
MOVIMENTAÇÕES SOCIETÁRIAS NO EXTERIOR E SEUS IMPACTOS NO CUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA AFETA AO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

*Luciana Chaves Freire Félix
Procuradora Federal*

Coordenadora de Procedimentos Regulatórios Adjunta

*Patricia Ferreira de Holanda Cavalcanti
Procuradora Federal*

PARECER n. 00302/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU

NUP: 53500.026491/2016-10

INTERESSADA: SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA.

ASSUNTO: Análise de movimentações societárias no exterior, na qual a Time Warner Inc. (“Time Warner”) será adquirida pela AT&T Inc. (“AT&T”), controladora da Sky Serviços de Banda Larga Ltda. (“Sky Banda Larga”).

EMENTA: 1. Análise de movimentações societárias no exterior, na qual a Time Warner Inc. (“Time Warner”) será adquirida pela AT&T Inc. (“AT&T”), controladora da Sky Serviços de Banda Larga Ltda. (“Sky Banda Larga”). 2. Anuência prévia regulatória. Desnecessidade. 3. Controle cruzado entre prestadora de serviços de telecomunicações e produtoras e programadoras com sede no Brasil. Art. 5º da Lei nº 12.485/2011. Inobservância, na hipótese de concretização

da operação nos moldes analisados. **4.** Análise concorrencial. Considerações da Procuradoria. **5.** Procedimento. Encaminhamento imediato de informações concorrenciais ao CADE. Possibilidade de adoção de providências regulatórias em momento posterior, ainda que no bojo do mesmo processo.

1. RELATÓRIO.

1. Cuida-se de análise de movimentações societárias que envolvem a aquisição da Time Warner Inc. pela AT&T, controladora da Sky Serviços de Banda Larga, bem como de encaminhamento de subsídios ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

2. Os autos iniciam com o Ofício nº 506/2016/SEI/CPOE/SCP-ANATEL (documento SEI nº 0927012), por meio do qual a Gerência de Acompanhamento Societário e da Ordem Econômica alerta a Sky Brasil a respeito da eventual necessidade de observância dos termos do Regulamento de Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 101, de 4 de fevereiro de 1999, bem como da Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011. O aviso de recebimento relativo a este expediente, datado de 03.11.2016, consta nos autos sob o documento SEI nº 0958060.

3. A Sky Brasil apresentou a CT-REG-273/2016 (documento SEI nº 0946524), informando não ter conhecimento das negociações para fins de aquisição da Time Warner pela AT&T, mas argumentando que esta operação, caso realizada, não teria repercussões sobre o controle da SKY.

4. Em seguida, consta nos autos o Memorando nº 105/2017/SEI/CPOE/SCP (documento SEI nº 1301692), encaminhado à Gerência de Outorga e Licenciamento de Estações – ORLE, solicitando-se informações atualizadas a respeito das outorgas detidas pelo Grupo Sky no Brasil.

5. A Sky Serviços de Banda Larga informou, em carta protocolada em 24 de março de 2017 (documento SEI nº 1310281), a apresentação do Ato de Concentração relativo à operação junto ao CADE.

6. Por meio do Memorando nº 93/2017/SEI/ORLE/SOR (documento SEI nº 1313592), a Gerência de Outorga e Licenciamento de Estações apresentou as informações solicitadas pelo Memorando nº 105/2017/SEI/CPOE/SCP.

7. O Ofício nº 1785/2017/CADE, de 03 de abril de 2017, foi encaminhado pelo CADE solicitando a manifestação da ANATEL a respeito da operação que implica a aquisição total de controle da Time Warner Inc. pela AT&T Inc (documento SEI nº 1381624). Ressaltou-se, no documento, que aquela Superintendência-Geral está analisando o ato de concentração apenas sob os aspectos da Lei 12.529/2011, não sendo considerado na análise o artigo 5º da Lei 12.485/2011, pois tal artigo trataria de aspectos regulatórios que não são de competência do CADE.

8. Consta nos autos, ainda, o Despacho Decisório nº 8/2017/SEI/CPOE/SCP (documento SEI nº 1322852), conferindo sigilo à petição apresentada pela Sky no documento SEI nº 1310281. Cópia do despacho foi encaminhada à Sky por meio do Ofício nº 125/2017/SEI/CPOE/SCP-ANATEL (documento SEI nº 1390627).

9. A Sky apresentou petição requerendo a juntada de instrumento de mandato (documento SEI nº 1330485).

10. A operação foi analisada pelo corpo técnico da Agência, que exarou o Informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP (documento SEI nº 1341946), apresentando, como anexos: a) Organograma Grupo SKY - Antes da Operação (documento SEI nº 1368054; b) Organograma Grupo SKY - Depois da Operação (documento SEI nº 1368072; c) Nota Técnica Anatel-Ancine_Versão Pública (documento SEI nº 1381666; d) Nota Técnica Anatel-Ancine - Versão Confidencial (documento SEI nº 1388936).

11. Após o encaminhamento dos autos virtuais a esta Procuradoria Federal Especializada, foi realizada a juntada do Ofício nº 134/2017/SEI/CPOE/SCP-ANATEL, que solicita a dilação do prazo fixado pelo CADE para a apresentação dos subsídios solicitados (documento SEI nº 1406047).

12. Foi acostado aos autos, ainda, o Ofício nº 016/2017, de 26 de abril de 2017, encaminhado pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT (documento SEI nº 1414370).

13. É o relatório. Passa-se à manifestação.

2. DA OPERAÇÃO.

14. Antes da análise da operação, vale descrevê-la. A respeito, oportuna a transcrição do Informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP:

II - Da Operação Objeto do Ato de Concentração n.º 08700.001390/2017-14.

3.11. A **AT&T** e a **Time Warner** notificaram o CADE, em 07 de março de 2017, acerca do Ato de Concentração n.º 08700.001390/2017-14, objeto do presente Informe. Do **Formulário Procedimento Não-Sumário** apresentado ao CADE, pode-se extrair as seguintes informações.

3.12. A operação comunicada consiste na proposta de aquisição, pela **AT&T**, da **Time Warner**, por meio de um pagamento a ser feito 50% em ações e 50% em dinheiro, conforme previsto no Contrato e Plano de Fusão, datado de 22 de outubro de 2016. Trata-se de aquisição do controle, envolvendo aquisição de ações (e não de ativos). O valor da operação, a partir da assinatura do acordo, é de aproximadamente US\$ 85,4 bilhões, não incluindo a dívida líquida da **Time Warner**. A operação abrange todas as atividades desenvolvidas pela **Time Warner** e não contempla cláusulas restritivas à concorrência (ex.: cláusulas de não concorrência ou de exclusividade).

3.13. O racional da operação tem como foco as atividades das partes nos EUA. A operação combina o conteúdo midiático da Time Warner com as plataformas de distribuição de telefonia fixa, televisão, telefonia móvel e banda larga da **AT&T** nos EUA. Espera-se que a operação acelere a capacidade da **AT&T** em desenvolver e distribuir amplamente a próxima geração de serviços de vídeo para consumidores nos EUA por meio de múltiplas plataformas. A combinação de conteúdo com os sistemas de distribuição multi-plataforma da **AT&T** nos EUA melhorará as habilidades da **AT&T** no desenvolvimento de novos produtos e serviços, bem como na capacidade de responder mais rapidamente às céleres mudanças atuais do mercado, do que se tivesse que fazê-lo por meio de renegociações periódicas de contratos de filiação com a Time Warner.

3.14. A principal justificativa para aquisição é que, com o tempo, a **AT&T** espera alcançar no mercado americano oportunidade de obter receitas adicionais por meio de inovações em novos produtos e serviços, as quais nenhuma das partes poderia obter de forma autônoma. A **AT&T** espera US\$ 1 bilhão em sinergias de custo anual, a serem geradas no mercado americano, nos três anos seguintes ao negócio. As esperadas sinergias de custos são

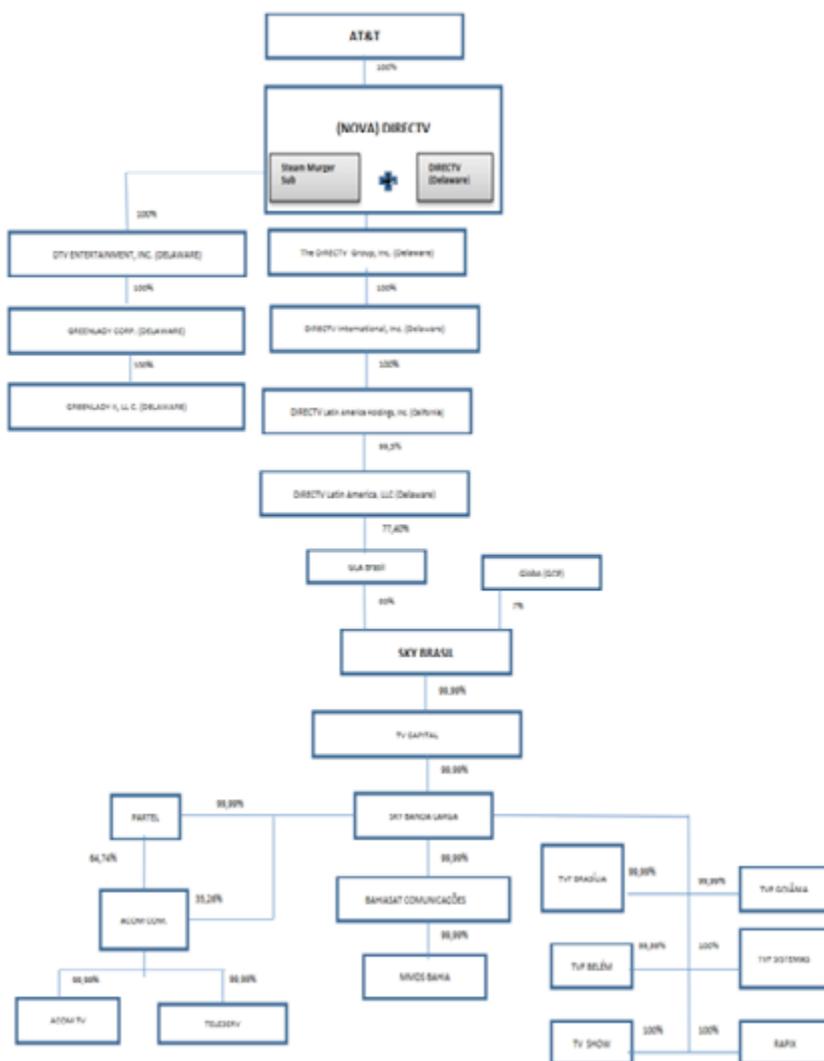
precipuaente decorrentes de economias em propaganda, compras e outras despesas.

3.15. No que concerne às consequências para o mercado brasileiro, segundo relato das partes, a operação resultará essencialmente em uma relação vertical entre as atividades de programação de canais de TV por assinatura do **Grupo Time Warner** e os serviços de TV por assinatura via satélite prestados pelo **Grupo Sky**; uma plataforma de distribuição de um único produto que atualmente concorre com plataformas de distribuição tradicionais (ex.: cabo), bem como distribuidores alternativos de conteúdo (ex.: fornecedores de serviço OTTs).

