

Este Boletín, así como las ediciones precedentes pueden ser obtenidos en Internet, en la dirección siguiente:

<http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/blc/index.html>

ÍNDICE

	EDITORIAL		2
	ALBANIA:	<i>REVIEW OF ANTITRUST: APPLICATION AUTHORITY</i> By: Jetlir Meçi	4
	ARGENTINA:	<i>EL CONTROL JUDICIAL DE LAS CONCENTRACIONES ECONOMICAS</i> Por: Guillermina Tajan	9
	BRASIL:	<i>IMPACTOS DA CONVERGÊNCIA TECNOLÓGICA SOBRE A COMPETIÇÃO NOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES</i> Por: Gesner Oliveira, Ernesto Guedes, Denise de Pasqual, Adriano Pitoli e Bruno Oliva <i>THE EFFECTS OF INTERNATIONAL CARTEL ENFORCEMENT</i> By Bruno Drago	18
	COLOMBIA:	<i>LA NECESIDAD DE INSTAURAR EL DÍA IBEROAMERICANO DE LA COMPETENCIA</i> Por Margarita Alarcón Carrillo	36
	EL SALVADOR	<i>LOS ACUERDOS COMERCIALES REGIONALES: LA PERSPECTIVA DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA (VERSION INGLESA EN PAGINA 44)</i> Por: Celina Escolán Suay <i>"CARTELS": A THREAT TO FREE MARKET</i> Por: Celina Escolan Suay	39
	PERU:	<i>LUCES Y SOMBRAS DE LA NUEVA LEY DE REPRESION DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS</i> Por Mario Zúñiga Palomino	50
	USA	<i>INTERNATIONAL CONSUMER ADVOCAY FOR COMPETITION POLICY: LEARNING FROM THE AAI MODEL</i> By Albert A. Foer	62
	UNIÓN EUROPEA:	<i>¿HACIA UNA REFORMULACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA POR EL TRIBUNAL SUPREMO NORTEAMERICANO?</i> Por: Prof. Dr. Francisco Marcos <i>RESTRICTIONS VERTICALES – LE RÔLE DE LA COMMISSION L'AVENIR DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION ET DE LA DISTRIBUTION EN LIGNE</i> Par Andrei Gurin	69
	INFORMACIONES	<i>INFORMACIONES - LISTA DE ARTÍCULOS PUBLICADOS EN EL BLC</i>	87

EDITORIAL

Apreciados amigos del Boletín,

Deseaba agradecer las contribuciones de los autores en este número donde se demuestra que sigue avanzando en la política de competencia en Argentina, Brasil, El Salvador y Perú. En Argentina por el control de judicial de las concentraciones, en Brasil por la profundización en el sector de telecomunicaciones y en el tratamiento de cooperación anticartel, En el Salvador por el interés en las cláusulas de competencia en los acuerdos comerciales y en Perú por la mejora de la legislación. También se confirma la importancia de la cooperación internacional contra los carteles en Brasil y el Salvador.

Cabe destacar la propuesta del DIA IBEROAMERICANO DE LA COMPETENCIA que se presenta como una etapa necesaria de la cooperación del continente de forma concreta donde la identidad propia se pueda consolidar y favorezca la actitud solidaria de los profesionales de competencia y sus autoridades frente a la crisis económica.

Esperamos que esta propuesta reciba los comentarios en su
E-mail: diaiberoamericanodelacompetencia@yahoo.com

Hay además en este número una interesante aportación del presidente del American Antitrust Institute coincidiendo con los diez años de su existencia Una iniciativa a tener en cuenta y quizá interesante a promover también en América Latina debido a la función de crítica constructiva que comporta y que supone aproximar esta política a los ciudadanos.

