



Ministério da Justiça e Segurança Pública - MJSP
Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

SEPN 515, Conjunto D, Lote 4, Edifício Carlos Taurisano, - Bairro Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70770-504

Telefone: (61) 3221-8445 - www.cade.gov.br

NOTA TÉCNICA Nº 5/2020/GAB-SG/SG/CADE

Integra esta Nota Técnica o documento intitulado Anexo à Nota Técnica nº 5/2020/GAB-SG/SG/CADE (SEI nº 0837693), o qual contém 51 páginas, na versão de acesso público.

Processo nº 08700.000529/2020-08

Representante: CADE *Ex-Officio*

Representado: Mercado de mídia

Ementa: Procedimento Preparatório. Mercado de serviços de publicidade e mercado de venda de tempo/espaço para publicidade em veículos de comunicação. Instauração de Inquérito Administrativo para apurar supostas condutas anticoncorrenciais praticadas nos segmentos de televisão e de plataformas digitais. Necessidade de abertura de autos próprios para a investigação em plataformas digitais. Adoção de medida preventiva.

I. Relatório

1. Trata-se de Procedimento Preparatório instaurado em 06/02/2020, pelo Despacho SG Instauração Procedimento Preparatório nº 12/2020 (SEI nº 0716686), para investigar possíveis práticas anticompetitivas no setor de publicidade e propaganda.

2. Na fase preliminar de consulta ao mercado, durante a qual foi determinado acesso restrito ao CADE nos autos, foram expedidos ofícios para agentes envolvidos no mercado de publicidade, assim segmentados: veículos de mídia (emissoras de televisão), agências de publicidade e clientes (compradores de serviços de publicidade e mídia). Nos ofícios enviados às agências de publicidade, foram solicitadas, dentre outras, informações sobre contratos firmados entre agências e veículos de mídia, com a respectiva exibição do instrumento contratual, além de dados sobre a remuneração dos contratos e a representatividade dos valores no faturamento das agências.

3. Com fundamento no 13, VI, "a" da Lei nº 12.529/2011, foram expedidos novos ofícios inadmitindo as justificativas apresentadas e concedendo prazo peremptório de 48 horas para que as pessoas jurídicas oficiadas completassem as respostas enviadas com as informações

faltantes. Somente uma das agências oficiadas respondeu o questionário de forma completa, sendo que as demais se recusaram, inicialmente, a fornecer as informações relacionadas a tais contratos. As justificativas apresentadas, aventavam, em sua maioria, a natureza sigilosa dos dados como escusa para a não exibição dos documentos.

4. Com o atendimento às requisições, deu-se continuidade à instrução processual, com a identificação de práticas que, na forma do art.66, §2º da Lei nº 12.529/2011, podem consubstanciar infrações incluídas na matéria de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

VII. Conclusões

5. Conclui-se pela existência de indícios de que pode ter sido praticada conduta anticoncorrencial por parte do Grupo Globo Comunicações. Tal suposta conduta, se comprovada, pode caracterizar infração à ordem econômica de abuso de posição dominante e dominação de mercado relevante nos termos dos incisos II e IV, e incisos IV e X do § 3º, todos do artigo 36 da Lei 12.529/2011.

6. Pelos motivos acima, decide-se pela **instauração de Inquérito Administrativo em desfavor do Grupo Globo Comunicações** consoante os artigos 13, III, e 66 e seguintes, da Lei nº 12.529/2011 c/c os artigos 140 e seguintes do RICADE, a ser autuado em novos autos. Cópias de todos os documentos relativos a essa conduta também devem ser juntadas nos mesmos autos.

7. Adicionalmente, faz-se necessária a adoção de medida preventiva para fazer cessar efeitos anticompetitivos da prática investigada, determinando à representa que: (i) abstenha-se de celebrar novos contratos de Plano de Incentivo a partir da concessão desta Medida; (ii) abstenha-se de realizar qualquer adiantamento nos Planos de Incentivo, seja em contratos vigentes ou futuros, a partir da concessão desta Medida.

8. Para o caso de descumprimento da mesma, as Representadas ficam sujeitas à multa diária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

9. Ademais, com fundamento nas razões expostas no item III.3.2, decide-se pela manutenção das investigações conduzidas neste PP para a coleta de evidências suficientes que subsidiem eventual continuidade de investigações em outros segmentos do mercado de venda de tempo/espço publicitário em IA apartado.

10. Estas as conclusões.



Documento assinado eletronicamente por **Alexandre Cordeiro Macedo, Superintendente-Geral**, em 01/12/2020, às 20:09, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.



Documento assinado eletronicamente por **Ana Paula Aparecida Guimarães de Paula, Assistente Técnica**, em 01/12/2020, às 20:16, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.



Documento assinado eletronicamente por **Cristiane Landerdahl de Albuquerque, Coordenadora-Geral**, em 01/12/2020, às 20:19, 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 **0835391** e o código CRC **8C3EF8F8**.



Ministério da Justiça e Segurança Pública - MJSP
Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE
Superintendência-Geral - SG

SEPN 515, Conjunto D, Lote 4, Edifício Carlos Taurisano, - Bairro Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70770-504
Telefone: (61) 3221-8445 - www.cade.gov.br

DESPACHO SG INSTAURAÇÃO INQUÉRITO ADMINISTRATIVO Nº 34/2020

Procedimento Preparatório nº 08700.000529/2020-08. Representante: CADE *Ex-Officio*. Representada: Grupo Globo Comunicações e Participações S.A. Advogados: Tércio Sampaio Ferraz Junior, Thiago Francisco da Silva Brito, Lucia Helena Martins de Jesus, Miguel Garzeri Freire e outros. Com fulcro no § 1º do art. 50, da Lei nº 9.794/99, integro as razões da Nota Técnica nº 5/2020/GAB-SG/SG/CADE (SEI 0835391) e seu Anexo (SEI 0837653) à presente decisão, inclusive como sua motivação. Pelos fundamentos apontados na Nota Técnica, decido pela instauração de Inquérito Administrativo para apuração de Infrações à Ordem Econômica, de natureza pública, nos termos dos arts. 13, III e 66, § 1º, da Lei nº 12.529/2011 c/c os artigos 140 e seguintes do RICADE, a ser autuado em novos autos. Cópias de todos os documentos relativos a essa conduta também devem ser juntadas nos mesmos autos. Adicionalmente, faz-se necessária a adoção de medida preventiva para fazer cessar efeitos anticompetitivos da prática investigada, determinando à representa que: (i) abstenha-se de celebrar novos contratos de Plano de Incentivo a partir da concessão desta Medida; (ii) abstenha-se de realizar qualquer adiantamento nos Planos de Incentivo, seja em contratos vigentes ou futuros, a partir da concessão desta Medida. Para o caso de descumprimento da mesma, a Representada fica sujeita à multa diária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Ademais, com fundamento nas razões expostas no item III.3.2 do Anexo (SEI 0837653), decide-se pela manutenção das investigações conduzidas neste PP para a coleta de evidências suficientes que subsidiem eventual continuidade de investigações em outros segmentos do mercado de venda de tempo/espço publicitário em IA apartado. Notifique-se a Representada.



Documento assinado eletronicamente por **Alexandre Cordeiro Macedo**, **Superintendente-Geral**, em 01/12/2020, às 20:35, 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 **0838036** e o código CRC **29CD5F32**.

Sumário

I. Relatório	2
II. Descrição da conduta investigada	4
II.1 Aspectos gerais sobre o setor de publicidade	4
II.2 O que é a Bonificação por Volume (BV)	9
II.3 Principais características da BV	11
II.4 Mecânica de Funcionamento da BV	12
II.5 Possíveis efeitos anticoncorrenciais da BV	12
III. Mercado relevante	12
III.1 Especificidades do mercado relevante nas restrições verticais	13
III.2 Mercado de Serviço de Publicidade (“alvo”)	15
III.3 Mercado de negociação de espaço/tempo de publicidade (“de origem”)	18
III.3.2 Mercado de venda de espaço/tempo publicitário em plataformas digitais	23
III.4 Mercado de programação de conteúdo para TV Aberta e Fechada (“alvo”)	24
IV. Poder de mercado e posição dominante	25
IV.1 Market Share	25
IV.2 Barreiras à entrada	29
V. Análise concorrencial	31
V.1 Programas de desconto: linhas gerais e entendimentos da OCDE e do CADE	31
V.2 Infrações à ordem econômica nas restrições verticais	35
V.3 A questão da posição dominante nas restrições verticais	37
V.4 Identificação de práticas infracionais nos contratos de BV	42
A) Utilização de critérios qualitativos no BV	42
B) Desconto não linear no cliente ativo e no adiantamento	45
C) Adiantamento e dependência econômica	46
VI. Medida Preventiva	47
VII. Conclusões	48

NOTA TÉCNICA DE INSTAURAÇÃO DE IA – VERSÃO DE ACESSO PÚBLICO

I. Relatório

Trata-se de Procedimento Preparatório instaurado em 06/02/2020, pelo Despacho SG Instauração Procedimento Preparatório n ° 12/2020 (SEI nº 0716686), para investigar possíveis práticas anticompetitivas no setor de publicidade e propaganda.

Na fase preliminar de consulta ao mercado, durante a qual foi determinado acesso restrito ao CADE nos autos, foram expedidos ofícios para os seguintes agentes atuantes nesse setor econômico: veículos de mídia (emissoras de televisão), agências de publicidade e clientes (compradores de serviços de publicidade e mídia). Nos ofícios enviados às agências de publicidade, foram solicitadas, dentre outras, informações sobre contratos firmados entre agências e veículos de mídia, com a respectiva exibição do instrumento contratual, além de dados sobre a remuneração dos contratos e a representatividade dos valores no faturamento das agências.

1ª Rodada de Ofícios			
Nº Ofício	Destinatário	Data de envio	Data da resposta
1269 ¹	Agência Africa	18/02/2020	16/03/2020
1270 ²	Agência We	18/02/2020	18/03/2020
1271 ³	Almap Bbdo	18/02/2020	20/03/2020
1272 ⁴	Agência Artplan	18/02/2020	29/05/2020
1273 ⁵	Betc/Havas	18/02/2020	-----
1274 ⁶	David The Agency	18/02/2020	-----
1275 ⁷	Agência Dpz&T	18/02/2020	18/03/2020
1276 ⁸	F.Biz	18/02/2020	19/03/2020
1277 ⁹	Fcb Brasil	18/02/2020	17/02/2020
1278 ¹⁰	Havas Plus/ Z Mais	18/02/2020	-----
1279 ¹¹	Jwt Brasil	18/02/2020	-----
1280 ¹²	Leo Burnett Neo Comunicacao	18/02/2020	18/03/2020
1281 ¹³	Lew Lara\ Tbwa	18/02/2020	20/03/2020
1282 ¹⁴	Multisolution	18/02/2020	10/03/2020
1283 ¹⁵	My Agencia	18/02/2020	27/10/2020
1284 ¹⁶	Ogilvy Brasil	18/02/2020	09/11/2020
1285 ¹⁷	Publicis Pbc Comunicacao	18/02/2020	18/03/2020

1286¹⁸	Pullse	18/02/2020	05/11/2020
1287¹⁹	Talent Marcel	18/02/2020	18/03/2020
1288²⁰	Wieden Kennedy	18/02/2020	19/03/2020
1289²¹	Wmccann	18/02/2020	
1290²²	Young & Rubicam Brasil	18/02/2020	19/03/2020
1300²³	Ambev S.A.	19/02/2020	12/03/2020
1302²⁴	Claro S/A	19/02/2020	
1303²⁵	Hypera Pharma	19/02/2020	12/03/2020
1304²⁶	Itaú Unibanco	19/02/2020	09/03/2020
1305²⁷	Telefônica Brasil S/A	19/02/2020	06/03/2020
1306²⁸	Unilever	19/02/2020	04/11/2020
1307²⁹	Banco Bradesco S.A.	19/02/2020	28/02/2020
1310³⁰	Monster Energy Brasil Comércio de Bebidas Ltda.	19/02/2020	10/03/2020
1311³¹	BRF S.A.	19/02/2020	04/11/2020
1312³²	Natura Cosméticos S.A.	19/02/2020	10/03/2020
1314³³	O Boticário	19/02/2020	06/04/2020
1315³⁴	Johnson & Johnson	19/02/2020	10/03/2020
1318³⁵	Cervejaria Petrópolis	19/02/2020	06/03/2020
1323³⁶	Banco Santander Brasil S.A.	19/02/2020	05/03/2020
7545³⁷	Grupo Globo	20/10/2020	05/11/2020
7547³⁸	SBT	20/10/2020	07/11/2020
7548³⁹	RedeTV	20/10/2020	13/11/2020
7549⁴⁰	RecordTV	20/10/2020	16/11/2020
7550⁴¹	Band	20/10/2020	30/10/2020

Somente uma das agências oficiadas respondeu ao questionário de forma completa, sendo que as demais se recusaram, inicialmente, a fornecer as informações relacionadas a tais contratos. As justificativas apresentadas, aventavam, em sua maioria, a natureza sigilosa dos dados como escusa para a não exibição dos documentos.

Com fundamento no 13, VI, "a" da Lei n 12.529/2011, foram expedidos novos ofícios inadmitindo as justificativas apresentadas e concedendo prazo peremptório de 48 horas para que as pessoas jurídicas oficiadas completassem as respostas enviadas com as informações faltantes.

