

CHECKLIST DE CONTRATOS ASSOCIATIVOS: COMO O CADE IDENTIFICA OS CRITÉRIOS DE EMPREENDIMENTO COMUM E COMPARTILHAMENTO DE RISCOS E RESULTADOS APÓS 2017?

Checklist of associative contracts figure: how does Cade identify the common undertaking and the risk and result sharing criteria after 2017?

Vívian Salomão Ianelli¹

Resumo: O presente artigo tem como finalidade explorar a jurisprudência do Cade sobre contratos associativos com base na Resolução nº 17/2016 do Cade focando na análise dos critérios de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados. A análise realizada envolveu as decisões do Cade em 82 casos entre 2017 e 2022. Com base nesses dados, foram obtidas informações quantitativas sobre casos envolvendo contratos associativos como a quantidade de casos com análise específica dos critérios da Resolução, os tipos de contrato geralmente submetidos ao crivo do Cade e a relação entre a análise dos critérios em foco nas decisões. Também foi possível elaborar uma análise qualitativa o que gerou uma lista de perguntas (*checklist*) para cada um dos critérios citados considerando as principais características avaliadas pelo Cade para definição da existência ou não deles. Dentre as principais conclusões, foi possível identificar que ainda não há um padrão de análise desses critérios e que parte relevante das análises do Cade são mantidas em acesso restrito às partes envolvidas e à autoridade, reduzindo a previsibilidade da decisão e a segurança jurídica.

Palavras-chave: Cade; Contratos Associativos; Empreendimento Comum; Compartilhamento de Riscos e Resultados; Resolução nº 17/2016.

Abstract: The article aims to explore Cade's jurisprudence about associative contracts based on Cade's Resolution 17/2016, focusing on the analysis of the common enterprise undertaking and risk and result sharing criteria. The analysis gathered Cade's decision in 82 cases from 2017 to 2022. Based on this data, the author obtained quantitative information about associative con-

¹ Advogada com atuação em Direito Concorrencial. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e mestranda na mesma instituição na área de direito concorrencial. Experiências prévias de estágio no CADE (durante a graduação) e na OCDE (durante a pós-graduação) em Paris. Artigos publicados sobre direito antitruste no livro III organizado pela Women in Antitrust (WIA), no volume V do livro Comércio Internacional e Concorrência organizado pela prof. Amanda Athayde e no livro Ideias em Competição 10 Anos do Prêmio IBRAC-TIM.

tract cases such as the number of cases with the specific analysis of the before mentioned Resolution, the type of contracts usually notified to Cade and the relationship between the analysis of both criteria targeted in this article within those decisions. It was also possible to elaborate qualitative analysis that culminated in a checklist for each of the criteria under discussion considering their main characteristics considered by Cade for the definition of their existence or not. The main conclusions were that there is no standard analysis by Cade of this criteria and most of the decision is kept restrict to the parties and the authority itself, which reduces legal certainty and the decision's predictability.

Keywords: Cade; Associative Contracts, Common Undertaking, Risk and Result Sharing, Resolution nº 17/2016.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Aspectos quantitativos da pesquisa. 3.1. Resultados dos casos envolvendo contratos associativos. 3.2. Tipos de contratos associativos analisados e seus respectivos resultados. 3.3. Quantitativo dos critérios de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados. 4. Aspectos qualitativos da pesquisa. 4.1. Empreendimento comum para exploração de atividade econômica. 4.2. Compartilhamento de riscos e resultados. 5. Conclusão.

1. Introdução

O controle de estruturas, por meio da análise de atos de concentração (ACs) pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), está em constante evolução principalmente após a vigência da Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – LDC) que prevê a análise *ex ante* de concentrações no mercado. A análise prévia de rearranjos contratuais e societários traz como principal vantagem uma prevenção de concentrações que possam prejudicar a concorrência em determinados mercados.

Para a caracterização de ACs, a legislação brasileira definiu, no artigo 90², um rol de situações em que as empresas têm o dever de notificar e o Cade, o dever de atuar – desde que cumpridos os critérios de faturamento

² “Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.” LDC.

mínimo previstos na mesma lei. Dentre essas opções, inclui-se a celebração de contratos associativos. A fim de evitar que as partes ficassem limitadas a um rol taxativo dos tipos de concentrações de notificação obrigatória do artigo 90, o inciso IV incluiu, na mesma lista de *joint ventures* e consórcios, a figura genérica dos contratos associativos.³

Justamente por se tratar de figura ampla, o contrato associativo precisou de definição específica por meio de resolução do Cade após a vigência da LDC para que se pudesse avaliar a necessidade de acionar o controle de estruturas nesses casos.⁴ Inicialmente, em 2014 o Cade aprovou Resolução nº 10/2014, posteriormente revogada pela Resolução nº 17/2016 (“Resolução”) que estipulou os critérios mínimos de notificação de concentrações que apenas se enquadrassem na figura de contratos associativos. Ainda que a nova Resolução tenha aperfeiçoado a anterior, os critérios estipulados são genéricos – e provavelmente assim incluídos na legislação propositalmente para dar espaço interpretativo ao Conselho – dependendo de jurisprudência para maior especificidade.⁵

A Resolução hoje aplicada indica, em seu artigo 2º, os seguintes requisitos para obrigatoriedade da notificação de contratos associativos: (i) prazo do contrato deve ser superior a dois anos; (ii) as empresas devem estabelecer um empreendimento comum para exploração de atividade econômica; (iii) deve haver compartilhamento de riscos e resultados; e, por fim,

³ “(...) havendo elementos que indiquem a existência de uma cooperação qualificada entre os contratantes, caracterizada pela existência de um fim comum e de uma estrutura organizativa apta à sua consecução, pouco importa a forma jurídica de que se reveste o contrato e muito menos o nome que as partes lhe atribuíram”. FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência, 1ª Edição, Editora Saraiva, 2017, p. 224

⁴ “(...) imprescindível, portanto, identificar elementos de estabilidade, organização e autonomia jurídica para distinguir, com um mínimo de segurança, dentre as inúmeras relações de cooperação, aquelas que devem constituir o objeto do controle de estruturas.” FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência, 1ª Edição, Editora Saraiva, 2017, p. 224.

⁵ “(...) a norma ainda não traz definição satisfatória do que a autoridade da concorrência entenderá por contrato associativo, sendo o único critério para sua constatação o compartilhamento de riscos, gerando alto grau de imprevisibilidade e insegurança jurídica entre os players do mercado.” CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. Contratos Associativos no Direito da Concorrência Brasileiro. 2018. Disponível em https://www.concorrencia.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR_33_34_Breves_Angelo_Gamba_Prata_de_Carvalho.pdf Acesso em setembro de 2023.

(iv) as empresas devem ser concorrentes no mercado objeto do contrato.⁶ Importante destacar que os critérios são cumulativos e por isso a inexistência de apenas um deles acarreta na desnecessidade de notificação.