3.16. Dada a intensa concorrência tanto no mercado de programação quanto no mercado de TV por assinatura, bem como a crescente pressão competitiva criada por serviços direto-ao-consumidor via internet, o chamado OTT (como Netflix e semelhantes), as partes entendem que essa relação vertical claramente não resultaria em nenhuma preocupação concorrencial e deveria ser aprovada pelo CADE sem restrições.

Organograma do Grupo Sky

Antes da Operação (Para melhor visualização do organograma abaixo vide SEI n.º 1368054)



Depois da Operação (Para melhor visualização do organograma abaixo vide SEI n.º 1368072)

processo nº 53500.020612/2016-10, que trata da anuência prévia para incorporação pela Sky Serviços de Banda Larga Ltda., o Presidente do Conselho Diretor da Anatel concedeu efeito suspensivo com relação ao condicionamento referente à comprovação da renúncia de uma das autorizações para explorar o Serviço de Comunicação Multimídia detida pela empresa, com o objetivo de eliminar a sobreposição de outorgas desse serviço. A empresa consta, ainda, como detentora de direito de exploração de satélite estrangeiro, conferida por meio do Ato nº 3.780 de 2010. Além disso, detém autorização para exploração do SeAC expedida pelo Ato nº 3.504, de 2012, o qual encontra-se em processo de transferência para Sky Serviços de Banda Larga Ltda nos autos do processo nº 53500.020612/2016-10.

b) **Sky Serviços de Banda Larga Ltda.**, anteriormente denominada de Galaxy Brasil Ltda., inscrita no CNPJ/MF nº 00.497.373/0001-10, é autorizada a prestar o Serviço Limitado Privado (SLP), por meio do Ato nº 309, de 1998; autorizada a prestar o Serviço de Exploração de Satélite e Estações de Acesso (185), por meio do Ato nº 29.821 de 2002; autorizada a prestar o SeAC por meio do Ato nº 3.504, de 2012; e autorizada a prestar o SCM, por meio do Ato nº 6.407, de 2013.

c) A **TV Filme Sistemas Ltda.**, inscrita no CNPJ/MF nº 02.194.067/0001-30, autorizada a prestar o SeAC, por meio dos Atos nºs 3.529, 3.559, 3.568, 3.570, 3.571, 3.572, 3.507, 3.505 e 3.506, todos de 2012; consta, ainda, como autorizada a explorar o SCM por meio do Ato nº 6.906, de 2013. A prestadora apresentou renúncia da autorização de SCM, que está sendo tratada nos autos do processo nº 53500.024334/2013-27;

d) A **TV Filme Goiânia Serviços de Telecomunicações Ltda.**, inscrita no CNPJ/MF no 00.291.648/0001-64, é autorizada a prestar o SeAC por meio do Ato nº 3.526 de 2012, porém apresentou renúncia de sua outorga de SeAC por meio da correspondência SEI nº 0751498; é autorizada a prestar o SCM por meio do Ato nº 6.418 de 2015, porém apresentou renúncia de sua outorga de SCM por meio da correspondência SEI nº 0743890. As referidas renúncias estão sendo tratadas nos autos do processo nº 53500.005627/2015-77.

e) A **TV Filme Belém Serviços de Telecomunicações Ltda.**, inscrita no CNPJ/MF no 83.917.583/0001-47, é autorizada a prestar o SeAC por meio do Ato nº 3.524 de 2012, porém apresentou renúncia de sua outorga de SeAC por meio da correspondência SEI nº 0751484; é autorizada a prestar o SCM por meio do Ato nº 6.417 de 2015,

porém apresentou renúncia de sua outorga de SCM por meio da correspondência SEI nº 0743904. As referidas renúncias estão sendo tratadas nos autos do processo nº 53500.005126/2015-91.

f) A **TV Filme Brasília Serviços de Telecomunicações Ltda.**, inscrita no CNPJ/MF no 01.402.057/0001-80, é autorizada a prestar o SeAC por meio do Ato nº 3.525 de 2012, porém apresentou renúncia de sua outorga de SeAC, por meio da correspondência SEI nº 0751490. A referida renúncia está sendo tratada nos autos do processo nº 53500.008850/2012-23. Não possui outorga de SCM.

g) A **TV Show Brasil S.A.**, inscrita no CNPJ/MF no 23.592.140/0001-00, é autorizada a prestar o SeAC por meio do Ato nº 7.263 de 2012, porém apresentou renúncia de sua outorga de SeAC, por meio da correspondência SEI nº 0751590; é autorizada a prestar o SCM por meio do Ato nº 53 de 2016, porém apresentou renúncia de suas outorga de SCM por meio da correspondência SEI nº 0743904, que está sendo tratada nos autos do processo nº 53500.005628/2015-11.

h) A **Teleserv S.A.**, inscrita no CNPJ/MF no 02.242.370/0001-60, é autorizada a prestar o SeAC por meio do Ato nº 3573 de 2012, porém apresentou renúncia de sua outorga de SeAC por meio da correspondência SEI nº 1119473. A referida renúncia está sendo tratada nos autos do processo nº 53500.011190/2011-87. Não possui outorga de SCM.

i) A **Acom Comunicações S.A.**, inscrita no CNPJ/MF no. 02.126.673/0001-18, é autorizada a prestar o SeAC por meio dos Atos nºs 3.589, 3.591, 3.595, 3598, 3.601, 3.603, 3.605, 3.606, todos de 2012, porém apresentou renúncia de suas outorgas de SeAC, por meio da correspondência SEI nº 1119484. A referida renúncia está sendo tratada nos autos do processo nº 53500.009391/2011-14. Não possui outorga de SCM.

j) A **Acom TV Ltda.**, inscrita no CNPJ/MF nº 03.736.351/0001-53, é autorizada a prestar o SeAC, por meio dos Atos nºs 3.580, 3.583, 3.575 e 3.577, todos de 2012, e autorizada a prestar o SCM, por meio do Ato nº 4.723, de 2014;

k) A **MMDS Bahia Ltda.**, inscrita no CNPJ/MF nº 04.039.729/0001-22, apresentou renúncia de suas outorgas de SeAC, que está sendo tratada nos autos do processo nº 53500.009393/2011-11. É autorizada a prestar o SCM, por meio do Ato nº 6.363 de 2013.

1) A **Rapix Tecnologia e Internet Ltda.**, inscrita no CNPJ/MF nº 02.789.820/0001-30, não possui outorga de serviço de telecomunicações.

3.17.2. **Time Warner Inc.:** empresa de mídia e entretenimento com atuação mundial, sediada em Nova Iorque, Nova Iorque, EUA, sem atividade econômica direta no Brasil. O Grupo Time Warner abrange aproximadamente 900 subsidiárias e classifica seus negócios nas seguintes três divisões operacionais:

- a) **Turner:** consiste principalmente em canais básico de TV por Assinatura e propriedades de mídia digital;
- b) **Home Box Office, Inc. (HBO):** consiste principalmente em canais premium de televisão por assinatura e outros serviços de programação de vídeo nos EUA, e canais premium e básicos de TV por Assinatura e outros serviços de programação de vídeo internacionalmente; e
- c) **Warner Bros.:** consiste precipuamente em produção e distribuição de televisão, filmes vídeos para entretenimento doméstico e jogos.

3.17.2.1. Os negócios acima são conduzidos no Brasil e no exterior por uma série de diferentes subsidiárias do Grupo Time Warner, localizadas no Brasil ou no exterior e/ou por terceiros licenciados ou contratados por elas. As únicas subsidiárias da Time Warner localizadas no Brasil são as seguintes:

Entidade	Endereço	Acionistas	Código CNAE Atividade Principal
Warner Bros. (South) Inc.	Essa é uma filial de empresa norte-americana registrada no Brasil com escritório na Alameda Rio Negro, 585, Bloco B, 8ª e 9ª andares.	---	59.13-8-00
TopSports Ventures Ltda.	Rua Visconde de Ouro Preto, 75, 22250-180, Botafogo, Rio de Janeiro RJ	Turner International Holding LLC (US) Turner International Latin America, Inc. (US)	60.22-5-02
Brasil Channels Serviços Audiovisuais Ltda.	Avenida das Nações Unidas, 8501, 14º andar - parte, 05425-070, Pinheiros, São Paulo SP	Brasil Programming, LLC (US) Brasil Advertising, LLC (US) Brasil Productions, LLC (US)	73.11-4-00
HBO Brasil Ltda.	Avenida das Nações Unidas, 8501, 13º e 14º andares, 05425-070, Pinheiros, São Paulo SP	International Services and Company (US) SMC Holdings A.V.V. (Aruba)	73.11-4-00
Eyeworks do Brasil - Produtora de Programas Televisivos e Filmes Publicitários Ltda.	Rua dos Pinheiros, 972, 05422-001, Pinheiros, São Paulo SP	Warner Bros. Entertainment Nederland B.V. Eyeworks Latam Holding B.V.	59.11-1-99

3.17.2.2. As atividades específicas do Grupo Time Warner que resultam na relação vertical com as atividades da AT&T no Brasil são as seguintes: (i) Licenciamento de Canais (programação): A distribuição de todos os canais da Time Warner no Brasil é realizada pelo próprio Grupo Time Warner; e (ii) Licenciamento de conteúdo para plataformas avulsas: É negociado diretamente pelos respectivos detentores dos direitos de distribuição do Grupo Time Warner.

15. Como pode ser observado do Informe elaborado pelo corpo técnico da Agência, a operação submetida ao CADE implicará a aquisição da totalidade do controle da Time Warner pela AT&T, controladora da Sky Serviços de Banda Larga.

16. Nesse cenário, é oportuno, além das questões procedimentais, verificar a necessidade de submissão prévia da operação à Anuência Prévia da Agência, nos termos do Regulamento para Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, bem como avaliar a operação à luz da Lei nº 12.485/2011.

3. DOS ASPECTOS REGULATÓRIOS.

3.1 **Do Regulamento para Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 101, de 04 de fevereiro de 1999.**

17. A Lei nº 9.472/1997 – Lei Geral de Telecomunicações (LGT), em seu art. 97, estabelece, *verbis*:

Art. 97. Dependirão de prévia aprovação da Agência a cisão, a fusão, a transformação, a incorporação, a redução do capital da empresa ou a transferência de seu controle societário.

Parágrafo único. A aprovação será concedida se a medida não for prejudicial à competição e não colocar em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei.

18. No mesmo sentido, o Regulamento para Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 101, de 4 de fevereiro de 1999, estabelece:

Art. 1º. No exercício das funções de órgão regulador e de órgão competente para controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, no setor de telecomunicações, a Anatel, com vistas à apuração de controle e de transferência de controle que sejam objeto de vedação, restrição, limites ou condicionamentos, adotará os seguintes conceitos:

I - Controladora: pessoa natural ou jurídica ou ainda o grupo de pessoas que detiver, isolada ou conjuntamente, o poder de controle sobre pessoa jurídica;

II - Controle: poder de dirigir, de forma direta ou indireta, interna ou externa, de fato ou de direito, individualmente ou por acordo, as atividades sociais ou o funcionamento da empresa.

