



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Secretaria de Acompanhamento Econômico

Parecer Técnico nº 198 /COGSE/SEAE/MF

Brasília, 05 de novembro de 2003.

Referência: Ofício nº 136/GAB-MTB/CADE, de 19 de setembro de 2003.

Assunto: Representação nº 08700.004311/2003-13 (relativa ao ato de concentração nº 53.500.002423/2003).

Representante: Associação Neo TV.

Representadas The News Corporation Limited, Hughes Electronics Corporation e Organizações Globo.

Recomendação: deferimento parcial dos pedidos da medida cautelar.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) solicita à SEAE, nos termos do Art. 7º, Inciso IX, da Lei n.º 8.884/94, parecer técnico referente à Representação nº 08700.004311/2003-13, de interesse da Associação Neo TV, da The News Corporation Limited, Hughes Electronics Corporation e Organizações Globo.

1. DAS PARTES

1.1 Da Representante

1. A Associação Neo TV (doravante “Neo TV”), sediada no Estado e na cidade de São Paulo, é constituída por 51 operadoras brasileiras de TV por assinatura e tem como objetivo centralizar a aquisição de programação para essas empresas numa única entidade, como forma de gerar economias de escala e aumentar o poder de barganha das operadoras junto a seus fornecedores de conteúdo.

1.2 Das Representadas

2. The News Corporation Limited (doravante “News Corp”), sediada na cidade de Sydney, na Austrália, atua mundialmente nos setores de comunicação, entretenimento, informática e telecomunicações e tem como maior acionista o Sr. Rupert Murdoch e outros membros de sua família, bem como instituições e fundos a ele pertencentes ou

por ele dirigidos. A News Corp detém participação nas seguintes empresas brasileiras: (i) News DTH do Brasil Comércio e Participações Ltda.; (ii) Sky Brasil Serviços Ltda.; (iii) Fox Film do Brasil Ltda.; (iv) Editora Vida Ltda.; (v) Telecine Programação de Filmes Ltda.; e (vi) Fox Latin America Channel do Brasil Ltda.

3. A Hughes Electronics Corporation (doravante “Hughes”), sediada na cidade de El Segundo, nos Estados Unidos da América, atua mundialmente, a exemplo da News Corp, nos setores de comunicação, entretenimento, informática e telecomunicações, sendo uma subsidiária integral da General Motors Corporation. A Hughes detém participação nas seguintes empresas brasileiras: (i) GLA Brasil Ltda.; (ii) TV Capital Participações Ltda.; (iii) Galaxy Brasil Ltda. (DirecTV Latin America, LLC - DTVLA); (iv) PanAmSat do Brasil Ltda.; (v) Hughes do Brasil Eletrônica e Comunicações S.A.; (vi) Hughes do Brasil Telecomunicações Ltda.

4. As Organizações Globo constituem um conjunto de empresas detidas (direta e indiretamente, de forma integral e parcial) pela *holding* Globo Participações e Comunicações S.A. (doravante “Globopar”), sediada na cidade do Rio de Janeiro. As Organizações Globo atuam (mormente em território nacional) em diversos setores, tais como TV aberta, TV por assinatura (distribuição e programação), radiocomunicação, publicações, música (gravação e produção) e Internet (provimento de acesso e de conteúdo), dentre outros. Dentre as empresas detidas pelas Organizações Globo, encontram-se: (i) TV Globo Ltda.; (ii) Infoglobo Comunicações Ltda.; (iii) Net Serviços de Comunicação S.A.; (iv) Globosat Programadora Ltda.; (v) Sky Brasil Serviços Ltda.;

2. DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR

2.1 Do pedido formulado ao CADE

5. Em 11 de setembro de 2003, a Representante protocolou junto ao CADE pedido de medida cautelar relativo ao ato de concentração nº 53.500.002423/2003, de interesse das empresas News Corp e Hughes, acima apresentadas. Alega a Neo TV, pelas razões que se verá adiante (seção 2.2 - “Da fundamentação do pedido pela Representante”), que o referido ato de concentração teria o condão de distorcer as

relações de concorrência existentes no segmento de TV por assinatura no Brasil. Requer, assim (às folhas 821-822 dos autos), que as Representadas sejam compelidas a:

1) enquanto operadoras de TV's por assinatura, não assinarem contratos de exclusividade com quaisquer programadoras; e

2) enquanto programadoras de TV's por assinatura, oferecer em condições de igualdade a todas operadoras qualquer programa a ser vinculado em TV por assinatura, proibindo-se assinaturas ou condições excludentes, tais como, preços incompatíveis com os praticados pela média de mercado das programadoras, imposição de penetração mínima, obrigações de empacotamento (venda casada) e outras formas que possam impedir ou de alguma maneira limitar a participação de qualquer operadora no mercado de TV por assinatura, atendendo assim os preceitos essenciais da livre concorrência.

Requer-se, ainda, como medida para garantir a concorrencialidade no mercado nacional de TV's por assinatura e conseqüentemente o bem-estar econômico do consumidor que:

3) toda a programação produzida pelas empresas ligadas à NEWS CORP., bem como as ligadas à GLOBO (entende-se GLOBOSAT), dada a estreita relação entre esses maiores grupos de mídia com atuação tanto em serviços de DTH (SKY / DIRECTV), quanto cabo (NET), sejam disponibilizadas no mercado em condições normais de concorrência para que qualquer operadora interessada possa contratar tal programação, prevenindo e coibindo, desde já, o monopólio no mercado nacional de TV's por assinatura.

2.2 Da fundamentação do pedido pela Representante

6. Alega a Representante que o segmento de TV por assinatura brasileiro, já caracterizado por elevada concentração e pela ocorrência de práticas anticompetitivas, tornar-se-á ainda menos concorrencial após o ato de concentração nº 53.500.002423/2003, o qual consiste na aquisição, pela News Corp, de 34% do capital social da Hughes. Argumenta a Neo TV, em sua petição, que tal ato resultará no fim das relações de concorrência entre, de um lado, as empresas Sky Brasil Serviços Ltda. (doravante "Sky", detentora de 18,7% dos assinantes de TV paga no Brasil e controlada pela News Corp, pelas Organizações Globo e pela Liberty Media Corporation) e Net Serviços de Comunicação S.A. (doravante "Net", detentora de 38,3% dos assinantes de TV paga no Brasil e controlada pelas Organizações Globo) e, de outro, a DirecTV Latin

America, LLC (doravante "DirecTV", detentora de 12,5% dos assinantes de TV paga no Brasil e controlada pela Hughes). A operação resultaria, desta forma, no incremento do *market share* detido conjuntamente pelas Organizações Globo e pela News Corp. no mercado brasileiro de TV paga, que passaria de 57% (soma das participações da Sky e da Net) para 69,5% (soma das participações da Sky, da Net e da DirecTV).

