



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) 3221-8475 - www.cade.gov.br

Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84	
Requerentes:	Tim Celular S.A. e Oi Móvel S.A.
Advogados:	Guilherme Favaro Corvo Ribas, Enrico Spini Romanielo, Caio Mario da Silva Pereira Neto e Daniel Tinoco Douek.
Voto-Relator:	Conselheiro João Paulo de Resende
Voto-Vogal:	Conselheiro Paulo Burnier da Silveira

VERSÃO DE ACESSO PÚBLICO

Sumário

[1. Introdução](#)

[2. Aspectos concorrenciais dos contratos de RAN Sharing no setor de telecomunicações](#)

[3. Requisitos para notificação de Contratos Associativos na Resolução nº 17/2016](#)

[3.1. Empreendimento comum](#)

[3.2. Compartilhamento de riscos e resultados da atividade econômica](#)

[3.3. Contrato entre concorrentes](#)

[4. Sinalização](#)

[5. Dispositivo](#)

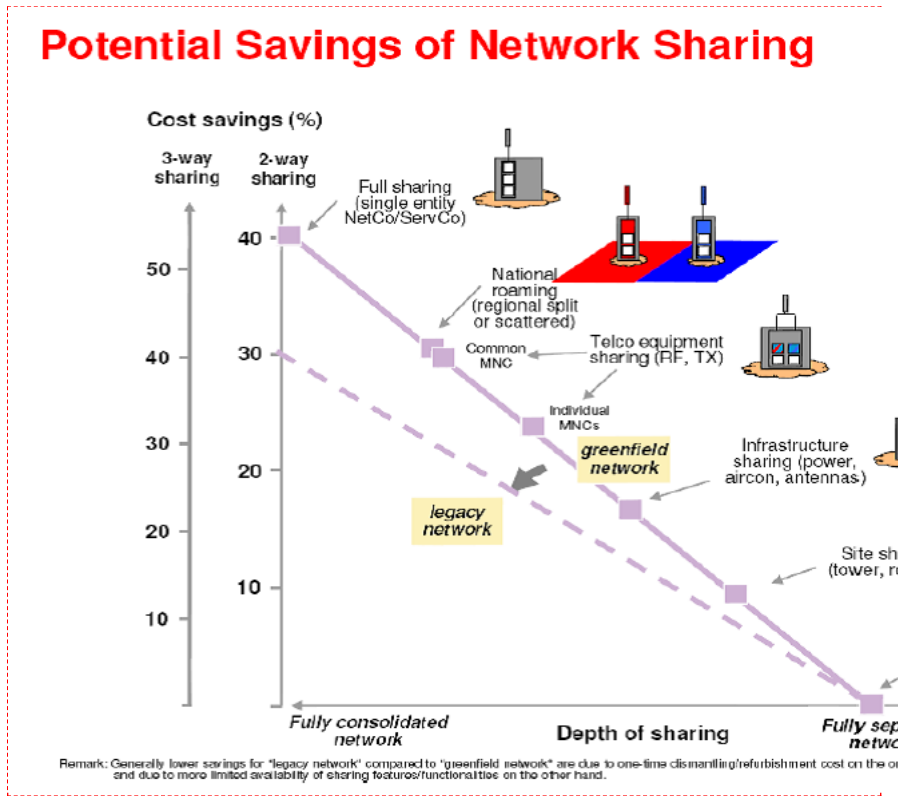
1.Introdução

1. A operação ora analisada consiste em Termo Aditivo ao Contrato de Cessão Onerosa Recíproca de Meios de Rede (“Aditamento”), celebrado entre a Tim Celular S.A. e Oi Móvel S.A., cujo objeto é a construção e a cessão recíproca onerosa de infraestrutura de rede para a implantação e prestação de serviços de telefonia e banda larga sob a tecnologia 4G por cada uma das Requerentes aos seus clientes finais. A versão original do Contrato foi conhecida e aprovada sem restrições pelo CADE em novembro de 2013, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.09535/2013-93.
2. No que se refere ao presente Termo de Aditamento, a Superintendência-Geral do CADE não conheceu da operação, determinando o seu arquivamento sem análise de mérito, nos termos do Despacho nº 512/2018 (SEI nº 0468117), publicado no Diário Oficial da União (DOU) em 23.04.2018.
3. A decisão de não conhecimento da operação se fundamentou no Parecer nº 103/2018/CGAA5/SGA1/SG, de 20.04.2018, o qual concluiu que a operação “não preenche os requisitos previstos pela Resolução 17/2016 do CADE que definem um contrato como associativo, fazendo com que não seja possível enquadrá-la como ato de concentração nos termos do artigo 90, inviabilizando, conseqüentemente, sua sujeição aos critérios de notificação obrigatória do artigo 88 da Lei 12.529/2011” (SEI nº 0468120).
4. Na 123ª Sessão Ordinária de Julgamento, o Plenário do CADE, por unanimidade, homologou o Despachos Decisório nº 3/2018/GAB5/CADE, de 07.05.2018, com o intuito de determinar a avocação do processo para julgamento, com fundamento no art. 162, inciso II, do Regimento Interno do CADE (SEI nº 0473231).
5. No despacho de avocação, ressaltou-se que o debate central no presente caso se refere à aplicação da Resolução nº 17/2016 do CADE, que disciplina as hipóteses de notificação de contratos associativos, em especial, se o objeto da operação poderia configurar um “empreendimento comum”, nos termos do caput do art. 2º daquele ato normativo.
6. Nos termos do referido despacho, ressaltou-se que a avocação foi motivada pelo fato de o caso em tela configurar um *leading case* na matéria, já que é o primeiro contrato de RAN *Sharing* analisado sob a vigência da Resolução nº 17/2016, sendo também o primeiro desses contratos em que o CADE decidiu pelo seu não conhecimento. Diante dessas particularidades, a avocação do processo seria oportuna para que o Tribunal pudesse se debruçar sobre a questão do alcance dos critérios previstos no art. 2º da Resolução 17/2016 do CADE em contratos como o ora em exame.
7. Com efeito, o caso em tela suscita novamente a reflexão quanto ao alcance do controle concorrencial de estruturas diante de novas formas de estruturação do poder econômico. A esse respeito, destacam-se diversos precedentes em que se debateu sobre a obrigatoriedade de notificação de contratos de fornecimento[1] e relações de licenciamento comercial[2].
8. No caso concreto, o debate sobre a notificação do Contrato é reforçado pelo fato de envolver a própria noção de contratos associativos. Lembre-se que esse termo foi introduzido no direito concorrencial brasileiro em maio de 2012, com a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, tendo sido objeto de duas Resoluções da Autarquia (Resolução nº 10/2014 e Resolução nº 17/2016).
9. Diante desse contexto, vejo com naturalidade a possibilidade do Tribunal do CADE, em decisão fundamentada e colegiada, realizar avocações de atos de concentração quando, em um juízo de delibação, algum membro do Tribunal considerar oportuno aprofundar o debate sobre hipóteses de não-conhecimento, ainda que *prima facie* não sejam vislumbrados problemas no seu mérito.
10. Destaca-se que a atual Resolução nº 17/2016 entrou em vigor no final de 2016, de modo que possui apenas 1 ano e meio de aplicação efetiva.

11. Feitas essas observações a título introdutório, propõe-se dividir esse voto-vogal em duas partes principais: a primeira dedicada aos aspectos concorrenciais que podem emergir dos contratos de *RAN Sharing*; e a segunda voltada para a discussão mais específica dos critérios de notificação de contratos associativos.

