

GUN JUMPING, CONTROLE PRÉVIO DE ESTRUTURAS E O CADE

1

AMANDA ATHAYDE LINHARES MARTINS

Mestranda em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Intercambista da Universidade de Paris I – Panthéon Sorbonne em 2009-2010. Graduada em Administração com habilitação em Comércio Exterior pelo Centro Universitário UNA. Ex-coordenadora de processos administrativos nos setores de serviços e infraestrutura na Secretaria de Direito Econômico (SDE-MJ).

ÁREA DO DIREITO: Financeiro e Econômico

RESUMO: A Lei 12.529/2011 alterou a dinâmica de apresentação dos atos de concentração no Brasil, ao exigir a notificação *prévia* dos atos de concentração. Anteriormente, sob a égide da Lei 8.884/1994, existia um sistema de controle *posterior* de estruturas, em que as empresas submetiam o negócio jurídico à análise da autoridade concorrencial apenas após a sua consumação. A partir de 29.05.2012, porém, o art. 88, §§ 2.º e 3.º, da Lei 12.529/2011, entrou em vigor para exigir que o controle dos atos de concentração no Brasil seja *prévio* e que as operações não possam ser consumadas antes de apreciadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Essa alteração legislativa trouxe consigo um novo desafio para o Cade, que é delinear, em casos concretos, os limites entre um processo de concentração econômica legítimo e uma prática ilegal de *Gun Jumping*. Nesse contexto, o presente artigo visa a analisar essa suposta conduta anticompetitiva praticada em sede de controle de es-

ABSTRACT: The Law 12.529/2011 changed the dynamics of presentation of merger reviews in Brazil, by requiring *previous* notification. Previously, under the aegis of the Law 8.884/1994, there was an *ex post* system of merger reviews, in which the enterprises subjected the legal deals to analysis from competitive authority only after consummation. From May 29th, 2012, however, Article 88, §§ 2 and 3, of this Law 12.529/2011 took effect to require that the control of merger reviews in Brazil is *previous* and that operations cannot be consummated before analyzed by the Administrative Council for Economic Defense (Cade). This legislative change has brought a new challenge to Cade, which is to outline, in concrete cases, the limits between a legitimate process of economic concentration and an illegal practice of *Gun Jumping*. In this context, this article aims to analyze this possible anticompetitive conduct practiced in merger reviews, due mainly to the improper exchange of information between

estruturas, decorrente, sobretudo, da troca indevida de informações e/ou da integração prematura entre as empresas em processo de concentração econômica. Para tanto, inicialmente faz-se uma breve exposição sobre a teoria e a prática do *Gun Jumping* na experiência internacional, tanto norte-americana, quanto em outras jurisdições (Bélgica, Canadá, Espanha, Grécia, Israel, Holanda, República Tcheca, Rússia, União Europeia). Em seguida, são propostos critérios para uma análise de *Gun Jumping* pelo Cade, considerando as preocupações com a manutenção do nível de concorrência durante o controle prévio de estruturas. A proposição consiste em lista não exaustiva de itens passíveis de gerar – ou não – preocupação concorrencial, relativamente a (a) cláusulas do acordo de concentração econômica, (b) atividades realizadas pelas partes em processo de concentração econômica e (c) troca de informações entre essas partes. Desse modo, com o presente artigo espera-se contribuir para a promoção de maior segurança jurídica às partes em processo de concentração econômica, por meio da sugestão de critérios para se considerar ilegal ou não uma suposta prática de *Gun Jumping*.

PALAVRAS-CHAVE: Notificação prévia de atos de concentração – Conduta anticompetitiva – Lei 12.529/2011 – *Gun Jumping*.

enterprises and/or beneficial ownership. For this, it is initially presented a brief statement about the theory and practice of *Gun Jumping* on international experience in the United States of America and in other jurisdictions (Belgium, Canada, Spain, Greece, Israel, Netherlands, Czech Republic, Russia, European Union). Then, criteria are proposed for analysis of *Gun Jumping* by Cade, considering concerns about the maintenance of the level of competition during the process of merger review. The proposition consists of a non-exhaustive list of items that can generate – or not – competitive concern, in respect of (a) the clauses of the agreement of economic concentration, (b) activities carried out by the parts in the process of economic concentration and (c) exchange of information between these parts. Thus, it is expected that this article contributes to the promotion of greater legal certainty to the parts in the process of economic concentration, through the suggestion of criteria in order to consider illegal or not a supposed practice of *Gun Jumping*.

KEYWORDS: Previous notification of merger reviews – Anticompetitive conduct – Law 12.529/2011 – *Gun Jumping*.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Análise da experiência internacional sobre o *Gun Jumping*: 2.1 A teoria do *Gun Jumping* nos Estados Unidos: 2.1.1 Jurisprudência sobre *Gun Jumping* sob a égide do *HSR Act*; 2.1.2 Jurisprudência sobre *Gun Jumping* sob a égide da Seção 1 do *Sherman Act*; 2.1.3 Jurisprudência sobre *Gun Jumping* sob a égide da Seção 5 do *FTC Act*; 2.2 A teoria do *Gun Jumping* em outras jurisdições – 3. Análise propositiva sobre o *Gun Jumping* no Brasil: sugestão de critérios a serem utilizados pelo Cade: 3.1 Das cláusulas do instrumento formal de concentração econômica; 3.2 Das atividades das partes em processo de concentração econômica; 3.3 Da troca ou transferência de informações – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Por *Gun Jumping* entende-se a teoria que se presta a analisar a suposta conduta anticompetitiva praticada em sede de controle de estruturas, decorrente, sobretudo, da troca indevida de informações e/ou da integração pre-

matura¹ entre as empresas em processo de concentração econômica.² Existe recente proposição de se traduzir o termo *Gun Jumping* por “queimar a linha de largada” e avançar na realização do negócio jurídico antes da aprovação da autoridade antitruste,³ mas por uma questão de referibilidade à doutrina e à jurisprudência internacional relativa ao tema, que serão utilizadas no presente trabalho, pede-se licença para permanecer utilizando o termo em inglês, ou seja, *Gun Jumping*.⁴

Há pouco mais de três anos, Cordovil se perguntava se o Brasil estava preparado para uma análise sobre *Gun Jumping*.⁵ Ocorre que desde 29.05.2012 a resposta a essa pergunta deve ser um categórico “sim”, dada a adoção do sistema de notificação prévia dos atos de concentração pela Lei 12.529/2011.⁶ De acordo com o art. 88, §§ 2.º e 3.º dessa lei, o controle dos atos de concentração no Brasil será prévio e as operações não podem ser consumadas antes de apreciadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Mas em que consiste a consumação? Quais os limites do negócio jurídico antes da aprovação do Cade? Fora desses limites, se pratica *Gun Jumping*.