7. Tal concentração, no entender da Representante, agravaria as já limitadas condições de competição no segmento de TV por assinatura, no qual se verificaria, atualmente, a ocorrência de práticas restritivas verticais por parte das Organizações Globo, da News Corp e da Hughes. Estas, além de possuírem participação em operadoras de TV por assinatura (Sky, Net e DirecTV), são também fornecedoras de conteúdo (programação), na forma de canais diversos, tais como o Telecine (na realidade, um conjunto de cinco canais de filmes *premium*, i.e., lançados na TV paga antes da TV aberta), a Globonews (canal de notícias), o SporTV (canal de eventos esportivos) e o canal Fox (canal de seriados e produções diversas), dentre outros.

8. Alega a Neo TV que as Representadas aproveitam -se de sua condição de empresas verticalmente integradas (visto que atuam como operadoras e programadoras) para prejudicar seus competidores - no caso, as operadoras associadas à Neo TV. As Representadas recusar-se-iam, assim, a vender às operadoras concorrentes seus respectivos canais - a Globonews, o Telecine, o Multishow, o GNT, o Premiere (Esportes e Shows) e o SporTV, no caso das Organizações Globo, e os canais distribuídos pela Fox Entertainment, no caso da News Corp. A competição no segmento de TV paga restaria, desta forma, prejudicada pela existência de exclusividade na distribuição de determinados canais - especialmente daqueles canais mais demandados pelos assinantes, quais sejam, os canais de filmes premium (como os Telecine) e de eventos esportivos nacionais (como o SporTV). Desta forma, negando a seus concorrentes o acesso aos chamados drivers - i.e., canais com grande atratividade de assinantes -, as Representadas impediriam uma competição isonômica entre as distribuidoras de programação, favorecendo suas respectivas operadoras - Sky, DirecTV e Net. Tal situação, segundo a Representante, seria agravada com o ingresso da News Corp no capital social da Hughes.

9. Por fim, com relação à urgência e ao cabimento da medida cautelar, e em especial a seus requisitos para concessão, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, a representante afirma que os mesmos encontram-se presentes no caso em questão. Segundo a Neo TV, a situação de perigo iminente derivada da operação “Sky/Directv” refere-se à ampliação do poder de monopólio e monopsônio da News Corp., e a conseqüente exclusão dos operadores concorrentes não filiados a Globo no mercado brasileiro de TV por assinatura. Quanto ao *fumus boni iuris*, este baseia-se, principalmente, nas condutas já adotadas pela Globo no mercado brasileiro de TV paga. Com relação ao *periculum in mora*, este encontra-se fundamentado nos potenciais efeitos da operação ora em análise derivados da atuação conjunta da News Corp. e Globo, o que ocasionaria prejuízos à estrutura do mercado em pauta e, conseqüentemente, ao bem-estar econômico dos consumidores.

4. ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO DO PEDIDO

10. Primeiramente, cabe ressaltar que a presente análise desta Secretaria refere-se, apenas, à medida cautelar requerida pela Associação Neo TV, ficando restrita aos seus pedidos. Ressalte-se, ainda, que, haja vista a não efetivação da operação de aquisição de participação acionária na Hughes pela News Corporation até esta data, estando sujeita a diversas condições para sua conclusão, inclusive aprovações dos órgãos antitruste norte-americanos e da *Federal Communication Commission (FCC)*, esta análise também baseia-se apenas nas informações disponíveis até o momento.

11. Assim, antes de verificar se os pedidos referentes à medida cautelar impetrada pela Neo TV guardam pertinência, é necessário que seja esclarecido se a participação acionária da News Corp. na Hughes poderá afetar, sob o ponto de vista estrito da concorrência, as decisões mercadologicamente relevantes da Directv. Em outras palavras, faz-se mister verificar se a News Corp. terá influência dominante ou, ao menos, relevante, na administração da Hughes e, conseqüentemente, da Directv, e se essa influência poderá modificar a estrutura do mercado brasileiro de TV por assinatura.

12. Nesse sentido, as representadas informaram a esta Secretaria, por meio de documento datado de 03 de outubro de 2003, que a Hughes se tornará uma empresa

independente após a operação, e que a participação acionária detida pela News Corp. naquela empresa não concederá qualquer direito especial em sua administração. Continuando, as representadas afirmaram que a News poderá indicar quatro diretores de um total de onze, que não há mecanismos de governança corporativa na documentação da operação ou em outros documentos visando garantir à News um determinado número de representantes no Conselho de Administração da Hughes, e que a News e suas afiliadas não poderão adquirir ações adicionais da Hughes por um ano e, após esse prazo, concordaram em não aumentar sua participação na Hughes para mais de 50%. Com isso, as representadas concluíram que esta operação não modificará a estrutura do mercado brasileiro de TV por assinatura, posto que a Sky Brasil e a Galaxy Brasil permanecerão como empresas separadas e independentes, e não há atualmente qualquer plano para combinar suas operações ou seus negócios.

13. Todavia, na sua extensa apresentação da operação em comento ao órgão regulador norte-americano (*Federal Communications Commission*), as partes envolvidas apresentaram algumas informações relevantes para a análise desta medida cautelar.¹ Logo em seu início, a News Corporation apresenta sua longa expertise no mercado de TV por assinatura em diversas partes do mundo, e ressalta que essa experiência pode ser compartilhada com a Hughes para que esta alcance seu pleno potencial no segmento explorado pela Directv. A News salienta, em uma das partes do texto, que ela trará seu nível de visão estratégica, energia, expertise e capacidade de inovação para a Hughes.

14. Após essa apresentação inicial, as partes descrevem a operação, em texto muito semelhante ao apresentado a esta Secretaria, contudo de forma mais completa. Deste texto, destaca-se que a News Corp., por intermédio de sua subsidiária Fox Entertainment Group, será o maior controlador individual da Hughes, com 34% de suas ações. Além disso, destaca-se que o Conselho de Diretores será composto de 11 membros, dentre os quais seis diretores independentes (não ligados a nenhuma das partes).

¹ Esta apresentação pode ser encontrada nos seguintes websites: http://www.newscorp.com/news/news_190.html ou <http://www.fcc.gov/transaction/news-directv.html>.

