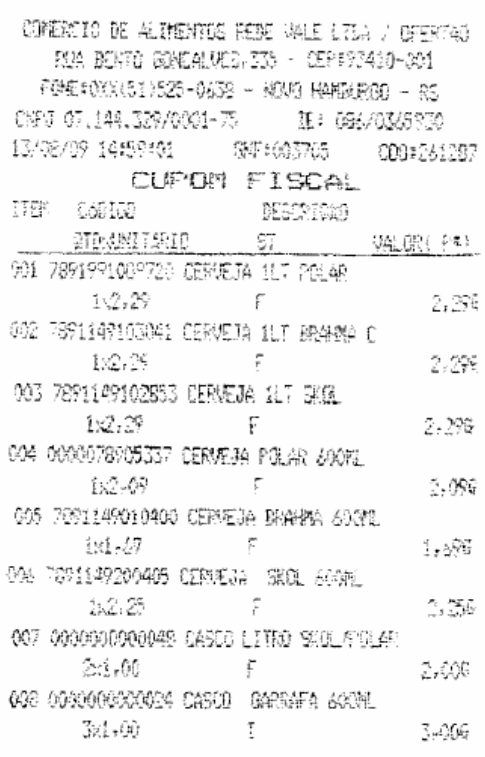
74. Com relação à segunda questão, isto é, se a *forma* de introdução no mercado do Litrão pela Representada, conforme dados colhidos até o momento, pode caracterizar indícios de infração à ordem econômica suficientes à instauração de Processo Administrativo, a resposta é afirmativa.

75. Conforme indicado pela ABRABE, a Representada vem tentando estimular a utilização e a compra das garrafas exclusivas e retornáveis de 1 Litro por meio de campanhas publicitárias nas quais compara ostensivamente o preço da bebida no vasilhame de 600ml ao de 1 litro, com o preço em relação a este último desproporcionalmente baixo em relação ao primeiro. Ainda, a AmBev estaria permitindo a troca de vasilhames de 600ml (pertencentes ao sistema de distribuição compartilhada) pelo "Litrão" e, posteriormente, destas garrafas de 1 litro apenas por outros vasilhames exclusivos de 1 litro (ou seja, não permitiria a troca de garrafa “Litrão” por garrafas padrão SINDICERV).

76. Note-se que a busca por integração de clientes em um sistema próprio não constitui um ilícito *per se*, pois para a integração concorre a vontade do consumidor, o que nem sempre implica que o consumidor deixe de ser integrado a outro sistema. Contudo, o ilícito pode ser configurado se ao incentivar a integração ao seu sistema, a empresa dominante induz de forma ilegítima a uma automática saída do consumidor do sistema compartilhado de seus concorrentes. No caso específico, se for comprovada a troca simples de garrafas SINDSERV de 600 ml por garrafas proprietárias AmBev de 1 litro, poderá haver um “escoamento” indevido das garrafas atualmente compartilhadas. O retorno do consumidor ao sistema compartilhado, ainda que possível, implicará custos adicionais de aquisição de cascos de 600 ml, na medida que a troca reversa (de 1 litro por 600 ml) não é permitida.

77. Conforme se verifica das figuras abaixo, a Representante trouxe aos autos fortes indícios de abuso de poder de mercado relativos à estratégia de introdução do Litrão. Na nota fiscal à esquerda (fls. 108 dos autos), pode-se verificar que o casco de 1 litro da Skol/Polar é comercializado a R$2,00, sendo que o casco de 600 ml é comercializado a R$3,00. Igualmente, a nota fiscal à direita indica que o casco de 1 litro é comercializado a R$0,50 sendo que a garrafa 600ml custa R$5,00 (Fls. 27 dos autos).

