



Ministério da Justiça - MJ
Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE
SEPN 515 Conjunto D, Lote 4 Ed. Carlos Taurisano, 3º andar - Bairro Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70770-504
Telefone: (61) 3221-8485 - www.cade.gov.br

VOTO

VERSÃO PÚBLICA

Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27

Representante: Della Vita Grande Rio Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda.

Representados: Unilever Brasil Ltda. e Nestlé Brasil Ltda. (sucédida pela Froneri Brasil Distribuidora de Sorvetes e Congelados Ltda.)

Advogados: Claudio Lavacca, Ronaldo Lovisi Seco, José Inácio Gonzaga Franceschini, Cristhiane Helena Lopes Ferrero e outros.

Relator: Conselheiro João Paulo de Resende

Voto-Vogal: Conselheira Paula Azevedo

VOTO-VOGAL

VERSÃO PÚBLICA

1. Inicialmente, gostaria de parabenizar o Conselheiro-Relator pelo voto apresentado e pela instrução adicional feita em seu gabinete. O enfoque econômico dado pelo Conselheiro foi muito importante para alcançar uma real compreensão da conduta em análise.
2. Não pretendo revisitar todos os pontos endereçados pelo Conselheiro-Relator, de modo que meus comentários serão restritos e voltados apenas aos pontos em que apresento alguma divergência com o voto-relator ou que julgo merecerem maiores esclarecimentos.
3. Conforme já detalhado pelo Conselheiro-Relator, as condutas investigadas no presente processo consubstanciam-se na prática de exclusividade (de fato ou de direito) na distribuição por meio das condições de: (i) exclusividade de *merchandising*; (ii) giro mínimo de vendas; e (iii) exclusividade de *freezers*, o que poderia gerar barreiras artificiais à concorrência e fechamento de mercado, de acordo com a Representação.

I. MERCADO RELEVANTE E PODER DE MERCADO

4. Quanto à definição de mercado relevante, em se tratando de restrição vertical, compreendo que são dois mercados que se encontram sob análise e que devem ser avaliados concomitantemente, como

bem pontuado pela SG[1]. O mercado à montante é o mercado em que as Representadas efetivamente atuam, enquanto que o mercado à jusante é o mercado em que a conduta potencialmente restritiva ocorre.

5. Assim, sigo o entendimento da SG no sentido de que o mercado à montante é o mercado nacional de sorvetes industriais de impulso do tipo self-service (excluídos sorvetes *soft*) e o mercado à jusante é o mercado municipal de venda no varejo de sorvetes industriais de impulso do tipo self-service (excluídos sorvetes *soft*)[2].

6. Como bem explicado pelo Conselheiro-Relator e pela SG, o mercado à montante é marcado por barreiras à entrada relacionadas à importância da marca[3], aos custos para desenvolvimento e manutenção de logística de distribuição[4] e à existência de uma escala mínima viável[5]. Nesse mercado, a concorrência se dá pelo mercado e não pelo consumidor, visto que as empresas querem aumentar sua presença e rede de distribuição para aumentar cada vez mais sua escala, diluindo custos fixos.

7. Já no mercado à jusante, a concorrência se dá pelo consumidor, visto se tratar de compra de impulso. Nesse mercado, o anúncio é importante, já que o modelo de negócios é voltado para o aproveitamento do fluxo já existente a fim de adicionar um item não planejado à compra do consumidor.

8. Com relação ao poder de mercado das Representadas, sigo entendimento adotado pelo Conselheiro-Relator no sentido de que a Unilever detém posição dominante no mercado à montante. Embora os dados disponíveis não sejam de vendas no atacado, os dados disponíveis sobre a venda no varejo são uma *proxymetria* para verificar a participação de mercado da Unilever no mercado à montante.

9. De acordo com os dados da Nielsen, a Unilever teria 65,26% do mercado em 2005, ano da conduta, e 55,24% do mercado em 2012, ano anterior à instauração do PA.