15. O fato considerado mais relevante, e não informado no documento apresentado a esta Secretaria, é que o Sr. K. Rupert Murdoch, acionista majoritário da News Corp. e seu Presidente e Chefe Executivo, será o Presidente da Hughes. Além dele, o Sr. Chase Carey, também diretor da News, será um dos diretores da Hughes, e ocupará o cargo de Chefe Executivo. Completam a lista dos quatro representantes da News Corp. na Hughes os Srs. Peter Chernin e Dave Devoe, ambos diretores da News. Assim, nesta apresentação às autoridades norte-americanas, apesar de as partes salientarem que nenhum acionista individual terá o controle da Hughes, pelo motivo de a News Corp. controlar 34% do capital da Hughes e, pelo menos inicialmente, o Sr. Chase Carey ser efetivado como Chefe Executivo da Hughes, o FCC poderia entender que a News passaria a deter o controle de fato da Hughes. Desta forma, frente àquela jurisdição, em sua apresentação da operação, as partes presumiram o controle da News Corp. sobre a Hughes, estritamente para os propósitos da análise a ser efetuada pelo FCC.

16. Tem-se, nesse ponto, duas interpretações distintas para o mesmo caso. Nos Estados Unidos, talvez pelo fato de a News Corp. não participar do mercado de operação de serviços de TV por assinatura, segmento explorado pela Directv, não havendo, portanto, concentração horizontal, ao contrário do que ocorre no Brasil, as partes preferiram considerar a hipótese mais restrita, qual seja, a de controle da Hughes pela News Corp. Vale salientar, neste aspecto, que mesmo não havendo sobreposição horizontal das atividades da News e da Hughes nos Estados Unidos, haverá uma integração vertical, pois a News Corp. distribui programação para as operadoras de TV paga norte americanas. Neste caso, a News apresentou algumas propostas para aprovação da operação versando, resumidamente, sobre a não discriminação de rivais nos dois níveis explorados pelas partes. No Brasil, as partes afirmam que a operação não modificará a estrutura concorrencial do mercado de TV por assinatura, pois tanto a Sky quanto a Directv continuarão operando como empresas distintas. Não houve, até o momento, uma apresentação mais aprofundada por aquelas empresas sobre os possíveis impactos dessa “fusão” para o mercado brasileiro.

17. Contudo, como a discussão deste ato está centrada, neste primeiro momento, no Brasil, no controle ou não da Hughes pela News Corp., há que ser verificado se a participação acionária adquirida por esta última na primeira confere à News influência dominante ou, ao menos, relevante, nas decisões mercadologicamente relevantes da Hughes.

18. Neste sentido, é importante diferenciar os conceitos de controle sob o ponto de vista societário e sob o ponto de vista concorrencial. Segundo o Prof. Calixto Salomão Filho, "...o estudo dos liames societários é todo direcionado no direito concorrencial a verificar a existência de poder de influência nas decisões mercadologicamente relevantes da outra empresa. Fundamental não é um liame que permita controlar os destinos do patrimônio ou dos resultados patrimoniais da atividade realizada, como ocorre quanto a preocupação central é a proteção dos interesses de acionistas e credores. Crucial é o poder de determinar a direção da própria atividade realizada ou, em outras palavras, o poder de *influir sobre o planejamento empresarial da outra empresa*." ²

19. O aspecto mais relevante para o direito concorrencial não é a forma jurídica, mas sim os aspectos econômicos derivados do foco de controle. O direito concorrencial não se preocupa com a sociedade controlada em si, mas apenas com a possibilidade de uma empresa influenciar o comportamento da "controlada" no seu mercado de atuação.

20. Assim, conforme o Prof. Salomão, a expressão "influência dominante" identifica-se, sob o ponto de vista do direito concorrencial, com o poder de influir sobre o planejamento empresarial de outro agente econômico. Para isso, não há a necessidade de controlar todos os órgãos ou decisões de uma empresa, sendo suficiente apenas que haja controle sobre os órgãos os cargos diretamente relacionados à produção e atuação no mercado da empresa. Ainda comentando a mesma obra citada do Prof. Salomão, a influência dominante pode ter origem contratual, e uma das hipóteses levantadas é a de o contrato dar a seu titular o direito de gerir o empreendimento. Outra

² Direito Concorrencial – as estruturas. Calixto Salomão Filho. Malheiro Editores. 2ª Edição. 2002.

hipótese levantada é a de o contrato conferir ao seu titular o direito de eleger membros da administração.

21. Quanto ao conceito de influência relevante, este está ligado, em geral, a focos de controle minoritário ou externo, os quais impliquem um certo grau de interdependência entre as empresas que torne possível e provável que elas ajam em cooperação no seu mercado de atuação.

22. Haja vista todo o exposto neste tópico, considerando-se, principalmente, o documento apresentado pelas representadas para as autoridades regulamentares norte-americanas, apesar de esta Secretaria não dispor de todos os documentos que indiquem os poderes detidos pelos Conselhos Deliberativos da Hughes, há fortes indícios de que a News Corp. obterá influência dominante nas decisões de mercado da Hughes, refletindo diretamente na administração da Directv. Em primeiro, apenas o fato de o Presidente da News Corp., bem como seu diretor, ocuparem dois postos-chave na nova administração da Hughes, já denota a posição de destaque da News Corp. naquela empresa. Ainda que os quatro diretores da News que comporão o Conselho de Diretores da Hughes tenham seus poderes controlados por outros órgãos internos, não é razoável supor que a News Corp. fará um aporte tão grande de recursos, e indicará dois de seus principais executivos para a administração da Hughes, sem influir nas decisões de mercado desta última. Talvez por este motivo as partes desta operação tenham preferido seguir a apresentação ao FCC, considerando a hipótese de controle da Hughes pela News Corp., e até sugerido alguns compromissos para atenuar possíveis efeitos anticoncorrenciais derivados da integração vertical no mercado de TV por assinatura, já reconhecidos por aquela autoridade.

23. Sendo assim, apesar de esta análise centrar-se em informações ainda preliminares do ato de concentração, mas dado os indícios apontados anteriormente, esta Secretaria considera que a participação acionária da News na Hughes permitirá àquela influenciar nas decisões mercadologicamente relevantes desta última.

24. Após a conclusão acima, tem-se que a operação em questão pode afetar o mercado brasileiro de TV por assinatura, tendo em vista que as duas maiores

operadoras de TV paga via satélite (via tecnologia Direct to Home – DTH) estarão sob a mesma influência dominante da News Corp.