Cupons Fiscais de Compra de Vasilhames AmBev 600ml e 1 Litro



COMERCIO DE ALIMENTOS FEBE VALE LTDA / OFERTAO
RUA BENTO GONCALVES,335 - CEP:93410-001
FONE:0XX(51)525-0638 - NOVO HAMBURGO - RS
CNPJ 07.144.329/0001-75 IE: 086/0365930
13/08/09 14:59:01 GNF:003705 COO:261207

CUPOM FISCAL

ITEM	CÓDIGO / QTD.UNITÁRIO	DESCRIÇÃO / ST	VALOR(R$)
001	7891991009720	CERVEJA 1LT POLAR	
	1x2,29	F	2,29G
002	7891149103041	CERVEJA 1LT BRAHMA C	
	1x2,29	F	2,29G
003	7891149102853	CERVEJA 1LT SKOL	
	1x2,29	F	2,29G
004	0000078905337	CERVEJA POLAR 600ML	
	1x2,09	F	2,09G
005	7891149010400	CERVEJA BRAHMA 600ML	
	1x1,67	F	1,69G
006	7891149200405	CERVEJA SKOL 600ML	
	1x2,25	F	2,25G
007	0000000000048	CASCO LITRO SKOL/POLAR	
	2x1,00	F	2,00G
008	0000000000024	CASCO GARRAFA 600ML	
	3x1,00	I	3,00G

WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.
NACIONAL POA - OBIRICI
AV. ASSIS BRASIL, 1889 - SAO JOAO
CNPJ:93.209.765/0099-20
IE:096/2739464 UF:RS
IM:2036612-4

30/06/2009 17:36:59 CCF:058997 **COO:091815**

CUPOM FISCAL

ITEM / QTD.UN.	CÓDIGO / VL UNITARIO(R$)	DESCRIÇÃO / ST	VL ITEM(R$)
001	7891991009720	CERV POLAR 1l	
	1 X 2,49	F1	2,49G
002	0000078905337	CERV POLAR EXP 600ML T/C	
	1 X 2,29	F1	2,29G
003	0010010570080	VASILHAME RETORN 1l	
	1 X 0,50	T17,00%	0,50G
004	0010010570066	GFA PATENTE 1A QUAL 600ML	
	1 X 5,00	T17,00%	5,00G

TOTAL R$ 10,28
DINHEIRO 10,30
TROCO R$ 0,02

AGRADECEMOS SUA PREFERENCIA. CARLA ALE

LHQF9EXC EJQB8MSS 6NVRQH%F L8P789PA DHN24COI2AIM
IBM 4610-KR4 ECF-IF
ECF:033 LJ:0020 VERSÃO:01.03.02
FAB:IB010700000008212396 30/06/2009 17:39:33
QQQQQQQQQWWOORYREY *BR*

78. A forma de introdução do Litrão, se comprovada, tem o potencial efeito de restringir ou mesmo eliminar o canal de distribuição compartilhado por meio de garrafas padrão SINDICERV. Isto porque, na realidade, Representada estaria forçando a retirada de garrafas do sistema de distribuição compartilhada por meio de sua estratégia de subsituí-las por suas garrafas exclusivas. Caso comprovada, esta conduta também teria aptidão de causar elevados danos ao consumidor abastecido pelo canal auto-serviço, uma vez que, em decorrência de uma suposta diminuição forçada da comercialização das garrafas padrão SINDICERV, ele se veria forçado a adquirir as garrafas Litrões em detrimento das convencionais. Neste ponto, as perdas seriam significativas, uma vez que, de acordo com a prórpia Representada, a utilização do Litrão sofre limitações, tais como, por exemplo: (i) preço absoluto mais alto no médio-prazo (passada a estratégia para a troca dos vasilhames); (ii) risco de desperdício indesejado; (iii) risco maior de esquentar, caso não seja consumida rapidamente; (iv) menor portabilidade por quem está bebendo; (v) transportabilidade mais difícil, dificultando a compra de unidades múltiplas e (vi) maiores custos para refrigeração[22].

[22] Conforme alegado pela Representada às fls. 197 dos autos.