2. Aspectos concorrenciais dos contratos de *RAN Sharing* no setor de telecomunicações

12. A título preliminar, esclarece-se que a intenção de elaborar uma seção específica nesse voto para explorar os aspectos concorrenciais dos contratos de *RAN Sharing* visa a destacar a importância do tema para as autoridades de concorrência. Assim, essa seção reforça a racionalidade do próprio pedido de avocação, quando a dúvida gerada teve lastro em mero juízo de delibação.
13. Adianta-se a conclusão no sentido de que, na minha visão, esses contratos merecem a atenção do CADE. Evidentemente, a forma de exame pode se dar de diferentes maneiras, em particular de modo *ex ante* (controle de estruturas) ou *ex post* (controle de condutas). Essa parte da discussão ficará para a seção seguinte desse voto, que tratará justamente dos critérios de notificação dos contratos associativos.
14. De todo modo, e em consonância com a proposta do Conselheiro-Relator, a análise concorrencial *in concreto* ficará sobrestada até a conclusão do parecer da Superintendência-Geral (SG), de modo que as digressões aqui apresentadas são de ordem geral, além de poderem auxiliar a SG a identificar pontos sensíveis da análise concorrencial do caso concreto.
15. Ao longo da última década, contratos de compartilhamento de redes entre prestadores de serviços de telefonia móvel se tornaram bastante comuns no setor de telecomunicações. Essas iniciativas de compartilhamento são buscadas pelas empresas com a finalidade de reduzir custos de operação de redes móveis, bem como de facilitar o *roll-out* de novas tecnologias de suporte à banda larga móvel, tais como as tecnologias 3G, 4G e LTE. Além disso, em países de grande extensão geográfica como o Brasil, o compartilhamento também pode auxiliar no cumprimento de metas de expansão de cobertura em áreas rurais ou em regiões onde a construção de novas infraestruturas de rede não parece ser economicamente viável.
16. A rigor, os contratos de *RAN Sharing* são apenas uma das possíveis formas de compartilhamento de infraestrutura de rede. Conforme destacado em relatório da OCDE intitulado “*Wireless Market Structures and Network Sharing*”, há várias modalidades possíveis de compartilhamento de rede, que vão desde o compartilhamento isolado de sites, antenas e estruturas de suporte até formas mais intensas de compartilhamento. A OCDE destaca a existência de quatro formas principais de compartilhamento: (i) o compartilhamento passivo e (ii) o compartilhamento ativo; (iii) o compartilhamento do *core* da rede e (iv) o *roaming* de rede.
17. As **formas de compartilhamento passivo** abrangem apenas os elementos físicos que são localizados nos sites e que dão suporte aos chamados equipamentos de rede. Isso se configura, por exemplo, quando as operadoras decidem compartilhar apenas a parte física dos sites, como, por exemplo, torres de aço, cercas, portões, geradores de energia elétrica, etc.
18. As **formas de compartilhamento ativo**, por sua vez, envolvem o conjunto de equipamentos que compõem a rede de acesso que se interligam aos elementos de controle e comutação da rede para a prestação de serviços de telefonia móvel. Os contratos de *RAN Sharing* se inserem nessa categoria. Eles permitem, assim, que uma operadora “oferte” para outra toda a infraestrutura necessária para transportar dados até o *core* da rede da operadora contratante.
19. Em linhas gerais, há duas formas de arquiteturas que podem ser utilizadas em contratos de *RAN Sharing* que envolvem apenas os elementos de rede, uma que inclui o compartilhamento de espectro de radiofrequência (chamada de MOCN – *Multiple Operation Core Network*) e outra que não envolve o compartilhamento do espectro de radiofrequência (chamada de MORAN – *Multiple Operator Radio Access Network*). As duas formas de *RAN Sharing* (MORAN e MOCN) podem dar suporte às tecnologias de banda larga móveis 2G, 3G e LTE. No caso em tela, por exemplo, o intuito do termo aditivo apresentado pelas Requerentes é justamente o de modificar a tecnologia de compartilhamento do padrão MORAN para o padrão MOCN, passando a implementar o compartilhamento dos espectros de radiofrequência outorgados às operadoras.
20. A terceira forma de compartilhamento de rede indicada pela OCDE consiste no compartilhamento do chamado *core* da rede. Essa modalidade, que não é tão comum entre operadoras móveis, representa uma forma mais intensa de compartilhamento que abrange a integralidade dos elementos de rede. O *RAN Sharing* na chamada arquitetura GWCN (*Gateway Core Network*) pode ser utilizado para essa finalidade.
21. Por fim, a última e mais intensa forma de compartilhamento é o *roaming* de rede, situação em que o usuário do serviço de telefonia móvel de uma operadora pode utilizar a integralidade da rede da outra em uma região em que a sua operadora não tenha cobertura, sem que seja necessário alterar o ponto de acesso. Essa forma de compartilhamento é bastante comum a nível internacional. Nacionalmente, porém, o *roaming* de rede pode servir para situações em que uma das operadoras não tem cobertura em determinada região. Nesse caso, os usuários de uma operadora “A” poderiam utilizar da rede de uma operadora “B” mesmo que a operadora da qual é cliente tivesse cobertura na região sem que fosse necessário, por exemplo, trocar o “chip” do celular.
22. Essas múltiplas formas de compartilhamento de rede têm a finalidade clara de reduzir custos na prestação de serviços de telefonia móvel, o que pode viabilizar, como dito, tanto a expansão da cobertura das operadoras quanto a implementação de novas tecnologias. De acordo com estudo realizado pela *Body of European Regulators for Electronic Communications* (BEREC), é possível indicar uma relação praticamente linear entre a intensidade do compartilhamento de rede e o impacto da redução de custos das operadoras de redes móveis, estando as formas de compartilhamento ativo em um nível superior ao compartilhamento passivo e inferior ao *roaming* de rede[3]:

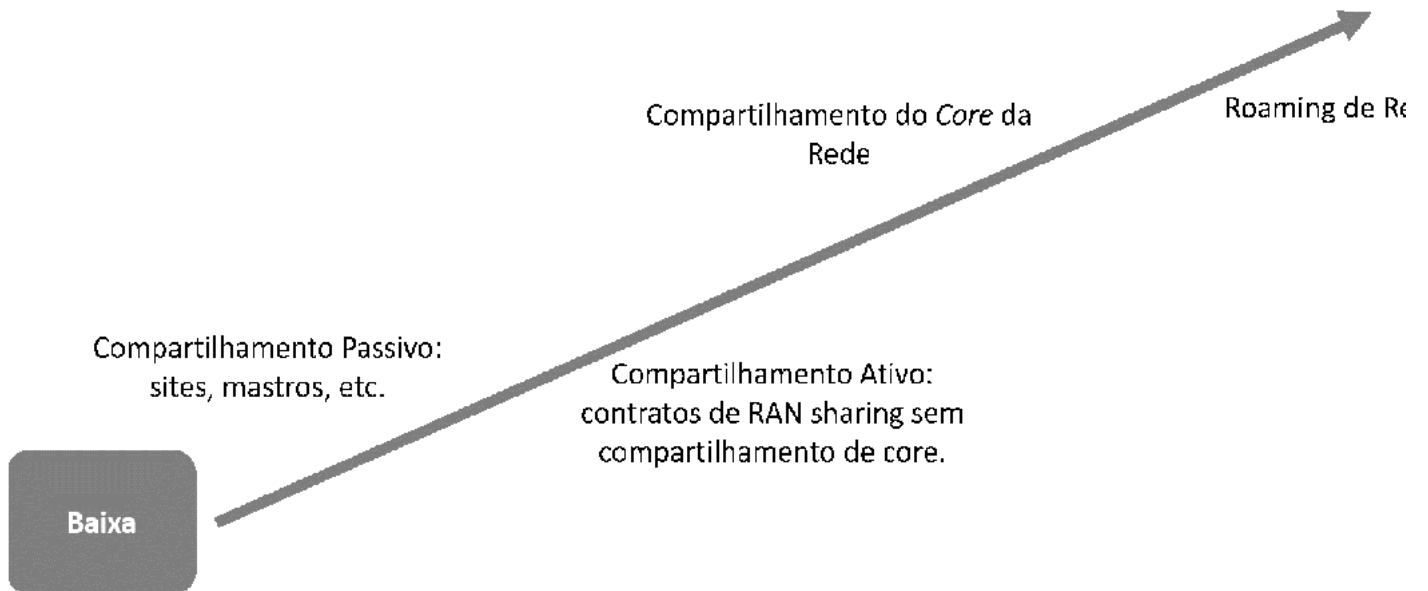


o Fonte: BEREC. *Report on infrastructure and spectrum sharing in mobile/wireless networks* (2011)

23. Desse breve sobre os contratos de compartilhamento de rede, fica claro que essas múltiplas formas materializam verdadeiros acordos de colaboração entre concorrentes que se situam na chamada “terceira-via”, já que constituem instrumentos negociais que, de um lado, não se esgotam na simples materialização de relações prestacionais de longo prazo e, do outro, não chegam a consubstanciar fusões. É por essa razão que o referido estudo da OCDE afirma expressamente que acordos como os de RAN Sharing têm sido vistos pelas operadoras de telefonia móvel como formas alternativas às operações clássicas de fusão:

Network sharing could be considered as an alternative to the concentration that would result from full mergers. The potential savings from network sharing may represent a significant proportion of the savings that are used to justify a full merger^[4].