25. Considerando o mercado relevante de forma mais restrita, ou seja, apenas as operadoras de TV paga que operam com a tecnologia DTH, as partes teriam uma participação nacional de praticamente 100% (cerca de 94,84%, conforme informação da Neo TV, baseada, segundo a mesma, em dados apresentados pelas requerentes). Todavia, esta Seae entende que o mercado de TV por assinatura compreende todas as operadoras, independentemente da tecnologia utilizada, haja vista que o consumidor as percebe como boas substitutas.

26. Quanto ao aspecto geográfico, esta Seae também entende ser o mesmo local, adstrito ao território de um município, posto que as operadoras de cabo obtêm concessões para esta área de atuação, o que limita a opção de escolha de um consumidor de uma cidade, que não pode substituir o serviço da operadora com concessão para o seu município por outra com concessão para outro município. Este consumidor teria como opção de substituição, apenas, alguma operadora de MMDS (tecnologia via microondas) que detivesse autorização para atuar na sua cidade, ou então uma das operadoras de DTH.³ Nesse mercado mais amplo, considerando todo o território nacional, dada a dificuldade de se determinar a participação de mercado das requerentes para cada um dos municípios brasileiros, essas teriam uma participação de 31,2%, considerando informações prestadas pela Neo TV.

27. Percebe-se que as requerentes, após a operação, deterão parcela substancial do mercado brasileiro de TV por assinatura. Deve-se ressaltar que, dada a característica da dimensão geográfica do mercado relevante definido ser local, e considerando que apenas 495 dos mais de 5.500 municípios brasileiros são servidos por operadoras de cabo e/ou MMDS, as requerentes deterão o quase monopólio em mais de 5.000 municípios do país. Frise-se, contudo, que os 495 municípios servidos por operadoras de cabo e/ou MMDS representam 54,6% do total de domicílios do Brasil. Mesmo assim,

³ Maiores informações sobre esta definição de mercado relevante podem ser encontradas no parecer da Seae nº 192/2003, sobre o PA nº 08012.003048/2001-31.

as requerentes passarão a dominar quase totalmente o mercado de TV por assinatura para 45,4% do total de domicílios do país, número este bastante representativo.⁴

28. Todavia, a Neo TV vai além desses números, sugerindo que a Globopar, dada a sua participação acionária na Sky, sendo sócia da News Corp. nesse empreendimento, também deveria ter incluída sua participação de mercado relativa a Net Serviços juntamente com a participação de mercado das requerentes. Com isso, a News Corp./Directv/Globo passariam a deter, em conjunto, 69,5% do mercado nacional de TV por assinatura.

29. Neste sentido, esta Seae considera, nesta análise inicial, que a Net Serviços não pode ser considerada como parte integrante do grupo News Corp., haja vista que aquela é detida integralmente pelo Grupo Globo. Entretanto, tendo em vista as estreitas relações entre os grupos News e Globo no Brasil, onde os mesmos são sócios na Sky Brasil e nos canais Telecine⁵, poder-se-ia argumentar que há fortes incentivos para a ação coordenada entre as empresas desses grupos. Desse modo, não há como se afirmar que o grupo News, após a presente operação, passará a deter 69,5% do mercado, embora seja possível e razoável inferir que a possibilidade de as empresas Sky, Directv e Net Serviços atuarem em concerto no mercado brasileiro de TV por assinatura foi incrementada em razão desta operação.

30. Considerando esta premissa de elevação da possibilidade de uma colusão entre essas três empresas, vale mencionar o fato de que a Sky Brasil, assim como as operadoras da Net Serviços, fazem parte do sistema Net Brasil, empresa detida pelo grupo Globo, e que funciona como uma espécie de franqueadora no mercado brasileiro de TV por assinatura, adquirindo programação e a repassando para suas "franqueadas". Assim, tanto a Sky quanto a Net Serviços adquirem toda sua programação por meio da Net Brasil, tendo como diferencial o acesso com exclusividade aos canais produzidos pela Globosat. Esta última característica do

⁴ Dados disponíveis no site da Anatel, e utilizados no parecer da Seae mencionado na nota anterior.

⁵ Atualmente, a News Corp. detém 36% do capital social da Sky Brasil, participação esta que será elevada para 49,7% do capital social em breve, segundo informações prestadas pela própria News. Com relação ao Telecine, a News, por intermédio da Fox, detém participação acionária de 12,5% de seu capital social, sendo os outros sócios: a Globosat, com 50%; a Paramount, com 12,5%; a MGM, com 12,5%; e a Universal Studios, com 12,5%.

sistema Net Brasil é, na opinião desta Secretaria, um dos maiores, senão o maior, atrativo às operadoras não “franqueadas” da Net Brasil a aderirem ao seu sistema.

31. A Directv, por sua vez, adquire sua programação diretamente no mercado, não participando, atualmente, nem da Net Brasil nem da Neo TV. Seria racional inferir, do ponto de vista econômico, que após a efetivação desta operação, a Directv passasse a adquirir sua programação para o Brasil da mesma forma que a Sky, realizando economias de escala e, ainda, tendo acesso a canais que antes não poderia transmitir. Sendo assim, é razoável supor que a Directv, estando sob influência direta da News Corp., tenha reais possibilidades de aderir ao sistema Net Brasil, tendo acesso aos canais Globosat, o que aumentaria a atratividade dos seus serviços ofertados para os consumidores no Brasil. Caso essa hipótese se concretizasse, restaria definitivamente configurada a ação coordenada entre as empresas Sky, Directv e Net Serviços, embora não sob a figura de um mesmo grupo econômico.

32. Finalizando este tema, vale ressaltar dois pontos do guia para análise de atos de concentração, adotado pela Seae e pela SDE.⁶ Neste guia, é afirmado que quando existem condutas empresariais que, embora não necessariamente ilegais, restringem a rivalidade das empresas, este fato aumenta as condições para a coordenação de decisões entre empresas. É de conhecimento público que todas as empresas envolvidas nesta operação utilizam-se, largamente, de acordos de exclusividade para distribuição de programação no Brasil. Esta conduta, embora não ilegal *per se*, na opinião desta Secretaria, restringe a rivalidade entre as operadoras de TV por assinatura no Brasil. O domínio das operadoras afiliadas à Net Brasil, que possuem uma participação de mercado de 62% no país⁷, bem como a reduzida competitividade da Tec Sat frente aos seus concorrentes diretos (Sky e Directv), são provas de que essa conduta reduz a rivalidade nesse mercado.⁸ Além desse ponto, o guia também

⁶ Portaria conjunta Seae/SDE n.º 50, de 1º de agosto de 2001.

⁷ Informação prestada em encarte da Globosat distribuído durante o Congresso ABTA 2003, realizado em outubro deste ano em São Paulo, utilizando-se de pesquisa da PTS, base março de 2003.