O prazo do contrato (i) é o critério mais objetivo e por isso geralmente não é discutido com profundidade pelo Cade por não gerar divergências relevantes. As partes serem concorrentes no mercado (iv) geram especial discussão nas decisões do Cade a depender da definição do mercado objeto do contrato e como se dá a atividade das partes em relação a ele. Contudo, por se tratar de uma análise diretamente relacionada às atividades das partes, decidiu-se não aprofundar nesse critério no presente artigo.

Assim, pretende-se abordar como o Cade tem analisado os critérios de empreendimento comum para exploração de atividade econômica (ii) e compartilhamento de riscos e resultados (iii). Considerando os casos analisados, foi possível reunir características recorrentes nas decisões para definir a existência ou não desses critérios. A partir dessas características, criou-se nove perguntas chave que norteiam a análise desses critérios.

Para tal foi realizada pesquisa jurisprudencial entre 2017 e 2022 envolvendo todos os ACs e consultas que tratam de contratos associativos. A metodologia será detalhada na seção seguinte (2). Em seguida, serão apresentados resultados quantitativos da pesquisa (3) e, na sequência, serão indicados os resultados qualitativos para os critérios de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados (4). Por fim, conclui-se com os principais resultados da pesquisa (5).

⁶ “Art. 2º Considera-se associativos quaisquer contratos com duração igual ou superior a 2 (dois) anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente: I - o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e II - as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato.” Resolução n. 17 de 18 de outubro de 2016.

2. Metodologia

Para realização da presente pesquisa, foram listados todos os ACs e consultas julgados pelo Cade entre 2017 e 2022 envolvendo contratos associativos após pesquisa realizada no sistema SEI do Cade.⁷ Com base nessa pesquisa, foram listados 82 casos em tabela Excel. Para cada um deles, foram detalhadas as seguintes informações em colunas: número do processo, tipo de processo (consulta ou ato de concentração), ano de julgamento, partes envolvidas na operação, descrição do contrato, resultado da operação (aprovado sem restrições ou não conhecimento)⁸, e a descrição de cada um dos quatro critérios da Resolução nº 17/2016.

Dos 82 processos analisados, 46 casos tiveram os critérios da Resolução explicitamente discutidos e analisados na decisão do Cade. Isto é, apenas em metade houve a análise de conhecimento da operação com menção à Resolução nº 17/2016 ou qualquer dos seus critérios. Destaca-se que bastou a análise de um dos critérios para que o caso fosse incluído nessa categoria. Para os 36 casos em que o Cade não detalhou os critérios para conhecimento da operação em sua decisão, não foi possível preencher as colunas.

Considerando essa base de dados, primeiramente, analisou-se o tipo de contrato submetido ao controle de estruturas, isto é, qual era seu objeto. Importante ressaltar que essa caracterização envolveu a análise das principais características do contrato disponíveis publicamente e considerando a própria análise de conhecimento e descrição da operação apresentada nas decisões do Cade. Essas categorias têm como única função tentar enquadrar os contratos associativos em categorias mais específicas que serão detalhadas no item 3.2.

⁷ Ressalta-se que a pesquisa foi realizada pelo Sistema Eletrônicos de Informações (SEI) do Cade, considerando os resultados obtidos para consultas e atos de concentração sumários e ordinários envolvendo contratos associativos. Os resultados, contudo, não são extensivos e podem conter divergências considerando a quantidade de atos de concentração julgados no período. Apesar das discrepâncias, essa é o único meio de realizar o levantamento dos atos de concentração submetidos ao CADE. Contudo, a quantidade de casos obtidos foi suficiente para realizar a pesquisa sob análise.

⁸ Conforme será visto à frente, não houve reprovação ou aprovação condicionada a restrições nos casos envolvendo contratos associativos.

Em relação aos critérios de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados, foi possível criar perguntas que refletem as principais características de cada um dos critérios nas decisões analisadas, as quais serão detalhadas no item 4. Importante ressaltar que foram incluídas nessa análise pareceres da Superintendência-Geral do Cade (SG) e votos vencedores do Tribunal do Cade. Foram considerados os documentos em que houve a análise de conhecimento da operação e que representam a decisão final do Cade.⁹

3. Aspectos quantitativos da pesquisa

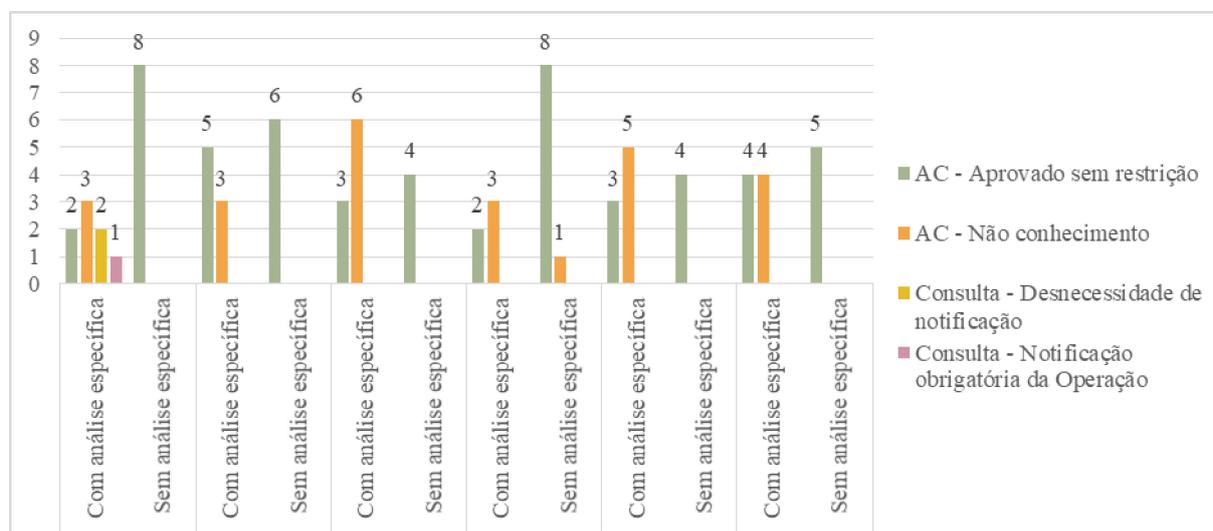
Com base na metodologia apresentada anteriormente, alguns dados quantitativos relevantes foram obtidos. A presente seção do artigo será dividida da seguinte forma: resultados dos casos envolvendo contratos associativos divididos por ano (3.1); tipos de contratos considerando seus resultados (3.2); quantitativo dos casos em que houve análise dos critérios de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados (3.3).

3.1. Resultados dos casos envolvendo contratos associativos

Dos 82 casos analisados foi possível traçar os resultados obtidos em cada um deles e se houve análise específica dos critérios obrigatórios para a caracterização de contratos associativos:

⁹ Em alguns casos o voto vencedor acolheu a decisão de conhecimento da SG e por isso as características analisadas refletem a decisão da SG.

