

**ANÁLISE Nº 91/2017/SEI/AD**

Processo nº 53500.026491/2016-10

Interessado: Sky Brasil Serviços Ltda.

**CONSELHEIRO**

Aníbal Diniz

**1. ASSUNTO**

1.1. Manifestação requerida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), nos termos do art. 13, inciso VI, alínea "a" da Lei nº 12.529/2011, para auxiliar na instrução do Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14, e avaliação dos impactos regulatórios, referente à operação de aquisição da Time Warner Inc. ("Time Warner") pela AT&T Inc. ("AT&T"), controladora indireta da Sky Serviços de Banda Larga Ltda. (SKY), cujas empresas possuem outorgas do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), do Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) e do Serviço Limitado Privado (SLP), entre outras.

**2. EMENTA**

SUBSÍDIOS AO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). AQUISIÇÃO DA TIME WARNER PELA AT&T. AVALIAÇÃO DOS ASPECTOS CONCORRENCIAS E REGULATÓRIOS DA OPERAÇÃO. RECOMENDAÇÃO DE ADOÇÃO DE REMÉDIOS. PELO ENCAMINHAMENTO DE RESPOSTA AO CADE. DETERMINAÇÕES À SUPERINTENDÊNCIA DE COMPETIÇÃO (SCP) CASO A OPERAÇÃO SEJA APROVADA PELO CADE.

2.1. Pelo encaminhamento de resposta ao CADE, que é o órgão competente para apreciar os aspectos concorrenciais, com as considerações à operação de aquisição da Time Warner pela AT&T, contidas na presente análise, inclusive a adoção dos remédios para mitigar os riscos anticoncorrenciais diagnosticados.

2.2. Caso a operação seja aprovada pelo CADE, determinar à Superintendência de Competição (SCP) que inaugurem processo específico com o fito de apurar se o arranjo societário decorrente contraria a Lei do SeAC e os dispositivos regulatórios afetos à competência da Anatel.

**3. REFERÊNCIAS**

- 3.1. Lei nº 9.472, 16 de julho de 1997 – Lei Geral de Telecomunicações;
- 3.2. Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001;
- 3.3. Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011;
- 3.4. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011;
- 3.5. Resolução nº 101, de 04 de fevereiro de 1999 - Regulamento para Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações;
- 3.6. Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013 – Regimento Interno da Anatel;
- 3.7. Portaria nº 642, de 26 de julho de 2013, alterada parcialmente pela Portaria nº 739, de 11 de setembro de 2013;
- 3.8. Informe nº 361/2015-PRRE/CPOE/SPR/SCP, de 10 de dezembro de 2015;

- 3.9. Informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP, de 19 de abril de 2017;
- 3.10. Informe nº 22/2017/SEI/CPOE/SCP, de 12 de maio de 2017;
- 3.11. Parecer nº 00302/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU, de 4 de maio de 2017.

#### 4. RELATÓRIO

##### DOS FATOS

4.1. Em 31/10/2016, por meio do Ofício nº 506/2016/SEI/CPOE/SCP-ANATEL, o presente processo teve seu primeiro ato, por meio do qual, a Área Técnica da Agência, em referência aos fatos noticiados nos meios de comunicação sobre a aquisição da Time Warner Inc. pela AT&T Inc., alertou a Sky Brasil Serviços Ltda. acerca da necessidade de observância da regulamentação setorial e da Lei nº 12.485/2011, na hipótese de transferência de controle ou de alterações da forma de distribuição de conteúdo, respectivamente.

4.2. Em 08/11/2016, por meio de petição, a Sky Brasil Serviços Ltda. respondeu que a operação mencionada não traria repercussões sobre a composição de seu controle societário, nem direta nem indiretamente.

4.3. Em 24/03/2017, a SKY informou à Agência sobre a apresentação de ato de concentração perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e manteve a posição de que a operação de aquisição da Time Warner pela AT&T não terá consequências sobre seu controle societário.