24. A partir da classificação estabelecida pela OCDE, é possível classificar os contratos de compartilhamento de rede em nível de intensidade de cooperação, nos termos da figura abaixo:



o Fonte: elaboração do Gabinete

25. Sob o ponto de vista concorrencial, ainda que essas formas de cooperação possam de fato proporcionar uma gestão mais eficiente dos ativos das operadoras, as entidades internacionais destacadas (OCDE e BEREC) são unísonas em advertir que a proliferação de contratos de compartilhamento de rede, como os acordos RAN Sharing, suscita preocupações concorrenciais relevantes e que devem ser encaradas com seriedade por parte das autoridades antitruste.
26. Nesse sentido, o mencionado estudo da OCDE destaca que as atenções das autoridades de defesa da concorrência devem ser direcionadas a três possíveis consequências anticompetitivas dos contratos de compartilhamento de rede, relacionadas a existência de: (i) efeitos unilaterais; (ii) coordenação entre concorrentes e (iii) trocas de informações sensíveis.
27. No tocante aos efeitos unilaterais, a OCDE adverte que há dois possíveis problemas que devem ser examinados. O primeiro deles pode ocorrer quando o acordo de compartilhamento gera o incentivo e a possibilidade de as partes aumentarem preços ou agirem de modo a reduzir a qualidade dos serviços ou a escolha dos consumidores. O segundo problema pode ocorrer quando os acordos resultarem em uma diminuição significativa da capacidade ociosa de rede das partes contratantes, o que pode levar a uma diminuição dos incentivos para que essas partes compartilhem suas respectivas redes com terceiros. Nesse segundo caso, a forma de remuneração dos custos pelo compartilhamento acaba tendo um papel central nos possíveis efeitos anticompetitivos no mercado, à medida que interfere nos incentivos de compartilhamento com terceiros.
28. Nessas duas dimensões, contratos como os de RAN *Sharing* podem aumentar as barreiras a potencial entrantes nos mercados. O efeito cumulativo de vários contratos de compartilhamento de rede, por sua vez, pode tornar proibitivo para um entrante a construção de uma nova infraestrutura, já que todas os outros concorrentes pré-estabelecidos estariam se beneficiando de redução de custos não replicáveis ao novo *player*. Há também possíveis reflexos sobre a rivalidade, já que a criação de grupos dominantes de compartilhamento pode impor claras desvantagens competitivas para pequenos operadores de rede, a depender da estrutura de mercado.
29. No que concerne aos riscos de coordenação, destaca-se ainda que o crescimento do número de contratos de compartilhamento pode suscitar colusões tácitas entre os operadores de rede em questões como qualidade ou acesso às suas respectivas redes ou ainda um risco de recusas coordenadas de compartilhamento das redes com terceiros. Por fim, a OCDE destaca que iminente o risco de compartilhamento de informações sensíveis pode dar azo a comportamentos colusivos se esse fluxo de informação não for adequadamente restringido.
30. No mesmo sentido, a BEREC destaca que, no contexto europeu, os acordos de compartilhamento de rede podem consubstanciar violações do art. 101 do *Treaty on the Functioning of the European Union* (TFEU), especialmente por gerarem efeitos anticompetitivos nos mercados *upstream* e *downstream*, bem como pela possibilidade de os operadores de rede estabelecerem colusões ou trocarem informações confidenciais^[5].
31. Diante da necessidade de se avaliar a existência de efeitos líquidos positivos nesses contratos, a BEREC sugere alguns critérios investigativos que podem guiar a atuação das autoridades reguladoras e de defesa da concorrência, tais como: (i) verificar se os contratos de compartilhamento são unilaterais, bilaterais ou multilaterais; (ii) examinar o escopo geográfico do compartilhamento; (iii) avaliar o impacto na situação competitiva dos mercados afetados antes e depois da celebração do contrato de compartilhamento, investigando se esse contrato afeta parâmetros como cobertura, preços e qualidade da rede; (iv) analisar se os operadores envolvidos no compartilhamento podem fazer acordos semelhantes com terceiros (existência de cláusulas de exclusividade); (v) investigar se a troca de informações entre as partes é a mais restrita possível e se não abrange informações confidenciais; (vi) checar se as operadoras ressalvam a possibilidade de diferenciar as suas ofertas em termos de preços, quantidade e variedade dos serviços e (v) aferir se a independência dos operadores de rede é prejudicada pelo contrato, evitando-se comportamentos colusivos.
32. É claro que a avaliação de cada um desses pontos se torna completamente comprometida em um cenário em que a autoridade antitruste decide pelo não conhecimento em bloco desses contratos.
33. Além dessas advertências das autoridades interacionais, o próprio histórico de contratos de *RAN Sharing* analisados pelo CADE nos últimos anos denota que não é completamente desrazoado que a autoridade antitruste investigue com cautela os contratos de cooperação empresarial voltados ao compartilhamento de infraestrutura de rede no setor de telecomunicações.
34. No passado, as Requerentes do presente AC notificaram ao CADE (i) o memorando de entendimentos por meio do qual TIM e Oi viriam a se comprometer a estudar a viabilidade à época futura de compartilhamento de infraestrutura de rede (Ato de Concentração nº 08700.000548/2013-05), bem como (ii) a versão original do contrato que ora se pretende aditar (Ato de Concentração nº 08700.09535/2013-93). Na análise dos dois atos de concentração, o CADE conheceu das operações e as aprovou sem restrições. Como destacado no Parecer da SG, nas duas oportunidades, as decisões do CADE de conhecimento e aprovação sem restrições dos atos de concentração se fundamentaram no entendimento de que “o acordo de compartilhamento não acarreta sobreposição horizontal nos mercados de telefonia móvel e banda larga, ou integração vertical, sendo matéria nova no setor de telecomunicações brasileiro” (§22 do Ato de Concentração nº 08700.000548/2013-05).
35. É importante destacar que, à época, esses foram os primeiros contratos de *RAN Sharing* submetidos ao exame da autoridade antitruste. Daí porque o próprio parecer da SG destacou a novidade da matéria no setor de telecomunicações brasileiro, sem realizar uma investigação mais aprofundada sobre o alcance do compartilhamento de rede.
36. Nos últimos 5 (cinco) anos, porém, o CADE parece ter tornado muito mais sofisticada a análise de contratos de compartilhamento de infraestrutura de rede para prestação serviços de telefonia móvel e banda larga. Esse diagnóstico pode ser extraído da análise de manifestações mais recentes da SG/CADE. Além dos já referidos ACs nº 08700.000548/2013-05 e 08700.09535/2013-93, o CADE analisou pelo menos outros 4 (quatro) contratos de *RAN Sharing*, tendo em todos eles concluído que as operações deveriam ser notificada ao CADE.
37. Em especial, nos casos mais recentes ACs 08700.011507/2015-06 (TIM/Vivo/Intelig) e nº 08700.003598/2016-89 (Telefônica Brasil S.A. E Nextel Telecomunicações Ltda.) chama a atenção a interpretação dada pela SG ao alcance concorrencial do RAN Sharing. No último precedente, a SG chegou à conclusão de que o compartilhamento de rede geraria às partes a capacidade de “atorem conjuntamente na oferta de infraestrutura de rede umas às outras, o que configuraria uma verdadeira sobreposição horizontal”, sendo por isso justificado o conhecimento da operação como contrato associativo à época de vigência da Resolução 10/2014. Destacam-se abaixo os seguintes trechos:

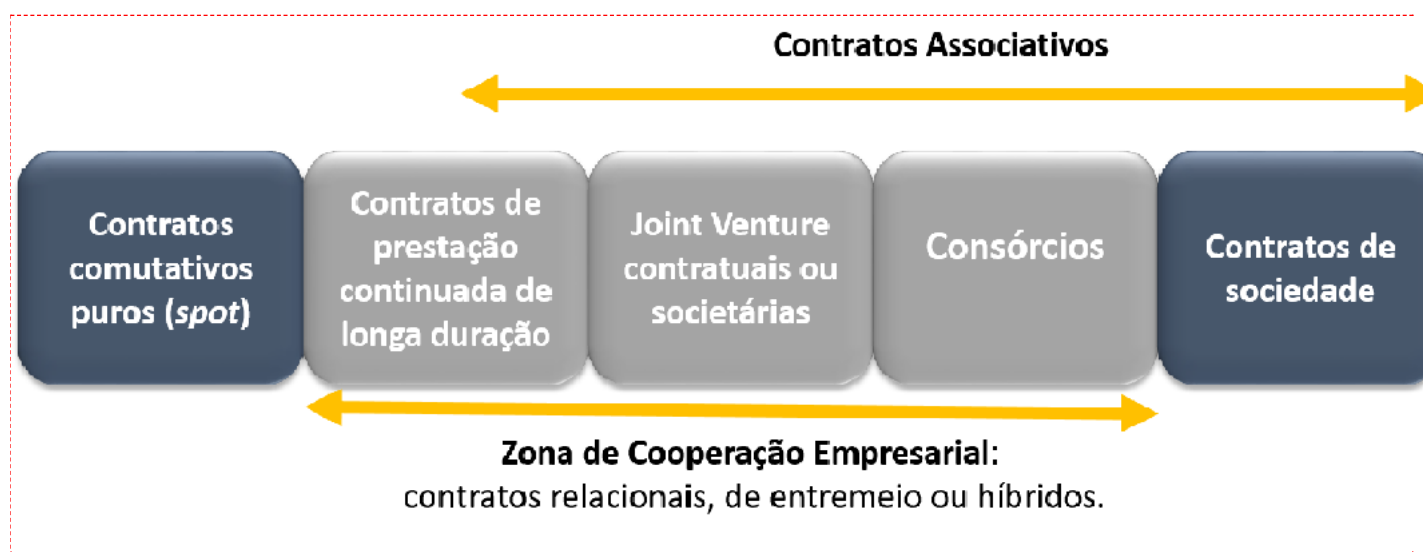
Contratos de *RAN Sharing* já foram conhecidos pelo Cade como atos de concentração de notificação obrigatória 08700.010738/2015-94 (TIM/Oi/Vivo), haveria a "cessão recíproca e onerosa de parcela limitada de suas respectivas infraestruturas para a prestação de serviços móveis na tecnologia 4G", como se lê no parecer exarado pela Superintendência-Geral de aprovação sem restrições da operação (0144886). No outro, o 08700.011507/2015-06 (TIM/Vivo/Intelig), haveria "Contrato Mútuo de Compartilhamento de Rede a ser firmado entre TIM, Vivo e Intelig, por meio do qual as requerentes pretendem compartilhar Meios de Rede para cumprir obrigações regulatórias de cobertura e oferta de serviços em áreas rurais", como se lê no parecer exarado pela Superintendência-Geral de aprovação sem restrições da operação (0146053)^[2]. Percebe-se que, nesses casos, **poderia ser considerado que as três operadoras envolvidas em cada operação estariam conjuntamente ofertando infraestrutura de rede umas às outras (e, ao mesmo tempo, realizando a aquisição de infraestrutura em conjunto)**. A conclusão feita nesses casos pela **sobreposição horizontal existente entre as partes dos contratos**, portanto, poderia ter ocorrido pela possibilidade de as requerentes das operações estarem **ofertando ou demandando infraestrutura de rede como se fossem um agente único - hipótese essa que, em razão de disposições contratuais verificadas**, teve seus efeitos anticompetitivos afastados.