Respecto a las aportaciones de los autores de la Unión Europea cabe destacar una reflexión sobre la cuestión de la reformulación del Derecho de competencia en Estados Unidos y otra aportación sobre el proceso de reflexión abierto recientemente sobre las restricciones verticales y el futuro de la reglamentación de las exenciones en las ventas en línea que coincide con el incremento sustancial de operaciones en estos nuevos mercados.

Un cordial saludo

Juan Antonio Rivière

juan.riviere@ec.europa.eu

Miembros del consejo de redacción del BLC

Margarita Alarcón Carrillo (Colombia / USA). Consultora internacional de Competencia (Florida)

Mirna J. Amiama Nielsen (Rep. Dominicana). Abogada. Amiama Nielsen Abogados (Santo Domingo)

Maria Cecilia Andrade (Brasil). Advogada. Mattos, Muriel, Kestener Advogados. Membro Comissão Concorrência e Regulação da Ordem dos Advogados do Brasil (São Paulo).

Vicente Bagnoli (Brasil). Advogado. Sócio de Bagnoli e Gonçalves Advogados. Professor Universidade Mackenzie. Membro Comissão Concorrência e Regulação da Ordem dos Advogados (São Paulo).

Ksenia Belikova (Rusia). Investigadora Universidad Amistad de los Pueblos (Moscú).

Agnes Borges (Brasil). Advogada. (Bruselas).

Olga Dios Kostianovsky (Paraguay). Master of Law. Abogada (Asunción).

Jesús Eloy Espinoza Lozada (Perú). Coordinador de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI (Lima).

Ramón García Gallardo (España). Abogado, SJ Berwin LLP (Bruselas)

Enrique Gonzalez Porras (Venezuela). Economista UCV. Master Economía Industrial Univ. Carlos III.

Daniel Hargain (Uruguay). Director del Estudio Jurídico "Hargain Abogados". Catedrático de Derecho Comercial y Derecho del Comercio Internacional en diversas Universidades de Uruguay. (Montevideo)

Augusto Jaeger Junior (Brasil), Professor Faculdade de Direito Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre).

Martín Moguel Gloria (México). Abogado, Licenciado en Derecho UNAM. Catedrático.

Nicole Nehme (Chile). Abogada. Socia de Ferrada Nehme, a cargo área de libre competencia (Santiago de Chile)

Maria Serra (España). Licenciada en Derecho. (Bruselas)

Guillermina Tajan (Argentina) Abogada Investigadora Fundación Justicia y Mercado (Buenos Aires)

Mauricio Velandia Castro (Colombia). Abogado. Socio principal de Mauricio Velandia Abogados. Profesor Universidad Externado de Colombia (Bogotá).

**BRIEF REVIEW OF ANTITRUST POLICY IN THE REPUBLIC OF ALBANIA:
APPLICATION AUTHORITY**

By: Jetlir Meçi¹

E-mail: ssuf.rudn@gmail.com

HISTORY

Albania is a south European country and her history is linked with her geographical position. From 1946 the communist government tried to build socialism but unfortunately like the history showed they couldn't. This situation lasted till 1991 when resigned the last communist leader. During this period the economy was totally controlled by the government. This state-controlled economy set the foundation of the monopolies in Albania. Since 1946 the government was the only property owner. Only state property was permitted. Even the craftsmen were forced to work in the state factories. Every branch of economics was under strict control. There was no competition, everything was planned before. There were no agencies to control competition or laws to protect it. There was nothing to protect.

1- ACA - Albanian Competition Authority

1992 is the beginning of a new era for Albania. Market driven economy, private property etc. were the dreams of the Albanian people. Soon they began to understand that market is not free, that the people who tried to build communism couldn't build free market. Only 28th of July 2003 the parliament passed the law № 9121 "On protection of competition".² For over 11 years there were not passed rigorous laws or established valid authorities. On 1 March 2004 started its activity the Albanian Competition Authority (ACA), it is established under the Law No. 9121, dated 28.07.2003 "On Protection of Competition".