4.4. Em 03/04/2017, por meio do Ofício nº 1785/2017, a Superintendência Geral do CADE solicitou manifestação da Anatel acerca da mencionada operação, com base no art. 13, inciso VI, alínea “a” da Lei nº 12.529/2011, ressaltando que aquele órgão está analisando o ato de concentração entre Warner Inc. pela AT&T Inc. apenas sob os aspectos deste diploma legal, sem considerar a análise o artigo 5º, da Lei 12.485/2011, dado os limites de sua competência, nos seguintes termos:

*Encontra-se em análise na Superintendência Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) o Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14 que trata da aquisição total de controle da **Time Warner Inc.** pela **AT&T Inc.**, nos termos do Formulário de Notificação anexo à presente comunicação.*

*A fim de auxiliar a instrução do processo, nos termos do art. 13, inciso VI, alínea “a” da Lei nº 12.529/2011, **solicita-se manifestação de V. Sa. acerca da operação.***

*Solicita-se que a resposta seja enviada até o dia **04 de maio de 2017** em meio digital para os emails [cgaa4@cade.gov.br](mailto:cgaa4@cade.gov.br) e [protocolo@cade.gov.br](mailto:protocolo@cade.gov.br) e que uma versão física seja remetida por correio ou protocolado pessoalmente na sede do Cade em até 05 (cinco) dias após seu envio em formato eletrônico.*

*Ressalta-se que esta Superintendência-Geral está analisando esse ato de concentração apenas sob os aspectos da Lei 12.529/2011. Dessa forma, não está sendo considerado na análise o artigo 5º da Lei 12.485/2011, pois considera-se que esse artigo trata de aspectos regulatórios que não são de competência do Cade.*

*Caso haja entendimento de que as informações demandas são sigilosas, deverá ser apresentada solicitação de acesso restrito, nos termos dos art. 53 a 56 do Regimento Interno do Cade. Neste caso, as respostas devem ser apresentadas em dois documentos: (i) **uma versão integral**, classificada como **ACESSO RESTRITO** e (ii) uma versão classificada como **PÚBLICA**, a qual deve ser editada com a omissão ou rasura das informações consideradas sigilosas.*

4.5. Em 19/04/2017, por meio do Informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP, a Área Técnica competente instruiu os autos baseados tanto no tema concorrencial, de interesse do CADE, quanto no tema regulatório, chegando as seguintes conclusões: (i) pelo encaminhamento de manifestação favorável em termos concorrenciais ao CADE, considerando a pressão competitiva exercida pelos

serviços Over the Top (OTTs) e a improbabilidade de discriminação das demais prestadoras de SeAC; (ii) pela inexistência de alteração da estrutura societária da SKY; e (iii) pelo entendimento de não há ofensas ao art. 5º, da Lei nº 12.485/2011, pois a sede da programadora Time Warner Inc. está localizada em Nova Iorque, Nova Iorque - EUA.

4.6. Em 25/04/2017, por meio do Ofício nº 134/2017/SEI/CPOE/SCP-ANATEL, a Área Técnica encaminhou solicitação de dilação de prazo, por 20 (vinte) dias, para a instrução dos autos ao Superintendente Geral do CADE.

4.7. Em 04/05/2017, por meio do Parecer nº 00302/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU, a Procuradoria da Anatel emitiu seu opinativo com as seguintes conclusões: (i) pela desnecessidade de anuência prévia, dada a inexistência de transferência de controle; (ii) pela existência de indícios de violação do art. 5º, da Lei nº 12.485/2011; (iii) pela imediata instrução para prestar informações ao CADE e posterior adoção de medidas para garantir o cumprimento do art. 5º, da Lei nº 12.485/2011; e (iv) pela complementação da análise concorrencial realizada nos autos.