10. Como já explicado pelo Conselheiro-Relator, as Representadas disputam o uso dos dados da Nielsen por entenderem que esses dados subestimam o tamanho do mercado ao ignorar parte substancial do mercado brasileiro de sorvetes para consumo por impulso, qual seja, os sorvetes vendidos por ambulantes e os sorvetes de impulso industrializados ditos “ilegais” ou “informais” (i.e. empresas que industrializam sorvetes, mas não estão formalmente constituídas e/ou não pagam impostos).

11. No entanto, entendo que esse argumento não deve prosperar. Reitero que esses dados estão sendo usados como *proxymetria* para os dados de participação das empresas no mercado à montante. Portanto, os sorvetes de impulso industrializados “informais” não fazem parte do mercado relevante à montante.

12. Esses sorvetes informais não poderiam, por sua própria informalidade, exercerem pressão competitiva sobre os sorvetes industriais “legais” por não serem passíveis de comercialização nos mesmos canais de distribuição e por possivelmente não serem vistos como substitutos do ponto de vista do consumidor, que preza por segurança alimentar.

13. Em relação aos sorvetes vendidos por ambulantes, esses tampouco concorrem no mercado à montante e, portanto, não guardam qualquer influência sobre a estimativa de participação de mercado das Representadas no mercado à montante.

14. Por esses motivos, concluo que a Unilever tem posição dominante no mercado à montante e que uma restrição vertical adotada pela empresa poderia ter o potencial de afetar a concorrência, razão pela qual farei a análise da conduta alegada.

15. A Nestlé, por outro lado, não apresenta posição dominante no mercado – tendo apresentado participação de mercado inferior a 20% em 2005 e em 2012. Há também fortes indícios de que a Nestlé apenas agiu no sentido de responder às práticas de mercado da empresa dominante. Assim, por não obter posição dominante, compreendo que a Nestlé não. Por essas razões, a sua conduta apresenta baixa potencialidade lesiva e não analisarei as condutas imputadas a ela, convergindo com o Conselheiro Relator no sentido de arquivar o processo administrativo contra a Nestlé.

II. EXCLUSIVIDADE E FECHAMENTO DE MERCADO

16. Feitas essas considerações sobre a definição do mercado relevante e a posição dominante da Unilever, gostaria de fazer alguns apontamentos com relação às condutas de exclusividade e de fechamento de mercado. De início, no presente caso, para que seja possível a ocorrência de fechamento do mercado, é preciso verificar se as condutas investigadas geram efetiva exclusividade, seja ela de direito ou de fato.

17. Como bem analisado pelo Conselheiro-Relator, tendo em vista as características do mercado e do consumo do produto em questão, a exclusividade de *merchandising* significa, a rigor, uma exclusividade de vendas, na medida em que, sendo um produto consumido por impulso, é muito improvável que um cliente que tenha sido atraído pela propaganda da Kibon venha a consumir sorvete de outra marca não anunciada no ponto de venda.

18. Igualmente, a exigência de um volume mínimo de vendas, que impõe uma quantidade mínima de vendas de um produto em determinado lapso temporal, sob pena de multa e devolução do valor adiantado na assinatura do contrato, acaba por gerar um efeito *lock-in*. Assim, para cumprir essa exigência, os varejistas veem-se presos ao produto contratado e não têm incentivos para vender produtos concorrentes, o que gera uma exclusividade de fato.

19. A exclusividade de freezers também acarreta, em certo grau, sobretudo nos pontos de venda de menor tamanho físico (como padarias, bancas de jornal, lanchonetes dentre outros), exclusividade de vendas, uma vez que, por consequência do pouco espaço disponível, muitos varejistas ficam restritos a possuir apenas um único *freezer* estabelecimento.

20. Por fim, embora as bonificações não estejam necessariamente vinculadas aos contratos formais, entendo que tal prática, em determinadas circunstâncias, também pode implicar exclusividade de fato. As informações presentes nos autos não permitem formar uma adequada convicção de que os pontos de venda que recebem alguma bonificação da Unilever, mesmo sem contrato formal, exerçam exclusividade de fato. Desse modo, para o presente caso, não considerarei as bonificações isoladamente como resultantes em exclusividade de vendas de fato. Entretanto, considerarei as bonificações como incentivos adicionais à exclusividade quando já existentes contratos com as condições em análise.