⁸ A Tec Sat, terceira maior operadora de TV paga em DTH no Brasil, segundo informações disponibilizadas pelas requerentes, possui menos de 5% do mercado brasileiro de TV por assinatura via satélite, e 1,7% considerando todas as tecnologias de distribuição. A Tec Sat não distribui vários canais de TV por assinatura, prejudicada por acordos de exclusividade da Sky e da Directv, o que reduz, sobremaneira, sua atratividade no mercado.

salienta que agrupamentos societários, na medida em que facilitam o intercâmbio de informações, aumentam as condições de supervisão da colusão.

33. Estando configurada a hipótese de atuação em concerto por parte das empresas Sky, Directv e Net Serviços, caracterizando-as como um grupo econômico “de fato”, faz-se necessário discorrer sobre a importância do acesso a conteúdo, em especial os conteúdos-chave (ou “pay TV drivers”), para uma competição saudável do setor de TV por assinatura. No caso específico deste ato de concentração, a aquisição de participação societária na Directv, por parte da News Corp., e as estreitas ligações desta com as Organizações Globo, sugerem o surgimento de um grande comprador de programação no Brasil, detentor de quase 70% do mercado nacional de TV por assinatura. Este “grande comprador” poderia gerar eficiências para o próprio mercado de TV por assinatura, e estas eficiências poderiam, em tese, ser revertidas para o consumidor final. Todavia, esse incremento no “buyer power” da News/Directv/Net poderia, da mesma forma, ser utilizado contra seus concorrentes e, em última instância, contra o consumidor final dos serviços de TV paga.

34. Assim, tendo em vista principalmente o histórico dessas empresas no mercado brasileiro de TV por assinatura, esse elevado poder de barganha poderia ser utilizado por aquele trio de empresas para impor, às programadoras, condições desvantajosas para seus concorrentes no mercado das operadoras de TV paga, tais como acordos de exclusividade, por exemplo. Caso esse “poder de compra” detido pelas requerentes seja, efetivamente, utilizado, o acesso a conteúdo para as empresas independentes (aqui entendido como as não participantes do sistema Net Brasil) seria bastante restringido, o que poderia significar uma perda substancial de competitividade por parte dessas empresas ou, no limite, a sua exclusão do mercado. Vale lembrar, neste ponto, que o conteúdo, ou seja, a programação dos canais distribuídos pelas operadoras de TV por assinatura, é a base dos serviços ofertados por estas empresas, representando a razão de ser deste mercado. Sem acesso à programação diferenciada característica do mercado de TV paga, não haveria sequer este mercado, posto que o mesmo se confundiria com o mercado de TV aberta, de livre acesso à população. Apesar de existirem outros fatores que diferenciam a TV por assinatura da TV aberta, tal como a

qualidade superior de som e imagem da primeira em relação à segunda, o conteúdo segmentado da TV paga representa a principal diferença entre essa e a TV aberta.

35. Além do considerável ganho de “poder de compra” derivado desta operação, as requerentes também adquirirão elevado poder de mercado frente aos consumidores, especialmente nas áreas não cobertas por operadoras de cabo ou MMDS, ou seja, em mais de 5.000 municípios brasileiros, que representam cerca de 45% do total de domicílios do país. Nestas áreas, atendidas apenas por operadoras de DTH (satélite), a News Corp., por meio da Sky e da Directv, controlará cerca de 95% do mercado de TV por assinatura, tendo como uma rival mais distante a Tec Sat, que conta atualmente com menos de 5% desse mercado. Contudo, conforme já ressaltado no início deste parecer, esta análise restringir-se-á apenas aos efeitos da presente operação no mercado de aquisição de programação, matéria atinente à medida cautelar solicitada pela Neo TV.

36. Conforme já comentado neste parecer, o acesso ao conteúdo é fundamental para a atividade desempenhada pelas operadoras de TV por assinatura. Possuir uma diversidade de canais para oferecê-los ao seu assinante é ponto chave para a sobrevivência das diversas operadoras de televisão por assinatura. Justamente pela importância da diversidade, ofertar canais especializados em diversas temáticas, como esportes, filmes, jornalismo, variedades, infantis, etc., torna mais atrativa determinada operadora para os assinantes atuais e potenciais. Sendo assim, torna-se necessário que uma operadora de TV paga possua acesso a canais de gêneros diversos, principalmente a canais temáticos chaves para o processo de escolha dos assinantes entre uma ou outra operadora, como canais de filmes e de esportes.⁹ A competitividade de uma operadora que não possua um canal de determinado gênero, que tenha o condão de atrair consumidores, fica enfraquecida perante uma operadora que tenha acesso a esses canais.

⁹ O *Federal Trade Commission*, órgão antitruste dos Estados Unidos, em análise sobre a fusão entre a *Time Warner* e a *Turner Broadcasting*, em 1996, reconheceu a importância de alguns canais para as operadoras reterem seus assinantes ou expandirem suas bases. Esses canais são conhecidos como “*Marquee Networks*”, e foram citados, no caso americano, os canais HBO (filmes), CNN (jornalístico), *Disney Channel* (infantil) e ESPN (esportivo) como integrantes desse grupo de canais fundamentais. Fonte: “*The Antitrust Revolution*”, Kwoka, J. and L. White, eds. (1994). Third edition. New York: Oxford University Press, Case 19: Time Warner – Turner (1996), pg. 461.

4.1. Jurisprudência internacional sobre defesa da concorrência no mercado de TV por assinatura

37. O acesso a conteúdo é apontado pelas principais agências antitruste internacionais como uma das principais barreiras à entrada no mercado de TV por assinatura, pois essas operadoras necessitam de programação que diferencie seus serviços da TV aberta e, conseqüentemente, atraiam um número adequado de assinantes que justifiquem economicamente seus negócios. Esta posição já foi defendida pela Comissão Européia em diversos casos de mídia, continuando válida ainda hoje, e também pelo Federal Trade Commission no caso Time Warner / Turner Broadcasting.¹⁰

38. Se o acesso a conteúdo é fundamental para as operadoras prestarem seus serviços, mais relevante ainda é o acesso aos conteúdos considerados “direcionadores” de assinaturas, conhecidos na literatura especializada como “pay TV drivers”. Dois gêneros de programação se destacam como “Pay TV drivers”: filmes “premium” (lançamentos) e esportes (principalmente futebol, para a maioria dos países). A relevância dos gêneros filmes e esportes, confirmada por todos os participantes do mercado brasileiro de TV por assinatura consultados por esta Seae em análises anteriores sobre este mesmo mercado, e por diversas pesquisas de opinião já analisadas por esta Secretaria, também é reconhecida por outros órgãos antitruste internacionais, como o FTC e a Direção de Concorrência da Comissão Européia. Quanto a esta última, diversas decisões sobre o mercado de TV por assinatura, bem como alguns trabalhos sobre o assunto, apontaram filmes e esportes como fundamentais para a manutenção da competitividade das operadoras nesse segmento,