§ 1º. Sem prejuízo de outras situações fáticas ou jurídicas que se enquadrem no conceito de Controladora, para fins de evitar fraude às vedações legais e regulamentares à propriedade cruzada e à concentração econômica e de resguardar a livre concorrência e o direito dos consumidores de serviços de telecomunicações, é equiparada a Controladora a pessoa que, direta ou indiretamente:

I - participe ou indique pessoa para membro de Conselho de Administração, da Diretoria ou órgão com atribuição equivalente, de outra empresa ou de sua controladora;

II - tiver direito de veto estatutário ou contratual em qualquer matéria ou deliberação da outra;

III - possua poderes suficientes para, por qualquer mecanismo formal ou informal, impedir a verificação de quorum qualificado de instalação ou deliberação exigido, por força de disposição estatutária ou contratual, em relação às deliberações da outra, ressalvadas as hipóteses previstas em lei;

IV - detenha ações ou quotas da outra, de classe tal que assegure o direito de voto em separado a que se refere o artigo 16, III, da Lei nº 6.404/76.

§ 2º. Para efeito deste Regulamento, o funcionamento da empresa compreende, entre outros aspectos, o planejamento empresarial e a definição de políticas econômico-financeiras, tecnológicas, de engenharia, de mercado e de preços ou de descontos e reduções tarifárias.

Art. 2º. Uma pessoa jurídica será considerada coligada a outra se detiver, direta ou indiretamente, pelo menos vinte por cento de participação no capital votante da outra, ou se o capital votante de ambas for detido, direta ou indiretamente, em pelo menos vinte por cento, por uma mesma pessoa natural ou jurídica.

§ 1º. Para efeito do cômputo do percentual referido neste artigo, caso haja participação de forma sucessiva em várias pessoas jurídicas, calcular-se-á o percentual final de participação por intermédio de composição das frações percentuais de participação em cada pessoa jurídica na linha de encadeamento.

§ 2º. As frações de participação maiores que cinquenta por cento do capital votante ou controle, com qualquer participação no capital, corresponderão a um multiplicador de cem por cento no cálculo da composição da participação sucessiva.

Art. 6º Deverá ser submetida previamente à Anatel alteração que possa vir a caracterizar transferência de Controle, especialmente:

I - quando a Controladora ou um de seus integrantes se retira ou passa a deter participação inferior a cinco por cento no capital votante da prestadora ou de sua controladora;

II - quando a Controladora deixa de deter a maioria do capital votante da empresa;

III - quando a Controladora, mediante acordo, contrato ou qualquer outro instrumento, cede, total ou parcialmente, a terceiros, poderes para condução efetiva das atividades sociais ou de funcionamento da empresa.

Parágrafo único. Regulamentação específica poderá dispor sobre submissão a posteriori de alteração de que trata o caput ou mesmo dispensá-la.

(grifos acrescidos)

19. No que se refere ao controle do Grupo Sky, eis o que a área técnica consignou:

3.19. A aquisição pela **AT&T** da **Time Warner**, nos moldes apresentados perante o CADE, não enseja alteração do controle do **Grupo Sky** no Brasil, uma vez que a **AT&T Inc.** e suas controladas

não sofrem qualquer alteração societária e, portanto o controle indireto do **Grupo Sky** no exterior continuará sendo o mesmo.

3.20. Com a implementação da operação, as empresas **Globo Comunicação e Participações S.A.** (“GCP”) e a **GLA Brasil Ltda.** (“GLA”), atuais controladoras indiretas da **Sky Banda Larga** no último nível da cadeia no Brasil, continuarão sendo controladas pela **AT&T**, último nível da cadeia no exterior.

3.21. Vê-se, portanto, que não ocorrerá modificação do quadro societário da **Sky Banda Larga**, não se verificando o ingresso de novos sócios e sequer saída de controladores, ainda que indireto. As empresas do **Grupo Sky** no Brasil continuarão no mesmo grupo econômico e seus controladores indiretos continuarão sendo os mesmos, após a operação de aquisição da **AT&T**.

3.22. Destarte, à operação de aquisição do controle totalitário da **Time Warner** pela **AT&T** não se aplica o art. 6º e seus incisos, do Regulamento para Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução n.º 101, de 04 de fevereiro de 1999, uma vez que tal operação não acarretará transferência de controle, nos termos desse diploma legal. Senão vejamos:

(...)

3.23. Nota-se, assim, que a implementação da operação não resultará em transferência do controle das empresas do **Grupo Sky** no Brasil, permanecendo inalterada a estrutura societária do Grupo. Também não se observa qualquer transferência de outorgas. Desse modo, não se vislumbra a necessidade de anuência prévia, nos termos da regulamentação editada pela Anatel.

20. De fato, trata-se de aquisição pela **AT&T**, controladora indireta do Grupo **Sky**, do controle totalitário da **Time Warner** e, caso a operação seja aprovada pelo CADE, não haverá qualquer modificação na cadeia de controle do Grupo **Sky**, cujas empresas são detentoras de outorgas de serviços de telecomunicações. Nessa vertente, considerando que a implementação da operação não resultará em transferência de controle das empresas do Grupo **Sky**, seja no exterior, seja no Brasil, não havendo também qualquer transferência de outorga, não há necessidade de anuência prévia da Anatel.

21. Por outro lado, como observado pela área técnica, no Informe n.º 15/2017/SEI/CPOE/SCP, deve-se analisar se a aquisição da **Time Warner** pela **AT&T** no exterior gera eventuais controles cruzados ou vedados, nos termos do art. 2º, §2º, da Resolução n.º 101/1999.

22. Nesse ponto, a área técnica consignou o seguinte:

3.25. Pela descrição da operação e caso seja aprovada pelo CADE, a **AT&T** passará a ter o controle da **Time Warner**, pois será adquirido 100% das ações (e não de ativos) dessa última, conforme previsto no Contrato e Plano de Fusão, datado de 22 de outubro de 2016, o que corresponde a um percentual acima de 20%, estando assim sob controle comum o Grupo Sky e o Grupo Time Warner, conforme o Art. 2º, *caput*, da Resolução acima citada.

3.26. Ainda assim, nesse cenário, a aquisição da **Time Warner** pela **AT&T** não enseja pedido de anuência prévia perante esta Agência, pois como já dito, tal operação não resultará em transferência do controle das empresas do **Grupo Sky** no Brasil, permanecendo inalterada a sua estrutura societária. Acrescente-se, ainda, que a **Time Warner** não controla prestadora de serviços de telecomunicações no Brasil.

23. Nos termos do art. 2º da Resolução nº 101/1999, uma pessoa jurídica será considerada coligada a outra se detiver, direta ou indiretamente, pelo menos vinte por cento de participação no capital votante da outra, ou se o capital votante de ambas for detido, direta ou indiretamente, em pelo menos vinte por cento, por uma mesma pessoa natural ou jurídica.

24. No caso de aprovação da operação, a AT&T deterá indiretamente percentual superior a vinte por cento da Sky Brasil e cem por cento da Time Warner e de suas subsidiárias, o que poderia indicar que seriam coligadas. No entanto, a Resolução nº 101/1999 é aplicável às prestadoras de serviços de telecomunicações e, pelo que se depreende do Informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP, a Time Warner não é prestadora de serviços de telecomunicações no Brasil, nem controla prestadoras de serviços de telecomunicações no Brasil - não há no referido Informe qualquer notícia de que essas empresas detenham outorga de SeAC ou de qualquer serviço de telecomunicação.

25. Cumpre destacar que para concluir que não haverá coligação com a concretização da presente operação, esta Procuradoria partiu da premissa de que o Grupo Time Warner, ou seja, as empresas que dele fazem parte não possuem outorga de SeAC, e portanto, não são prestadoras de serviços de telecomunicações. Nesse ponto, esta

Procuradoria recomenda que a área técnica consigne expressamente essa premissa nos autos, para fins de instrução processual.

26. Por derradeiro, tal qual consignado pela área técnica no Informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP, a reconhecida relação vertical entre as atividades de produção e programação de conteúdo do Grupo Time Warner e os serviços de TV por assinatura via satélite prestados pelo Grupo Sky e suas subsidiárias deve ser analisada sob a ótica do art. 5º, da Lei do SeAC. Essa questão será abordada no tópico seguinte.

3.2 Da Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, que dispõe sobre comunicação audiovisual de acesso condicionado.

27. O art. 5º da Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011 (Lei do SeAC), estabelece, *verbis*:

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

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

§ 2º É facultado às concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e a produtoras e programadoras com sede no Brasil, diretamente ou por meio de empresa sobre a qual detenham controle direto, indireto ou sob controle comum, prestar serviços de telecomunicações exclusivamente para concessionárias e permissionárias dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens ou transportar conteúdo audiovisual das produtoras ou

programadoras com sede no Brasil para entrega às distribuidoras, desde que no âmbito da própria rede.

§ 3º É facultado às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, diretamente ou por meio de empresa sobre a qual detenham controle direto, indireto ou sob controle comum, controlar produtoras e programadoras com sede no Brasil que exerçam atividades exclusivamente destinadas à comercialização de produtos e serviços para o mercado internacional.

28. O dispositivo contém regras proibitivas de propriedade cruzada entre, de um lado, radiodifusores e produtoras e programadoras e, de outro, prestadoras de serviços de telecomunicações, bem como regras impeditivas de verticalização da cadeia de valor audiovisual. O ideário do legislador nesse ponto foi vedar que apenas um agente econômico controlasse prestadoras de serviços de telecomunicações e radiodifusoras, produtoras e programadoras. Trata-se de medida que tem por escopo coibir o abuso do poder econômico e evitar a concentração excessiva nessas cadeias do mercado. Ou seja, a legislação busca impedir que um mesmo grupo econômico tenha poder de mando simultaneamente em prestadoras de telecomunicações e produtoras e programadoras de conteúdo audiovisual. De fato, permitir que empresas que produzem e programam também distribuam o conteúdo produzido e programado poderia ensejar distúrbios concorrenciais. Sobre a questão vale transcrever os seguintes trechos do Voto do Ministro Luiz Fux, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.679:

II.(d).1 Restrições à propriedade cruzada (art. 5º, caput e §1º) e vedação à verticalização da cadeia de valor do audiovisual (art. 6º, I e II)

As motivações do legislador ordinário ao criar tais regras constam dos diversos pareceres exarados pelas Comissões do Congresso Nacional durante a tramitação do PL nº 29/2007, que deu origem ao ato ora impugnado. Os pareceres, acostados aos autos por intermédio da manifestação da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, dão conta de que a *mens legislatoris* não foi a de restringir a competição, mas sim promovê-la, evitando que agentes econômicos dotados de significativo poder de mercado pudessem dominar o setor e, ao final, aniquilar a livre concorrência.