(...) [No AC nº 08700.003598/2016-89] ficou esclarecido, assim, que o fato de os "usuários de ambas as prestadoras se utiliza(rem) das mesmas radiofrequências, outorgadas a ambas operadoras, emitidas pelas torres compartilhadas" implica não só à Nextel acessar a infraestrutura da Vivo, como também à Vivo fazer uso de radiofrequência que é outorgada, inicialmente, à Nextel e que é emitida pela mesma torre compartilhada. Ainda, o *RAN Sharing*, mais do que o compartilhamento de uma torre, envolve também o compartilhamento de equipamentos de gestão de rede para uso recíproco das radiofrequências outorgadas. **Pode ser considerado, portanto, que Vivo e Nextel estariam, de certa forma, "unindo" suas radiofrequências (ou demandando radiofrequências em conjunto para a prestação de serviços de SMP), o que faria com que a presente análise pudesse ser vista sob uma ótica horizontal.**

38. A rigor, mesmo no contexto da atual Resolução nº 17/2016, parece que se a SG tivesse chegado à mesma conclusão, ter-se-ia um caso de conhecimento da operação notificada, uma vez que, sob a vigência do referido ato normativo, o Tribunal do CADE já considerou que a situação em que dois concorrentes estabelecem um acordo para definir as variáveis da oferta no mercado configura “empreendimento comum” nos termos do art. 2º, *caput*, da Resolução nº 17/2016, como analisado acima.
39. Daí porque se afigura oportuno investigar com maior profundidade os possíveis reflexos concorrenciais da operação ora analisada, inclusive com a finalidade de se dar maior previsibilidade a casos futuros de contratos de compartilhamento de redes.

3.Requisitos para notificação de Contratos Associativos na Resolução nº 17/2016

40. Esta seção do voto examina os requisitos para notificação obrigatória constante na Resolução nº 17/2016, de modo a elaborar um estado da arte da matéria com base nos precedentes existentes até o momento (10 precedentes foram identificados). Ao final do exame de cada requisito de notificação, analisa-se a situação específica do Contrato *RAN Sharing* celebrado entre a Oi e a Tim para verificar o seu eventual preenchimento no caso concreto.
41. De plano, verifica-se que o contrato em análise tem prazo superior a 2 (dois) anos, cumprindo o requisito estabelecido na Resolução nº 17/2016 (art. 2º, inciso I), de modo que não há a necessidade de tecer maiores considerações com relação a esse requisito. Entretanto, a análise dos demais requisitos para notificação será feita de forma pormenorizada: (i) existência do empreendimento comum, (ii) compartilhamento de riscos e resultados, bem como (iii) existência de contrato entre concorrentes.
42. Como menção histórica pontual, a Resolução nº 17/2016 substituiu a antiga Resolução nº 10/2014, ambas disciplinadoras das hipóteses de notificação de contratos associativos ao CADE, exigência contida no art. 90, inciso IV, da Lei nº 12.529/2011.
43. Em realidade, a definição dos negócios jurídicos que são submetidos ao controle preventivo de estruturas por força do art. 90, inciso IV, da Lei nº 12.529/11 exige uma compreensão mais ampla acerca da essência das formas de cooperação entre concorrentes.
44. Os diversos instrumentos de cooperação empresarial entre agentes econômicos se situam em uma posição intermediária entre, de um lado, os chamados contratos relacionais ou comutativos e, de outro, as formas clássicas de concentração empresarial.^[6] A formação de negócios como *joint ventures*, consórcios e outros acordos denota o surgimento de soluções contratuais que visam a estabelecer uma estrutura estável de compromissos empresariais e, ao mesmo tempo, a garantir maior flexibilidade e adaptabilidade do que seria alcançado com uma concentração empresarial nos moldes tradicionais. É por isso que a doutrina comercialista considera que os compromissos de cooperação materializam uma “terceira-via”^[7], sendo também chamados de contratos de “entremeio”^[8], contratos híbridos^[9] ou ainda contratos relacionais^[10]. Independentemente da nomenclatura utilizada, o importante é que esses contratos superam a clássica dicotomia entre empresa e mercado, resultando em soluções atípicas de cooperação.
45. Por ser gama abrangente de soluções negociais que se situam nesse campo, há uma notável dificuldade por parte da doutrina em fixar classificações fechadas tal qual ocorre nas tipologias contratuais tradicionais. De um modo geral, entende-se que os acordos de cooperação designam um gênero amplo, de modo que, dentro desse espectro, situam-se quaisquer contratos relacionais comutativos que não se reduzem a uma simples permuta de curta duração ou à formação de estruturas societárias comuns.
46. Assim, estão inseridos nessas categorias desde contratos comutativos de longa duração – como contratos de fornecimento ou distribuição que a princípio não ostentam um elemento organizativo – até formas mais complexas de cooperação como *joint ventures* contratuais e societárias ou consórcios, conforme ilustra a figura abaixo:



Fonte: elaboração do Gabinete

47. O que fica claro é que todas essas manifestações de cooperação empresarial podem alterar a dinâmica competitiva dos mercados e, por isso, tais acordos merecem a atenção das autoridades de defesa concorrência.^[11]
48. No caso específico da lei antitruste brasileira, o art. 90, inciso III, previu, de forma geral, três figuras contratuais passíveis de configuração de atos de concentração: contratos associativos, *joint ventures* e consórcios:

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*. (grifo do voto)

