

REVISTA DO

Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

Volume 23 - Número 2 - 2017

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

BREVE ESTUDO SOBRE PREOCUPAÇÕES CONCORRENCIAIS E REMÉDIOS COMPORTAMENTAIS IMPOSTOS EM CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS NO MERCADO DE TELEVISÃO POR ASSINATURA (“PAY-TV”)

Lucas Griebeler da Motta

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar preocupações concorrenciais e remédios comportamentais impostos em concentrações econômicas no mercado de prestação de serviços de televisão por assinatura (“Pay-TV”). Para tal, primeiramente explica-se a dinâmica de funcionamento das etapas envolvidas na cadeia produtiva desse mercado e, na sequência, apresentam-se as suas principais características. Feito isso, analisam-se três casos concretos relevantes (SKY/DirecTV, Comcast/NBCU e AT&T/TW), para depois concluir-se, dadas as peculiaridades apresentadas do setor em apreço, que autoridades antitruste ao redor do mundo encontram preocupações concorrenciais semelhantes em casos, épocas e jurisdições dessemelhantes.

Palavras-chave: Concentrações econômicas na indústria de mídia e de televisão por assinatura (Pay-TV); preocupações concorrenciais e remédios na indústria de mídia; concorrência e televisão por assinatura; defesa da concorrência e serviço de acesso condicionado (SeAC); caso SKY/DirecTV (News Corporation e Hughes Electronics); caso Comcast/NBCU; caso AT&T/TW;

Keywords: Mergers and remedies in media and Pay-TV-related industries; competition and media/innovation; competition in the market for providing of services based on conditional access; News Corporation and Hughes Electronics deal (SKY/DirecTV case); Comcast/NBCU deal; AT&T Corporation and Time Warner (AT&T/TW) case.

1. Introdução

Atos de concentração econômica nos mercados de mídia e de telecomunicações, em especial no de televisão por assinatura (“Pay-TV”), costumam suscitar discussões jurídicas de natureza concorrencial muito ricas. Trata-se de mercados historicamente marcados pela presença de *players* robustos que, com certa frequência, apresentam perante as autoridades

antitruste ao redor do mundo operações gigantescas (*mega deals*) que suscitam, via de regra, preocupações concorrenciais relevantes. Por essa razão, tais operações, de uma forma ou de outra, acabam sendo aprovadas com restrições ou até mesmo sendo reprovadas.

O mercado de prestação de serviços de Pay-TV é complexo e é caracterizado pela alta integração vertical entre os agentes envolvidos nas etapas da cadeia produtiva – desde a concepção abstrata de uma ideia original apta à produção de um conteúdo audiovisual vendável até o provimento de diversos canais de programação pelas detentoras de infraestrutura de rede e distribuidoras/operadoras de Pay-TV. Ainda, o setor é caracterizado por transações com considerável interface com questões relacionadas a direitos de propriedade intelectual, pluralidade de conteúdo, regulação e inovação/novas tecnologias.

Tendo em vista a relevância e a atualidade do tema e com o objetivo de apresentar sucintamente preocupações concorrenciais e remédios comportamentais impostos em concentrações econômicas analisadas pelas autoridades antitruste do Brasil, do Chile, dos Estados Unidos da América (“EUA”) e do México, dividiu-se o presente artigo em 3 (três) capítulos, a saber: (i) considerações sobre o funcionamento da cadeia produtiva de prestação de serviços de Pay-TV; (ii) características do mercado de Pay-TV que devem ser levadas em consideração em uma análise antitruste; e (iii) breve análise de casos.

Por fim, uma vez enfrentados os pontos acima, conclui-se que há certo padrão nas preocupações concorrenciais encontradas e nos remédios comportamentais impostos pelas autoridades competentes para análise dessas concentrações econômicas, dadas as peculiaridades do mercado de Pay-TV em termos globais, a despeito de os casos analisados serem de épocas e de jurisdições diferentes.

De todo modo, desde já se ressalva que longe de possuir a pretensão de ser um trabalho exaustivo sobre o tema, busca-se, na presente oportunidade, apenas apresentar algumas considerações e casos concretos que, de alguma forma, tiveram o importante papel de fomento ao debate e à reflexão por parte da comunidade econômica e jurídica.

2. Considerações introdutórias sobre o funcionamento da cadeia produtiva de prestação de serviços de Pay-TV

Como pontuado por Paulo Furquim de Azevedo, ex-Conselheiro do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), a cadeia de produção dos serviços de televisão por assinatura é composta por uma gama de atividades sequenciais verticalmente separáveis, isto é: (i) produção

de conteúdo audiovisual; (ii) programação de canais; (iii) empacotamento de canais de programação; e (iv) distribuição/operação de serviços de Pay-TV as principais¹⁻².

A primeira, de produção de conteúdo audiovisual, pode ser definida, conforme prevê o art. 2º, inciso XVII, da Lei nº 12.485/2011 (“Lei do Serviço de Acesso Condicionado – SeAC”)³, como a atividade de elaboração, composição, constituição ou criação de conteúdo audiovisual – resultado da atividade de produção que consiste na fixação ou transmissão de imagens, acompanhadas ou não de som, que tenha a finalidade de criar a impressão de movimento, independentemente dos processos de captação, do suporte utilizado inicial ou posteriormente para fixá-las ou transmiti-las, ou dos meios utilizados para sua veiculação, reprodução, transmissão ou difusão⁴ – em qualquer meio de suporte. É nessa etapa em que são criados e produzidos filmes, shows, desenhos animados, seriados, documentários, entrevistas e demais exibições com potencial de exploração econômica para ulterior transmissão ao público em geral. São exemplos de produtoras a Disney, a Globo e a Universal.

A segunda etapa da cadeia trata da programação de canais, que nada mais é do que a atividade de agrupamento e seleção, conforme uma temática específica⁵, de determinados conteúdos audiovisuais, produzidos na etapa

¹ Cf. AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira in CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor; e GOMES, Mário Schapiro (Coordenadores). Direito econômico concorrencial – São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 215-216.

² Tendo em vista que na experiência brasileira usualmente quem empacota os canais de programação é a própria distribuidora/operadora de serviços de Pay-TV, o presente artigo não tecerá maiores considerações acerca da etapa de empacotamento, a qual compreende a atividade de organização, em última instância, de canais de programação, inclusive nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado, a serem distribuídos para o assinante (vide art. 2º, inciso XI, da Lei do SeAC). Tal fato foi reconhecido pela Agência Nacional do Cinema (“Ancine”) em recente estudo intitulado TV por assinatura no Brasil: aspectos econômicos e estruturais, p. 59).

³ De acordo com o art. 2º, inciso XXIII, da Lei nº 12.485/2011 (“Lei do SeAC”), trata-se de serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer.

⁴ Vide art. 2º, inciso VII, da Lei do SeAC.

⁵ Tal segmentação temática é de suma importância para definir-se o mercado relevante em que atua cada programadora de canais. Nesse sentido, tanto o CADE quanto a

antecedente. A programação visa a compor a grade horária de programação em linha com estratégias comerciais e de editoração⁶ para captura da maior audiência possível. Resulta dessa etapa, por exemplo, a criação de canais voltados à veiculação de diversos desenhos animados, eventos esportivos (basquete, corrida automobilística, futebol, tênis, etc.), documentários (bem-estar e saúde, engenharia, história, tecnologia, etc.), de acordo com a faixa etária e os interesses do público-alvo a ser atingido. São exemplos de programadoras a Fox, a Globo, a Viacom (dona da MTV e da Nickelodeon).