¹⁰ Na Europa, citamos os seguintes exemplos: Case n.º COMP/JV.37 – B Sky B / Kirch Pay TV, de 21/03/2000; Case n.º COMP/M.2483 – Canal+ / RTL / GJCD / JV, de 13/11/2001; Case n.º COMP/M.2876 – Newscorp/Telepiu, de 02/04/2003; Case n.º COMP/M.2845 – Sogecable/CanalSatelite Digital/Via Digital, de 14/08/2002; e decisão do Tribunal de Defesa de La Competencia da Espanha sobre este último caso, em 11/11/2002 (todos esses pareceres estão disponíveis pela Internet).

definindo-os como “pay-TV drivers”. Quanto ao FTC, a tese dos “canais essenciais” também já foi apresentada em casos recentes, como veremos a seguir.

39. Com relação à experiência da Comissão Europeia, a definição dos segmentos filmes e esportes como “pay TV drivers”, ou seja, orientadores da escolha de determinada operadora pelo consumidor, já está consolidada. Apenas como exemplo, citamos os dois casos mais recentes no mercado de TV por assinatura analisados por essa agência, quais sejam, Telepiú / News Corp. e Sogecable / Via Digital.

40. No primeiro caso, ocorrido na Itália, cuja decisão pela Comissão Europeia data de 02/04/2003, consta do parecer que “...Em particular, direitos a filmes “premium” recentes e a maioria dos eventos de futebol regulares, do qual os times nacionais participam (por exemplo, a liga italiana), tendem a ser adquiridos em uma base exclusiva por operadoras de TV paga, e constituem o fator essencial (os “drivers”) que direcionam os consumidores a assinarem um determinado canal ou plataforma (operadora) de TV paga.”¹¹ No segundo caso, ocorrido na Espanha e decidido em última instância pela autoridade antitruste espanhola, em novembro de 2002, após consulta à Comissão Europeia, foi ratificada a idéia citada anteriormente, ou seja, filmes “premium” e esportes (em especial futebol) são fundamentais para a atração de assinantes para as operadoras de TV por assinatura.¹²

41. Além desses casos, há uma série enorme de textos publicados por autores europeus sobre o tema, e todos sinalizam a relevância dos segmentos filmes “premium” e esportes (em especial, futebol) para o mercado de TV por assinatura. Dentre os mais relevantes, todos disponíveis na Internet, destacamos os seguintes: “Sports and

¹¹ Tradução livre o seguinte trecho, constante do parágrafo 54 do referido parecer, que se encontra disponível no site da Comissão Europeia: “In particular, rights to recent premium films and most regular football events where national teams participate (namely the Italian league) tend to be acquired on an exclusive basis by pay-TV operators and constitute the essential factor (the “drivers”) that leads consumers to subscribe to a particular pay-TV channel / platform.”.

¹² O *Tribunal de Defensa de la Competencia*, no item 5.3.1. de seu informe sobre a fusão entre a Sogecable e a Via Digital, afirmou, *in verbis*, “Las televisiones de pago deben ofrecer a los telespectadores una programación atractiva y variada para lograr que éstos estén dispuestos a suscribirse y pagar la cuota de abono correspondiente. Esta circunstancia obliga a las televisiones de pago a ofertar un número de canales amplio y diverso, así como a adquirir derechos de retransmisión de contenidos que el espectador español considere especialmente atractivos, como son los acontecimientos deportivos y el cine de estreno. Estos contenidos *premium* actúan de “gancho” de la televisión de pago.”

Competition: Broadcasting Rights of Sports Events”, (26/02/2002) de Alexander Schaub; “Vertical and horizontal integration in the media sector and EU competition law” (07/04/2003) e “Recent Consolidation in the European pay-TV sector” (publicado na Competition Policy Newsletter n.º 2 – summer 2003), ambos de Miguel Mendes Pereira; e “Algunas consideraciones sobre el derecho de la competencia y la retransmisión de acontecimientos deportivos”, de Luis Berenguer Fuster.¹³

42. Além da vasta experiência europeia em questões antitrustes no mercado de mídia e, mais especificamente, no mercado de televisão por assinatura, vale também mencionar experiência recente do Federal Trade Commission (FTC) na fusão da Time Warner e da Turner Broadcasting. Em sua decisão, que aprovou a fusão com restrições, incluindo algumas referentes ao mercado de programação, o FTC ressaltou a importância de determinados canais para o sucesso das operadoras de TV paga. Dentre esses canais, citou nominalmente o HBO e o ESPN, que representam, respectivamente, um canal de filmes “premium” e um canal de esportes, canais estes entre os mais relevantes do mercado norte-americano de TV por assinatura.

43. Atualmente, as operações e condutas relacionadas aos mercados de mídia vêm ganhando destaque nas diversas agências antitruste em todo o mundo. Em maio deste ano, foi realizada uma mesa-redonda sobre fusões em mídia (roundtable on media mergers), na sede da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), em Paris, na qual diversos países membros, além de outros convidados, expuseram suas experiências nesse campo. O mercado de TV por assinatura foi um dos destaques das apresentações, haja vista o número crescente de operações e acusações de condutas anticompetitivas nesse setor em todo o mundo.

44. Com relação a esse mercado, a delegação da Comissão Europeia comentou a recente consolidação que o setor vem experimentando, naquele continente, nos últimos anos, com destaque para as operações já comentadas neste parecer. Além da Comissão Europeia, vários países também apresentaram suas experiências em

¹³ Para mais textos sobre questões antitrustes no mercado de TV por assinatura, ver documento elaborado pela Direção Geral de Concorrência da Comissão Europeia, denominada “*EU Competition Policy in the Media Sector – Commission Decisions – Compilation 2002*”, disponível no seu site.

análises antitruste no mercado de TV por assinatura, dentre eles a Austrália, sobre a qual vale um breve comentário.