A modificação do sistema de notificação brasileiro está em consonância com as melhores práticas internacionais, como aquelas da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça e da Federal Trade Commission (nos Estados Unidos da América) e da Direção Geral de Concorrência (na União Europeia). Nesse sistema de análise prévia, o negócio jurídico submete-se a uma espécie

1. Integração prematura foi a tradução proposta para a expressão *beneficial ownership*, que abarca tanto a transferência/usufruto de ativos e dos valores mobiliários com direito de voto quanto a influência exercida pela empresa adquirente sobre a ser adquirida antes de aprovada a operação.
2. Concentração econômica é utilizada no sentido de abranger, em sentido amplo, as operações de fusão, aquisição, formação de *joint-venture* etc. Nesse sentido é que se utilizará, genericamente, as expressões “empresa adquirente” e “empresa a ser adquirida”, ainda que não se trate, estritamente, de aquisição.
3. ANDERS, Eduardo Caminati et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 212.
4. Outra expressão sinônima em inglês à *Gun Jumping* é *premerger coordination*.
5. CORDOVIL, LEONOR. *gun jumping or cartel: is Brazil prepared for this analysis?* In: FOX, Eleanor M.; SOKOL, D. Daniel (eds.). *Competition Law and policy in Latin America*. Oxford: Hart Publishing, 2009.
6. Lei 12.529/2011 que estrutura o “novo” Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, revoga os dispositivos da Lei 8.884/1994 e dá outras providências.

de cláusula suspensiva, de modo que o negócio não se consuma até que a autoridade de concorrência assim decida pela aprovação.

Assim, com a mudança legislativa o Brasil não estará mais na companhia do Egito e do Paquistão como um dos três países no mundo que utiliza o sistema posterior de notificação dos atos de concentração.⁷ Em um sistema de controle posterior de estruturas – como aquele aceito pela Lei 8.884/1994, anteriormente vigente no Brasil⁸ – as empresas submetiam o negócio jurídico à análise da autoridade concorrencial apenas após a sua consumação. Desse modo, praticamente todos os atos durante o processo de negociação (diálogos, comunicações e troca de informações etc.) pareciam ter um “salvo conduto”,⁹ pois estariam, em tese, abarcados pelo “manto sagrado” das negociações para realização do ato de concentração. Esse tendia a ser, no entanto, um período deliciado para a manutenção do nível concorrencial no mercado, pois agentes econômicos – possivelmente concorrentes – teriam a possibilidade de trocar informações e articular-se sem a observância efetiva dos órgãos antitruste.

Finalmente, portanto, em 29.05.2012 o Brasil se despediu desse pequeno grupo de países que contam com o sistema de notificação posterior dos atos de concentração e passou a adotar o controle prévio de estruturas. A regulamentação desse controle consta no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (RCADE),¹⁰ que no art. 108, § 1.º determina que as notificações dos atos de concentração devem ser protocoladas, preferencialmente, após a assinatura do instrumento formal que vincule as partes e antes de consumado qualquer ato relativo à operação. Ademais, de acordo com o § 2.º as partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação final do Cade, sendo vedadas, inclusive, quaisquer transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que

7. ANDERS, Eduardo Caminati et al. Op. cit., p. 208.

8. Nos termos do art. 54 da Lei 8.884/1994, o sistema era facultativamente prévio e a posteriori, de modo que as empresas poderiam submeter à análise do Cade o ato de concentração previamente ou em até 15 dias da data de celebração do primeiro documento vinculativo (art. 98 do antigo Regimento Interno do Cade).

9. CORDOVI, Leonor. Op. cit.

10. Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Disponível em: [www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%201_2012%20%20RCADE%20%282%29.pdf].

vincule as partes. Consta-se, então, que este art. 108 do RCADE retrata a preocupação do Cade com o *Gun Jumping* no Brasil.

Essa preocupação concorrencial surgiu nos Estados Unidos – país com ampla tradição em direito antitruste e com experiência no sistema de notificação prévia dos atos de concentração –, em situações em que o comportamento das empresas possibilitava a limitação da conduta da empresa a ser adquirida pela adquirente antes mesmo da concretização da operação. A preocupação também era verificada em casos de inibição da capacidade da empresa a ser adquirida de manter sua competitividade e independência operacional.¹¹

Diante do exposto, considerando tratar-se de um tema bastante recente no Brasil, que altera profundamente a dinâmica de notificação e de análise dos atos de concentração, que ainda não tem limites definidos pela doutrina ou pela jurisprudência e que pode resultar em abertura de processo administrativo para a persecução de eventual conduta anticompetitiva de *Gun Jumping* (art. 108, § 3.º, do RCADE), o objetivo do presente trabalho é sugerir ao Cade critérios a serem aplicados, no caso concreto, para se definir o tênue limiar entre um processo de concentração econômica legítimo e uma prática ilegal de *Gun Jumping*.

Para atingir o objetivo deste estudo, passa-se, a seguir, a uma breve exposição sobre o *Gun Jumping* na experiência internacional (item 2), para que em seguida sejam sugeridos critérios a serem utilizados pelo Cade diante de um caso concreto sobre *Gun Jumping* (item 3).

2. ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE O *GUN JUMPING*

A breve análise descritiva da teoria do *Gun Jumping* começará pela experiência norte-americana (item 2.1), para em seguida ser discutida no âmbito de outras jurisdições (item 2.2).

2.1 A teoria do *Gun Jumping* nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos, o grau de contato permitido entre as partes em processo de coordenação econômica é definido em sede de lei federal. Compete ao Governo Federal garantir que as negociações de potenciais concentrações econômicas não arrefeçam a concorrência, especialmente durante o período em que a opera-

11. SCHLOSSBERG, Robert. Issues of premature control and premerger coordination. *Information sharing by competitors: minimizing antitrust liability. Avoiding Gun-Jumping in mergers and competitor collaborations*. A live 90-Minute Teleconference. Strafford, jan. 2010.

ção não tenha sido “fechada”. O objetivo é que seja mantida a concorrência entre as partes em concentração e que se evite uma indevida troca de informações ou integração prematura que possa prejudicar a concorrência. Assim, a teoria do Gun Jumping encontra seu fundamento em três textos legais.

O primeiro deles é a Seção 7A do *Clayton Act*, conhecido como *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976 (HSR Act)*.¹² Até a entrada em vigor desse texto legal, os atos de concentração nos Estados Unidos podiam se consumir sem que o Governo tivesse a oportunidade de questionar a legalidade da operação em juízo. Essa situação permitia que as empresas em processo de concentração econômica se integrassem antes mesmo da aprovação da autoridade competente, o que dificultava a imposição de remédios antitruste efetivos pelas agências¹³ norte-americanas (FTC e DOJ). Essa problemática é semelhante àquela vivenciada pelo Cade sobre a égide da anterior Lei 8.884/1994 e seu controle posterior de estruturas.

Com a entrada em vigor do *HSR Act*, foi criado um mecanismo que exige notificação prévia, às agências, do ato de concentração que esteja inserido em uma determinada faixa de valor. Também foram proibidas certas aquisições de ativos ou valores mobiliários com direito de voto em até 30 dias, ou seja, durante um “período de espera”. Os objetivos desses dispositivos eram preservar a habilidade de o Governo questionar uma operação potencialmente lesiva à concorrência, oportunizar às agências o momento para obterem informações relevantes sobre a operação antes da sua consumação e garantir a possibilidade de se impor um remédio antitruste efetivo.¹⁴ Estas também foram, de modo análogo, aspirações da alteração legislativa promovida no Brasil, com o advento da Lei 12.529/2011.

O que o *HSR Act* passou a exigir, portanto, é que as partes mantivessem suas operações separadamente, até a autorização da autoridade antitruste. Nesse sentido, apesar de ser autorizada alguma coordenação prévia entre as partes,¹⁵ esta seria considerada ilícita se estivessem presentes indícios suficientes de

12. Clayton Act 7A, 15 USC 18a: “(...) no person shall acquire, directly or indirectly, any voting securities or assets of any other person, unless both persons (or in the case of a tender offer, the acquiring person) file notification (...) and the waiting period (...) has expired (...)”.