Por fim, é através da terceira etapa, de distribuição/operação de serviços de Pay-TV, que o conteúdo audiovisual inserido nos canais de programação temáticos é levado aos assinantes de uma área geográfica determinada, nacional ou local, mediante autorização ou concessão do Poder

Ancine já se pronunciaram: “A segmentação dos canais por gênero também é útil e pode retratar a forma com que as programadoras concorrem e como os assinantes consomem o serviço. Do ponto de vista do consumidor, canais de um mesmo gênero são substitutos mais próximos. Nesse sentido, para o público infantil, por exemplo, um canal desse gênero terá como substituto outro canal do mesmo gênero e não um canal de notícias ou de esportes. Sob a ótica da oferta, é possível observar também que as programadoras competem de maneira mais próxima dentro do mesmo gênero. Nos contratos entre programadoras e operadoras de TV por assinatura apresentados, gêneros de canais específicos são mencionados para fins de posicionamento no line-up ou cláusulas do tipo nação mais favorecida, por exemplo” (Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14, entre AT&T e TW); “Cada gênero, portanto, configuraria um mercado relevante do produto, considerando o fato de que canais de gêneros semelhantes são substitutos mais próximos, enquanto canais de gêneros diversos possuem uma característica de complementaridade, tanto sob a ótica das operadoras de TV por assinatura, para sua formação de pacotes de programação, quanto para os assinantes destas, que buscam tanto maior qualidade quanto maior quantidade de programação disponível” (Ato de Concentração nº 08012.002417/2010-60, entre HBO Latin America e Sony Pictures Entertainment); e “As programadoras atuam na alocação dos conteúdos produzidos pelas produtoras em canais de programação. A principal distinção entre a atividade de programação no mercado de TV por assinatura e de TV aberta diz respeito ao perfil de programação de cada um deles. Enquanto a TV Aberta se baseia no consumo de massa e precisa exibir uma grande variedade de conteúdos audiovisuais em horários preestabelecidos para que seja capaz de atrair a atenção dos mais diversos perfis, a grade horária da TV por Assinatura pode ser muito mais flexível e personalizada, obedecendo a uma segmentação baseada nos nichos de interesse dos espectadores – tais como esportes, variedades, filmes e séries, etc.” (Ancine, TV por assinatura no Brasil: aspectos econômicos e estruturais, p. 36).

⁶ Atividade de seleção, organização ou formatação de conteúdos audiovisuais apresentados na forma de canais de programação, inclusive nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado (vide Lei art. 2, inciso, XX da Lei do SeAC).

Público. A transmissão desses conteúdos depende da instalação e utilização de um conjunto de equipamentos e dispositivos que possibilitam a geração, a transmissão, a recepção, o processamento e a reprodução de sinais eletromagnéticos que darão origem a imagens e sons⁷. São exemplos de operadora de Pay-TV a Claro/NET, a SKY e a Telefônica/Vivo TV.

De maneira simplificada e sintética, o mercado de Pay-TV possui a seguinte estrutura: produção de conteúdo audiovisual (estúdios para gravação de filmes e de programas independentes) → programação de canais (disponibilização, através de canais, de grade de programação temática composta por filmes e programas independentes) → empacotamento/operação de serviços de Pay-TV (distribuição de sinais analógicos e digitais por meio de diversas tecnologias, como cabo, fibra óptica, rádio e satélites) → consumo de conteúdo audiovisual/televisivo pelos assinantes de Pay-TV.

3. Características do mercado de Pay-TV que devem ser levadas em conta em uma análise antitruste

Para que melhor se compreendam as preocupações concorrenciais usualmente apontadas por autoridades concorrenciais ao redor do mundo quando da análise de atos de concentração econômica no mercado de mídia e de Pay-TV, faz-se necessário apresentar algumas de suas principais características: (i) trata-se de um mercado de dois lados sujeito a efeitos e externalidades de rede; (ii) o consumo de conteúdo audiovisual não se esgota pelo consumo e seu preço é definido apenas pela demanda; (iii) há elevada quantidade de consolidações entre agentes do setor com alto poder de mercado; (iv) poucas empresas detêm boa parte dos canais de programação em termos de quantidade de canais e de diversidade de gêneros (poder de portfólio); e (v) o mercado em apreço e seus consumidores podem ser afetados negativamente não apenas por um aumento de preços, mas também por uma redução/restricção na diversidade e pluralidade de conteúdo, o que constitui uma preocupação de natureza não-preço, mas de restrição à democracia e à liberdade de expressão⁸.

⁷ Consoante art. 2º, inciso X, da Lei do SeAC, trata-se das atividades de entrega, transmissão, veiculação, difusão ou provimento de pacotes ou conteúdos audiovisuais a assinantes por intermédio de meios eletrônicos quaisquer, próprios ou de terceiros, cabendo à distribuidora/operadora a responsabilidade final pelas atividades complementares de comercialização, atendimento ao assinante, faturamento, cobrança, instalação e manutenção de dispositivos, entre outras.

⁸ Por evidente, as preocupações listadas acima são meramente exemplificativas, de sorte que o assunto é terreno bastante fértil a discussões envolvendo o desenvolvimento de novas tecnologias e possibilidades de competição dessas novas tecnologias com o mercado tradicional de Pay-TV (plataformas over-the-top – OTT, tais como aplicações

Em particular, o mercado de prestação de serviços de Pay-TV é um

de streaming a exemplo de Netflix, Amazon Prime Video e iTunes Movies efetivamente teriam condições de concorrer com serviços de TV por assinatura que usa cabeamento próprio, satélites e ondas?). Alguns aspectos dessas discussões já têm sido enfrentados pelo CADE no âmbito da análise de determinados casos, como no Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14 (entre AT&T e TW) e no Ato de Concentração nº 08700.009426/2015-38 (entre Claro e Brasil Telecomunicações). Adicionalmente, outro tema que fomenta debate é a existência de restrições regulatórias com viés com concorrencial que vedam a detenção de participações societárias relevantes por programadoras de canais no capital de operadoras de Pay-TV e vice-versa, tais como as previstas no art. 5º da Lei do SeAC.