4.8. Em 12/05/2017, por meio do Informe nº 22/2017/SEI/CPOE/SCP, a Área Técnica complementou a instrução após o parecer jurídico, mantendo posição quanto aos aspectos concorrenciais, e reconheceu a existência de controvérsia acerca da aplicação do art. 5º, da Lei nº 12.485/2011 ao caso concreto, e, conseqüentemente, solicitou o desmembramento do mérito do processo, assim como a Procuradoria, de forma a prestar de imediato as informações ao CADE e, em momento posterior, realizar a análise regulatória definitiva.

4.9. Em 18/05/2017, fui sorteado como relator da matéria para submissão à deliberação do colegiado.

4.10. Em 23/05/2017, o Presidente da Agência encaminhou o Ofício nº 13/2017/SEI/PR-ANATEL para o Superintendente Geral do CADE solicitando nova dilação de prazo, por 15 (quinze) dias, contados a partir de 24/05/2017.

4.11. É a breve síntese dos fatos.

#### **DA ANÁLISE**

4.12. Cuida-se de processo instaurado para avaliação dos aspectos regulatórios e concorrenciais da operação de aquisição da Time Warner pela AT&T, controladora indireta da SKY, como sucessora por incorporação da Sky Brasil Serviços Ltda., e demais prestadoras do grupo, que possuem outorgas do SeAC, do SCM, do SLP, entre outras.

#### **Da operação e dos aspectos regulatórios**

4.13. Conforme delineado pela Área Técnica, a operação consiste na aquisição do controle societário da Time Warner pela AT&T nos EUA, conforme as cadeias societárias já avaliadas nos autos por meio do SEI nº 1368054 e do SEI nº 1368072, sobre a qual já se pode inferir, indubitavelmente, as seguintes características:

- a) inexistência de transferência de controle sobre as prestadoras de serviços de telecomunicações controladas indiretamente pela AT&T no Brasil, nos termos da Resolução nº 101/1999;
- b) estabelecimento de uma espécie de coligação ou de controle comum entre a SKY e a Time Warner, caracterizando relação vertical entre os dois grupos, cuja operação não está alcançada pelo sistema de controle preventivo da Resolução nº 101/1999;
- c) nos mesmos moldes, inexistência de transferência de outorgas entre prestadoras ou entre estas e empresas envolvidas na operação;
- d) ausência de participação cruzada entre prestadoras de serviços de

telecomunicações, comprovada a não detenção de outorgas por parte de empresas sob controle da Time Warner no Brasil.

4.14. Diante desse cenário, pode-se afirmar que as especificações societárias da operação, de fato, não demandam sua apresentação em sede de anuência prévia, tal qual o instituto foi desenhado na regulamentação setorial, mas que tal conclusão não significa que a Agência não tenha condições de recorrer a outros instrumentos processuais, no caso de a operação vir a ferir algum preceito legal sob sua competência.

4.15. Delineados esses aspectos regulatórios da operação, parto para o cerne da questão regulatória do caso em análise: o alcance das restrições impostas no art. 5º, da Lei nº 12.485/2011, sobre a operação em análise. Conforme prevê o dispositivo legal, existe nitidamente uma vedação à verticalização da cadeia de valor que envolve prestadoras de telecomunicações, empresas radiodifusoras, produtoras e programadoras:

Art. 5o O controle ou a titularidade de participação superior a 50% (cinquenta por cento) do capital total e votante de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e por produtoras e programadoras com sede no Brasil, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços.

§ 1o O controle ou a titularidade de participação superior a 30% (trinta por cento) do capital total e votante de concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e de produtoras e programadoras com sede no Brasil não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços.

4.16. No presente caso, entretanto, o que se está a discutir é o alcance dessa vedação, que se transformou em objeto de divergência em decorrência da qualificação atribuída às produtoras e programadoras que estão abrangidas pelo comando legal, ou seja, aquelas com "sede no Brasil", não pairando incertezas quanto ao estabelecimento do vínculo societário, por meio de controle comum, entre a prestadora de telecomunicações Sky e a programadora Time Warner.