By law ACA is authorized to initiate investigation procedures. The role of the Competition Authority in the field of regulation of economic activity, in cooperation with other institutions of central and local administration, such as regulatory entities and other bodies is defined by the law No. 9121.

The mission of the Competition Authority is the protection of free and effective competition in the market through the implementation of the legislation on competition. Such legislation defines the rules of conduct to ensure the juridical protection of competition. These rules are defined for both undertakers and the State bodies. In relation to the latter, these rules concern the promotion of horizontal policies that motivate competition through liberalization, improvement of practices for public procurement, the ensuring of a pro-competition approach in privatization processes and an overall enforcement of legitimacy.

Commission is the decision-taking body of the Authority and is compound of five members. It acts as a permanent collegial body.

2- Criteria to be elected as a Commission member

A Commission member can be elected if s/he complies with requirements as follow: a) To be an Albanian citizen; b) To have a working professional experience not less than 15 years; c) To be known for the contribution in economic and juridical field or for its leading competence and distinguished professionalism in different sectors of economy; d) Not to be dismissed from work or civil service by disciplinary action.

3- Commission members' election

1. Commission members are appointed by the majority of the votes, in the presence of more than half of all the members of the Assembly of Albania, for a period of five years. The Assembly appoints the Chairman of the Commission. The Vice- Chairman is elected by the majority of the votes of all the members in the first meeting of the Commission.

2. Commission members may be reappointed not more than twice consecutively. Only for the first time of appointment, when this law will enter into force, the Chairman shall serve a five year term, the Vice Chairman four year term and three other members three year term.

3. Commission members are appointed by the Assembly, with alternative candidates, on the basis of the proposals as following: a) One member is proposed by the President of the Republic of Albania; b) Two members are proposed by the Council of Ministers; c) Two members are proposed by the Assembly.

4. The compensation of the Commission members is determined by the Assembly.

¹ Head of the self-governed students' council of the law faculty of People's Friendship University of Russia (Moscow, Russia).

² Law on Protection of Competition No. 9121, dated 28/07/2003. // <http://www.caa.gov.al/file/kuadri/Approved%20Law%209121.A.pdf>

4 - Irreconcilability and release of Commission members

1. Persons being part of high leading structures of political parties, members of leading structures of commercial associations or persons who exercise economic activity shall not be Commission members.
2. Commission members shall be replaced: a) by the end of its serving term; b) when he is released according to paragraph 3 of this article; c) when s/he dies; d) when s/he resigns; e) is condemned by a Court final decision for committing a penal offence; f) is prohibited or suspended by the Court to exercise a duty as a civil servant or other function in public service or leading functions nearby juridical persons.
3. Commission member shall be released by a decision of the majority, in the presence of more than half of all the members of the Assembly, when: a) Has strongly infringed work ethics carrying out his/her duties; b) Is affected by mental or physical incapacity to carry out his/her duties; c) Is absent for more than three months unjustifiably; d) Lose his/her Albanian nationality.

5- Conflicts of interests

No members of the Commission, including Commission Chairman and Vice Chairman, may take part in a case in which s/he has an interest, or if s/he represents or has represented one of the concerned parties. Where the challenge is contested, the Commission shall take a decision in the absence of Chairman, Vice Chairman or the member concerned.

6- Duties and Competences of the Commission

Commission shall have these competencies: a) To compile the national competition policy; b) To approve the Secretary chart and its personnel; c) To approve the internal functioning regulation of the Authority; d) To supervise the Secretariat work for the application of the provisions of this Law; e) To take decisions on the basis of this Law; f) To issue by-laws and guidelines in compliance with this Law; g) To submit an annual report of the Authority to the Assembly within the first three months of the consequent year; h) To give evaluations to the Commissions of the Assembly, upon their requests, on issues related with competition and legislation in this field; i) To give evaluations and recommendations to central and local administration and other public institutions, trade associations, labour unions, consumer associations, commercial and industrial chambers on issues related with competition; j) To represent the Authority, within and abroad the country, in relationships with other and homologue institutions.