79. Necessário ainda averiguar se o fato da Representada ter lançado a mesma garrafa própria retornável de 1 litro para as principais marcas de seu portfolio no Brasil – Skol, Brahma e Antarctica – pode significar fechamento de mercado indevido para os concorrentes e incentivos ilegítimos para que os pontos de venda comercializem apenas produtos AmBev. Ressalte-se que, como visto, a AmBev possui mais de 70% de participação de mercado no canal bar e tradicional, que é o mais afetado pela conduta denunciada, por comercializar cerveja predominantemente em garrafas retornáveis. Aliás, hoje aproximadamente 30% dos pontos de venda vendem apenas cervejas da marca AmBev, sendo que o lançamento de uma garrafa própria comum a todas as marcas poderia aumentar esse percentual, engessando ilegitimamente o mercado.

80. Em conclusão, entende-se pela existência de indícios de infração à ordem econômica suficientes a instauração de Processo Administrativa com relação à forma de introdução da garrafa AmBev Litrão no mercado, com o eventual fechamento de mercado e/ou aumento indevido dos custos dos rivais.

II.4 Da análise do pedido de medida preventiva

81. Com fulcro no artigo 52 da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, pode ser concedida Medida Preventiva para a cessação de prática anticoncorrencial, desde que haja aparência de direito (*fumus boni iuris*) e perigo de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado (*periculum in mora*). A concessão da Medida Preventiva não tem em vista a proteção direta de um concorrente e sim o bem-estar coletivo, ou seja, o interesse público. In verbis:

> *"Art. 52. Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do CADE, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação ou torne ineficaz o resultado final do processo."*

82. Com relação ao pedido de medida preventiva formulado pela Representante, entende-se que ainda não foram reunidos, até o momento, elementos suficientes para fundamentar uma análise completa e consistente com a realidade do mercado. Tão logo obtidas as informações adicionais necessárias, esta Secretaria procederá à análise da presença dos requisitos exigidos pela Lei nº 8.884/94 para a concessão de medida preventiva.

83. No entanto, entende-se pelo indeferimento, de plano, do pedido formulado pela Representante no sentido de que seja determinado à AmBev que apresente para aprovação prévia da SDE todas as suas políticas e planos que possam, de qualquer forma, obstruir ou dificultar o acesso das concorrentes aos canais de distribuição. Tais informações são comercialmente sensíveis à primeira vista e só devem ser requisitadas por esta SDE em virtude da presença concreta de indícios à ordem econômica advindos de uma conduta específica. Ademais, não seria prudente que esta Secretaria passasse a atuar como um órgão regulador do mercado de cervejas e muito menos de um

único agente deste mercado, avaliando e autorizando previamente todas as suas decisões e estratégias comerciais. Adotar tal medida sem que se verificasse previamente indícios de infração à ordem econômica com relação a uma estratégia em particular, importaria em interferência excessiva e indevida do Estado na atividade da Representada, que atua em um setor regido por princípios de livre mercado. Além disso, tal sistema poderia resultar em atrasos na adoção de políticas eficientes, principalmente considerando o dinamismo do mercado.

III. CONCLUSÃO

84. Portanto, diante dos fortes indícios de infração à ordem econômica decorrentes da forma de introdução da nova Garrafa AmBev 1 Litro ("Litrão"), recomenda-se a abertura de Processo Administrativo em desfavor da Companhia de Bebidas das Américas, nos termos do art. 20, incisos I, II e IV, c/c o art. 21, incisos IV, V e VI, todos da Lei nº 8884/94

85. Estas as conclusões.

À consideração superior.
Brasília, de outubro de 2009.

ANDRÉ LUIZ PEREIRA DE OLIVEIRA
Chefe de Divisão da CGSI

De acordo. À consideração da Sra. Diretora.
Brasília, de outubro de 2009.

MARCELA CAMPOS GOMES FERNANDES
Coordenadora Geral da CGSI, Substituta

PAULO AUGUSTO PETTENUZZO DE BRITTO
Economista-Chefe

De acordo. À consideração da Sra. Secretária de Direito Econômico.
Brasília, de outubro de 2009.

ANA PAULA MARTINEZ
Diretora