13. FTC e DOJ serão genericamente mencionadas como “as agências”.

14. ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Premier coordination: the emerging law of Gun Jumping and information exchange*. Chicago: ABA Publishing, 2006. p. 13.

15. *Idem*, p. 11.

integração prematura entre as empresas em concentração econômica, antes do mencionado período de espera. Caso isso ocorresse, restaria configurada a conduta anticompetitiva do *Gun Jumping*, sob a égide do *HSR Act*.

A expressão integração prematura¹⁶ (*beneficial ownership*) pode ser entendida como o usufruto dos ativos e dos valores mobiliários com direito de voto – da empresa a ser adquirida pela empresa adquirente –, antes de aprovada a operação. Essa situação configuraria, de fato, uma integração prematura entre as empresas em processo de concentração econômica. Atenta-se, então, para a existência de indícios suficientes de que o “feixe” de direitos que inicialmente é detido pela empresa a ser adquirida foi transferido, ao longo da transação, para a adquirente, antes da autorização pela autoridade competente.

Alguns dos indícios de integração prematura, nos termos do *HSR Act*, são constatados em casos de interesses pecuniários da empresa adquirente na empresa a ser adquirida, como os seguintes: (a) o direito de se beneficiar pelo aumento no valor da empresa ou dos seus dividendos; (b) o risco de perda de valor da empresa, e/ou em casos de interesses de controle da empresa adquirente na empresa a ser adquirida; (c) se detém ações com direito de voto ou poder de determinar a forma como será a votação; (d) a não discricionariedade da empresa a ser adquirida sobre seus próprios investimentos.¹⁷

A questão principal em sede do *HSR Act*, portanto, é a definição dos indícios – quantitativa e qualitativamente – suficientes para se definir que a empresa adquirente está no usufruto dos ativos e de valores mobiliários com direito de voto da empresa a ser adquirida, de forma a configurar integração prematura e, conseqüentemente, *Gun Jumping*.

O segundo texto legal que trata do tema nos Estados Unidos é a Seção 1 do *Sherman Act (Section 1)*,¹⁸ que proíbe acordos que desarrazadamente restrinjam o comércio e que se aplica a todas as transações, estejam elas ou não na

16. Relembre-se novamente que integração prematura foi a tradução proposta para a expressão *beneficial ownership*, que abarca tanto a transferência/usufruto de ativos e dos valores mobiliários com direito de voto quanto a influência exercida pela empresa adquirente sobre a ser adquirida antes de aprovada a operação.

17. ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Op. cit.*, p. 15. Tradução livre de: “(1) the right to obtain the benefit of any increase in value or dividends, (2) the risk of loss of value, (3) the right to vote the stock or to determine who may vote the stock, (4) the investment discretion (including the power to dispose of the stock)”.

18. Section 1 of the Sherman Act: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. (...)”.

faixa de valor que requer apresentação do ato de concentração pelo *HSR Act*. Nesse sentido, para que o *Gun Jumping* seja questionado com fundamento da Seção 1 do *Sherman Act*, deve existir (a) um contrato, combinação ou conspiração entre duas ou mais empresas separadas, que (b) desarrazoadamente restrinja o comércio e que (c) afete o comércio interestatal.

Assim, para que as atividades das empresas em processo de concentração econômica não sejam questionadas com fundamento na Seção 1 do *Sherman Act*, as entidades econômicas independentes devem manter identidades separadas e competir, não podendo coordenar suas atividades até a aprovação da operação. Elas podem, por exemplo, proceder à *due diligence*, mas apenas nos limites do razoável, e podem também planejar-se para a integração, mas devem permanecer como concorrentes independentes no mercado.

Constata-se, nesse contexto, que se a Seção 1 do *Sherman Act* estatui uma proibição material, exigindo a manutenção do *status* de concorrentes das empresas em processo de concentração econômica, enquanto o *HSR Act* exige um requerimento procedimental, que proíbe a integração prematura entre as empresas apenas durante o período de espera.¹⁹

Por fim, o terceiro texto legal é a Seção 5 do *Federal Trade Commission Act* (*Section 5*),²⁰ que proíbe métodos desleais de competição que afetem o comércio. Ainda que de maneira menos incisiva que os demais diplomas legais, ele também se aplica para impugnar quaisquer atividades prévias à aprovação ao ato de concentração que sejam concorrencialmente desleais e que configurem *Gun Jumping*.

Diante do exposto, observa-se que nestes três textos legais norte-americanos existem dois focos principais de preocupação em relação ao *Gun Jumping*. O primeiro diz respeito à troca de informações entre as partes, preocupação esta que se justifica pelo risco de coordenação prejudicial à concorrência no mercado. O segundo foco de preocupação é com a integração prematura entre as empresas em processo de concentração econômica, que se justifica pelo risco de as empresas em concentração econômica deixarem de agir independentemente antes da aprovação da autoridade antitruste.

19. BLUMENTHAL, William. The road to Omnicare: the evolution of antitrust standards on premerger coordination. 16.04.2009. Disponível em: [http://media.straffordpub.com/products/information-sharing-by-competitors-minimizing-antitrust-liability-2010-01-12/speaker-handouts.pdf]. Acesso em: 10.03.2011.

20. Federal Trade Commission Act (*Section 5*). "Under this Act, the Commission is empowered, among other things, to (a) prevent unfair methods of competition, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce".

Para que se entenda como ambas as preocupações são verificadas nos Estados Unidos, passa-se a uma análise da jurisprudência norte-americana sobre a configuração ou não de *Gun Jumping* em sede destes três textos legais.

2.1.1 Jurisprudência sobre *Gun Jumping* sob a égide do *HSR Act*

Relembre-se que o *HSR Act* é um diploma legal cujo objetivo é garantir que as partes em processo de concentração econômica continuem competindo durante o período de espera (30 dias) ou que, caso se abandone operação, elas sejam capazes de continuar competindo.²¹

Desse modo, sob a égide do *HSR Act* a imputação de responsabilidade pela prática de *Gun Jumping* está ligada a fatores como a troca e a transferência de informações entre as empresas, as cláusulas contidas no acordo de concentração econômica, a transferência de controle operacional ou de gestão da empresa a ser adquirida à empresa adquirente, a acordos de não concorrência e a atividades coordenadas entre as empresas.²² Considerando que várias são as formas de se configurar integração prematura²³ redundando em *Gun Jumping* e responsabilidade sob o *HSR Act*,²⁴ passa-se a expor alguns dos julgados mais importantes, a fim de se entender os critérios utilizados para se definir a ilegalidade ou não da conduta.

A conduta de executar o acordo de concentração econômica pode, por si só, desafiar o *HSR Act*. No caso *United States v. Atlantic Richfield Co. (ARCO I)*,²⁵ entendeu-se que a exigência de um pré-pagamento do preço da compra

21. BLUMENTHAL, William. The Scope of Permissible Coordination Between Merging Entities prior to Consummation. *Antitrust Law Journal*, vol. 63, n. 1, p. 36.

22. ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit., p. 19.