7- Duties of Commission Chairman

1. Commission Chairman shall have these duties: a) To prepare, call and lead Commission meetings; b) To co-ordinate work amongst Commission members; c) To sign Commission's acts, with the exception of the decisions to be signed by all the present members in the meeting; d) to represent Authority in relation with third parties.
2. The Vice-Chairman carries out these duties in the absence of the Chairman.

8 - Decision taking

1. Commission meetings for decision taking are valid when at least four members are present, from which one will be either the Chairman or the Vice- Chairman, with the exception of the stipulated case in article 23 of this Law.
2. The simple majority of present members take decisions. The vote of meeting leader breaks the ties. The abstention is not allowed.

9 - Competition Secretariat

1. The Secretariat shall be managed by the General Secretary, who is elected by the Commission.
2. The Secretariat employee shall enjoy the status of civil servant.
3. The Secretariat investigators shall conduct the administrative investigations in compliance with the Code of Administrative Procedures, this Law and other legislation in force.

10 Competencies of the Secretariat

For the supervision of the application of the provisions of this Law, the Secretariat shall: a) Monitor and analyze the conditions on the market to the extent necessary for the development of free and effective competition; b) Conduct investigation in compliance with the procedures of Code of Administrative Procedures, this Law and other legislation in force; c) Compile and submit investigation reports to the Commission for decision-taking; d) Ensure publishing the decisions taken, by-laws issued according to this Law, and also the annual report of the Authority; e) Follow and supervise the implementation of the decisions taken by the Commission.

11 - Competencies of the General Secretary

The General Secretary is in charge of the day-to-day work of the Secretariat. S/he, in absence or in incapacity to act, may delegate, by the approval of the Commission, his/her competences to one of the directors of Secretariat.

The General Secretary is responsible for: a) Applying the procedures of this Law to deal with the cases; b) Compiling and submitting the concluding report of the investigation nearby the Commission for decision taking; c) Coordinating the departments' work of the Secretariat; d) Preparing the annual report of the Authority; e) Co-operating with other institutions, within and abroad the country for resolving the cases; f) Signing Secretariat written correspondence.

12 - Keeping confidentiality and commercial secrets

The members of the Commission and all Secretariat employees, or the other persons authorized by the Commission to apply this Law shall be subject to professional secrecy and shall not divulge to any person or authority whatsoever confidential information acquired owing to their duties, save in the event that they are to testify before a court. This is even after the termination of the duty. Secretariat publications shall not contain information constituting commercial secret.

13 -Financing of the Authority

The Assembly approves the annual budget for financing the Authority activity, which constitutes a separate article in State Budget. The revenues collected according to this Law, including revenues from sanctions, are disbursed to the State Budget and are used according the legal acts in force. The authority keeps accounts on factual expenditures and revenues, in compliance with Albanian accounting legislation.

STRUCTURE:

	CHAIR		
	ACA COMMISSION-	----- CABINET	
	GENERAL SECRETARY		
Market supervision department	Legal and integration	Human Resources and Documentation Department	Study and analyses sector
Dominant position Sector	European integration Sector	Human Resources and Documentation Sector	
Anti-trust Sector	Inspection and legal case Sector	Finances Sector	
Concentrations Sector			

Albania has a good competition legal base as mentioned by researchers³. The only problem is its' implementation. The control authority started its' activity 5 years ago and tries to establish order in the Albanian market but unfortunately the situation is serious in many economical branches. The dominant players are asphyxiating the small business which is an important part of the market driven economy. For becoming an EU member Albania has to improve market efficiency and not allow monopolies to appear. The Commission was founded for this purpose.