Nesse sentido, a restrição à propriedade cruzada (art. 5º, caput e §1º) e a vedação à verticalização da cadeia de valor do audiovisual (art. 6º, I e II) representariam uma restrição pontual à liberdade de iniciativa de alguns (i.e., aqueles potencialmente dotados de poder de mercado) em proveito da liberdade de iniciativa de todos os demais *players* do segmento produtivo e, *a fortiori*, do hígido funcionamento daquele setor. Confirmam-se os seguintes trechos dos pareceres (todos sem grifos no original):

Parecer da Comissão de Defesa do Consumidor às Emendas ao Substitutivo do Relator Deputado Vital do Rêgo Filho

“Participação cruzada de capital entre empresas de telecomunicações e do audiovisual. Um dos principais argumentos que embasaram a demanda por uma nova disciplina na comunicação audiovisual eletrônica por assinatura consistiu na verificação da necessidade de ampliar o número de atores nesse segmento, com vistas a fomentar a competitividade e, por consequência, elevar a penetração e a qualidade dos serviços. Ao longo dos debates acerca do assunto, contudo, consolidou-se, de forma quase unânime, a compreensão de que **a abertura indiscriminada do mercado poderia ter efeitos nefastos, dada, principalmente, a potencialidade de ingresso de competidores com excessivo poder de mercado. Nessa linha, para assegurar um aumento prudente dos atores e a manutenção de condições equilibradas de concorrência na futura formatação do mercado, decidiu-se pela imposição de restrições na participação cruzada entre os setores de telecomunicações e de audiovisual**”.

Parecer da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática ao Substitutivo ao Projeto de Lei nº 29, de 2007

“9. Restrições cruzadas na cadeia de valor (...)

Considerando a discrepância entre a magnitude dos faturamentos dos setores de telecomunicações e de produção de audiovisual, optamos por acatar a referida emenda. A medida permitirá que sejam evitadas potenciais distorções induzidas por aplicações massivas de capitais transnacionais na produção artística e cultural nacional. Além disso, permitirá que seja mantido o espírito da proposta original, qual seja, **impedir que tanto o segmento das telecomunicações quanto o da radiodifusão controlem toda a cadeia produtiva da comunicação audiovisual de acesso condicionado**□.

Trecho da manifestação do Deputado Paulo Roberto na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática.

“A aquisição ou financiamento à aquisição de direitos de exploração de imagens de eventos, assim como a contratação de talentos artísticos de qualquer natureza, aí incluídos os direitos sobre obras de autores são insumos fundamentais para as atividades de produção e programação e, conseqüentemente, implicam nos principais custos para aqueles que atuam neste segmento.

Por outro lado, as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo são as principais empresas detentoras do insumo essencial na cadeia produtiva da distribuição de conteúdo audiovisual ao assinante, qual seja, as suas redes telecomunicações.

Ao se permitir que as prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo adquiram ou financiem a aquisição de direitos de exploração de imagens e eventos, além de contratar talentos artísticos, estar-se-ia criando um cenário de competição desigual.

Isto porque somente os produtores e programadores serão onerados com os custos de remuneração das redes para que os seus conteúdos audiovisuais sejam distribuídos.

Desta feita, a eliminação do termo ‘exclusividade’ impõe aos prestadores de serviços de telecomunicações de interesse coletivo a restrição para adquirir ou financiar a aquisição de direitos de exploração de imagens de eventos nacionais, bem como contratar talentos artísticos nacionais de qualquer natureza, inclusive direitos sobre obras de autores nacionais, obstaculizando, assim, a criação de uma concorrência predatória neste mercado”.

Parecer da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática ao Projeto de Lei nº 29, de 2007

“Principais alterações efetuadas no Substitutivo apresentado na CCTCI
(...)

5. Direitos de exploração de imagem e contratação de talentos artísticos

Diversas emendas foram oferecidas ao Substitutivo com o objetivo de flexibilizar ou tornar mais restritivas as disposições contidas no art. 6º, que impõe limites às operadoras de telecomunicações de interesse coletivo para adquirir direitos de exploração de imagem de eventos de interesse nacional e contratar talentos artístico nacionais.

Em nosso entendimento, o texto do Substitutivo original já está redigido de forma suficientemente equilibrada, pois assegura a necessária proteção da indústria brasileira de audiovisual contra a competição das grandes prestadoras de serviços de telecomunicações, que poderia se revelar prejudicial para o desenvolvimento das produtoras nacionais. Portanto, recomendamos a rejeição das Emendas nº 4, 45, 47, 66 e 79”.

(...)

No mercado de produtos audiovisuais, os efeitos deletérios da concentração excessiva de poder econômico suscitam problemas adicionais e de inegável sensibilidade constitucional. Refiro-me aqui aos desdobramentos nocivos da concorrência imperfeita sobre o direito à liberdade de expressão e à liberdade de informação. Embora tratando do tema principalmente sob a ótica da radiodifusão, transcrevo a lição precisa de Alexandre Sankiewicz, cujo magistério, acredito, aplica-se, *mutatis mutandis*, à hipótese da TV por assinatura, enquanto espécie de comunicação social:

“No campo da comunicação social, porém, os efeitos vão além dos prejuízos econômicos. Monopólios e oligopólios acarretam a diminuição da diversidade de informação ofertada na esfera pública com consequências deletérias para a democracia coparticipativa. Concentrações ilegais, nesse campo, não terão como consequência o mero aumento do preço do jornal, mas podem afetar o pluralismo, a veracidade e a objetividade da informação divulgada. Ademais, a diversidade dos produtos midiáticos exerce influência considerável sobre os valores da sociedade que consome tais produtos e contribui para a formação da agenda pública e da opinião da população sobre temas de relevante interesse nacional.

Na mídia, a concentração econômica é considerada uma ameaça ao mercado de ideias, pois tende a provocar um impacto negativo no pluralismo informativo e de conteúdos que se espera dos meios de comunicação social. Quanto menor o número de instituições, menor o número de pessoas tomando decisões sobre a diversidade de conteúdo e, em princípio, menor o número de vozes que conseguem se fazer representar na esfera pública. (...)

Os efeitos indesejados da concentração ademais não são circunscritos apenas à redução da diversidade. Eles também aumentam o risco de que certos interesses políticos, pessoais ou econômicos prevaleçam sobre o dever de veracidade e objetividade. Na área da comunicação

social, em especial, concentração econômica significa concentração de influência, que pode ser facilmente usada para obtenção de lucros políticos e ideológicos”.

(SANKIEVICZ, Alexandre. Liberdade de Expressão e Pluralismo. Perspectivas de Regulação. São Paulo: Saraiva, 2011, p.89-90).

Obviamente não se está aqui a “publicizar”, via hermenêutica constitucional, o regime jurídico da TV por assinatura, confundindo-o com o tratamento dispensado pela Lei Maior aos serviços de radiodifusão de sons e imagens (TV aberta). Não se trata disso. Cuidasse, isto sim, de reconhecer que foi a própria Constituição de 1988 que previu diretrizes comuns e gerais aplicáveis indistintamente a todos os veículos de comunicação social, tais como a proteção da livre manifestação do pensamento e da informação e a vedação à censura (CRFB, art. 220, *caput*, §§ 1º, 2º e 3º), a proibição da configuração de monopólio ou oligopólio no setor comunicativo (CRFB, art. 220, §5º) e as regras de preferência de conteúdo a serem estimulados na produção e na programação das emissoras de rádio e televisão (CRFB, art. 221 c/c art.222, §3º). Esses dispositivos respaldam, a toda evidência, uma postura não meramente passiva do Estado na regulação da TV por assinatura, viabilizando (e porque não dizer reclamando) verdadeira atuação positivado Poder Público na promoção dos valores constitucionais pertinentes ao setor.

Entendo, à luz de tais razões, que não procede a alegação das associações requerentes no sentido de que o art. 5º, *caput* e §1º, da Lei do SeAC, impediria “sem motivação adequada, que empresas de telecomunicações de interesse coletivo, bem assim concessionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e produtoras e programadoras, exerçam plenamente as suas atividades”, configurando ultraje à liberdade de iniciativa (CRFB, art. 1º, IV; art. 170, *caput*). Embora haja, de fato, um impedimento legal à plena liberdade desses agentes econômicos, sua existência é justificada por razões econômicas, *prima facie*, consistentes, as quais, a seu turno, se reconduzem a regras constitucionais expressas (CRFB, art. 170, §4º e art.220, §5º).

Relembro aqui que tais regras representam autêntica ponderação constitucional entre os princípios reitores da ordem econômica brasileira, notadamente a livre iniciativa, de um lado, e a livre concorrência e a proteção do consumidor, de outro. O que pretendeu e fez o legislador foi simplesmente operacionalizar, em concreto, a acomodação otimizada desses valores já ponderados em abstrato pelo

constituente de 1988. No mesmo sentido se manifestou a Procuradoria-Geral da República:

“As regras de restrição à propriedade cruzada e à propriedade vertical (art. 5º e 6º da Lei nº 12.485/11) consistem em medidas de implementação da vedação constitucional ao monopólio ou oligopólio nos meios de comunicação social (art.220, §5º, da CR)”.

(...)

Essa preocupação do legislador em relação à verticalização da estrutura produtiva tem respaldo nas lições do direito antitruste. Embora não sem relativa divergência (cf. FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste. São Paulo: RT, 2011, p. 402-406), costuma-se afirmar que concentrações verticais realizadas por empresa com forte posição dominante implicam elevada probabilidade de efeitos anticompetitivos líquidos sobre os mercados relevantes em questão. Nesse sentido é o magistério de Calixto Salomão Filho, *verbis*:

“A doutrina identifica várias consequências específicas das concentrações verticais que causam preocupação concorrencial.(...) E isso por duas razões bastante evidentes. Em primeiro lugar porque nesses casos sobram muito poucas alternativas aos produtores sobram muito poucas alternativas aos produtores e/ou distribuidores independentes para respectivamente vender ou comprar seus produtos em condições concorrenciais. Mas também a concorrência potencial se limita substancialmente. Com efeito, novos potenciais concorrentes que queiram entrar em um dos mercados deverão entrar em ambos para ter alguma chance de concorrer. É por esse motivo que uma das principais objeções de natureza concorrencial à concentrações verticais está exatamente no aumento substancial de barreiras à entrada no mercado por elas proporcionado”.(SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. As Estruturas. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 310)

Os dados trazidos à Corte durante as audiências públicas realizadas apontam que tanto o diagnóstico quanto o prognóstico do legislador são consistentes. De fato, conforme apontado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), antes da promulgação da Lei nº 12.485/11, a regulação fragmentada do setor audiovisual brasileiro acabou por estimular tanto uma limitação quanto uma concentração excessiva do mercado de TV por assinatura no Brasil. A limitação ficava evidente quando se comparava a penetração (inferior) do serviço de TV paga no Brasil (12,7%) com a de outros países. Na América Latina, por exemplo,

a Argentina (77%), a Colômbia (72%) e o Uruguai (48,6%) estavam em patamares bastante superiores ao brasileiro. Já a concentração excessiva era ilustrada pelo fato de que apenas um grupo econômico (Telmex -controlador das operadoras NET Serviços e Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – Embratel) detinha, em 2010, 55% do mercado.