23. Relembra-se que integração prematura (*beneficial ownership*) é entendida como usufruto dos ativos e dos valores mobiliários com direito de voto da empresa a ser adquirida, pela empresa adquirente, antes de aprovada a operação.

24. Ressalte-se que a data em que as partes notificam a autoridade competente do ato de concentração é irrelevante para a configuração de *Gun Jumping*, e independe também de as partes serem ou não concorrentes. ESTADOS UNIDOS. *United States v. Titan Wheel Int'l, Inc.*, 1996-1 Trade Cas. (CCH) 71,406 (D.D.C. 1996) (n. 96-01040) (complaint), 19, 20, 23, 41, 45, 93, 128, 129, 229, 263, 266; (final judgment) 40, 120, 128, 129 apud ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit., p. 19.

25. ESTADOS UNIDOS. *United States v. Atlantic Richfield Co. (Arco I)*, 1991-1 Trade Cas. (CCH), 69,318 (D.D.C. 1991) (n. 91-0205) (complaint), 20, 42, 43, 46, 107, 108, 109, 112, 124; (final judgment), 107, 114, 120, 123, 124, 125 apud ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit.

com caráter não reembolsável, contida no acordo de concentração econômica, teria o efeito, quando da execução do contrato, de integrar prematuramente as empresas. De modo similar, no caso *United States v. Atlantic Richfield Co. (ARCO II)*²⁶ observou-se que a execução do acordo viabilizava o direito de voto pela empresa adquirente sobre aquela a ser adquirida de forma imediata e permanente. Ademais, neste mesmo caso o acordo também permitia à empresa adquirente receber os ganhos da participação societária da empresa a ser adquirida, o que foi considerado indício suficiente de integração prematura entre ambas pela existência de interesses pecuniários. Ainda, no caso *Titan Wheel*²⁷ as cláusulas que permitiam que a empresa adquirente obtivesse a posse e o gozo dos negócios da empresa a ser adquirida antes da autorização da autoridade antitruste foram consideradas violadoras do *HSR Act*.

O *HSR Act* também pode ser desafiado em caso de integração prematura antes mesmo da execução do acordo de concentração econômica. No caso *United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc.*²⁸ as agências alegaram que antes mesmo da assinatura do acordo de concentração econômica as partes já teriam reduzido e/ou eliminado a concorrência entre as empresas, o que seria cabalmente comprovado pela existência de uma cláusula de não concorrência prévia à execução do acordo.

A assinatura do contrato, portanto, transfere algum indício de integração prematura, mas que esse ato não é, por si só, suficiente para ser considerado incompatível com o *HSR Act*, conforme se afirmou em *United States v. Input/Output, Inc.*²⁹ Haveria a necessidade de atos outros que, em conexão com a as-

26. ESTADOS UNIDOS. *United States v. Atlantic Richfield Co. (Arco II)*, 1992-1 Trade Cas. (CCH), 69,695 (D.D.C. 1992) (n. 91-3267) (complaint), 20, 41, 107, 108, 112, 125, 126, 254; (final judgment for Arco); (final judgment for U.F. Genetics), 108, 114, 115, 120, 125, 126 apud ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit.

27. ESTADOS UNIDOS. *United States v. Titan Wheel Int'l, Inc.*, 1996-1... cit.

28. ESTADOS UNIDOS. *United States v. Gemstar-TV Guide Int'l, Inc.*, 2003-2 Trade Cas. (CCH) 74,082 (D.D.C. 2003) (n. 03-00198) (complaint), 13, 18, 20, 21, 23, 24, 25, 27, 28, 30, 33, 34, 44, 47, 48, 51, 64, 67, 68, 71, 77, 78, 88, 140, 141, 142, 143, 202, 210, 213, 216, 219, 221, 232, 248, 259, 272, 276, 292; (final judgment impact statement), 14, 16, 21, 23, 27, 29, 30, 37, 43, 46, 50, 51, 79, 81, 82, 83, 84, 85, 114, 115, 117, 140, 143, 144, 185, 191, 195, 196, 211, 213, 216, 219, 221, 225, 232, 239, 248, 276, 283 apud ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit.

29. ESTADOS UNIDOS. *United States v. Input/Output Inc.*, 1999-1 Trade Cas. (CCH) 72,528 (D.D.C. 1999) (n. 99-00912) (complaint), 13, 15, 18, 19, 21, 23, 25, 28, 36, 45, 51, 70, 132, 133, 134, 280 apud ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit.

sinatura de um acordo de concentração econômica, configurassem indícios suficientes de integração prematura. Nesse sentido, a assinatura de um contrato de gestão com outra empresa qualquer não necessariamente implicaria em integração prematura, mas assiná-lo após ou durante a negociação de uma concentração econômica pode contrariar as regras do *HSR Act*.

Ademais, a troca e a transferência de informações também podem constituir violação ao *HSR Act*. As agências norte-americanas reconhecem a importância de as partes, em processo de concentração econômica, trocarem e transferirem informações em si, mas em algumas circunstâncias essa prática pode suscitar questionamentos. Isso ocorreu, por exemplo, no caso *United States v. Computer Associates*.³⁰ O DOJ alegou que a empresa adquirente detinha controle suficiente das operações da empresa a ser adquirida, inclusive com acesso a informações comercialmente sensíveis – tais como nome dos clientes, dos serviços e produtos oferecidos, da lista de preços e de descontos. A empresa adquirente ainda teria restringido a capacidade de a empresa a ser adquirida conceder descontos e oferecer vantagens contratuais a seus clientes, o que foi considerado integração prematura em violação ao *HSR Act*.

Em *Gemstar*,³¹ o DOJ também alegou que as partes em processo concentração econômica teriam compartilhado informações confidenciais sobre preços e *marketing*, o que seria ilícito e configuraria *Gun Jumping*. Adiante, no caso *Input/Output*,³² questionou-se o fato de a empresa adquirente assumir o controle operacional da empresa a ser adquirida antes mesmo do período de espera, sendo que este controle incluía tanto o acesso aos relatórios internos da empresa e aos sistemas de *e-mail*, como a influência nos planos de aquisições futuras da empresa a ser adquirida. Essa transferência do “feixe” de direitos foi considerada indício suficiente de integração prematura entre as partes.

30. ESTADOS UNIDOS. *United States v. Computer Assocs. Int'l, Inc.*, 2002-2 Trade Cas. (CCH) 73,883 (D.D.C. 2002) (n. 01-02062) (complaint), 4, 13, 18, 23, 24, 25, 27, 30, 38, 39, 40, 41, 44, 48, 64, 67, 71, 77, 78, 80, 85, 86, 87, 88, 134, 135, 136, 137, 138, 210, 213, 216, 219, 220, 221, 222, 235, 242, 243, 246, 251, 263; (final judgment and competitive impact statement), 23, 29, 30, 31, 37, 38, 39, 40, 41, 45, 49, 63, 78, 81, 82, 84, 85, 87, 90, 114, 115, 117, 134, 137, 138, 139, 184, 188, 195, 196, 210, 213, 216, 219, 221, 225, 237, 239, 240, 242, 246, 263, 276, 283, 285, 287, 291 apud ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit.