³ See, e.g. Marta Muço Economic Transition in Albania: Political Constraints and Mentality Barriers (Nato Individual Fellowship Program 1995-1997). June, 1997. // www.nato.int/acad/fellow/95-97/muco.pdf

Big dominant players in Albania are in cellular communications, electricity, telecommunications, fuels, food products, construction materials etc. Thus the mobile phones' call tariffs are 3 times higher than in other neighbour countries. Only last year they were penalized. Let's have a look at the following case:

Inquiry on the existence or non-existence of abuse of dominant position in the mobile telecommunications market, by Mobile Telecommunication sh.a. and Vodafone Albania and any other restrictions of competition in this market.

The in-depth investigation was launched in relation to the mobile telecommunications public services, offered by two service providers, AMC and Vodafone. The mobile telecommunications market was created on May 1996, with the licensing of AMC Company (License No. 1) and the subsequent start of its operations.

On 25 July 2000, Telenor - Cosmote company acquired 85 % of the AMC shares, 12.6% of the shares is owned by the Albanian State, and administered by the Ministry of Economy, Trade and Energy of the Republic of Albania, while 2.4% of the shares are owned by small shareholders, who were employees of AMC at the time of the privatization. On 9 June 2001, Vodafone company was the second licensed operator in the mobile telecommunications market (License No. 2), with 51% of common capital shares owned by Vodafone International Holding, and 49% owned by Panafone International Holding. On 1 March 2004, the third operator in the mobile telecommunications market, Eagle Mobile company was licensed (License No. 3). Eagle Mobile was 100% owned by Albtelekom sh.a. During the period of investigation by the Competition Authority, Eagle Mobile has not been exercising any economic activity in the market. In these conditions, only two undertakings have been operating in the mobile telecommunications market during the investigation period, i.e. AMC and Vodafone.

The investigation period in the mobile telecommunications market comprises the period 2004-2005. For the purpose of analyzing the behaviour of the undertakings under consideration during a larger period of time, the Competition Authority has analyzed the mobile telecommunications market for the period 1996-2005.

One of the fundamental criteria to determine dominant position in the market is the respective market share occupied by the undertakings in the product market.

Pursuant to the EU Right to Competition occupation by the undertakings of considerable part of the relevant product market, for a certain period of time, is very likely to be an indicator of their dominant position in the market, although such indicators alone is not sufficient to prove this assertion. The only case where such indicator is considered sufficient to make the assertion is the occupation by the undertakings in excess of 50% of the product market.⁴

This estimation is further confirmed by the European Court of Justice, in Luxembourg, in the resolution of case no. 85/76, dated 13.02.1979 *Hoffmann-La Roche*, and (paragraphs 39, 41): "A dominant position may be the result of several factors, which, considered separately, may not be necessarily decisive, but among them, the existence of a large market share is very important."...Although the market share may differ between markets, indeed it can be stated that, with the exception of exceptional cases, large market shares constitute a proof of dominant position."⁵ This interpretation of the European Court of Justice served as the basis to determine the threshold of market share, expressed in percentage points, such that if held by an undertaking it is sufficient criteria to prove the assertion for dominant position of such undertaking. In the resolution made by the European Court of Justice in relation to case *AKZO*, is stated: "... Dominant Position can be presumed in case of holding a market share of at least 50%. In this case, the undertaking holding in excess of 50% of the market share must provide arguments in order to refute the presumption. (I.e. that does not hold 50% of the market, but less – our note)."⁶

The market shares Mobile Telecommunication sh.a. and Vodafone Albania were estimated on the basis of the *number of subscribers* and the *respective market revenue for each undertaking*. The estimation of market shares of AMC and Vodafone produced the following evidence:

Based on the average number of subscribers:

-in the year 2004: AMC sh.a. had occupied, approximately, 52% of the market, while Vodafone sh.a. had occupied, approximately, 48% of the market;

⁴ Stephen McShea. The "Dominant Position" Doctrine and the European Union's Response to the British Airways/American Airlines Alliance. http://www.bc.edu/bc_org/avp/law/lwsch/journals/bcicl/23_1/04_FMS.htm

⁵ See Case 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission*, 1979 E.C.R. 461, [1979] 3 C.M.L.R. 211, 299 (1979).