típico mercado de dois lados⁹ com efeitos de rede¹⁰, porquanto a atratividade e

⁹ “The term two-sided market may seem quite odd to the uninitiated. All markets would at first sight appear to have two sides, namely buyers and sellers. In fact, the term two-sided-market refers to a specific type of market. Put simply, a two-sided market is a market in which a firm sells two distinct products or services to two different groups of consumers (the two sides) and knows that selling more to one group affects the demand from the other group, and possibly vice versa. Thus, it is often said that a firm in a two-sided market needs to get both sides on board to do business. A firm in a two-sided market is then said to act as a platform and to somehow connect distinct but interdependent customer groups (the so-called sides) in a way that generates value for at least one of the two customer groups. Typically, these customers cannot obtain such value, or at least not to that extent, without the platform. Prominent examples of two-sided markets include (i) media markets, where firms sell content and advertising space; (ii) payment cards markets, where firms sell the use of a card to buyers and the use of a point-of-sale terminal to shops, or (iii) traditional and online auction houses, which sell their services to buyers and sellers. In media markets, advertisers’ demand for ads on a media outlet increases with the number of consumers of content (viewers, readers, listeners), while viewers, readers and listeners might also be, positively or negatively, affected by the quantity of advertising. This is well-known to the management of media outlets. Similarly in payment cards markets, the larger the number of cardholders, the higher the demand from shops and vice versa. Companies such as American Express or Visa are well aware of this relationship between the two demands they face. Also, auction houses, whether Christie’s, Sotheby’s or Ebay, know that the more buyers visit their auctions the more likely it is that some seller chooses to use their services and vice versa” (FILISTRUCCHI, Lapo; GERADIN, Damien; VAN DAMME, Eric. Identifying Two-Sided Markets, February 21, 2012. TILEC Discussion Paper No. 2012-008. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2008661> – acesso: 20 de setembro de 2017). Para aprofundamento do assunto, além da leitura do artigo supracitado nesta nota de rodapé, recomendam-se os artigos escritos David Evans, em especial: (i) EVANS, David S. The Web Economy, Two-Sided Markets and Competition Policy (April 4, 2010). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1584363> (acesso: 20 de setembro de 2017); (ii) EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses (January 30, 2013). Roger Blair and Daniel Sokol, eds., Oxford Handbook on International Antitrust Economics, Oxford University Press, Forthcoming; University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper No. 623. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2185373> (acesso: 20 de setembro de 2017); e (iii) EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. Markets with Two-Sided Platforms (October 1, 2008). Issues in Competition Law and Policy (American Bar Association – ABA Section of Antitrust Law), Vol. 1, Chapter 28, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1094820> (acesso: 20 de setembro de 2017).

¹⁰ “Network effects are the positive economic effects that result if a service network (e.g., telephone, cable television, computer operating systems) reaches a certain critical size” (BRODER, Douglas. US Antitrust Law and Enforcement. New York: Oxford

utilidade de um elo da cadeia aumenta à medida em que o outro elo também aumenta: empresas atuantes nesse mercado vendem conteúdo audiovisual a operadoras de Pay-TV para atingir a audiência de assinantes/telespectadores, a qual, quanto mais alta for, mais propiciará ganhos com a venda de espaços publicitários. E quanto mais alta for sua audiência, mais uma programadora de canais poderá cobrar de operadoras de Pay-TV para licenciamento de seus produtos midiáticos¹¹.

Outra característica marcante do mercado em comento diz respeito às formas de custo e precificação do produto final disponibilizado ao usuário final: como o consumo do conteúdo audiovisual não o esgota, ele não sofre escassez ou depreciação a cada vez que é reproduzido, mas, ao contrário, mais valorizado fica. Ainda, o consumo desse mesmo conteúdo por um usuário não retira de outro usuário a possibilidade de usá-lo ou executá-lo, ainda que de forma simultânea. Ainda, tendo em vista que a despeito de a produção de conteúdo audiovisual exigir elevados custos, a transmissão desse conteúdo conta com custos marginais tendentes a zero, sendo justamente esta última etapa, de disponibilização de sinais digitais para assinantes que constituem a audiência, que efetivamente precifica o produto televisivo¹².

O terceiro aspecto relevante desse setor é a complexidade e a quantidade de consolidações entre agentes concorrentes ou verticalmente integrados com alto poder de mercado, dando origem aos chamados *mega deals*¹³. Apenas para fins exemplificativos e ilustrativos, vale citar os seguintes

University Press, 2016, p. 262).

¹¹ Efeito semelhante acontece nos mercados de meios eletrônicos de pagamento, onde, por exemplo, à medida em que a emissão de novos cartões e/ou o uso de uma determinada bandeira aumenta, aumenta também a sua rede de aceitação e a demanda por serviços de credenciamento de estabelecimentos comerciais para recebimento de pagamentos com cartões de crédito e débito (Inquérito Administrativo nº 08700.000018/2015-11). Da mesma forma, no âmbito do mercado de classificados online, quanto mais anunciantes a plataforma tiver, mais atrativa ela será para eventuais interessados na aquisição de bens e/ou serviços oferecidos nessa mesma plataforma (Ato de Concentração nº 08700.002864/2016-56, entre Web Motors e RBS – Zero Hora Editora Jornalística).

¹² Esses traços distintivos do mercado de mídia e de Pay-TV foram observados e analisados pelo ex-Conselheiro do Tribunal do CADE Luiz Carlos Delorme Prado, em artigo em coautoria com Ary Barradas: PRADO, Luiz Carlos Delorme Prado; BARRADAS, Ary. Economia do cinema e do audiovisual: uma resenha. Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), 2014, p. 6-9. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/images/pesquisa/publicacoes/discussao/2014/TD_IE_005_2014_Delorme_Prado__Barradas-v.2.pdf (acesso: 20 de setembro de 2017).

¹³ AT&T reaches \$85.4 billion mega deal to buy Time Warner, disponível em:

casos: (i) AT&T Corporation (“AT&T”) e Time Warner (“TW”); (ii) AT&T e DirecTV; (iii) Vivendi e Telecom Italia; (iv) Comcast e NBCU; (v) News Corporation e British Sky Broadcasting (“BSkyB”); (vi) News Corporation e Hughes Electronics Corporation, além de vários outros¹⁴.

Aliado ao aspecto mencionado acima, tem-se que a consolidação de grandes agentes econômicos acarreta a criação e/ou o reforço de poderes de portfólio, em especial no que atine ao mercado de programação de canais¹⁵. Nesse sentido, como muito bem notado pela Ancine, a criação de portfólios mais diversificados por parte de programadoras está associada a uma estratégia diversificação de risco, pois como há incertezas sobre quais os conteúdos serão bem-sucedidos e quais não serão, quanto maior for o portfólio de canais de uma programadora, esta poderá utilizar a receita advinda de um canal que caiu nas graças na audiência (“hit”) para investir em outros canais, aumentando sua

<http://www.dw.com/en/att-reaches-854-billion-mega-deal-to-buy-time-warner/a-36124504> (acesso: 25 de setembro de 2017).

¹⁴ Para uma análise mais apurada de atos de concentração econômica no setor, recomenda-se leitura de: (i) American Bar Association (“ABA”), Section of Antitrust Law, Telecom Antitrust Handbook, Second Edition, 2013, p. 63-173; (ii) GARZANITI, Laurent; O’REGAN, Matthew. Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EU Competition Law & Regulation. London: Sweet & Maxwell – Thomson Reuters, 2010, p. 641-866; (iii) DIAZ PINES, Agustín; BIONDI, Yuri. Vertical Effects in Competition Law and Regulatory Decisions in Pay-Television: France, the United Kingdom and the United States (June 8, 2015). 2015 TPRC, The 43rd Research Conference on Communications, Information and Internet Policy, George Mason University School of Law, Arlington, VA. September 25-27, 2015. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2616385> (acesso: 25 de setembro de 2017).

¹⁵ “A adoção de portfólios, associado à prática usual do mercado de venda conjunta de canais possui implicações concorrenciais. Em verdade, programadoras com poder de portfólio acabam por impor condições na formação dos pacotes das operadoras de TV por Assinatura, alterando significativamente as condições de negociação de acordo com o porte da operadora de TV por Assinatura. Assim, programadoras com poder de portfólio possuem maior capacidade de exercício de poder de mercado. [...] Reitera-se que o poder de portfólio é elemento importante na relação entre programadoras e operadoras. Tal característica se traduz em poder de barganha nas negociações com as programadoras de TV por Assinatura” (Nota Técnica nº 05/2017/CGAA4/SGA1/SG, ref. Ato de Concentração nº 08700.001697/2017-15, AT&T e TW).

qualidade e a probabilidade de que um dia ele seja exitoso¹⁶⁻¹⁷⁻¹⁸.

