



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) 3221-8485 - 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

Relator: Conselheiro **Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo**

EMENTA: Ato de Concentração. Operação com efeitos no Brasil. Procedimento Ordinário. Aquisição de controle unitário. Terceiros interessados habilitados no processo. Setor de telecomunicações (televisão por assinatura), produção de Mídia e Entretenimento. Sobreposição horizontal e integração vertical entre Programação de canais de TV por Assinatura e Operação de Televisão por Assinatura. Parecer da Superintendência-Geral pela possibilidade de efeitos anticompetitivos. Impugnação ao Tribunal. Aprovação condicionada à assinatura e cumprimento de Acordo em Controle de Concentrações.

Palavras-chave: ATT. Time Warner. Terceiros Interessados. Integração vertical. Condutas discriminatórias. Fechamento de mercado. Impugnação da Superintendência-Geral. Celebração de ACC.

VOTO

VERSÃO PÚBLICA

Sumário

- [1. REQUERENTES. 3](#)
- [2. OPERAÇÃO.. 4](#)
- [3. REQUISITOS FORMAIS DO PROCESSO.. 5](#)
- [4. MANIFESTAÇÃO DOS REGULADORES: ANCINE E ANATEL.. 7](#)
- [5. TERCEIROS INTERESSADOS. 10](#)
- [6. PARECER DA SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE.. 13](#)
- [7. CONTRARRAZÕES DO PARECER DA SG PELAS REQUERENTES. 16](#)
- [8. ANÁLISE DO CASO.. 17](#)
 - [8.1. Mercado à montante: Licenciamento/Programação. 18](#)
 - [A. Filmes e Séries Premium.. 22](#)
 - [B. Filmes e Séries básicos. 23](#)
 - [C. Canais Infantis. 24](#)
 - [D. Documentários. 25](#)
 - [E. Canais de esportes básicos. 26](#)
 - [F. Canais de Variedades. 27](#)
 - [G. Canais de Notícias internacionais. 28](#)

8.2. Mercado à jusante: Operação de TV por assinatura.	31
9. CONCLUSÕES SOBRE A INTEGRAÇÃO VERTICAL EXISTENTE..	38
10. PROBABILIDADE DE EXERCÍCIO DE PODER COORDENADO..	44
11. COMPLEMENTARIDADE REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA..	47
12. DAS DECISÕES EM OUTRAS JURISDIÇÕES.	51
A. Chile.	51
B. México.	52
13. LÓGICA DOS REMÉDIOS.	53
14. O ACORDO NEGOCIADO COM AS REQUERENTES.	56
14.1. Aspectos principiológicos do Acordo.	56
14.2. Separação estrutural	57
14.3. Compromisso de não-discriminação.	57
14.4. Procedimento de nomeação do consultor de monitoramento independente.	58
14.5. Mecanismo de desestímulo externo à adoção de condutas discriminatórias/exclusionárias – Solução Arbitral	59
14.6. Mecanismo de estímulo ao cumprimento das obrigações estabelecidas – cominação de penalidades	60
14.7. Revisão do Acordo.	61
14.8. Conclusão sobre os mecanismos estabelecidos no Acordo.	62
15. CONCLUSÃO.	63

1. REQUERENTES

1. **AT&T Inc. (“AT&T”)** é uma holding sediada em Texas, Estados Unidos da América (EUA), que atua na área de comunicações. Nos Estados Unidos e na América Latina, a AT&T presta serviços de entretenimento em telecomunicações digital por meio de suas filiais e subsidiárias.
2. O grupo AT&T adquiriu o grupo DIRECTV e se tornou uma operadora de televisão por assinatura na América Latina. No Brasil, esse grupo atua por meio da operadora Sky, que fornece serviços de TV por Assinatura via satélite (DTH), bem como de serviços de banda larga fixa. Em razão dos fatos expostos, toda menção à Sky no presente voto deve ser entendida como uma menção direta ao grupo AT&T.
3. A AT&T, por meio de sua subsidiária norte-americana DIRECTV Latin America LLC (“DTVLA”) detém também participação minoritária na programadora Sundance Channel Latin America LLC (“Sundance”), que licencia um canal de filme no Brasil.
4. O Grupo AT&T, ademais, provê serviços de transporte de dados em rede privada e serviços relacionados de gerenciamento de Tecnologia de Informação para empresas multinacionais por meio da filial Global Network Services Brasil LTDA.
5. **Time Warner Inc. (“TW”)** é uma empresa de mídia e entretenimento com atuação mundial, sediada em Nova Iorque, EUA. A TW possui aproximadamente 900 subsidiárias. Para fins de simplificação, pode-se dividir a estrutura corporativa do Grupo TW em três braços operacionais que englobam as atividades e negócios no Brasil: Turner, HBO e Warner.
6. A Turner é produtora e programadora de conteúdo para canais básicos de televisão por assinatura e propriedades de mídia digital. A HBO é uma produtora e programadora de conteúdo de canais premium de televisão por assinatura e outros serviços de programação de vídeo nos EUA, e canais premium e básicos de TV por Assinatura e outros serviços de programação de vídeo internacionalmente. Por fim, a Warner é produtora, licenciadora, programadora de conteúdo para televisão, entretenimento doméstico e jogos.
7. Segundo as Requerentes, no mercado brasileiro, as atividades da TW afetas à Operação resumem-se em licenciamento de canais para operadoras de TV por Assinatura e licenciamento de conteúdo de programação. Desta forma, conforme será detalhado adiante, os segmentos do audiovisual afetos à operação são: licenciamento de conteúdo e canais (programação).
8. Ademais, destaca-se que a TW oferece serviços de vídeo digital de forma complementar aos assinantes dos seus respectivos canais de TV por Assinatura, por meio de plataformas de TVEverywhere(“TVE”). Tais serviços incluem o HBO On Demand(www.br.HBOmax.TV/HBOondemand), HBO GO(www.HBOgo.com.br) e CinemaxGO(www.cinemaxgobr.com) da HBO; e Cartoon Network GO(www.cngo.TV.br), El Plus(www.eiplus.com.br), Space GO(www.spacego.TV.br), e TNT GO(www.tntgo.TV.br) da Turner.
9. As Requerentes informam ainda que a TW licencia conteúdo para plataformas de compartilhamento de conteúdos audiovisuais de terceiros e, também, possui plataformas “avulsas” (i.e. não vinculadas à assinatura de canais de TV por Assinatura) a saber, HBO GO da HBO, El Plus da Turner e DramaFever da Warner Bros.
10. Por fim, destaca-se que o Grupo Time Warner possui participação acionária minoritária (25%) na Fandango Media LLC, uma empresa norte-americana que controla a Ingresso.com Ltda. Trata-se de empresa localizada no Brasil que atua principalmente na intermediação de venda online de ingressos para cinemas, teatros, shows, jogos em arenas esportivas e no desenvolvimento e licenciamento de softwares de administração de bilheterias para cinemas, teatros, shows e jogos em arenas esportivas.

2. OPERAÇÃO

11. A operação versa sobre a aquisição do controle unitário da TW pela AT&T (“Operação”). O valor total da Operação, a partir da assinatura do acordo, é de aproximadamente US\$ 85,4 bilhões, não incluindo a dívida líquida da TW.

12. No Brasil, segundo as Requerentes, a Operação resultará essencialmente em uma relação vertical entre as atividades de programação de canais de Televisão por Assinatura do Grupo TW e os serviços de televisão por assinatura via satélite prestados pela Sky, empresa do Grupo AT&T.

13. As figuras abaixo ilustram as estruturas acionárias das empresas envolvidas, antes e depois da operação:

ANTES DA OPERAÇÃO

Figura 1 – Primeira fase da Operação

[ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES]

DEPOIS DA OPERAÇÃO

Figura 2 – Segunda fase da Operação

[ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES]

3. REQUISITOS FORMAIS DO PROCESSO

3.1. Conhecimento

14. O faturamento no Brasil de uma das Requerentes foi superior a R\$ 750 milhões e da outra foi superior a R\$ 75 milhões, razão pela qual conheço da operação como um ato de concentração econômica, com base no art. 88, da Lei nº 12.529/2011 e Portaria Interministerial nº 994/2012.

3.2. Recolhimento da taxa processual

15. A taxa processual foi devidamente recolhida, nos termos da Lei nº 9.781/99 e da Resolução nº 38/05, como demonstrado pela cópia do comprovante de pagamento anexado às fls. 33 e 34 dos autos públicos.

3.3. Declaração de Complexidade

16. Por meio do Despacho nº 906, de 04/07/2017, o presente ato de concentração foi declarado complexo, tendo sido realizada nova instrução complementar, nos termos do art. 56 da Lei nº 12.529/2011, c/c art. 120 do Regimento Interno do CADE (Resolução publicada no Diário Oficial da União de 04 de julho de 2017 – SEI 0357850).

3.4. Trâmite no Tribunal

17. Desde que o processo foi distribuído à minha relatoria, em 22 de agosto de 2017, foram realizadas 27 reuniões para tratar do caso, que estão resumidas no quadro a seguir:

Tabela 1 – Reuniões no Tribunal

Reuniões realizadas no âmbito do Tribuna Administrativo de Defesa da Concorrência			
Data	Solicitante	Conselheiro Participante	SEI nº
22/08/2017	Requerentes	Gilvandro Vasconcelos C. de Araújo	377803
23/08/2017	Requerentes	Paulo Burnier da Silveira	378601
23/08/2017	Requerentes	Gilvandro Vasconcelos C. de Araújo	378602
23/08/2017	Requerentes	Cristiane Schmidt	379818
24/08/2017	Requerentes	Mauricio Oscar Bandeira Maia	379819
24/08/2017	Requerentes	Alexandre Cordeiro Macedo	381377
24/08/2017	Requerentes	João Paulo Resende	380095
25/08/2017	Requerentes	Presidente Alexandre Barreto de Souza	378770
30/08/2017	Requerentes	Gilvandro Vasconcelos C. de Araújo	381071
30/08/2017	Requerentes	Presidente Alexandre Barreto de Souza	381432
13/09/2017	NeoTV	Mauricio Oscar Bandeira Maia	387473
13/09/2017	ABERT	Gilvandro Vasconcelos C. de Araújo	387475
13/09/2017	NeoTV	Gilvandro Vasconcelos C. de Araújo	387482
14/09/2017	NeoTV	Cristiane Schmidt	388375
14/09/2017	ESPN	Gilvandro Vasconcelos C. de Araújo	387496
15/09/2017	Requerentes	Gilvandro Vasconcelos C. de Araújo	388374
19/09/2017	ABRATEL	Gilvandro Vasconcelos C. de Araújo	390142
20/09/2017	ANCINE	Gilvandro Vasconcelos C. de Araújo	390143
21/09/2017	SIMBA	Gilvandro Vasconcelos C. de Araújo	390146
27/09/2017	Requerentes	Gilvandro Vasconcelos C. de Araújo	392671
26/09/2017	ABERT	Gilvandro Vasconcelos C. de Araújo	392672
04/10/2017	ABERT	João Paulo Resende	395255
04/10/2017	ABERT	Gilvandro Vasconcelos C. de Araújo	395256
04/10/2017	Conceito A	Gilvandro Vasconcelos C. de Araújo	395257
09/10/2017	Requerentes	Gilvandro Vasconcelos C. de Araújo	396561
10/10/2017	ABERT	Mauricio Oscar Bandeira Maia	397088
11/10/2017	Requerentes	Gilvandro Vasconcelos C. de Araújo	397084

18. Reuniões computadas até a data de assinatura do relatório.

3.5. Prazo de Apreciação

19. Considerando a notificação da Operação em 07 de março de 2016, o presente Ato de Concentração está sendo levado a julgamento na 113ª sessão ordinária de julgamento, em 18 de outubro de 2017, com tempo de análise de 204 dias. Dessa forma, atesto a conformidade do prazo de apreciação pelo CADE, nos termos do art. 88, § 2º, da Lei nº 12.529/2011.

4. MANIFESTAÇÃO DOS REGULADORES: ANCINE E ANATEL

20. A **Agência Nacional de Telecomunicações** (“ANATEL”) apresentou considerações sobre os efeitos do ato de concentração em questão no mercado brasileiro de TV por assinatura.

21. De primeva, a área técnica da ANATEL concluiu pelo encaminhamento de manifestação favorável em termos concorrenciais, considerando a pressão competitiva exercida pelos serviços OTTs, baixa probabilidade de discriminação das demais prestadoras de SeAC, considerando que a operação não caracteriza alteração da estrutura societária da SKY, não havendo, também, ofensas ao art. 5º da Lei do SeAC.

22. A Procuradoria da ANATEL, por outro lado, entendeu que a operação apresenta indícios de violação ao art. 5º, da Lei nº 12.485/2011. Defendeu que o conceito de sede “*não pode ser interpretado do ponto de vista material, como o centro das atividades, mas como o registro formal da pessoa jurídica no país*”, e que existe uma flexibilização do art. 9º da Lei do LeAC que faz com que programadoras estrangeiras possam atuar no Brasil, desde que sujeitas às mesmas restrições legais impostas às programadoras brasileiras:

“48. Em outras palavras, a flexibilização do art. 9º da Lei do SeAC pela IN nº 9102/2012 da Ancine não tem o condão de afastar os demais dispositivos da Lei do SeAC. A própria Ancine, na aludida Instrução Normativa, ressalva a necessidade de cumprimento da Lei do SeAC em sua integralidade. Dessa feita, a flexibilização do art. 9º da Lei do SeAC pela Ancine não libera as produtoras, programadoras e empacotadoras que não tenham elas próprias sede no Brasil, mas que aqui atuem, de cumprirmos a Lei do SeAC. Aliás, vale registrar que as referidas Instruções Normativas presumem, no seu contexto, que as empresas constituídas pela Time Warner no Brasil estão exercendo as atividades de produção e programação. Afinal, nos seus termos, o exercício das referidas atividades no Brasil é que é feito necessariamente por empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no país ou por representação a partir de uma empresa também constituída sob as leis brasileiras com sede e administração no país”. (Parecer nº 900302/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU) (grifo não existente no original)

23. Um outro ponto levantado pela Procuradoria foi que as subsidiárias da Time Warner no Brasil podem exercer, elas próprias, atividades de produção e programação:

“35. Nesse ponto, muito embora não constem informações detalhadas nos autos sobre as atividades exercidas por cada uma das subsidiárias da Time Warner localizadas no Brasil, depreende-se que elas de fato exerçam atividades de produção e programação. A título de exemplo, observa-se que o próprio nome empresarial da pessoa jurídica Eyeworks do Brasil Produtora de Programas Televisivos e Filmes Publicitários LTDA, faz referência às atividades de produção e programação, e que o Código CNAE 59.11.199, referente a essa pessoa jurídica diz respeito a estúdios cinematográficos”. De qualquer sorte, recomenda-se que, no momento oportuno, os autos sejam melhores instruídos nesse ponto”. (Parecer nº 900302/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU)

24. Considerando a existência de indícios de violação do Art. 5º da Lei 12.485/11 levantados pela Procuradoria, a Anatel apresentou nova manifestação (SEI 0344864). Por meio deste informe, a área técnica reconheceu a “**possibilidade de ocorrência de comportamentos nocivos à concorrência no mercado de TV por assinatura**”. Argumenta a Agência que a integração vertical poderá ter efeitos negativos no mercado afetado, mas que podem ser mitigados com a adoção de remédios.