21. Convirjo, assim, com a análise do Conselheiro-Relator no sentido de que as condições contratuais investigadas implicam, em vista das características do mercado relevante, exclusividade de vendas de fato, de modo que, na sequência, deve ser feita uma análise quanto à potencialidade de dano da conduta, especificamente quanto ao risco de fechamento de mercado.

22. Primeiramente, cumpre indicar uma teoria do dano por meio da qual se possa identificar que os contratos de exclusividade resultaram em um fechamento substancial que tenha causado ou que tenha a potencialidade de causar dano à concorrência.

23. A teoria do dano que adoto busca atestar tal efeito ou potencialidade por meio da verificação de que **o fechamento é substancial quando consegue retirar dos rivais a parcela suficiente para alcançar a escala mínima viável.**

24. A teoria econômica aponta que a exclusividade contratual se torna uma medida eficaz de exclusão de rivais eficientes justamente quando o agente dominante explora a externalidade negativa que deriva da escala mínima viável. Isto é, se um entrante precisa fornecer a mais de um revendedor para cobrir os custos fixos necessários para iniciar a atividade, quando um agente dominante consegue exclusividade com um revendedor, a entrada torna-se mais difícil e o agente dominante consegue lucrativamente fechar a entrada eficiente[6].

25. O teste para verificar a potencialidade do fechamento perpassa por três premissas: 1) existência de poder de mercado; 2) conduta que impede os rivais de terem a oportunidade de concorrer; e 3) inexistência de justificativa legítima da restrição adotada[7].

26. Com relação à existência de poder de mercado, reitera-se a posição dominante da Unilever. Além disso, a Kibon é uma “*must-carry brand*”, com um *mix* importante de marcas de sorvete, o que fortalece ainda mais a sua posição para impor cláusulas que gerem exclusividade na revenda.

27. Com relação à conduta que impede os rivais de terem a oportunidade de concorrer, compreende-se que, no mercado à montante em questão, os agentes precisam ter escala mínima viável, com aspectos referentes ao faturamento, aos custos fixos da operação, à escala de produção mínima e à logística de distribuição. Contudo, como indicado na análise do voto-relator, a Unilever conseguiu trancar parte substancial do faturamento existente no mercado, o que tem a potencialidade concreta de inviabilizar as oportunidades de realização da operação econômica dos rivais.

28. Isto é, por meio do fechamento dos pontos de venda com maior expressividade em termos de faturamento (os chamados “PDVs VIPs”), a Unilever retém para si pontos-chaves da estratégia de comercialização e distribuição dos produtos e pode acabar negando a concorrentes tão ou mais eficientes do que ela a possibilidade de atingir a escala mínima viável de operação.

29. Nesse sentido, a literatura especializada aponta que a existência de assimetrias entre revendedores possibilita que o agente dominante no mercado à montante consiga fechar o mercado à jusante por meio de exclusividade com um ou poucos revendedores tidos como “grandes”[8].

30. Assim, a prática de exclusividade com “PDVs VIPs” tem o efeito de impedir os rivais de terem a oportunidade de obterem um conjunto rentável de clientes. Como explicitado pelo Conselheiro-Relator, diante dos custos fixos e variáveis envolvidos nesse mercado, é importante haver um *mix* com estabelecimentos rentáveis, organizados em uma rota específica, bem como um número alto e pulverizado de PDVs para que a escala mínima seja atendida.

31. Com relação à dinâmica de distribuição, a própria Representada pontua que: **[ACESSO RESTRITO À UNILEVER]**

32. Portanto, como notado pelo Conselheiro-Relator, ainda que se possa argumentar que, com base na *quantidade* de pontos de vendas disponíveis, não haveria fechamento de mercado, é possível verificar um fechamento substancial *qualitativo* por meio dos principais pontos de venda, verificado em termos de faturamento[9].

