



Ministério da Justiça e Segurança Pública - MJSP
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 08700.001390/2017-14

Requerentes: AT&T Inc. e Time Warner Inc.

Advogados: Francisco Ribeiro Todorov, Roberto Hugo Lima Pessoa, Anderson Prates Napolião, Priscila Brolio Gonçalves, Caio Mário da Silva Pereira Neto, Ademir Antonio Pereira Júnior e outros

Terceiros Interessados: SIMBA Content Intermediação e Agenciamento de Conteúdos Ltda., ESPN do Brasil Eventos Esportivos LTDA., DISCOVERY Networks Brasil Agenciamento e Representação Ltda. e Associação NeoTV

Advogados: Anderson Prates Napolião, Priscila Brolio Gonçalves, Caio Mário da Silva Pereira Neto, Ademir Antonio Pereira Júnior e outros

Conselheiro-Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo

VOTO-VOGAL

VERSÃO PÚBLICA

1. Adianto que acompanho o Relator, mas gostaria de fazer algumas considerações sobre o caso, em particular sobre os remédios previstos no Acordo em Controle de Concentrações (ACC) (SEI nº 0398711).
2. Conforme abordado tanto na Nota Técnica da Superintendência Geral (SG) quanto no voto proferido pelo Conselheiro-Relator, as principais preocupações concorrenciais suscitadas pela presente operação dizem respeito aos riscos de fechamento de mercado decorrentes da integração vertical que irá ser formada entre as Requerentes nas atividades de programação de canais de televisão por assinatura e de prestação de Serviços de Acesso Condicionado (SeAC).
2. A imposição de remédios comportamentais voltados à garantia de não discriminação é comum em ACC que envolvem integrações verticais. Na maioria das vezes, as cláusulas previstas nesses Acordos visam reiterar a aplicabilidade do princípio geral de não discriminação expresso na legislação antitruste, bem como reforçar o controle a posteriori do CADE.
3. No presente caso, porém, deve-se destacar que o ACC negociado com as Requerentes não se traduz em uma simples reafirmação do dever geral de não discriminação que, a propósito, já se encontra previsto na própria regulação setorial^[1].
4. Da forma como foi desenhado, o Acordo robustece de forma significativa o *enforcement* desse princípio, na medida em que impõe expressamente às Compromissárias o dever de conferir tratamento isonômico tanto nos contratos de licenciamento de canais de programação firmados pela

Time-Warner com empacotadoras e prestadores de TV por Assinatura não afiliadas quanto nos contratos firmados pela Sky Brasil com programadoras concorrentes.

5. O ACC também estabelece parâmetros interpretativos que tornam mais claras hipóteses excepcionais em que a fixação de cláusulas comerciais não isonômicas poderá ser admitida. Essas previsões resguardam a existência de contratos baseados em condições especiais de volume, penetração, empacotamento, prazo do contrato e outros, que são comuns à cultura negocial do mercado e que não necessariamente geram efeitos anticompetitivos.
6. Em todas essas dimensões, portanto, verifica-se que o ACC fortalece, do ponto de vista normativo, o *enforcement* da obrigação de não discriminação.
6. Além de robustecer a obrigação de não discriminação, o ACC traz a previsão de que qualquer programadora de Canais de Programação ou Prestadora de TV por Assinatura não afiliada à AT&T ou à SKY poderá acionar o mecanismo de arbitragem para resolver conflitos relacionados às condições comerciais de contratação. Especialmente em um contexto em que os espaços institucionais competentes têm se relevado ineficientes e morosos no arbitramento de litígios envolvendo programadoras e distribuidoras, a solução trazida no ACC afigura-se exatamente oportuna.
8. As interfaces entre Arbitragem e Concorrência já são exploradas por autoridades da concorrência no direito comparado há alguns anos[2]. No Brasil, é possível identificar 3 (três) casos importantes em que o Cade adotou soluções relacionadas ao instituto da arbitragem na forma de remédios comportamentais: AC nº 08700.000344/2014-47 (ILC Brasil/Vale Fertilizantes)[3], de relatoria da ex-conselheira Ana Frazão, julgado em 10.12.2014; AC nº 08700.005719/2014-65 (ALL/Rumo)[4], de relatoria do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos, julgado em 11.02.2015 e, mais recentemente, AC nº 08700.004860/2016-11 (Bovespa/Cetip)[5], de relatoria da Conselheira Cristiane Alkmin, julgado em 22.03.2017.
9. Analisando a evolução da jurisprudência, é possível perceber que o Conselho tem cada vez mais se preocupado em fazer o uso da arbitragem de maneira técnica, sem descaracterizar a essência do instituto enquanto mecanismo heterocompositivo de resolução de conflitos cujo regime jurídico encontra-se estabelecido na Lei nº 9.307/1996.
10. Enquanto nos primeiros dois casos (ILC Brasil/Vale Fertilizantes e ALL/Rumo), o Cade previu a arbitragem como mecanismos de resolução de controvérsias entre concorrentes que serviria de apoio a uma decisão da autoridade antitruste, no ACC firmado no caso Bovespa/Cetip pela primeira vez outorgou-se poderes suficientemente amplos para uma decisão arbitral com caráter definitivo e irrecorrível.
11. No caso em análise, essa essência do instituto consagrada no Direito Privado é mais uma vez respeitada. Nos termos das cláusulas 6.1 e seguintes do ACC (SEI nº 0398711), poderá ser submetido à arbitragem qualquer litígio havido entre programadoras e prestadoras de SeAC que verse sobre condições de contratação. Assim, a princípio, o litígio levado ao juízo arbitral não necessariamente terá como causa de pedir disposição prevista no ACC, mas sim versará sobre qualquer direito patrimonial disponível, em consonância com o art. 1º da Lei nº 9.307/1996[6].
12. Nessa perspectiva, portanto, o Acordo apenas facilita o ingresso no procedimento arbitral ao prever que o pagamento das custas correrá por conta das Compromissárias, na hipótese de o litígio envolver programadora ou distribuidora com participação de mercado inferior a 20% (vinte por cento).
13. Também em respeito aos contornos jurídicos do instituto, o CADE não se vinculará a qualquer deliberação arbitral para a formação de suas decisões. Isso porque a sentença arbitral terá força de título executivo extrajudicial fazendo coisa julgada somente em relação às partes envolvidas, nos termos do art. 31 da Lei nº 9.307/1996[7].
14. Assim, não há qualquer tipo de delegação do poder de polícia do CADE relacionado à verificação de cumprimento das condições do ACC, o qual será feito pela própria autarquia a partir das