Figura 1 – Resultados dos casos julgados pelo Cade entre 2017 e 2022 envolvendo contratos associativos e a existência de análise específica dos critérios da Resolução nº 17/2016



Fonte: Elaboração própria com base nos dados obtidos pelo SEI.

A indicação “Com análise específica” significa que os critérios da Resolução foram explicitamente discutidos pelo Cade. Logo, “Sem análise específica” significa que eles não foram analisados e o caso geralmente é dado como conhecido. Ressalta-se que quando não há análise dos critérios, os contratos foram nomeados como associativos pelo próprio Cade e por isso constam nos dados da pesquisa.

O gráfico acima traz resultados relevantes. Nos seis anos analisados, apenas um caso em 2020 não foi conhecido sem que os critérios da Resolução fossem analisados. Nesse caso, as partes apresentaram apenas um aditivo de contrato já aprovado pelo Cade anteriormente sem alteração da natureza da operação, não sendo caracterizada como uma concentração de mercado conforme o artigo 90 da LDC.¹⁰

Também é relevante destacar que logo após a aprovação da Resolução, houve um movimento dos agentes econômicos de realizar consultas ao tribunal do Cade para que os critérios da Resolução pudessem ser melhor

¹⁰ AC nº 08700.002920/2020-39. Companhia Brasileira de Alumínio e Nexans Brasil S.A. Não conhecimento. Julgado em 2020.

explicados pela autoridade. Consequentemente, as três consultas citadas tiveram a análise específica dos critérios.¹¹

Interessante notar também que, apenas em 2018 o número de casos aprovados sem restrição quando há análise de critérios da Resolução (cinco casos) é maior do que os casos de não conhecimento (três casos). Em 2017, 2019, 2020 e 2021, o número de casos não conhecidos é superior. Em 2022, quando os critérios são analisados, o número de casos aprovados sem restrição e não conhecidos é o mesmo (quatro casos). Isso mostra que o Cade tende a analisar mais detidamente os critérios quando há características limitrofes para o não conhecimento da operação.

3.2. Tipos de contratos associativos analisados e seus respectivos resultados

Novamente considerando os 82 casos envolvendo contratos associativos, foram encontradas as seguintes categorias de contratos¹²:

¹¹ Consulta nº 08700.006858/2016-78 Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG. Desnecessidade de notificação. Julgado em 2017. Consulta nº 08700.008081/2016-86. Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG e CMA CGM S.A. Notificação obrigatória. Julgado em 2017. Consulta nº 08700.008419/2016-08. Warner Bros Home Entertainment Inc. e EA Swiss Sàrl. Notificação obrigatória. Julgado em 2017.

¹² Essa tipologia não necessariamente corresponde a características societárias ou tributárias. As categorias aqui criadas foram apenas para fins de análise dos casos para a presente pesquisa. Em nenhum momento a nomenclatura criada foi utilizada pela autoridade.

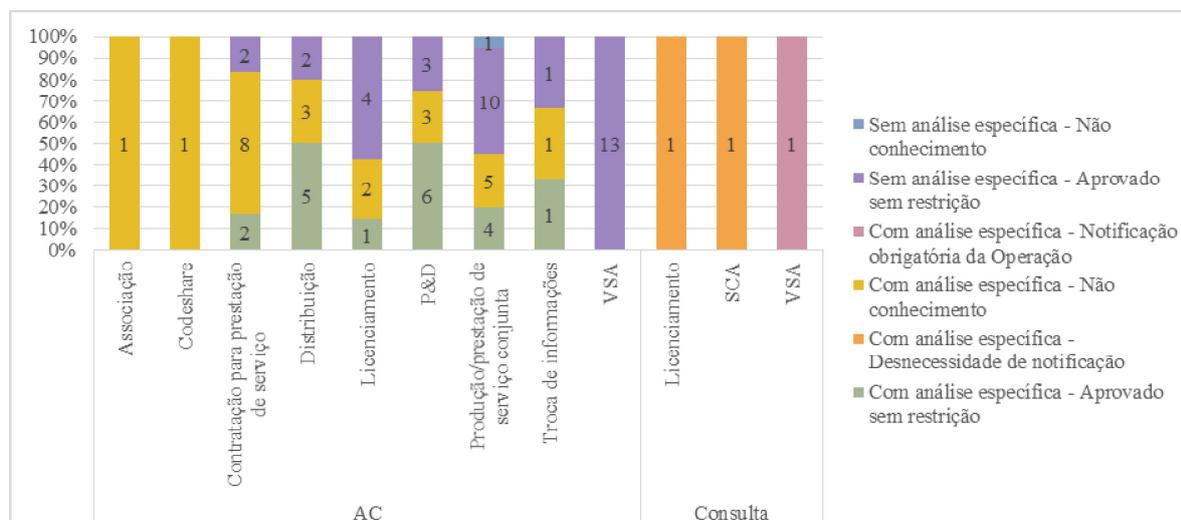
Tabela 1 – Definição das categorias de contratos criadas com base na pesquisa realizada

<i>Categorias criadas</i>	<i>Definição</i>
<i>Associação</i>	Criação de associação sem fins lucrativos por meio de contrato associativo.
<i>Codeshare</i>	Contrato característico entre empresas atuantes no mercado de transporte aéreo de passageiros ou cargas para operação de voos em código compartilhado.
<i>Contratação para prestação de serviço</i>	Contratos em que o principal objetivo era que uma das partes contratasse a outra para prestação de um serviço ou para que houvesse fornecimento de algum produto. Também envolve casos em que ambas as empresas contratariam um terceiro para prestar um serviço ou fornecer um produto a elas.
<i>Distribuição</i>	Contratos em que uma parte será responsável pela distribuição de produtos da outra.
<i>Licenciamento</i>	Geralmente casos envolvendo direito de imagem, transmissão ou licenciamento de marcas de uma parte para a outra.
<i>P&D</i>	Contratos envolvendo desenvolvimento conjunto ou investimentos conjuntos em algum produto. Geralmente relacionado a produtos farmacêuticos ou insumos agrícolas.
<i>Produção ou prestação de serviço conjunta</i>	Categoria genérica que envolve prestações de serviços em conjunto das empresas para atingir o objetivo do contrato.
<i>SCA</i>	Contrato de afretamento de espaço em navios (<i>slot charter agreement</i>).
<i>Troca de informações</i>	Casos em que o objetivo do contrato era realizar a troca de informações entre as partes envolvidas.
<i>VSA</i>	Devido à quantidade de <i>Vessel Sharing Agreements (VSA)</i> , foi criada categoria separada para análise. Trata-se de contratos em que há compartilhamento de embarcações para a mesma rota utilizada para o transporte de contêineres.

Fonte: Elaboração própria com base em dados obtidos pelo SEI.

Em complementação à Figura 1, a figura abaixo representa os tipos de contratos submetidos à análise do Cade pelas partes considerando a classificação elaborada conforme indicado na Tabela 1. Nesse caso também estão incluídos os 82 casos envolvendo contratos associativos.

Figura 2 – Categorias de contratos associativos entre 2017 e 2022 considerando seu resultado e tipo de processo



Fonte: Elaboração própria com base em dados obtidos pelo SEI.