2ª Rodada de Ofícios			
Nº Ofício	Destinatário	Data de Envio	Data da resposta
7607⁴²	Agência África	28/10/2020	06/11/2020
7628⁴³	Representante legal da Agência África	28/10/2020	06/11/2020

7629 ⁴⁴	Agência We	28/10/2020	30/10/2020 e 16/11/2020
7630 ⁴⁵	Representante Legal da Agência We	28/10/2020	30/10/2020 e 16/11/2020
7631 ⁴⁶	Agência Dpz&T	28/10/2020	-----
7632 ⁴⁷	Representante Legal da Agência DPZ&T	28/10/2020	-----
7634 ⁴⁸	Leo Burnett Neo Comunicacao	28/10/2020	30/10/2020
7635 ⁴⁹	Representante Legal da Agência Leo Burnett Neo Comunicação	28/10/2020	30/10/2020
7636 ⁵⁰	Talent Marcel	28/10/2020	-----
7637 ⁵¹	Representante Legal da Agência Talent Marcel	28/10/2020	-----
7638 ⁵²	Publicis Pbc Comunicacao	28/10/2020	30/10/2020
7639 ⁵³	Representante Legal da Agência Publicis PBC Comunicação	28/10/2020	30/10/2020
7640 ⁵⁴	Lew Lara\ Tbwa	28/10/2020	30/10/2020
7641 ⁵⁵	Representante Legal da Agência Lew Lara\ TBWA	28/10/2020	30/10/2020
7642 ⁵⁶	Fcb Brasil	28/10/2020	31/10/2020
7643 ⁵⁷	Representante Legal da Agência FCB	28/10/2020	31/10/2020
7647 ⁵⁸	F.Biz	28/10/2020	30/10/2020
7648 ⁵⁹	Representante Legal da Agência F. Biz	28/10/2020	30/10/2020
7650 ⁶⁰	Young & Rubicam Brasil	28/10/2020	30/10/2020
7651 ⁶¹	Representante Legal da Agência Young & Rubicam Brasil	28/10/2020	30/10/2020
7652 ⁶²	Wieden Kennedy	28/10/2020	-----
7653 ⁶³	Agência Artplan	28/10/2020	-----
7654 ⁶⁴	ALMAP BBDO	28/10/2020	-----
7722 ⁶⁵	Associação Brasileira de Anunciantes (ABA)	28/10/2020	04/11/2020

Com o atendimento às requisições, deu-se continuidade à instrução processual, identificando-se práticas que, na forma do art.66, §2º da Lei nº 12.529/2011, podem consubstanciar infrações incluídas na matéria de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

II. Descrição da conduta investigada

II.1 Aspectos gerais sobre o setor de publicidade

Para contextualizar a prática investigada, algumas considerações sobre o setor de publicidade são necessárias. O mercado relevante de serviços publicitários foi minuciosamente tratado por esta SG na Nota Técnica nº 11/2016/CGAA4/SGA1/SG/CADE (SEI 0201327)⁶⁶. Conforme destacado nessa nota, entende-se que “O mercado publicitário brasileiro engloba as agências que prestam serviços de publicidade e propaganda e seus segmentos, como, por exemplo, serviços de marketing direto, marketing promocional, publicidade digital e relações públicas.”.

Os serviços prestados no âmbito desse mercado buscam “promover um determinado produto ou empresa, para agregar valor a uma marca e aumentar as vendas”. Sua dimensão, do ponto de vista geográfico, é nacional, conforme entendimento do Tribunal nos Atos de Concentração 08012.006506/2012-47 (Requerentes Leo Burnett Publicidade Ltda. e Tailor Made Comunicações BR Ltda.), 08012.006501/2012-14 (Requerentes: Grupo Publicis e Taterka Comunicações S.A.) e 08012.008377/2011-41 (Requerentes Lion Comunicação S.A. e DPZ – Dualibi Petit Zaragoza Propaganda Ltda.), e, mais recente, Ato de Concentração 08700.008058/2013-49 (Requerentes: Omnicom Group Inc. e Publicis Groupe S.A.), entre outros.

Quanto à dinâmica de funcionamento, é possível identificar que as atividades desenvolvidas nesse segmento articulam três principais agentes: (i) os anunciantes, (ii) as agências de publicidade, e (iii) os veículos de comunicação. A descrição de atribuições e caracterização dos agentes será feita em seção própria desta nota, destinada à definição do mercado relevante.

Em síntese, um anunciante que deseje realizar a campanha publicitária de seu bem ou serviço, em tese, teria duas opções. A primeira, internalizar em sua organização um setor de publicidade, que estaria responsável por conceber, planejar e veicular suas campanhas. Uma segunda opção é a contratação externa do serviço de publicidade prestado por uma agência.

Fator determinante nessa escolha é a existência do chamado “desconto padrão de agência”, um percentual descontado do total pago pelo anunciante a determinado veículo de comunicação pelo tempo/espaço contrato que é repassado à agência de publicidade. Isso porque, “o parágrafo único do art. 11 da lei nº 4.680/65 proíbe a concessão de desconto-padrão a anunciante direto. Assim, o anunciante que encaminhar publicidade diretamente aos veículos de divulgação não poderá se beneficiar do desconto-padrão”⁶⁷.

Com efeito, a concessão do desconto padrão é vedada no caso de contratação do tempo/espço publicitário diretamente pelo anunciante, o que torna a primeira opção (internalização do serviço de publicidade) menos vantajosa para o agente econômico. Essa proibição legal faz com que o serviço de publicidade prestado por agências, embora não seja obrigatório para a compra de tempo/espço publicitário pelos anunciantes, torne-se mais atraente (já que menos custoso) para os anunciantes.

Consequência disso é que, como será melhor explorado em seção própria dessa nota, as agências transformam-se em peça chave para a captação de anunciantes pelos veículos de comunicação. É dizer: já que a contratação direta entre anunciante e veículo é menos eficiente (diante da vedação de concessão do desconto padrão) a melhor forma para que os veículos angariem anunciantes é fidelizando as agências que prestarão a eles os serviços de publicidade.

Elucidados os elementos determinantes na escolha de contratação ou internalização dos serviços de publicidade por um anunciante, convém apresentar as linhas gerais da relação entre anunciantes, agências e veículos:

o anunciante, ao contratar uma agência de publicidade, negocia com esta a verba publicitária que será utilizada pela agência tanto para remunerar os seus serviços quanto para contratar espaço publicitário nos meios de comunicação. A agência se encarrega de fazer todo projeto de criação da publicidade a partir da solicitação do anunciante e intermedeia a divulgação do anúncio com os veículos de comunicação (full service). Logo, é a agência quem contratará o espaço publicitário dos veículos de comunicação, em nome e por conta do anunciante, não havendo, em regra, contato entre anunciante e veículo de comunicação, neste primeiro momento, sem a intermediação da agência de publicidade. Já os veículos de comunicação, rádio, tv e outros, têm a função de divulgar a publicidade.

Com base nessa descrição, é possível distinguir duas formas de remuneração para as agências publicitárias: aquela oriunda do cliente e destinada à agência de publicidade, cujo montante tem relação com os valores do serviço publicitário propriamente dito (custo da agência e margem de lucro); e um segundo tipo de remuneração originada da contratação de espaço publicitário entre anunciante e veículo de mídia, que, como visto, é intermediada pelas agências.

A primeira forma de remuneração, que chamaremos de “remuneração direta”, comporta as seguintes variações (SEI 0201327):

1. Honorários fixos (“retainer fee”). Pagamento mensal por determinado período de atividade, geralmente um ano. É baseado no planejamento de trabalho esperado para a agência de publicidade, refletindo os custos da agência e margem de lucro.
2. Honorários por projeto. Geralmente são usados para remuneração de serviços suplementares e fora do escopo de um contrato por honorários fixos.
3. Honorários variáveis baseados em tempo gasto. Cálculo de honorários baseados em tempo gasto por empregado, usando preços-hora diferentes de acordo com a senioridade. Tal preço deve ser calculado a fim de cobrir salários, demais custos fixos e previsão de lucro.
4. Honorários de escala (“scale fee”). O anunciante paga à agência valor referente à percentual de vendas ou do orçamento anual com propaganda.
5. Honorários de licenciamento. A Agência é paga pelo licenciamento dos direitos autorais das ideias da campanha desenvolvida. Diferencia-se dos honorários por projetos pela agência de propaganda manter os direitos autorais do conceito, podendo cobrar honorários adicionais cada vez que a ideia é utilizada.
6. Honorários por rendimento (“output or ‘off-the-shelf’ rate fee”). Fixação de preço por unidade comercializada. Tipicamente utilizado na publicidade na internet, por meio de abordagem ‘payper-click’.

Já em relação à remuneração oriunda da relação agência- anunciante- veículo de Comunicação (que chamaremos de remuneração indireta), a principal forma identificada é a comissão (“desconto-padrão”, conforme referido nas normas do CENP). Esse modelo baseia a remuneração da agência em comissão devida pelo veículo de comunicação. É utilizada principalmente em mercados onde prevalecem as agências full service, que fornecem serviços de criação e distribuição (SEI 0201327). Na remuneração por comissão, o pagamento pela compra de tempo/espço publicitário continua a cargo do anunciante e é feito diretamente por eles aos veículos de comunicação. Do montante pago ao veículo, é descontada uma porcentagem repassada para as agências. No modelo brasileiro, essa porcentagem é conhecida como “desconto padrão de agência”, cuja descrição já foi feita por esta SG nos seguintes termos:

A referida porcentagem é conhecida como "desconto padrão de agência" e constitui-se no valor pago às agências pelo veículo de comunicação, por meio de uma porcentagem calculada sobre o valor do trabalho que as agências encaminham para os veículos. Habitualmente o valor do “desconto padrão de agência” é de 20%. Insta ressaltar que as agências também ganham com o trabalho de

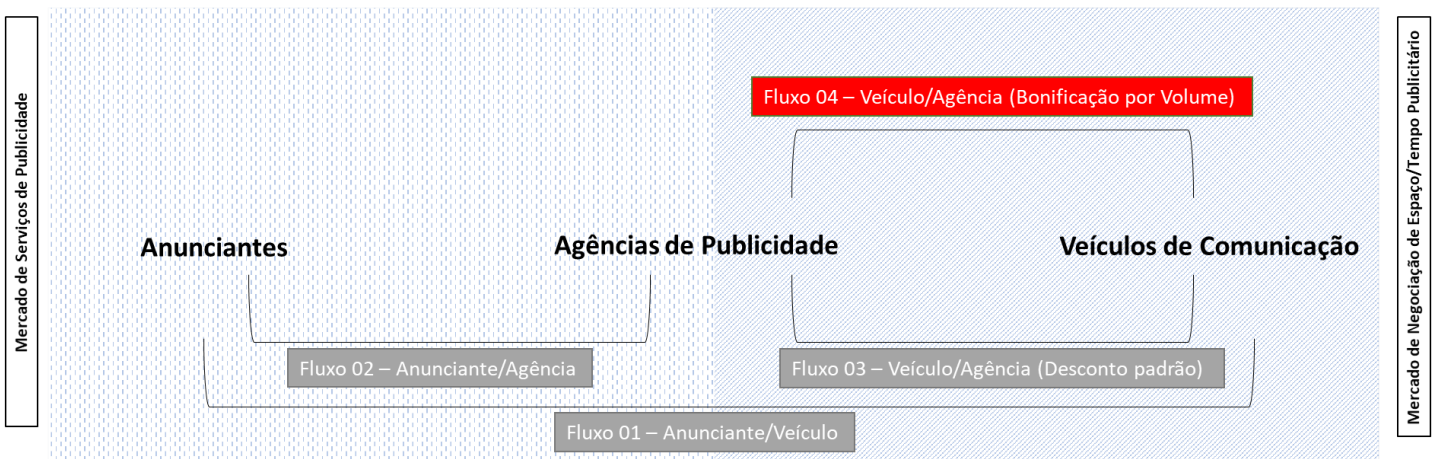
criação, todavia o desconto de agência é a principal fonte de arrecadação das agências.

Hipoteticamente, se a divulgação de uma publicidade na televisão custou R\$100,00, R\$20,00 será para remunerar a agência que fez a criação e levou o cliente até o veículo.

Paralelamente ao desconto padrão, uma outra forma de remuneração indireta é a Bonificação por Volume (BV) objeto desta investigação. Vale dizer que já no PA 08012.008602/2005-09 a prática desse bônus foi identificada como possível ponto de preocupação concorrencial por esta Superintendência.

Esquemáticamente, essas formas de remuneração podem ser ilustradas no contexto de fluxo de pagamentos entre Anunciantes, Agências e Veículos de Comunicação que envolve dois mercados relevantes distintos: serviços de publicidade e venda de tempo/espaço para veiculação de publicidade.

Figura 1 – Fluxo de pagamentos entre mercados de serviços de publicidade e de tempo/espaço publicitário



Legenda de Fluxos de Pagamento

Fluxo 01: O pagamento da divulgação da publicidade pelos veículos de comunicação é feito pelos anunciantes, diretamente, aos próprios veículos. No entanto, é a agência quem contratará o espaço publicitário dos veículos de comunicação, em nome e por conta do anunciante, não havendo, em regra, contato entre anunciante e veículo de comunicação, neste primeiro momento, sem a intermediação da agência de publicidade.

Fluxo 02: Trata-se de remuneração que as agências recebem diretamente dos anunciantes em contrapartida pelo trabalho de criação, todavia o desconto de agência é a principal fonte de arrecadação das agências (fluxo 03). Como exemplo citamos os “Honorários fixos”, “Honorários por projeto”, “Honorários variáveis baseados em tempo gasto”, “honorários de escala”, etc.

Fluxo 03: Do valor pago pelo anunciante ao veículo de comunicação pela divulgação da publicidade, é descontada uma porcentagem que será repassada pelos veículos para as agências. A referida porcentagem é conhecida como "desconto padrão de agência" e constitui-se no valor pago às agências pelo veículo de comunicação, por meio de uma porcentagem calculada sobre o valor do trabalho que as agências encaminham para os veículos. Habitualmente o valor do “desconto padrão de agência” é de 20%. Hipoteticamente, se a divulgação de uma publicidade na televisão custou R\$100,00, R\$20,00 será para remunerar a agência que fez a criação e levou o cliente até o veículo.

Fluxo 04: Além do repasse do desconto de agência, o veículo de comunicação pode estabelecer formas adicionais de remuneração, caso dos chamados “planos de incentivo”. Trata-se de iniciativa unilateral do veículo, com caráter de liberalidade. O principal exemplo dos planos de incentivo é a Bonificação por Volume (BV)

II.2 O que é a Bonificação por Volume (BV)

A bonificação por volume consiste em incentivo que os veículos de comunicação concedem às agências de publicidade de acordo com o volume de investimentos feitos pela agência naquele veículo. Essa prática encontra amparo nas Normas-Padrão do CENP (artigos 4.1 e 4.2 e Anexo “C”)⁶⁸, além de ser reconhecida pela legislação que trata das contratações de serviço de publicidade pela Administração Pública (art. 18, caput, da Lei nº 12.232/2010)⁶⁹.