Já os dados oficiais trazidos aos autos pela ANCINE e pela ANATEL ilustram que o remédio regulatório tem se mostrado, até então, eficaz para reverter a patologia do mercado audiovisual brasileiro. Desde a aprovação da Lei, a Anatel recebeu 50 pedidos de licenciamento de novas estações (prestadores já atuantes no mercado) e 88 novos pedidos de outorga de SEAC (novos prestadores). Isso significa um aumento de quase 70% no número de municípios com TV por assinatura. A ampliação da oferta fica ainda mais evidente quando se revela que, em 2012, o Brasil atingiu o patamar 16 milhões de assinaturas de TV paga, número que representa o dobro daquele observado em 2009. Em 2016, estima-se que o país deva alcançar 30 milhões de assinantes. Também o *market share* das empresas atuantes no setor começou a apresentar contornos menos concentrados a partir da entrada de novos players, como é o caso da GVT, que de nenhum assinante em setembro de 2011 passou a ter 425.635 assinaturas em dezembro de 2012, e da Oi, que, no mesmo período, apresentou crescimento de 85% na sua base de assinantes.

Em síntese, não vislumbro na espécie qualquer violação à livre iniciativa (CRFB, art. 1º, IV; art. 170, caput) que possa ser imputada ao artigo 5º, caput e §1º, e ao artigo 6º, I e II, ambos da Lei nº 12.485/11, máxime diante da existência, em seu favor, de razões econômicas, *prima facie*, consistentes e albergadas por regras constitucionais expressas (CRFB, art. 170, §4º e art. 220, §5º).

(grifos do original)

29. Pois bem, tecidas essas considerações sobre o ideário do dispositivo, verifica-se que, nos termos de seu *caput*, o controle ou a titularidade de participação superior a 50% (cinquenta por cento) do capital total e votante de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo não poderá ser detido, direta ou indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por radiodifusoras e por produtoras e programadoras com sede no Brasil.

30. *In casu*, conforme atestado pela área técnica no Informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP, a concretização da operação, no que concerne

às consequências para o mercado brasileiro, resultará essencialmente em uma relação vertical entre as atividades de produção e programação de canais de TV por Assinatura do Grupo Time Warner e os serviços de TV por assinatura via satélite prestados pelo Grupo Sky. É que haverá uma relação de controle exercida simultaneamente pela AT&T sobre as atividades de produção e programação de conteúdo audiovisual do Grupo Time Warner e os serviços de Tv por Assinatura via satélite prestados pelo Grupo Sky.

31. Nesse ponto, cumpre salientar que não importa se a empresa que exerce o controle comum está no Brasil ou no exterior, já que a lei não distinguiu essas situações, aplicando-se a ambas. Mesmo que a empresa que exerce o controle comum esteja no exterior, a vedação incide, isso porque o que a lei quis vedar foi que as atividades da prestadora de serviços de telecomunicações e da produtora e programadora estivessem sob uma mesma direção, um mesmo comando ou poder de mando. Dessa feita, o fato de AT&T ser empresa estrangeira não afasta a incidência do dispositivo, uma vez que todas as atividades realizadas no Brasil (produção e programação e telecomunicações) estaria sujeitas a um mesmo comando.

32. Pois bem, a área técnica afastou qualquer possível inobservância da operação em relação ao art. 5º da Lei nº 12.485/2011, nos seguintes termos:

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

3.31. Logo, a operação que resultará na relação vertical entre as atividades de produção e programação de conteúdo do **Grupo Time Warner** e os serviços de TV por assinatura via satélite prestados pelo **Grupo Sky**, por meio de empresa sob controle comum, a **AT&T**,

não ensejaria óbices ao atendimento do art. 5º da Lei do SeAC, sob o ponto de vista do mercado brasileiro de prestação de serviços de telecomunicações, uma vez que as 6 (seis) empresas do **Grupo Time Warner**, que atuam no Brasil, são empresas subsidiárias da **Time Warner** e não possuem sede no Brasil.

3.32. Neste contexto, não havendo óbices ao atendimento do art. 5º da Lei do SeAC, visto que a produtora e programadora de conteúdo deve ter sede no Brasil, o que não se verifica no caso ora em estudo, sob o ponto de vista legal e regulamentar não caberia qualquer atuação por parte do órgão regulador das telecomunicações no Brasil.

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

33. No entanto, esta Procuradoria não concorda com a conclusão da área técnica.

34. O Grupo Time Warner, conforme consignado no Informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP tem seus negócios conduzidos no Brasil e no exterior por uma série de diferentes subsidiárias do Grupo Time Warner, localizadas no Brasil ou no exterior e/ou por terceiros licenciados ou contratados por elas. As subsidiárias da Time Warner localizadas no Brasil, segundo a área técnica, são as seguintes:

Entidade	Endereço	Acionistas	Código CNAE Atividade Principal
Warner Bros. (South) Inc.	Essa é uma filial de empresa norte-americana registrada no Brasil com escritório na Alameda Rio Negro, 585, Bloco B, 8º e 9º andares.	---	59.13-8-00
TopSports Ventures Ltda.	Rua Visconde de Ouro Preto, 75, 22250-180, Botafogo, Rio de Janeiro/RJ	Turner International Holding LLC (US) Turner International Latin America, Inc. (US)	60.22-5-02

Brasil Channels Serviços Audiovisuais Ltda.	Avenida das Nações Unidas, 8501, 14º andar - parte, 05425-070, Pinheiros, São Paulo/SP	Brasil Programming, LLC (US) Brasil Advertising, LLC (US) Brasil Productions, LLC (US)	73.11-4-00
HBO Brasil Ltda.	Avenida das Nações Unidas, 8501, 13º e 14º andares, 05425-070, Pinheiros, São Paulo/SP	International Services and Company (US) SMC Holdings A.V.V. (Aruba)	73.11-4-00
Eyeworks do Brasil - Produtora de Programas Televisivos e Filmes Publicitários Ltda.	Rua dos Pinheiros, 972, 05422-001, Pinheiros, São Paulo/SP	Warner Bros. Entertainment Nederland B.V. Eyeworks Latam Holding B.V.	59.11-1-99

35. Nesse ponto, muito embora não constem informações detalhadas nos autos sobre as atividades exercidas por cada uma das subsidiárias da Time Warner localizadas no Brasil, depreende-se que elas de fato exerçam atividades de produção e programação. A título de exemplo, observa-se que o próprio nome empresarial da pessoa jurídica Eyeworks do Brasil - Produtora de Programas Televisivos e Filmes Publicitários LTDA, faz referência às atividades de produção e programação, e que o Código CNAE 59.11.-1-99, referente a essa pessoa jurídica diz respeito a “estúdios cinematográficos”. De qualquer sorte, recomenda-se que, no momento oportuno, os autos sejam melhores instruídos nesse ponto.

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

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

38. A exigência de uma pessoa jurídica que presta determinada atividade ter sede no país tem enfoque diverso. Ao exigir que a pessoa jurídica tenha sede no Brasil, a legislação impõe que aquela pessoa jurídica possa ser demandada no Brasil, independentemente de quem seja o proprietário dessa pessoa jurídica, quer este tenha sede no Brasil ou no exterior (art. 53, inciso III, a, do Código de Processo Civil). Ao constituir uma pessoa jurídica na forma da legislação brasileira, o Código Civil (art. 997, inciso II, do Código Civil) exige que os sócios indiquem a sede da pessoa jurídica, de modo que haja um lugar onde a pessoa jurídica possa ser demanda para cumprir suas obrigações.

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

40. Sobre essa questão, portanto, é preciso consignar que as empresas controladas pela Time Warner no Brasil, não obstante sejam subsidiárias integrais ou representantes, são regularmente inscritas no CNPJ, com o devido endereço no Brasil, e auferem receita no território brasileiro, não havendo que se falar em inexistência de sede no país. Aqui, vale consignar que sede não pode ser interpretada do ponto de vista material, como o centro das atividades, mas como o registro formal da pessoa jurídica no país.

41. Muito embora essas empresas estejam sob a égide da Agência Nacional do Cinema (Ancine), e não da Anatel, algumas considerações devem ser feitas nesse ponto.

42. Esta Procuradoria não desconhece que a Ancine possui Instruções Normativas que dispõem sobre a regulamentação de dispositivos da Lei do SeAc e dá outras providências. Vejamos:

Instrução Normativa nº 100, de 29 de dezembro de 2012:

Art. 2º As atividades de produção, programação e empacotamento no Brasil são livres para empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no país. **(Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)**

§ 1º O exercício da atividade de programação do exterior para o Brasil somente será permitido às programadoras estrangeiras que se sujeitarem às leis e foro brasileiro, quanto aos atos ou operações praticados no exterior que produzam efeitos no Brasil, incluindo as obrigações previstas na Lei nº 12.485/2011, nos mesmos termos em que se aplicam às empresas com sede no Brasil. **(Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)**

§ 2º Em observância ao disposto no §1º, e sem prejuízo da possibilidade de relação negocial direta, as programadoras estrangeiras deverão firmar contratos em português, sob regime jurídico brasileiro e com foro estabelecido no Brasil, quanto aos atos ou operações praticados no exterior que produzam efeitos no Brasil, inclusive em suas relações comerciais com agentes econômicos brasileiros. **(Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)**

§ 3º Em observância ao disposto no §2º, os instrumentos contratuais devem ser firmados em moeda brasileira. **(Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)**

§ 4º A programadora estrangeira que exerça atividade de programação do exterior para o Brasil está obrigada a manter, permanentemente, representante único no país, com poderes para resolver quaisquer questões e receber intimação e notificação administrativa e citação judicial em nome da empresa estrangeira. **(Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)**

§ 5º O representante de que trata o §4º deverá ser empresa constituída sob as leis brasileiras com sede e administração no país, a qual deverá assumir em nome e no interesse da programadora estrangeira, suas responsabilidades e obrigações legais perante a ANCINE. **(Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)**

§ 6º O representante deverá, ainda, figurar como anuente nos contratos de produção, programação e empacotamento firmados pela programadora estrangeira com agentes econômicos brasileiros, nos quais devem constar, em favor do anuente os poderes descritos nos §§ 4º e 5º. **(Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)**

§ 7º A comercialização ou o licenciamento, no exterior, de canais de programação destinados ao empacotamento para oferta em território brasileiro será caracterizada como exercício da atividade de programação do exterior para o Brasil, à exceção dos canais não

adaptados ao mercado brasileiro. (Alterado pelo art. 1º da Instrução Normativa nº 102)

Instrução Normativa nº 102, de 19 de junho de 2012:

Art. 1º O art. 2º da Instrução Normativa nº 100, de 29 de maio de 2012, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º As atividades de produção, programação e empacotamento no Brasil são livres para empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no país.