4.17. Em sua primeira intervenção, a Área Técnica defendeu que as limitações impostas pelo regime do SeAC não alcançavam a presente operação pelo fato da programadora envolvida, no caso a Time Warner, não ter sede no Brasil, mas apenas manter-se e atuar no país por meio de subsidiárias integrais:

Informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP:

3.30. A partir de uma primeira análise entender-se-ia que tal operação estaria infringindo o art. 5º, da Lei do SeAC, supratranscrito, uma vez que a prestadora de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, in casu, o Grupo Sky, teria o controle comum da AT&T, que deterá o controle totalitário de uma produtora e programadora de conteúdo no exterior. Todavia, há que se ressaltar que a Time Warner tem sede em Nova Iorque (Nova Iorque - EUA) e os seus negócios no exterior e no Brasil são conduzidos por uma série de diferentes subsidiárias do Grupo Time Warner, conforme descrito na Etapa I e nos itens II.5 e II.9, do Formulário Procedimento Não-Sumário do Ato de Concentração nº 0870.001390/2017-14 apresentado ao CADE.

3.31. Logo, a operação que resultará na relação vertical entre as atividades de produção e programação de conteúdo do Grupo Time Warner e os serviços de TV por assinatura via satélite prestados pelo Grupo Sky, por meio de empresa sob controle comum, a AT&T, não ensejaria óbices ao atendimento do art. 5º da Lei do SeAC, sob o ponto de vista do mercado brasileiro de prestação de serviços de telecomunicações, uma vez que as 6 (seis) empresas do Grupo Time Warner, que atuam no Brasil, são empresas subsidiárias da Time Warner e não possuem sede no Brasil.

3.32. Neste contexto, não havendo óbices ao atendimento do art. 5º da Lei do SeAC, visto

que a produtora e programadora de conteúdo deve ter sede no Brasil, o que não se verifica no caso ora em estudo, sob o ponto de vista legal e regulamentar não caberia qualquer atuação por parte do órgão regulador das telecomunicações no Brasil.

3.33. Isto porque, repise-se a AT&T exerce o controle indireto do Grupo Sky e, nos termos do art. 5º da Lei do SeAC, esse grupo que presta serviços de telecomunicações no Brasil estaria sob o controle comum de empresa que detém o controle direto do Grupo Time Warner, produtor e programador de conteúdo, com sede em Nova Iorque, Nova Iorque - EUA, e atuação por intermédio de suas subsidiárias integrais no Brasil.

(...)

3.37. Logo, resta claro que a Lei n.º 12.485/2011 trouxe limites à propriedade cruzada e à prestação direta das atividades de produção, programação, empacotamento e distribuição. Destarte, quem distribui ou seja de forma mais ampla presta qualquer serviço de telecomunicações não pode produzir, programar ou prestar serviços de radiodifusão de sons e imagens, desde que sua sede esteja no Brasil, tal como preconiza o art. 5º daquele diploma legal.

3.38. Sendo assim, s.m.j., conclui-se que a operação de aquisição da Time Warner pela AT&T não apresenta óbices legais quanto ao art. 5º, da Lei do SeAC, no tocante às atribuições da Anatel.

4.18. A Procuradoria desenvolveu seus argumentos em duas linhas aparentes para concluir pela existência de indícios de violação do art. 5º, da Lei nº 12.485/2011:

4.18.1. defendeu que o conceito de sede "não pode ser interpretada do ponto de vista material, como o centro das atividades, mas como o registro formal da pessoa jurídica no país", e que, numa interpretação conjunta entre dispositivos da Lei nº 12.485/2011 e normas regulamentares da Agência Nacional do Cinema (ANCINE), existe flexibilização do art. 9º, da mesma lei, para que programadoras estrangeiras possam atuar no Brasil, desde que se sujeitem as mesmas restrições legais impostas às programadoras brasileiras;

Parecer nº 00302/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU:

36. De início, cumpre destacar que, nos termos do art. 9º da Lei do SeAC, "as atividades de produção, programação e empacotamento são livres para empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País". Ou seja, a Lei do SeAC exige que as produtoras e programadoras sejam constituídas sob as leis brasileiras e tenham sede e administração no país.