No mencionado Anexo “C”, o CENP apresenta a seguinte disciplina para os planos de incentivo:

Os normativos dispostos neste Anexo referem-se aos planos de incentivo instituídos por veículos de comunicação, tratados nos itens 4.1, 4.1.1, 4.2 e 4.10 das Normas-Padrão.

Neste documento, as agências de publicidade são designadas, simplesmente, como "agências"; os veículos de comunicação como "veículos" e os planos de incentivo como "incentivo":

1. O incentivo como melhor prática é instrumento lícito e legal e terá como propósito o desenvolvimento do mercado publicitário, a qualificação técnica e profissional da agência, objetivando sempre a excelência dos serviços que ela presta tanto ao veículo quanto a anunciantes.
2. O incentivo é iniciativa unilateral do veículo, dirigido unicamente à pessoa jurídica da agência, sendo indevida a ingerência externa de qualquer tipo, inclusive do CENP. Dado o seu caráter de liberalidade, o veículo está livre para configurar o respectivo plano, bem como para e não apenas: estabelecer critérios, objetivos, metas, âmbito, metodologia de aferição, duração, condições para habilitação, inclusão e exclusão de agência, e estipular os frutos, que poderão ser ou não de natureza monetária.
3. O incentivo vincula tão-somente o veículo instituidor e a agência por ele habilitada, sem que dessa relação empresarial resulte ônus para os clientes-anunciantes, os quais, por definição, não são parte dela.
4. As recomendações de mídia da agência basear-se-ão na boa técnica, prevalecendo esta sobre o escopo do incentivo, ressalvado sempre o direito de escolha do anunciante.
5. Os frutos proporcionados pelo incentivo constituem receita da agência, a ser regularmente escriturada e oferecida à tributação.
6. É lícito ao cliente indagar se a agência participa ou não de planos de incentivo, assim como, é lícito à agência e ao veículo guardar, nos termos da lei, sigilo acerca de valores recebidos e pagos, e dos critérios para a concessão de incentivos.

A Bonificação por Volume é praticada por diversos veículos de comunicação, atuantes em diferentes segmentos desse mercado. De acordo com as respostas recebidas durante a instrução do PP, é possível, em análise inicial e perfunctória, identificar a BV nos seguintes segmentos [ACESSO RESTRITO AO CADE].

Trata-se, portanto, de prática amplamente difundida no mercado de venda de tempo/espço publicitário.

Considerando as informações colhidas durante o PP e as disposições normativas acerca da BV, essa conduta pode ser considerada um programa de desconto, gênero que inclui, conforme entendimento deste Conselho, práticas como premiação por volume, estratégias de fidelização, imposição de volume mínimo de aquisição, etc. Conforme entendimento já exarado por esta SG, os programas de desconto têm por fundamentos dois principais elementos: a discriminação de preços e a possível criação de incentivos à exclusividade⁷⁰.

Reforçando o entendimento de que a BV consubstancia programa de desconto nos mesmos moldes daqueles praticados em outros mercados, nas respostas recebidas pela SG, agências de publicidade consignou-se que *“enquanto tipo de plano de incentivo, o BV em nada se diferencia dos modelos de planos de incentivos adotados por agentes de outros setores do mercado (...). Nesse âmbito, é possível traçar um paralelo com um distribuidor que adota uma política de descontos e/ou recompensas para os revendedores parceiros, a qual é auferida a partir do volume de vendas, de maneira a incentivar e recompensar, legítima e lícitamente, a venda de seus produtos”*⁷¹.

II.3 Principais características da BV

Uma vez que a Bonificação por Volume se insere no gênero “Programas de Desconto” é importante conhecer as características que a distinguem. Conforme já registrado, de acordo com as respostas recebidas por esta Superintendência, a BV é amplamente difundida entre os veículos de comunicação – independentemente do tipo de mídia ou porte - sendo que a ela aderem emissoras de televisão, plataformas digitais (redes sociais), jornais, rádios, dentre outros.

Com base nos documentos recebidos durante a instrução processual, um dos aspectos essenciais desse programa parece ser seu caráter de liberalidade, de modo que nem os veículos de comunicação são obrigados a ofertar um plano de incentivo, nem as agências são obrigadas a participar desses programas. Em síntese, a adesão à BV não constitui requisito para a manutenção de relações comerciais entre esses dois agentes econômicos.

[ACESSO RESTRITO AO CADE E À REPRESENTADA]

Ademais, é elemento fundamental, constante das cláusulas dos contratos nos planos de incentivo, a confidencialidade das informações e condições negociadas. Dessa forma, há enorme assimetria de informações entre os agentes do mercado alvo, que desconhecem as condições de contratação de seus concorrentes com os mesmos veículos de comunicação. Trata-se, portanto, de prática que diminui a transparência no mercado em referência.

Ainda segundo as averiguações feitas por esta Superintendência, a concessão da bonificação por volume (BV) não considera em seus critérios qualidades específicas do

anunciante representado pela agência. Nesse sentido, foi afirmado que “inexiste relação direta e objetiva entre os investimentos de cada anunciante e os valores pagos pelos veículos a título de Plano de Incentivo.”⁷².

II.4 Mecânica de Funcionamento da BV

Por tratar-se de uma conduta cuja ilicitude depende da demonstração dos efeitos anticompetitivos, é fundamental descrever a dinâmica da prática investigada. Quanto à mecânica de funcionamento, destacam-se os seguintes aspectos (i) natureza da bonificação; (ii) critérios de bonificação; (iii) formas de pagamento.

Sobre a natureza, a bonificação por volume pode ser:

[ACESSO RESTRITO AO CADE E À REPRESENTADA]

II.5 Possíveis efeitos anticoncorrenciais da BV

A partir da descrição da conduta, identificam-se possíveis efeitos anticoncorrenciais decorrentes da Bonificação por Volume. Conforme destacado no PA 08012.003805/2004-10 (Caso “Tô Contigo”), é possível, em geral, vislumbrar como corolário das restrições verticais provocadas por Planos de Incentivo: “a facilitação da implementação de práticas concertadas (cartéis, etc.), ou o reforço unilateral de poder de mercado de uma empresa dominante, no mercado relevante "de origem" (comum a todas as práticas); o "bloqueio" do mercado relevante "alvo" da prática para concorrentes efetivos ou potenciais (aumento das barreiras à entrada), inclusive por aumento de custos de rivais; a exploração monopolista dos usuários de serviços pós-venda; e a atenuação da concorrência entre ou intra-marcas.”.

No caso da BV, a ocorrência desses efeitos é facilitada pelas seguintes características associadas à prática:

[ACESSO RESTRITO AO CADE E À REPRESENTADA]

III. Mercado relevante

III.1 Especificidades do mercado relevante nas restrições verticais

Mercado de origem (venda de tempo/espço publicitário)	Mercado Alvo 01 (serviços de publicidade)	Mercado Alvo 02 (programação de conteúdo para TV)
<ul style="list-style-type: none">• Reforço de posição dominante• Aumento de barreiras à entrada (fechamento)• Dominação de Mercado Relevante	<ul style="list-style-type: none">• Indução à fidelidade (ou, no limite, à exclusividade)• Aumento de dependência econômica• Alavancagem de parcela do setor	<ul style="list-style-type: none">• Reforço de posição dominante• Aumento de barreiras à entrada (fechamento)• Dominação de Mercado Relevante

Em linha com o disposto na resolução nº 20/1999 do CADE, as condutas anticoncorrenciais concretizadas por restrições verticais relacionam, pelo menos, dois mercados: um mercado de origem e um mercado alvo. O primeiro mercado (“de origem”) é o de produtores/ofertantes de bens ou serviços e o segundo (“alvo”) é o de mercados relacionados verticalmente ao primeiro – a “montante” ou a “jusante” – ao longo da cadeia produtiva.

Nesse sentido, considerada como possível infração a prática conhecida como “Bonificação por Volume”, temos como mercado de origem o de venda de espaço/tempo publicitário em veículos de comunicação, no qual se localizam os agentes que estabelecem as condições do Planos de Incentivo. Os efeitos da prática, no entanto, são verificados em três mercados (alvo): o próprio mercado de venda de espaço/tempo publicitário, o mercado de serviços de publicidade e o mercado de programação para TV aberta e fechada.

Legenda para efeitos da conduta nos mercados relevantes alvo e origem

- **Mercado de origem (venda de tempo/espço publicitário):** é o mercado onde encontra-se o agente autor da prática anticoncorrencial. Embora nas restrições verticais os destinatários da prática não estejam no mercado de origem, é possível observar efeitos da conduta também nesse mercado, principalmente quando há o reforço de posição dominante em virtude da conduta vertical. São também efeitos da prática no mercado de origem o

aumento de barreias à entrada para competidores potenciais (fechamento de mercado), e a dominação de mercado relevante.

- **Mercado Alvo 01 (serviços de publicidade):** no mercado alvo os principais efeitos anticompetitivos decorrentes da prática de planos de desconto são a indução à fidelidade (ou, no limite, à exclusividade) o aumento de dependência econômica e a alavancagem de parcela do setor do mercado alvo por agentes do mercado de origem com posição dominante.
- **Mercado Alvo 02 (programação para TV aberta e fechada):** no segundo mercado alvo identificado, a constatação de efeitos anticoncorrenciais justifica-se pelo fato de que os mesmos agentes que atuam no mercado de origem também atuam nesse mercado. Assim, o reforço de posição dominante, a dominação de mercado relevante e o fechamento de mercado também são observados aqui.

Conforme buscou-se representar no esquema gráfico, no mercado de venda de espaço/tempo publicitário os efeitos anticoncorrenciais se verificam pela dificuldade a que concorrentes do agente com posição dominante tenham acesso à parcela dos agentes econômicos fidelizados pelo programa de desconto. Sabe-se que qualquer programa de desconto teria mencionado efeito de indução à fidelidade, no entanto, como restará demonstrado em seção própria desta nota, há cláusulas contratuais celebradas entre

Nesse cenário, os atos praticados têm por objeto o exercício abusivo de posição dominante (art. 36, IV da lei nº 12.529/2011), com efeito de dominação de mercado relevante (art. 36, II da Lei nº 12.529/2011).

Já no segmento de serviços de publicidade, o efeito anticoncorrencial se verifica pelo favorecimento de agências de publicidade que adiram aos termos do programa de incentivo e passem a promover, em suas atividades, determinado veículo de comunicação. Isso porque, conforme será exposto em espaço próprio desta nota, [ACESSO RESTRITO AO CADE E À REPRESENTADA]

Quanto ao mercado de programação para TV Aberta e Fechada, verificam-se efeitos anticoncorrenciais na situação em que veículos de comunicação já detentores de posição dominante, exercendo abusivamente tal condição (art. 36, IV da Lei nº 12.529/2011), garantam uma vantagem artificial pela criação de dificuldades a que outros

veículos retenham agências de publicidade. Tais veículos terão menores recursos para a produção de seu conteúdo e, por consequência, atrairão menos o interesse de anunciantes. Esse efeito justifica-se, sobretudo, por serem os veículos de comunicação plataformas de múltiplos lados, que se beneficiam de efeitos de rede diretos e indiretos da relação entre seus dois tipos de clientes: anunciantes e espectadores.

Ainda de acordo com a Resolução nº 20/1999, no caso das restrições verticais, a análise de interações da prática em relação aos diferentes mercados relevantes tem particular importância. Isso porque, o risco de prejuízo à livre concorrência pressupõe existência de poder de mercado sobre os mercados “de origem” e “alvo”. Nesse sentido, a demonstração de poder de mercado é fundamental para a configuração, potencial ou efetiva, dos efeitos previstos no art. 36 da Lei nº 12.529/2011. Ademais, tais efeitos devem ainda ser sopesados com eventuais eficiências econômicas geradas pela prática.

Um dos pressupostos para que se fale em poder de mercado é a definição de um mercado relevante. A definição do Mercado Relevante (MR) é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a estratégias de preços, quantidades, qualidade, entre outras da empresa resultante da Operação. A importância da definição do Mercado Relevante na análise antitruste relaciona-se com a necessidade de delimitar o espaço concorrencial onde será focada a investigação e análise.

A definição de Mercado Relevante, tradicionalmente, é feita em duas dimensões: produto e geográfica, que serão analisadas separadamente em cada mercado.

Registre-se que, para os fins almejados por este PP, até mesmo em razão da finalidade típica desta sede – que não se destina a um pronunciamento conclusivo quanto à existência de infração, mas à identificação de indícios que sustentem a existência de competência para atuação do SBDC – será feita uma delimitação inicial e indicativa dos Mercados envolvidos. Isso não impede que, em fases posteriores do Procedimento, e com subsídio em dados resultantes do aprofundamento instrutório, sejam redefinidos tais mercados.

III.2 Mercado de Serviço de Publicidade (“alvo”)

O CADE já teve a oportunidade de analisar o mercado de publicidade, especificamente em investigações sobre potenciais impactos concorrenciais decorrentes da atuação do Conselho Executivo das Normas Padrão (CENP). Citam-se, nessa esteira, o PA 08012.008602/2005-09, o AC 08012.010080/1998-52, a Consulta nº 60/00, o PA 08012.000890/2001-11 e o PA 08012.008602/2005-09. O histórico e as principais conclusões consignadas em tais precedentes foram relatados na Nota Técnica 11/2016/CGAA4/SGA1/SG/CADE (SEI 0201327).

Embora o presente caso não trate especificamente de práticas relacionadas a atuação do CENP, permanecem válidas algumas das considerações feitas pelo CADE sobre o mercado publicitário brasileiro.

Do ponto de vista do produto, esse mercado relevante é formado por agências que prestam serviços de publicidade e propaganda e seus segmentos: serviço de marketing direito, serviço de marketing promocional, publicidade digital e relações públicas. Tais atividades são ordenadas com a finalidade de promover produto ou empresa – clientes das agências de publicidade – agregando valor a marcas, aumentando vendas, etc. É entendimento do Tribunal do CADE que esse mercado, do ponto de vista geográfico, tem dimensão nacional.