§ 1º O exercício da atividade de programação do exterior para o Brasil somente será permitido às programadoras estrangeiras que se sujeitarem às leis e foro brasileiro, quanto aos atos ou operações praticados no exterior que produzam efeitos no Brasil, incluindo as obrigações previstas na Lei nº 12.485/2011, nos mesmos termos em que se aplicam às empresas com sede no Brasil.

§ 2º Em observância ao disposto no §1º, e sem prejuízo da possibilidade de relação comercial direta, as programadoras estrangeiras deverão firmar contratos em português, sob regime jurídico brasileiro e com foro estabelecido no Brasil, quanto aos atos ou operações praticados no exterior que produzam efeitos no Brasil, inclusive em suas relações comerciais com agentes econômicos brasileiros

§ 3º Em observância ao disposto no §2º, os instrumentos contratuais devem ser firmados em moeda brasileira.

§ 4º A programadora estrangeira que exerça atividade de programação do exterior para o Brasil está obrigada a manter, permanentemente, representante único no país, com poderes para resolver quaisquer questões e receber intimação e notificação administrativa e citação judicial em nome da empresa estrangeira.

§ 5º O representante de que trata o §4º deverá ser empresa constituída sob as leis brasileiras com sede e administração no país, a qual deverá assumir em nome e no interesse da programadora estrangeira, suas responsabilidades e obrigações legais perante a ANCINE.

§ 6º O representante deverá, ainda, figurar como anuente nos contratos de produção, programação e empacotamento firmados pela programadora estrangeira com agentes econômicos brasileiros, nos quais devem constar, em favor do anuente os poderes descritos nos §§ 4º e 5º.

§ 7º A comercialização ou o licenciamento, no exterior, de canais de programação destinados ao empacotamento para oferta em território brasileiro será caracterizada como exercício da atividade de programação do exterior para o Brasil, à exceção dos canais não adaptados ao mercado brasileiro.”

(grifos acrescentados)

43. Como se vê, a Ancine, por meio da Instrução Normativa nº 102, de 2012, flexibilizou a Lei do SeAC para permitir que produtoras, programadoras e empacotadoras operassem no Brasil, a partir do exterior, desde que, constituindo formalmente uma empresa representante no Brasil, se submetessem plenamente às disposições da Lei do SeAC, “nos mesmos termos em que se aplicam às empresas com sede no Brasil”. Ou seja, além de o representante já ser uma empresa regularmente constituída sob as leis brasileiras com sede e administração no país, ela obviamente deve - como não poderia deixar de sê-lo - observar a Lei nº 12.485/2011.

44. Aliás, especificamente em relação ao art. 5º da Lei do SeAC há dispositivo expresse nas Instruções Normativas da Ancine de que ele é aplicável também aos agentes econômicos estrangeiros que exerçam atividades de programação do exterior para o Brasil, *verbis*:

Instrução Normativa nº 91, de 01 de dezembro de 2010:

Art. 5º-A O controle ou a titularidade de participação superior a 50% (cinquenta por cento) do capital total e votante de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e por produtoras e programadoras com sede no Brasil, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços. **(Acrescentado pelo art. 4º da Instrução Normativa nº 101)**

§1º O controle ou a titularidade de participação superior a 30% (trinta por cento) do capital total e votante de concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e de produtoras e programadoras com sede no Brasil não poderá ser detido, direta, indiretamente ou por meio de empresa sob controle comum, por prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, ficando vedado a estas explorar diretamente aqueles serviços. **(Acrescentado pelo art. 4º da Instrução Normativa nº 101)**

§2º É facultado às concessionárias e permissionárias de radiodifusão sonora e de sons e imagens e a produtoras e programadoras com sede no Brasil, diretamente ou por meio de empresa sobre a qual detenham controle direto, indireto ou sob controle comum, prestar serviços de telecomunicações exclusivamente para concessionárias e permissionárias dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens ou transportar conteúdo audiovisual das produtoras ou programadoras com sede no Brasil para entrega às distribuidoras, desde que no âmbito da própria rede. **(Acrescentado pelo art. 4º da Instrução Normativa nº 101)**

§3º É facultado às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo, diretamente ou por meio de empresa sobre a qual detenham controle direto, indireto ou sob controle comum, controlar produtoras e programadoras com sede no Brasil que exerçam atividades exclusivamente destinadas à comercialização de produtos e serviços para o mercado internacional. **(Acrescentado pelo art. 4º da Instrução Normativa nº 101)**

§4º Em observação ao art. 1137 da lei 10.406/2002, o disposto neste artigo também se aplica aos agentes econômicos estrangeiros autorizados pelo Poder Executivo a funcionar no país.

§4º O disposto neste artigo também se aplica aos agentes econômicos estrangeiros que exerçam as atividades de programação do exterior para o Brasil. **(Alterado pelo art. 2º da Instrução Normativa nº 102)**

§5º Este artigo entra em vigor em 13 de setembro de 2012. **(Acrescentado pelo art. 4º da Instrução Normativa nº 101)**

Instrução Normativa nº 102 de 19 de junho de 2012:

Art. 2º O §4º do Art. 5º-A, o inciso II do Parágrafo único do art. 7º, o inciso IV do art. 8º-B, os incisos I e II do §1º do art. 10 e da Instrução Normativa nº 91, de 01 de dezembro de 2010, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 5º-A

§4º O disposto neste artigo também se aplica aos agentes econômicos estrangeiros que exerçam as atividades de programação do exterior para o Brasil.

.....”

(grifos acrescentados)

45. Sem adentrar no mérito das referidas Instruções Normativas, não há como simplesmente desconsiderá-las. Como já salientado, nos termos do art. 9º da Lei do SeAC, as atividades de produção, programação e empacotamento são livres para empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País. O fato de a Ancine, por meio das aludidas Instruções Normativas, ter flexibilizado essa regra, não tem o condão de afastar a aplicação dos demais dispositivos da Lei. Nesse ponto, aliás, as próprias Instruções Normativas destacaram a óbvia necessidade de cumprimento das disposições constantes da Lei do SeAC - em relação ao art. 5º há, inclusive, menção expressa a ele. Do contrário, estar-se-ia, por ato infralegal, dispensando requisito expresso de lei ordinária e permitindo, por via oblíqua, que as produtoras e programadoras simplesmente se afastassem da incidência de regras legais dirigidas justamente a empresas com sede no Brasil, como é o caso do referido art. 5º da Lei do SeAC.

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

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

48. Em outras palavras, a flexibilização do art. 9º da Lei do SeAC pela IN nº 102/2012 da Ancine não tem o condão de afastar os demais dispositivos da Lei do SeAC. A própria Ancine, na aludida Instrução Normativa, ressalva a necessidade de cumprimento da Lei do SeAC

em sua integralidade. Dessa feita, a flexibilização do art. 9º da Lei do SeAC pela Ancine não libera as produtoras, programadoras e empacotadoras que não tenham elas próprias sede no Brasil, mas que aqui atuem, de cumprirem a Lei do SeAC. Aliás, vale registrar que as referidas Instruções Normativas presumem, no seu contexto, que as empresas constituídas pela Time Warner no Brasil estão exercendo as atividades de produção e programação. Afinal, nos seus termos, o exercício das referidas atividades no Brasil é que é feito necessariamente por empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no país ou por representação a partir de uma empresa também constituída sob as leis brasileiras com sede e administração no país.

49. Ora, as empresas subsidiárias da Warner são brasileiras, atuam no Brasil, possuem CNPJ e auferem receita no Brasil. Dessa maneira, o simples fato de serem controladas por pessoa jurídica com sede em outro país não afasta, repita-se, a aplicação do art. 5º, nem de qualquer dispositivo da Lei do SeAC. Elas se submetem plenamente à Lei do SeAC tal qual qualquer empresa com sede no Brasil. Vale dizer: tais empresas ao serem constituídas na forma da legislação brasileira, informaram aos órgãos competentes as suas respectivas sedes no Brasil, o que implica a possibilidade de elas serem demandadas no Brasil e a sujeição às leis brasileiras, independentemente do domicílio de seus proprietários e de suas atividades estarem sujeitas à direção de uma pessoa jurídica estrangeira.

50. Em suma, o art. 9º da Lei nº 12.485/2011 determina expressamente que “as atividades de produção, programação e empacotamento são livres para empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País”. O que a ANCINE fez foi simplesmente autorizar que tais atividades fossem exercidas do exterior para o Brasil também por meio de uma empresa constituída sob as leis brasileiras com sede e administração no país, considerando, então, que tal empresa é que está exercendo essas atividades. O fato, então, é que a necessidade de observância ao art. 5º da Lei nº 12.485/2011 ocorre em ambas as situações.

51. Dessa feita, esta Procuradoria entende que, caso a operação seja concretizada, há indícios de violação ao art. 5º da Lei do SeAC, devendo a Anatel tomar as providências necessárias para garantir que o dispositivo seja cumprido.

4. PROCEDIMENTO A SER ADOTADO PELA ANATEL.

52. Diante da constatação de indícios de violação ao art. 5º da Lei do SeAC em caso de concretização da operação, cumpre a esta Procuradoria tecer breves considerações sobre o procedimento a ser adotado pela Agência.

53. Os presentes autos tiveram início com Ofício da Gerência de Acompanhamento Societário e da Ordem Econômica à Sky Brasil Serviços Ltda., diante de fatos divulgados na mídia relativos ao processo de fusão entre os Grupos AT&T e Time Warner.

54. No entanto, no presente momento processual, a Agência está instruindo o processo, em atendimento ao Ofício nº 1785/2017, do CADE, tendo em vista a apresentação do Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14, que trata da aquisição total de controle da Time Warner Inc. pela AT&T Inc e seus efeitos no Brasil.

55. Por meio do referido Ofício, o CADE solicitou manifestação da Anatel, acerca da operação, a fim de auxiliar a instrução do processo, nos termos do art. 13, inciso VI, alínea “a”, da Lei nº 12.259/2011, tendo solicitado que a resposta fosse enviada até 4 de maio de 2017.

56. A Superintendência-Geral do CADE destacou que está analisando esse Ato de Concentração apenas sob os aspectos da Lei 12.529/2011, e, dessa forma, não está sendo considerado na análise o artigo 5º da Lei 12.485/2011.

57. Pois bem, considerando o exíguo prazo para manifestação da Anatel (tendo a Agência, inclusive, requerido dilação, dada a necessária tramitação por diversos órgãos internos), esta Procuradoria recomenda que, neste momento, a Agência instrua os autos de modo a prestar as informações necessárias para o CADE, podendo, em momento imediatamente posterior, adotar as medidas necessárias para garantir o cumprimento do art. 5º do SeAC.

58. Sobre os indícios de descumprimento ao art. 5º da Lei nº 12.485/2011, não se trata de uma anuência prévia no bojo da qual a Agência irá analisar a questão, mas de regra legal proibitiva que simplesmente deve ser cumprida pelos agentes regulados, de modo que, tal como qualquer regra que eventualmente está em vias de ser descumprida, cabe

à Agência, ciente da situação, adotar, de ofício, medidas preventivas para que isso não ocorra. Ou seja, deve a Agência atuar junto aos seus agentes regulados a fim de garantir que não haja ofensa ao art. 5º da Lei do SeAC na eventualidade de concretização da operação.