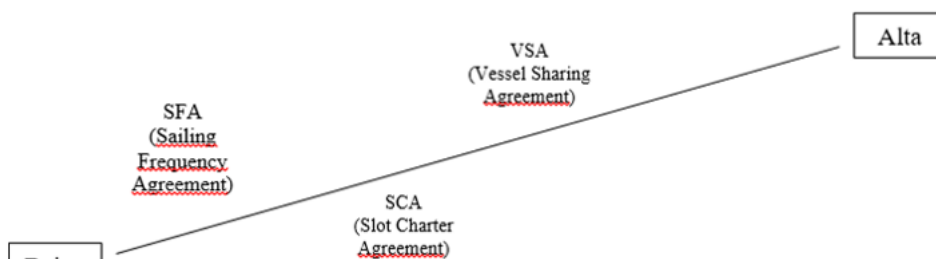
49. Dada a similaridade existente entre essas formas, não é tarefa simples para o intérprete estabelecer as diferenças entre elas.
50. Especificamente acerca da definição de contratos associativos, a doutrina majoritária parece sustentar que se inserem nesse conceito todos os contratos de entremédio em que seja possível identificar a predominância do caráter concentrativo da operação. Nesse sentido, a professora e ex-conselheira Ana Frazão defende que os contratos associativos são caracterizados pela existência de um fim comum e de uma estrutura organizativa mínima para mínima para assegurar o cumprimento de tal fim.^[12] Desse modo, portanto, “o que distingue os contratos associativos dos demais contratos híbridos e mesmo dos contratos de troca não é propriamente a existência da cooperação, mas sim o grau e o tipo dessa”^[13]. Sob essa perspectiva, a expressão “contratos associativos” designaria gênero que teria como espécie todas as formas de contratos de cooperação marcadas por uma essência predominantemente organizativa. Assim, *joint ventures* contratuais e societárias, consórcios e outras formas de prestação continuada de longa duração poderiam ser consideradas “contratos associativos”, na visão da Professora Ana Frazão.
51. Especificamente para o fim de aplicação do art. 88, inciso III, da Lei nº 12.529/11, visando a um *distinguishing* das hipóteses contempladas no dispositivo, a expressão “contratos associativos” se refere especificamente a contratos que apresentam cooperação estável, com vista à realização de um objetivo econômico em comum, sem perda da autonomia jurídica das empresas participantes, mas que não cheguem a configurar consórcios, por ser figura específica do direito societário, tampouco *joint ventures* societárias, por implicarem o surgimento de um novo ente societário. Na prática, a **Resolução nº 17/2016 aproxima a noção de contratos associativos das chamadas *joint ventures* contratuais**.
52. A doutrina converge igualmente no diagnóstico de que, para que uma forma de cooperação empresarial possa atrair a atenção do controle concorrencial de estruturas, é necessário que os acordos em questão sejam dotados de uma potencialidade de afetação das estruturas de mercado correlatas. Como bem observa o professor Calixto Salomão Filho, para que essas relações cooperativas sejam submetidas à disciplina do controle preventivo, faz-se necessário identificar o seu “caráter concentrativo”. Desse modo, não é qualquer das formas de cooperação que atrai a competência da autoridade antitruste, mas apenas aquelas qualificadas pela existência de um escopo comum entre os contratantes.^[14]
53. A literatura também aponta vários elementos que, embora não sejam isoladamente determinantes, auxiliam na identificação desse “caráter concentrativo” dos acordos de cooperação. Luís de Lima Pinheiro, por exemplo, assevera que uma concentração qualificada é marcada pela existência de um “empreendimento comum” entre as empresas relacionadas, seja por meio de um ato concreto ou de uma atividade abstratamente definida. Assim, há a formação de uma nova “empresa”, no sentido de atividade econômica organizada, ainda que sem a constituição de novas personalidades jurídicas.^[15]
54. Examinando de forma mais específica o escopo dos artigos 88 e 90, inciso III da Lei n. 12.529/2011, Déborah Caixeta, em dissertação de mestrado específica sobre o tema, esclarece que a incidência do controle prévio ocorre quando se está diante de uma cooperação por meio da qual as partes estabeleçam (i) uma coordenação de comum acordo; (ii) para realizar uma atividade de forma conjunta ou complementar; (iii) com vista a realização de um objetivo econômico em comum; (iv) sem perda da autonomia jurídica das empresas participantes. Alguns indícios mais claros dessa “cooperação qualificada” são disposições contratuais ligadas (i) ao compartilhamento de risco entre os contratantes; (ii) à criação de uma interdependência organizativa que permita acompanhar, executar e monitorar a realização da atividade assumida pelas partes ou ainda (iii) à criação de um novo centro de controle da atividade empresarial.^[16]
55. Justamente por haver um elevado grau de indeterminação no preenchimento desse conceito de contratos associativos, na tentativa de conferir uma maior segurança jurídica aos administrados, o CADE buscou na edição da Resolução nº 10/2014 e na edição da Resolução nº 17/2016, ora vigente, estabelecer critérios claros que permitissem aos agentes de mercado prever a necessidade de notificação desses negócios.
56. Conforme diagnóstico realizado em artigo publicado recentemente na coletânea “Direito Concorrencial: Avanços e Perspectivas”, nos dois anos de vigência da Resolução nº 10/2014, o CADE analisou 38 (trinta e oito) operações notificadas como contratos associativos, sendo que não conheceu 15 (quinze) delas. Além disso, o número de operações notificadas no período foi excessivamente reduzido em relação ao biênio anterior, o que também pode sugerir que as empresas tenham tido dificuldade em interpretar os requisitos estabelecidos pela norma.^[17]
57. Visando superar algumas críticas costumeiramente endereçadas à Resolução nº 10/2014, a Resolução nº 17/2016 modificou de forma profunda os critérios para notificação de contratos associativos. O novo ato normativo concentra a necessidade de notificação nos seguintes critérios centrais:
- i. Duração do contrato não inferior a 2 (dois) anos;
 - ii. Identificação de um “empreendimento comum” gerado a partir do contrato;
 - iii. Compartilhamento de riscos e resultados da atividade econômica; e
 - iv. Atuação das partes como concorrentes no mercado relevante objeto do contrato.
58. Nesse curto período de vigência da Resolução nº 17/2016, o CADE já analisou os seguintes casos em que se discutiu o conhecimento de contratos associativos:
- i. AC nº 08700.008484/2016-25 (Aurobindo Pharma Limited e Medley Farmacêutica Ltda).
 - ii. Consulta nº 08700.006858/2016-78 (Hamburg Sudamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KF)
 - iii. Consulta nº. 08700.008081/2016-86 (CMA CGM/HSDG)
 - iv. AC nº. 08700.006533/2017-76 (Serasa/Boa Vista)
 - v. AC nº. 08700.003575/2017-55 (Ares Trading S.A./Pfizer Inc.)
 - vi. Consulta nº. 08700.008419/2016-08 (Warner Bros/EA)
 - vii. AC nº 08700.006989/2017-36 (Instituto Jorge Limpo)
 - viii. AC nº. 08700.002529/2017-39. (TAM Linhas Aéreas S.A. e Qatar Airways Q.C.S.C)
 - ix. AC nº. 08700.005948/2017-22 (Nexans Brasil S.A. e Companhia Brasileira de Alumínio – CBA)
 - x. AC nº. 08700.003715/2017-95 (Latam/American Airlines).
59. Ainda que a jurisprudência de aplicação da nova resolução seja restrita, é possível extrair das decisões do CADE alguns direcionamentos importantes quanto ao conteúdo normativo dos critérios estabelecidos na Resolução nº 17/2016. Conforme será desenvolvido de forma mais aprofundada nos tópicos seguintes, esses precedentes indicam que, embora nem sempre haja uniformidade no enquadramento dos requisitos, o que define a relevância de uma forma de cooperação para o escrutínio antitruste não é o preenchimento frio dos critérios infralegais, mas sim o exame do predomínio do caráter organizativo na forma de cooperação notificada.

3.1. Empreendimento comum

60. Trata-se do critério central estabelecido na Resolução nº 17/2016 para fins de notificação obrigatória dos contratos associativos: a existência de “**empreendimento comum**” (art. 2º, *caput*, da Resolução nº 17/2016). Para tanto, o **grau de cooperação** entre as partes do contrato surge como elemento essencial para referido exame, de modo a examinar se o perfil organizativo do contrato predomina sobre o seu perfil relacional.

61. Nos casos dos contratos de transporte marítimos recentemente analisados pelo CADE, por exemplo, o elemento do grau de cooperação esteve presente para as decisões de conhecimento do contrato de *Vessel Sharing Agreement* (VSA) e de não conhecimento dos contratos de *Slot Charter Agreement* (SCA) e de *Sailing Frequency Agreements* (SFAs). Em relação aos dois primeiros, apurou-se que, enquanto o SCA constitui um contrato de cessão onerosa de espaço (*slots*) para transporte de contêineres em navios que operam em determinada linha (tal como um contrato de locação), o VSA instrumentaliza a “operação conjunta da linha”, representando, assim, um grau reforçado de cooperação (cf. voto de minha autoria na Consulta nº 08700.008081/2016-86). Assim, o VSA configura empreendimento comum porque, nesse caso, a linha é operada conjuntamente, enquanto no SCA há apenas a cessão onerosa de espaço em um navio, sem necessidade de cooperação para operar uma linha. Em outros termos, no caso do VSA, o resultado econômico visado pela cooperação (criação de uma linha regular de navios com frequência semanal), somente seria possível em razão do contrato.
62. Essa mesma parametrização levou recentemente à SG a decidir, no âmbito do AC nº 08700.001565/2018-66 que os contratos de *Sailing Frequency Agreement* (SFA) não consubstanciam empreendimento comum já que, nesses casos, não há alocação pré-determinada de espaço interno em navios garantida à outra parte, tampouco definição precisa do número ou capacidade dos navios a serem operados ou mesmo obrigação de disponibilização de capacidade ociosa em navios de uma parte para a outra mediante o pagamento de contraprestação pecuniária. Na realidade, apurou-se que o SFA se limita à obrigação de as partes disponibilizarem ao menos um navio para percorrer a rota por elas pré-determinada ao longo dos meses do ano, o que representa, portanto, uma cooperação menos reforçada, conforme ilustrado na figura abaixo:

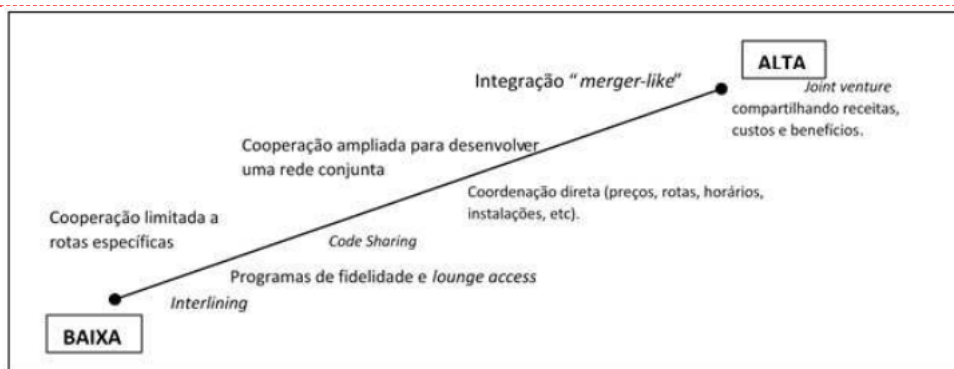
Figura 1 - Espectro de cooperação entre transportadores marítimos de carga



Fonte: elaboração própria

Fonte: Parecer nº 09/2018/CGAA3/SGA1/SG/CADE

63. A importância do grau de cooperação estabelecido entre os contratantes para o preenchimento do conceito de “empreendimento comum” também pode ser ilustrada na jurisprudência recente sobre contratos entre companhias aéreas. Na vigência da Resolução nº 17/2016, o CADE já decidiu que os acordos de *codeshare* típicos não se caracterizam como contratos associativos tal qual ocorre com formas mais intensas de cooperação, como nos contratos de *Joint Business Agreements* (JBA).
64. Na análise do AC nº 08700.003715/2017-95, o CADE destacou que um JBA pressupõe cooperação mais intensa, já que o mesmo permite coordenação de suas partes em diversos aspectos, como, por exemplo, na oferta de assentos, na precificação, em vendas, em *marketing* e em capacidade, além de prever o compartilhamento de receitas e, até mesmo, de lucros e prejuízos, o que não ocorre nos contratos de *codeshare* típicos, que corresponderiam a uma forma intermediária de cooperação, conforme ilustra a figura abaixo:



Fonte: SEI nº 0386249

65. Assim, há, nesses precedentes, uma sinalização no sentido de que não é qualquer forma de cooperação que configura empreendimento comum, mas apenas aquelas em que há alto grau de interdependência entre as partes, permitida através do contrato associativo.

Contrato *Ran Sharing* da Oi/TIM

66. No caso em tela, a decisão da SG de não conhecimento do contrato anexo ao Formulário de Notificação de AC (SEI nº 0462848) se baseou no entendimento de que não restaram preenchidos os requisitos da legislação aplicável.
67. Conforme bem destacado pela SG, a notificação de uma operação entre duas ou mais empresas que tenha a possibilidade de configurar um contrato associativo para efeitos da legislação antitruste nacional depende do preenchimento de requisitos contemplados nos arts. 88 e 90 da Lei nº 12.529/2011, bem como no art. 2º da Resolução nº 17/2016 do CADE.

68. Conforme consignado no Formulário de Notificação de AC (SEI nº 0462848), o termo de aditamento analisado no presente processo visa (i) viabilizar a migração dos sites 4G LTE já existentes e ativos, bem como os planejados, com a frequência 2.600 MHz, da atual tecnologia MORAN – Multi-Operator RAN para MOCN – Multi Operator Core Network, com frequências compartilhadas V1 + V2 (20+20MHz); (ii) estabelecer a obrigação de estabelecer compromissos entre as Requerentes para iniciar a atuação com lotes de sites 4G LTE em frequência de 1.800 MHz sob configuração de MOCN; e, ainda, (iii) [ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES].
69. As Requerentes sustentam no Formulário de Notificação que a solução de *RAN Sharing* consiste em uma forma de otimizar o uso de infraestrutura e acelerar o desenvolvimento das tecnologias de transmissão de dados via rede, de forma que cada Requerente será exclusivamente identificada pelos seus usuários na rede móvel, como se eles estivessem acessando a rede de sua própria operadora.
70. Ainda segundo as Requerentes, esse compartilhamento de infraestrutura não teria o condão de interferir na independência entre as Requerentes na gestão dos serviços e dos usuários por cada uma delas, nem impactaria nas estratégias comerciais de cada empresa. Ademais, as Requerentes asseveram que não haverá qualquer compartilhamento de informações comerciais relevantes entre as TIM e Oi, não tendo esta SG verificado a existência cláusula contratual nesse sentido.
71. As Requerentes apontam ainda que o Contrato a ser celebrado não possui caráter de exclusividade, de modo que outras operadoras podem nele ingressá-lo de forma isonômica, desde que configurada viabilidade técnica e econômica da solução, conforme determina a regulamentação da ANATEL. Essas características naturalmente associadas ao que se espera de um empreendimento comum entre duas empresas voltado à exploração conjunta de determinada atividade econômica estariam ausentes na operação em tela.
72. Em relação ao grau de cooperação, os contratos de compartilhamento ativo – categoria na qual que se inserem os contratos de *RAN Sharing* – representam um grau mais reforçado de cooperação entre concorrentes quando comparado aos contratos de compartilhamento passivo, principalmente porque envolvem o compartilhamento de elementos de rede essenciais à prestação da atividade econômica.
73. No caso em tela, o aditivo contratual torna essa cooperação pré-estabelecida ainda mais intensa, já que visa a implementação da arquitetura MOCN, solução que, nas palavras das próprias Requerentes, “apresenta um nível completo de cessão recíproca, explorando o máximo nível de eficiência” (SEI nº 0462848). Assim, fica claro que o escopo do aditivo não se limita à mera prorrogação do pacto de *RAN Sharing*, mas visa ainda a ampliar o grau de cooperação entre os concorrentes, inclusive passando a implementar o uso compartilhado de espectro de radiofrequência. Conclui-se, portanto, que se está diante de um contrato que apresenta grau considerável de cooperação.
74. Ademais, as eficiências buscadas pela operação (redução de custos, ampliação da cobertura das operadoras com o *roll out* da tecnologia LTE) não poderiam ser naturalmente alcançadas fora do escopo do contrato. A cessão recíproca estabelecida entre as Requerentes tem prestação continuada de longa duração cujos ganhos de escala, escopo e eficiência os diferenciam em relação a eventuais contratações comutativas isoladas de compartilhamento de rede com terceiros.
75. Essa situação fica clara na definição das condições comerciais da Operação, em especial na previsão contida no Anexo VI do contrato de que [ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES]. Desse modo, mesmo que não haja relação de exclusividade pré-estabelecida, as condições comerciais fixadas podem ser diferentes daquelas que poderiam ser alcançadas em relações contratuais dotadas de menor estabilidade e cooperação.
76. O caráter de empreendimento comum do contrato fica igualmente claro quando se percebe que, além da simplesmente cessão recíproca de redes, a cooperação estabelecida perpassa a tomada de decisões conjuntas sobre a construção, implementação e disponibilização de redes sob a tecnologia LTE, conforme planejamento e cronogramas estabelecidos pelas partes.
77. Nesse ponto, chama a atenção os sofisticados mecanismos de governança interempresarial estabelecidos no Anexo IV do Contrato, em que se prevê [ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES]. Ou seja, o Contrato prevê a criação de uma estrutura de governança corporativa comum às empresas Oi e Tim, que inclui elementos de gestão e contabilidade da infraestrutura compartilhada.
78. Ainda segundo o Anexo VI, [ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES].
79. O funcionamento dessa estrutura de governança denota a existência de um “empreendimento comum”. Mais uma vez, destaca-se que o Contrato permite que as partes definam, por meio de processos decisórios compartilhados, aspectos relevantes da oferta de infraestrutura no mercado, tais como quantidade e localização de sítios da rede comum a ser construída por cada uma das operadoras. Há aqui um caso claro de contrato organizativo em que as partes estruturam um sistema de governança comum para disciplinar a sua atuação futura.
80. Além disso, o fato de a referida unidade de governança monitorar o cumprimento das obrigações de investimento assumidas por cada uma das partes demonstra que o grau de cooperação nesse contrato é tão intenso que as partes previram mecanismos para evitar comportamentos oportunistas.
81. Embora a existência dessa estrutura de governança comum não seja necessária para a configuração do conceito de contrato associativo, ela permite inferir a existência de um relacionamento estável entre os concorrentes com elementos de cooperação reforçada, característica dos contratos associativos.