A atividade de publicidade e propaganda se sujeita à auto-regulamentação, exercida pelo CENP, entidade com atuação nacional, criada e mantida por entidades do setor privado. Registre-se que, atualmente, a atividade publicitária tem se deslocado dos veículos tradicionais de comunicação, para alcançar plataformas e meios de comunicação digitais, que não estão sujeitos à regulamentação do CENP (SEI 0201327).

No mercado de publicidade, articulam-se, simplificadamente, três tipos de agentes:

- a) **Agências de Publicidade:** é a organização especializada na arte e técnica da propaganda, que se estrutura especialmente para este fim, aglutinando profissionais especializados de diversas áreas, acumulando experiências, desenvolvendo e adquirindo tecnologia específica, bem como prestando serviços para anunciantes de vários setores, que formam sua carteira de clientes.¹

¹ SAMPAIO, Rafael. Propaganda de A a Z: como usar a propaganda para construir marcas e empresas de sucesso. 4ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 37.

- b) **Anunciantes (cliente):** é a empresa ou a entidade que “usa a propaganda com certa regularidade, com objetivos definidos e em busca de benefícios específicos para o incremento de seus negócios e empresa, a favor de alguma causa social ou outra razão de caráter comercial ou institucional”²
- c) **Veículos de Comunicação:** empresas que aferem receitas pela veiculação de mensagens publicitárias de anunciantes a consumidores, podendo ser desde um boletim de associação de bairro até uma rede nacional de televisão. (0201327)

Na relação entre esses sujeitos, “há uma divisão entre quem efetivamente paga pelo serviço de veiculação (o anunciante), quem cria os anúncios, negocia a veiculação e decide o planejamento de mídia (a agência de publicidade) e quem veicula os anúncios (veículos)” (0201327). Em síntese, conforme consignado na Nota Técnica 11/2016/CGAA4/SGA1/SG/CADE (SEI 0201327):

o anunciante, ao contratar uma agência de publicidade, negocia com esta a verba publicitária que será utilizada pela agência tanto para remunerar os seus serviços quanto para contratar espaço publicitário nos meios de comunicação. A agência se encarrega de fazer todo projeto de criação da publicidade a partir da solicitação do anunciante e intermedeia a divulgação do anúncio com os veículos de comunicação (*full service*).

Definida a estratégia de aplicação das verbas da campanha publicitária (plano de mídia), cabe à agência, em nome e por conta do anunciante, contratar o espaço publicitário dos veículos de comunicação. Nesse sentido, a regra é que não há relação direta entre anunciante e veículo de comunicação, sendo a agência uma espécie de elo, que funciona na intermediação entre esses dois sujeitos. Por sua vez, os veículos de comunicação, rádio, tv e outros, têm a função de divulgar a publicidade.

Destaque-se que, conforme dinâmica de funcionamento apresentada, as agências de publicidade desempenham papel estratégico relacionando clientes e veículos de comunicação no mercado de venda de tempo/espaço publicitário. Isso porque o parágrafo único do art. 11 da lei nº 4.680/65 proíbe a concessão de desconto-padrão a anunciante direto. Assim, o anunciante que encaminhar publicidade diretamente aos veículos de divulgação não poderá se beneficiar do desconto-padrão. **Nesse sentido, a forma mais**

² SAMPAIO, Rafael. *Propaganda de A a Z: como usar a propaganda para construir marcas e empresas de sucesso*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 47.

eficiente para que os veículos de comunicação alcancem os anunciantes é atraindo (e fidelizando) as agências de publicidade.

III.3 Mercado de negociação de espaço/tempo de publicidade (“de origem”)

O mercado de venda de espaço/tempo publicitário por veículos de comunicação já foi analisado pelo CADE, também na NT 11/2016/CGAA4/SGA1/SG/CADE⁷³. De acordo com as conclusões exaradas nessa oportunidade, foram identificados como agentes atuantes nesse mercado emissoras de TV aberta, TV por assinatura e rádio, jornais, revistas, cinemas, mídia digital (internet), mídia out-of-home (OOH), entre outros.

Em suma, esse mercado compreende veículos de comunicação que tenham espaço/tempo para reproduzir campanhas publicitárias. A dimensão do produto, portanto, é definida genericamente como espaço/tempo em qualquer plataforma – física, digital, sonora, etc. – capaz de reproduzir conteúdo destinado ao público.

Sem prejuízo da definição genérica, para os fins desta investigação o mercado relevante a ser considerado deve ser segmentado de acordo com a mídia utilizada. Nesse sentido vislumbra-se que a veiculação de publicidade em rede televisiva, rádio, internet ou mídia impressa compõe mercados relevantes distintos, já que não há perfeita substitutibilidade entre elas.

Esse entendimento ampara-se a jurisprudência do Tribunal do CADE que admite a segmentação do mercado de venda de espaço publicitário em setores como mercado de venda de espaço publicitário na internet e mercado de venda de espaço publicitário em jornal impresso³.

Ocorre que, mesmo se considerados os segmentos do mercado de venda de espaço/tempo publicitários, a prática de BV não necessariamente será considerada um ilícito em todos eles. Isso porque, conforme descrito em seção anterior desta Nota, **os planos de incentivo só se tornam uma preocupação para o direito antitruste quando representem, potencial ou efetivamente, uma forma de restrição da concorrência em**

³ Como exemplo, citam-se os Atos de Concentração nº 08012.008733/2011-26 e nº 08012.008940/2009-66.

determinado mercado, com o deslocamento artificial da demanda por produtos do agente econômico que mantém o plano de incentivo, aumento de barreiras à entrada e incremento do grau de dependência econômica entre os agentes dos mercados verticalmente relacionados.

Ademais, de acordo com a Resolução nº 20/1999 do CADE, “as práticas verticais pressupõem, em geral, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante "de origem", bem como efeito sobre parcela substancial do mercado "alvo" das práticas, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência.”. É dizer: para que haja caráter ilícito no programa de desconto, a conduta deve ser praticada por agente com poder de mercado no segmento de origem e que consiga produzir seus efeitos em parcela substancial do mercado alvo.

Nesse sentido, importante lembrar que se entende por posição dominante a capacidade de um agente de atuar com indiferença à resposta dos concorrentes quanto ao seu comportamento, alterando, deliberada e unilateralmente, as condições do mercado⁴. Desta feita, ao praticar uma conduta com efeitos anticompetitivos, o agente econômico com posição dominante consegue impor as consequências de sua prática – seja a limitação à livre concorrência, a dominação de mercado relevante, o aumento arbitrário de lucro, etc. – sem que seus competidores consigam agir de forma tal a inibir esse comportamento.

Em suma, ao poder agir com indiferença, o agente com posição dominante assegura um efeito anticoncorrencial – no caso dos programas de desconto de fechamento de mercado e exclusão de concorrentes - que se deve não a elementos intrínsecos à conduta, mas ao seu próprio poder sobre o mercado.

Disso conclui-se que a ilicitude da prática está associada à (i) **concessão de incentivo por agente que detenha posição dominante no mercado de origem** e à (ii) **demonstração de que os comportamentos exigidos dos agentes no mercado alvo para participarem do programa têm por objeto ou efeito práticas deletérias ao ambiente concorrencial**. Com efeito, a presente investigação tem por objeto precípuo os mercados nos quais essa prática esteja revestida dos dois requisitos mencionados.

Nesse cenário, à luz das informações recebidas durante a instrução do PP, nota-se que a prática da BV, embora esteja presente em diversos veículos de mídia, levanta

⁴ Cade. *Guia Prático do Cade: a defesa da concorrência no Brasil*. 3ª edição revista, ampliada e bilíngue. Disponível em: http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia_cade_3d_100108.pdf.

preocupações concorrenciais especialmente em dois segmentos: mercados digitais e televisão, já que em tais mercados relevantes é possível distinguir: (i) a prática da conduta por agente com poder de mercado no segmento de origem (ii) atingindo parcela significativa do mercado alvo.

Não por acaso, esses dois segmentos são os responsáveis pelo maior volume de bonificações recebidos pelas agências de publicidade. Nesse sentido, se tomamos por exemplo as 03 maiores agências de publicidade do país (conforme ranking Kantar Ibope Media Jan-Dez 2019) – Y & R, Ogilvy e África - podemos perceber que o maior volume de bonificações recebidas advém de mídias televisivas e plataformas digitais:

[ACESSO RESTRITO AO CADE]

III.3.1 Mercado televisivo de venda de espaço/tempo publicitário

Inicialmente, considerar-se-á o mercado relevante de negociação de tempo/espaço publicitário em seu segmento de televisão aberta e fechada.

Há precedentes desta SG que vislumbram na TV aberta e na TV fechada mercados relevantes distintos⁵. Não obstante, para os fins dessa investigação e considerando o alcance dos efeitos da conduta anticompetitiva, entende-se que não é pertinente a distinção entre o mercado de TV aberta e de TV fechada.

Do ponto de vista geográfico, define-se um mercado relevante de acordo com a área em que as empresas ofertam seus produtos ou que os consumidores buscam mercadorias (bens e serviços) e em que, a partir de um exercício hipotético, um agente econômico monopolista conseguiria, lucrativamente, impor elevações de preço significativas.

No caso ora analisado, a abrangência do mercado é nacional. Embora a transmissão televisiva, no Brasil, comporte dois tipos de programações diferentes – regionais e nacionais – é preciso considerar que a prática investigada se refere ao volume

⁵ É o caso do AC 08700.004498/2018-31 (Disney/Fox), conforme consignado no Parecer Confidencial 11 (SEI 0554823) e no caso 08700.001390/2017-14 (Time/Warner), conforme consignado no Anexo ao Parecer nº 05/2017/CGAA4/SGA1/SG/CADE (SEI 0377280).

de investimentos feitos por agências de publicidade para a compra de espaço/tempo na programação nacional das emissoras de televisão.

[ACESSO RESTRITO AO CADE E À REPRESENTADA]

Figura 1 - Contrato Globo/Lew Lara

Outro aspecto importante desse mercado é que se trata de uma plataforma de múltiplos lados. Na definição de Evans e Schmalensee, consideram-se plataformas de dois lados (ou de múltiplos lados) as estruturas de mercado em que há (a) dois ou mais grupos de clientes; (b) que precisam um do outro de alguma maneira; (c) mas que não conseguem capturar o valor de sua mútua atração sozinhos; e (d) contam com o catalisador para facilitar interações criadoras de valor entre eles (Tradução livre). Em sendo semelhante, a OCDE identifica a existência de plataformas de dois lados quando presentes as seguintes características:

(a) O primeiro elemento é que há dois grupos distintos de consumidores que dependem um do outro de alguma forma e contam com a plataforma para intermediar as relações entre eles. Uma plataforma de dois lados fornece bens ou serviços simultaneamente a esses dois grupos.

(b) O segundo elemento é a existência de externalidades indiretas entre os grupos de consumidores. Ou seja, o valor que o consumidor de um dos lados dá à plataforma cresce com o número de consumidores no outro lado. Por exemplo, uma plataforma de busca é tão mais valiosa para anunciantes quanto mais provável for que eles atinjam um grande número de compradores potenciais. (...)

(c) O terceiro elemento é a ausência de neutralidade na estrutura de preços, o que significa que a estrutura de preços da plataforma afeta o nível de transações. A estrutura de preços é a forma como os preços estão divididos entre os consumidores nos dois lados do mercado. A plataforma pode afetar o volume de transações

cobrando mais de um lado do mercado e reduzindo o preço pago pelo outro lado no mesmo valor. Considerando a importância da estrutura de preços, a plataforma deve desenhá-la de forma a induzir ambos os lados a utilizar a plataforma⁶. (tradução livre)

Muito embora a existência dessas plataformas seja comumente associada a mercados digitais, sabe-se que essa estrutura é presente também em setores “tradicionais”. Conforme destacado por Evans e Noel “*Muitos setores tradicionais são baseados em mercados de múltiplos lados, desde casamenteiros de vilarejos que datam de tempos antigos, passando por jornais mantidos por anúncios no século XVII a cartões de pagamento introduzidos em meados do século XX.*”⁷.

Nesse contexto, também o mercado de venda de tempo/espço publicitário é uma plataforma de múltiplos lados, já que:

- (i) Nos veículos de comunicação em que são apresentadas as campanhas publicitárias é possível distinguir dois grupos de clientes: (a) os espectadores; (b) os anunciantes, ambos que utilizam serviços prestados pelo veículo;

⁶ OCDE. Two-sided markets. 2009. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf>. Acessado em 11.05.2018. No original: “(...) A two-sided platform is characterized by three elements. The first element is that there are two distinct groups of consumers who need each other in some way and who rely on the platform to intermediate transactions between them. A two-sided platform provides goods or services simultaneously to these two groups. The second element is the existence of indirect externalities across groups of consumers. That means that the value that a customer on one side realizes from the platform increases with the number of customers on the other side. For example, a search platform is more valuable to advertisers if it is more likely that it will reach a larger number of potential buyers. At the same time, it is more valuable to potential buyers if the platform has more advertisers because that makes it more likely that a buyer will see a relevant advertisement. The third element is non-neutrality of the price structure, i.e., the price structure of the platform affects the level of transactions. The price structure is the way prices are distributed between consumers on the two sides of the market. The platform can affect the volume of transactions by charging more to one side of the market and reducing the price paid by the other side by an equal amount. Since the price structure matters, the platform must design it so as to induce both sides to join the platform”.

⁷ David S. Evans & Michael Noel, The Analysis of Mergers that involve multisided platform businesses. Journal of competition law and economics, 2008. No original: “Many old industries are based on MSPs, ranging from village matchmakers that date from ancient times to advertising-supported newspapers introduced in the 17th century to payment cards introduced in the mid 20th century. However, an increasing number of significant modern businesses are MSPs as a result of technological changes that have drastically lowered the costs and increased the benefits of connecting diverse customer groups on a single platform. These include most internet-based businesses such as eBay, Facebook, and Google. These businesses are creating new products and services such as social networking platforms and are disrupting existing industries such as advertising-supported media”.