¹⁶ Vide Relatório Ancine citado acima, 2016, p. 26

¹⁷ Embora a detenção de vastos portfólios não seja um problema concorrencial em si mesmo, tal concentração de marcas/produtos pode ser considerada, a depender do caso concreto, uma barreira à entrada: “The holder of a portfolio of leading spirit brands may enjoy a number of advantages. In particular, his position in relation to his customers is stronger since he is able to provide a range of product and will account for a greater proportion of their business. He will have greater flexibility to structure his prices, promotions and discounts, he will have greater potential for tying, and he will be able to realise economies of scale and scope in his sales and marketing activities” (Guinness/Grand Metropolitan, Case IV/M.938 in EZRACHI, Ariel. EU Competition Law: an Analytical Guide to the Leading Cases. Portland: Hart Publishing, 2016, p. 466-467). Considerações sobre o assunto também foram feitas em Case T-210/2001, General Electric vs. Commission, envolvendo uma tentativa de aquisição, pela General Electric, da Honeywell, no mercado da indústria aeroespacial (in EZRACHI, p. 473-474). Tal entendimento também foi esposado pelo CADE no Ato de Concentração nº 08700.003462/2016-79, Reckitt Benckiser e Hypermarcas), como na redação de seu Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal: “O poder de portfólio pode dificultar a entrada efetiva de novos agentes, a capacidade de rivalizar dos concorrentes presentes no mercado e facilitar a prática de condutas lesivas à concorrência. A detenção de portfólios extensos pode diminuir os custos de transação do cliente, que passa a lidar apenas com uma empresa que possui diversos tipos de produtos e marcas, ao invés de vários pequenos fornecedores, um para cada produto. O relacionamento com muitos fornecedores gera um custo de transação relevante, decorrente de aspectos como negociações de preços e condições com cada produto, confecção e controle de contratos, entre outros. Entretanto, esse poder pode dificultar o acesso dos concorrentes menores no mercado, pois a negociação com eles importaria em maiores custos para o cliente. Em médio e longo prazos, a empresa beneficiada pode aproveitar essa situação e exercer o poder de mercado conquistado, elevando o preço de seus produtos e, eventualmente, ganhando participação de mercado das empresas de menor porte do segmento analisado. O agente pode utilizar o seu amplo portfólio para adotar estratégias agressivas e conseguir o fechamento de mercado aos concorrentes, como a diminuição de preços em um segmento onde deseja conquistar participação de mercado enquanto compensa a perda em outros mercados, na forma de subsídios cruzados. A detenção de um portfólio extenso tem efeitos importantes em termos de marketing dos agentes. A oferta de vários produtos maximiza a exposição da marca da empresa e o esforço de propaganda é mais eficiente quando a empresa detém um portfólio grande de produtos, pois, ao divulgar a marca, ela automaticamente está divulgando também todos os seus outros produtos” (Guia do CADE para Análise de Atos de Concentração Horizontal, p. 39-40).

¹⁸ “The models on foreclosure when there are portfolio or variety effects can also be adapted. The difference is that in a conglomerate context it is the consumer who assembles the system of complements, whereas in a vertical merger context the consumers purchase a bundle of complements from competing firms: the downstream

Por fim, o mercado de Pay-TV é meio de comunicação em massa, de forma que se deve ter em mente que o destinatário final do conteúdo audiovisual pode ser severamente prejudicado não apenas por aumento de preços, como também por uma redução/restrição na diversidade e pluralidade de conteúdo. Ora, sendo o acesso à informação elemento fundamental para o fomento do debate de ideias e para a tomada de decisões, uma restrição na diversidade editorial sujeitaria o pensamento crítico e o desenvolvimento de uma esfera pública saudável aos interesses e preferências comerciais de agentes econômicos, em detrimento da cidadania e da própria democracia¹⁹⁻²⁰.

firms acquire the complements from upstream firms and package and sell them as a bundle to final consumers. A portfolio, or range, effect arises if consumer demand is responsive to variety differentials. If consumers value variety, then a variety differential, where one firm has a broader product range than another, raises the demand for the firm with the variety advantage and also reduces the demand and revenues of its rivals. An integrated firm could end up with a variety advantage if postmerger it forecloses. Foreclosure here means not supplying a rival with access to the complements controlled by the integrated firm: if consumers value variety, then a variety advantage can provide the integrated firm with market power or lead to monopolization.” (CHURCH, Jeffrey. *Vertical Mergers: issues in competition law and policy*, v. 2, p. 1455, ABA Section of Antitrust Law, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1280505> – acesso: 25 de setembro de 2017).

¹⁹ Sobre o tema, recomenda-se leitura de lúcido artigo de Caio Mário da Silva Pereira Neto, o qual aduz que: “De fato, o livre fluxo de informações no setor de comunicação é um elemento-chave tanto para a autonomia individual quanto para a autodeterminação coletiva. Por um lado, acesso à informação é condição essencial para expandir a percepção de cada indivíduo a respeito dos caminhos que pode traçar em sua própria vida. O contato com diferentes concepções de mundo e a possibilidade de escolha consciente a respeito daquela que se pretende adotar são aspectos fundamentais da liberdade individual. [...] A criação e o fortalecimento de gatekeepers limita o fluxo de informações na esfera pública, atribuindo a certos indivíduos e corporações o poder de controlar quem pode falar o quê e para quem. A redução da diversidade, por sua vez, empobrece o debate público, um dos pilares do processo democrático. Apesar de distintos, ambos os efeitos estão intimamente ligados, uma vez que a criação de gatekeepers tende a reduzir a diversidade na esfera pública” (PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. *Análise de Concentração Econômica no Setor de Comunicação: Defesa da Concorrência, Democracia e Diversidade na Esfera Pública*. In *Revista de Direito da Concorrência*, v. Especial, 2003, p. 56-87.

²⁰ “No democratic theory condones government censorship. It is also widely thought that much censorship of journalism or creativity by private power is similarly objectionable. All democratic theories assert that the media should perform a “checkin” or “watchdog” or “fourth estate” function. Any ownership structure that impedes this performance should be presumptively condemned. [However], monopoly or conglomerate media enterprises, as long as they do not deny access to any groups and

Tendo em conta as particularidades indicadas acima, determinantes para a realização de qualquer análise antitruste no âmbito de atos de concentração econômica envolvendo o mercado de prestação de serviços de Pay-TV, apresentam-se abaixo três casos concretos para ilustrar o que foi dito nas seções anteriores deste artigo.

4. Breve análise de casos

4.1. *News Corporation e Hughes Electronics Corporation (“Caso Sky/Directv”)*

O presente caso, decorrente de uma operação global entre as duas requerentes²¹, envolveu, no Brasil, dois atos de concentração econômica distintos.

O primeiro, Ato de Concentração nº 53500.002424/2003, tratou da aquisição, pela News Corporation (“News Corp”) – atuante no mercado de mídia e de entretenimento, em especial nos setores de produção de conteúdo audiovisual, programação de canais e prestação de serviços de Pay-TV por

as long as they produce good and inclusive journalism aimed at finding, promoting and elaborating the common good, perfectly fit society’s democratic needs of supporting a society-wide public sphere (BAKER, Edwin. *Media Concentration: Giving up on Democracy*. University of Florida Law Review, Forthcoming. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=347342> (acesso: 25 de setembro de 2017).