3.2. Compartilhamento de riscos e resultados da atividade econômica

82. O requisito de “compartilhamento de riscos e resultados” da atividade econômica previsto na Resolução nº 17/2016 (art. 2º, inciso I) está bastante relacionado à própria existência de um empreendimento comum, exigida pelo comando central do *caput* do art. 2º da Resolução. Nesse sentido, esclarece-se que a existência de “riscos e resultados” não se resume à simples aferição da realização positiva ou negativa de “receitas”, de “faturamento” ou “prejuízos” na acepção contábil. A existência de riscos e resultados deve ser inferida pelo conjunto das cláusulas contratuais – que, novamente, compõe parte da análise da própria existência de empreendimento comum.
83. No exame do AC 08700.002529/2017-39 (Tam/Qatar Airlines), por exemplo, entendeu-se que os contratos de *codeshare* típico não configurariam contratos associativos justamente pelo fato de não haver compartilhamento de riscos e resultados. A SG destacou no seu parecer que esses contratos não permitem que os preços dos serviços ofertados pelas empresas sejam estipulados de maneira conjunta, sendo cada parte do acordo livre para defini-los, recebendo os respectivos resultados. Além disso, considerou-se que o contrato analisado não previa qualquer forma de ingerência de uma parte sobre a outra (incluindo em relação à estipulação de tarifas dos bilhetes, cronogramas, serviços, estratégias comerciais e matérias similares), o que reforçava a inexistência de compartilhamento de riscos e resultados na exploração da atividade econômica relacionada ao transporte aéreo regular de passageiros.
84. Na apreciação da Consulta nº 08700.008081/2016-86, que tratou dos contratos marítimos do tipo VSA, o Tribunal do CADE entendeu que haveria compartilhamento de riscos e resultados já que o contrato previa cláusulas para a redistribuição de espaço entre as contratantes caso uma tivesse maior demanda que a outra. Nesse sentido, a perda de demanda de uma poderia ser suprida pela outra, com a correspondente compensação de custos.
85. Esse último precedente indica, portanto, que a possibilidade de compartilhamento de riscos e resultados não depende exclusivamente da obtenção de receita compartilhada. A decisão tomada na Consulta nº 08700.008081/2016-86 sugere que a álea do contrato associativo pode estar relacionada à tomada de decisões conjuntas entre as partes que gerem impactos sobre condições de mercado (preço, oferta, quantidade) e que, portanto, têm o condão de modificar a dinâmica do mercado afetado.

Contrato *Ran Sharing* da Oi/TIM

86. No caso ora em exame, mesmo que haja independência na gestão dos usuários finais do SMP, fica claro que o *driver* da Operação é permitir que as eficiências derivadas do compartilhamento sejam revertidas na construção e implementação de uma rede conjunta que permita às partes ofertarem o SMP com um suporte de uma nova tecnologia.

87. Nesse aspecto, o “resultado” visado parece ser a própria construção e implementação da rede comum, que poderá ser utilizada pelas duas operadoras para oferta do SMP aos seus respectivos usuários finais. Conforme se extrai da leitura do Anexo VII do Contrato, **[ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES]**. Assim sendo, durante a longa vigência do contrato, tanto TIM quanto Oi passam a ter cobertura sob a tecnologia LTE em estados em que não detêm rede própria, o que pode ser revertido em resultados econômicos também no mercado *downstream* (SMP), gerando maior competitividade para as partes.
88. Por não serem negligenciáveis os riscos de um eventual insucesso na implantação da rede comum (o que pode ser interpretado como “risco” da cooperação), foram previstos diversos mecanismos de monitoramento recíproco das obrigações de construção, manutenção e expansão da rede. De fato, o não cumprimento das responsabilidades assumidas pode impactar diretamente nas possibilidades de oferta do SMP sob a tecnologia LTE por cada uma das empresas, especialmente nos estados em que a atuação de uma ou da outra depende essencialmente do compartilhamento.
89. Além disso, o cumprimento do cronograma comum de disponibilização dos meios de rede demanda a realização de investimentos que estão sendo compartilhados. Daí porque, como destacado no tópico anterior, a própria unidade de governança estabelece **[ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES]**
90. A existência do “risco compartilhado” também poderia ser vista sob uma perspectiva técnica. Considerando que cada uma das partes poderá prestar o SMP a partir de uma rede controlada pela outra, eventuais interrupções ou comprometimentos da qualidade da rede de uma operadora pode interferir na continuidade dos serviços ofertados pela outra aos seus consumidores finais. Ressalta-se que, perante o órgão regulador, deverão ser cumpridos compromissos de abrangência e metas de qualidade que recaem indiferentemente sobre as partes. Daí porque uma das funções da unidade de governança também é **[ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES]**
91. Assim, por todas essas razões, encontra-se preenchido o requisito de “compartilhamento de riscos e resultados”.

3.3. Contrato entre concorrentes

92. No que atine à exigência de que as partes sejam “concorrentes no mercado relevante objeto do contrato” (inciso II do art. 2º da Resolução nº 17/2016), esclarece-se a desnecessidade da operação resultar em sobreposição horizontal, na acepção técnica de um ato de concentração, para que ela possa ser considerada um contrato associativo. Isso exigiria a definição de mercado relevante, cuja noção, além de fluída, não seria condizente com a lógica da própria substituição da Resolução nº 10/2014 pela Resolução nº 17/2016.
93. Destaca-se, a propósito, que essa percepção acerca do alcance da nova Resolução foi explorado em artigo publicado na última edição da Revista de Defesa da Concorrência, sendo valiosa a transcrição do trecho abaixo:

Hoje, diante do novo comando regulamentar, abandona-se a indicação antes existente de que era a sobreposição efetiva entre as atividades das partes que delimitava os contratos relevantes para análise antitruste, passando-se a olhar para a natureza do contrato. Este posicionamento pode ser encontrado, inclusive, em caso julgado recentemente, em que restou claro que a caracterização de um empreendimento comum não exige a existência de sobreposições horizontais entre as partes do contrato no mercado objeto.^[18]

94. Tal entendimento já foi exposto no voto-relator que proferi na Consulta nº 08700.006858/2016-78 (*Hamburg Sudamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft* KF), quando sustentei que “para a nova Resolução, diferentemente da anterior, é irrelevante se a relação entre as partes do contrato é vertical ou horizontal”. De mesmo modo e como bem observado pela Conselheira Christiane Alkmin Schmidt em voto-vogal proferido na Consulta nº 08700.008419/2016-08: “o inciso II do art. 2º da referida Resolução não se limita somente aos casos de concentração horizontal, abrangendo, também, os casos de concentração vertical” (SEI nº 0305927).
95. Esse entendimento também pode ser inferido da análise feita pela SG no AC nº. 08700.005948/2017-22. Ainda que nesse caso não tenha havido uma discussão mais aprofundada acerca do preenchimento dos requisitos contemplados na Resolução nº 17/2016, a SG considerou que configurava ato de concentração notificável um contrato estabelecido entre a Nexans Brasil e a Companhia Brasileira de Alumínio – CBA que formava uma parceria entre as empresas para a produção de vergalhões de alumínio em uma área produtiva da CBA, a ser alugada, gerenciada e operada pela Nexans Brasil. A rigor, o objeto do contrato consistia no fornecimento de alumínio líquido para a Nexans Brasil, que fabricaria os vergalhões na fábrica da CBA, sendo que o produto fabricado e os custos operacionais seriam compartilhados entre as requerentes. Fica claro, portanto, que, nesse caso, a relação entre as requerentes se consubstanciava em uma relação vertical de fornecimento. Mesmo assim, considerou-se que a operação tinha natureza de contrato associativo (SEI nº 0400208).
96. Assim, com base nesses precedentes, verifica-se que a necessidade de concorrência no objeto do contrato não equivale à limitação da Resolução nº 17/2016 apenas aos contratos que geram sobreposições horizontais. A discussão sobre o caráter vertical ou horizontal das operações não é essencial para fins de satisfação ou não desse critério.

Contrato *Ran Sharing* da Oi/TIM

97. No caso concreto, e conforme consta do Formulário de Notificação, as Requerentes alegaram o caráter supostamente vertical do contrato para o não conhecimento da operação:

Com o advento da Resolução nº 17, as hipóteses de notificação obrigatória de Atos de Concentração decorrentes de contratos associativos foram alteradas. **Em virtude da referida alteração legal, deixaram de ser de notificação obrigatória ao CADE as operações de natureza vertical.** (...) Nota-se, da referida alteração legal, que não são mais de notificação obrigatória contratos que possuam natureza vertical. Tal fato é suficiente para caracterizar a presente operação como não sendo de notificação obrigatória. Isso porque, na prática, por meio da presente contratação, cada uma das Requerentes permitirá que a outra se utilize da sua rede mediante uma cessão recíproca.