25. A avaliação da Anatel conclui por determinar à sua Superintendência de Competição que realize uma interpretação sistemática dos artigos da Lei do SeAC para averiguar se, **caso aprovada pelo CADE**, a Operação resulta controle societário cruzado vedado pela Lei do SeAC:

“Ora, resta evidente que as próprias recorrentes reconhecem a conexão entre as análises concorrencial e regulatória, bem como compreendem e defendem que o resultado do exame do CADE está a influenciar significativamente o objeto de decisão da Agência. Torna-se, assim, prudente que se aguarde o deslinde da questão sob a óptica do CADE para que então a Agência se posicione sobre a conformação regulatória da operação. ”

26. Por fim, no dia 10/08/2017, o Conselho Diretor da Anatel **deferiu medida cautelar que proíbe a SKY de trocar dados concorrenciais ou celebrar contratos com a TW e suas coligadas**. A determinação vale até que a autarquia tome sua decisão final sobre os efeitos no Brasil da Operação.

27. A **Agência Nacional do Cinema** (“ANCINE”) manifestou-se quanto à operação, após provocação do CADE, por meio da Nota Técnica nº 03/2017, em 12/05/2017 (SEI 0338551), analisando aspectos regulatórios e concorrenciais.

28. Quanto aos aspectos concorrenciais, a ANCINE entendeu que a aprovação no Brasil do Ato de Concentração entre a Time Warner e a AT&T e a consequente integração vertical entre dois dos principais grupos econômicos nos elos de programação e de empacotamento tem grande potencial de resultar em efeitos anticompetitivos no segmento de TV por assinatura brasileiro, recomendando a **vedação da operação. Entende ser um problema que a AT&T fusionada com a Time Warner venha a deter controle simultâneo na empacotadora Sky e nas programadoras pertencentes originalmente à Time Warner**.

29. Asseverou ainda que a integração vertical entre os dois grupos aprofundará os problemas decorrentes da concentração já existente nessas atividades. Isso porque a imposição de restrições verticais, como **discriminação de preço no licenciamento de canais e limitação do acesso às programadoras concorrentes aos pacotes de TV por assinatura, tornar-se-á economicamente mais vantajosa se o grupo atuar nos dois elos da cadeia, pois eventuais perdas de receita no mercado de programação poderiam ser compensadas pelo aumento de vendas no mercado de bens finais - o que poderia aumentar o incentivo para que as empresas venham a adotar esse tipo de conduta**.

30. Dessa forma, em um contexto de oligopólio em produtos diferenciados, no qual as Requerentes contam com poder de mercado, entende que a firma integrada seria capaz de impor desvantagens aos seus competidores, dificultando a entrada de novas firmas e a permanência de firmas já estabelecidas, tanto no mercado de empacotamento, quanto no mercado de programação.

31. Portanto, considerando todos os possíveis efeitos negativos no mercado de televisão por assinatura, a ANCINE entendeu que a análise do ato de concentração, sob a perspectiva concorrencial, vai de encontro aos preceitos estabelecidos no art. 5º da Lei no 12.485/2011. Sendo assim, concluiu que, para mitigar a diminuição da rivalidade decorrente do ato de concentração em análise, seria necessário vedar, no Brasil, que a AT&T fusionada com a Time Warner viesse a deter controle simultâneo na Sky e nas programadoras pertencentes originalmente à Time Warner.

32. Derradeiramente, quanto aos aspectos regulatórios, pontuou que a Lei nº 12.485/2011, no art. 5º, estabelece limites à integração vertical entre as atividades de programação, na camada do audiovisual, e de distribuição, na camada de telecomunicações. Dessa forma, a operação de aquisição da totalidade do controle da Time Warner pela AT&T, controladora da empacotadora Sky, se efetivada, resultará na violação ao art. 5º da Lei nº 12.485/2011.

5. TERCEIROS INTERESSADOS

33. Nos termos do Despacho nº 536/2017, que acolheu a Nota Técnica nº 15/2017, publicado no DOU de 03/05/2017, as seguintes entidades foram admitidas nos autos do presente ato de concentração como terceiros interessados:

- i. SIMBA Content Intermediação e Agenciamento de Conteúdos LTDA (SEI 0337587);
- ii. ESPN do Brasil Eventos Esportivos LTDA. (SEI 0362914);
- iii. DISCOVERY Networks Brasil Agenciamento e Representação LTDA (SEI 0327675);
- iv. FOX Latin American Channels do Brasil LTDA. (SEI 0340520);
- v. Associação NEO TV (SEI 0326680);

34. Além das entidades formalmente habilitadas como terceiras interessadas, Associação Brasileira de Rádio e Televisão (“ABRATEL”) também lançou missiva nos autos acerca das implicações concorrenciais da presente Operação.

35. De forma resumida, analiso as manifestações de terceiros trazidas aos autos.

36. [ACESSO RESTRITO AO CADE], em seu pedido de habilitação como terceiro interessado, destacou os seguintes problemas: **violação à Lei nº 12.485/11, que impede que operadoras de serviço televisivo de acesso condicionado possuam controle ou participação societária superior a 30% em produtoras de conteúdo;** pelo motivo da integração vertical decorrente da operação atribuir a AT&T condições de abusar de seu poder de mercado, com o **fechamento de mercado** para as demais produtoras de conteúdo quanto para outras operadoras de serviço televisivo condicionado ou pela adoção de **condutas discriminatórias**.

37. [ACESSO RESTRITO AO CADE] do Brasil Eventos Esportivos Ltda. defendeu que a existência e grau de dificuldade inerente às barreiras à entrada no mercado citado são questões que não afetam todos os participantes de mercado da mesma forma, mas são percebidas de acordo com o posicionamento de cada agente no setor. Segundo a [ACESSO RESTRITO AO CADE], a **necessidade de captação de investimentos** provavelmente não é vista como barreira à entrada por um grande conglomerado com fácil acesso ao mercado financeiro, conquanto seja **uma barreira à entrada significativa**, e por vezes determinante, a grupos de menor potência econômica. Da mesma forma, disse a respeito dos impactos da Lei do SeAc, a qual afeta de formas profundamente diferenciada cada participante dos mercados de produção e distribuição de conteúdo audiovisual.

38. Com relação a sede no Brasil e aplicabilidade da Lei do SeAc, [ACESSO RESTRITO AO CADE] **argumenta que a vedação estabelecida pela Lei do SeAc é ampla, pois abarca participação direta, indireta ou por meio de empresa sob o controle comum.** Da mesma maneira, como estipula a regulamentação do setor de telecomunicações, o poder de controle não se caracteriza unicamente pela participação majoritária no capital social da empresa, mas também em razão da capacidade de indicar, votar e vetar matérias importantes. **O entendimento sobre o controle do capital votante conforme estabelece o art. 5º da Lei do SeAc, remete à preocupação com o poder de influência da operadora, distribuidora ou produtora no setor de comunicações. Como se vê, o Art. 5º veda a possibilidade de uma operadora de SeAc atuar em mais de um segmento de mercado, ou de deter o controle de programadoras de conteúdo.** Nesse sentido, vale destacar que durante o debate legislativo da Lei do SeAc teria ficado claro que “as restrições de propriedade entre operadoras de telecomunicações e produtoras e programadoras alcançam não somente ‘produtoras e programadoras brasileiras’, mas também as ‘produtoras e programadoras’ com sede no Brasil. Entende, portanto, a empresa que ainda que os contratos de programação entre operadoras de TV por Assinatura (incluindo Sky) e os canais TW sejam exclusivamente celebrados com programadoras internacionais localizadas no exterior, e não com uma programadora com sede no Brasil, as restrições à propriedade cruzada impostas pela Lei do SeAc são plenamente aplicáveis.

39. A [ACESSO RESTRITO AO CADE] destacou principalmente que a operação cria condições para **a discriminação de pequenos players em mercados locais de serviço de transmissão de televisão por assinatura**, de forma que caso haja uma estratégia discriminatória no licenciamento de programação e conteúdo de programação para TV, serviço que também passará a ser detido pela AT&T, as associadas da [ACESSO RESTRITO AO CADE] serão as maiores impactadas. Sendo assim, a [ACESSO RESTRITO AO CADE] defendeu que a possibilidade de discriminação no oferecimento da programação dos canais de TV por assinatura detidos pela Requerente Time Warner para elevar os custos das associadas da [ACESSO RESTRITO AO CADE] e com isso aumentar o poder de mercado da Sky nas localidades em que ela já está presente é perfeitamente racional e provável.

40. [ACESSO RESTRITO AO CADE] também defendeu a posição de **que a Sky tem condições extremamente favoráveis no acesso a programação de TV por assinatura detida pela Time Warner, garantindo-lhe vantagens competitivas significativas em inúmeras municipalidades em que concorre diretamente com players locais.** Levantou ainda duas hipóteses de fechamento de mercado: (i) a integração vertical possibilitará que a AT&T conceda à Sky acesso exclusivo a um portfólio de conteúdo reconhecidamente distintivo, incluindo canais centrais na audiência da TV por assinatura como TNT, Cartoon Network e HBO, recusando a contratação com rivais ou alguns rivais específicos (especialmente as OPPs, que representam muito pouco para a receitas com conteúdo mas rivalizam com a Sky em mercados locais); (ii) oferta do conteúdo da Time Warner em condições muito mais favoráveis à Sky (em termos de custos, acesso à inovações e conteúdo *on demand*, etc) que as condições oferecidas a concorrentes no mercado de TV por assinatura, incrementando os custos dos rivais e reduzindo a capacidade de rivalizar efetivamente.

41. Enfim, a sobreposição vertical dará às Requerentes o controle sobre precificação de tais portfólios, criando incentivos para que ela aumente arbitrariamente os custos que seus concorrentes tenham para ofertar o mesmo portfólio ou recuse integralmente o acesso. Portanto, segundo a [ACESSO RESTRITO AO CADE], essas práticas tendem a atingir com maior vigor as Operadoras de Pequeno Porte (OPP), que são representadas em conjunto pela [ACESSO RESTRITO AO CADE] na negociação de conteúdo. As OPPs estão presentes em cidades de médio e pequeno porte em diversas regiões do Brasil, constituindo pilar relevante da rivalidade em mercados locais em que a Sky também atua (dada a utilização da tecnologia DTH, a Sky tem presença relevante sobre todo o território nacional).

6. PARECER DA SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE

42. No Parecer Técnico nº 05/2017, a Superintendência-Geral deste Conselho (“SG”) delimitou os mercados envolvidos na presente operação, conforme expresso na tabela abaixo (SEI 0377280).

Tabela 2 – Mercados envolvidos na Operação

	ATIVIDADES	GRUPO TW	GRUPO AT&T
1	Fornecimento de canais de TV programados/ serviços de licenciamento de canal	X	
2	Licenciamento de conteúdo a ser oferecido sob demanda por operadoras de TV por Assinatura	X	
3	Serviço de TV por Assinatura		X

Fonte: Formulário de Notificação (SEI 0310233) – p. 35

Elaboração: Requerentes

43. Em relação ao **mercado de licenciamento e programação**, a SG adotou dois cenários: o primeiro mais amplo, considerando que **todos os canais de TV por Assinatura concorrem entre si** e um segundo que considera a **segmentação por gênero do conteúdo licenciado ou programado** e a distinção entre conteúdo "básico" e "premium", nos termos propostos pela Ancine e pelas Requerentes. Do ponto de vista geográfico, a SG adotou a dimensão geográfica nacional, nos termos propostos pela Ancine e pelas Requerentes.

44. Quanto à possibilidade de substituíbilidade entre canais de TV por Assinatura e VoDs., a SG entendeu que os dois produtos não fazem parte do mesmo mercado relevante.

45. No mercado de **TV por Assinatura**, o Grupo TW atua em produção, licenciamento e programação. Por sua vez, o Grupo AT&T atua adquirindo canais de programação ofertados pelos agentes à montante, empacotando e distribuindo os canais para os seus assinantes. A AT&T atua no segmento de licenciamento/programação por meio da Sundance. Diante disso, a SG considerou para fins da presente análise, as atividades da TW no mercado de licenciamento/programação (conteúdo avulso e canais para TV por Assinatura) e as atividades da ATT/Sky no Mercado de Empacotamento/Distribuição, tendo adotado terminologia "Mercado nacional de canais de TV por Assinatura" para o mercado de "licenciamento e programação" e "Operação em TV por Assinatura" para o mercado de "empacotamento e distribuição".

46. A SG entendeu que, muito embora a distribuição de TV por Assinatura possua agentes que operam com diversas tecnologias, dentre elas: Cabo, Fibra e DTH (satélite), pode-se afirmar que sob a ótica da demanda há uma substituíbilidade quase perfeita, uma vez que é razoável assumir que os consumidores finais consideram todas as tecnologias como intercambiáveis. Desta forma, a SG e definiu a dimensão produto do mercado à Jusante sem distinção de tecnologia. **Com relação à possibilidade de se incluir também concorrentes OTT no mercado de TV por Assinatura, a SG entendeu que tais plataformas não fazem parte do mesmo mercado relevante da operação, pelo menos até o presente momento**, uma vez que se tratam de produtos distintos, com lógicas, incentivos e mecanismos de funcionamento distintos. Em relação à dimensão geográfica do mercado relevante, a SG definiu como mercado nacional, nos termos propostos pela Ancine e pelas Requerentes.