Conforme já indicado, as Consultas foram essenciais para definir princípios básicos para a definição dos critérios de notificação. Isso fica claro com o caso dos VSAs. Após a Consulta realizada em 2017¹³, todos os casos envolvendo VSAs não tiveram os critérios analisados. Destaca-se que a maioria das decisões apresenta uma análise sobre o que constitui um VSA e as principais atividades decorrentes do contrato. Contudo, não há análise explícita do preenchimento dos critérios da Resolução, o caso é conhecido de pronto.

Dentre os casos não conhecidos, os contratos de associação e *codeshare* precisaram de apenas uma decisão sobre cada um deles para definir a desnecessidade de notificação, gerando relevante economia processual inclusive para as partes. Devido a sua especificidade, os contratos detêm características nítidas e geralmente são identificados mais facilmente.

Por outro lado, a categoria “contratação para prestação de serviços” é mais relativa e depende do nível de interação definida no contrato entre as partes para caracterizá-lo como associativo. Nos dois casos em que houve análise dos critérios da Resolução nessa categoria, o Cade justificou

¹³ Consulta nº 08700.008081/2016-86. Hamburg Südamerikanische Dampschiffahrts-Gesellschaft KG e CMA CGM S.A. Decisão de notificação obrigatória da operação. Julgado em 2017.

o conhecimento da operação pela existência de compartilhamento de riscos e resultados. Em um dos casos, o contrato levaria as empresas a um maior poder de barganha, reduzindo, conseqüentemente, seus custos.¹⁴ Já o outro caso, as empresas teriam participação na diferença entre o preço base e o preço efetivo de venda dos produtos objeto do contrato, comprovando o compartilhamento de resultados.¹⁵

Os outros tipos de contrato são mais dinâmicos e dependem de uma análise casuística para serem classificados como associativos, o qual independe do seu objetivo inicial ou, formalisticamente, seu nome. Para sua caracterização, é essencial o posicionamento do Cade sobre cada um dos critérios para padronizar o entendimento da autoridade e garantir maior segurança jurídica aos agentes econômicos.

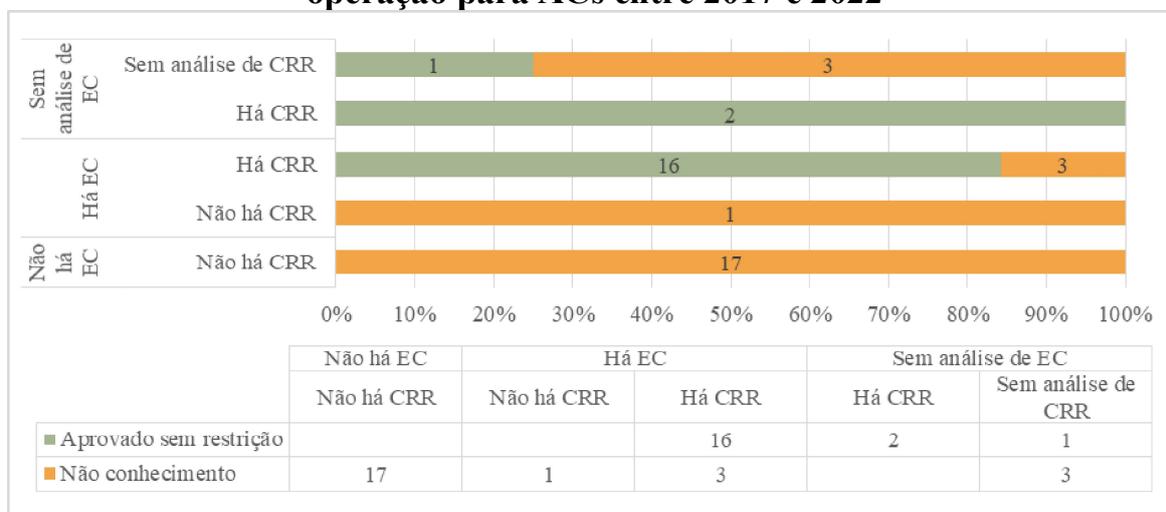
3.3. Quantitativo dos critérios de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados

Tratando-se especificamente dos critérios de empreendimento para exploração de atividade econômica e compartilhamento de riscos e resultados, a figura abaixo resume em quais casos esses critérios foram analisados. Destaca-se que há apenas atos de concentração considerados no gráfico.

¹⁴ AC nº 08700.005296/2021-11. Alelo S.A. e Conectcar Soluções de Mobilidade Eletrônica S.A. Aprovado sem restrição. Julgado em 2021.

¹⁵ AC nº 08700.006646/2020-77. Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. e Cebrace Cristal Plano Ltda. Aprovado sem restrição. Julgado em 2020.

Figura 3 – Análise dos critérios de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados considerando o resultado da operação para ACs entre 2017 e 2022



Fonte: Elaboração própria com base nos dados obtidos no SEI.

Nota: EC significa “empreendimento comum” e CRR, “compartilhamento de riscos e resultados”.

O gráfico acima pretende demonstrar a relação entre os dois critérios de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados. Conforme previamente indicado, os critérios da Resolução nº 17/2016 são cumulativos, ou seja, basta que um deles não esteja presente para que a operação não precise ser notificada. Por isso alguns casos contam com a existência de empreendimento comum, mas não de compartilhamento de riscos e resultados e vice-versa. Há quatro casos, contudo, em que o Cade decidiu por não analisar os dois critérios.¹⁶ Nesses casos, as partes não eram concorrentes no objeto do contrato notificado. Apesar de tecnicamente não haver necessidade de análise de todos os critérios por serem cumulativos, vê-se que essa não é a prática comum da autoridade. Em 17 casos, o Cade analisou ambos os critérios e indicou que eles não estavam presentes e por isso não conheceu a operação.

¹⁶ AC nº 08700.006640/2017-02. AstraZeneca UK Limited e Merck Oncology GMBH. Aprovado sem restrição. Julgado em 2017. AC nº 08700.009646/2022-91. CMA CGM S.A. e Air France KLM S.A. Não conhecimento. Julgado em 2022. AC nº 08700.001710/2021-12. Grupo Volkswagen e Robert Bosch. Não conhecimento. Julgado em 2021. AC nº 08700.000831/2019-14. GlaxoSmithKline PLC. e Ares Trading S.A.Z. Não conhecimento. Julgado em 2019.

Em dois outros casos, o Cade não analisou o critério de empreendimento comum, mas avaliou todos os outros critérios e conheceu a operação, sem justificar o motivo de evitar a análise.¹⁷ Não é possível sequer alegar desconhecimento da aplicação da Resolução já que os casos são de 2018 e 2020. Para fins desse artigo, esses casos serão tratados como exceções.