31. ESTADOS UNIDOS. *United States v. Gemstar-TV Guide Int'l, Inc.*, 2003-2... cit.

32. ESTADOS UNIDOS. *United States v. Input/Output Inc.*, 1999-1... cit.

Finalmente, no caso *Insilco*³³ o FTC apontou especial preocupação concorrencial com três tipos de informações trocadas ou transferidas pelas partes em processo de concentração econômica, sob a égide do *HSR Act*:³⁴ as informações não agregadas, as estratégias e políticas relacionadas à concorrência e as fórmulas ou análises que determinam custos ou preços.³⁵

2.1.2 Jurisprudência sobre Gun Jumping sob a égide da Seção 1 do Sherman Act

Conforme supramencionado, a Seção 1 do *Sherman Act* proíbe acordos que desarrazoadamente restrinjam o comércio. Sua aplicação em casos de *Gun Jumping* depende, assim, de um robusto conjunto fático sobre o contexto prévio à concentração econômica, razão pela qual em apenas um caso se questionou

33. ESTADOS UNIDOS. *In re Insilco Corp.*, 125 F.T.C. 293 (1998), (complaint and decision and order), 25, 26, 28, 29, 30, 31, 105, 106, 118, 119, 129, 130, 185, 188, 189, 190, 206, 201, 211, 213, 216, 219, 221, 225, 226, 232. apud ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit.

34. Pontue-se que alguns autores argüem ser inapropriado utilizar-se do *HSR Act* para questionar uma troca ou transferência de informações entre as empresas, pois seria necessário que dessa troca resultasse integração prematura antes do período de espera. Segundo tal corrente doutrinária, isso só poderia ocorrer se a informação obtida fosse utilizada para exercer controle e/ou influência nas operações da empresa a ser adquirida, ou se restasse claro que a empresa adquirente tinha controle sobre aquela a ser adquirida (ou seja, se já ocorreu integração prematura). Assim, argumentam que seria mais adequado questionar a troca ou transferência de informações sob a égide da Seção 1 do *Sherman Act* ou da Seção 5 do *FTC Act*. WHITENER, Mark D. *Antitrust Counsel, General Electric Company. A roundtable sponsored by the Bureau of Economics, understanding mergers: strategy & planning, implementation and outcomes*. Washington: Federal Trade Commission, 9 and 10.12.2002 apud ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit., p. 26.

35. ESTADOS UNIDOS. *In re Insilco Corp.*, 125 F.T.C. 293 (1998), (order) “[1] Informação não agregada, específica de seus clientes, que permitia a identificação sobre o custo e o preço dos produtos em relação a cada cliente; [2] Estratégias e políticas relacionadas à concorrência, que se refere às informações relacionadas a negociação com clientes específicos, estratégias de atração ou retenção de determinados clientes, o risco de perda dos clientes, além de relatórios de venda, estudos de mercado, previsões e pesquisas com tais informações; [3] Fórmulas ou análises que determinam custos ou preços, que significa o acesso ao método, estudo, teste, programa, exame, ferramenta ou outro tipo de raciocínio lógico que seja usado para determinar o custo ou o preço de um determinado cliente individual”.

atos de empresas no contexto de pré-concentração econômica com fundamento no texto legal da Seção 1 do *Sherman Act*.

Foi no caso *United States v. Computer Associates*,³⁶ em que se questionou o fato de o acordo proibir a empresa a ser adquirida, sem o consentimento da empresa adquirente, oferecer descontos em percentual superior a 20%. Para o DOJ, atividades de uma empresa que afetem ou controlem as decisões da outra em relação a preço, produção ou outra variável competitiva, podem violar a Seção 1 do *Sherman Act*.

2.1.3 Jurisprudência sobre Gun Jumping sob a égide da Seção 5 do FTC Act

Relembre-se que a Seção 5 do *FTC Act* proíbe métodos desleais de concorrência que afetem o comércio, e quando aplicada a questões de *Gun Jumping*, o foco da Seção 5 é nas atividades que envolvam efeitos anticompetitivos efetivos ou potenciais, como a transferência e a troca de informações e as demais atividades de pré-concentração econômica. São observados, por exemplo, os efeitos adversos do planejamento entre as empresas, a robustez da justificativa empresarial para as atividades e a existência de meios alternativos que poderiam ter sido usados para a obtenção do mesmo resultado, sob a ótica da regra da razão.

O FTC já questionou três casos por suposto *Gun Jumping* com fundamento na Seção 5 do *FTC Act*. No caso *Torrington Co.*³⁷ a agência alegou que as empresas em processo de concentração econômica teriam restringido a concorrência e prejudicado os consumidores na medida em que os preços entre elas tinham sido estabilizados, fixados e interferidos, e também porque a competição entre ambas as empresas tinha sido impedida, contida, encerrada e frustrada. Dessa forma, as empresas teriam alocado consumidores e trocado informações que permitiam a cessação da concorrência, razão pela qual teria sido constatada deslealdade na concorrência e consequente *Gun Jumping*.

Em *Insilco*,³⁸ as informações da empresa a ser adquirida que teriam sido recebidas pela empresa adquirente teriam tido o condão de afetar negativamente os mercados relevantes, pois eram informações específicas de preços

36. ESTADOS UNIDOS. *United States v. Computer Assocs. Int'l, Inc.*, 2002-2... cit.

37. ESTADOS UNIDOS. *In re Torrington Co.*, 114 F.T.C. 283 (1991) (complaint and decision and order), 93, 101, 102, 103, 104, 106, 107, 110, 126, 127, 206, 174 apud ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit.

38. ESTADOS UNIDOS. *In re Insilco Corp.*, 125 F.T.C. 293 (1998)... cit.

para clientes, planos de precificação atual e futura, estratégias de concorrência, fórmulas de preço e estratégias de preço.

Finalmente, no caso *Commonwealth Land Title*,³⁹ o FTC firmou posição no sentido de que a responsabilidade sob a égide dessa Seção 5 se inicia no primeiro contato entre as partes, e perdura até a consumação da operação.

Diante do exposto, e entendida a dinâmica da análise do *Gun Jumping* nos Estados Unidos, que é a jurisdição com mais tradição sobre o tema, procede-se a seguir a uma breve exposição sobre a experiência prática dessa teoria em outras jurisdições que também adotam o sistema de controle prévio de estruturas.

2.2 A teoria do Gun Jumping em outras jurisdições

Na Bélgica, um ato de concentração notificável deve ser submetido ao Conselho de Concorrência Belga antes de as empresas adotarem medidas que impeçam sua reversibilidade ou que alterem a estrutura do mercado de maneira definitiva. No caso *Bodycote International plc/HIT S.A.*,⁴⁰ o Conselho verificou que as partes em processo de concentração econômica indicaram membros para o Conselho da nova entidade a ser formada, o que foi considerado como exercício implícito de direito de voto e, como consequência, violação da obrigação de suspender a operação até a decisão da autoridade antitruste nacional.

No Canadá, um ato de concentração deve ser submetido ao Escritório Canadense de Concorrência antes mesmo de ser fechado entre as partes, e deve assim permanecer durante o prazo de espera. Existe a obrigação de suspender o ato de concentração até a decisão da autoridade, de modo que a violação desta obrigação é considerada uma ofensa criminal. No caso *R. v. Béton Regional Inc.*,⁴¹ por exemplo, a empresa adquirente assumiu a produção e a venda de produtos da empresa a ser adquirida durante o processo de negociação. Além disso, a empresa adquirente solicitou que a empresa a ser adquirida aumentasse seus preços para determinados produtos, solicitação esta que foi obedecida. As negociações da operação, no entanto, fracassaram, e o Escritório Canadense

39. ESTADOS UNIDOS. *In re Commonwealth Land Title Ins. Co.*, 126 FT.C. 680 (1998) (complaint and decision and order), 63, 101, 102, 111, 112, 118, 119, 121, 130, 131, 132, 290.