47. Assim, em relação aos produtos ou serviços ofertados pelas Requerentes, constatou a SG que a operação **resulta em integração vertical entre as atividades de programação de canais de Televisão por Assinatura do Grupo TW e os serviços de televisão por assinatura via satélite prestados pela Sky, empresa do Grupo AT&T. Ademais, percebeu sobreposição horizontal na atividade de licenciamento/programação.**

48. Em relação aos principais problemas decorrentes de uma integração vertical, a SG indicou possibilidade **fechamento de mercado à montante**, já que a Sky possui participação relevante na receita das programadoras e que tal aspecto desperta preocupações de vários agentes de mercado. A conduta mais extrema seria a de se recusar completamente a contratar canais de outras programadoras que não a TW, especialmente aqueles que fossem concorrentes diretos de um de seus canais, possuindo também capacidade e incentivos para adotar estratégias que aumentem os custos dos rivais.

49. No que tange à probabilidade de **fechamento de mercado à jusante**, entendeu que a TW possui capacidade de fechamento em função do protagonismo de seus canais nos pacotes de TV por Assinatura, e que possui incentivos suficientes para adotar estratégias que aumentem o custo de operadoras que não façam parte de seu grupo econômico. Portanto, entendeu que a estrutura resultante da verticalização proposta na operação possui capacidade e incentivos para o fechamento de mercado à jusante. Os efeitos são negativos e podem comprometer o próprio desenvolvimento do mercado.

50. Quanto à **probabilidade de exercício de poder coordenado** decorrente da operação. Segundo a SG, os dois maiores grupos de programação e os dois maiores grupos de distribuição do Brasil serão verticalmente integrados por um lado, e por outro, interligados por meio da participação societária da Globo em ambas as maiores operadoras de TV por Assinatura do Brasil. Tais características permitem troca de **informações sensíveis de concorrentes em distintos níveis da cadeia produtiva em decorrência da estrutura resultante da Operação e, por fim, a possibilidade de aumento de coordenação com outros entes do mercado.**

51. Com relação aos elementos possivelmente mitigadores dos problemas supracitados, a Superintendência analisou a possibilidade de a integração vertical **gerar redução de custos de transação. Entretanto, conclui que as eficiências alegadas pelas Requerentes são pouco prováveis e não foram quantificadas, bem como não foi demonstrado de que forma elas seriam específicas da operação e compartilhadas com o consumidor brasileiro.**

7. CONTRARRAZÕES DO PARECER DA SG PELAS REQUERENTES

52. As Requerentes se manifestaram acerca do Parecer da SG por meio da Petição SEI nº 0399062. Preliminarmente, defenderam que a análise da SG apresentou falhas e que a SG errou ao concluir que a Operação não deveria ser aprovada sem restrições pelo CADE. Na sequência, destacaram que não concordam com o entendimento da SG de que eventuais preocupações concorrenciais decorrentes da operação não poderiam ser endereçadas por remédios comportamentais, uma vez que tal conclusão colocaria o CADE na contramão tanto de seus próprios precedentes quanto de precedentes internacionais.

53. Em relação à adequação de Remédios Comportamentais, **as Requerentes defenderam que o CADE nunca rejeitou um caso de pura integração vertical. Em todos os casos de integração vertical já apreciados pelo CADE, remédios estruturais foram considerados desnecessários ou suficientes para endereçar as preocupações concorrenciais.**

54. Segundo as Requerentes, a SG baseou suas conclusões em fatos dos autos escolhidos seletivamente, retirando-os do contexto adequado. **Também sustentam que a SG ignorou a pressão competitiva exercida por estes novos modelos OTT em suas conclusões sobre o suposto poder de mercado das Partes e os incentivos para discriminar concorrentes.**

55. Na sequência, discordaram com a conclusão da SG de que embora remédios comportamentais sejam suficientes para endereçar potenciais preocupações concorrenciais que poderiam surgir em decorrência da Operação (por exemplo, fechamento dos mercados de programação e/ou serviços de TV por assinatura, e/ou troca de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes e o resultante efeito coordenado), seu desenho e monitoramento seriam de difíceis construção e execução.

56. Sendo assim, as Requerentes concluíram que nem a Sky nem a TW têm poder de mercado, uma vez que a participação de mercado da TW é superior a 30% em apenas dois dos oito segmentos de TV por assinatura, e em nenhum deles ela tem poder de mercado. Sendo assim a TW não tem poder de mercado em decorrência de seus canais representam em média somente [ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES] do custo total de todas as programadoras, de forma que não tem a capacidade de negociar acordos de licenciamento.

57. No que tange à SKY, as Requerentes afirmaram que a participação de mercado da Sky é menor do que 30% no mercado de TV por assinatura, sendo esta participação inferior à estabelecida pelo próprio CADE como critério para identificar poder de mercado em casos de integrações verticais. Diante disso, não haveria incentivos ou habilidade para a prática de discriminação pela SKY ou TW.

58. Em relação à possibilidade de efeitos coordenados, defenderam que as conclusões da SG em relação à HBO LAG foram incorretas, uma vez que é impossível que a TW a utilize de maneira anticompetitiva, especialmente tendo em vista o controle compartilhado com a Ole

Communications. **Por fim, afirmam que a conclusão da SG em relação aos poderes e o atual acesso da Globo às informações de programação da SKY, está factualmente incorreta, não gerando preocupações concorrenciais.**

8. ANÁLISE DO CASO

59. Tendo em vista as diversas especificidades do setor, as operadoras de TV por Assinatura detêm autorizações administrativas para a distribuição de seus sinais aos assinantes. Para tanto, podem produzir seus próprios programas ou adquirirem de terceiros.

60. Quando as operadoras não possuem produção própria, normalmente adquirem os programas das programadoras e/ou distribuidoras (“programadoras”), os quais serão processados e enviados aos seus assinantes por meio de sua tecnologia, que pode ser via cabo, microondas ou satélite.

61. Considerando as atividades acima apresentadas, observa-se que não há sobreposição horizontal entre as atividades do Grupo Time Warner relacionadas à produção de conteúdo e as operações de TV por Assinatura da AT&T, tendo em vista que esta última não produz nem encomenda a produção de conteúdo no Brasil, mas apenas licencia canais de TV por Assinatura e conteúdo programado já existente. Nesse sentido, a operação proposta pode ser entendida como a integração entre agente atuante em produção/licenciamento/programação (TW) e um agente que atua em empacotamento/distribuição (AT&T/SKY).

8.1. Mercado à montante: Licenciamento/Programação

62. Como visto, a TW é uma empresa de mídia e entretenimento, que atua, sobretudo, com a produção e programação de conteúdo para canais básicos de televisão por assinatura e propriedades de mídia digital.

63. A SG, em sua análise sobre o Mercado de licenciamento/programação, avaliou dois cenários de possibilidade de poder de mercado: (i) considerando a competição entre todos canais do mercado e (ii) considerando a participação de cada canal segmentando-os por gênero.

64. Com relação ao primeiro cenário, a SG ponderou que há heterogeneidade e assimetria entre os grupos econômicos, existindo empresas de grandes grupos econômicos nacionais ou internacionais, bem como empresas com baixa participação de mercado.

65. Nesse sentido, a TW é a empresa com maior número de canais, com participação de mercado de **[20%-30%]**, seguida pela Globo, com participação de **[10%-20%]**.

66. A SG entendeu que para se analisar a capacidade de exercício de poder de mercado é necessário se observar algumas características do segmento de TV por Assinatura. Sendo assim, a SG concordou com manifestação da Ancine, a qual pontuou que **considerar apenas o número de canais e o número de assinantes por grupo econômico não é suficiente** para analisar a atividade de programação, sendo relevante também observar que:

67. Considerando que a TW oferta canais de TV por Assinatura em 9 dos 7 "mercados relevantes de programação". Tal fato confere a TW **poder de portfólio** e resulta em menores **custos de transação junto às empacotadoras de TV por Assinatura**. Desta forma, programadoras que possuem portfólios têm vantagens com relação a programadoras sem portfólios, uma vez que estas acabam podendo impor condições na formação dos pacotes das operadoras de TV por Assinatura, alterando significativamente as condições de negociação de acordo com o porte da operadora de TV por Assinatura. Portanto, a TW detém exercício de poder de mercado devido ao portfólio de canais

68. **Uma marca forte auxilia** a empresa a atrair público, a criar reputação de um canal e a fidelizar a audiência. Assim, a marca pode auxiliar os consumidores na tomada de decisão sobre a aquisição ou não de um pacote com determinado canal. O efeito marca de determinados produtos televisivos pode, inclusive, permitir que a programadora precifique sua programação a preços maiores, sem perder atratividade para o público. **A TW é detentora de marcas importantes em várias categorias como HBO e Cartoon Network.**

69. Desta forma evidencia-se que a TW, consegue oferecer canais de programação em todas as categorias temáticas, conforme quadro abaixo:

Filmes e séries premium	Filmes e séries básico	Infantis	Documentários	Esportes básico	Variedades	Notícias Internacional
HBO HBO2	A&E cinemax	CN	THE HISTORY CHANNEL	MAXX	truo	CNN
HBO Family	AXN		H2	MAXX2	F	
HBO SIGNATURE	SONY G-SAT				red	
HBO plus	SPACE 5	tooncast				
max	TBS					
max PRIME	TNT					
max UP	TMZ					
	WB					

Fonte: AT&T, TW Elaboração: SG/CADE

70. Com relação a esse primeiro cenário, as requerentes defenderam que o argumento da SG de que a TW teria poder de mercado upstream estaria equivocado uma vez que: (i) as conclusões da SG sobre o suposto poder de mercado da TW supostamente teriam ignorado por completo as respostas apresentadas pelos terceiros ao seu teste de mercado; (ii) a conclusão sobre o suposto poder de mercado da TW teria ignorado a pressão competitiva exercida pelos fornecedores de OTT sobre as programadoras; (iii) a SG teria atribuído à TW, equivocadamente, a participação de mercado da HBO LAG e (iv) a TW não teria poder de mercado no cenários de definição de mercado considerando o mercado de licenciamento/programação como um todo.

71. As Requerentes defenderam que a análise da SG com relação à participação de mercado no primeiro cenário foi incorreta, defendendo que a participação de mercado da TW seria inferior a 30%, sendo a Globo, incontestavelmente, a líder do mercado.

72. Entretanto, **os dados apresentados pela SG, com base nos relatórios da Ancine, parecem bem eloquentes para o poder de mercado apontado:**

Tabela 3 - Quantidade de programadoras e Canais por Grupo Econômico (2016)

Tabela 4 - Número de acessos por Grupo Econômico:
[ACESSO RESTRITO AO CADE]

Tabela 5 - Market Share por custo de programação:
[ACESSO RESTRITO AO CADE]

73. Sendo assim, concordo com a SG e entendo **que a TW possui poder de mercado analisando o mercado de licenciamento/programação como um todo.**

74. Partindo para o segundo cenário, que divide o mercado de licenciamento/programação por gênero do canal, a SG analisou individualmente cada um dos gêneros para saber se existiria ou não a possibilidade de exercício de poder de mercado.

A. Filmes e Séries Premium

75. O primeiro mercado analisado foi o de Filmes e Séries Premium, no qual atuam principalmente dois grupos principais: o grupo Globo, oferecendo canais Telecine por meio de uma joint-venture com as empresas internacionais Paramount, NBC Universal LLC, Fox Inti. Channels e MGM Inc. e o grupo TW, oferecendo os canais Max e os canais HBO, por meio das programadoras Brasil Productions e Brasil Programming.

76. Desta forma, a Ancine demonstrou que nesta categoria se observam características de duopólio, sendo o grupo TW líder nesta categoria, sob o ponto de vista do número de assinantes. Sob o ponto de vista de audiência, os canais do grupo Globo representam **[80%-90%]** do total, enquanto o grupo TW foi responsável pelos **[10%-20%]** restante.

Tabela 6 - Número de assinantes (filmes e séries premium)
[ACESSO RESTRITO AO CADE]

Tabela 7 – Audiência (filmes e séries premium)
[ACESSO RESTRITO AO CADE]

B. Filmes e Séries básicos

77. Com relação ao mercado de Filmes e Séries básicos, em número de assinantes e em número de canais, o grupo econômico líder nesse mercado relevante é a TW. O grupo TW detém **[40%-50%]** do número de assinantes do mercado, seguido pelo Grupo Globo com **[20%-30%]**. Com relação à audiência por grupo econômico, o cenário fica parecido com a estrutura por número de assinantes, em que há a presença mais significativa de três grupos: A Globo **[40%-50%]**, seguida pela TW **[30%40%]**; e pela Fox **[10%-20%]**. Desta forma, a SG entendeu que não há possibilidade de poder de mercado, como resultado da sobreposição horizontal, pela AT&T no mercado de licenciamento/programação de filmes básicos.

Tabela 8 – Assinantes (filmes e séries básicos)
[ACESSO RESTRITO AO CADE]

Tabela 9 – Audiência (filmes e séries básicos)
[ACESSO RESTRITO AO CADE]

C. Canais Infantis

78. No mercado de Canais Infantis percebe-se uma concentração de mercado relativamente baixa. Destacam-se 5 principais grupos econômicos, estando na liderança os grupos TW, com **[20%-30%]**, seguido pela Walt Disney, com **[20%-30%]**, e pela Viacom, com **[10%-20%]** do Mercado. Com relação ao índice de audiência por grupo econômico, a análise do market share indica que o grupo TW que conta com **[30%-40%]** de participação e a Discovery, com **[20%-30%]**.

Tabela 10 – Assinantes (canais infantis)
[ACESSO RESTRITO AO CADE]

Tabela 11 – Audiência (canais infantis)
[ACESSO RESTRITO AO CADE]

D. Documentários

79. No segmento de canais de documentários existem 3 agentes com participação relevante: a líder Discovery com **[40%-50%]**, seguida da Fox com **[20%-30%]** e da TW, com aproximadamente **[20%-30%]** cada. Com relação a audiência dos canais por grupo econômico, tem-se que a Discovery conta com **[50%-60%]** do mercado, seguida pelo grupo Fox, com **[20%-30%]**. Já os canais do Grupo TW capturam **[20%-30%]** da audiência.