Ainda, interessante ressaltar que o único caso em que não houve conhecimento da operação apenas pela inexistência de compartilhamento de riscos e resultados se refere à criação de uma associação.¹⁸ Apesar da atividade em questão se enquadrar no requisito de “exploração de atividade econômica” (parte do critério de empreendimento comum), não haveria compartilhamento de riscos e resultados pois a associação não tem fins lucrativos. Assim, a atividade das partes não resultaria em qualquer redução de custos, ou resultados financeiros aos agentes envolvidos nesse contrato.

Por fim, para os três casos em que há ambos os critérios de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados, mas a decisão foi pelo não conhecimento, em dois deles as partes envolvidas não eram concorrentes no mercado¹⁹ e no outro, o critério do prazo não foi cumprido.²⁰

Passa-se, a seguir, para a análise qualitativa dos argumentos utilizados pelo Cade para a análise dos critérios de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados.

4. Aspectos qualitativos da pesquisa

Conforme antecipado, com base nos 46 casos em que houve análise específica dos critérios da Resolução, foi possível obter nove perguntas

¹⁷ AC nº 08700.006646/2020-77. Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. e Cebrace Cristal Plano Ltda. Aprovado sem restrição. Julgado em 2020. AC nº 08700.003955/2018-71. Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda. e Instituto Biochimico Indústria Farmacêutica Ltda. Aprovado sem restrição. Julgado em 2018.

¹⁸ AC nº 08700.006989/2017-36. Instituto Jogue Limpo. Não conhecimento. Julgado em 2018.

¹⁹ AC nº 08700.001283/2021-64. Coca-Cola Indústrias Ltda. e HNK BR Indústria de Bebidas Ltda. Não conhecimento. Julgado em 2021. AC nº 08700.003155/2020-74. Colgate-Palmolive Company e Philips Oral Healthcare, LLC. Não conhecimento. Julgado em 2020.

²⁰ AC nº 08700.003855/2020-69. BRF S.A. e Upfield Brasil Holding Ltda. Não conhecimento. Julgado em 2020.

para as quais o Cade respondeu em suas decisões para caracterizar a existência dos dois critérios sob análise. Essa seção será dividida entre a análise do critério de empreendimento comum (4.1) e compartilhamento de riscos e resultados (4.2).

4.1. *Empreendimento comum para exploração de atividade econômica*

A tabela abaixo representa as principais perguntas que poderiam ser respondidas pelo Cade para justificar a existência de empreendimento comum nos casos sob análise, além de indicar esclarecimentos sobre como cada uma das perguntas foi formulada. As perguntas seriam feitas para cada contrato analisado.

Tabela 2 – Categorias criadas para o critério de empreendimento comum

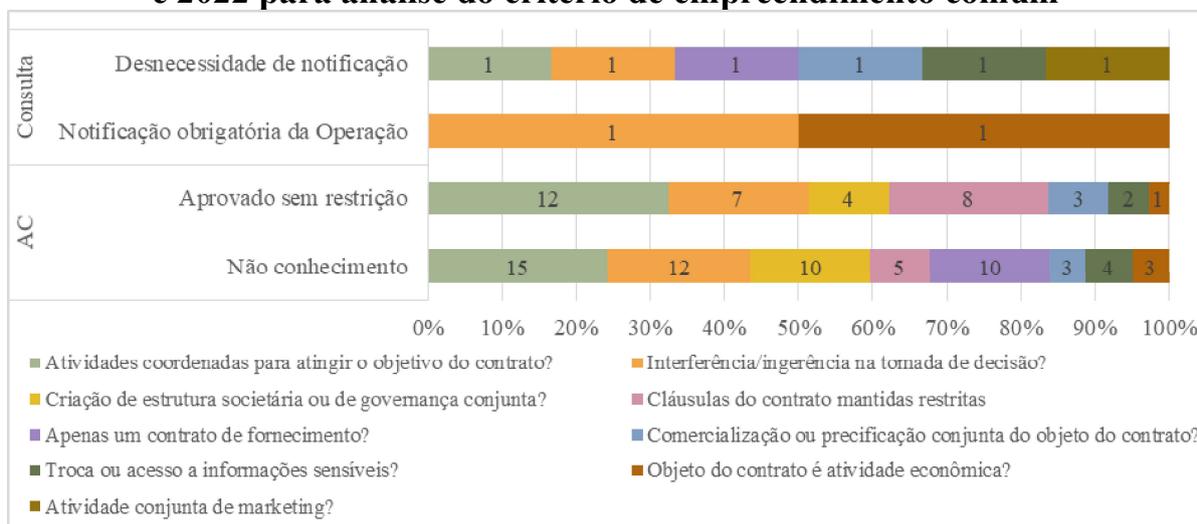
Perguntas	Explicação
<i>Atividades coordenadas para atingir o objetivo do contrato?</i>	Analisou-se principalmente se as partes do contrato atuavam de forma coordenada ou independente, sendo o primeiro formato característico de um contrato associativo.
<i>Interferência/ingerência na tomada de decisão?</i>	A análise se baseou na interferência ou ingerência de uma parte sobre a outra durante a execução do contrato. Geralmente essa característica era relacionada com a criação de estrutura conjunta.
<i>Criação de estrutura societária ou de governança conjunta?</i>	Nesse caso, avaliou-se se as partes teriam alguma estrutura conjunta para coordenar suas atividades e atingir os objetivos do contrato. Geralmente, a estrutura aparecia como um órgão de gestão conjunto.
<i>Cláusulas do contrato mantidas restritas</i>	Nesses casos, a principal justificativa utilizada pelo Cade foi mantida restrita do acesso público por se tratar de explicação baseada puramente em cláusulas contratuais.
<i>Apenas um contrato de fornecimento?</i>	Para justificar o não conhecimento de uma operação, alegava-se que se tratava de apenas um contrato de fornecimento, não havendo características de um empreendimento comum. Essa argumentação é geralmente auxiliar à inexistência de outras características.
<i>Comercialização ou precificação conjunta do objeto do contrato?</i>	As partes previam contratualmente se a precificação ou a comercialização dos produtos seria feita de forma separada ou conjunta durante a vigência do contrato, gerando coordenação referente ao objeto do contrato.
<i>Troca ou acesso a informações sensíveis?</i>	Nesses casos, identificou-se características no contrato que facilitariam ou permitiriam a troca ou acesso a informações sensíveis, caracterizando empreendimento comum.

Perguntas	Explicação
<i>Objeto do contrato é atividade econômica?</i>	Analisou-se se as atividades objeto do contrato poderiam ser caracterizadas como uma atividade econômica nos termos do parágrafo 1º do art. 2º da Resolução.
<i>Atividade conjunta de marketing?</i>	Apenas uma consulta analisou esse item indicando que a existência de marketing conjunto pelas empresas corrobora para a existência de empreendimento comum.

Fonte: Elaboração própria com base em dados obtidos pelo SEI.