- (ii) Esses dois grupos de clientes são interdependentes ao passo que os anunciantes têm preferência por veicular seu serviço/produto naquele canal de comunicação que melhor atinja o público alvo desejado;
- (iii) Ademais, os anunciantes, sozinhos, não conseguiriam veicular sua publicidade sem a plataforma (normalmente de entretenimento) disponibilizada pelos veículos de comunicação;
- (iv) Por fim, os veículos de comunicação, ao servirem como interface para conectar dois ou mais grupos de usuários (anunciantes e espectadores) beneficiam-se de efeitos de rede diretos e indiretos. Nesse sentido, quanto maior for a audiência de determinado veículo de comunicação, maior será sua preferência entre os anunciantes. Por sua vez, a preferência dos anunciantes por determinado veículo, faz com que anunciantes com grande poder de mercado, representados por agências de publicidade também de grande porte, veiculem suas campanhas nesses veículos, que se beneficiam da melhor qualidade desses trabalhos evitando o fenômeno de *zapping*. Há, portanto, um incremento de qualidade na programação do veículo, o que reforça sua predileção junto ao público, resultando, novamente, em maior interesse de novos anunciantes. Em síntese, o efeito de rede verifica-se, pois, há uma retroalimentação entre um grande volume de anunciantes e o um grande volume de espectadores que determinado veículo de comunicação consegue mobilizar.

III.3.2 Mercado de venda de espaço/tempo publicitário em plataformas digitais

Segundo destacado nas respostas recebidas por esta Superintendência, a entrada de plataformas digitais – caso de redes sociais como Facebook, Instagram, Twitter e de serviços de streaming, caso da Netflix e Amazon – no mercado de venda de espaço/tempo publicitário representa uma transformação do setor.

Em uma das respostas recebidas, frisou-se que [ACESSO RESTRITO AO CADE E À REPRESENTADA]

Com efeito, há sensíveis diferenças na mecânica de funcionamento e, até mesmo, no arcabouço regulatório aplicável ao segmento de plataformas digitais nesse mercado. Por esse motivo, considerando notadamente as características específicas dos mercados

digitais, inclusive quanto à regulamentação pelo CENP, optou-se por tratar da BV nesse segmento em autos próprios. Para tanto, é necessário dar continuidade às diligências no âmbito deste PP, necessárias à coleta de evidências suficientes para a decisão quanto à necessidade de abertura de IA.

III.4 Mercado de programação de conteúdo para TV Aberta e Fechada (“alvo”)

O mercado de programação de conteúdo para televisão já foi analisado por esta Superintendência no AC 08700.004494/2018-53 (Parecer 11/2018/CGAA4/SGA1/SG) (SEI 0554823). Na ocasião, a análise realizada voltou-se especificamente para o mercado de programação para TV por assinatura, no entanto, suas conclusões permanecem válidas para os fins pretendidos por esta investigação.

Com efeito, a atividade de programação pode ser entendida como o “conjunto de atividades necessárias à prestação do serviço de oferta de conteúdos audiovisuais em múltiplos canais de programação, cada qual com grades horárias específicas (programação linear), com linha edital própria (...)”(SEI 0554823). Reforçando a noção de que a atividade de programação guarda semelhanças na TV aberta e Fechada, o Tribunal do CADE já registrou que (SEI 0199956):

Tal como no SeAC, a produção é a atividade de elaboração, composição, constituição ou criação de conteúdos audiovisuais em qualquer meio de suporte. A feitura de um filme, série, telejornal ou programa de auditório são exemplos de atividades de produção.

A programação também tem definição idêntica à que ocorre no SeAC, consistindo na organização linear temporal de atrações/programas, que são unidades do conteúdo audiovisual.

Cumprido dizer que a atividade de programação envolve desde a produção de conteúdos audiovisuais, seu licenciamento, a programação em canais e, no caso da TV Fechada, o empacotamento de canais de programação, o provimento de serviços de TV por assinatura e a transmissão e entrega dos pacotes.

Especificamente quanto ao mercado de TV fechada, esta SG já registrou, no AC 08700.006723/2015-21, tratar-se de segmento bastante concentrado “possuindo uma estrutura quase duopolista, concentrando 83% do total de assinantes em apenas duas

operadoras, a Net e a Sky, dentre centenas em atividade no país.”. Em relação à TV aberta, o Tribunal, no mesmo processo, se pronunciou no sentido de que nesse segmento “grandes economias de escala e escopo favorecem a formação de grandes conglomerados de mídia.”.

Em relação ao aspecto geográfico, esse mercado pode ser considerado de âmbito nacional, já que “emissoras de televisão aberta devem ser necessariamente empresas nacionais com sede no Brasil” ao que se soma o fato de que “qualquer atividade de programação para SeAC deve necessariamente ser desenvolvida por empresas brasileiras e sediadas no Brasil”. Registre-se que tal foi o entendimento encampado no AC 08700.006723/2015-21 (Simba), no AC 08700.004498/2018-31 (Disney/Fox) e AC n° 08700.001390/2017-14 (AT&T/Time Warner).

IV. Poder de mercado e posição dominante

Com base nessa definição de mercado relevante, passa-se a análise do poder de mercado no segmento de venda de tempo/espaço publicitário em rede televisiva, com a identificação de eventual posição dominante por algum agente. A análise do poder de mercador refere-se ao mercado de origem da conduta investigada.

Para que se identifique se determinado agente desfruta de posição dominante, um primeiro critério a ser identificado é a participação de mercado que, quando superior a 20%, faz presumir a dominância, podendo ser levadas em consideração as especificidades de cada mercado (art. 36, § 3º, da Lei n° 12.529/2011)¹².

Além da participação de mercado, outros critérios poderão levar à conclusão de existência de posição dominante e da probabilidade de sua utilização, como a existência de barreiras à entrada e o grau de concentração do mercado¹³.

IV.1 Market Share

A participação de mercado de emissoras de televisão nos segmentos aberto e fechado foi analisada pelo Cade no AC 08700.006734/2015-10. Constam do parecer n° 327/2015/CGAA5/SGA1/SG os seguintes dados:

Participação de mercado por canal no mercado brasileiro de TV por assinatura – 2014:

Canal	Tipo	Grupo	Índice de Audiência	Share da Audiência
Globo	TV Aberta	-	10,50	28,87
Record	TV Aberta	-	2,92	8,02
SBT	TV Aberta	-	2,73	7,50
TV BAND	TV Aberta	-	1,18	3,24
DISCOVERY KIDS	TV por Assinatura	DISCOVERY	1,15	3,15
CARTOON NETWORK	TV por Assinatura	TURNER	1,03	2,84
SPORTV	TV por Assinatura	GLOBOSAT	0,62	1,71
DISNEY CHANNEL	TV por Assinatura	DISNEY	0,60	1,66
FOX	TV por Assinatura	FOX	0,60	1,65
TNT	TV por Assinatura	TURNER	0,55	1,52
MEGAPIX	TV por Assinatura	GLOBOSAT	0,51	1,42
Rede TvI	TV Aberta	-	0,51	1,40
VIVA	TV por Assinatura	GLOBOSAT	0,44	1,21
NICKELODEON	TV por Assinatura	VIACOM	0,42	1,15
Cultura	TV Aberta	-	0,36	1,00
SPACE	TV por Assinatura	TURNER	0,36	0,99
UNIVERSAL CHANNEL	TV por Assinatura	GLOBOSAT	0,31	0,86
MULTISHOW	TV por Assinatura	GLOBOSAT	0,31	0,85
FX	TV por Assinatura	FOX	0,31	0,84
DISCOVERY CHANNEL	TV por Assinatura	DISCOVERY	0,29	0,79
AXN	TV por Assinatura	SONY	0,25	0,70
GloboNews	TV por Assinatura	GLOBOSAT	0,25	0,69
TELECINE PIPOCA	TV por Assinatura	GLOBOSAT	0,24	0,67
DISCOVERY HOME & HEALTH	TV por Assinatura	DISCOVERY	0,24	0,67
TELECINE ACTION	TV por Assinatura	GLOBOSAT	0,23	0,64
RPTV (TV Brasil)	TV Aberta	-	0,22	0,60
NATIONAL GEOGRAPHIC	TV por Assinatura	FOX	0,22	0,60
TELECINE PREMIUM	TV por Assinatura	GLOBOSAT	0,22	0,60
DISNEY XD	TV por Assinatura	DISNEY	0,21	0,57
SPORTV 2	TV por Assinatura	GLOBOSAT	0,19	0,52
WARNER CHANNEL	TV por Assinatura	TURNER	0,19	0,52
THE HISTORY CHANNEL	TV por Assinatura	A+E	0,19	0,51
ESPN BRASIL	TV por Assinatura	DISNEY	0,18	0,50
CINEMAX	TV por Assinatura	HBO	0,17	0,47
FOX SPORTS	TV por Assinatura	FOX	0,16	0,43
GLOOB	TV por Assinatura	GLOBOSAT	0,16	0,43
ANIMAL PLANET	TV por Assinatura	DISCOVERY	0,15	0,41
GNT	TV por Assinatura	GLOBOSAT	0,14	0,38
TELECINE FUN	TV por Assinatura	GLOBOSAT	0,14	0,38
SONY	TV por Assinatura	SONY	0,13	0,36
TELECINE TOUCH	TV por Assinatura	GLOBOSAT	0,11	0,31
REDE VIDA	TV Aberta	-	0,11	0,31
ID	TV por Assinatura	DISCOVERY	0,11	0,29
GAZETA	TV Aberta	-	0,11	0,29
Canção Nova	TV Aberta	-	0,10	0,27
TBS	TV por Assinatura	TURNER	0,10	0,26
TLC	TV por Assinatura	DISCOVERY	0,10	0,26

Fonte: Requerentes, tendo por base dados do Ibope/MWs.

Participação de mercado das emissoras no mercado brasileiro de canais de TV aberta por nível de audiência em 2014:

Emissora	Participação de Mercado
Globo	57,6%
Record	16,4%
SBT	15,6%
Rede TV	2,8%
TV Band	7,3%
Newco (Record, SBT e Rede TV)	34,7%
TV Cultura	0,4%

Considerando especificamente o segmento de TV Fechada, dados de 2016, obtidos pelo CADE no AC 08700.001390/2017-14 (AT&T/Time Warner), indicam o Market Share em audiência por grupo econômico. [ACESSO RESTRITO AO CADE E À REPRESENTADA]

Tabela 12: Market Share em Audiência por Grupo Econômico (2017)	
Globosat	30-40%
Time Warner	20-30%
<i>TWDC+Fox</i>	<i>10-20%</i>
Discovery	10-20%
<i>Fox</i>	<i>0-10%</i>
<i>Disney</i>	<i>0-10%</i>
Viacom	0-10%
Sony	0-10%
Scripps	0-10%
AMC	0-10%
Simba	0-10%
Novas Mídias	0-10%
Outros	10-11%
Total	99,28%
<i>Fonte: Requerentes (Kantar IBOPE Media Brasil). Elaboração: CGAA4/SG.</i>	

Com base nesses dados, pode-se identificar a existência de posição dominante pela emissora Globo, com participações superiores a 20% seja no mercado de TV Fechada, seja no mercado de TV aberta. Importante lembrar que, na forma do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, a existência de posição dominante não é fato punível pela lei antitruste, quando a conquista de mercado for decorrente do incremento de eficiência. No entanto, o exercício abusivo dessa posição consubstancia infração à ordem econômica.

Importante notar que, quanto ao exercício de posição dominante em programas de desconto, esta SG já manifestou entendimento segundo o qual “em que pese a concessão de descontos e rebates poder ser considerada corriqueira no relacionamento entre empresas e seus clientes, finais ou não, em situações em que a empresa que concede tais descontos tem poder de mercado suas políticas de desconto devem ser analisadas com

maior cautela pelo órgão antitruste, dado seu potencial de gerar efeitos anticoncorrenciais tanto no mercado *upstream* quanto no mercado *downstream*” (SEI 0730244).

Isso porque o estabelecimento de programas de desconto – assim como outras condutas unilaterais como a discriminação de preços, a exclusividade, a venda casada, etc. – não são intrinsecamente anticompetitivas, já que nem sempre tais condutas, que se justificam como estratégias de aumento do lucro de produtores, importarão prejuízo ao nível de bem-estar do consumidor. Nesse sentido, é possível aventar até mesmo cenários em que tais práticas se reverterão em benefícios ao ambiente concorrencial, com o aumento do volume de transações no mercado, aperfeiçoamento no desenvolvimento de produtos e tecnologias, dentre outros.

Ocorre que, em mercados com características específicas – altamente concentrados e com significativas barreiras à entrada – a implementação de tais práticas por agente detentor de posição dominante poderá ter efeitos anticoncorrenciais. Em outras palavras, a infração se caracteriza pela comprovação de efeitos associados não intrinsecamente à conduta – implementação de programas de desconto, no caso, a bonificação por volume – e sim à sua prática por agente com posição dominante.

Importante lembrar que a posição dominante se conceitua como a capacidade de um agente de atuar, no mercado, com indiferença em relação à reação de seus concorrentes em relação a suas práticas. Nesse sentido, a ilicitude da conduta ora analisada – a Bonificação por Volume - reside no seu efeito exclusionário naquele mercado. Um agente econômico sem posição dominante, nessa linha de ideias, não poderá atuar de tal forma a excluir seus concorrentes, já que, por definição, ele não pode agir com indiferença em relação aos concorrentes (já que não detém posição dominante).

IV.2 Barreiras à entrada

Conforme apresentado, o poder de mercado pode ser aferido tanto pela constatação de posição dominante por um agente (havendo presunção para aquele que detenha mais de 20% de determinado mercado relevante), quando pela análise de outros fatores que influenciam na estrutura do mercado. Dentre tais fatores, destacam-se as barreiras à entrada, que constituem importante elemento para o exercício da posição dominante.