Tabela 12 – Assinantes (documentários)
[ACESSO RESTRITO AO CADE]

Tabela 13 – Audiência (documentários)
[ACESSO RESTRITO AO CADE]

E. Canais de esportes básicos

80. O mercado de canais de esportes básicos possui 5 principais grupos econômicos. Quando se observa o número de assinantes de cada grupo econômico, tem-se que o grupo Globo lidera em termos de market share, seguido da Fox e da Walt Disney. Entretanto, como se trata de um mercado de bens diferenciados, é importante observar outras características que podem condicionar a rivalidade entre os canais esportivos uma vez que a rivalidade entre determinados canais de programação está associada ao tipo de conteúdo transmitido.

81. A Ancine destaca que o futebol é o esporte mais popular no Brasil, sendo responsável por 63% do número de horas das transmissões esportivas, considerando TV aberta e TV por Assinatura. Sendo assim, as demais modalidades esportivas dificilmente seriam boas substitutas às

transmissões de jogos de futebol. Nesse contexto, observa-se que há três tipos de canais de esportes básicos: (i) Canais de nicho, que veiculam outras modalidades esportivas ou campeonatos de futebol pouco relevantes; (ii) Canais de esportes populares, focados em eventos internacionais; (iii) Canais de esportes populares, focados em eventos nacionais.

82. Assim, a Ancine considera que para avaliar quais são os canais esportivos mais relevantes, é importante analisar quais são as programadoras que detêm os direitos de transmissão dos diferentes campeonatos.

83. Portanto, a participação nesse mercado se deu da seguinte maneira: Globo [40%-50%]; Fox [20%-30%]; TW [10%-20%].

84. Entretanto, o El Maxx passará a veicular os jogos do Campeonato Brasileiro a partir de 2019, o que deve acarretar uma mudança no padrão de concorrência observado até então, principalmente tendo em vista que, pela primeira vez, o grupo Globo terá que entrar em acordo com um canal concorrente pela transmissão do campeonato carro-chefe de sua programação esportiva. Desta forma, ainda que não figure atualmente entre os canais líderes no importante segmento de esportes, é razoável a expectativa que, a partir de 2019, TW passe a ter um protagonismo também nesta categoria em razão do portfólio de direitos de transmissão que o grupo vem adquirindo.

Tabela 14 – Assinantes (Canais de esportes básicos)
[ACESSO RESTRITO AO CADE]

Tabela 15 – Audiência (Canais de esportes básicos)
[ACESSO RESTRITO AO CADE]

F. Canais de Variedades

85. No mercado de Canais de Variedades, observa-se que o grupo Globo possui liderança, seguido por Discovery e Viacom. A TW ocupa a quarta posição. Observa-se que o grupo Globo pode ser considerado líder dessa categoria, uma vez que possui [60%-70%] da audiência, além de ter uma participação de mercado muito superior aos dos demais grupos em questão. O grupo TW, por sua vez, tem baixa relevância nessa categoria, tanto em audiência quanto em assinaturas.

Tabela 16 – Assinantes (canais de variedades)
[ACESSO RESTRITO AO CADE]

Tabela 17 – Audiência (canais de variedades)
[ACESSO RESTRITO AO CADE]

G. Canais de Notícias internacionais

86. Com relação ao mercado de Canais de Notícias internacionais, cabe pontuar primeiramente que a Ancine não analisou esse gênero específico, uma vez que considerou tratar-se de canais de nicho. Já as Requerentes, na Notificação, consideraram essa categoria de forma mais ampla, agregando canais de notícias nacionais e internacionais. Nesse cenário, a Globo seria líder, com o canal Globonews, tendo em 2016 [70%-80%] de audiência, enquanto a Bandnews estaria em segundo lugar, com [20%-30%]. Porém, a definição adotada no parecer da SG considerou canais de notícias internacionais um mercado relevante distinto, tendo em vista que estes canais não seriam substitutos próximos dos canais de notícias nacionais.

87. Atualmente, temos no Brasil os canais Bloomberg, BBC World News e CNN, sendo o último distribuído pela TW. Desses canais, o único medido pelo IBOPE é o CNN, portanto não é possível estimar a estrutura de oferta com base na audiência. Considerando o número de assinantes, o último dado disponível para o canal BBC World News no relatório PTS é de março de 2014. Assim, a tabela abaixo apresenta uma estimativa da estrutura de mercado, em termos de número de assinantes, para março de 2014.

88. Portanto, a TW é responsável pelo licenciamento do principal canal nessa categoria. A CNN possuía, em 2015, um número de assinantes maior que os canais Telecine, por exemplo. O número de assinantes da CNN, segundo o relatório PTS, se manteve razoavelmente estável desde 2012, com um acréscimo de cerca de [ACESSO RESTRITO AO CADE] entre março de 2014 e dezembro de 2015. Assim, mesmo que a estrutura de oferta mais recente não esteja disponível, é razoável supor que o canal CNN ainda é bastante relevante, com participação de mercado significativa. A SG concluiu que a TW detém poder no mercado de canais de notícias internacionais.

Tabela 18 - Assinantes (Canais de Notícias internacionais)
[ACESSO RESTRITO AO CADE]

89. As requerentes impugnaram o parecer da SG, defendendo que a TW teria participação de mercado superior a 30% em dados de audiência somente em infantil, com aproximadamente [30%-40%], e filmes/séries básico, com aproximadamente [40%-50%].

90. Defenderam que a TW teria uma participação da audiência superior a 30% somente em 2 dos 8 segmentos, e não possuiria poder de mercado em nenhum destes, uma vez que: (i) o Parecer da SG teria superestimado a participação da TW no gênero filmes/séries básico ao incluir os canais distribuídos pela HBO LAG. Segundo as requerentes, a HBO LAG deveria ser desconsiderada pelo CADE na análise de poder de mercado da TW; (ii) os resultados do teste de mercado demonstraram que existe intensa rivalidade nos gêneros infantil e filmes/séries básico; (iii) a entrada de novos concorrentes seria possível e efetiva; (iv) a TW não possuiria nenhum canal líder em audiência em nenhum dos gêneros especificados pela Ancine e a Anatel em seu relatório -- enquanto a Globo detém o canal líder em audiência em 6 dos 8 gêneros e a Discovery detém nos outros dois; (v) as conclusões da SG em relação ao segmento de notícias internacionais deveriam ser desconsideradas, uma vez que a base de assinantes é uma fonte imprecisa de informações do mercado.

91. Entretanto, em **consonância com o mapeamento e avaliação apresentados pela Ancine e com a manifestação da SG, entendo que a TW possui relevante participação de mercado considerando o número de canais e a audiência total dos canais TW**. A TW possui um conjunto de canais que constitui amplo portfólio. Sendo assim, a TW consegue oferecer canais de programação em todas as categorias temáticas.

92. A SG constatou o poder de mercado da TW também no elo de programação, considerando **a existência de cláusulas contratuais que são favoráveis para a TW e que não existem em contratos com programadoras de menor porte**. Tais cláusulas são, portanto, evidências diretas do poder de mercado da TW. Sendo assim, a TW consegue estabelecer condições com os operadores de TV por Assinatura que não são estabelecidas com outros produtores que não possuem amplo portfólio.

93. Na análise por categorias, a **SG também evidenciou o poder de mercado da TW em certas categorias temáticas. A TW é líder em filmes e séries básicos, no qual conta com o maior número de canais, oferecendo 11 canais de programação e com [40%-50%] em número de assinantes, quase duas vezes mais do que o segundo grupo, que detém [20%-30%] do mercado.**

94. **A TW possui também o maior número de canais na categoria de filmes e séries premium, detendo participação de mercado de [50%-60%] do número de assinantes.**

95. A TW também é líder em audiência, com [30%-40%], na categoria infantil, estando na liderança em número de assinantes junto com o grupo Disney, com uma participação de mercado de [20%-30%].

96. No mercado relevante associado a canais de documentários, conta com [20%-30%] de participação, sendo o terceiro grupo em número de assinantes.

97. Na categoria de esportes apensar de não deter grande parcela de mercado: 8% [0-10%], é o grupo que mais cresceu em número de assinantes dentro do período de análise da Ancine e recentemente adquiriu direitos esportivos relevantes no mercado brasileiro para a transmissão dos jogos de vários times no campeonato brasileiro a partir de 2019.

98. Além disso, a Ancine destacou que a existência tanto de economias de escala e de escopo, quanto a forte diferenciação entre os canais de programação representam significativas barreiras à entrada de novas programadoras, principalmente aquelas que não participam de grandes grupos de mídia, sejam eles nacionais ou internacionais. Tal afirmação decorre da observação do número total de assinantes, da audiência por categorias de programação, das observações sobre o poder de portfólio e relevância das marcas detidas pela TW. Menciona-se, por fim, os elementos associados às características estruturais do setor como a alta diferenciação e alto custo de entrada que fazem com que a TW possua protagonismo no mercado em análise.

99. Posto isto, a mitigação do poder de mercado das requerentes em relação ao mercado de licenciamento/programação passa por combater a lógica de efeito portfólio, a força da marca, cláusulas de exclusividade e ausência de contratualização em relação aos operadores de menor porte.

8.2. Mercado à jusante: Operação de TV por assinatura

100. A AT&T é uma fornecedora de serviços de telecomunicações globalmente. Nos Estados Unidos e na América Latina, a AT&T também é fornecedora de serviços de entretenimento digital.

101. No Brasil, a televisão por assinatura é regulamentada pela Lei nº 12.845/2011, cujo serviço ganha o nome serviço de acesso condicionado – “SeAC” – ou comunicação audiovisual de acesso condicionado.

102. Segundo o art. 2º, inciso XXIII do referido dispositivo legal, o SeAC é o “serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer”.

103. O segmento Televisão por assinatura pode ser definido pelo conjunto de atividades e agentes econômicos necessários à prestação do serviço de oferta de conteúdos audiovisuais em múltiplos canais de programação, cada qual com grades horárias específicas (programação linear), com linha editorial própria, mediante subscrição.

104. A cadeia de valor da TV por assinatura pode ser segmentada em quatro principais elos, quais sejam: produção; programação; empacotamento; e distribuição.



105. A atividade de **produção** envolve a atividade de “elaboração, composição, constituição ou criação de conteúdos audiovisuais em qualquer meio de suporte” (art. 2º, XVII, da Lei nº 12.485/2011). Os agentes envolvidos nesta etapa da cadeia produtiva são basicamente produtores independentes ou não, brasileiros ou estrangeiros, de filmes, seriados, shows e demais formatos, incluindo certos departamentos de TV aberta.

106. A **programadora** se caracteriza por cuidar da seleção e formatação dos conteúdos audiovisuais adquiridos das produtoras, em uma grade própria, de acordo com uma estratégia de editoração. Ou seja, é a empresa que seleciona, organiza e formata canais de programação, que por sua vez são arranjo de conteúdos audiovisuais organizados em sequência linear temporal com horários predeterminados (art. 2º, IV e XX da Lei nº 12.485/2011).

107. A atividade de **empacotamento**, por sua vez, envolve a negociação com as programadoras e seus representantes, no Brasil e no exterior, do licenciamento dos direitos de transmissão dos canais de programação. A empacotadora é a empresa que agrupa canais de programação e oferta este grupo de canais às distribuidoras. Os canais de distribuição obrigatória, dentre os quais se incluem os analógicos de TV aberta (art. 2º, XI e XVI e art. 32, I, da Lei nº 12.485/2011), não possuem liberdade de empacotamento. Isto significa dizer que a sua forma de disposição e sequenciamento é prevista de modo rígido em lei, tendo em conta a maior eficácia na divulgação destes canais.

108. Em geral, considerando que os consumidores de TV por Assinatura possuem preferência e poder aquisitivo diferentes, as operadoras ofertam aos usuários diferentes perfis de pacotes de canais de TV por Assinatura. Entretanto, a prática de mercado aponta para a existência de três categorias principais de pacotes:

(i) Pacotes de Entrada ou mini-básicos: são aqueles com menor valor entre os comercializados pelas operadoras e costuma oferecer uma pequena quantidade de canais de programação, muitos dos quais com conteúdos similares àqueles veiculados na TV aberta.

(ii) Pacotes básicos e básicos estendidos: oferecem aos consumidores uma maior variedade de programação e canais temáticos, sendo um atrativo para os consumidores que preferem maior diversidade de programação.

(iii) Pacotes premium: costumam oferecer canais de programação com conteúdos inéditos na TV e/ou veiculam, ao vivo e muitas vezes de forma exclusiva, programação esportiva de grande atratividade. Na prática, os canais básicos são preliminares ao pacote premium.

109. A **formação dos pacotes foi tido como elemento essencial na presente análise**. Isso porque, cada pacote possui um alcance específico, variando desde o básico, cujos canais são oferecidos a toda a base de assinantes da operadora, até os *premiums*, que, por seu valor, possuem uma maior quantidade de canais, mas alcançam uma parcela menor de assinantes.

110. Por fim, a atividade de **distribuição** é responsável pelo provimento de pacotes ou conteúdos audiovisuais a assinantes por intermédio de meios eletrônicos. Isto é, comercializam os pacotes de TV por assinatura ao consumidor final, sendo responsáveis não apenas pela venda dos pacotes, instalação física do serviço e fornecimento do sinal e da infraestrutura, como também pelas atividades complementares de

comercialização, marketing, atendimento ao assinante, faturamento, cobrança e manutenção de dispositivos. Dessa forma, o consumidor final de SeAC é chamado assinante e é com a distribuidora que o assinante se relaciona.

111. No Brasil, a distribuição pode ocorrer por meio de diferentes tecnologias, sendo a TV a cabo e a transmissão via satélite (DTH) as mais comuns. A distribuição também pode ocorrer por utilização do espectro radioelétrico em micro-ondas (Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal – MMDS) ou pela faixa de UHF (Serviço Especial de Televisão por Assinatura – TVA), no entanto estes estão sendo descontinuados e representam uma parcela insignificante dos assinantes de TV por Assinatura, conforme apontado pelos quadros abaixo:

Tabela 19 - Market Share de TV por Assinatura por Tecnologia

Tecnologia	2014	2015	2016	1T17	Abr/17	Mai/17
DTH	61,4%	58,1%	57,2%	58,0%	57,9%	57,9%
TV a Cabo	38,7%	40,9%	41,6%	40,9%	40,9%	40,9%
FTTH	0,5%	0,9%	1,2%	1,2%	1,2%	1,2%
MMDS	0,06%	0,05%	0,04%	0,01%	0,01%	0,01%
Total	19.574	19.114	18.796	18.933	18.779	18.643

Fonte: Teleco

Tabela 20 - Acessos de TV por Assinatura por Tecnologia

Tecnologia	2014	2015	2016	1T17	Abr/17	Mai/17
DTH	11.943	11.113	10.766	10.977	10.877	10.795
TV a Cabo	7.521	7.817	7.802	7.735	7.680	7.628
FTTH	95	171	221	220	220	218
MMDS	12	9	7	2	2	1
TVA (UHF)	3	3	0,1	0,1	0,1	0,1
Total	19.574	19.114	18.796	18.933	18.779	18.643
Densidade*	9,6	9,3	9,1	9,1	9,1	9,0

Fonte: Teleco

112. **A TV a cabo é uma tecnologia de SeAC indicada para localidades com alta densidade populacional, como centros urbanos.** É caracterizada pela utilização de cabeamento para transporte de sinal até o destino. Atualmente dominam neste tipo de rede as modalidades FTTH (fibra - *Fiber To The Home*) e HFC (cabo - *Hybrid Fiber Coax*).