Com base nessas categorias, o gráfico abaixo indica como essas perguntas foram utilizadas considerando os resultados do julgamento de ACs e consultas. Importante informar que no mesmo caso, há mais de uma característica presente e por isso a soma é superior ao valor de casos analisados (46). Destaca-se também que o número expresso no gráfico abaixo representa todas as vezes que a decisão do Cade respondeu à pergunta hipotética, independentemente de a resposta ser positiva ou negativa. Ou seja, foram contabilizados, por exemplo, tanto os casos em que havia coordenação entre as partes para atingir o objeto do contrato quanto aqueles em que as partes atuavam de forma independente.

Figura 4 – Tipos de argumentação utilizadas pelo Cade nos casos entre 2017 e 2022 para análise do critério de empreendimento comum



Fonte: Elaboração própria com base nos dados obtidos pelo SEI.

Nota: Os números de cada linha do gráfico representam a quantidade de casos em houve menção à pergunta hipotética criada pela autora.

Todas as perguntas indicadas anteriormente têm a resposta baseada em cláusulas contratuais as quais, por se tratar de informação confidencial apenas às partes, não são disponibilizadas nas versões públicas de votos e decisões. Assim, esses questionamentos foram geralmente respondidos de forma genérica para apenas informar a existência ou não do critério para conhecimento da operação. Não é possível traçar um padrão das cláusulas analisadas, mas apenas quais os principais focos da decisão da autoridade.

As três primeiras perguntas (sobre a coordenação da atividade, ingerência na tomada de decisão e a criação de estrutura societária ou de governança conjunta) são as mais comuns em decisões do Cade e envolvem o formato de atuação das empresas perante o objeto do contrato e a relação entre elas. Vê-se que o contrato de fornecimento aparece como uma contrapartida ao contrato associativo já que quando respondida essa pergunta, os casos não foram conhecidos. Disso decorre que a existência de empreendimento comum depende do quão semelhante o contrato associativo é de uma concentração por meio de fusões ou aquisições. Isso porque, as características de coordenação, ingerência e estruturas conjuntas são imagens presentes nos outros formatos de concentração previstos no artigo 90 da LDC: fusões, aquisições de controle, incorporações, consórcios e *joint ventures*.

Interessante destacar a questão sobre a existência ou não de exploração de atividade econômica. De acordo com a redação do artigo 2º da Resolução, essa característica é parte do critério de empreendimento comum previsto no caput e deveria ser analisada em todos os casos de contratos associativos. No entanto, apenas cinco, dos 46 casos, realiza essa análise. A caracterização da atividade como econômica é inclusive especificada no §1º do art. 2º da Resolução.²¹ O item deveria ser considerado praticamente outro critério de análise pois, se a atividade não pode ser caracterizada como econômica, a discussão sobre existência de empreendimento comum perde sentido. Por outro lado, é compreensível que essa análise não seja prioritária pois, em sua maioria, as atividades objeto de contrato entre concorrentes

²¹ “§1º Para os efeitos desta Resolução, considera-se atividade econômica a aquisição ou a oferta de bens ou serviços no mercado, ainda que sem propósito lucrativo, desde que, nessa hipótese, a atividade possa, ao menos em tese, ser explorada por empresa privada com o propósito de lucro.” Resolução nº 17/2016.

costuma tratar de atividades econômicas. Nesse ponto, uma possível justificativa seria a preferência na aplicação do princípio de economia processual em contrapartida ao princípio da formalidade pelo Cade em suas decisões.²²

4.2. *Compartilhamento de riscos e resultados*

Semelhante ao critério anteriormente discutido, a tabela abaixo representa as principais perguntas que puderam ser elaboradas com base nas características analisadas pelo Cade para definir a existência ou não do critério de compartilhamento de riscos e resultados.

Tabela 3 - Categorias criadas para o critério de compartilhamento de riscos e resultados

Perguntas	Explicação
<i>Cláusulas do contrato mantidas restritas</i>	A análise do Cade foi inteiramente baseada em cláusulas contratuais restritas ao acesso público.
<i>Precificação ou pagamento pelo serviço conjunto?</i>	A precificação também foi um item incluído para análise do compartilhamento de riscos e resultados. O formato da precificação, conjunta ou separada, define os resultados obtidos com a atividade e conseqüentemente o seu compartilhamento ou não entre as partes.
<i>Compensação de custos entre as partes?</i>	Esses casos tratam da possibilidade de as partes compensarem os custos para produção ou prestação do serviço objeto do contrato. O Cade já indicou que o mero compartilhamento de custos não significa a existência do critério sob análise, contudo, essa característica é comumente citada nas decisões. ²³
<i>Definição conjunta da oferta dos</i>	A oferta ou comercialização de produtos e serviços pode ser feita conjunta ou separadamente. Essa característica contratual

²² Maria di Pietro define ambos os princípios. Em relação à economia processual preleciona “Há que se ter sempre presente a ideia de que o processo é instrumento para aplicação da lei, de modo que as exigências a ele pertinentes devem ser adequadas e proporcionais ao fim que se pretende atingir. Por isso mesmo, devem ser evitados os formalismos excessivos, não essenciais à legalidade do procedimento que só possam onerar inutilmente a Administração Pública, emperrando a máquina administrativa”. Já em relação ao da formalidade, a autora reconhece que no processo administrativo há um rigor muito inferior quando comparado com o processo judicial “na realidade, o formalismo somente deve existir quando seja necessário para atender ao interesse público e proteger os direitos dos particulares”. DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo. Editora Forense, 2023, p. 829 e p. 834.

²³ AC nº 08700.006533/2017-76. Boa Vista Serviços S.A. e Serasa S.A. Não conhecimento. Julgado em 2017.