37. O fato de essas pessoas jurídicas serem subsidiárias integrais de um pessoa jurídica com sede no exterior não significa que essas pessoas jurídicas não tenham sede alguma no Brasil. Uma empresa é subsidiária integral quando é de propriedade de apenas um sócio que também é uma sociedade brasileira. Trata-se de um aspecto relativo ao proprietário da pessoa jurídica.

(...)

39. Assim, a técnica de condicionar o exercício de determinada atividade por meio de uma pessoa jurídica com sede no Brasil possibilita que, mesmo se houver interesse de Grupo Econômico estrangeiro no exercício dessa atividade, quem for explorá-la estará sujeito a todas as restrições definidas pela legislação e regulamentação brasileiras, estando sujeito a ser demandado no Brasil para cumpri-las, independentemente de onde seu proprietário tiver domicílio (no Brasil ou no exterior).

(...)

(...)

45. Sem adentrar no mérito das referidas Instruções Normativas, não há como simplesmente desconsiderá-las. Como já salientado, nos termos do art. 9º da Lei do SeAC, as atividades de produção, programação e empacotamento são livres para empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País. O fato de a Ancine, por meio das aludidas Instruções Normativas, ter flexibilizado essa regra, não tem o condão de afastar a aplicação dos demais dispositivos da Lei. Nesse ponto, aliás, as próprias Instruções Normativas destacaram a óbvia necessidade de cumprimento das disposições constantes da Lei do SeAC

em relação ao art. 5º há, inclusive, menção expressa a ele. Do contrário, estar-se-ia, por ato infralegal, dispensando requisito expresso de lei ordinária e permitindo, por via oblíqua, que as produtoras e programadoras simplesmente se afastassem da incidência de regras legais dirigidas justamente a empresas com sede no Brasil, como é o caso do referido art. 5º da Lei do SeAC.

46. Ou seja, a Ancine, ao flexibilizar o art. 9º da Lei do SeAC, por meio da IN nº 102, de 2012, por óbvio não afastou a necessidade de cumprimento dos demais dispositivos da Lei do SeAC, e nem poderia fazê-lo. Pelo contrário, ressaltou expressamente a necessidade de cumprimento da Lei do SeAC em sua integralidade e garantiu que a pessoa jurídica que exerça atividades de produção, programação e empacotamento no Brasil, mesmo no caso de programação do exterior para o Brasil, seja demandada no Brasil e com base na legislação brasileira (Art. 2º, §§ 1º e 4º da Instrução Normativa nº 102, de 19 de junho de 2012, da ANCINE).

47. Entender de forma diversa seria admitir que o descumprimento do art. 9º da Lei do SeAC ou, in casu, sua flexibilização, permitiria também o descumprimento do art. 5º e de todas as disposições da Lei do SeAC, o que não se pode admitir, sob pena de violação de princípios basilares do direito. Nesse diapasão, não há como considerar, mesmo no âmbito da ANATEL, que as controladas da Time Warner no Brasil não possuem sede no Brasil ou que estão dispensadas do cumprimento do art. 5º da Lei do SeAC.

48. Em outras palavras, a flexibilização do art. 9º da Lei do SeAC pela IN nº 102/2012 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 cumprirem 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.

4.18.2. no mesmo arrazoado, entendeu que as subsidiárias da Time Warner no Brasil podem exercer, elas próprias, atividades de produção e programação, ainda que tenha recomendado melhor instrução dos autos nesse ponto específico.

Parecer nº 00302/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU:

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.