⁶ See Case C-62/86, *AKZO Chemie BV v. Commission*, 1991 E.C.R. 3359, [1993] 5 C.M.L.R. 215, 279 (1991).

-in the year 2005: AMC sh.a. had occupied, approximately, 51% of the market, while Vodafone sh.a. had occupied, approximately, 49% of the market.

Based on revenue from call services:

Annual revenues (expressed in '000 Lek)

COMPANY NAME	2004	2005
AMC revenues	16 829 067	18 319 973
Vodafone revenues	17 006 752	19 716 893
TOTAL revenues	33 835 819	38 036 866

-in the year 2004: AMC sh.a. had occupied, approximately, 49% of the market, while Vodafone sh.a. had occupied, approximately, 51% of the market;

-in the year 2005: AMC sh.a. had occupied, approximately, 47% of the market, while Vodafone sh.a. had occupied, approximately, 52% of the market.

Considering the general structure of the market, it results that during the investigation period, the undertakings AMC and Vodafone occupy 100% of the mobile telecommunications market.

So AMC and Vodafone were considered to be two large undertakings that not only dominate the mobile telephony market, but also impact the Albanian economy as a whole. They are part of international telecommunication groups, such as Cosmote and Vodafone, listed in the international stock markets. Moreover during the investigation period AMC and Vodafone resulted as the companies with the highest annual turnover in Albania. Their total annual turnover in the year 2004, equal to 33 835 819 Lek, represents about 4.45 % of the Gross National Product of Albania.⁷

On the other hand the relevant product in the mobile telephony market is homogenous. Demand in the mobile telephony market in Albania has been sustainable. The rate of demand increase in the mobile telephony has been very high. For example, in the years 2003, 2004 and 2005, the rate of demand increase was, respectively, 29%, 15% and 21%, (calculated on the number of subscribers in a given year). Cost in the mobile telephony market in Albania, is uniform, both because of the almost equal production technology, as well as similar conditions of the undertakings operating in the market, i.e. AMC and Vodafone.

Pursuant to Article 8 Law No. 9121 and by reason of estimated market share, market entry barriers, potential competition, the *economic power* of the incumbent undertakings, the negotiating power of the consumers, as well as other market characteristics, results that the companies AMC and Vodafone have dominant position in the mobile telephony market in Albania. More over they abused their dominant position in the mobile telecommunications market, by applying unfair pricing during the investigation period (2004, 2005).

In relation to violations of the Law as stated under paragraph 1, the undertaking Albania Mobile Communication sh.a. (AMC) is imposed a financial penalty equal to 2 % of the annual turnover of the relevant product in the year 2005. The amount of the financial penalty, expressed in value, is equal to 211 552 000 Lek. In relation to violations of the Law as stated under paragraph 1, the undertaking Vodafone Albania sh.a. (Vodafone) is imposed a financial penalty equal to 2 % of the annual turnover of the relevant product in the year 2005. The amount of the financial penalty, expressed in value, is equal to 242 633 000 Lek.

In 2006 this companies fulfilled their income plans in the first three months. For it is not a problem for them to pay this amount of money. The same situation arises in many other branches in Albania. Sometimes phantom companies are established just to make believe that in Albania competition exists. To guarantee a good competition control and a normal functional market at first we have to guarantee the implementation of the law, separation of powers, complete the justice reform and ensure an independent Competition Commission.

⁷ GNP (year 2004)= 752,368,000,000 Lek. Source: Statistical Report of the Bank of Albania, February 2007.