59. Em suma, a ANATEL deve encaminhar ao CADE as informações solicitadas por meio do referido Ofício nº 1785/2017, sendo plenamente possível que a situação concreta e detalhada a respeito de eventuais providencias a serem adotadas em relação ao art. 5º da Lei nº 12.485/2011 seja oportunamente tratada em momento processual subsequente. Com isso, poderá, se for o caso, complementar a instrução dos autos e adotar as medidas necessárias posteriormente ao envio das informações ao CADE.

5. DOS ASPECTOS CONCORRENCIAIS.

60. A análise da movimentação societária em questão deve ser realizada pela Anatel sob o ponto de vista concorrencial em razão da competência que lhe foi atribuída pelos art. 71 da Lei Geral de Telecomunicações (LGT).

61. De fato, ainda que não seja submetida à anuência prévia da Agência, a operação deve ser apreciada sob a ótica concorrencial, no intuito de garantir a competição livre, ampla e justa no setor de telecomunicações, uma vez que a Anatel, conforme os arts. 6º e 7º, §§ 1º e 2º, da Lei Geral de Telecomunicações, tem o dever legal de impedir a concentração econômica nos mercados relevantes e de resguardar a livre concorrência e o direito dos consumidores dos serviços de telecomunicações.

62. No tocante ao tema, a área técnica expôs, no Informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP, o seguinte:

IV - Do Mercado de TV por Assinatura (SeAC) e seus Aspectos Concorrenciais

3.39. Em relação a análise concorrencial é preciso ressaltar que a operação trata da aquisição de controle acionário de empresa produtora e programadora de conteúdo, a **Time Warner**, e a empresa adquirente, a **AT&T**, por intermédio de sua controlada a **Sky Banda Larga**, não exerce essas atividades no Brasil. Assim, trata-se uma relação vertical entre as atividades de programação do **Grupo Time Warner** e os

serviços de TV por assinatura via satélite ofertados pelo **Grupo Sky**, que, na visão desta área técnica, deve ser analisada levando-se em consideração que, atualmente, há uma forte pressão exercida pelos fornecedores de OTT nos últimos anos, em conjunto com o conteúdo original disponibilizado por esses fornecedores, a preços bem acessíveis.

3.40. Acrescente-se, ainda, que o efeito concorrencial indesejável que poderia advir de uma aproximação na atuação da **Time Warner** e do **Grupo Sky** decorrentes desta operação, pode ser bastante minimizado pela abertura do mercado de TV por assinatura a novos prestadores. Isto em função da possibilidade, bastante factível, do aumento da participação de grandes empresas que atuam em múltiplos serviços de telecomunicações, que já dispõem de infraestrutura necessária e que podem se beneficiar de economias de escala e de escopo de forma mais expressiva do que **Time Warner** e **Grupo Sky**, haja vista os grupos Claro, Oi e Telefônica.

3.41. Frisa-se que esta Agência, em conjunto com a Ancine, elaborou Nota Técnica analisando os aspectos econômicos e comerciais do SeAC. A versão pública dessa nota encontra-se no SEI nº 1381666 e a versão confidencial no SEI n.º 1388936 .

3.42. Abaixo segue uma visão geral da estrutura de mercado de TV por Assinatura (SeAC) no Brasil:

[...]

3.43. Desagregando os dados por município, em dezembro de 2014, dos 5.576 municípios brasileiros, 5.571 municípios possuíam ao menos um acesso de SeAC. Com relação ao número de prestadoras por município, a quase totalidade dos municípios brasileiros possuíam acessos ativos por parte de mais de um ofertante de SeAC.

[...]

3.44. Com relação ao nível de concentração do mercado de TV por assinatura (SeAC), medido pelo HHI, observa-se no nível nacional um índice de 0,36, o que seria considerado Competitivo. Em nível municipal, a maioria dos municípios possui um nível de concentração moderada, ou seja, um HHI entre 0,44 e 0,8.

[...]

3.45. Comparando a concentração do mercado de TV por assinatura de dez/2014 com o de jan/2012 (antes da Lei do SeAC), percebe-se

uma leve tendência de desconcentração do mercado. O HHI do Brasil era 0,39.

[...]

3.46. Como pode ser observado na Tabela 1 acima, o Grupo Sky detém cerca de 30% do mercado de TV por Assinatura (SeAC) e, portanto, não seria esperado do ponto de vista econômico discriminar as demais prestadoras de TV por Assinatura no acesso ao conteúdo produzido pela Time Warner. Tal conduta teria de ser realizada por tempo suficiente de modo a eliminar as operadoras concorrentes, prática essa quase impossível diante do poder econômico desses grupos.

3.47. E, frise-se, para que se torne lucrativa, seria necessário que os usuários das operadoras concorrentes migrassem para o Grupo Sky, outro fato de difícil concretização diante da nova realidade presente nesse mercado frente a pressão competitiva exercida pelos fornecedores de OTT e os baixos preços cobrados pelos serviços, bem como os efeitos de escala e escopo existentes no setor de telecomunicações.

3.48. Quanto às barreiras a entrada, e demais questões envolvendo as relações de dominância nos elos de programação, acompanhamento e distribuição, cabe uma avaliação mais pormenorizada sobre um dos principais insumos deste mercado, o conteúdo, e sua natureza de essencial facility, o que já foi realizado de forma conjunta na **Nota Técnica Anatel-Ancine**, citada acima.

63. Além dos aspectos já mencionados neste opinativo quanto ao óbice constante do art. 5º da Lei nº 12.485/2011, norma que tem como escopo a garantia do aspecto concorrencial no setor, algumas ponderações devem realizadas quanto à análise concorrencial realizada sob o ponto de vista material pelo corpo técnico da Agência.

64. Pois bem. O corpo técnico da Agência fundamenta sua análise regulatória nos seguintes argumentos: a) a relação entre as atividades de programação do Grupo Time Warner e os serviços de assinatura ofertados pelo Grupo Sky é vertical e, por isso, deve ser analisada levando-se em consideração a pressão dos fornecedores de OTT; b) o efeito concorrencial indesejável que poderia advir poderia ser minimizado pela abertura do mercado de TV por assinatura a novos prestadores, já que seria factível a participação de outras empresas; c) o Grupo Sky detém cerca de 30% do mercado de TV por Assinatura e, por esta razão, não seria esperado, do ponto de vista econômico, que fossem

discriminadas as demais prestadoras de TV por Assinatura no acesso ao conteúdo produzido pela Time Warner.

65. De início, é importante verificar que não houve uma conclusão efetiva de inexistência de prejuízos sob o ponto de vista concorrencial, o que se impõe.

66. Esta Procuradoria não desconhece o crescente aumento dos fornecedores de OTT. Todavia, é pertinente que seja apurado em que medida o crescimento deste mercado poderia dificultar ações prejudiciais sob o ponto de vista concorrencial por parte do grupo econômico que passaria a englobar o Grupo Sky e a Time Warner. Seria importante, neste aspecto, que fossem consignados, dados demonstrativos do crescimento do mercado de OTT nos últimos anos e os impactos no setor, para a devida instrução dos autos e subsídio à análise a ser realizada pelo Conselho Diretor.

67. No tocante à abertura do mercado, que minimizaria “o efeito concorrencial indesejável que poderia advir de uma aproximação na atuação da Time Warner e do Grupo Sky” em razão da possibilidade de aumento da participação de grandes empresas, também são necessários alguns esclarecimentos.

68. Inicialmente, é importante que se esclareça se a abertura do mercado mencionada no Informe decorreu da publicação da Lei do SeAC, ou se é relativa a algum aspecto futuro, a ser ainda implementado.

69. Ademais, o corpo técnico explicita que seria possível que ocorresse o aumento da participação de grandes empresas no mercado, mas, ao apresentar a tabela constante do item 3.42 do Informe, percebe-se que o número de acessos por grupo econômico revela que o Grupo Sky, juntamente com o Grupo Telmex, dominam a maior parte do mercado. Corroborando esta constatação, a Nota Técnica Conjunta relativa aos Aspectos Econômicos e Comerciais do Serviço de Acesso Condicionado, elaborada pela Ancine e pela Anatel ressalta que: a) nos municípios atendidos apenas com DTH, “os grandes grupos tradicionais de telecomunicações, mesmo tendo condições inclusive de ofertar outros serviços de telecomunicações conjuntamente, não conseguiram ao longo do tempo contestar a posição de mercado dos dois maiores grupos”; b) nos municípios atendidos com mais de uma tecnologia, “as operadoras menores, mesmo tendo um bom

desempenho em um grupo pontual de municípios, estão longe de contestar a posição de mercado dos dois principais grupos”.

70. A mesma Nota Técnica conclui que “*com relação à entrada, observou-se que a Lei nº 12.485/2011 de fato abriu o mercado possibilitando a emissão de novas outorgas do serviço, mas que parece não ter sido suficiente para alterar a estrutura de mercado firmada anteriormente à lei*”.

71. Dessa forma, ao que parece, “os efeitos indesejáveis” decorrentes da operação podem não ter sido minorados com a abertura do mercado decorrente do advento da Lei do SeAC, razão pela qual esta Procuradoria recomenda que seja analisado se, no cenário atual, a operação pode acarretar tais efeitos prejudiciais à concorrência no setor.

72. Por fim, quanto à possibilidade de discriminação em detrimento das prestadoras que não integrem o grupo econômico envolvido na operação, ainda que se considere que não houvesse qualquer restrição de conteúdo da Time Warner a operadoras concorrentes do Grupo Sky, parece interessante que sejam avaliados eventuais impactos decorrentes de eventuais benefícios que possam ser atribuídos à Sky, ainda que sem restrição aos concorrentes. Em outras palavras, mesmo que o conteúdo da Time Warner não seja restringido às demais operadoras, é pertinente que se avalie eventuais impactos decorrentes de eventuais benefícios que possam ser atribuídos apenas à Sky, como custos mais baixos para acesso ao conteúdo.

73. Dessa forma, recomenda-se que o corpo técnico da Agência complemente a análise concorrencial realizada nos autos, robustecendo a análise dos impactos no setor de telecomunicações em decorrência da operação apresentada, instruindo os autos a fim de melhor subsidiar a análise a ser realizada pelo Conselho Diretor da Agência e as conclusões a serem encaminhadas ao CADE.

6. DA COMPETÊNCIA DO CONSELHO DIRETOR.

74. Os subsídios a serem encaminhados ao CADE em resposta ao pedido de manifestação desta Agência Reguladora acerca do Ato de Concentração que tramita junto àquela autarquia devem ser aprovados pelo Conselho Diretor, nos termos previstos no art. 133, XLVII do Regimento Interno, que assim determina:

Art. 133. São competências do Conselho Diretor, sem prejuízo de outras previstas na Lei nº 9.472/1997, no Regulamento da Agência e na legislação aplicável:

[...]