113. **Por sua vez, a distribuição via DTH ocorre por meio de satélites emissores e receptores.** Através dessa tecnologia, o sinal é transmitido pelos canais até as centrais de transmissão, as quais emitem, via satélite, novos sinais para as antenas receptoras instaladas nas residências. Essa modalidade oferece a vantagem de dispensar a necessidade de infraestrutura local de telecomunicações para receber os sinais, pois basta a operadora instalar uma antena na casa do assinante para o recebimento dos sinais.

114. Em síntese, **o setor televisivo inclui empresas que atuam nas fases de produção e/ou distribuição de conteúdo relacionadas verticalmente.** As etapas de entrega de conteúdo e transporte podem-se fundir quando o conteúdo é empacotado em marcas ou organizado em canais para serem entregues aos consumidores. A entrega de conteúdo através de serviços de varejo exige que o conteúdo seja traduzido em uma forma que possa ser decodificada por equipamentos terminais no ponto de exibição pelo cliente. O varejo também envolve o gerenciamento de serviços contábeis e de clientes associados. A distribuição de conteúdo depende da provisão de infraestrutura de transmissão que fornece comunicação entre o consumidor final e o provedor do serviço em um nível de varejo. Finalmente, a distribuição de terminais fornece o equipamento necessário para decodificar ou traduzir o sinal em mensagens audiovisuais.

115. É comum observar nesse segmento empresas que atuam de maneira verticalmente integrada, exercendo atividades em mais de um elo do mercado. Algumas empresas produzem conteúdo que depois serão veiculados nos canais por elas programados, como, por exemplo, a HBO. Além disso, no Brasil, de modo geral, o empacotamento e distribuição são exercidos pela mesma empresa, como é o caso da NET, SKY, GVT, dentre outras. Deste modo, no presente voto, tomamos como sinônimo de distribuidora as expressões “operadora de SeAC”, “operadora de TV por assinatura” e “operadora de TV paga”.

116. **A operadora de SeAC é basicamente uma empresa de telecomunicações que disponibiliza uma infraestrutura de transporte de conteúdo audiovisual de uma base de distribuição até a localidade em que esteja o cliente.**

117. No Brasil, a AT&T atua por meio do Grupo SKY, **nos mercados de TV por assinatura e na prestação de serviços de internet (banda-larga por micro-ondas, tecnologia 4G LTE).** Conforme informações prestadas nos autos, o Grupo SKY fornece serviços de internet banda-larga em algumas localidades do Brasil, embora este grupo não se configure como um grande player deste segmento no país.

118. **Dessa forma, serviços que eram antes providos separadamente, por contratos, por empresas diferentes e/ou por meio de canais, equipamentos, protocolos e padrões independentes poderão ser prestados via uma única solução tecnológica.**

119. No Brasil, a SKY representa o segundo maior grupo em termos de números de assinantes, **detendo um share de mercado de mais de 30%**, perdendo apenas para o grupo Telecom Americas (NET/Embratel/Claro), o qual possui **[50%-60%]** do mercado.

Tabela 21 - Participação de mercado - Assinantes - Operadoras de TV por Assinatura
[ACESSO RESTRITO AO CADE]

120. **Da leitura do quadro acima, é possível inferir que o mercado de operação de TV por Assinatura representa praticamente um duopólio, com a Telecom Americas e a Sky totalizando cerca de 80% do número de assinaturas.**

121. Como visto anteriormente, a SKY é detentora de tecnologia DTH, a qual, segundo a Anatel, se sobressai em lugares com deficiência de infraestrutura ou baixa densidade populacional.

122. Nesse sentido, apesar da AT&T/SKY não ser a operadora de TV por Assinatura que conta com maior participação de mercado em âmbito nacional, é importante lembrar que, **a depender da tecnologia utilizada para transmissão e distribuição do sinal à residência dos assinantes, existem determinadas localidades geográficas em que a AT&T/SKY detém um elevado poder de mercado, em especial em determinados estados do Centro Oeste, Nordeste e Norte, onde o acesso a certas localidades pode ser mais difícil.**

Tabela 22 - Participação AT&T/SKY por Estado

BASE	UF	NET/CLARO	SKY/AT&T	OiTV	VivoTV	NeoTV	NossaTV
7.152.225	SP	63%	23%	0%	12%	1%	1%
2.530.781	RJ	50%	32%	11%	3%	0%	1%
1.251.946	RS	53%	31%	8%	7%	0%	1%
1.579.797	MG	38%	32%	17%	4%	8%	1%
892.157	PR	50%	19%	11%	17%	1%	1%
693.087	SC	54%	18%	17%	8%	2%	1%
502.570	DF	58%	24%	5%	12%	0%	0%
307.535	AM	61%	35%	3%	0%	0%	1%
597.893	BA	29%	50%	11%	8%	0%	1%
392.517	GO	37%	35%	15%	12%	0%	1%
308.698	PA	45%	44%	7%	0%	3%	1%
353.424	PE	31%	45%	10%	13%	0%	1%
219.901	MT	49%	39%	10%	0%	0%	1%
263.383	ES	39%	22%	17%	14%	0%	1%
188.904	MS	50%	31%	9%	9%	0%	1%
387.993	CE	22%	45%	10%	11%	10%	0%
139.570	PB	53%	23%	9%	14%	0%	1%
215.489	RN	31%	34%	6%	2%	28%	0%
108.946	AL	54%	24%	11%	10%	0%	1%
172.868	MA	32%	37%	23%	0%	7%	1%
84.690	PI	40%	38%	22%	0%	0%	1%
91.765	SE	34%	35%	17%	13%	0%	1%
61.714	RO	41%	42%	15%	0%	0%	2%
32.622	AC	51%	38%	10%	0%	0%	1%
41.887	TO	35%	52%	13%	0%	0%	1%
23.238	AP	34%	54%	10%	0%	0%	1%
19.053	RR	22%	59%	17%	0%	0%	2%

LIDERANÇA BRASIL

LIDERANÇA ENTRE DTH

Fonte: ANATEL, março de 2016.

123. Em que pese o argumento de disponibilidade de determinada tecnológica favorecer uma análise de mercado local, sobretudo considerando que em determinadas localidades, por não ser viável a implantação de outras tecnologias senão a DTH (como é o caso da SKY e Telecom Americas), **essas empresas exercem efetivo poder de mercado.**

124. No entanto, considerando que a presente operação trata da integração vertical entre dois agentes da cadeia de TV por Assinatura, entendo que, apesar da alta participação da SKY na atividade de distribuição de TV por assinatura, esta deve ser analisada juntamente com a atividade de empacotamento, ou seja, considerando o mercado nacional. Assim, a SKY pela sua capilaridade e quantidade de assinantes, possui capacidade de negociação com as programadoras em comparação com os demais agentes operadores de TV por assinatura.

125. O fato de já haver um player maior, e já integrado, concorrente da SKY como operadora de TV, exige uma ponderação sobre vedações e remédios concorrenciais para se evitar assimetrias ainda maiores entre os concorrentes. Neste tópico a relevância da análise concorrencial é mitigar que a **SKY atribua tratamento diferenciado para as operadoras integradas, e mantenha estrutura de funcionamento e contratos que resultem transparência na sua atuação.**

9. CONCLUSÕES SOBRE A INTEGRAÇÃO VERTICAL EXISTENTE

126. É notório que o cenário de **convergência tecnológica da produção, programação e distribuição de conteúdos audiovisuais** vem sofrendo mudanças tecnológicas e estruturais significativas. O surgimento da internet e a difusão da TV por assinatura deram aos consumidores acesso a uma maior variedade de serviços de comunicação e mídia do que nunca, e essas atividades começaram a se integrar através de um número crescente de serviços e de produtos que convergiam para uma estrutura de negócios similar e que competiam entre si[1].

127. **A convergência entre serviços também** é característica da fase atual do mercado **de televisão à cabo** – em que empresas de telefonia (fornecedoras, no Brasil, também dos serviços de internet banda larga) atuam conjuntamente às empresas de televisão. Nessa configuração, tornou-se comum o *triple play* (que pode se transformar em um *quadruple play* caso o serviço de telefonia móvel seja incluído no pacote), em que serviços, aplicações e conteúdo de diferentes redes (telefonia fixa, banda larga e TV) são oferecidos como um serviço único, dificultando a entrada no mercado de grupos que não tenham a possibilidade de oferecer todos esses serviços, para o que são, inclusive, necessários grande estrutura e aporte de capital[2].

128. No que tange ao direito da concorrência, o impacto surge porque a convergência dos mercados de atividades distintas propiciou que serviços e agentes que não competiam no passado, atualmente, além de competirem, são frequentemente oferecidos dentro de um pacote único.

129. O fenômeno alterou substancialmente os padrões de competição em diversos níveis do mercado de telecomunicações e informação. A viabilidade tecnológica de mercados operarem sob uma mesma plataforma, contudo, não garante que na prática esses mercados funcionem de forma eficaz. Surgem diversas implicações concorrenciais em virtude da unificação de mercados e indústrias.

“Um dos caminhos que as empresas de telefonia fixa estão trilhando para oferecer novos serviços e conteúdos no ambiente convergente é o triple play. Triple Play é uma alternativa de negócio que visa oferecer de forma integrada, serviços de vídeo, banda larga e voz. É a oferta combinada de serviços de transmissão de voz, Internet por banda larga e televisão por assinatura, que já é uma realidade em diversos países do mundo. Esse tipo de pacote começou a ser oferecido no Brasil pelas principais operadoras de telefonia, acirrando a concorrência não apenas entre empresas de um mesmo

segmento, mas também entre os diferentes canais de transmissão de dados e vídeo. Em grande medida o impacto dessas novas estruturas de mercados para os consumidores será condicionado pela forma com que os órgãos reguladores e de concorrência se posicionam em relação ao triple play.”[3]

130. Dessa forma, as principais competências utilizadas pela empresa para fazer frente à convergência digital são as competências para desenhar novos modelos de negócio, isto é desenhar novos serviços, sua cadeia de valor e definir o posicionamento mais lucrativo da empresa nessa cadeia.

131. Em estudo sobre o mercado televisivo[4], a OCDE constatou que a multiplicação de redes e o aumento da capacidade de transmissão permitiram que distribuidores de conteúdo agrupassem os canais televisivos no atacado para a entrega em diferentes combinações no varejo. O **foco das preocupações concorrenciais reside no acesso a conteúdo**, que se tornam cada vez mais escassos no contexto de uma multiplicação de redes (de transmissão terrestre à cabo, satélite, DSL e 3G). O desenvolvimento de serviços técnicos também pode ser um potencial gargalo, na medida em que cria um novo nível na cadeia de valor, através do qual sinais de TV criptografados podem ser restritos aos clientes que pagam através de um sistema de acesso condicional (CAS) e a navegação do usuário final, assistida por um Guia Eletrônico de Programas. Esses sistemas podem ser configurados para restringir o acesso a determinadas redes de distribuição. Além disso, o desenvolvimento de pacotes de canais, combinando oferta de *triple* ou *quadruple play* com serviços de telecomunicação, podem também criar oportunidades de exclusão.

132. Criado pela lei [12.485/2011](#), o SeAC veio suceder os Serviços de TV a Cabo (TVC), de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), de Distribuição de Sinais de Televisão e Áudio por Assinatura via Satélite (DTH) e do Serviço Especial de TV por Assinatura (TVA). Além de objetivar primordialmente o **incentivo a uma maior veiculação dos conteúdos audiovisuais de produção nacional e independente**, a lei modificou um antigo padrão regulatório, no qual o serviço de **distribuição de conteúdo audiovisual para público restrito era segmentado pela tecnologia empregada pelos distintos prestadores**. Trata-se, sem dúvida, de medida regulatória que vem ao encontro da tendência mundial de buscar a convergência tecnológica.

133. A internet, em especial, com o aperfeiçoamento tecnológico dos últimos anos foi capaz de levar o conceito de convergência para um sentido mais abrangente, integrando as diferentes mídias no seu interior suprimindo a necessidade dos serviços tradicionais através de streaming (transmissão de vídeo digitalizado através da internet, ou rede corporativa) e VoIP (Transmissão de voz digitalizada através da internet, ou rede corporativa)[5].

134. Entre as vantagens do uso das tecnologias unificadas, estão a ampliação da oferta de números de canais, melhor qualidade de imagem, serviços interativos como jogos, *pay-per-view*, vídeo sob demanda, guia eletrônico e canais de música.

135. Nesse sentido, Sobrinho e Acir destacam que:

Diante desse movimento, em que velhas mídias (TV, rádio e cinema) convivem com as novas mídias (computador, celular, tablets, etc.), o fenômeno da convergência assinala um novo paradigma no campo da comunicação: trata-se da remodelação da relação entre produção e consumo de conteúdos midiáticos. Vale dizer que, nesse ambiente facilitado pela internet, a demanda por vídeos, sobretudo de programação televisiva, tem protagonizado esse processo, e a web 2.0, uma plataforma aberta, tornou possível a participação de usuários na elaboração de conteúdos .[6]

136. No que tange às integrações verticais, tradicionalmente são lançadas algumas considerações concernentes à preocupações concorrenciais. Destaca-se especialmente a possibilidade de condutas discriminatórias tanto no mercado upstream quanto no mercado downstream bem como hipóteses de fechamento de mercado.

137. Devido à sua estrutura, o setor televisivo apresenta elevada tendência à concentração, pois empresas recorrem a estratégias de integração com o intuito de obter maior poder de mercado, ganhos de escala e escopo, entrar em novos mercados, diminuir custos de transação, entre outros fatores[7].