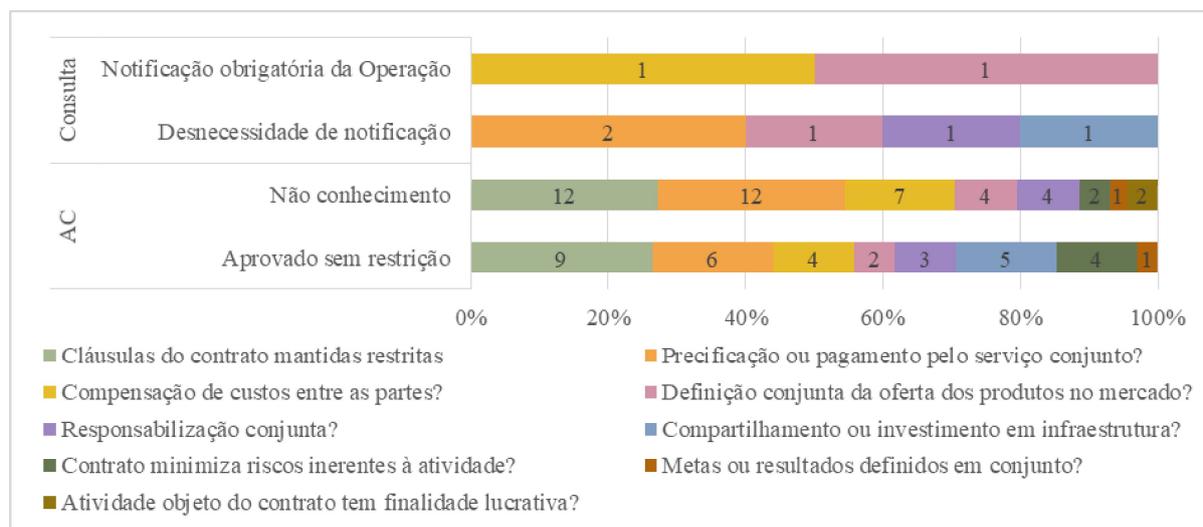
Perguntas	Explicação
<i>produtos no mercado?</i>	pode trazer consequências para os resultados obtidos por cada uma das empresas.
<i>Responsabilização conjunta?</i>	Esse item se refere à possibilidade das partes se responsabilizarem financeira ou juridicamente pelo objeto do contrato. Essa característica pode significar um compartilhamento de riscos entre as partes.
<i>Compartilhamento ou investimento em infraestrutura?</i>	A partir do momento que o contrato prevê compartilhamento ou investimentos em infraestrutura, pode haver mitigação de riscos. Também pode haver compartilhamento de resultados já que há uma redução de custos por meio dessa infraestrutura comum.
<i>Contrato minimiza riscos inerentes à atividade?</i>	Trata-se de característica mais genérica indicada pelo Cade após análise das cláusulas contratuais. O formato de minimizar riscos inerentes a atividades pode variar a depender da atividade alvo do contrato.
<i>Metas ou resultados definidos em conjunto?</i>	Trata-se de característica que traz claro compartilhamento de resultados pois eles serão definidos em conjunto, por exemplo, por meio de estipulação de metas de venda ou de produção.
<i>Atividade objeto do contrato tem finalidade lucrativa?</i>	Os dois casos em que houve análise dessa característica se referem à criação de associações nas quais a atividade fim não finalidade lucrativa e por isso não podem gerar riscos ou resultados às partes. ²⁴

Fonte: Elaboração própria com base em dados obtidos pelo SEI.

As mesmas ressalvas feitas para o item 4.1 são válidas para o critério de compartilhamento de riscos e resultados. O gráfico abaixo representa como essas perguntas foram identificadas nos casos analisados considerando os resultados de cada decisão.

²⁴ AC nº 08700.006989/2017-36. Instituto Jogue Limpo. Não conhecimento. Julgado em 2017. AC nº 08700.002704/2019-50. BASF, Bayer, Corteva, Syngenta e FMC. Não conhecimento. Julgado em 2019.

Figura 5 - Tipos de argumentação utilizadas pelo Cade nos casos entre 2017 e 2022 para análise do critério de compartilhamento de riscos e resultados



Fonte: Elaboração própria com base em dados obtidos pelo SEI.

Nota: Os números de cada linha do gráfico representam a quantidade de casos em houve menção à pergunta criada pela autora.

Interessante notar que, diferente do item 4.1, o Cade restringiu o acesso à análise desse critério na maioria dos casos (21 deles) pois os trechos da decisão foram mantidos restritos. Isso indicaria que a caracterização do critério de compartilhamento de riscos e resultados têm uma dependência superior na estruturação das cláusulas contratuais. Assim, a análise é casuística e mais variável quando comparado com o critério do item 4.1.

Também vale ressaltar que o critério de precificação conjunto aparece em ambos os critérios sob análise. Apesar disso, no critério de empreendimento comum, conforme indicado na Tabela 2, a análise do Cade recai sobre o nível de coordenação em que as partes se encontram por meio do contrato. Se a precificação é definida em conjunto, significa que há maior coordenação das partes sobre o produto ou serviço objeto do contrato, e consequentemente empreendimento comum. Já para o caso do compartilhamento de riscos e resultados, a análise se refere aos resultados obtidos por meio dessa precificação. Ou seja, se a precificação é feita de forma conjunta, as partes tendem a compartilhar os mesmos resultados. Nesse sentido, dos oito casos em que o empreendimento comum foi analisado considerando o formato de precificação ou comercialização do produto ou serviço, apenas

quatro deles também tiveram essa análise para o critério de compartilhamento de riscos e resultados.²⁵ Os outros quatro casos mencionam a precificação apenas como uma característica de empreendimento comum.²⁶ Isso pode demonstrar que ainda há incerteza na caracterização desses dois critérios e que tampouco há um padrão de análise sobre cada um deles.

Por fim, destaca-se a característica de compensação de custos, cujo tema é mais volátil. Apesar de ser citado em vários casos, o AC Boa Vista/Serasa²⁷ define que o compartilhamento de custos não poderia ser confundido com o de resultados já que um não é consequência direta do outro a depender do formato definido em contrato. Mesmo assim, a característica é a segunda mais citada como parte da análise do critério de compartilhamento de riscos e resultados.

5. Conclusão

O presente artigo teve como finalidade explorar as principais características dos critérios de empreendimento comum para exploração de atividades econômicas e de compartilhamento de riscos e resultados para a caracterização de um contrato associativo nos termos da Resolução nº 17/2016 do Cade. Conforme indicado ao longo do texto, o artigo visa mapear as principais características analisadas para tais critérios pelo Cade em suas decisões nos casos envolvendo contratos associativos entre 2017 e 2022.

²⁵ Consulta nº 08700.006858/2016-78. Desnecessidade de notificação. Julgado em 2017. AC nº 08700.008484/2016-25. Medley Farmacêutica Ltda. e Aurobindo Pharma Limited. Não conhecimento. Julgado em 2017. AC nº 08700.005007/2020-94. Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda., Climazon Industrial Ltda. e Springer Carrier Ltda. Não conhecimento. Julgado em 2020. AC nº 08700.007868/2022-79. Warner Bros. Entertainment Inc. e Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. Não conhecimento. Julgado em 2022.

²⁶ AC nº 08700.003575/2017-55. Ares Trading S.A. e Pfizer, Inc. Aprovado sem restrição. Julgado em 2017. AC nº 08700.003955/2018-71. Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda. e Instituto Biochimico Indústria Farmacêutica Ltda. Aprovado sem restrição. Julgado em 2018. AC nº 08700.002873/2019-90. Mondelez Brasil Ltda. e Danone Ltda. Aprovado sem restrição. Julgado em 2019. AC nº 08700.006373/2020-61. Serasa S.A. e Claro S.A. Aprovado sem restrição. Julgado em 2020.

²⁷ AC nº 08700.006533/2017-76. Boa Vista Serviços S.A. e Serasa S.A. Não conhecimento. Julgado em 2017.

Dentre os 82 casos avaliados, foi possível observar uma maior tendência do Cade de analisar detidamente os critérios da Resolução para conhecimento da operação quando as situações são mais limítrofes e podem gerar margem de dúvida sobre a obrigatoriedade da notificação. Isso porque, para os casos em que houve a análise específica dos critérios (38 casos), mais da metade deles o caso não foi conhecido (21 casos).