²¹ Para mais informações sobre a operação: “In 2002, the DOJ sued to enjoin EchoStar Communications’ bid to acquire DBS provider DirecTV from Hughes Electronics Corporation (Hughes) and its parent, General Motors, a horizontal transaction that ultimately was terminated because the FCC blocked the deal. More than a year later, in late 2003, the Federal Communications Commission (“FCC”) approved a joint venture among General Motors (GM), News Corp. and Hughes that resulted in control of Hughes, which then operated DirecTV, being transferred from GM to News Corp.’s majority-held subsidiary, Fox Entertainment Group (Fox). The transaction presented vertical concerns (in lieu of the original horizontal concerns presented by the failed EchoStar bid) because Fox, then the fourth national broadcast network in the United States, supplied programming to DirecTV as well as DBS rivals such as EchoStar and cable MSOs, and also operated thirty-five local broadcast affiliate stations. Recognizing that News Corp. and its subsidiaries pioneered new forms of satellite programming, especially in Europe, the FCC had little difficulty concluding that the potential improvement in DirecTV’s service offerings under News Corp.’s innovative and aggressively competitive management, while inherently difficult to quantify precisely, would be a major public interest benefit” ABA Section of Antitrust Law, *Telecom Antitrust Handbook*, p. 151-152).

satélite –, de 34% (trinta e quatro por cento) das ações da Hughes Electronics Corporation (“Hughes”), tendo como consequência, no Brasil, o exercício do controle indireto, pela News Corp, da DirecTV Brasil. Assim, com a operação, a adquirente, que já era acionista indireta da SKY Brasil (“SKY”) – prestadora de serviços de Pay-TV no país –, passou a deter participação societária também na principal concorrente desta, a DirecTV Brasil.

Por sua vez, o segundo, Ato de Concentração nº 53500.029160/2004, conexo ao primeiro, consiste em uma complexa reorganização societária da SKY que redundou na integração das atividades desta com as da DirecTV Brasil. Para tal, as requerentes estruturaram os seguintes passos: (i) os sócios da SKY, quais sejam, News Corp, Liberty Media (“Liberty”) e Globo Participações (“Globopar”), celebraram um aditamento ao acordo de sócios da SKY para reduzir a participação da Globopar; (ii) paralela e simultaneamente, a Liberty decidiu alienar indiretamente sua participação na SKY à News Corp, via controlada sua DirecTV, passando o controle da SKY a ser detido pela DirecTV; (iii) a News Corp alienou sua participação societária e demais ativos no mercado de Pay-TV na América Latina à sua controlada DirecTV; (iv) em troca da quase totalidade das quotas da DirecTV Brasil, convencionou-se que esta passaria a deter 29,5% (vinte e nove e meio por cento) do capital da SKY. Após a conclusão dessas etapas, as requerentes afirmaram que pretendem realizar a migração dos assinantes da DirecTV para a SKY, nela consolidando a base de clientes das duas operadoras de Pay-TV.

Consoante definição de mercado relevante material e geográfica adotada pelo CADE, os mercados afetados pela operação seriam os seguintes: (i) mercado de produção de conteúdo midiático nacional e de licenciamento de direitos inerentes – abrangência nacional; (ii) mercado de produção de conteúdo midiático internacional e de licenciamento de direitos inerentes – abrangência internacional; (iii) mercado de programadoras nacionais de Pay-TV – abrangência nacional; (iv) mercado de programadoras internacionais de Pay-TV – abrangência nacional; (v) mercado de operadoras de Pay-TV – abrangência local²².

²² O CADE adotou definição de mercado relevante geográfica similar à adotada pela FCC no âmbito do caso EchoStar e DirecTV: “Next, the FCC examined the relevant geographic markets. Following its standard approach, the FCC concluded that technically each individual’s residence represented a separate relevant geographic Market, since no customer would change residences in order to avoid a small but significant and non-transitory price increase. Because it would be impractical to evaluate millions of markets, the FCC aggregated customers who faced similar competitive choices. The FCC presumed that to be the area of the local cable franchise. To further simplify the analysis, the FCC grouped those broader geographic markets into three broad categories: markets not served by any cable system, markets served by

Após analisar detidamente a transação, o então Conselheiro-Relator Luiz Carlos Delorme Prado, em 24 de maio de 2006, identificou, dentre outras, as seguintes preocupações concorrenciais: (i) a operação acarreta uma concentração de 34% (trinta e quatro por cento) no mercado de prestação de serviços de Pay-TV em geral, podendo chegar a um quase-monopólio no provimento desses mesmos serviços via satélite, caso se segmente o mercado em apreço por tipo de tecnologia utilizada para transmissão de sinais; (ii) tendo em vista que alguns municípios seriam atendidos apenas pela tecnologia de satélite, a SKY, sendo uma quase-monopolista, poderia exercer de forma abusiva sua posição dominante e adotar condutas unilaterais em detrimento da concorrência e aumentar os preços em face de seus consumidores; (iii) não apenas o mercado de prestação de serviços de Pay-TV é atingido pela operação, como também o são os mercados de produção de conteúdo audiovisual e de programação de canais, que são completamente dependentes do primeiro mercado; (iv) a extinção da DirecTV como uma concorrente efetiva da SKY significa uma restrição de acesso ao mercado de conteúdo para os canais da primeira operadora, de modo que não somente tais canais deixam de ter perspectiva de crescimento, mas, ao revés, passam a ter perspectiva de perda de audiência; e (v) a operação acarreta maior integração vertical da cadeia produtiva de prestação de serviços de Pay-TV, dada a participação societária, inclusive com direitos de veto conferidos por acordos entre sócios, de empresas do Grupo Globo em agentes atuantes nas três principais etapas dessa cadeia.

Objetivando mitigar as preocupações encontradas, o então Conselheiro-Relator determinou a imposição dos seguintes principais remédios: (i) vedação, por 5 (cinco) anos e por parte das sociedades integrantes da News Corp, à prática de tratamento discriminatório em favor de empresas do seu grupo econômico para aquisição/licenciamento de conteúdo audiovisual a qualquer operadora de Pay-TV; (ii) vedação, também pelo período de 5 (cinco) anos, ao exercício de qualquer cláusula de exclusividade para fornecimento de conteúdo audiovisual e/ou canais de programação a quaisquer operadoras de Pay-TV, em especial no que tange a eventos esportivos; (iii) a SKY, como quase-monopolista em algumas regiões do Brasil, deverá adotar preço único em todo o território nacional para cada pacote de canais que oferecer, sendo permitidas promoções locais de preço determinado, devendo tal compromisso ser publicado pela SKY em jornais de grande circulação; (iv) pelo prazo de 3 (três) anos, a SKY deve transmitir os canais hoje disponíveis na DirecTV para os assinantes desta última e que serão migrados para a plataforma da primeira; (v) também pelo prazo de 3 (três) anos, a SKY deve garantir as

low-capacity cable systems, and markets served by high-capacity cable systems” (ABA Section of Antitrust Law, Telecom Antitrust Handbook, p. 92).

mesmas condições comerciais ofertadas pela DirecTV às programadoras de conteúdo nacional que com esta última mantinham contratos de aquisição/licenciamento de conteúdo; e (vi) todas as sociedades integrantes do Grupo Globo devem abster-se de exercer quaisquer direitos contratuais que lhes concedam poderes de veto e/ou de determinação unilateral das condições de transmissão de conteúdo pela SKY – como preço e grade ou numeração de canais (“*line-up*”) –, devendo tal restrição constar dos atos societários da SKY²³.