40. BÉLGICA. *Bodycote International plc/HIT S.A.*, Decision of May 26, 1998, n. 98-C/C-10, OG01/07/1998, 149. apud ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit.

41. CANADÁ. *R. v. Béton Regional Inc.*, Federal Court Trial Division, n. T-58-95, January 16, 1995, 151 apud ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit.

de Concorrência iniciou investigação para apurar os efeitos adversos das práticas à concorrência. Por fim, a decisão judicial se limitou a determinar a impossibilidade de ambas as empresas acordarem futuramente sobre preços e a exigir que quaisquer planos que aquisição fossem notificados ao órgão antitruste.

Na Espanha,⁴² um ato de concentração notificável deve ser submetido à Autoridade de Concorrência Espanhola antes mesmo de ser fechado e assinado entre as partes. Nesse processo entende-se que as empresas podem trocar informações desde que estas sejam proporcionais e relevantes para a transação, nos limites permitidos pela lei espanhola.

Na Grécia, um ato de concentração notificável deve ser submetido à Comissão de Concorrência Grega antes mesmo de ser fechado entre as partes, e existe a obrigação de suspender o ato de concentração até a decisão da autoridade. No caso *Diamantis Masoutis AS Super Market/Super Market Alpha Delta as*,⁴³ o memorando de entendimentos concedia aos representantes legais das empresas o direito de voto em cada uma das empresas em concentração, o que foi considerado como uma violação à obrigação suspensiva do ato de concentração. Já no caso *Perstorp GmbH/Degussa-Huls AG*,⁴⁴ o contrato expressamente previa que a operação não seria implementada na Grécia até a autorização da autoridade grega, mas se constatou que, de fato, a aquisição de controle em locais externos à Grécia teriam influenciado a política comercial da empresa a ser adquirida. Ainda, em *Société Nouvelle des Basaltes/Nobel Sports*⁴⁵ o memorando de entendimentos previa que a empresa adquirente teria o direito de indicar três dos cinco membros da diretoria da empresa a ser adquirida, considerado aquisição de controle prévio à autorização da Comissão Grega.

Em Israel, um ato de concentração notificável deve ser submetido à Comissão de Concorrência Israelense antes da sua execução, e deve assim permanecer durante o prazo de espera (30 dias). No caso *Ofek/Eropan*⁴⁶ as empresas

42. ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit., p. 174-175.

43. GRÉCIA. *Diamantis Masoutis AS Super Market/Super Market Alpha Delta AS*, Decision n. 204/III/2001, Official Gazette B' 189/2001, 160 apud ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit.

44. GRÉCIA. *Perstorp GmbH/Degussa-Huls AG*, Decision n. 174/III/2000, Official Gazette B' 191/2011, 159 apud ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit.

45. GRÉCIA. *Société Nouvelle des Basaltes/Nobel Sports*, Decision n. 153/II/2000, Official Gazette B' 189/2001, 160 apud ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit.

46. ISRAEL. *Ofek Aerial Photography and Mapping Ltd./European Geographic Applications 1997 Ltd* apud ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit., p. 163.

combinaram sua política decisória e uma delas inclusive transferiu seu escritório, empregados e produção para o estabelecimento da outra, antes da aprovação da comissão, o que suscitou questionamento de *Gun Jumping*.

Na Holanda, um ato de concentração notificável deve ser submetido à Comissão de Concorrência antes mesmo de ser fechado entre as partes, e deve assim permanecer durante o prazo de espera (quatro semanas). No caso *Aegon N.V./Jast/Kamerbeek B.V.*⁴⁷ as partes notificaram a operação após a transferência de participação societária, mas a operação foi aceita porque foi inserida uma proibição de exercício dos direitos de voto respectivos.

Na República Tcheca, um ato de concentração notificável deve ser submetido à Autoridade Tcheca de Concorrência antes que a empresa adquirente influencie o comportamento competitivo da empresa a ser adquirida, ou antes que aquela tome medidas que tornem a concentração econômica irreversível ou que modifiquem permanentemente a estrutura do mercado. No caso *Lassersberger/Rako*,⁴⁸ a autoridade antitruste tcheca entendeu que a empresa adquirente violou a obrigação suspensiva ao exercer os direitos de voto em reunião geral da empresa a ser adquirida, pois este ato teria influenciado o comportamento competitivo da empresa a ser adquirida no mercado.

Na Rússia, um ato de concentração notificável deve ser submetido ao Serviço Federal Russo antimonopólio antes mesmo de ser fechado entre as partes. De acordo com a lei russa, as partes podem até transferir empregados entre as empresas em processo de concentração econômica, trocar informações e adotar outras condutas que configurem integração ou controle prematuro, desde que não constituam um acordo anticompetitivo em violação às regras russas de concentração.⁴⁹

Em sede da União Europeia, a Regulação de Controle de Concentrações adota o sistema prévio de notificação e proíbe a execução do acordo de concentração econômica antes de uma decisão da Comissão Europeia que declare a operação compatível com o mercado comum europeu. Antes da aprovação, acordos prévios e cooperação entre concorrentes que se refiram a níveis de preço, restrições quanto a investimentos ou produção, alocação territorial e de clientes, são considerados violação ao art. 81 (atual art. 101 do TFUE), que

47. HOLANDA. *Aegon N.V./Jast/Kamerbeek B.B.*, Case n. 1712 of February 25, 2000, 167 apud ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit., p. 166-169.

48. REPÚBLICA TCHeca. *Lassersberger/Radko640*, Decision n. S 97/02-2440/02 of July 15, 2002, 152 apud ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit., p. 152-153.

49. ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Op. cit., p. 171-172.

trata das condutas anticompetitivas. Outra possível alegação de violação ao art. 81 diz respeito ao nível de troca de informações entre as partes em processo de concentração econômica.⁵⁰

3. ANÁLISE PROPOSITIVA SOBRE O *GUN JUMPING* NO BRASIL: SUGESTÃO DE CRITÉRIOS A SEREM UTILIZADOS PELO CADE

Diante do cenário atual de alteração legislativa no Brasil, que passa a adotar o sistema de controle prévio de estruturas (art. 88 da Lei. 12.529/2011), um dos grandes desafios do Cade é delinear os limites entre um processo de concentração econômica legítimo e uma prática ilegal de *Gun Jumping*. Tais limites são de suma importância para garantir a segurança jurídica e a previsibilidade aos administrados no Brasil.

Em termos práticos, as empresas e os advogados necessitam de um esclarecimento do Cade sobre os seguintes itens, elencados por Caminati: (I) quais medidas que as partes de um ato de concentração poderão adotar antes da aprovação do Cade; (II) quais informações poderão ser compartilhadas entre as partes no curso de uma *due diligence* e até a decisão final do Cade; (III) como e em qual medida, se alguma, as partes poderão integrar ativos e/ou a administração das empresas (especialmente a administração relacionada às questões comerciais e de *marketing*); e (IV) como caracterizar e identificar a unificação do exercício do poder dentro das empresas antes da aprovação do ato pelo Cade.⁵¹

Visando a responder tais questionamentos – e considerando que o Cade não definiu balizas estritas no Ricade e preferiu o combate ao *Gun Jumping* no caso a caso –, sugere-se que o Cade concentre sua análise em três critérios principais: (3.1) cláusulas do acordo; (3.2) atividades das partes; e (3.3) troca de informações.