138. Posto isto, se a integração vertical de indústrias de rede permite o aproveitamento de economias de escopo e de escala no mercado *downstream*, com redução de custos de transação, especialmente quando há necessidade de investimentos em ativos específicos e, assim, um maior incentivo ao fluxo de informações entre agentes econômicos inicialmente independentes, por outro lado **é preciso garantir que tais integrações não causem efeitos adversos à concorrência e a eficiência do mercado, o que consequentemente traria prejuízos ao bem-estar social**.

139. O risco associado à detenção simultânea, por um mesmo agente econômico, de sucessivos segmentos da cadeia produtiva, viabiliza que ele vise a monopolizar o segmento competitivo por meio da criação de dificuldades de acesso à infraestrutura essencial. Observa-se, nesses casos, aumento do grau de dependência do concorrente verticalmente relacionado.

140. **Assim, essa dupla dimensão das integrações verticais em indústrias de rede demonstra a complexidade de se preservar a concorrência e estabelecer políticas públicas nesses setores da economia. Muito embora as integrações verticais sejam admitidas na política de defesa da concorrência - uma vez que podem gerar eficiências para os consumidores -, deve-se analisar os possíveis efeitos negativos da prática. Nesse sentido, diga-se por imperioso, uma integração vertical em si não é um problema concorrencial. O que é problemático é quando a estrutura verticalizada utiliza de seu poder de mercado para realizar condutas anticompetitivas injustificáveis contra seus concorrentes.**

141. **No presente caso, a própria Lei do SeAC prevê a possibilidade de integração vertical na prestação de serviços de TV por assinatura e telefonia.** A Lei entende que a integração vertical pode gerar eficiências e aumentar o bem-estar do consumidor.

142. As operadoras de TV por assinatura detêm autorizações administrativas para a distribuição de seus sinais para os seus assinantes. **O disposto no art. 5º, da Lei 12.485/2011, no entanto, estabelece obstáculos e não proibições à integração vertical entre as atividades de programação, na camada do audiovisual, e de distribuição, na camada de telecomunicações.** Ou seja, a legislação buscou evitar que um mesmo grupo econômico tenha poder de mando simultaneamente em prestadoras de telecomunicações e produtoras e programadoras de conteúdo audiovisual.

143. Dessa forma, as operadoras normalmente não produzem conteúdo, sendo necessário captar os sinais dos canais contratados com empresas programadoras para, a seguir, processá-los e enviá-los a seus assinantes por meio das tecnologias disponíveis, isto é, via cabo ou satélite.

144. As negociações quanto às condições comerciais e de distribuição inerentes à contratação de canais podem variar conforme a programadora, se baseando em parâmetros como taxas de penetração na base de assinantes das operadoras, volume de assinantes das operadoras, formas de pagamento, custos de entrega, dentre outros.

145. **O licenciamento de canais é realizado sob condições restritas, impondo às programadoras o dever de observar uma série de obrigações tais como disponibilizar o conteúdo apenas nas mídias contratadas, em quantidades (exibições) previamente autorizadas, durante prazos determinados e somente para o território e nos idiomas autorizados.**

146. **A questão do empacotamento dos canais ganha força na medida em que é resultado dessas interações.** A composição dos pacotes é relevante para a relação entre programadoras e operadoras de TV, já que a inserção de um canal em determinado pacote define o número de assinantes que terá acesso ao canal. O interesse do consumidor por determinado conteúdo varia tanto entre as categorias temáticas de canais, como dentro de uma mesma categoria, o que afeta a relevância de determinado conteúdo para a oferta de pacotes.

147. De um lado, estão as empresas programadoras de menor porte, não contam com a mesma força de marca e atratividade de investimento publicitário. **Da análise dos contratos entre programadoras e operadoras, foi possível observar que costumam ser remunerados de forma diferenciada**, por valores usualmente mais baixos do que os observados para programadoras com marca forte e grande portfólio de canais. Dessa forma, o fechamento do mercado de licenciamento/programação ocorre na hipótese de a empresa SKY possuir poder de mercado e ter incentivos para prioritariamente adquirir conteúdo das empresas do grupo TW, acarretando prejuízo aos demais agentes do mercado de programação.

148. Do outro lado, estão as empacotadoras e distribuidoras, como SKY, Telecom Americas (Claro/Embratel/NET), Oi e Telefonica. Como já foi demonstrado no presente voto, as participações de mercado da TW, seja no cenário agregado, seja no cenário segmentado por gênero não são desprezíveis. Além disso, no segmento de TV por Assinatura, a participação de mercado é apenas um dos fatores a serem observados. Mais especificamente, o que importa para a operadora é ter um mix de canais atrativos, que provavelmente incluirão mais de uma programadora. Assim, entendo que, mais importante que a participação de mercado da TW, é a relevância dos canais distribuídos pela programadora para as operadoras de TV por Assinatura.

149. **Nesse contexto, filio-me às principais preocupações levantadas pela SG com relação aos possíveis efeitos negativos da integração vertical: (i) que a estrutura verticalizada resultante da Operação terá capacidade e incentivos para discriminar outras programadoras e (ii) a possibilidade de fechamento do mercado de Operação de TV por Assinatura, por meio do direcionamento dos conteúdos da TW para a Sky, acarretando prejuízo aos demais agentes do mercado de operação. Sendo assim, a Operação proposta apresenta condições de oferecer um risco de exclusão de concorrentes ou de bloqueio de entrada de competidores potenciais tanto no mercado *upstream* quanto *downstream*.**

10. PROBABILIDADE DE EXERCÍCIO DE PODER COORDENADO

150. A SKY, conforme informado pelas Requerentes no formulário de notificação, é detida pela GLA (93%) e pelo Grupo Globo (7%). A GLA, por sua vez, é detida em última instância pela AT&T.

151. As Requerentes informaram que o Grupo Globo **[ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES]**.

152. No entanto, embora a Globo **[ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES]**.

153. Além disso, a Globo **[ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES]**.

154. O Acordo de Acionistas da NET, agora incorporada pela Claro, continua vigente e, conforme já mencionado, **[ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES]**.

155. Dessa forma, com a presente operação, os dois maiores grupos de programação e os dois maiores grupos de distribuição do Brasil serão verticalmente integrados por um lado, e por outro, interligados por meio da participação societária da Globo em ambas as maiores operadoras de TV por assinatura do Brasil.

156. Portanto, a presente operação poderá proporcionar: (i) fluxo de informações entre TW e SKY, que se somará ao já presente fluxo de informações entre Globo e SKY e Globo e NET, tornando o mercado mais transparente para essas empresas; (ii) aumento da simetria entre TW/SKY de um lado e Globo/Telecom Americas (Claro/Embratel/Net) de outro e, (iii) aumento de barreiras à entrada e custos de rivais por meio de possíveis condutas discriminatórias já descritas neste voto.

157. É importante destacar que a Globo não é parte na presente operação. Motivo pelo qual, a sua participação na SKY não pode ser remediada nesta análise. O fato de a Globo ter participação minoritária nas empresas SKY e NET é algo pré-existente à operação, tendo as suas estruturas societárias analisadas pelas agências reguladoras sob o escopo da Lei 12.485/2011 – Lei do SeAC.

158. A referida lei estabeleceu algumas restrições às prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, e às concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, relativos ao controle e transferência de controle dessas empresas.

159. Assim, após a promulgação da Lei do SeAC, as empresas detentoras de permissão, autorização ou concessão (a depender do tipo de serviço) de serviços de lei, precisaram se adequar às novas normas, especialmente ao que diz respeito ao art. 5º. Dessa forma, no âmbito do Processo nº 53500.030272/2004, a SKY apresentou proposta de solução para adequação de sua estrutura conforme à referida Lei. A principal adequação exigida pela Anatel era a retirada da Globopar do grupo de controle da SKY, pois tal controle violava o art. 5º da Lei do SeAC.

160. **[ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES]**.

161. Em relação à reestruturação da NET, foram mantidos alguns poderes da Globo, e a produtora brasileira consta inclusive como interveniente no Acordo de Acionista da NET, embora a proposta final de reestruturação não contemple a Globo como acionista direta da operadora. Entre os direitos mantidos pela Globo, destacam-se o de decidir sobre canal estrangeiro e o acesso a contratos e documentos da NET.

162. Nesse sentido, a Anatel analisou a estrutura societária da Globo sob a Lei do SeAC, e reconheceu que a Globo permaneceria com ingerência sobre matérias de programação e produção na NET, porém afirmou que o órgão competente para analisar tais poderes da Globo seria a Ancine, responsável pela regulação desses setores, conforme a Lei do SeAC. Por fim, a Anatel decidiu que, para fins da área de sua competência, a de distribuição de TV por Assinatura, as alterações propostas pela NET estavam de acordo com a Lei do SeAC.

163. A tendência à coordenação é um elemento que permeia a dinâmica de alguns mercados, como é o caso de combustíveis, ainda que haja significativas mudanças estruturais ou regulatórias. A presente operação, por outro lado, conforme destacado pela SG e pelas Requerentes, **está inserida em um mercado onde não há registro de conduta coordenada.**

164. De toda sorte, não se deve ignorar os diagnósticos e as sinalizações que o mercado traz aos casos futuros. **Tanto as agências reguladoras quanto o Cade devem estar atentos para as movimentações do mercado. O setor televisivo é marcado por incertezas, a ausência de comportamentos colusivos agora não significa que esta tendência se manterá nos próximos anos.**

165. A implantação de um modelo de competição no setor televisivo exige enormes esforços tanto no âmbito regulatório quanto no concorrencial. **Dessa forma, além da atuação do Cade, é necessário que as agências reguladoras, ao analisar operações no setor, tenham em mente que um dos objetivos da Lei do SeAC foi desestimular a concentração do poder de mercado nas mãos de poucas empresas e estabelecer alguns condicionamentos com o fito de evitar prejuízo à competitividade no setor e ao serviço prestado ao usuário.**

166. Nesse tópico, **guardo que a preocupação concorrencial é criar condições para mitigar que a SKY sirva de fórum para coordenação, em razão da participação dos principais programadores do mercado no seu capital social.**

11. COMPLEMENTARIDADE REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA

167. No contexto da complementaridade entre regulação e concorrência, o CADE atua como autoridade de atacado, e não de varejo, devendo ser parcimonioso nas obrigações que impactem demasiadamente a ação regulatória. Isto se dá sobretudo quando se faz mister um

acompanhamento dinâmico pelo regulador, levando em consideração as mudanças tecnológicas do setor.

168. Ademais, se a sistemática da nova Lei de concorrência adota um tempo definido para que o CADE venha a tomar a sua decisão, o mesmo não acontece com o Regulador, e este definitivamente não poderá omitir-se em lavrar o seu posicionamento sobre a adequação de operações de concentração às perspectivas regulatórias. Ainda que postergue, a sua avaliação deverá ser feita em algum momento.

169. Isto significa que a política pública lançada pela Lei do SeaC de incentivo ao conteúdo nacional, de delimitação de cotas para a sua exibição, o incentivo para participação de empresas de telecomunicação na TV por assinatura sem permissão de controle ou participação societária relevante deverá ser interpretada e aplicada pelos reguladores. Mesmo que esse relator vislumbre uma clareza hialina na interpretação do art. 5º da Lei 12.485/11, o *obiter dictum* no presente feito seria estabelecer um confronto ou um conforto decisório que não deve ser buscado pelo regulador junto à autoridade de concorrência.

170. O papel do regulador tende a ser diferente se a obrigação é de acompanhamento do mercado, ou se a ação é de normatização ou decisão que esclareça os alcances da regulamentação. Isto porque, se é fato que o acompanhamento pode ser mais complicado, com diversas variáveis em ação de trato sucessivo, o mesmo não ocorre quando a interpretação ou decisão reguladora é pontual.

171. Para o caso, entendo que a autoridade de defesa da concorrência pode auxiliar a ação regulatória, traçando parâmetros que minimizem os problemas concorrenciais apontados. Mas a própria existência de um eventual problema só surge se o regulador permitir que haja a integração.

172. Nesse sentido, para endereçar impactos concorrenciais em mercados regulados já foi possível de observar que:

(i) Não há dúvidas de que o arcabouço regulatório é de fundamental importância para garantir **o tratamento isonômico dos usuários pelo agente regulador, bem como para reprimir condutas de discriminação. A ANTT dispõe de ampla regulamentação no sentido de delimitar claramente os limites em que se deve dar a atuação da concessionária, contando inclusive com mecanismos de sanção caso o regulado atue de forma contrária aos preceitos regulatórios.**

(ii) No entanto, tal atuação, ainda que fundamental, não afasta o papel preventivo do controle de estruturas realizado pela autoridade de defesa da concorrência. A função precípua do controle prévio é precisamente evitar a formação de estruturas de mercado que favoreçam a adoção de condutas anticompetitivas. Nesse sentido, o controle prévio de atos de concentração e a repressão a comportamentos anticoncorrenciais – que, neste caso, pode ser exercida por mecanismos da própria agência e também pelo controle de condutas do CADE – são complementares, e não excludentes.

(iii) Portanto, não se pode prescindir do controle de estruturas sob o argumento da possibilidade de repressão a posteriori de eventuais condutas ilícitas, especialmente no caso de operações em que estão presentes diversos elementos que apontam no sentido da presença de incentivos para adoção de condutas discriminatórias, bem como da pronunciada dificuldade de apuração e monitoramento dessas condutas. A repressão de infrações busca controlar o comportamento do regulado, mas não altera os incentivos que regem a sua atuação; nesse contexto, se a ameaça de punição não é crível, o regulado tende a desviar-se das regras e a agir de acordo com seus incentivos que, frequentemente, não estão alinhados com os do regulador. (...)

173. Ademais, convém destacar que, no caso específico do setor brasileiro de telecomunicações, o legislador ordinário adotou de forma expressa um arranjo institucional coordenado entre a Anatel e o Cade, deixando claro que as empresas submetidas à regulação setorial também estão submetidas ao escrutínio antitruste, tanto no âmbito do controle de estruturas quanto no âmbito do controle de condutas. Nesse sentido, a interpretação do art. 7º da Lei Geral de Telecomunicações afasta qualquer discussão acerca da competência legal do Cade para realizar o exame prévio de atos de concentração econômica envolvendo prestadoras de serviços de telecomunicações:

Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador.