4.19. Sobre a primeira linha de argumentação, que defende o alcance da lei mesmo sobre programadoras que exercem suas atividades do exterior para o Brasil, a Área Técnica, preliminarmente, esclareceu que se restringiu anteriormente ao arcabouço normativo editado pela Agência, citando exemplos de julgados deste Conselho que estabeleceriam limite à atuação da Anatel no que se refere à disciplina estabelecida pela Lei nº 12.485/2011, o que se revelou como um indicativo de que não seria apropriado recorrer ao regramento normativo de outra agência reguladora para resolver um aparente conflito do dispositivo legal com a existência do mercado de programação estrangeira para o Brasil.

4.20. Continuando, a Área Técnica manteve sua posição de que existem dois *players* distintos, a programadora estrangeira e a programadora brasileira, que não se confundem, e, nesse

sentido, advertiu que, ao se apoiar uma decisão sobre o regramento infra legal do mercado de programação estrangeira para o Brasil produzido por outra Agência, toma-se certo risco de instabilidade regulatória, caso o outro ente regulador resolva modificá-lo:

Informe nº 22/2017/SEI/CPOE/SCP:

3.42. Entende-se necessária uma derradeira ponderação. No âmbito de suas competências como órgão regulador das atividades de programação e empacotamento, a ANCINE disciplinou o exercício dessas atividades, estipulando inclusive as condições referentes à atuação no mercado de programação estrangeira para o Brasil, em conformidade com as INs mencionadas ao longo do presente tópico. Considerando que não se trata de matéria disciplinada por lei, é possível admitir que, a qualquer momento, o entendimento daquele órgão regulador sobre esse específico mercado pode ser modificado, parcial ou totalmente, via edição de nova regulamentação, ou mesmo as regras vigentes podem ser interpretadas por sua Diretoria de modo a considerar as peculiaridades de cada concreto por ela apreciado. Nesse sentido, no entender desta área técnica, a linha de argumentação adotada pela PFE-Anatel, que considerou o mercado desenhado pela ANCINE, segundo tais INs, exigiria maior reflexão do órgão regulador das telecomunicações, a fim de evitar que as decisões a serem tomadas em sua alçada fiquem expostas a fragilidades dessa natureza, isto é, posterior modificação e/ou interpretação das normas de outro regulador. Por fim, a delimitação feita pelos precedentes do Conselho Diretor citados inicialmente, de certo modo, preserva as competências da Anatel, protegendo sua atuação dessas vulnerabilidades mencionadas.

3.43 Diante de todo o exposto, esta área técnica reconhece a existência de uma controvérsia acerca da aplicação do art. 5º da Lei n.º 12.485, de 2011, ao caso em estudo. Sendo assim, considerando a necessidade de se buscar subsídios que confirmem os argumentos ora aduzidos, sugere-se a este i. Colegiado que a referida matéria seja deliberada em momento oportuno, de modo que a Superintendência de Competição possa complementar a instrução do feito quanto aos indícios de ofensa ao referido dispositivo verificados pela PFE-Anatel, com fito de esclarecer junto ao ente regulador do mercado de programação as ponderações aqui relatadas.

4.21. Quanto à segunda linha de argumentação, sobre o exercício de atividades de programação pelas próprias subsidiárias da Time Warner no Brasil, a Área Técnica alegou a necessidade de apuração dessa condição e, defendeu, no caso de se chegar a um resultado positivo, que tais empresas estariam sim abarcadas pelas restrições da disciplina do SeAC.

4.22. Considerando os argumentos expostos na presente análise, bem como a necessária ponderação quanto à necessária observância da Lei do SeAC no caso concreto, entendo que caso a operação seja aprovada pelo CADE, que é o órgão competente para apreciar os aspectos concorrenciais, faz-se necessário que seja determinado à Superintendência de Competição, que instaurem um processo administrativo específico visando a apuração de eventual contrariedade aos dispositivos da Lei do SeAC e regulatórios no caso da decorrente operação societária, no âmbito da competência da Anatel.