Barreiras à entrada, na acepção acolhida pela Resolução n° 20/1999, consistem em condições que permitiriam a determinados agentes econômicos perceber lucros extraordinários, em dado MR, sem induzir a entrada de novos concorrentes. A mesma Resolução elenca como principais exemplos de barreiras à entrada: Economias de escala; Economias de escopo; Requerimentos de capital mínimo para a entrada elevados, tanto para a produção como para a distribuição; Fatores institucionais, como tarifas, quotas e regulações sanitárias; Tecnologia de difícil acesso, inclusive por patentes; Custo de aprendizado; Acesso difícil a matérias-primas; Lealdade do consumidor à marca; Elevada parcela de custos irrecuperáveis (*sunk costs*).

Com efeito, para a aferição da ilicitude da prática investigada, é relevante questionar a existência de barreiras à entrada nos mercados considerados, já que esse elemento contribui para a ocorrência de efeitos anticompetitivos nas restrições verticais. Registre-se que a mesma Resolução n° 20/1999 entende que a ilicitude de restrições verticais se identifica também quando há a criação de mecanismos de exclusão de rivais, por exemplo, que aumentem barreiras à entrada para competidores especiais.

Essa análise já foi feita pela Superintendência, quanto ao mercado publicitário brasileiro, na NT 11/2016/CGAA4/SGA1/SG/CADE (SEI 0201327), que conclui pela existência dos seguintes fatores que servem como barreiras à entrada:

- (i) necessidade de relações pré-existentes com grandes anunciantes, a fim de já possuir receitas ao início das operações, sendo relevantes no momento da entrada a reputação e know-how dos membros da nova agência de publicidade.
- (ii) alcançar volume de compra de mídia suficiente para obtenção de rentabilidade
- (iii) a obtenção de mão de obra qualificada
- (iv) a existência de custos irrecuperáveis, vez que os custos das ferramentas de pesquisa de mídia são altos[36]
- (v) a disponibilidade e acesso aos clientes, vez que, com o tamanho e estrutura de agências e a dinâmica do negócio, é cada vez mais difícil uma nova empresa entrar e ganhar espaço.
- (vi) barreiras regulatórias relativas à certificação pelo CENP

Já quanto mercado de venda de espaço/tempo publicitário por veículos de comunicação, podemos nos valer das análises feitas no AC 08700.004498/2018-31

(Disney/Fox) e AC n° 08700.001390/2017-14 (AT&T/Time Warner) que trataram especificamente do acesso ao mercado de programação de TV por assinatura. Entendemos que as barreiras identificadas valem também para o segmento da TV aberta e são úteis para a análise da infração ora investigada:

- (i) Economias de escala e de escopo;
- (ii) Forte diferenciação entre os canais de programação;
- (iii) Custos de transação junto às operadoras de TV por assinatura
- (iv) Maior poder de barganha de redes que participam de grandes grupos de mídia
- (v) Altos investimentos em produção, licenciamento, equipamentos e esforço para produzir conteúdo de qualidade
- (vi) Barreiras regulatórias

V. Análise concorrencial

V.1 Programas de desconto: linhas gerais e entendimentos da OCDE e do CADE

Conforme entendimento da OCDE⁷⁴, Programas de Desconto (ou programas de fidelidade) são estratégias amplamente difundidas no ambiente comercial e, frequentemente, benéfica para consumidores. No caso de programas baseados em critérios quantitativos – e, em alguns casos, mesmo quando existe previsão de exclusividade – podem gerar eficiências econômicas, como o repasse, aos consumidores, de economias de escala; o incentivo à maiores esforços nas estratégias de venda de determinado produto; ou mesmo como forma de estímulo à competição em mercados à jusante verticalmente relacionados.

A Organização alerta, no entanto, que, em determinados casos, a utilização desse tipo de programa por agentes com posição dominante pode resultar em prejuízo aos consumidores com a redução da possibilidade de que rivais compitam, efetivamente, para conquistar clientes em determinados mercados. Isso porque os programas de desconto – sobretudo aqueles fundados em exclusividade – podem desfigurar o modelo de competição no mercado: em lugar de competir-se pela possibilidade de venda de unidades de determinado produto, passa-se a competir pela fidelização de determinados clientes que passarão a adquirir as unidades do produto em grande quantidade.

No caso da bonificação por volume isso significa dizer que os veículos de comunicação deixam de competir para venderem unidades de seu tempo/espço publicitário e passam a competir para fidelizar determinadas agências de publicidade, que passarão a dar preferências para adquirir, junto a esses veículos, a demanda de seus anunciantes por espaço/tempo publicitário. Muito embora essa translação no modo de competição não seja um problema em si, ela se tornará uma questão anticompetitiva quando, na disputa por clientes e não por unidades do produto/serviço, o agente com posição dominante passa a desfrutar de vantagem competitiva que não se relaciona às qualidades de seu produto (a vantagem competitiva deve-se, isso sim, à posição dominante de que desfruta e que lhe permite agir com indiferença aos seus concorrentes).

Nesse sentido, o posicionamento da OCDE é no sentido de que programas de fidelidade com grande efetividade podem ser considerados como verdadeiros mecanismos de estabelecimento de exclusividade de fato em determinados segmentos econômicos. Com efeito, da mesma forma que um acordo de exclusividade quando praticado por um agente com posição dominante pode – embora não necessariamente – criar efeitos exclusionários em relação aos rivais, também a exclusividade de fato poderá operar da mesma maneira.

O efeito anticompetitivo dos programas de desconto, ainda segundo a Organização, está normalmente relacionado a assimetria de capacidades entre a empresa com posição dominante e suas concorrentes. Essa assimetria pode ser verificada em aspectos como: possibilidade de imposição de preços abaixo de custo (*'non-contestable' sales*), utilização das economias de escala pelo agente dominante como forma de impedir seus rivais de atuarem em igualdade de condições em razão de não alcançarem volume de vendas compatíveis com essas economias; fechamento de mercado ou de pontos estratégicos do mercado (fidelização de clientes-chave); dentre outros.

A par dos entendimentos manifestados pela OCDE, o CADE já enfrentou, tanto no controle de condutas, quanto no controle de estruturas, a prática de programas de desconto. Seus precedentes mais relevantes podem ser assim sistematizados:

- **Casos Folha de S. Paulo e Estadão (PA 08000.000128/1995-98 e 08000.161153/1995-89):** Nesses casos, os jornais Folha de S. Paulo e Estadão foram representados por conduta anticompetitiva consistente no oferecimento de bônus para clientes que concentrassem seus anúncios nos respectivos jornais,

caracterizando verdadeira exclusividade de fato). A conduta foi considerada ilícita e foi condenada pelo CADE.

- **Caso Microsoft (PA 08012.001182/1998-31):** Nesse caso, imputou-se à Microsoft suposta conduta anticompetitiva consistente na concessão de descontos para distribuidores de software de acordo com o volume vendido de produtos da Microsoft, causando possível exclusão de concorrentes. No entanto, o CADE entendeu que não haveria ilicitude na conduta, por não entender caracterizado o fechamento de mercado, diante da existência de grande número de agentes atuantes na distribuição de softwares.
- **Caso Ambev/ “Tô Contigo” (PA 08012.003805/2004-10):** o caso tratou do programa de fidelidade “Tô contigo” estabelecido pela Ambev (cervejaria que detinha, à época, 70% de participação no mercado relevante em que atuava). Referido programa dispunha que a Ambev premiaria o ponto de venda (PDV) pela venda dos produtos da empresa: para uma determinada quantidade de cervejas vendidas, o PDV acumulava pontos que poderiam ser trocados por prêmios atraentes, equivalentes a descontos. Em conclusão, o Conselho entendeu pela condenação da representada, sob os seguintes fundamentos: (i) o considerável poder de mercado detido pela companhia; (ii) que mesmo embora as regras formais do programa não mencionassem quaisquer requisitos de exclusividade, esses requisitos tinha ocorrido na prática pelo menos para um grupo de PDV selecionados; (iii) que a não linearidade se os descontos concedidos impusessem uma dificuldade adicional para os rivais da Ambev; (iv) que a empresa não foi capaz de demonstrar eficiências compensatórias e (v) a má-fé evidenciada por documentos internos demonstrando intenções anticompetitivas e também estratégias para ocultar as práticas da empresa das autoridades de concorrência.
- **Caso Infoglobo (PA 08700.003064/2005-58):** O processo administrativo em questão foi instaurado a partir de representação apresentada pelo Jornal Brasil e pela Editora o Dia S/A contra a Infoglobo Comunicações Ltda. pela adoção de condutas anticompetitivas relacionadas à sua política de descontos na venda de espaços publicitários. A Infoglobo, à época, era o único agente do mercado de jornais no estado do Rio de Janeiro com penetração significativa em todas as classes sociais por meio de seu conjunto de jornais (O Globo, Extra e Expresso da Informação). Os descontos oferecidos aos anunciantes eram com base na (i) quantidade dos investimentos do cliente disponibilizados na contratação de

anúncios de publicidade da Representada e na (ii) contratação de espaço de publicidade em mais de um jornal pertencente ao grupo. Dessa forma, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (órgão responsável então por investigar condutas anticompetitivas) considerou que os descontos oferecidos aos anunciantes produziam efeitos anticoncorrenciais, recomendando a condenação da Representada por infrações à ordem econômica previstas no art. 20, incisos I e II, c/c art. 21, incisos V e XII, ambos da Lei nº 8.884/94 (lei que foi substituída pela atual Lei de Defesa da Concorrência, 12.529/2011). Em relação à prática de descontos atrelados à verba publicitária destinada a seus jornais, a SDE entendeu que, mesmo não havendo uma exigência formal de exclusividade de seus anunciantes, o desconto crescente concedido pela Infoglobo por “participação” na verba publicitária total do anunciante, somado ao seu poder de mercado, fazia com que fosse bastante atrativo para grande parcela dos anunciantes optar por anunciar apenas nos jornais da Representada, que representavam 72% dos jornais comercializados no Rio de Janeiro, provocando a exclusão de seus concorrentes. A segunda política de desconto analisada pela SDE, chamada “Classificados do Rio”, por outro lado, oferecia descontos para anúncios publicados simultaneamente em mais de um jornal da Infoglobo, de forma que saía bem mais barato anunciar conjuntamente em O Globo, no Extra e no site Globo Online do que anunciar apenas em O Globo. Assim, entendeu-se que a política de descontos em questão configurava-se uma espécie de venda casada velada, à medida que criava condições tais que, na prática, condicionava a venda de um produto à aquisição do outro. Isso porque seria extremamente improvável que um anunciante preferisse pagar 50% a mais para adquirir um produto que irá trazer menor retorno para seu investimento do que o outro produto disponível no mercado, que engloba o que ele deseja e mais duas outras mídias adicionais. A Infoglobo firmou TCC com o Cade em 28.08.2013 comprometendo-se a cessar as práticas de descontos mencionadas com pagamento de contribuição pecuniária.

- **Casos Monsanto (AC’s 08012.002870/2012-38 (Monsanto/Syngenta), 08012.006706/2012-08 (Monsanto/Nidera), 08700/003898/2012-34 (Monsanto/Coodetec), 08700.003937/2012-01 (Monsanto/ Don Mario) e 08700.004957/2013-72 (Monsanto/ Bayer)):** nesses casos, analisados no controle de conduta do CADE, a aprovação do Ato de Concentração foi

condicionada à modificação de cláusulas contratuais cujos efeitos anticompetitivos a aproximavam de estratégias de um programa de desconto.

- **Caso Tigre (PP 08700.005134/2018-79):** o procedimento foi instaurado ex-officio em razão de indícios obtidos ao longo da instrução do Ato de Concentração nº 08700.002327/2018-78. Após a instrução do feito conclui-se pela não caracterização de efeitos anticompetitivos, já que os critérios adotados no programa de fidelidade não teriam o condão de induzir a um comportamento adverso no mercado à jusante. Os fundamentos utilizados pela autoridade, em síntese, foram de que (i) a prática ocorreu numa fase de testes do JS+, durante período bastante limitado; (ii) as recompensas oferecidas aos lojistas não foram de cunho financeiro; (iii) o número de clientes que pontuaram sob o critério adotado foi baixo e (iv) houve oscilações negativas, no decorrer do tempo, de clientes que pontuaram no Programa.

À luz desses precedentes, o CADE já se manifestou⁷⁵ no sentido de que embora não existam diretrizes específicas para a análise de condutas anticoncorrenciais concretizadas por programas de desconto, existe um posicionamento consistente da Autoridade em condenar tais condutas quando, consideradas as especificidades do caso e dos mercados envolvidos, seja possível comprovar os efeitos anticompetitivos.

V.2 Infrações à ordem econômica nas restrições verticais

Conforme consta da Resolução nº 20/1999 do CADE, consideram-se restrições verticais aquelas impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (de origem) sobre mercados relacionados verticalmente – a “montante” ou a “jusante” – ao longo da cadeia produtiva (mercado “alvo”). Com base nessa definição, consideram-se como restrições verticais os programas de descontos, gênero que inclui diversas estratégias de indução à fidelização entre agentes de mercados relacionados (concessão de vantagens condicionadas ao volume de aquisição, a garantia de exclusividade etc.).

Essas restrições, de acordo com o entendimento desta SG, fundam-se em uma racionalidade econômica cujos efeitos podem ser pró-competitivos. Nesse sentido, foi reconhecido no caso “Tô Contigo” (PA 08012.003805/2004-10) que os programas de

desconto serão benéficos, do ponto de vista concorrencial, “*se (i) aproximarem os preços aos custos marginais do produtor ou, (ii) ao incentivar a concentração de compras individualmente, aumentem o poder de barganha do comprador. Nesses casos, há um aumento da eficiência alocativa (com a redução do peso morto) e um incremento da eficiência técnica (economias em produção ou distribuição). Em certas situações (notadamente quando a prática é realizada por um entrante), há também reflexos positivos em termos de eficiência dinâmica, já que descontos podem ser um meio de fazer com que consumidores experimentem novos produtos e acentuem a concorrência*” (SEI 0033084).

A mesma prática, no entanto, dependendo dos termos em que é realizada e ainda de acordo com as características próprias de determinados mercados, poderá ser prejudicial ao ambiente econômico, caracterizando infração pela comprovação dos efeitos, potenciais ou efetivos, listados no art. 36 da Lei nº 12.529/2011. Nesse sentido, “*para que uma restrição vertical seja crível em termos econômicos, ela deve gerar rendas ou promover a extração de rendas de terceiros. Para que seja considerado anticompetitivo, faz-se necessário que, ao menos potencialmente, essa ação gere redução de bem-estar social*” (SEI 0033084).