98. Nesse sentido, as Requerentes afirmam que “não haverá exploração conjunta de atividade econômica, mas única e exclusivamente uma cessão vertical recíproca entre as redes das Requerentes, que permanecerão explorando suas atividades econômicas de forma independente”.
99. Essa inexistência de sobreposição horizontal seria incontroversa, na visão das Requerentes, pelo fato de a operadora responsável pela construção e implantação da rede ser proprietária exclusiva dos ativos – aos quais apenas permitirá o uso de parte limitada da infraestrutura pela outra operadora. Assim, cada uma das partes continuaria a ofertar o Serviço Móvel Pessoal (SMP) ao mercado isoladamente, definindo de forma independente as suas estratégias comerciais e continuando a competir de maneira agressiva.
100. No entanto, como se viu anteriormente, o caráter horizontal ou vertical das operações não é determinante para a configuração de contratos associativos.
101. Ademais, ainda que o debate sobre o caráter vertical ou horizontal fosse relevante, não parece ser propriamente incontroverso o argumento de que a solução de *RAN Sharing* teria natureza vertical. É que, mesmo que esses contratos não gerem a princípio uma sobreposição horizontal no mercado de SMP (*downstream*), tal qual defendem as Requerentes, há um outro mercado afetado por essas operações: o próprio mercado de compartilhamento de infraestrutura e rede de telecomunicações (*upstream*).

102. Essa discussão, a propósito, foi levantada na análise do AC nº 08700.003598/2016-89 (Telefônica Brasil S.A. e Nextel Telecomunicações Ltda), último precedente de RAN *Sharing* apreciado pelo CADE. Nesse caso, em resposta a um ofício encaminhado pela SG perguntando “se as partes estão relacionadas de forma horizontal ou vertical no objeto do contrato”, as próprias Requerentes afirmaram acertadamente que: “a depender de como se analise o contrato, pode-se concluir que as partes estão relacionadas de forma horizontal ou de forma vertical (de maneira cruzada) no objeto do contrato”.
103. Na realidade, como já destacado, em dois precedentes de RAN *Sharing* analisados pelo CADE, a conclusão da SG foi de que esses contratos configurariam sobreposições horizontais já que, por meio deles, as partes estariam atuando conjuntamente no mercado de compartilhamento de infraestrutura e rede de telecomunicações.
104. Nesse sentido, o requisito de concorrência entre as partes do contrato deve ser interpretado de forma ampla, bastando que as requerentes sejam identificadas como concorrentes em mercados centrais ou adjacentes à atividade econômica afetada pela cooperação.
105. Sobre esse requisito, convém destacar que em alguns setores econômicos, é bastante tormentosa a fixação de fronteiras precisas entre mercados relevantes. Esse parece ser o caso do setor de telecomunicações. Como destacado pelo próprio Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal (SindiTelebrasil), na contribuição enviada no âmbito da consulta pública que culminou na aprovação da resolução de contratos associativos atualmente vigente: “é difícil (às vezes impossível) antever com segurança todos os possíveis mercados afetados por um acordo, sobretudo no setor de telecomunicações, marcado por significativo dinamismo e convergência tecnológica”.
106. No caso em tela, porém, fica claro que as duas partes são concorrentes não tanto no mercado *downstream* de oferta de SMP quanto no mercado *upstream* de oferta de infraestrutura, estando plenamente preenchido o requisito em tela.

4.Sinalização

107. O objetivo principal da análise desenvolvida no presente voto foi o de aprofundar a reflexão sobre os requisitos previstos na Resolução nº 17/2016 do CADE para notificação obrigatória de contratos associativos. Como destacado, há um esforço do CADE para buscar definir o alcance das hipóteses de notificação dos contratos associativos, com o intuito de conferir maior previsibilidade e segurança jurídica sobre a matéria.
108. Por todas as razões expostas no presente voto, conclui-se que os contratos de compartilhamento ativo realizados entre operadoras de telefonia móvel no setor brasileiro de telecomunicações devem ser notificados ao CADE, já que tais contratos, a depender das suas disposições, podem configurar uma forma de elevado grau de cooperação entre concorrentes, tendo o condão de afetar a dinâmica competitiva dos mercados afetados.
109. Em especial, essa sinalização da obrigatoriedade de notificação de contratos de compartilhamento ativos de redes com as características do acordo ora examinado se afigura relevante, já que, conforme noticiado na mídia especializada, há uma tendência no setor de telecomunicações brasileiro de que novas parcerias desse gênero sejam formadas entre as grandes operadoras de telefonia móvel ainda esse ano.^[19]

5.Dispositivo

110. Pelo exposto, acompanha-se o Conselheiro-Relator, no sentido de rever a decisão de não-conhecimento da Superintendência-Geral e, no mérito, decide-se pela **aprovação sem restrições da presente operação**.
111. Também pelas razões consignadas no presente voto, considera-se oportuna a sinalização de que **contratos de compartilhamento ativo de redes no setor brasileiro de telecomunicações são considerados contratos associativos nos termos da Resolução nº 17/2016 do CADE** e, por conseguinte, devem ser notificados à autoridade antitruste.

Brasília, 7 de novembro de 2018

PAULO BURNIER DA SILVEIRA

Conselheiro do CADE

É como voto.

[1] Em 2013, o CADE passou a entender que não seriam notificáveis contratos de fornecimento que (a) não implicassem transferência de ativos concorrencialmente relevantes, (b) não contivessem cláusula de exclusividade ou equivalentes de qualquer natureza capazes de restringir o direito de decisão sobre os ativos (produtos e serviços), (c) tivessem prazo de vigência inferior a cinco anos (consideradas eventuais prorrogações), (d) contemplassem a possibilidade de rescisão imediata sem ônus à parte requerente, (e) não representassem a negociação de um volume de produtos superior ao percentual estabelecido no art. 54, §3º, da lei n. 8.884/94. Cf. AC 08012.000182/2010-71. Tal entendimento foi reproduzido posteriormente na análise do AC nº 08700.009957/2013-69 (Raizen Energia S.A. e Novozymes A/S).

[2] Também em 2013, firmou-se entendimento sobre a notificação de contratos de licenciamento de biotecnologia. Cf. AC nº 08012.006706/2012-08 (Monsanto do Brasil Ltda. e Nidera Sementes Ltda). Voto-relator do ex-Conselheiro Alessandro Octaviani.

[3] BEREC. Report on infrastructure and spectrum sharing in mobile/wireless networks, 2011, p. 7

[4] OCDE. Wireless Market Structures and Network Sharing. Working Party on Communication Infrastructures and Services Policy. 2015, p. 70.

[5] “Infrastructure sharing agreements may raise the issue of their compatibility with Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). Particularly, concerns can appear that relate to the immediate effects on competition in upstream and downstream markets, but also to the possibilities of the involved operators to collude or to exchange confidential information” (BEREC, op. cit., p. 10).

[6] A posição intermediária desses contratos entre as sociedades comerciais e os contratos comutativos é explicada em detalhes em FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 154.

[7] A expressão “terceira-via” é utilizada por autores como MORAIS, Luis Domingos Silva. *Empresas Comuns – joint ventures – no Direito Comunitário da Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 181 e MARITI, P.; SMILEY, R.H. Co-operative agreements. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 276-292. Especificamente na doutrina nacional, cf. item 2.2 de FRAZÃO, Ana. *Joint ventures contratuais*. Revista de Informação Legislativa, v. 52, n. 207, p. 187-211, 2015.

[8] FORGIONI, op. cit., p. 154

[9] FORGIONI, op. cit., p. 154

[10] O uso da expressão “contratos relacionais” é atribuído a WILLIANSO, Oliver E. "Transaction-cost economics: the governance of contractual relations". In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press, 1999.

[11] Como destacam Mariti e Smiley: “the one thing that is clear is that the increased use of co-operative agreements will change the process of competition. Competition for partners to a long term co-operative agreement involves more negotiation, more search, and more consideration of the internal versus external production (make vs. buy) type of decision than will individual transactions of the more traditional type”. MARITI, P.; SMILEY, R.H. *Co-operative agreements*. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 289.

[12] FRAZÃO, Ana. “Joint ventures contratuais”. *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, n. 207, 2015, p. 196.

[13] *Ibid.*, p. 195.

[14] SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. Editora Malheiros: São Paulo, 2013, p. 132.

[15] PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de Empreendimento Comum – Joint Venture – em Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 40.

[16] CAIXETA, Deborah Batista. *Contratos associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas*. 2015. 159 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

[17] ROSERBERG, Bárbara. et. al. Comentários à recente experiência do CADE com contratos associativos. In: RODAS, João Grandino. *Direito Concorrencial: avanços e perspectivas*. Edição comemorativa aos 5 anos de vigência da Lei nº 12.529/2011, Cedes e Primas: São Paulo, 2018, p. 449-465.

[18] BINNOTO, Ana. *Cooperação e Concentração: o empreendimento comum e a nova disciplina dos contratos associativos*. RDC, Vol. 6, nº 1. Maio 2018, p 243.

[19] Nesse sentido, cf. <http://www.telesintese.com.br/telefonica-e-oi-vao-criar-grupos-de-trabalho-para-discutir-compartilhamento/> e <http://www.telesintese.com.br/fim-de-litigio-e-compartilhamento-podem-ajudar-caixa-da-oi/>.



Documento assinado eletronicamente por **Paulo Burnier da Silveira, Conselheiro(a)**, em 09/11/2018, às 12:08, 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 **0545523** e o código CRC **A33250C5**.