33. Desse modo, ainda que inexistam provas de efeitos concretos do fechamento (tais como saída de concorrentes, aumento de preços, etc), a potencialidade lesiva à concorrência é patente, na medida em que, conforme a teoria de dano adotada, o fechamento exercido pela Unilever é substancial e pode inviabilizar a oportunidade de concorrer de rivais.

34. Fato que reforça esse entendimento é a declaração da Nestlé de que o modo de agir da Unilever obriga a empresa a também exigir contratos de exclusividade de seus PDVs a fim de proteger a participação de mercado. A Nestlé afirma que:

“É a Kibon quem efetivamente detém posição dominante no segmento de sorvetes industrializados de impulso. A líder - que chega a deter 70% de mercado em determinadas regiões - naturalmente define os padrões de concorrência do mercado. Ocorre uma situação dinâmica na qual a NESTLÉ e as demais empresas do mercado devem reagir às ações da líder para conseguir se manter no mercado - e impedir sua dominação pela Kibon.

A prática de exclusividade pela NESTLÉ, portanto, é uma reação à prática consolidada pela Kibon. Dessa maneira, não pode ser punida por exercer um legítimo direito de defesa competitiva na busca por espaço no mercado”.[10]

35. Desse modo, a conduta da Unilever conta como agravante o fato de que desencadeia em outros agentes do mercado a necessidade de imposição de condições contratuais que podem levar à exclusividade.

36. Entretanto, compreendo que se a Unilever não detivesse posição dominante e não causasse, por si só, um fechamento substancial do mercado, ela **não** poderia ser condenada “pela adoção generalizada da cláusula por diversos empreendimentos dessa natureza, ainda que a conduta exercida isoladamente não representasse ameaça à concorrência”, como o Conselheiro-Relator expôs em seu voto, ao aplicar, para o presente caso, o racional de seu voto no caso de cláusulas de raio de shopping em Porto Alegre.

37. Por fim, deve-se verificar se existem justificativas legítimas para realização da prática que possam superar a potencialidade do efeito negativo identificada.

38. Na mesma linha do voto-relator e de outros precedentes do CADE, compreendo que a justificativa dada para a exclusividade dos *freezers* é legítima. Evitar comportamento oportunista (*free-riding*), preservar a imagem e qualidade do produto e proteger investimento realizado em ativo móvel são justificativas econômicas razoáveis. A restrição de uso de espaço interno ao freezer é proporcional com o retorno do investimento que busca atingir e é uma exclusividade que se mostra ancilar.

39. Além disso, a exclusividade neste caso é uma condição necessária para que os investimentos feitos pela Unilever fiquem restritos a ela, de modo que a externalidade gerada não seja aproveitada por outros concorrentes que queiram usar do *freezer* fornecido ao ponto de venda[11]. Assim, com relação a essa cláusula contratual, compreendo que a potencialidade lesiva é superada pela racionalidade econômica da conduta.

40. Com relação às bonificações, a Representada argumenta que: a bonificação “gera aumento do excedente do PDV ao permitir criar melhorias no estabelecimento e também aumento do excedente dos consumidores ao garantir que mais pontos de venda disponibilizem sorvetes por impulso”.

41. Não verifico que essa medida se reverta em benefícios ao consumidor ou aumente a geração de valor com recursos escassos, principalmente porque não há qualquer exigência de que a bonificação seja usada pelo PDV para melhoria de estabelecimento. Inclusive, como apontado pelo Conselheiro-Relator, muitas vezes a bonificação é concedida na forma de produtos ou descontos. Trata-se de uma conduta vertical exclusionária pura, que não gera efeitos líquidos positivos para o consumidor, conforme exigido pelo art. 1º da Lei 12.529/2011.

42. Quanto à exclusividade de merchandising e à exigência de giro mínimo, a Representada argumenta que: “visa a garantir que o ponto de venda exponha adequadamente o material publicitário dos produtos Kibon, além de envolver investimentos que tornam o PDV mais atrativo e/ou confortável para o consumidor. O retorno desses investimentos depende diretamente das vendas do PDV, razão pela qual a cláusula de giro mínimo é justificável, assegurando que o PDV comercializará produtos da Unilever pelo tempo necessário para remunerar e amortizar os investimentos realizados pela empresa”.