XLVII - prestar a assistência e a colaboração que lhe for solicitada pelo CADE, nos termos da lei, e aprovar o repasse de informações e pareceres técnicos relativos à matéria de competência da Agência;

75. Dessa forma, os autos deverão ser encaminhados ao Órgão Máximo da Agência para que este delibere a respeito dos subsídios a serem apresentados, antes de seu encaminhamento ao CADE.

76. No tocante a eventuais providências quanto à observância do art. 5º da Lei do SeAC, estas medidas poderão ser adotadas posteriormente ao encaminhamento dos subsídios ao CADE, como já exposto anteriormente.

7. DA CONFIDENCIALIDADE DOCUMENTAL.

77. Verifica-se que foi proferido o Despacho Decisório nº 8/2017/SEI/CPOE/SCP pelo Superintendente de Competição Substituto conferindo sigilo, em razão de requerimento formulado pela interessada, à petição apresentada pela Sky Serviços de Banda Larga (documento SEI nº 1310281). No Informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP, a confidencialidade dos documentos foi assim justificada:

VI - Do Sigilo

3.52. Por derradeiro, registra-se que o Superintendente de Competição, por meio do Despacho Decisório 8, SEI n.º 1322852, conferiu tratamento sigiloso à petição protocolada sob o SEI n.º 1310281, por conter informações sensíveis do grupo econômico da prestadora, com respaldo no art. 39, parágrafo único, da Lei n.º 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei Geral de Telecomunicações (LGT).

3.53. Acrescente-se, ainda, que foi acostado a este informe a versão confidencial da Nota-Técnica Anatel-Ancine, SEI n.º 1388936, que, também, merece tratamento sigiloso, por conter informações sensíveis de grupos econômicos que tenham outorgas para a prestação de serviços de telecomunicações.

78. Observa-se, assim, que foi observado que a petição protocolada pela Sky conteria informações sensíveis ao grupo econômico da prestadora, razão pela qual, com base na Lei nº 9.472/1997, art.39, parágrafo único, foi conferido caráter restrito a tais documentos, conforme consta no Despacho Ordinatório de SEI nº 1015940.

79. Dessa feita, conclui-se que a concessão do sigilo do mencionado documento foi devidamente motivada.

80. No ponto, cumpre observar que o Informe elaborado pelo corpo técnico da Agência também menciona a anexação da versão confidencial da Nota Técnica Conjunta elaborada pela Anatel e pela Ancine. Não obstante se trate de documento já caracterizado como confidencial, seria importante que fossem adotadas as providências necessárias para conferir o tratamento sigiloso a este documento, inclusive em relação ao próprio Grupo Sky, já que pode conter informações relevantes de outros grupos econômicos que não devam ser de conhecimento daquele grupo.

8. CONCLUSÃO.

81. Por todo o exposto, esta Procuradoria Federal Especializada, órgão de execução da Procuradoria-Geral Federal, vinculada à Advocacia Geral da União – AGU, opina:

Da operação.

a) Pela constatação de que a operação apresentada nos autos implicará na aquisição da totalidade do controle da Time Warner pela AT&T, controladora da Sky Serviços de Banda Larga;

Dos aspectos regulatórios.

Do Regulamento para Apuração de Controle e de Transferência de Controle em Empresas Prestadoras de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 101, de 04 de fevereiro de 1999.

b) Considerando que a implementação da operação não resultará em transferência de controle das empresas do Grupo Sky, seja no exterior, seja no Brasil, não havendo também qualquer transferência de outorga, não há necessidade de anuência prévia da Anatel;

c) No caso de aprovação da operação, a AT&T deterá indiretamente percentual superior a vinte por cento da Sky Brasil e cem por cento da Time Warner e de suas subsidiárias, o que poderia indicar que seriam coligadas. No entanto, a Resolução nº 101/1999 é aplicável às prestadoras de serviços de telecomunicações e, pelo que se depreende do Informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP, a Time Warner não é prestadora de serviços de telecomunicações no Brasil, nem controla prestadoras de serviços de telecomunicações no Brasil - não há no referido Informe qualquer notícia de que essas empresas detenham outorga de SeAC ou de qualquer serviço de telecomunicação;

d) Cumpre destacar que para concluir que não haverá coligação com a concretização da presente operação, esta Procuradoria partiu da premissa de que o Grupo Time Warner, ou seja, as empresas que dele fazem parte não possuem outorga de SeAC, e portanto, não são prestadoras de serviços de telecomunicações. Nesse ponto, esta Procuradoria recomenda que a área técnica consigne expressamente essa premissa nos autos, para fins de instrução processual;

e) Por derradeiro, tal qual consignado pela área técnica no Informe nº 15/2017/SEI/CPOE/SCP, a reconhecida relação vertical entre as atividades de produção e programação de conteúdo do Grupo Time Warner e os serviços de TV por assinatura via satélite prestados pelo Grupo Sky e suas subsidiárias deve ser analisada sob a ótica do art. 5º, da Lei do SeAC;

Da Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, que dispõe sobre comunicação audiovisual de acesso condicionado.

f) Nesse ponto, esta Procuradoria entende que, nos termos explicitados neste opinativo, caso a operação seja concretizada, há indícios de violação ao art. 5º da Lei do SeAC, devendo a Anatel tomar as providências necessárias para garantir que o dispositivo seja cumprido;

Do procedimento a ser adotado pela Anatel.

g) Considerando o exíguo prazo para manifestação da Anatel (tendo a Anatel, inclusive, requerido dilação, dada a necessária tramitação por diversos órgãos na Agência), esta Procuradoria recomenda que, neste momento, a Agência instrua os autos de modo a prestar as informações necessárias para o CADE, podendo, em momento imediatamente posterior, adotar as medidas necessárias para garantir o cumprimento do art. 5º do SeAC;

h) Sobre os indícios de descumprimento ao art. 5º da Lei nº 12.485/2011, não se trata de uma anuência prévia no bojo da qual a Agência irá analisar a questão, mas de regra legal proibitiva que simplesmente deve ser cumprida pelos agentes regulados, de modo que, tal como qualquer regra que eventualmente está em vias de ser descumprida, cabe à Agência, ciente da situação, adotar, de ofício, medidas preventivas para que isso não ocorra. Ou seja, deve a Agência atuar junto aos seus agentes regulados a fim de garantir que não haja ofensa ao art. 5º da Lei do SeAC na eventualidade de concretização da operação;

i) Em suma, a ANATEL deve encaminhar ao CADE as informações solicitadas por meio do referido Ofício nº 1785/2017, sendo plenamente possível que a situação concreta e detalhada a respeito de eventuais providências a serem adotadas em relação ao art. 5º da Lei nº 12.485/2011 seja oportunamente tratada em momento processual subsequente. Com isso, poderá, se for o caso, complementar a instrução dos autos e adotar as medidas necessárias posteriormente ao envio das informações ao CADE;

Dos aspectos Concorrenciais.

j) Ainda que não seja submetida à anuência prévia da Agência, a operação deve ser apreciada sob a ótica concorrencial, no intuito de garantir a competição livre, ampla e justa no setor de telecomunicações, uma vez que a Anatel, conforme os arts. 6º e 7º, §§ 1º e 2º, da Lei Geral de Telecomunicações, tem o dever legal de impedir a concentração econômica nos mercados relevantes e de resguardar a livre concorrência e o direito dos consumidores dos serviços de telecomunicações;

k) Recomenda-se que o corpo técnico da Agência complemente a análise concorrencial realizada nos autos, robustecendo a análise dos impactos no setor de telecomunicações em decorrência da operação apresentada, instruindo os autos a fim de melhor subsidiar a análise a ser realizada pelo Conselho Diretor da Agência e as conclusões a serem encaminhadas ao CADE;

l) Seria importante que fossem consignados dados demonstrativos do crescimento do mercado de OTT nos últimos anos e os impactos no setor, para a devida instrução dos autos e subsídio à análise a ser realizada pelo Conselho Diretor;

m) É importante que se esclareça se a abertura do mercado mencionada no Informe decorreu da publicação da Lei do SeAC, ou se é relativa a algum aspecto futuro, a ser ainda implementado. Ademais, ao que parece, “os efeitos

indesejáveis” decorrentes da operação podem não ter sido minorados com a abertura do mercado decorrente do advento da Lei do SeAC, razão pela qual esta Procuradoria recomenda que seja analisado se, no cenário atual, a operação pode acarretar tais efeitos prejudiciais à concorrência no setor;

n) Mesmo que o conteúdo da Time Warner não seja restringido às demais operadoras, é pertinente que se avalie eventuais impactos decorrentes de eventuais benefícios que possam ser atribuídos apenas à Sky, como custos mais baixos para acesso ao conteúdo;

Da competência do Conselho Diretor.

o) Os subsídios a serem encaminhados ao CADE em resposta ao pedido de manifestação desta Agência Reguladora acerca do Ato de Concentração que tramita junto àquela autarquia devem ser aprovados pelo Conselho Diretor, nos termos previstos no art. 133, XLVII do Regimento Interno, devendo ser encaminhados os autos ao Órgão Máximo da Agência;

Da confidencialidade documental.

p) A concessão do sigilo deferida pelo Despacho Ordinatório de SEI nº 1015940 foi devidamente fundamentada;

q) No ponto, cumpre observar que o Informe elaborado pelo corpo técnico da Agência também menciona a anexação da versão confidencial da Nota Técnica Conjunta elaborada pela Anatel e pela Ancine. Não obstante se trate de documento já caracterizado como confidencial, seria importante que fossem adotadas as providências necessárias para conferir o tratamento sigiloso a este documento, inclusive em relação ao próprio Grupo Sky, já que pode conter informações relevantes de outros grupos econômicos que não devam ser de conhecimento daquele grupo.

82. É o parecer. À consideração superior.¹

Brasília, 4 de maio de 2017.

LUCIANA CHAVES FREIRE FÉLIX
Procuradora Federal
Coordenadora de Procedimentos Regulatórios Adjunta
Matricula Siape nº 1.585.078

PATRICIA FERREIRA DE HOLANDA CAVALCANTI
Procuradora Federal
Matricula Siape nº 1.585.041

DESPACHO N. 00936/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU
NUP: 53500.026491/2016-10
INTERESSADOS: SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA
ASSUNTOS: SOCIEDADE

1. Aprovo o **Parecer nº 302/2017/PFE-ANATEL/PGF/AGU**.
2. Restituam-se os autos à SCP.²

Brasília, 04 de maio de 2017.

PAULO FIRMEZA SOARES
Procurador Federal

1 Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500026491201610 e da chave de acesso fcc72eb. Documento assinado eletronicamente por LUCIANA CHAVES FREIRE FELIX, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 39052310 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LUCIANA CHAVES FREIRE FELIX. Data e Hora: 04-05-2017 18:00. Número de Série: 1162391175095102725. Emissor: AC CAIXA PF v2

2 Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 53500026491201610 e da chave de acesso fcc72ebb. Documento assinado eletronicamente por PAULO FIRMEZA SOARES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 41083136 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): PAULO FIRMEZA SOARES. Data e Hora: 04-05-2017 18:08. Número de Série: 1277741. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO Final v4.