4.2. Comcast e NBC Universal (“*Caso Comcast/NBCU*”)

A concentração econômica entre Comcast Corporation (“Comcast”) e NBC Universal (“NBCU”) envolveu a transferência de controle de licenças de transmissão, operação de satélites e de outras tecnologias de rádio da General Electric (“GE”) para a Comcast, uma operadora de sistemas a cabo para transmissão de canais de programação de vários segmentos e prestação de serviços de Internet banda-larga – a Comcast também era detentora de participação societária em 11 (onze) redes de programação nacionais, além de participação minoritária no estúdio de filmes Metro-Goldwyn-Mayer (“MGM”). A NBCU, por sua vez, era um grupo de comunicação, entretenimento e mídia, que operava, dentre outros, diversas redes de programação, estúdios de produção de conteúdo audiovisual e parques temáticos.

²³ Os remédios impostos pela FCC também visam à mitigação de preocupações concorrenciais atinentes à criação de incentivos para discriminação e fechamento de mercado a concorrentes não integrados verticalmente: “Nonetheless, the FCC also concluded that the post-transaction entity would have an increased incentive and ability to engage in anticompetitive foreclosure strategies with respect to two types of must have video programming products, broadcast television station signals and regional cable programming sports networks, in order to secure higher prices for its programming. The conditions structured to mitigate that risk included (1) a non-discrimination pledge by both Fox and DirecTV in selection, price, terms or conditions of carriage made available to unaffiliated programming services, and (2) a series of program access-like undertakings that would remain enforceable even if News Corp. ceased to be subject to the Commission's program access rules for its satellite-delivered content. The FCC also insisted on a commercial arbitration process for carriage negotiations with unaffiliated MVPDs for Fox's regional and national sports programming services, largely to avoid local programming disruptions and provide a vehicle for resolving retransmission consent disputes. After first issuing a second request, the DOJ announced that it would not challenge the transaction in light of conditions imposed by the FCC in connection with its approval of the transfer of the DirecTV licenses” (idem, p. 152-153).

A operação consistia, primeiramente, na compra, pela GE, dos 20% (vinte por cento) restantes do capital da sua controlada NBCU, que estava nas mãos da Vivendi, um conglomerado de mídia francês, atuante nos mercados de música, televisão, cinema, editoração, telecomunicações, jogos de videogame e Internet. Subsequentemente, Comcast e GE acordaram em constituir uma *joint venture* (“JV”) chamada Navy LLC (“Navy”). Para compor o capital desta última, a GE contribuiu com a própria NBCU, além de outros ativos utilizados pela NBCU para operação das suas atividades reguladoras, ao passo que a Comcast cedeu à JV alguns de seus ativos relacionados aos negócios de produção de conteúdo, redes de programação e de Internet – os negócios da Comcast no mercado de operação de cabos permaneceram inalterados, não entrando no capital desta nova JV. Adicionalmente a tal contribuição de ativos, com o objetivo de adquirir 51% (cinquenta e um por cento) do capital da JV, a Comcast realizou um pagamento em dinheiro de aproximadamente USD 6,5 bilhões (seis bilhões e quinhentos milhões de dólares) à GE, a qual ficou com os 49% (quarenta e nove por cento) restantes da JV.

A FCC, ao analisar a operação, encontrou preocupações concorrenciais advindas tanto da integração vertical quanto da concentração horizontal entre as requerentes, a saber: (i) preocupações decorrentes da verticalização: (i.1) possibilidade de prática de condutas exclusionárias – a operação criaria incentivos para que o conteúdo audiovisual e os canais de programação da JV não fossem fornecidos a operadoras de Pay-TV concorrentes da Comcast, ou, se fossem fornecidos, as negociações subjacentes teriam condições desvantajosas para aumentar o custo de rivais e/ou diminuir a qualidade de seus serviços para desvio da base de clientes de plataformas competidoras para a Comcast/NBCU; e (i.2) possibilidade de prática de condutas discriminatórias, por parte da operadora de Pay-TV verticalizada, no sentido de esta não querer contratar a difusão de canais de programação de concorrentes ou de a estes impor termos e condições comerciais não-razoáveis, diminuindo possibilidades de competição entre programadoras independentes e programadoras afiliadas ao grupo econômico das requerentes; (ii) preocupações decorrentes de elementos horizontais: (ii.1) aumento da concentração horizontal nos mercados de produção de conteúdo audiovisual, programação de canais e operação de Pay-TV, em especial nos nichos e regiões em que Comcast e NBCU já eram dominantes antes mesmo da operação; e (ii.2) possibilidade de redução no desenvolvimento e na inovação de determinadas categorias de programação, em detrimento da qualidade e da diversidade de conteúdo disponibilizados aos assinantes de Pay-TV, em especial nos segmentos de esportes, noticiários e canais voltados ao público feminino²⁴.

²⁴ Além dessas preocupações, a FCC também suscitou outras, tais como restrições à

A operação foi aprovada pela FCC e pelo Departamento de Justiça dos EUA (“DoJ”) no início de 2011, sujeita a uma série de condições para fomentar e proteger a concorrência nos mercados afetados: (i) estabelecimento de procedimento arbitral para solucionar eventuais impasses entre Comcast/NBCU acerca de condições comerciais para licenciamento de conteúdo; (ii) a Comcast deveria fornecer serviços de Internet banda-larga desvinculados de televisão a cabo, evitando, assim, venda casada a seus consumidores; (iii) a Comcast estaria proibida de praticar quaisquer arranjos e/ou termos contratuais que indevidamente limitassem a liberdade negocial e a criatividade de fornecedores de conteúdo audiovisual; (iv) proibição de retaliação, por parte da Comcast, a quaisquer produtoras e/ou programadoras de canais que também licenciam seus conteúdos para concorrentes da Comcast; e (v) proibição de exercício de direitos políticos, por parte da Comcast/NBCU, em sociedades atuantes no mesmo mercado relevante afetado pela operação²⁵.

A transação entre Comcast/NBCU também foi notificada à Comissão Europeia, mas devido à baixa participação de mercado de ambas as empresas no Espaço Econômico Europeu (“EEE” ou “EEA”) e dada a inexistência de integração vertical entre as operações das requerentes na Europa, a operação foi aprovada sem restrições.

4.3. *AT&T Corporation e Time Warner (“Caso AT&T/TW”)*

Trata-se de uma operação global para aquisição, por parte da AT&T, que presta serviços de entretenimento, mídia, Pay-TV e telecomunicações nos EUA e na América Latina, do controle unitário da TW, uma empresa de mídia e entretenimento, detentora de três divisões de negócios distintos, a saber: (i) Turner, uma produtora e programadora de conteúdo para canais básicos de Pay-TV; (ii) HBO, uma produtora e programadora de conteúdo *premium* de Pay-TV; e (iii) Warner, uma produtora, licenciadora e programadora de conteúdo para Pay-TV e jogos eletrônicos. Como AT&T controla as operadoras de Pay-TV DirecTV e SKY, ao passo que a TW produz conteúdo audiovisual e programa, dentre outros, os canais Cartoon Network, CNN, HBO, Sony e TNT,

concorrência no mercado de produção e distribuição de conteúdo audiovisual para plataformas online e criação de eventuais desincentivos à independência jornalística. Contudo, tendo em vista que o objetivo do presente artigo é discutir preocupações de cunho concorrencial no mercado de prestação de serviços de Pay-TV, optou-se por não adentrar em outras discussões que, a despeito de serem interessantes, não diziam diretamente respeito ao tema sob estudo.