45. A agência antitruste australiana (ACCC)¹⁴, analisando um acordo entre a Foxtel e a Optus, respectivamente, a primeira e a terceira maior operadoras de TV por assinatura do país, objetivando principalmente o compartilhamento de seus conteúdos, em especial esportes e filmes, concluiu que o mesmo seria prejudicial à concorrência em alguns mercados. As principais preocupações da agência residiam nos mercados de aquisição de conteúdo e de prestação de serviços de TV por assinatura, além do possível impacto negativo na possibilidade de escolha dos consumidores. A avaliação deste acordo pela autoridade antitruste australiana, a qual guarda bastante semelhança com análises efetuadas pela Comissão Européia e pelas agências antitruste norte-americanas (FTC e DOJ), tem como destaque a utilização de algumas teorias para explicar as preocupações de ordem concorrencial levantadas.

46. Dentre as teorias utilizadas pela autoridade antitruste australiana, destacam-se as seguintes: “first mover advantages”, “downward spirals” e “virtuous circles”. Em resumo, essas três teorias foram utilizadas para explicar o fato de que um número expressivo de assinantes (elevado market share) confere a uma operadora uma importante vantagem para negociar conteúdo exclusivo, tendo em vista um maior poder de barganha. De posse desse conteúdo exclusivo, essa operadora tem uma maior probabilidade de captar mais assinantes para a sua rede, formando, assim, um “círculo virtuoso”. Um mercado com essas características, na opinião da ACCC, favoreceria cada vez mais a firma dominante, em detrimento do desenvolvimento do seu mercado de atuação.

47. Ainda segundo essa agência, existe uma forte conexão entre participação de mercado e habilidade em adquirir boa programação. Isto porque, se uma operadora consegue assegurar o direito de distribuir conteúdo “premium”, ela ganha capacidade para atrair um número maior de assinantes. A ACCC, da mesma forma que outras agências internacionais antitruste, também considera esportes e filmes como

¹⁴ Australian Competition and Consumer Commission (ACCC).

programação-chave para atrair assinantes. Considera, ainda, que o desenvolvimento da competição no mercado de TV por assinatura, assim como em outros mercados de telecomunicação, tem sido impedido pelo controle do conteúdo para TV paga. Por fim, a ACCC afirmou que se preocupa, particularmente, com o uso de contratos de exclusividade ou mesmo integração vertical no mercado de programação com o intuito de impedir a competição no mercado à jusante (downstream), qual seja, o explorado pelas operadoras de TV paga, pela recusa em comercializar programação-chave para TV por assinatura com novos entrantes, programação esta necessária para viabilizar sua entrada no mercado.^{15,16}

5. CONCLUSÃO

5.1. Da aplicabilidade da Medida Cautelar

48. A medida cautelar, em sentido amplo, pode ser entendida como todo e qualquer ato intentado para prevenir, conservar, ou defender direitos. Na técnica processual, as medidas cautelares tomam a designação de processos acessórios, por que não constituem ação autônoma, mas atos preventivos, preparatórios ou incidentais de ação principal.

5.2 Dos requisitos essenciais da tutela cautelar:

¹⁵ Informações relativas ao processo Foxtel/Optus retirados do site da ACCC (www.accc.gov.au) e também da contribuição escrita da delegação australiana para a “Roundtable on media mergers” realizada em maio deste ano, na sede da OCDE, em Paris -França.

¹⁶ Na contribuição para a *Roundtable* retromencionada, a ACCC afirmou, in verbis, que “*The Commission has recognised the implications of the creation of a virtuous circle in its consideration of a number of matters related to the pay TV industry. The acquisition of a significant market share (i.e. subscribers) can deliver a significant competitive advantage to a pay TV operator when negotiating for supply of programming – not only in relation to the terms and conditions applying to the acquisition/supply but such that content suppliers may be prepared to grant exclusive rights to a significantly large or dominant operator. Sometimes a premium may apply to the grant of exclusivity, but on other occasions the supplier may simply be prepared to grant exclusivity or otherwise chooses not to supply the smaller competitors in order to avoid the transactions costs and resourcing requirements associated with administering smaller contracts. The Commission has particular concerns about the use of exclusive contracts or vertical integrations in programming to hinder or foreclose competition in downstream pay TV markets by denying access to the key pay TV programming which a new entrant needs in order to viably enter the market or related markets...The Productivity Commission considers that the development of competition in the pay TV market and in some telecommunications markets has been hindered by the control of pay TV content...There is a strong link between market share and the ability to acquire good programming. If a pay TV operator is able to secure the rights to distribute premium content, it gains the capability to attract a large number of subscribers to its pay TV service. Sports and movie channels are generally recognised as the drivers of pay TV subscriptions in Australia.*”

49. Os requisitos para alcançar a concessão de providência de natureza cautelar em uma operação submetida à aprovação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) são, basicamente, dois: (i) um dano potencial, derivado do risco de que a análise da operação e sua possível reprovação, em razão do *periculum in mora*, não seja útil para proteger a coletividade dos danos causados por essa, risco este que deve ser objetivamente apurável; e (ii) a plausibilidade do dano efetivo invocado por quem pretenda a segurança, ou seja, o *fumus boni iuris*. Assim, para a concessão de instrumento acautelatório, torna-se indispensável a presença dos referidos requisitos, conjuntamente.

5.2.1. Do *fumus boni iuris*

50. O *fumus boni iuris*, expressão que significa que o alegado direito é plausível (fumaça de bom direito), no âmbito antitruste, caracteriza-se por indícios de possibilidade de que eventuais práticas em um mercado específico causem limitação ou sérios prejuízos à livre concorrência, ou resultem em posição dominante de mercado relevante de bens ou serviços.

51. Quanto à operação em questão, toda a experiência acumulada por esta Secretaria em atos de concentração e processos administrativos envolvendo o mercado de TV por assinatura¹⁷, aliada à vasta experiência internacional nesse segmento, indicam uma considerável possibilidade de o presente ato de concentração vir a afetar negativamente a competição no mercado brasileiro de TV por assinatura. Esta preocupação, por sua vez, decorre do fato de tanto a Sky quanto a Directv, além da Net Serviços, distribuírem diversos canais, alguns deles “pay TV drivers”, com exclusividade total ou por tecnologia. A Sky e a Net Serviços contam, por exemplo, com os canais Globosat (com destaque para os canais SporTV, Globonews e Telecine), enquanto a Directv distribui com exclusividade, em DTH, dentre outros, os canais HBO. Além disso, a News Corp. atua como programadora, por intermédio do Fox Entertainment Group., distribuindo no Brasil, com exclusividade em DTH, seus canais Fox e National

¹⁷ Ver, em especial, os seguintes pareceres: pareceres Seae n.º 138 e 139/2002, relativos aos atos de concentração n.º 08012..005865/2000-43 e 08012.005864/2000-07, envolvendo as empresas Globosat, ESPN Brasil, ESPN

Geographic para a Sky. As Organizações Globo, por meio da Globosat, também atuam como programadora. Vê-se, assim, que esses dois grupos atuam tanto no mercado de distribuição de programação (upstream) quanto no mercado de operação dos serviços de TV por assinatura (downstream), e ambos restringem o acesso aos seus canais a seus concorrentes.