4.23. Tal entendimento enseja a propositura das seguintes providências da mencionada superintendência:

- a) realizar uma interpretação sistemática dos artigos da Lei do SeAC para averiguar se resulta controle societário cruzado vedado pelo referido diploma legal, caso aprovada seja a operação;
- b) complementar a instrução processual acerca das atividades de programação exercidas pelas próprias subsidiárias da Time Warner no Brasil, nos termos do itens 3.37 e 3.43., do Informe nº 22/2017/SEI/CPOE/SCP, e também do item 35, do Parecer nº 00302/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU.

## Dos aspectos concorrenciais

4.24. Conforme já se depreendeu da presente análise, em termos concorrenciais, a operação representa uma integração vertical avaliada em sede de controle preventivo de estruturas de mercado no CADE, e cabe à Anatel apresentar os subsídios necessários àquele órgão de defesa da concorrência acerca dos possíveis efeitos da operação sobre o mercado de distribuição de conteúdo, sensível aos prováveis ganhos de eficiência que podem decorrer da operação, mas atenta a uma eventual utilização da mesma como instrumento de fechamento de mercado.

4.25. Evitando oscilações entre o rigor e a absoluta tolerância em relação ao controle vertical que haveria após a conclusão da operação, faz-se necessário iniciar com uma breve excursão pelas estruturas de mercado envolvidas na operação: considera-se que permanecemos, num horizonte de prazo não desprezível, diante de duopólios de difícil contestabilidade, tanto no mercado *upstream* quanto no mercado sob regulação da Anatel.

4.26. Ainda que numa avaliação bastante agregada da dimensão geográfica dos mercados relevantes, recorro à instruções técnicas recentes da Agência tanto para avaliação da estrutura do mercado de programação e licenciamento de canais, quanto para demonstrar a estrutura no mercado *downstream* de distribuição.

*Nota Técnica Conjunta Anatel-Ancine:*

*Com relação ao número de concorrentes, observa-se, no mercado de TV por assinatura brasileiro, a presença de 40 programadoras que oferecem 200 canais em SD e HD. Contudo, não se pode dizer que se trata de um mercado desconcentrado, pois muitos desses canais pertencem ao mesmo grupo econômico e tal fato pode trazer impactos à competitividade no segmento. (pags. 7 e 8)*

*(...). Como se pode facilmente perceber, dois grupos se destacam: Time Warner e Globo. Juntos, concentram 59,7% dos canais de programação. (pag. 10)*

4.27. Depreende-se, portanto, haver detenção de posição dominante por parte das empresas envolvidas na presente operação, tanto a montante quanto a jusante, devido as relevantes e estáveis participações de mercado detidas, às enormes economias de escala existentes em ambos os mercados, e ao controle sobre insumo que, apesar da instrução técnica pela crescente pressão competitiva dos serviços OTT, ainda é imprescindível para uma entrada efetiva no mercado de TV por assinatura.

4.28. Sobre esse último ponto, também é relevante recordar que, mesmo diante do crescimento dos serviços OTT, a essencialidade de determinados tipos de conteúdos ou canais advoga por uma noção de substitubilidade no mercado *upstream* pouco convencional e muito complexa: por exemplo, seria difícil admitir que um contumaz telespectador de jogos de tênis abrisse mão de um canal de esportes mais especializado por conteúdos dispersos em plataformas na internet. E não vejo margem para dúvidas de que essa essencialidade está presente em muitos dos canais distribuídos pela Time Warner no Brasil, elevando o custo de troca de muitos players no mercado *downstream*.

Avaliação de impacto regulatório da proposta de PGMC:

Com relação ao conteúdo, o mercado de TV por assinatura é marcado por uma forte diferenciação de produtos. A segmentação de temáticas e formatos que usualmente é observada nos diferentes produtos audiovisuais se estende aos tipos de canais de programação e aos pacotes de TV por assinatura, afetando o padrão concorrencial do mercado.