²⁵ Ou seja, trata-se de uma restrição comportamental, mas que, em verdade, possui efeitos estruturais (ABA Section of Antitrust Law, *Telecom Antitrust Handbook*, p. 155-156).

tem-se que a operação acarretará integração vertical entre as atividades das requerentes.

As autoridades concorrenciais e regulatórias do Chile e do México aprovaram a operação, mas entenderam que esta poderia, de alguma forma, criar incentivos para a prática de condutas unilaterais por parte das requerentes, tais como aumento de custos de rivais, recusa em contratação/licenciamento de canais TW a plataformas de Pay-TV concorrentes de AT&T/DirecTV/SKY na América Latina, imposição de termos e condições comerciais discriminatórias a concorrentes tanto no mercado de programação quanto de operação de Pay-TV. Adicionalmente, referidas autoridades entenderam que poderia haver redução da concorrência nos mercados afetados pela operação em razão de eventual coordenação e acesso a informações comerciais e concorrencialmente sensíveis de plataformas e canais concorrentes das requerentes, tendo em vista que, de um lado, AT&T detém as plataformas da DirecTV e da SKY, que firmam contratos com diversas programadoras de canais (incluindo concorrentes da TW), e, de outro, TW firma contratos com diversas operadoras de Pay-TV (incluindo concorrentes da AT&T)²⁶.

Como medidas para resguardo da concorrência, as autoridades do Chile e do México entraram em um acordo com as requerentes para que estas, além de se sujeitarem aos remédios já mencionados nos casos acima (estabelecimento de mecanismo arbitral para solução de disputas em litígios relacionados ao licenciamento de canais de programação, obrigações de não-discriminação, etc.), dentre outros, também: (i) tenham executivos independentes para o desenho e a execução de estratégias comerciais e publicitárias de geração e transmissão de conteúdos audiovisuais; (ii) executem as atividades de produção, programação e operação de Pay-TV de maneira independente; e (iii) evitem a nomeação de administradores que atuem concomitantemente tanto para a AT&T e suas controladas, como também para a TW e suas controladas.

No Brasil, a Superintendência-Geral do CADE (“SG/CADE”) emitiu nota técnica endossando boa parte das preocupações concorrenciais também encontradas pelas autoridades chilena e mexicana, opinando, assim, pela

²⁶ Vide notícias veiculadas nos seguintes sites: (i) <http://eleconomista.com.mx/industrias/2017/08/23/que-implican-las-condiciones-ift-att-sobre-sky-mexico>; (ii) <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-08-22/at-t-time-warner-deal-challenged-by-brazil-antitrust-agency>; (iii) <http://latinlawyer.com/article/1147149/at-t-time-warner-merger-approved-in-chile>; (iv) <http://teletela.com.br/teletela/04/09/2017/agencia-reguladora-chilena-aprova-fusao-att-e-time-warner/>; e (v) <http://globalcompetitionreview.com/article/1147102/chile-clears-at-t-time-warner> (acesso: 30 de setembro de 2017).

reprovação da operação. Esta foi encaminhada ao Tribunal do CADE, tendo sido designado como relator o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, o qual se filiou às principais preocupações levantadas pela SG/CADE: (i) a estrutura verticalizada decorrente da operação criaria incentivos para prática de discriminação de outras programadoras; e (ii) haveria possibilidade de fechamento de mercado no segmento de operação de Pay-TV, por meio do direcionamento dos conteúdos da TW para entidades afiliadas à AT&T.

Almejando uma solução consensual para o caso, o CADE e as partes negociaram um Acordo em Controle de Concentrações (“ACC”), aprovado em outubro de 2017, prevendo, dentre outras, as seguintes obrigações: (i) separação estrutural das programadoras de canais TW das operações da SKY no Brasil, cada qual com estruturas de administração e governança próprias, não sendo permitida troca de informações sensíveis; (ii) as programadoras de canais afiliadas à AT&T/TW devem licenciar, às operadoras de Pay-TV independentes, seus conteúdos audiovisuais mediante condições comerciais não-discriminatórias (sendo, porém, admitidas algumas exceções, desde que se constate racionalidade econômica baseada em fatores objetivos como volume de assinantes, nível de penetração do canal, empacotamento, prazo do contrato, histórico comercial, etc.); (iii) a SKY não se recusará a transmitir canais de programadoras independentes e nem poderá impor-lhes termos que possam ser considerados discriminatórios em relação àqueles impostos às programadoras afiliadas à AT&T/TW; (iv) nomeação de um terceiro independente para fiscalização do cumprimento dos deveres estabelecidos no ACC (“trustee”), que emitirá relatórios semestrais para auxiliar a Procuradoria Federal Especializada do CADE (“PFE-CADE”) no monitoramento dos remédios, e (v) adoção de arbitragem para solução de conflitos relacionados às condições comerciais de contratos de licenciamento de conteúdo audiovisual, a ser conduzida pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CCBC”), com custas a cargo de AT&T/TW se a contraparte independente (programadora de canais ou operadora de Pay-TV não-afiliada à AT&T/TW) detiver menos de 20% de participação em qualquer mercado relevante. Por fim, constou do ACC cláusula que dispõe que eventuais condenações administrativas por ações discriminatórias, condutas coordenadas ou criação de barreiras à entrada poderá ensejar a revisão dos termos do ACC.

A operação foi aprovada sem quaisquer restrições pela Comissão Europeia, dado que no EEE a AT&T apenas presta serviços de telecomunicações a clientes corporativos. Por outro lado, ainda está enfrentando sérias objeções do Governo de Donald Trump nos EUA, objeções essas que, receia-se, sejam mais políticas do que técnicas²⁷, em razão da guerra

²⁷ Global Competition Review (“GCR”) – AT&T: US must prove market power to stop

declarada do presidente norte-americano ao canal Cable News Network (“CNN”), integrante da Turner/TW.

5. Conclusão: preocupações concorrenciais semelhantes em casos, épocas e jurisdições dessemelhantes

Como visto, o mercado de prestação de serviços de Pay-TV é marcado pelo alto grau de verticalização entre os agentes econômicos nele atuantes, sendo que boa parte destes representam empresas multinacionais de grande envergadura, como AT&T/DirecTV/SKY, Comcast/NBCU, Fox e TW – vide casos estudados acima.

Por essa razão e dadas as especificidades do mercado em apreço, via de regra, as preocupações concorrenciais encontradas pelas autoridades antitruste ao redor do mundo em operações concernentes a tal setor tendem a ser bastante semelhantes – quais sejam, adoção de condutas discriminatórias, aumento de custos de rivais, criação de incentivos contra a diversidade, a inovação e a independência de canais de programação, recusa em contratar, etc. –, a despeito de os casos, as épocas e as jurisdições envolvidas serem dessemelhantes.

Ainda que se reconheça o mérito e, em alguma medida, o efeito mitigador de alguns pontos críticos endereçados pelos remédios impostos ou negociados, dada a modernização e o rápido desenvolvimento de novas tecnologias para distribuição de conteúdo audiovisual e dada a própria dinamicidade inerente ao mercado de entretenimento, tem-se que além de o monitoramento desses remédios ser muito difícil, agentes dominantes conseguiriam, ao menos em tese, praticar atos anticompetitivos por meio de pequenas nuances cujos efeitos seriam dificilmente detectáveis, tais como alterações repentinas de *line-up* de canais não-afiliados para apropriação indevida de audiência em favor de canais afiliados/verticalizados ou, no limite, até mesmo interrupção sumária e unilateral de transmissão de alguns canais²⁸.

vertical deal. Disponível em: <http://globalcompetitionreview.com/article/1151215/at-t-us-must-prove-market-power-to-stop-vertical-deal> (acesso: 10 de dezembro de 2017).
Vox – 8 antitrust experts on what Trump’s war on CNN means for the AT&T/Time Warner merger: there is no question that AT&T will use those comments in its defense. Disponível em: <https://www.vox.com/policy-and-politics/2017/12/6/16730874/att-time-warner-cnn-trump-antitrust> (acesso: 10 de dezembro de 2017).