3.1 *Das cláusulas do instrumento formal de concentração econômica*

Com base na experiência internacional supramencionada e considerando as preocupações com o nível de concorrência no Brasil, propõe-se que as seguintes cláusulas, eventualmente contidas no instrumento formal que vincule as partes, sejam detidamente analisadas pelo Cade por *gerarem*, em princípio, de preocupação antitruste:

50. Idem, p. 153-156.

51. ANDERS, Eduardo Caminati et al. Op. cit., p. 212.

- (I) Cláusula de não concorrência;
- (II) Cláusula de fixação de preços;
- (III) Cláusula de divisão de mercado;
- (IV) Cláusula que permite à empresa adquirente emitir, vender, penhorar ou onerar os valores mobiliários da empresa a ser adquirida;
- (V) Qualquer outra cláusula extraordinária na condução do negócio que não é normalmente encontrada em acordos de concentração econômica.

Propõe-se, em contrapartida, que as seguintes cláusulas, eventualmente contidas no instrumento formal que vincule as partes, não gerem, pelo menos em princípio, preocupação concorrencial do Cade:

- (I) Cláusula de curso normal das atividades (*ordinary course of business provision*), para que a empresa a ser adquirida opere de acordo com suas atividades normais;
- (II) Cláusula que proíbe alterações materiais adversas (*material adverse change clause*);
- (III) Cláusula que proíbe a empresa adquirida de oferecer ou conceder a qualquer pessoa direitos de privilégio ou reembolso quando da transferência do controle para a empresa adquirente;
- (IV) Cláusula de *break-up fees*;
- (V) Cláusula de indenização por despesas judiciais;
- (VI) Cláusula que permite à empresa adquirente declarar ou pagar dividendos/distribuições para os acionistas da empresa a ser adquirida;
- (VII) Cláusula que permite à empresa adquirente promover emendas nos documentos organizacionais da empresa a ser adquirida;
- (VIII) Cláusula que permite à empresa adquirente impedir que a empresa a ser adquirida adquira outros negócios;
- (IX) Cláusula que permite à empresa adquirente hipotecar ou onerar os direitos de propriedade intelectual ou outros ativos da empresa a ser adquirida fora dos padrões normais da atividade empresarial;
- (X) Cláusula em que as empresas acordem o dispêndio de alto montante de capital;
- (XI) Cláusula em que as empresas promovam a eleição do domicílio fiscal ou se comprometam a obrigações tributárias;
- (XII) Cláusula em que as empresas acordem o pagamento de demandas judiciais ou responsabilidades fora dos padrões normais da atividade empresarial;
- (XIII) Cláusula em que as empresas decidem começar ações judiciais.

3.2 Das atividades das partes em processo de concentração econômica

Novamente com base na experiência internacional e visando a manter o nível de concorrência no Brasil em sede de controle de estruturas, propõe-se que as seguintes atividades, dentre outras, gerem, em princípio, preocupação antitruste do Cade:

- (I) Restringir negócios da empresa a ser adquirida;
- (II) Restringir a política de descontos da empresa a ser adquirida;
- (III) Limitar a possibilidade de a empresa a ser adquirida negociar certos contratos com clientes e contratos de longa duração;
- (IV) Limitar a possibilidade de a empresa a ser adquirida oferecer certos serviços aos seus clientes;
- (V) Atrasar as negociações da empresa a ser adquirida com certos clientes;
- (VI) Exigir a obtenção de autorização prévia da outra empresa adquirente para decisões de rotina da empresa a ser adquirida;
- (VII) Coordenar estratégias de negócios, produção, vendas, distribuição e políticas de desconto da empresa a ser adquirida;
- (VIII) Exigir a revisão ou aprovação das atividades ordinárias da empresa adquirida em áreas em que ambas concorrem;
- (IX) Realocar os funcionários no espaço físico de forma a ocupar o estabelecimento da empresa a ser adquirida ou integrar as instalações;
- (X) Apresentar conjuntamente proposta em licitação;
- (XI) Presenciar reuniões com clientes ou reuniões internas da empresa a ser adquirida;
- (XII) Discutir estratégias a serem adotadas após a concretização da operação, em relação a vendas, *marketing* ou clientes;⁵²
- (XIII) Transferir o poder de decisão da empresa a ser adquirida sobre os preços e os contratos da empresa para a empresa adquirente;
- (XIV) Assumir o poder de decisão sobre as atividades de *marketing* da empresa a ser adquirida.

52. SCHLOSSBERG, Robert. Op. cit.

Novamente em contrapartida, propõe-se que as seguintes *atividades*, dentre outras, *não gerem*, em princípio, preocupação antitruste:

- (I) Acordos normais no curso dos negócios, consistentes com as práticas empresariais anteriores;
- (II) Operações conjuntas que ocorreriam independente de uma concentração econômica;
- (III) Ações de divulgação e *marketing* que beneficiem a imagem da operação de concentração econômica;
- (IV) Ligar para os consumidores para discutir os benefícios da operação;
- (V) Revelar informações comerciais confidenciais relacionadas a produtos de concorrentes, caso ocorra um litígio.⁵³

3.3 Da troca ou transferência de informações

Finalmente, e ainda com base na experiência internacional supramencionada e nas preocupações com a manutenção do nível concorrencial em sede de controle de estruturas, propõe-se que *gere*, em princípio, preocupação antitruste, a troca ou transferência de *informações* concorrencialmente sensíveis relativas a:

- (I) Preço atual ou futuro, tabela de preço, política de preço, plano ou outros termos competitivos em relação a vendas;
- (II) Margem de lucro atual ou futura ou meta de lucratividade em determinados produtos;
- (III) Custos de produtos específicos;
- (IV) Estratégias ou políticas competitivas;
- (V) Plano futuro de negócio, incluindo aqueles relativos a *marketing*, vendas, promoções, investimentos, expansão e contratação, orçamento ou inserção de novos produtos;
- (VI) Identidade de clientes ou fornecedores em potencial;
- (VII) Negociações atuais com clientes;

53. Idem.

- (VIII) Licitações em que a empresa adquirida participa ou que pretende participar;
- (IX) Clientes específicos relativos a custo, preço, lucratividade, margem de lucro, plano de *marketing* ou desenvolvimento de produto;
- (X) Tecnologias detidas pela empresa adquirida;
- (XI) Potenciais fusões, aquisições ou *joint-ventures*;
- (XII) De cunho comercial;
- (XIII) Qualquer informação de negócio que pode ser usada para restringir a concorrência – ainda mais se a transação não se consumar;
- (XIV) Qualquer informação que conceda uma vantagem competitiva ou que encoraja a empresa a alterar sua estratégia de negócios em detrimento dos consumidores;
- (XV) Informações que, se conhecidas pelo concorrente, elevam a capacidade deste de prever os preços e estratégias de produção do outro, ou estratégias de inovação com certo grau de certeza e especificidade;
- (XVI) Informações que não estejam razoavelmente relacionadas com a condução de *due diligence* ou planejamento de integração;
- (XVII) Informações que promovam alteração na estratégia de negócios da empresa adquirente antes da consumação da transação;
- (XVIII) Informações que interfiram na capacidade do Cade obter um remédio efetivo.