Avaliação de impacto regulatório da proposta de PGMC:

Produtos que poderiam ser apontados como possíveis substitutos do serviço de TV por assinatura seriam os serviços de vídeo on demand (VOD), que incluem os serviços prestados pelas redes dedicadas das operadoras de TV por assinatura, como o Now da Net e o On Demand da GVT, e os aplicativos over-the-top (OTTs), como Netflix e Youtube, que dependem de acesso à banda larga.

(...)



Entretanto, cabe fazer algumas ressalvas. Primeiro, que para ter acesso aos OTTs é necessário ter acesso SCM, segundo que a qualidade desses serviços é dependente da qualidade e da velocidade do SCM, e terceiro que o conteúdo desses serviços não necessariamente são substitutos do conteúdo fornecido via TV por assinatura.

4.29. Assim, há razoabilidade na tese de que a operação caso se concretize, apresentando condições de oferecer um risco de exclusão de concorrentes em mercados locais ou regionais ou de bloqueio de entrada de competidores potenciais nesses mercados, uma vez que o controle vertical entre licenciamento e distribuição de conteúdo pode limitar a capacidade de pequenas prestadoras de TV por assinatura concorrerem por custos e por diferenciação, por tempo suficiente para haver sucesso na conduta.

4.30. Entretanto, advogo que tal risco poderia, em grau suficiente de segurança, ser mitigado pela imposição de remédios no âmbito do ato de concentração, como o estabelecimento de medidas de transparência no licenciamento de canais da Time Warner no Brasil que assegurem a comercialização em bases não discriminatórias e, no limite, a estipulação de restrições de precificação entre regiões com e sem concorrência, no mercado de TV por assinatura.

4.31. Apesar de ser esperadas eficiências produtivas relevantes da operação em análise nos mercados de origem dos dois conglomerados envolvidos, em termos de sinergias operacionais, de redução dos custos de transação e de diminuição de incertezas dos canais de veiculação de conteúdo, ainda são incertos os efeitos sobre o bem estar dos consumidores no Brasil

4.32. Em síntese, diante da possibilidade de ocorrência de comportamentos nocivos à concorrência no mercado de TV por assinatura, proponho o envio de manifestação ao CADE consideradas as questões suscitadas nesta Análise.

## 5. CONCLUSÃO

5.1. Diante do exposto, pelas razões e justificativas constantes da presente Análise, proponho:

5.1.1. Quanto aos aspectos concorrenciais:

a) encaminhar posição ao CADE, que é o órgão competente para apreciar os aspectos concorrenciais, com as considerações à operação de aquisição da Time Warner pela AT&T, contidas na presente análise, inclusive a adoção dos remédios para mitigar os riscos anticoncorrenciais diagnosticados.

5.1.2. Quanto aos aspectos regulatórios, caso a operação seja aprovada pelo CADE, determinar à Superintendência de Competição – SCP que instaure processo específico com o fito de apurar se o arranjo societário decorrente contraria a Lei do SeAC e os dispositivos regulatórios afetos à competência da Anatel, inclusive:

a) realizar uma interpretação sistemática dos artigos da Lei do SeAC para averiguar se resulta controle societário cruzado vedado pelo referido diploma legal, caso aprovada seja a operação;

b) complementar a instrução processual acerca das atividades de programação exercidas pelas próprias subsidiárias da Time Warner no Brasil, nos termos do itens 3.37 e 3.43., do Informe nº 22/2017/SEI/CPOE/SCP, e também do item 35, do Parecer nº 00302/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU.



Documento assinado eletronicamente por **Anibal Diniz, Conselheiro**, em 31/05/2017, às 19:17, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 30, inciso II, da Portaria nº 1.476/2014 da Anatel.



A autenticidade deste documento pode ser conferida em <http://www.anatel.gov.br/autenticidade>, informando o código verificador **1516841** e o código CRC **C9FA33BE**.

---

---

Referência: Processo nº 53500.026491/2016-10

SEI nº 1516841