28 Embora não se tenha notícia de que essa conduta tenha já sido utilizada com objetivos anticompetitivos, sabe-se que há plenas condições operacionais e técnicas para retirada sumária de um canal do ar, tal qual recentemente aconteceu com a Fox Sports, que teve sua transmissão interrompida pela SKY durante uma partida de futebol entre o Juventus e o Inter de Milão (disponível em:

Portanto, trata-se de assunto bastante recente e propício ao debate, que deve ser estudado mais de perto para que se tentem conciliar as eficiências econômicas alegadas por futuras requerentes e as novas (e, em alguma medida, até mesmo velhas) preocupações concorrenciais advindas de novas consolidações no setor. Afinal, se criatividade e inventividade são os combustíveis da indústria do entretenimento, nunca se sabe quando será o próximo *mega deal* – certamente mais complexo que os seus antepassados.

6. Referências

AMERICAN BAR ASSOCIATION – ABA Section of Antitrust Law. Telecom Antitrust Handbook, Second Edition, 2013.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira in CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor; e GOMES, Mário Schapiro (Coordenadores). Direito econômico concorrencial – São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BAKER, Edwin. Media Concentration: Giving up on Democracy. University of Florida Law Review, Forthcoming. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=347342> (acesso: 25 de setembro de 2017).

BLOOMBERG. AT&T-Time Warner Deal Challenged by Brazil Antitrust Agency, Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-08-22/at-t-time-warner-deal-challenged-by-brazil-antitrust-agency> (acesso: 30 de setembro de 2017).

BRASIL. Agência Nacional do Cinema – ANCINE. TV por assinatura no Brasil: aspectos econômicos e estruturais, 2016.

BRODER, Douglas. US Antitrust Law and Enforcement. New York: Oxford University Press, 2016.

CHURCH, Jeffrey. Vertical Mergers: issues in competition law and policy, v. 2, p. 1455, ABA Section of Antitrust Law, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1280505> (acesso: 25 de setembro de 2017).

DEUTSCHE WELLE – DW. AT&T reaches \$85.4 billion mega deal to buy Time Warner. Disponível em: <http://www.dw.com/en/att-reaches-854-billion-mega-deal-to-buy-time-warner/a-36124504> (acesso: 25 de setembro de 2017).

DIAZ PINES, Agustin; BIONDI, Yuri. Vertical Effects in Competition Law and Regulatory Decisions in Pay-Television: France, the United Kingdom and the United States (June 8, 2015). 2015 TPRC, The 43rd Research Conference

<https://uoesportevetv.blogosfera.uol.com.br/2017/02/05/sem-acordo-fox-sai-do-ar-na-sky-no-meio-de-jogo-e-irrita-espectadores/> - acesso: 30 de setembro de 2017).

on Communications, Information and Internet Policy, George Mason University School of Law, Arlington, VA. September 25-27, 2015. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2616385> (acesso: 25 de setembro de 2017).

EL ECONOMISTA. ¿Qué implican las condiciones del IFT a AT&T sobre Sky México? Disponível em: <http://eleconomista.com.mx/industrias/2017/08/23/que-implican-las-condiciones-ift-att-sobre-sky-mexico> (acesso: 30 de setembro de 2017).

EVANS, David S. The Web Economy, Two-Sided Markets and Competition Policy (April 4, 2010). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1584363> (acesso: 20 de setembro de 2017).

_____; SCHMALENSEE, Richard. Markets with Two-Sided Platforms (October 1, 2008). Issues in Competition Law and Policy (ABA Section of Antitrust Law), Vol. 1, Chapter 28, 2008. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1094820> (acesso: 20 de setembro de 2017).

_____; SCHMALENSEE, Richard. The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses (January 30, 2013). Roger Blair and Daniel Sokol, eds., Oxford Handbook on International Antitrust Economics, Oxford University Press, Forthcoming; University of Chicago Institute for Law & Economics Olin Research Paper No. 623. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2185373> (acesso: 20 de setembro de 2017).

EZRACHI, Ariel. EU Competition Law: an Analytical Guide to the Leading Cases. Portland: Hart Publishing, 2016.

FILISTRUCCHI, Lapo; GERADIN, Damien; VAN DAMME, Eric. Identifying Two-Sided Markets, February 21, 2012. TILEC Discussion Paper No. 2012-008. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2008661> (acesso: 20 de setembro de 2017).

GARZANITI, Laurent; O'REGAN, Matthew. Telecommunications, Broadcasting and the Internet: EU Competition Law & Regulation. London: Sweet & Maxwell – Thomson Reuters, 2010.

GLOBAL COMPETITION REVIEW – GCR. Chile clears AT&T/Time Warner. Disponível em: <http://globalcompetitionreview.com/article/1147102/chile-clears-at-t-time-warner> (acesso: 30 de setembro de 2017).

_____. AT&T: US must prove market power to stop vertical deal. Disponível em: <http://globalcompetitionreview.com/article/1151215/at-t-us-must-prove-market-power-to-stop-vertical-deal> (acesso: 10 de dezembro de 2017).

LATINLAWYER. AT&T-Time Warner merger approved in Chile. Disponível em: <http://latinlawyer.com/article/1147149/at-t-time-warner-merger->

approved-in-chile (acesso: 30 de setembro de 2017).

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Análise de Concentração Econômica no Setor de Comunicação: Defesa da Concorrência, Democracia e Diversidade na Esfera Pública. *In* Revista de Direito da Concorrência, v. Especial, 2003.

PRADO, Luiz Carlos Delorme Prado; BARRADAS, Ary. Economia do cinema e do audiovisual: uma resenha. Instituto de Economia da UFRJ, 2014. Disponível em:

http://www.ie.ufrj.br/images/pesquisa/publicacoes/discussao/2014/TD_IE_005_2014_Delorme_Prado__Barradas-v.2.pdf (acesso: 20 de setembro de 2017).

TELETIME. Agência reguladora chilena aprova fusão AT&T e Time Warner. Disponível em: <http://teletela.com.br/teletime/04/09/2017/agencia-reguladora-chilena-aprova-fusao-att-e-time-warner/> (acesso: 30 de setembro de 2017).

UOL ESPORTE E TV. Sem acordo, Fox sai do ar na SKY no meio de jogo e irrita espectadores. Disponível em: <https://uolesportevtv.blogosfera.uol.com.br/2017/02/05/sem-acordo-fox-sai-do-ar-na-sky-no-meio-de-jogo-e-irrita-espectadores/> (acesso: 30 de setembro de 2017).

VOX. 8 antitrust experts on what Trump's war on CNN means for the AT&T/Time Warner merger: there is no question that AT&T will use those comments in its defense. Disponível em: <https://www.vox.com/policy-and-politics/2017/12/6/16730874/att-time-warner-cnn-trump-antitrust> (acesso: 10 de dezembro de 2017).