

12 de maio de 2009

Fiscalização Antitruste Agressiva: O que as Empresas Devem Esperar das Políticas Anunciadas Recentemente pelo Governo Obama

O governo Obama anunciou seu roteiro inicial para uma fiscalização antitruste mais agressiva. Em um discurso feito ontem, Christine A. Varney, diretora da divisão antitruste do Departamento de Justiça, anunciou que as iniciativas eram consistentes com as promessas, feitas durante suas audiências de confirmação, de promoção da fiscalização civil antitruste e de “reajustar as teorias legais e econômicas na análise e fiscalização antitruste”. O que isto significa para o cumprimento das leis antitruste pelas corporações sob o governo Obama? O discurso de Varney identificou várias áreas nas quais as empresas podem esperar uma maior fiscalização:

Fiscalização Vigorosa da Conduta de uma Única Empresa Segundo a Seção 2.

Durante o governo Bush, o Departamento de Justiça não moveu nenhuma ação contra uma empresa dominante sob alegação de violação da Seção 2 da Lei Sherman. Varney anunciou que a Divisão Antitruste “mudará de curso e adotará uma nova direção” em relação à fiscalização da Seção 2. Varney retirou um relatório controverso sobre a Seção 2 emitido pelo governo Bush em setembro de 2008, alegando preocupações de que o relatório “perde de vista a meta final das leis antitruste –a proteção do bem-estar do consumidor” e “defende uma hesitação extrema diante dos abusos potenciais de empresas monopolistas”. Varney rejeitou expressamente a conclusão do relatório, de que a conduta provavelmente só deve ser considerada anticompetitiva quando atender ao chamado “teste de desproporcionalidade” e resultar em dano à concorrência que supere substancialmente os benefícios pró-competitivos. Varney criticou esta abordagem, declarando que “na prática coloca uma camisa de força nos fiscais antitruste e nos tribunais ao lidarem com abusos monopolistas, permitindo assim que todas as condutas, exceto as mais ousadas e predatórias, passem impunes ou desimpedidas”. Varney defendeu um “retorno aos princípios fundamentais da fiscalização antitruste” no que se refere à avaliação da conduta de uma única empresa. Varney não propôs o uso de algum teste específico para avaliar as questões da Seção 2, mas citou vários casos— incluindo as decisões da Suprema Corte em *Lorain Journal v. United States*, 342 U.S. 143 (1951) e *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985), assim como as recentes decisões em apelações em *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) (en banc); *Conwood Co. v. United States Tobacco Co.*, 290 F.3d 768 (6th Cir. 2002), e *United States v. Denstply International, Inc.*, 399 F.3d 181 (3rd Cir. 2005)—como fortes exemplos de contestações bem-sucedidas de conduta excludente que a Divisão Antitruste analisará ao determinar se a conduta de uma empresa dominante prejudica a concorrência e os consumidores.

Continuidade da Ênfase na Fiscalização Criminal com um Foco nas Atividades de Cartel e Fraude em Aquisição.

Varney elogiou o sucesso sem precedente nos últimos anos da Divisão Antitruste na fiscalização de cartéis internacionais e domésticos, e indicou que a Divisão Antitruste prosseguirá em seus esforços agressivos para detectar e processar a atividade de cartel. Ela indicou que, além de suas atividades tradicionais de fiscalização de cartéis, a Divisão Antitruste está visando a conduta anticompetitiva potencial relacionada aos processos públicos de aquisição —“Nós estamos especialmente preocupados com a possibilidade da recente injeção de vastas somas de fundos federais em setores em dificuldades, assim como o dinheiro e estímulo para os governos federal, estaduais e locais, possa levar a um maior conluio e atividade fraudulenta”. Para combater esse risco, Varney anunciou que o programa Iniciativa de

Recuperação da Divisão Antitruste foi lançado para auxiliar as agências que lidam com os fundos federais de recuperação econômica na prevenção e detecção de fraude e abusos nos processos de aquisição pública.

Fiscalização Expandida de Fusão e Não Fusão e Ajuste da Análise Econômica da Divisão.

Além da maior fiscalização da Seção 2, Varney anunciou que a Divisão Antitruste promoverá outros tipos de investigações de fusões e não-fusões, com uma ênfase em particular na (1) exploração das teorias verticais de dano e (2) avaliação de questões relacionadas à concorrência envolvidas em mercados de alta tecnologia e baseados em Internet. Varney também indicou que, apesar da manutenção da análise econômica rigorosa na base da política antitruste da Divisão, ela vê uma necessidade de ajustar a análise econômica da Divisão ao princípio central de que a concorrência no mercado é a melhor forma de assegurar que os consumidores tenham acesso aos melhores produtos aos preços mais baixos.

Sustentando cada uma destas iniciativas específicas está a promessa do governo Obama de que a vigorosa fiscalização antitruste exercerá um papel importante na resposta do governo à atual crise econômica. Varney citou “fiscalização antitruste inadequada” como um dos fatores que contribuíram para as atuais condições econômicas do país e rejeitou expressamente a noção de que os fiscais antitruste devem permitir que os mercados se “autopoliciem” e “autocorrijam”. Portanto, apesar de ainda ser necessário verificar como as iniciativas de fiscalização propostas afetarão nos casos específicos e tribunais, as empresas devem se preparar para uma maior atuação dos fiscais antitruste sob o governo Obama.

Se tiver alguma pergunta sobre o artigo acima, por favor entre em contato com um dos advogados listados abaixo:

[Kathleen Beasley](#)

214.651.5697

kathleen.beasley@haynesboone.com

[Ron Breaux](#)

214.651.5688

ron.breaux@haynesboone.com

[David McAtee](#)

214.651.5374

david.mcatee@haynesboone.com

[Barry McNeil](#)

214.651.5580

barry.mcneil@haynesboone.com

[Bill Morrison](#)

214.651.5018

bill.morrison@haynesboone.com

[James Wade](#)

202.654.4543

jim.wade@haynesboone.com

[Lawrence Gaydos](#)

214.651.5622

larry.gaydos@haynesboone.com

[Jacqueline Shipchandler](#)

214.651.5556

jacqueline.shipchandler@haynesboone.com

[Alison Smith](#)

713.547.2673

alison.smith@haynesboone.com