43. Entretanto, não verifico que tais argumentos se apresentem como justificativas econômicas necessárias ao empreendimento ou que sejam razoáveis aos fins que objetivam.

44. O retorno dos investimentos feitos pela Unilever em anúncio pode ser contratualmente acertado, uma vez que esses investimentos não geram externalidades alheias à relação entre a empresa e o ponto de venda. Isto é, nem os concorrentes da Unilever, nem os concorrentes do ponto de venda se aproveitam da propaganda feita no local, de modo que o contrato de exclusividade é desnecessário para retorno desse investimento[12].

45. Assim, compreendo que a Representada não conseguiu comprovar que exista racionalidade econômica ou qualquer outra justificativa razoável para adoção das medidas citadas.

III. DISPOSITIVO

46. Feitos tais apontamentos e ponderações, voto pela condenação da Unilever Brasil Ltda, nos termos dos incisos I e IV do art. 36 c/c os incisos IV, V e IX do §3º do art. 36 da Lei 12.529/2011 e pelo arquivamento do presente processo com relação à Nestlé.

47. Verifico, nos termos do art. 45 da Lei 12.529/2011, que a infração foi consumada e que apresenta grave perigo de lesão à concorrência e aos consumidores, em vista da sua elevada potencialidade lesiva. Também não identifico nos autos elementos que comprovem a boa-fé da Representada.

48. Por outro lado, não há elementos que comprovem a vantagem auferida pela realização da infração, embora seja possível presumir que a vantagem pretendida com a exclusividade e fechamento causados seja elevar barreiras à entrada e excluir de competidores.

49. Tampouco há provas dos efeitos econômicos negativos concretamente produzidos no mercado e entendo que o grau de lesão à economia nacional ou aos consumidores é baixo, por se tratar de bem supérfluo e de alta elasticidade (justamente por ser um bem de impulso, e não de necessidade).

50. Considerando os critérios acima elencados e a jurisprudência do Conselho em casos de conduta unilateral e tomando como referência a alíquota de multa esperada aplicada no último Termo de Compromisso de Cessação (TCC) homologado pelo Tribunal[13], que foi de 2% no mercado relevante, pondero como adequada a aplicação de alíquota de 1% sobre o faturamento bruto da empresa no ramo de atividade no ano anterior à instauração da conduta.

51. O faturamento bruto da empresa no ano anterior à instauração do Processo Administrativo foi de R\$ 1.642.119.321,00. Atualizado pela SELIC, o valor chega a R\$ R\$ 2.939.664.915,27.

52. Determino, portanto, multa no valor de 1% sobre o faturamento bruto da empresa no ramo de atividade no ano anterior à instauração do Processo Administrativo, o que equivale a R\$ 29.396.649,15, a serem recolhidos em até 30 dias úteis.

53. Determino, ainda, considerando a potencialidade lesiva da conduta que:

1. Seja cessada a conduta ora analisada;
2. Sejam aditados, em até 90 dias, todos os contratos da empresa com estabelecimentos comerciais ou grandes redes, de modo a adequá-los à presente decisão do CADE;

3. A Unilever comunique a todos os seus pontos de vendas, distribuidores e revendedores no mercado nacional de sorvetes industriais de impulso do tipo *self-service* (excluídos sorvetes *soft*) sobre o teor desta decisão.

54. O descumprimento de qualquer uma das obrigações estipuladas nos itens acima implicará pagamento de multa diária no valor de R\$ 100.000 por dia de descumprimento.

É o voto.

PAULA AZEVEDO

Conselheira

[1] “As condutas em análise podem ser classificadas como restrições verticais. Conforme definido no Anexo I à Resolução nº 20/1999, do CADE: “As práticas restritivas verticais são restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (‘de origem’) sobre mercados relacionados verticalmente – a ‘montante’ ou a ‘jusante’ – ao longo da cadeia produtiva (mercado ‘alvo’)”. Nota Técnica n. 25/2017, parágrafo 45.