§ 3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

174. Para a constatação dos limites da ação do CADE, é importante destacar que as manifestações regulatórias até aqui exaradas não são preempatórias. O Estudo da **Ancine indica a impossibilidade de verticalização, mas não há qualquer deliberação da Agência nesse sentido.**

175. Da mesma forma a Anatel, ao apreciar o tema, impõe como ato decisório até o presente momento uma medida cautelar, cujo lastro é *fumus e periculum*. Se de fato houvesse uma verossimilhança da impossibilidade, o regulador deveria ter sido claro, sobretudo porque já havia opiniões internas anuentes para a impossibilidade.

176. Nesse sentido **resta ao CADE observar os impactos concorrenciais existentes da possibilidade de verticalização**- seja porque assim indica a Lei, ou mesmo porque assim assinala a ação regulatória que, diante de uma operação que já tramita no País há mais de 7 meses, não exarou juízo definitivo.

177. E nessa dinâmica, o CADE deve lançar os seus princípios de proteção do mercado, sabendo que a sua decisão pode restar infrutífera acaso haja um bloqueio regulatório da operação.

178. A revisão da operação mesmo após aprovada pela autoridade de concorrência pode ser algo também natural, conforme se observa a decisão da autoridade francesa de concorrência, no caso TPS/CanalSAT.

179. Em 23 de Julho de 2012, ao deliberar novamente sobre a aquisição da TPS e da CanalSat pela Vivendi Universal e Canal Plus, **a Autoridade da Concorrência subordinou a sua autorização a vários remédios "para restabelecer uma concorrência suficiente no mercado da televisão paga"**[8]. A operação só tinha sido autorizada em 2006, desde que 59 empresas fossem respeitadas e a Autoridade Francesa, observando que o Grupo Canal Plus não tinha observado dez destas, incluindo algumas que eram de importância crucial, decidiu, em setembro de 2011, retirar sua decisão que autoriza a operação. Por sua vez, as partes notificaram a operação à Autoridade e a sua investigação aprofundada foi realizada com base numa vasta consulta das partes interessadas do mercado, a entidade reguladora audiovisual (Conseil Supérieur de l'Audiovisuel - CSA) e as telecomunicações e as publicações autoridade reguladora (ARCEP). A Autoridade considerou insuficientes os compromissos oferecidos pela Canal Plus para remediar as questões de concorrência levantadas pela operação e, por conseguinte, anunciou as suas preocupações, nos termos do artigo L. 430-7 III do Código de Comércio.

180. **Não é função do CADE regular o setor, de maneira a garantir a prestação do serviço a todos os usuários, controlar preços, fiscalizar os níveis de qualidade, etc. Para tais funções, já existem diversas agências reguladoras. A competência de atuação do CADE se limita a cuidar dos problemas concorrenciais relacionados com o presente Ato de Concentração.**

12. DAS DECISÕES EM OUTRAS JURISDIÇÕES

181. Além do Brasil, a Operação foi notificada no Chile, México, Colômbia, Equador, Austrália, Canadá, China, União Europeia, Índia, Japão, Macedônia, Paquistão, Filipinas, Rússia, África do Sul, Coreia do Sul, Turquia e Estados Unidos.

182. A operação foi aprovada sem remédios na maioria dos países[9], com exceção do México e Chile. Destaco, pois, os remédios extraídos dessas jurisdições:

A. Chile

183. A Fiscalía Nacional Económica, autoridade de Defesa da Concorrência do Chile, analisou o impacto da Operação dentro do território chileno. Os principais problemas detectados pela autoridade chilena foram (i) **estratégias de fechamento de mercado a Jusante e a Montante**; (ii) **transferência de informações confidenciais relativas aos custos e/ou rendas de rivais** e (iii) **estratégias de bloqueio (total ou parcial) de insumos**.

184. Entre os compromissos firmados entre as Requerentes e a autoridade de Defesa da Concorrência chilena para mitigar as eventuais preocupações concorrenciais decorrentes da Operação, destacam-se: (i) a AT&T e a Time Warner se comprometeram a inserir uma cláusula de confidencialidade que evite que informações obtidas de provedores de canais da Time Warner - como resultado de negociações ou acordos com operadoras de TV por assinatura não pertencentes ao mesmo grupo econômico - sejam transferidas para qualquer empregado da DIRECTV Chile ou da DIRECTV LA. Outro compromisso firmado foi que (ii) os provedores de canais da Time Warner não discriminem eventuais clientes arbitrariamente.

185. Outros pontos acordados foram que (iii) todas as informações confidenciais que estejam em posse ou conhecimento do grupo AT&T, bem como as informações que tiveram acesso durante as negociações de acordos de licenciamento, não sejam compartilhadas direta ou indiretamente com nenhum empregado da DIRECTV Chile, DIRECTV LA ou com provedores de canais da Time Warner; (iv) que o grupo AT&T não entre em acordos com a HBO LAG para negociar ou renegociar conjuntamente acordos de licenciamento de canais de programação da Time Warner, nem canais de programação licenciados ou distribuídos pela HBO LAG.

186. Também foi acordado que (v) eventuais conflitos nas negociações com relação à renovação ou novos acordos de licenciamento de canais da Time Warner, entre o grupo AT&T e operadores de TV por assinatura que não façam parte do mesmo grupo econômico, sejam submetidas à Arbitragem, com o grupo AT&T sendo responsável pelo pagamento integral da Arbitragem.

B. México

187. O Instituto Federal de Telecomunicaciones (“IFT”), autoridade regulatória de Telecomunicações no México, identificou os seguintes problemas: (i) eventual compartilhamento de informações entre membros do conselho de administração da SKY México e do Grupo AT&T; (ii) compartilhamento de informações entre a HBO LAG e o Grupo AT&T; (iii) dificuldades de monitoramento do cumprimento das obrigações firmadas no ACC.

188. A Operação foi aprovada mediante as seguintes condições: (i) separação da administração da AT&T/TW com a administração da SKY México e da HBO LAG, evitando o contato entre qualquer membro do conselho administrativo e eventual troca de informações sensíveis entre as empresas; (ii) o Grupo AT&T firmou o compromisso de que nenhum de seus empregados ou dos membros do conselho de administração da SKY México que recebam informações confidenciais da SKY México possam fazer parte do conselho de administração da HBO LAG; (iii) nenhuma informação confidencial da HBO LAG seja compartilhada direta ou indiretamente com qualquer membro do conselho de administração da SKY México.

189. Outros acordos firmados foram que (iv) a TW receba e negocie de boa-fé todos os pedidos de acesso aos seus canais, pedidos estes realizados por qualquer entidade autorizada para prestar serviços de Telecomunicações dentro do México; (v) a TW deve oferecer aos demais operadores de serviços de telecomunicações termos e condições comparáveis aos ofertados aos operadores com quem tenha celebrado contrato ou acordo de fornecimento de canais; (vi) o Grupo AT&T deve conservar um registro dos contratos firmados após a celebração do ACC e reportar ao Instituto Federal de Telecomunicaciones tais contratos; (vii) o grupo AT&T deve abster-se de praticar qualquer ação discriminatória com relação a outras operadoras de telecomunicações; (viii) o Grupo AT&T deve fornecer um relatório detalhado ao IFT com todos os termos e condições dos contratos de programação da TW com as demais operadoras de telecomunicações e com a SKY México, vigentes antes da operação; (ix) o grupo AT&T deverá fornecer ao IFT relatórios semestrais sobre os termos e condições dos contratos celebrados entre o Grupo AT&T e as demais operadoras de Telecomunicações, bem como os contratos firmados com a SKY México e (x) o IFT poderá, em qualquer momento, pedir informações ao grupo AT&T para verificação de eventual descumprimento do ACC.

13. LÓGICA DOS REMÉDIOS

190. A própria experiência do CADE com o cumprimento – e também com o descumprimento – de suas decisões leva a Autarquia à reflexão sobre a litigiosidade e efetividade de seus remédios e sobre como eles podem ser aperfeiçoados para assegurar o interesse público

191. Sendo assim, é importante um juízo de proporcionalidade e adequação na aplicação de “vacinas” e remédios pela autoridade concorrencial, tendo sempre como parâmetro de análise a eficácia do instrumento para a defesa da concorrência irrestrita.

192. Da jurisprudência internacional, no Caso Adeslas/Global Consulting/Lince, extrai-se o entendimento da ponderação realizada pela autoridade de defesa da concorrência da Espanha ao impor restrições nas quais a **verticalização resultante da operação fosse compensada ou desse ensejo a ganhos de eficiências e de benefícios aos consumidores**.

193. O caso tratava da aquisição, por Adeslas S.A. e Global S.A., do controle conjunto de Lince S.A., o **que geraria integração vertical entre os mercados de planos de saúde privados e prestação de serviços de saúde na cidade de Ciudad Real**. Para dirimir as preocupações concorrenciais apontadas, a autoridade antitruste adotou as seguintes medidas: (i) **proibição de exclusividade** na relação com outros hospitais e médicos, (ii) **garantia de acesso em termos não discriminatórios** a clientes de outros planos de saúde e (iii) **obrigação temporária de atender a qualquer plano que demande seus serviços**.

194. A mesma lógica foi aplicada em decisões da autoridade antitruste da Coreia do Sul. No caso referente à fusão de **Hyundai Motors com Hyundai Autonet**, as preocupações concorrenciais decorriam da **integração vertical entre a fabricação de carros e a fabricação de autopeças eletrônicas, com a possibilidade de fechamento de mercado diante do fato de que a maior consumidora de autopeças eletrônicas da Coreia (Hyundai) estaria integrada com a maior produtora de autopeças eletrônicas do país (Autonet)**.

195. A operação, no entanto, dava-se no seguinte contexto: a compra da Autonet atendia a um consórcio firmado entre Hyundai e Siemens para o desenvolvimento tecnológico no setor de autopeças eletrônicas. Assim, a autoridade de concorrência daquele país entendeu que o **desinvestimento – ainda que parcial – dos ativos da Autonet comprometeria os ganhos de eficiência intentados com a operação**. Nesse sentido, entendeu pela aplicação das seguintes medidas: **adoção de um programa de negociação justa, com orientações sobre condutas discriminatórias contra concorrentes, e a obrigação de informar à autoridade sobre todas as negociações com concorrentes da Autonet por três anos**.

196. O CADE também vem realizando tais ponderações. Nesse sentido, v. a decisão conjunta dos Atos de Concentração nº 08012.005789/2008-23 e nº 53500.012477/2008 (Requerentes: Telemar Norte Leste S.A. – Oi; Brasil Telecom S.A. – BrT e outras), referente à aquisição indireta de controle do Grupo Brasil Telecom pelo Grupo Oi.

197. Naquele caso, foi identificada relação vertical entre os mercados de varejo e atacado no setor de telecomunicações. No entanto, além dos ganhos de eficiência para o consumidor, a operação já previa uma série de mecanismos que mitigariam as preocupações concorrenciais, tais como **a criação de uma gerência comercial, responsável por garantir a oferta a outros players; adoção de processos de celeridade no atendimento aos usuários; criação de um sistema de controle de fila e sequenciamento de pedidos, permitindo identificar as solicitações internas e de outras áreas da prestadora ofertante; e criação de um sistema de divulgação e publicidade das ofertas de atacado, já com prazos, preços e condições comerciais relacionadas.** Além disso, também já existiam diretrizes regulatórias lançadas pela ANATEL, relativas ao Plano Nacional de Banda Larga.

198. Assim, a atuação do CADE deve ser buscar uma “solução negociada, (...) **criando regras de procedimentalização de mecanismos como os acima mencionados**, aprimorando-os, por meio do monitoramento da conduta das requerentes.

199. Como já pude asseverar no presente voto, em **mercados regulados** há que se **observar com mais profundidade as medidas tomadas, já que a regulação alberga outros valores que não só a concorrência.** Além disso, as medidas da autoridade de concorrência devem permitir certa mobilidade, para que o compasso regulação/concorrência não tenha mais zonas de confronto do que de convergência.

200. Ressalto aqui as observações do ex-Conselheiro do CADE Ricardo Cueva de que há, entre a defesa da concorrência e a regulação, “uma inegável relação de complementaridade, na qual cada uma das instituições atua exatamente nos limites que suas respectivas legislações lhes impõem”. (Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17; Representante: SDE; Representadas: Santos Brasil S/A – TECON Terminal de Contêineres e outros). Assim, a autoridade de defesa da concorrência teria, pois, um papel de adotar mecanismos que instituíam isonomia, transparência e garantia de acesso nos mercados envolvidos, e que criem uma estrutura de desestímulo a comportamentos abusivos por parte das Requerentes.

201. Portanto, concluo que a melhor opção para o presente caso é a aplicação de mecanismos que criem uma estrutura de desestímulo a condutas anticompetitivas pela nova companhia.

14. O ACORDO NEGOCIADO COM AS REQUERENTES

202. Diante de toda a análise desenvolvida ao longo desse voto e, considerando as informações trazidas aos autos por esforço instrutório da Superintendência-Geral desse Conselho e pelas contribuições de terceiros interessados, foi elaborado um Acordo em Controle de Concentrações que endereçasse **todos os problemas concorrenciais apontados.**

14.1. Aspectos principiológicos do Acordo

203. O primeiro aspecto a ser destacado é **que o CADE** considera a sua decisão autônoma, não vinculando nem substituindo eventuais exigências regulatórias aplicáveis à operação em exame, resguardando-se por igual turno a possibilidade de revisão dos termos do presente acordo caso haja decisão ou regulamentação que impacte a viabilidade do seu cumprimento, conforme aqui acordado.

204. Por outro lado, as Compromissárias reconhecem que, na forma da lei, cláusulas de exclusividade e preferência podem, em determinados casos, ser relevantes para uma análise de abuso de posição dominante em relação às atividades de programação e distribuição acima relacionadas, sempre a depender de uma análise caso a caso dentro dos melhores critérios do direito da concorrência.

205. Também, as Compromissárias atestam que apresentaram substancialmente todos os contratos atualmente vigentes, os quais integram anexo confidencial do presente termo e servirão de base para avaliação do cumprimento do presente acordo e eventual aplicação de penalidades.

14.2. Separação estrutural

206. AT&T se compromete a manter a Sky Brasil e as Programadoras de Canais TW como **peças jurídicas separadas** e com estruturas de administração e governança próprias, **não sendo permitida a troca de informações concorrenciais sensíveis ou que possam implicar discriminação entre agentes que não façam parte do grupo econômico das Compromissárias.**

207. A separação proposta inviabiliza o alinhamento de comportamentos no mercado, ou seja, as duas empresas continuaram atuando como **agentes autônomos.**

14.3. Compromisso de não-discriminação

208. Ao longo instrução vários agentes consultados manifestaram preocupações em razão de a Operação proposta ter potencial de gerar substantivos prejuízos à concorrência, criando incentivos para que as Requerentes adotem condutas discriminatórias contra rivais nos mercados de operação de TV por Assinatura.