Propõe-se, por fim, que a troca ou transferência das seguintes *informações* concorrencialmente sensíveis, dentre outras, *não gerem*, em princípio, preocupação antitruste:

- (I) Razoavelmente relacionadas às previsões sobre ganhos futuros ou prospectos;
- (II) Agregadas ou antigas, que não relevam detalhes sobre clientes específicos;
- (III) Reveladas mediante a assinatura de um acordo de confidencialidade (*non-disclosure agreement*) que limita o uso da informação à condução de *due diligence* e que proíba a transmissão da informação a qualquer pessoa da área de *marketing*, atribuição de preço ou vendas da empresa adquirente;
- (IV) Reveladas mediante o uso de um agente independente que coleta a informação da empresa a ser adquirida e que apresenta à empresa adquirente de forma agregada;

- (V) Informações financeiras gerais, como balanço patrimonial ou dados similares;
- (VI) Informações gerais sobre os produtos e suas linhas de produção, bem como sobre as atividades gerais do negócio;
- (VII) Informações gerais sobre processamento de dados e sistemas de informática;
- (VIII) Relatórios e dados sobre segurança e saúde do trabalho;
- (IX) Informações gerais sobre planos de saúde médico e dentário e outros dados de recursos humanos que não sejam específicos dos empregados (como salários e benefícios recebidos);
- (X) Informações relacionadas a organização operacional, gerencial e de pessoal;
- (XI) Informações gerais sobre *joint-ventures* ou arranjos societários que a empresa a ser adquirida é parte;
- (XII) Quaisquer informações que normalmente são disponibilizadas a terceiros (por exemplo, análise das ações da empresa).

4. CONCLUSÃO

O tema do *Gun Jumping* é recente no contexto brasileiro, dada a entrada em vigor do sistema de notificação prévia dos atos de concentração pela Lei 12.529 apenas em 29.05.2012. Não existe, portanto, até o momento, nenhum caso julgado do Cade sobre a temática, e tampouco diretrizes propostas pelo Conselho no seu Regimento Interno. Por essa razão, e antevedendo possível dúvida entre os administrados, bem como a possível dificuldade do próprio Cade na análise de situações limiars e tênues de coordenação prévia à concentração econômica, o presente trabalho analisou a experiência internacional considerada mais relevante e seus respectivos entendimentos quanto a investigações e condenações por *Gun Jumping*. A partir desse fundamento teórico, foi possível a propositura de critérios para a análise do *Gun Jumping* no Brasil, considerando as preocupações com a manutenção do nível de concorrência durante o controle prévio de estruturas.

Portanto, em um caso concreto, quando da análise dos fatos pelo Cade, o Conselheiro e seus assessores terão uma lista não exaustiva, porém exemplificativa, com condutas passíveis de gerar ou não preocupação concorrencial, notadamente quanto às cláusulas do acordo de concentração econômica, às atividades das partes e à troca ou transferência de informações comercialmente sensíveis.

Desse modo, com o presente trabalho espera-se contribuir para o Cade, para os profissionais atuantes em direito da concorrência e para a defesa da concorrência no Brasil, ao conferir maior segurança jurídica às partes em processo de concentração econômica, por meio da sugestão de critérios para se constatar ilegal uma prática de *Gun Jumping*.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Premerger coordination: the emerging law of Gun Jumping and information exchange*. Chicago: ABA Publishing, 2006.
- ANDERS, Eduardo Caminati et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- BLUMENTHAL, William. The road to Omnicare: the evolution of antitrust standards on premerger coordination. 16.04.2009. Disponível em: [http://media.straffordpub.com/products/information-sharing-by-competitors-minimizing-antitrust-liability-2010-01-12/speaker-handouts.pdf]. Acesso em: 06.08.2012.
- _____. The scope of permissible coordination between merging entities prior to consummation. *Antitrust Law Journal*. vol. 63. n. 1. p. 36. American Bar Association, 1994.
- CORDOVIL, LEONOR. Gun jumping or cartel: is Brazil prepared for this analysis? In: FOX, Eleanor M.; SOKOL, D. Daniel (eds.). *Competition Law and policy in Latin America*. Oxford: Hart Publishing, 2009.
- NAUGHTON, Michael C. Gun Jumping and premerger information exchange: counseling the harder questions. *Antitrust*. vol. 20. issue 3. summer 2006.
- ROUSH, COREY. Pre-merger coordination and information sharing by competitors – Aka “gun-jumping”. *Information sharing by competitors: minimizing antitrust liability. Avoiding Gun-Jumping in mergers and competitor collaborations*. A live 90-Minute Teleconference. Strafford, jan. 2010.
- SCHLOSSBERG, Robert. Issues of premature control and premerger coordination. *Information sharing by competitors: minimizing antitrust liability. Avoiding Gun-Jumping in mergers and competitor collaborations*. A live 90-Minute Teleconference. Strafford, jan. 2010.
- WHITENER, Mark D. Antitrust Counsel, General Electric Company. *A roundtable sponsored by the Bureau of Economics, understanding mergers: strategy & planning, implementation and outcomes*. Washington: Federal Trade Commission, 9 and 10.12.2002.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A nova legislação brasileira de defesa da concorrência: perspectivas e desafios – comentários à Lei 12.529/2011, de José Antonio Batista de Moura Ziebarth – *RIBRAC* 20/471;
- A nova Lei de Defesa da Concorrência – Lei 12.529/2011, de Leopoldo Pagotto, Bruno Oliveira Maggi e Gabriel Noronha Grecco – *RDB* 55/15; e
- Bomba-relógio ou marca-passo? O prazo de análise de concentrações na nova Lei de Concorrência, de Luiz Eduardo Salles – *RIBRAC* 21/111.

O IMPACTO DA INTERNET NO SETOR DE VENDA A VAREJO DE PRODUTOS SOB A ÓTICA DA CONCORRÊNCIA

2

EDSON TAKESHI NAKAMURA

Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do Grupo de Pesquisa de Direito da Concorrência: condutas unilaterais. Membro da Comissão de Novos Advogados do Instituto dos Advogados de São Paulo – CNA/SP. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Comercial/Empresarial

RESUMO: Este artigo examina o impacto da Internet no setor de venda a varejo, analisando os problemas decorrentes da concorrência via introdução de inovações na venda a varejo alavancado pela Internet. Por fim, o presente trabalho analisa o entendimento do Cade e os aspectos do mercado relevante, principalmente, o geográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Internet – Comércio eletrônico – Concorrência – Varejo – Mercado relevante.

ABSTRACT: This article examines the impact based on Internet on retail sale, analyses competition problems arising innovation introduction on retail sales leveraged by Internet. Lastly, the present paper analyses the Cade's understandings and the relevant market aspects as geographic.

KEYWORDS: Internet – E-commerce – Competition – Retail – Relevant market.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Comércio eletrônico e a Internet – 3. Setor varejista na Internet: 3.1 Mercado relevante no setor de varejo; 3.2 Os problemas decorrentes da concorrência via introdução de inovações no setor varejista – 4. O impacto da Internet no setor de venda de produtos a varejo – 5. Considerações finais – 6. Bibliografia.