[2] Nota Técnica n. 25/2017, parágrafos 45 a 52.

[3] Nota Técnica n. 25/2017, parágrafo 87: “No mesmo sentido, a nota de instauração deste PA (fls. 2071) registrou que “a marca é um importante ativo intangível para consolidação de um fornecedor de sorvetes e constitui barreira à entrada nesse mercado””.

[4] Nota Técnica n. 25/2017, parágrafos 96 e 97: “A segunda barreira identificada na nota de instauração é a estrutura de distribuição/comercialização. Os custos de distribuição e comercialização de sorvetes são elevados, sobretudo pela necessidade de transporte em baús que conservem a temperatura até o destino final, onde esses sorvetes deverão ser condicionados em freezers. Esses custos são ainda maiores quando se trata de sorvetes de impulso em decorrência da restrição de espaço nos estabelecimentos, o que inviabiliza a manutenção de grandes estoques. Por essa razão, a reposição desses produtos tem que ser feita com certa frequência, aumentando os custos de transporte”.

[5] Nota Técnica n. 25/2017, parágrafo 98: “as Representadas acabariam por impedir que os concorrentes constituam uma rota rentável de distribuição de seus produtos que viabilize uma escala mínima viável”.

[6] FUMAGALLI, Chiara; MOTTA, Massimo; CALCAGNO, Claudio. *Exclusionary Practices: The Economics of Monopolisation and Abuse of Dominance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 245. “If the entrant (in order to cover the fixed costs necessary to start its activities) needs to supply more than one buyer, then a buyer’s decision to accept the exclusive contract makes it more difficult for the entrant to achieve its minimum viable scale, thereby exerting a negative externality on the other buyers (...). The main insight behind recent literature is precisely that, by exploiting this externality, the incumbent can profitably exclude efficient entry”.

[7] ROSENBLATT, Howard; NILSSON, Thomas. Non-Pricing Conduct by Dominant Firms in the EU: The Case of Exclusive Dealing. *Global Competition Review*, 2014, pp. 22-29, p. 23: The elements of an infringement for exclusive dealing are well-established and comparable to other abuse of dominance cases: market power by at least one party to the arrangement; conduct that forecloses rivals from the opportunity to compete; and the absence of an overriding legitimate business justification.

[8] FUMAGALLI, Chiara; MOTTA, Massimo; CALCAGNO, Claudio. Op. cit., p. 255. “Let us consider next the existence of asymmetric buyers. The insights discussed so far extend to this environment as long as no buyer alone is sufficient to attract entry. When, instead, the individual demand of the large buyer(s) enables

entry, it is still possible for the incumbent to exclude a more efficient rival. However, the incumbent must fully compensate the large buyers, or more generally buyers whose contribution to the entrants' success is particularly important".

[9] Nesse sentido: "However, exclusive arrangements that foreclose a lower proportion of the total relevant market may still be anticompetitive if they are applied to distribution channels or sources of supply that are particularly important to potential entry by new competitors or expansion by existing competitors". ICN. Unilateral Conduct Workbook: Exclusive Dealing. 2013. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc906.pdf>. Acesso em 15 out. 2018.

[10] SEI 0002717, p 386.

[11] Ver: FUMAGALLI, Chiara; MOTTA, Massimo; CALCAGNO, Claudio. Op. cit, seção 3.3.1. Exclusive Dealing and Protection of Relation-specific Investments.

[12] Novamente, ver: FUMAGALLI, Chiara; MOTTA, Massimo; CALCAGNO, Claudio. Op. cit, seção 3.3.1. Exclusive Dealing and Protection of Relation-specific Investments.

[13] TCC no IA 08700.002656/2016-57.



Documento assinado eletronicamente por **Paula Farani de Azevedo Silveira, Conselheiro(a)**, em 22/10/2018, às 02:53, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0539058** e o código CRC **E2917A60**.