209. Em verdade, foi possível observar assimetria entre contratantes no mercado em questão. A SKY, na qualidade de operadora com poder de mercado, consegue impor condições que programadoras sem poder de mercado não conseguem contrapor. A operação e a consequente verticalização com a TW, resultaria a SKY um reforço nesta condição de assimetria em relação às programadoras, uma vez que a SKY se tornaria menos dependente de conteúdo programado por terceiros para a composição de seus pacotes, além de detentor de parcela significativa do mercado de distribuição.

210. Da mesma forma, as negociações com a TW podem ser fortemente afetadas com a presente operação, podendo resultar em elevação de preços, visando a aumentar os custos dos concorrentes e novas exigências de carregamento de conjunto de canais em determinados planos/pacotes. Como decorrência da integração vertical, a SKY pode, por exemplo, se valer do alinhamento de interesses com a programadora do seu grupo econômico e conseguir o conteúdo TW em condições mais vantajosas do que as outras operadoras rivais.

211. Portanto, indo ao encontro da regulação, **o Acordo negociado com as Requerentes estabelece a obrigação de observar parâmetros objetivos de não-discriminação, mais abrangentes que os deveres legais usuais.** Nesse sentido, **as Requerentes se comprometeram a formalizar todos os acordos de licenciamento de Canais de Programação das Programadoras de Canais TW, e todos os acordos da Sky Brasil de licenciamento de Canais de Programação.**

212. No **acesso aos canais de programação da TW**, a AT&T compromete-se a fazer com que as Programadoras de Canais TW ofereçam a todas Empacotadoras e Prestadoras de TV por Assinatura não-afiliadas todos os Canais de Programação licenciados pelas Programadoras de Canais TW à SKY, para distribuição por meio de seu Serviço de TV por Assinatura, mediante condições não-discriminatórias.

213. No **licenciamento de Canais de Programação para o empacotamento e distribuição no Serviço de TV por Assinatura**, a Sky Brasil não se recusará a transmitir, ou impor termos para transmitir (inclusive no tocante a preço, termos ou outras condições), que possam ser

considerados discriminatórios em relação às provedoras de Canais de Programação não-Afiliadas à AT&T, se comparados com aqueles aplicáveis às Programadoras de Canais TW.

214. No entanto, segundo informações fornecidas pelas próprias Requerentes, os valores de contratação podem ser diferentes, **considerando a quantidade de canais obtidos ou o volume de assinantes de uma determinada operadora. Nesse sentido, é importante esclarecer que poderá ser admitida a previsão de cláusulas comerciais não-isonômicas entre as Requerentes e as outras empresas contratantes, desde que seja constatada racionalidade econômica baseada em fatores objetivos.**

14.4. Procedimento de nomeação do consultor de monitoramento independente

215. **A nomeação de um consultor independente tem por fim auxiliar o CADE no monitoramento do cumprimento das obrigações estabelecidas no ACC.**

216. O consultor independente monitorará o cumprimento das obrigações assumidas pelas Compromissárias nesse acordo e reportará ao CADE eventuais descumprimentos. Além disso, caberá ao consultor independente a **elaboração de relatórios semestrais sobre as atividades das Compromissárias**, sobretudo justificativa sobre eventuais discriminações.

217. **Através do consultor independente, as Compromissárias deverão informar ao CADE qualquer pedido de investigação ou denúncia no setor, assim como eventuais reclamações por estar agindo de forma discriminatória.**

218. No caso, paralelamente às atribuições do regulador, haverá um terceiro independente reportando ao CADE peculiaridades no mercado.

14.5. Mecanismo de desestímulo externo à adoção de condutas discriminatórias/exclusionárias – Solução Arbitral

219. As Requerentes propuseram o Acordo em Controle de Concentrações (“ACC”), comprometendo-se a adotar uma solução que visa a assegurar que não serão praticadas condutas discriminatórias ou exclusionárias.

220. Todavia, o estabelecimento de parâmetros mais específicos de não-discriminação imputaria ao CADE um elevado ônus de monitoramento, além de sujeitar a decisão a um alto nível de insegurança e erro, diante da assimetria de informação.

221. Para evitar esses percalços, sem que fosse necessário estabelecer um parâmetro fixo de contratação, o **ACC prevê o recurso à arbitragem**, de forma que, em caso de **recusa das Compromissárias em negociar condições comerciais adequadas para os agentes econômicos não integrados. Veja que ainda que exista a competência regulatória para a mitigação desses conflitos, o CADE opta por uma lógica de reforço, vislumbrando um cenário de eventual ausência ou insuficiência da ação do regulador.**

222. Assim, valendo de critérios de poder de mercado, estabelece-se 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, nos termos do ACC.

223. Importante registrar também que a arbitragem **será custeada, via de regra, pela AT&T, o que não apenas estimula a empresa a cumprir o ACC, mas também impede que elevados custos da arbitragem inibam os concorrentes das Compromissárias e/ou entrantes de denunciarem os obstáculos a contratação, reforçando a efetividade do remédio.** Dessa forma, as Compromissárias arcarão com as custas da câmara de arbitragem e os honorários dos árbitros se o grupo econômico da Prestadora de TV por Assinatura ou o grupo econômico da programadora de Canais de Programação **não tiver mais de 20% de participação em qualquer mercado relevante**, conforme definido no parecer da SG.

224. **Por outro lado, o ACC também se preocupa com comportamentos oportunistas, ao prever que, em caso de o processo arbitral se fundar em informações enganosas e/ou decorrer de má-fé dos concorrentes, a AT&T se exime dos custos da arbitragem, que deverão ser pagos pelo agente que deu causa ao procedimento.**

225. Preocupações com a renovação dos contratos, suscitadas por alguns agentes do mercado de TV por Assinatura, também foram contempladas pelo remédio, na medida em que **o acordo além de prever a formalização de todos os contratos, também obriga às Compromissárias a manter as condições contratuais vigentes sem solução de continuidade dos serviços prestados enquanto não houver solução definitiva.**

14.6. Mecanismo de estímulo ao cumprimento das obrigações estabelecidas – cominação de penalidades

226. Como forma de se assegurar que as Compromissárias irão cumprir as obrigações ora estabelecidas, bem como regulamentar como se dará esse cumprimento, foram estabelecidos padrões de penalidades a serem aplicadas caso se observe o descumprimento de cada uma das obrigações.

227. **Caso o CADE, com base em sentenças arbitrais e/ou outras situações confirmadas de descumprimento deste Acordo ("Eventos"), constate a adoção de estratégias discriminatórias ou de fechamento de mercado por parte das Compromissárias, sem prejuízo da abertura de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infração à ordem econômica e das demais cominações legais, poderá aplicar penas de:**

- a) Advertência, [ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES];
- b) Multa [ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES]. A multa será calculada de forma proporcional, consoante o número de Eventos.
- c) Prorrogação do prazo deste Acordo [ACESSO RESTRITO ÀS REQUERENTES].

228. O acordo vigorará por 5 (cinco) anos a partir da publicação de sua homologação no Diário Oficial da União.

14.7. Revisão do Acordo

229. É verdade que algumas das características que facilitam a colusão não estão presentes nos mercados afetados, bem como também não se verificou nenhuma conduta coordenada no setor. Contudo, outras características podem ser verificadas, como alta concentração e a inelasticidade da demanda, que tem o potencial de aumentar a simetria entre as duas maiores operadoras de TV por Assinatura, de criar novo fluxo de informações entre uma operadora e uma programadora, reforçando o fluxo já existente entre Globo/SKY e Globo/Telecom Americas e ainda enfraquecer rivais que poderiam contestar a coordenação.

230. Assim, de modo a mitigar a preocupação sobre eventuais condutas coordenadas, o **ACC estabelece que a existência de condenações administrativas por ações discriminatórias, condutas coordenadas ou criação de barreiras à entrada poderá ensejar a revisão**

dos termos do Acordo.

231. Da mesma forma, a presente operação também poderá ser revista pelo Tribunal, de ofício ou mediante provocação de terceiros, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas, **ou não forem alcançados os benefícios visados.**

14.8. Conclusão sobre os mecanismos estabelecidos no Acordo

232. Assim, concluo que o presente Acordo endereça todas as questões concorrenciais levantadas pela presente análise, identificadas pela Superintendência-Geral desse Conselho e apontadas pelos Terceiros Interessados, de maneira a resguardar a livre concorrência em um cenário pós-operação.

233. Importante destacar que a realização de um Acordo em Controle de Concentrações não é um fim em si mesmo, devendo sempre alcançar os objetivos da lei na defesa da concorrência irrestrita. Nesse sentido, a própria Lei nº 12.529/2011 prevê a revisão da aprovação condicionada, de ofício ou mediante provocação da Superintendência-Geral, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.

234. Portanto, o presente Acordo não deve ser tomado como mais um instrumento normativo de eficácia questionável no horizonte de atuação das Requerentes. A preocupação do Conselho não é com o cumprimento “na medida do possível” do Acordo, nem “no que for cabível”, e **sim com a eficácia completa do Acordo em alcançar os objetivos estabelecidos.** Entendo que a adoção de quaisquer atos ou fatos que interfiram ou mesmo inviabilizem a efetividade do Acordo representam (i) hipóteses de descumprimento substancial dos termos ora fixados ou, ainda, (ii) fatos novos a demonstrar a inadequação do presente Acordo em atingir o objetivo de manutenção dos níveis de concorrência do mercado, o que ensejará sua revisão.

235. Nesse sentido já se manifestou este Tribunal no julgamento da Averiguação Preliminar nº 08012.011881/2007-41 (Representante: COMGAS; Representadas: Consórcio Gemini, GNL Gemini e outras), **ocasião na qual se entendeu que a impugnação judicial da decisão pelas requerentes, com a consequente decisão liminar de suspensão de parte da decisão do CADE, resultou em não cumprimento e inocuidade da decisão, cabendo ao Conselho proferir nova decisão em sede de controle de estruturas.**

236. Ainda, **deve a Superintendência olhar com bastante atenção aos movimentos nesse mercado, já que eventuais processos de conduta impactam até mesmo a validade do presente acordo.**

237. Por fim, há se de cobrar uma atuação detida dos agentes reguladores na efetividade das políticas públicas visadas. Buscar desde o conteúdo nacional exigido em lei, até mesmo a interpretação e efetividade das integrações verticais desejadas e/ou permitidas. As competências devem ser exercidas, não se admitindo nesse mercado um regulador que se isente das suas responsabilidades. Dessa forma, entendo que a aprovação da Operação pelo Cade não significa que tenha reconhecido da licitude da integração perante o art. 5º da Lei do SeAC. Caso haja manifestação das Agências pela violação do referido dispositivo, não haverá ofensa à coisa julgada administrativa formada pela decisão do Cade.

15. CONCLUSÃO

238. Por todo o exposto, concluo pela aprovação do presente ato de concentração, condicionada à assinatura e cumprimento do Acordo em Controle de Concentração em anexo (SEI nº 0398922).

239. Além disso, determino o envio de cópia da presente decisão e do referido Acordo à Agência Nacional do Cinema (ANCINE) e Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), para ciência e tomada de providências.

É o voto.

Brasília, 18 de outubro de 2017.

GILVANDRO VASCONCELOS C. DE ARAUJO

Conselheiro-Relator

[1] Convergence is producing structural shifts in media industries that go well beyond simple notions of telecommunication and audio-visual services ‘coming together’ (...). **Convergence is a solvent that dissolves broadcasting, postal and telephone networks, cinema, newspaper and book publishing, photography, musical recording, calendars, clocks, and money into One Big (distributed) Medium.** From this high-level perspective, the line between basic telecommunications and audio-visual services looks very thin and frail indeed. However, each of the traditional media will be affected by convergence at a different pace and in a different way”. (MUELLER, Milton, **Convergence: a reality check**, in: The WTO and Global Convergence in Telecommunications and Audio-Visual Services. GÉRADIN, Damien e LUFF, David., New York: Cambridge University Press, 2004, p. 311).

[2] “Convergence, whether between fixed and mobile, telecoms and broadcasting or telecoms and OTT, inevitably leads to service bundles. These enable consumers to benefit from integrated offers, but may lead to the exclusion of other operators unable to offer the full range of services. This situation calls for telecom regulators and competition authorities to advance regulatory reform, with a view to applying the same rules if similar services are being provided, thus guaranteeing technological neutrality”. (OECD. **Digital Economy Outlook 2015**, OECD Publishing, Paris, 2015, p. 68).

[3] LENHARI, Luciana Cristina; QUADROS, Ruy. “Estratégias de Diversificação das Empresas de Telefonia Fixa frente à Convergência Digital nos Serviços de Telecomunicações – o Caso da Telefônica”, ALTEC, 2007, BUENOS AIRES

[4] Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/TV-and-broadcasting2013.pdf>

[5] Disponível em: http://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorialstelecom2/pagina_2.asp

[6] SOBRINHO, G. A.; ACIR, E. Agenciamentos entre ficção seriada televisiva e novas mídias: uma introdução ao campo das narrativas transmidiáticas Conexão – Comunicação e Cultura, UCS, Caxias do Sul, v. 10, n. 20, jul./dez. 2011.

[7] “Looking at the configuration of this global media core we can observe four inter-related trends: (i) Media ownership is increasingly concentrated. (ii) At the same time, media conglomerates are now able to deliver a diversity of products over one platform as well as one product

over a diversity of platforms. They also form new products by the combination of digital portions of different products. (iii) The customization and segmentation of audiences in order to maximize advertising revenues is encouraged by the fluid movement of communication products across platforms; (iv) Finally, the extent to which these strategies are successful is determined by the ability of internal media networks to find optimal economies of synergy that take advantage of the changing communications environment". CASTELLS, Manuel, Communication Power, New York: **Oxford University Press**, 2009, p. 75).

[8] Décision 12-DCC-100 du 23 juillet 2012

[9] Até a data de assinatura do presente voto, EUA ainda não tinha proferido decisão.



Documento assinado eletronicamente por **Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, Conselheiro(a)**, em 23/10/2017, às 09:54, 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 **0399995** e o código CRC **8B95F7A1**.