informações a serem prestadas pelo *trustee*.

15. Em suma, por todas as razões expostas, acompanhando o Conselheiro-Relator e voto pela aprovação do Ato de Concentração, condicionada à celebração de Acordos em Controle de Concentrações (ACC), nos termos propostos pelas Requerentes.

É o voto.

Brasília, 18 de outubro de 2017

Paulo Burnier da Silveira

Conselheiro do CADE

[1] Art. 7º da Lei nº 12.485/2011. É vedada a realização de subsídios cruzados, preços discriminatórios ou práticas comerciais, gerenciais ou contábeis que contribuam para a consecução de lucros ou prejuízos artificialmente construídos que busquem dissimular os reais resultados econômicos ou financeiros obtidos, em quaisquer das atividades de comunicação audiovisual de acesso condicionado de que tratam os incisos I a IV do art. 4º, ainda que esses resultados venham a ser compensados por lucros em outras atividades quaisquer, mesmo que exercidas pela mesma empresa.

[2] Conforme abordado no voto que proferi no AC nº 8700.004860/2016-11, a interface entre Arbitragem e Concorrência não é propriamente uma novidade no direito comparado. Em especial, verifica-se interessante debate na OCDE sobre o assunto em 2010. De acordo com a OCDE: “o uso de métodos alternativos de solução de controvérsias, incluindo arbitragem e mediação, para solucionar controvérsias comerciais com componente concorrencial, cresceu de forma exponencial nos últimos anos. Esta interface entre arbitragem e concorrência estimulou intensos debates entre acadêmicos, advogados e economistas, o que permitiu o desenvolvimento de interessante jurisprudência sobre o assunto” (OCDE (2010), disponível em www.oecd.org/competition/abuse/49294392.pdf).

[3] A cláusula 2.2.8 do ACC firmado no AC nº 08700.000344/2014-47 previa que: “2.2.8. *A opinião exarada pelo(s) árbitro(s) - que será apontado pela ICL Brasil e referendado pelo CADE - será então submetida ao CADE para que esse tome uma decisão fundamentada. A opinião do(s) árbitro(s) será limitada a determinar se a Fosbrasil teve uma justificativa objetiva para a recusa de fornecer PPA de grau alimentício a um produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício localizado no Brasil*”.

[4] O Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65, de relatoria do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, de 11.02.2015, estabeleceu em ACC: “2.28. *O CPR [Comitê de Partes Relacionadas] é responsável pelo cumprimento da obrigação de tratamento isonômico e não-discriminatório de Concorrentes prevista na Cláusula 2.2 deste Acordo. (...) § 2º. O CPR assegurará a celebração de contratos de serviço de transporte de açúcar e combustíveis em condições de mercado, (i) recomendando a aprovação de transações ao Conselho de Administração, ou (ii) encaminhando ao Conselho de Administração parecer desfavorável à celebração de transações em que entender haver tratamento discriminatório de Concorrentes, incluindo (mas não se limitando) a preços, à luz dos critérios objetivos de precificação descritos no item “B” da Cláusula 2 deste Acordo*”.

[5] No ACC firmado entre o Cade e as Requerentes (Sei n. 0316944) no âmbito do AC nº 08700.004860/2016-11 (Bovespa/Cetip), previu-se que a definição dos preços e/ou escopo das regras de acesso à Prestação de Serviços CSD seria decidida por meio de arbitragem, nos termos das cláusulas 2.11 e 2.12 do ACC: “2.11. *Em caso de fracasso nas negociações, a parte interessada poderá acionar o mecanismo de arbitragem previsto nesta cláusula, para fins de solução de controvérsias (“Arbitragem”). 2.12. A Arbitragem será conduzida por tribunal arbitral composto por 3 (três) árbitros (“Tribunal Arbitral”) e será*

realizada na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, observando, no que for aplicável, o procedimento previsto no Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC). Nos termos do mencionado Regulamento, cada parte indicará um árbitro para compor o Tribunal Arbitral, os quais indicarão, em conjunto, um terceiro árbitro que figurará como Presidente do Tribunal Arbitral”.

[6] Art. 1º da Lei nº 9.307/1996. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

[7] Art. 31 da Lei nº 9.307/1996. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo



Documento assinado eletronicamente por **Paulo Burnier da Silveira, Conselheiro(a)**, em 23/10/2017, às 14:55, 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 **0399934** e o código CRC **79983438**.