Ainda, foi possível concluir que VSAs são espécies contratuais de notificação obrigatória pois preenchem todos os requisitos da Resolução, porém contratos que estabelecem SCAs, associações ou *codeshares* não precisam de notificação por não se enquadrarem nos critérios de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados. Ainda, outros tipos de contrato dependem de uma análise casuística e contratual, sendo necessária atenta avaliação do Cade para o cumprimento ou não dos critérios da Resolução.

Para finalizar as conclusões quantitativas desse artigo, viu-se que, apesar de os critérios serem cumulativos, quando há análise específica dos critérios, o Cade tende a avaliar todos eles, mesmo que a inexistência de apenas um deles seja suficiente para o não conhecimento da operação. Ao mesmo tempo, por serem critérios cuja definição ainda está em desenvolvimento pela jurisprudência, empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados parecem estar muito atrelados na análise do Cade. Na maioria dos casos, quando um critério é identificado o outro também o é. O mesmo vale para a negativa. Quando não há empreendimento comum geralmente tampouco há compartilhamento de riscos e resultados.

No que se refere aos aspectos qualitativos, foi possível elaborar um *checklist* com as principais características que qualificam os critérios sob análise. Para ambos, foram elencados nove questionamentos que refletem os argumentos utilizados pelo Cade nos 46 casos cujos critérios foram analisados em específico. Apesar de ter sido possível mapear essas perguntas, fica claro – principalmente quando se trata do formato de precificação dos produtos e serviços – que ainda não há características fixas para cada um dos critérios. Mais do que para os outros dois (prazo do contrato e a posição de concorrentes no mercado objeto do contrato), os critérios aprofundados

nesse artigo dependem de uma análise detida das cláusulas contratuais apresentadas pelas partes.

As conclusões e principalmente as perguntas elaboradas para esse artigo visam auxiliar na tomada de decisão da autoridade e indicar com maior segurança aos agentes econômicos quais são as características mais comuns na jurisprudência para a identificação dos critérios citados. Deve-se reconhecer que não é possível elencar como os contratos estão estruturados por motivos de confidencialidade, mas as perguntas podem direcionar juristas e agentes econômicos a identificar a existência desses critérios antes mesmo da decisão do Cade.

Ainda no tocante à confidencialidade, cumpre ressaltar que, apesar de correta a necessidade de manter as cláusulas contratuais restritas, a análise do Cade não pode ser mantida fora do acesso público. Trata-se de garantia do livre acesso à motivação do julgamento. Justamente porque a Resolução apresenta critérios genéricos, a jurisprudência do Cade é a forma mais relevante para compreender como eles devem ser compreendidos e aplicados. A restrição do acesso ao público da fundamentação jurídica para a identificação desses critérios pode gerar insegurança jurídica e redução da previsibilidade das decisões para ambas as partes e para a própria autoridade.

Por fim, é importante que as decisões tratem dos critérios de forma clara e completa para que não permaneçam dúvidas sobre a necessidade de notificação de operações que recaiam sobre categoria de “contratos associativos”. Dito isso, também é verdade que a jurisprudência avançou muito nos últimos anos e parece tender a aperfeiçoar-se constantemente.

Referências

AC nº 08700.002920/2020-39. Companhia Brasileira de Alumínio e Nexans Brasil S.A. Não conhecimento. Julgado em 2020.

AC nº 08700.005296/2021-11. Alelo S.A. e Conectcar Soluções de Mobilidade Eletrônica S.A. Aprovado sem restrição. Julgado em 2021.

AC nº 08700.006646/2020-77. Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. e Cebrace Cristal Plano Ltda. Aprovado sem restrição. Julgado em 2020.

AC nº 08700.006640/2017-02. AstraZeneca UK Limited e Merck Oncology GMBH. Aprovado sem restrição. Julgado em 2017.

AC nº 08700.009646/2022-91. CMA CGM S.A. e Air France KLM S.A. Não conhecimento. Julgado em 2022.

AC nº 08700.001710/2021-12. Grupo Volkswagen e Robert Bosch. Não conhecimento. Julgado em 2021.

AC nº 08700.000831/2019-14. GlaxoSmithKline PLC. e Ares Trading S.A.Z. Não conhecimento. Julgado em 2019.

AC nº 08700.006646/2020-77. Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. e Cebrace Cristal Plano Ltda. Aprovado sem restrição. Julgado em 2020.

AC nº 08700.003955/2018-71. Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda. e Instituto Biochimico Indústria Farmacêutica Ltda. Aprovado sem restrição. Julgado em 2018.

AC nº 08700.006989/2017-36. Instituto Jogue Limpo. Não conhecimento. Julgado em 2018.

AC nº 08700.001283/2021-64. Coca-Cola Indústrias Ltda. e HNK BR Indústria de Bebidas Ltda. Não conhecimento. Julgado em 2021.

AC nº 08700.003155/2020-74. Colgate-Palmolive Company e Philips Oral Healthcare, LLC. Não conhecimento. Julgado em 2020.

AC nº 08700.003855/2020-69. BRF S.A. e Upfield Brasil Holding Ltda. Não conhecimento. Julgado em 2020.

AC nº 08700.006533/2017-76. Boa Vista Serviços S.A. e Serasa S.A. Não conhecimento. Julgado em 2017.

AC nº 08700.002704/2019-50. BASF, Bayer, Corteva, Syngenta e FMC. Não conhecimento. Julgado em 2019.

AC nº 08700.008484/2016-25. Medley Farmacêutica Ltda. e Aurobindo Pharma Limited. Não conhecimento. Julgado em 2017.

AC nº 08700.005007/2020-94. Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda., Climazon Industrial Ltda. e Springer Carrier Ltda. Não conhecimento. Julgado em 2020.

AC nº 08700.007868/2022-79. Warner Bros. Entertainment Inc. e Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. Não conhecimento. Julgado em 2022.

AC nº 08700.002873/2019-90. Mondelez Brasil Ltda. e Danone Ltda. Aprovado sem restrição. Julgado em 2019.

AC nº 08700.006373/2020-61. Serasa S.A. e Claro S.A. Aprovado sem restrição. Julgado em 2020.

CARVALHO, Ângelo Gamba. (2018). Os Contratos Associativos no Direito da Concorrência Brasileiro. Revista da Concorrência e Regulação — 33-34. Disponível em: https://www.concorrencia.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR_33_34_Breves_Angelo_Gamba_Prata_de_Carvalho.pdf

Consulta nº 08700.006858/2016-78 Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG. Desnecessidade de notificação. Julgado em 2017.

Consulta nº 08700.008081/2016-86. Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG e CMA CGM S.A. Notificação obrigatória. Julgado em 2017.

Consulta nº 08700.008419/2016-08. Warner Bros Home Entertainment Inc. e EA Swiss Sàrl. Notificação obrigatória. Julgado em 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo. 36^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023.

FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência. 1^a ed. Editora Saraiva, 2017.

PENEREIRO, S. V., & KASTRUP, G. Navegando em Águas Desconhecidas: Sete Anos de Discussões de Não Conhecimento no Controle de Concentrações Econômicas sob a Vigência da Lei nº 12.529/2011. 2019, Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/147339/navegando_aguas_desconhecidas_penereiro.pdf