52. Com a efetivação da presente operação, a possível atuação em conjunto das operadoras Sky, Directv e Net Serviços, e a conseqüente elevação do poder de barganha delas frente às programadoras, esses acordos de exclusividade tendem a se tornar mais freqüentes e mais exclusionários. Como estas empresas detêm, atualmente, cerca de 70% de um mercado ainda limitado em número de assinantes (3,5 milhões em todo o país), este ato de concentração pode concentrar um poder de compra tal nessas empresas que seus concorrentes ficariam em clara desvantagem na busca por seus insumos básicos. Este possível e provável aumento do custo dos rivais das requerentes, por sua vez, pode resultar em perdas para o consumidor final, que teria reduzido suas opções de substituição dos serviços daquelas empresas, podendo refletir-se, inclusive, em elevações de preços acima do nível competitivo.

53. Sendo assim, esta Secretaria entende serem pertinentes as preocupações suscitadas pela Neo TV em sua representação. Conforme já relatado neste parecer, tanto a experiência desta Seae quanto a experiência internacional sobre defesa da concorrência no mercado de TV por assinatura indicam uma forte possibilidade de aquisição de participação acionária na Hughes, por parte da News Corp., impactar negativamente o funcionamento desse mercado no Brasil. Reforçam esta possibilidade o histórico de conduta concorrencial das empresas envolvidas nesta operação, bem como o próprio documento elaborado pela News Corp. para apresentação da operação ao FCC, nos Estados Unidos. Vale ressaltar que neste documento a News e a Hughes (Directv) se comprometem, como condição para a aprovação da operação naquele país, a não discriminar seus rivais tanto no mercado de distribuição de programação quanto no mercado de operação de serviços de TV por assinatura. Em resumo, esses

International e Fox Sports; e o parecer Seae n.º 192/2003, relativo ao processo administrativo n.º 08012.003048/2001-31, envolvendo a Neo TV, a Globosat e a Globopar.

comprometimentos oferecidos pelas partes, com o intuito de reduzir possíveis efeitos anticoncorrenciais derivados da integração vertical, referem-se à oferta, em condições não discriminatórias, dos canais pertencentes à News Corp. e outras programadoras “afiliadas” (como a Liberty Media) a qualquer operadora interessada em distribuí-los; e também a não discriminação contra programadoras concorrentes que queiram distribuir seus canais através da Directv (no caso dos Estados Unidos). Dessa forma, verifica-se a presença do requisito do *fumus boni iuris* no presente caso.

5.2.2 Do *periculum in mora*

54. O requisito do *periculum in mora* relaciona-se ao temor de que o tempo de análise no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência possa causar danos irreparáveis à livre concorrência e, conseqüentemente, à ordem econômica. Esse dano corresponde, assim, a uma alteração na situação de fato existente ao tempo da transação da operação. Para a devida caracterização do *periculum in mora*, esse perigo de dano à concorrência deve ser fundado em uma situação objetiva, passível de demonstração por meio de algum fato concreto, e também é necessário que haja perigo de dano próximo ou iminente, ou seja, que se relacione com um dano que tenha a probabilidade de ocorrer ainda durante o curso da análise da operação.

55. Quanto a este requisito, esta Secretaria entende que a medida cautelar solicitada pela Neo TV, embora pertinente, ultrapassa os limites do ato de concentração entre a News Corp. e a Hughes. Esta conclusão baseia-se no fato de que os canais distribuídos com exclusividade pela Sky e pela Directv, no Brasil, referem-se a contratos assinados antes da presente operação, não guardando relação com esta.

56. Assim, não há que se falar em *periculum in mora* para os contratos de exclusividade anteriores ao ato de concentração. Isto porque não há como definir perigo de dano de difícil reparação, em razão de demora da decisão, para um fato anterior à operação e que, portanto, não deriva desta.

57. Todavia, por todas as razões já expostas neste parecer, novos contratos de exclusividade de distribuição de canais, além dos já existentes, podem distorcer ainda

mais a competição no mercado brasileiro de TV por assinatura. Este fato tem o condão de gerar um efeito potencialmente prejudicial à competição no setor, sobretudo na medida em que se considera a elevada concentração desse mercado. Assim, para os contratos de exclusividade que possam vir a ser firmados após o anúncio do presente ato de concentração, o requisito do *periculum in mora* encontra-se presente.

6. DA RECOMENDAÇÃO

58. Vale ressaltar que a distribuição de programação com exclusividade não pode ser considerada *per se* danosa à concorrência, mas sim a sua utilização de forma generalizada, com o intuito de aumentar o custo dos rivais e, assim, expulsá-los do mercado ou limitar sua capacidade competitiva. Em última instância, esta Seae posiciona-se contrariamente à utilização de cláusulas de exclusividade que visem à dominação de mercado ou, ainda, que reflitam um abuso de posição dominante. Por fim, ressalte-se mais uma vez que a posição desta Secretaria, traduzida neste parecer, resume-se apenas ao pedido formulado pela Neo TV em relação à medida cautelar. Assim, os contratos de exclusividade para distribuição de programação da Sky e da Directv anteriores à operação, apesar de isentados na presente análise, podem ser objeto de nova análise na decisão final do ato de concentração.

59. Tendo em vista todo o exposto neste parecer, esta Seae recomenda o conhecimento parcial da medida cautelar interposta pela Associação Neo TV, no sentido de impedir que tanto a News Corp. por intermédio da Sky Brasil, quanto a Hughes, por meio da Directv, bem como qualquer outra empresa integrante dos seus grupos econômicos, assinem novos contratos de distribuição de programação (exceto renovações relativas a contratos pré-existentes), com cláusulas de exclusividade para o Brasil, até a decisão final do ato de concentração entre essas empresas pelo CADE.

À consideração superior

THIAGO VEIGA MARZAGÃO

Assistente Técnico

MÁRIO SÉRGIO ROCHA GORDILHO JÚNIOR

Coordenador de Mídia e Convergência Digital

MARCELO DE MATOS RAMOS

Coordenador-Geral de Comércio e Serviços

De acordo.

LUIS FERNANDO RIGATO VASCONCELLOS

Secretário-Adjunto

JOSÉ TAVARES DE ARAUJO JUNIOR

Secretário de Acompanhamento Econômico