Diante da dualidade de efeitos nas restrições verticais, estabelece a Resolução nº 20/1999 que “*Embora tais restrições constituam em princípio limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios ("eficiências econômicas") que devem ser ponderados vis-à-vis os efeitos potenciais anticompetitivos, de acordo com o princípio da razoabilidade*”.

Sobre o tema da concessão de descontos e outros tipos de benefícios entre agentes de mercados verticalmente relacionados, esta Superintendência já encampou entendimento de segundo o qual políticas de desconto encampadas por agentes econômicos, embora não sejam intrinsecamente ilícitas, podem caracterizar infração a depender do agente que a desenvolve e das características dos mercados envolvidos.

Nessa esteira, entende-se que tais práticas poderão, com maior probabilidade, redundar em infração quando perpetradas por “*empresa que detenha posição dominante no mercado *upstream* e seja condiciona a certos comportamentos ou metas por parte dos clientes que possam impactar negativamente as condições concorrência nos mercados afetados pela prática*” (SEI 0623891):

Nesse sentido, têm sido objeto de preocupação do CADE programas de desconto que tenham como consequência indução à fidelidade, já que, nesse caso, vislumbra-se como efeito prático um deslocamento artificial de demanda por produtos ou serviços do agente econômico responsável pela concessão dos incentivos. A análise sobre a existência de efeitos anticompetitivos em programas de descontos foi feita pelo CADE no caso “Tô Contigo” (PA 08012.003805/2004-10), no qual foram apresentadas as seguintes conclusões:

No que tange a prejuízos à livre concorrência, a probabilidade de que estes ocorram depende, em grande medida, de se e quanto a oferta desse desconto reduz transparência ou se constitui em mecanismo velado de monopolização - ou seja, exclui ou restringe a ação de empresas concorrentes tão ou mais eficientes que a empresa ofertante, ainda que potencialmente. Deve-se considerar que seu potencial efeito anticompetitivo exclusionário só pode ser avaliado com base nas características específicas do programa e do mercado em que o desconto é praticado.

Em síntese, os precedentes deste Conselho admitem que, embora os programas de desconto baseados em volume de transações não sejam ilícitos concorrenciais por seu objeto, é possível que, em determinadas situações, a comprovação de efeitos anticompetitivos permita a conclusão pela ilicitude da prática. Isso porque a indução à fidelidade resultante desses programas pode constituir estratégia de fechamento de mercado, notadamente quando as vantagens oferecidas por agente detentor de posição dominante dificultem ou impeçam os concorrentes de terem acesso a parcela significativa ou estratégica do mercado (SEI 0623891).

V.3 A questão da posição dominante nas restrições verticais

Com base nos fundamentos analisados até o momento, tem-se que a caracterização da infração nos programas de desconto exige a presença dos seguintes elementos: (i) concessão de incentivo por agente que detenha posição dominante no mercado de origem capaz de afetar parcela significativa do mercado alvo e (ii) demonstração de que os comportamentos exigidos dos agentes no mercado alvo para participarem do programa têm por objeto ou efeito práticas deletérias ao ambiente concorrencial.

Quanto ao primeiro elemento, trata-se de aspecto comum às infrações concretizadas por restrições verticais, já que a regra, nesses casos, é que a conduta não é

intrinsecamente ilícita e sim os efeitos causados por ela, que dependem do poder de mercado do agente que pratica. Nesse sentido, o prejuízo à ordem econômica depende do poder que o autor detém para, unilateralmente e agindo de forma indiferente, alterar, de forma anticompetitiva, as condições de determinado mercado. Isso acontece, por exemplo, mediante a exclusão de competidores, o deslocamento artificial da demanda por seus produtos do autor da conduta ou com a criação de maiores barreiras à entrada em determinado segmento.

No caso da prática de Bonificação por Volume, as evidências obtidas por esta SG permitem concluir que diversos agentes nos segmentos de mercado relevante considerados adotam referido programa de desconto. Considerado segmento de TV Aberta e Fechada, citam-se as emissoras Globo e Globosat (ambas pertencentes ao Grupo Globo Comunicações), SBT, Record, Fox, Turner, dentre outros. Já no segmento de plataformas digitais, a BV é praticada, pelo menos, pelo Google, pelo Facebook e pelo Twitter.

Ocorre que, em linha com o que já foi exaustivamente argumentado nesta nota, os programas de desconto não são intrinsecamente ilícito, sendo que tal infração somente se caracterizará quando comprovados efeitos anticompetitivos (concretos ou potenciais). A produção de tais efeitos, por sua vez, está relacionada à posição dominante do agente, pois somente quando o autor da prática puder agir com indiferença aos concorrentes e em situação capaz de alterar unilateralmente as condições do mercado, é que se pode falar em efeitos anticoncorrenciais.

Diante de todas essas especificações e elementos necessários à caracterização da infração, o objeto dessa investigação restringiu-se às cláusulas contratuais de planos de incentivo celebrados no mercado relevante de venda de tempo/espço publicitário nos segmentos de mídia televisiva e plataformas digitais. Em relação ao segmento de plataformas digitais, a investigação continuará neste PP diante da inexistência de evidências suficientes, neste momento, para a instauração de um IA. Já no segmento de televisão, a investigação será voltada à BV contratada entre agências de publicidade e a emissoras do Grupo Globo Comunicações (TV Globo e Globosat), que detém **posição dominante no mercado**, conforme já demonstrado.

Em relação à posição dominante da Globo e seu impacto na caracterização da infração, importante conhecer a diferença no volume de recursos pagos por essa emissora

às agências de publicidade em comparação com outras emissoras de TV. Nesse sentido, apresenta-se o comparativo entre Globo e SBT para os mesmos períodos:

[ACESSO RESTRITO AO CADE]

Vê-se que para uma mesma agência de publicidade, por exemplo, Y&R, a Globo pagou um valor, pelo menos, dez vezes maior do que o SBT, emissora que, de acordo com os dados apresentados nesta nota, possui a segunda maior participação no mercado de TV Aberta. A discrepância no volume de recursos reforça o argumento de que os efeitos anticompetitivos da prática exigem posição dominante do autor.

Nesse sentido, a imposição de cláusulas anticoncorrenciais no contrato de BV, a indução à fidelidade, o fechamento de mercado e demais efeitos deletérios da prática não poderiam ser produzidos por veículos de comunicação cujos volumes pagos às agências correspondem a menos de 10% do total referente ao agente com posição dominante. Isso porque com uma parcela tão pequena de recursos o incentivo gerado pelo plano de desconto é incapaz influenciar de forma relevante a estrutura de funcionamento do mercado alvo.

Importante destacar que a ordem crescente de bonificação paga às agências pela emissora Globo guarda correspondência com a posição dessas agências no Ranking de Agências conforme investimento publicitário dos anunciantes (Janeiro a Dezembro 2019) feito pela Kantar Ibope Media (trata-se da divisão latino-americana da Kantar-Media, líder global em inteligência de mídia, motivo pelo qual os dados fornecidos por essa empresa foram considerados suficientemente confiáveis e verossímeis por esta SG).

Essa constatação é importante já que, na forma da resolução nº 20/1999, a ilicitude das restrições verticais pressupõe que a conduta atinja parcela substancial do mercado alvo das práticas. Nesse sentido, crucial observar que não só a Globo é responsável pelo maior volume de recursos recebidos pelas agências de publicidade a título de bonificação, mas também que tais agências de publicidade representam aquelas com maior participação no mercado relevante de serviços de publicidade.

RANKING KANTAR IBOPE MEDIA JAN/DEZ 2019

Atenção: Os valores que seguem reportam o investimento publicitário dos anunciantes atendidos pelas respectivas agências. Os valores não representam a receita.

Banco utilizado: (ME1912TOTALTOTALPTVSH3) 41 Mercados – 9 Meios + Merchandising – Janeiro a Dezembro/19.

* A Fusão entre DM9DDB e SUNSET COMUNICAÇÃO que formou a agência SUNSETDDB teve reflexo no ranking, desde de junho/19.

O ranking contém os investimentos de Agência Conta Dividida. São classificadas como conta dividida:

- mesmo filme, no mesmo período, dividido por diferentes agências;
- meio outdoor que não é classificado por campanha.

Critério de operações de fusões: Durante os 6 primeiros meses após a fusão, a verba das agências envolvidas não sofrerá alteração. Passado esse período os valores serão reclassificados com histórico de data da fusão.

Critério de separação de agências: As agências envolvidas seguem com seus valores históricos inalterados, ou seja, os valores do período anterior a esse separação não serão atribuídos às novas agências provenientes da reestruturação. Caso uma ou mais agências sigam com a carteira de clientes total ou parcial, esse investimento será refletido respeitando esse histórico.

Janeiro a Dezembro 2019		
Moeda: R\$ (000)		
(GAV – Gross Advertising Value) sem descontos e negociações.		
Posição	Agência	Investimento
1	Y R	4.239.017
2	OGILVY	3.946.823
3	AFRICA	3.736.781
4	WMCCANN	3.627.676
5	ARTPLAN	3.141.662
6	PUBLICIS PBC COMUNICACAO	3.060.773
7	AGENCIA WE	2.982.359
8	MULTI SOLUTION	2.877.780
9	TALENT MARCEL	2.487.082
10	DPZ E T	2.462.570
11	FCB BRASIL	2.424.993
12	Z 515 PROPAGANDA	2.417.594
13	LEO BURNETT NEO COMUNICACAO	2.350.254
14	LEW LARA TBWA	2.193.972
15	ALMAP BBDO	2.170.021
16	MULLEN LOWE BRASIL	1.990.872
17	HAVASPLUS	1.968.160
18	BETC HAVAS	1.916.885
19	JWT	1.684.905
20	BETC	1.663.382
21	E MIDIA PROPAGANDA E MARKETING	1.593.250
22	GREY	1.544.874
23	HAVAS WORLDWIDE	1.526.036
24	CHEIL	1.516.973

A constatação de que a Globo é a responsável pelo maior volume de recursos recebido pelas agências a título de BV – mesmo em comparação com veículos de comunicação de segmentos diversos - é embasada também em dados obtidos durante a instrução processual. Tais dados reforçam a conclusão de que somente esse agente econômico, pela posição dominante de que desfruta, consegue impor os efeitos anticompetitivos nos mercados envolvidos. O grande volume de recursos, nessa

perspectiva, é elemento essencial para os efeitos de fechamento de mercado e indução à fidelidade (ou, no limite, exclusividade), aumento de dependência econômica, dentre outros.

[ACESSO RESTRITO AO CADE]

Feitos tais esclarecimentos, passa-se à descrição individualizada das cláusulas contratuais presentes nos planos de incentivo nas quais se vislumbram efeitos anticompetitivos irrazoáveis e que, ao menos em tese, justificam a atuação da autoridade antitruste para sua repressão.

V.4 Identificação de práticas infracionais nos contratos de BV

Conforme descrição apresentada, a prática da BV, sem prejuízo do reconhecimento de sua legalidade, pode, em certas circunstâncias, levantar preocupações do ponto de vista concorrencial. Nesse sentido, cumpre destacar que nos termos do art. 66, §2º da Lei nº 12.529/2011, o Procedimento Preparatório destina-se a apurar se determinada conduta se insere na matéria de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o que poderá subsidiar eventual abertura de Inquérito Administrativo.

Não se trata, portanto, de sede própria para pronunciamentos conclusivos quanto à ilicitude da conduta, servindo apenas para a formação do convencimento da autoridade administrativa quanto à existência de competência para a atuação. De acordo com os elementos colhidos durante a fase de instrução do PP, as práticas identificadas como possíveis infrações inseridas no escopo de atuação do SBDC são:

A) Utilização de critérios qualitativos no BV

Conforme apurado no PP, a concessão do BV pelas emissoras pode ser feita com base em critérios (i) qualitativos; e (ii) qualitativos e quantitativos. O critério quantitativo, basicamente, refere-se ao total de investimentos feitos pelas agências (em verdade, pelos clientes da agência) em determinada emissora. Desse modo, são estabelecidas faixas de investimentos às quais corresponde um percentual de bonificação. Exemplo:

Faixa	Inv. mínimo	Inv. máximo	Percentual de BV
A	R\$ 10.000,00	R\$20.000,00	2%
B	R\$ 20.000,00	R\$40.000,00	3%

Um segundo modelo identificado é a bonificação fundada simultaneamente em critérios quantitativos e qualitativos. Nesse caso, soma-se à estratégia de fixação de faixas e percentuais de bonificação conforme total de investimentos, a possibilidade de incremento na Bonificação com base (i) em atuações positivas (fazer algo) ou negativas (não fazer algo) da agência e (ii) na representatividade dos investimentos no total de faturamento da agência.

A análise dos documentos obtidos na instrução do PP revela que esses critérios qualitativos têm três objetivos precípuos: (i) promover produtos e serviços das emissoras junto a anunciantes de grande porte; (ii) aumentar o grau de dependência econômica de agências de publicidade com grande poder de mercado junto à emissora que promove o plano de incentivo..

A consecução desses objetivos leva à caracterização dos seguintes efeitos, considerados ilícitos na forma do art. 36 da Lei nº 12.529/2011: (i) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (ii) exercer de forma abusiva posição dominante.

São exemplos de critério de representatividade:

- 1. Estabelecimento de percentual de bonificação, crescente, para agências que tenham maior percentual de seu faturamento total destinado a investimentos na emissora.** Nesse caso, a conduta da emissora amolda-se ao disposto no art. 36, §3º, IV, pois ao induzir as agências a concentrarem seus investimentos, como forma de obtenção da bonificação, a emissora pode dificultar o funcionamento de empresas concorrentes. Note-se que o incentivo não diz respeito ao volume de investimentos, mas a representatividade desse total em relação ao faturamento da agência. Desse modo, a emissora não só induz a agência a não realizar investimentos em sua concorrente, mas trabalha para aumentar o grau de dependência econômica das agências de publicidade. O efeito da conduta anticompetitiva é a dominação de mercado. **Ademais, em comparação com Planos de Incentivo de outras emissoras, não se constatou a presença de condições semelhantes, o que indica que a prática**

adota constitui também exercício abusivo de posição dominante, já que somente o agente econômico com essa condição consegue impor tal medida aos agentes do mercado alvo.

[ACESSO RESTRITO AO CADE]

São exemplos de critério comportamental:

1. Concessão de bonificação pelo incremento no número de clientes da agência.

Nesse ponto, há uma discriminação arbitrária entre adquirentes de tempo/espço publicitários. Isso porque duas agências, com igual volume de investimentos e igual volume de clientes serão bonificadas de forma diferente caso uma delas tenha incrementado o número de sua carteira em relação ao ano anterior. A racionalidade da conduta parece ser o incentivo da emissora para que agências conquistem novos anunciantes que irão adquirir espaço/tempo publicitário em seus veículos. Indiretamente, busca-se também captar no mercado aquelas agências com maior poder de mercado que, presumivelmente, ostentam índices maiores de crescimento em número de clientes.

[ACESSO RESTRITO AO CADE]

2. Concessão de bonificação de acordo com o número de canais da emissora nos quais são veiculados os anúncios da agência. A conduta da emissora amolda-se ao disposto no art. 36, §3º, IV, pois, ao induzir as agências a concentrarem seus investimentos, como forma de obtenção da bonificação, apenas em seus canais, a emissora pode dificultar o funcionamento de empresas concorrentes.

[ACESSO RESTRITO AO CADE]

3. Grau de atenção e empenho da agência no oferecimento de produtos e serviços da emissora. Nesse caso, a conduta pode ter por efeito dominação de mercado, já que a emissora se vale de um preposto – a agência de publicidade – para se promover junto aos agentes econômicos do mercado relevante alvo (anunciantes), dificultando também que seus concorrentes tenham acesso e/ou o

mesmo tratamento das agências. A prática pode até mesmo configurar alguma infração às normas éticas do CONAR, já que, em tese, a agência de publicidade deve oferecer produtos e serviços no melhor interesse de seus clientes e não com vistas a promover determinada emissora com a qual mantenha plano de incentivo.

[ACESSO RESTRITO AO CADE E À REPRESENTADA]

- 4. Participação em eventos e projetos da emissora.** No mesmo sentido, há aqui conduta cujo efeito é a dominação de mercado, já que a concessão de bonificação pode extrapolar a racionalidade de apenas incentivar maiores investimentos por parte da agência, criando condições para a promoção da emissora junto ao público ao qual a agência publicitária oferta seus serviços.

[ACESSO RESTRITO AO CADE E À REPRESENTADA]

B) Desconto não linear no cliente ativo e no adiantamento

Outra prática possivelmente problemática do ponto de vista concorrencial, é a definição não linear (i) de valores de adiantamento da bonificação e (ii) de patamares mínimos para que se considere ativo determinado cliente da agência.

O adiantamento será aprofundado em tópico próprio da nota, por ser prática que promove acentuado aumento no grau de dependência econômica das agências junto a emissoras. **Isso porque, ao entregar antecipadamente os valores de bonificação, a emissora torna-se credora da agência, que, portanto, deverá assegurar que seus futuros trabalhos sejam suficientes para garantir percentual de bonificação equivalente ao já recebido.**

Ocorre que, além de agravar a dependência econômica, o adiantamento também tem por efeito a dominação no mercado relevante de serviços de publicidade. Isso porque, os percentuais de adiantamento não são fixos nem lineares, de modo que a emissora atua casuisticamente ao fixar determinado percentual de adiantamento, com significativas variações.

[ACESSO RESTRITO AO CADE E À REPRESENTADA]

Isso significa dizer que tais agências, independentemente do total de investimentos efetuados ao longo do ano na emissora, já terão à sua disposição um capital maior para o desempenho de sua atividade produtiva. Ou seja, o agente econômico com maior parcela do mercado relevante terá reforçada sua posição dominante, em razão de condições favorecidas no recebimento adiantado da bonificação.

O mesmo efeito se observa na prática de fixação um valor mínimo de investimentos de determinado anunciante para que ele seja considerado “cliente ativo” da agência. Vale lembrar que o número de clientes ativos (na verdade, o crescimento desse número de um ano para o outro) é utilizado como critério qualitativo para a concessão da BV.

A investigação realizada no PP revelou que os valores para que se considere ativo um cliente são menores quanto maior o porte da agência. Ou seja, uma agência de maior porte terá considerados como ativos os clientes que efetuem, por exemplo, investimento mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Outra agência, de menor porte, precisará de um investimento mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para que o mesmo cliente seja considerado ativo. O número de clientes ativos afeta a bonificação recebida, e, nesse caso, reforça a posição dominante de agências com maior parcela de mercado.

[ACESSO RESTRITO AO CADE]

C) Adiantamento e dependência econômica

Sabe-se que o aumento no grau de dependência econômica é efeito comum na prática de restrições verticais. Além disso, a mera existência de dependência econômica (ou sua intensificação) não são infrações à ordem econômica. Ocorre que esse fenômeno, quando decorrente de um exercício abusivo de posição dominante, torna-se ilícito objeto de reprimenda pelo SBDC.

Nesse sentido, o adiantamento da BV, praticado no âmbito dos Planos de Incentivo analisados pela SG, pode caracterizar infração quando levado a cabo por emissora detentora de posição dominante. **Nessa situação, ao entregar previamente um numerário à agência, a emissora torna-se credora e a agência, na posição de**

devedora, terá que direcionar seus investimentos para a emissora que lhe fez o adiantamento.

Ademais, com base nas evidências coletadas no PP, o percentual de adiantamento é maior para agências de publicidade de maior porte. Desse modo, a emissora detentora de posição dominante, novamente, age de forma abusiva ao criar condições em que as maiores agências – com maior capacidade de investimentos e com os anunciantes de maior porte – tenham um grau de dependência ainda mais acentuado, o que torna mais difícil que tais agências contratem espaço/tempo de publicidade em outros canais televisivos.

[ACESSO RESTRITO AO CADE]

VI. Medida Preventiva

Na forma do art. 13, XI c/c art. 84 da Lei 12.529/2011 e do art. 211 do RICADE, compete à Superintendência-Geral, em qualquer fase do Inquérito Administrativo para apuração de infrações adotar medida preventiva, inclusive por iniciativa própria. O requisito para a concessão da Medida é a existência de fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou que torne ineficaz o resultado do processo.

Em conformidade com o art. 13, XI da Lei nº 12.529, a Medida Preventiva deve conduzir à cessação de prática que constitua infração contra a ordem econômica, admitindo-se, inclusive, a fixação de multa diária, a ser aplicada no caso de descumprimento da determinação no prazo fixado.

Com fundamento nessas disposições normativas, consideram-se presentes, no caso ora tratado, os requisitos necessários à concessão da medida. Isso porque, durante a instrução processual a autoridade administrativa teve acesso a evidências que confirmam os efeitos anticompetitivos da prática analisada. Conforme narrado em seção própria desta nota, a conduta atribuída à representada tem efeitos sobre mais de um mercado relevante, o que torna a reparação das lesões ainda mais difícil e/ou improvável, justificando, portanto, a medida preventiva como único elemento adequado à proteção da ordem econômica.

Além disso, é preciso considerar que a prática investigada se funda em obrigação de trato sucessivo (contrato com vigência de, pelo menos, 12 meses). Nesse sentido, os planos de incentivo são contratados pelo período de 01 ano, motivo pelo qual a demora na adoção de providências pela autoridade administrativa representa uma perpetuação da prática, com efeitos estruturais sobre todos os mercados em referência.

Convém ainda ressaltar que, tomando como base as disposições da lei processual civil (art. 300 e seguintes do CPC/2015) que se aplicam subsidiariamente a este processo por força do art. 115 da Lei nº 12.529/2011, também se constata presente a probabilidade do direito. Isso porque há sólidos precedentes deste Conselho que confirmam a possibilidade de condenação de restrições verticais materializadas por programas de desconto. A esse exemplo citam-se os casos 08012.003805/2004-10 (Tô Contigo); 08000.000128/1995-98 e 08000.161153/1995-89 (casos Folha de S. Paulo e Estadão); Caso Infoglobo (PA 08700.003064/2005-58) e atos de concentração 08012.002870/2012-38 (Monsanto/Syngenta), 08012.006706/2012-08 (Monsanto/Nidera), 08700/003898/2012-34 (Monsanto/Coodetec), 08700.003937/2012-01 (Monsanto/ Don Mario) e 08700.004957/2013-72 (Monsanto/ Bayer)⁷⁶.

Conforme precedentes desta SG (PA 08700.002066/2019-77)⁷⁷, entende-se que a aparência do bom direito indica a necessidade de intervenção, *in limine*, das autoridades de defesa da concorrência em razão da presença de indícios suficientes de que uma determinada conduta esteja causando ou possa vir a causar os efeitos anticompetitivos previstos no diploma legal. Ou seja, a partir da constatação de que determinadas condutas no mercado revelam possível limitação, falseamento ou qualquer outra forma de prejuízo à livre concorrência e à livre iniciativa, surge o *fumus boni iuris*, consistente no direito da coletividade à intervenção estatal com o fim de protegê-la de tais práticas.

À luz desses fundamentos, tem-se por preenchidas as exigências legais e regulamentares para a adoção da medida preventiva. Determina-se, portanto, que a representada (i) abstenha-se de celebrar novos contratos de Plano de Incentivo a partir da concessão desta Medida; (ii) abstenha-se de realizar qualquer adiantamento nos Planos de Incentivo, seja em contratos vigentes ou futuros, a partir da concessão desta Medida.

VII. Conclusões

Diante de todo o exposto, conclui-se pela existência de indícios de que pode ter sido praticada conduta anticoncorrencial por parte do Grupo Globo Comunicações. Tal suposta conduta, se comprovada, pode caracterizar infração à ordem econômica de abuso de posição dominante e dominação de mercado relevante nos termos dos incisos II e IV, e incisos IV e X do § 3º, todos do artigo 36 da Lei 12.529/2011.

Pelos motivos acima, decide-se pela **instauração de Inquérito Administrativo em desfavor do Grupo Globo Comunicações** consoante os artigos 13, III, e 66 e seguintes, da Lei nº 12.529/2011 c/c os artigos 140 e seguintes do RICADE, a ser autuado em novos autos. Cópias de todos os documentos relativos a essa conduta também devem ser juntadas nos mesmos autos.

Adicionalmente, faz-se necessária a adoção de medida preventiva para fazer cessar efeitos anticompetitivos da prática investigada, determinando à representada que: (i) abstenha-se de celebrar novos contratos de Plano de Incentivo a partir da concessão desta Medida; (ii) abstenha-se de realizar qualquer adiantamento nos Planos de Incentivo, seja em contratos vigentes ou futuros, a partir da concessão desta Medida.

Para o caso de descumprimento da mesma, a Representada fica sujeita à multa diária no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Ademais, com fundamento nas razões expostas no item III.3.2, decide-se pela manutenção das investigações conduzidas neste PP para a coleta de evidências suficientes que subsidiem eventual continuidade de investigações em outros segmentos do mercado de venda de tempo/espço publicitário em IA apartado.

Estas as conclusões.

1 0721172
2 0721173
3 0721174
4 0721175
5 0721176
6 0721177
7 0721178
8 0721181
9 0721182
10 0721184
11 0721185
12 0721187
13 0721188
14 0721189
15 0721190
16 0721191
17 0721192
18 0721194
19 0721195
20 0721197
21 0721198
22 0721199
23 0721400
24 0721422
25 0721424
26 0721425
27 0721426
28 0721427
29 0721428
30 0721433
31 0721435
32 0721438
33 0721443
34 0721444
35 0721470
36 0721475
37 0818295
38 0818338
39 0818342
40 0818353
41 0818353
42 0820289
43 0820763
44 0820765
45 0820766
46 0820767
47 0820769
48 0820772
49 0820773
50 0820774
51 0820775
52 0820776
53 0820777
54 0820780
55 0820784
56 0820786
57 0820787

⁵⁸ 0820799

⁵⁹ 0820803

⁶⁰ 0820806

⁶¹ 0820807

⁶² 0820809

⁶³ 0820810

⁶⁴ 0820833

⁶⁵ 0823017

⁶⁶ PA 08012.008602/2005-09

⁶⁷ 0201327

⁶⁸ 4.1 É reservado exclusivamente à Agência como tal habilitada e certificada o “desconto padrão de agência”, nos termos do item 2.5 e seguintes destas Normas-Padrão, bem como eventuais frutos de planos de incentivo, voluntariamente instituídos por Veículos.

4.1.1 Os planos de incentivo concedidos pelos Veículos não poderão se sobrepor aos critérios técnicos na escolha de mídia nem servir como pretexto de preterição aos Veículos que não os pratiquem.

4.2 Os planos de incentivo às Agências mantidos por Veículos não contemplarão Anunciantes.

⁶⁹ Art. 18. É facultativa a concessão de planos de incentivo por veículo de divulgação e sua aceitação por agência de propaganda, e os frutos deles resultantes constituem, para todos os fins de direito, receita própria da agência e não estão compreendidos na obrigação estabelecida no parágrafo único do art. 15 desta Lei.

⁷⁰ SEI 0730244

⁷¹ SEI 073211

⁷² SEI 0724552

⁷³ SEI 0201327

⁷⁴ OCDE. ROUNDTABLE ON FIDELITY REBATES Summary of Discussion of the Roundtable on Fidelity

Rebates. 2016. Disponível em:

[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)1/ANN2/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)1/ANN2/FINAL/en/pdf). Acesso em 30.11.2020.

⁷⁵ OCDE. ROUNDTABLE ON FIDELITY REBATES: Note by Brazil. 2016. Disponível em:

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2016\)2&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2016)2&doclanguage=en). Acesso em 30.11.2020.

⁷⁶ Nesses casos, a aprovação do Ato de Concentração foi condicionada à modificação de cláusulas contratuais cujos efeitos anticompetitivos a aproximavam de estratégias de um programa de desconto.

⁷⁷ SEI 0676860