El control judicial de las concentraciones económicas en Argentina¹

Por **Guillermina Tajan**
E-mail: gtajan@gmail.com

1. El derecho de la competencia como categoría jurídica

En cuanto al tratamiento del derecho de la competencia, podemos decir, que el mismo se ha convertido en una categoría jurídica comprensiva de todos aquellos temas y aspectos que conlleva la regulación del mercado con el fin de lograr una cobertura completa de los intereses que concursan dentro del fenómeno oferta-demanda.²

Es por ello que dentro del llamado derecho de la competencia, se encuadran el tratamiento de los actos o prácticas restrictivas de la competencia, el abuso de posición dominante, el control de las concentraciones económicas, la defensa y protección del consumidor, incluida la conducta leal que deben mantener hacia ellos los comerciantes, así como también el ejercicio de una competencia leal (en este caso el enfoque se realiza desde la óptica del derecho privado incluyéndose todos los actos de competencia desleal), quedando muchas veces incluidos por el tipo de actos o conductas desarrollados aquellos aspectos relacionados con la defensa y protección de los derechos derivados de la propiedad intelectual, tales como marcas, patentes, transferencia de tecnología, know-how, secretos industriales y derechos de autor. Dentro de esta categoría también se encontraría comprendido todo lo relacionado con el comercio internacional desleal, en su mayoría por el otorgamiento de ayudas públicas o subsidios, teniendo en cuenta en este caso el enfoque que se realiza es a nivel nacional.

En cuanto al enfoque y tratamiento que se ha dado al “*derecho de la competencia*” en las distintas legislaciones, en muchos casos el mismo se hace en forma conjunta a través de una misma ley dividida en varios capítulos en donde se regula la defensa de la competencia, la competencia desleal y la protección del consumidor. En cuanto a sus antecedentes, es posible afirmar que el derecho de la competencia tiene sus verdaderos antecedentes en la legislación de Canadá y especialmente en Estados Unidos, así como también en países europeos, Alemania, Francia, Gran Bretaña y España. Actualmente en el sistema comunitario, se lo considera en forma muy positiva y es uno de los temas más importantes de la Comisión Europea.³

¹ El presente artículo integró el material que fuera entregado en la Jornada sobre “Derecho de la competencia y su control judicial”, que se desarrolló el 28 de octubre de 2008, organizada por la Fundación Justicia & Mercado, en Buenos Aires, Argentina.

² Sobre el Derecho de la Competencia pueden consultarse: Derecho de la Competencia y su control judicial, Directores Eduardo M. Favier Dubois (h) – Guillermina Tajan, Ad-Hoc. 2008, Buenos Aires, Argentina, Cabanellas de las Cuevas Guillermo, Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia, Ed. Heliasta, Bs.As., 2005, Molina Sandoval Carlos A., Defensa de la Competencia, Ed. Errepar, Bs. As., 2006, Coloma, Germán, Defensa de la Competencia, Análisis Económico Comparado, Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As., 2003, Vitolo, Daniel, Manual Económico Jurídico de la Empresa y de las Inversiones Extranjeras, Ed. Ad-Hoc, Bs.As., 2003, Vitolo, Daniel, Foreign Investments in Argentina, Competition and Antitrust Law, Ed. Ad-Hoc, Bs.As., 2002, Martínez Medrano, Gabriel, Control de monopolios y defensa de la competencia, Ed. Lexis Nexis, Bs.As., 2002, Carbajales Mariano O. y Marchesini Dardo, Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia, Ed. Ad Hoc, Bs.As., 2001, Coloma, Germán Análisis económico de la ley de defensa de la competencia, Ediciones Ciudad Argentina Bs. As. 2000, Rimoldi de Ladman, Eve y otros, Derecho de la Competencia, Ed. La Ley Bs.As. Diciembre 2000, Nazar Espeche, Felix, Defensa de la Competencia, 2001, Bs.As. Ed. Depalma, Derecho de la competencia Europeo y Español, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, Dromi, Roberto Competencia y Monopolio. Argentina, Mercosur y OMC, Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As. 1999.

³ La Comisión Europea tiene entre sus Direcciones Generales la Dirección General IV que es la encargada de llevar a adelante toda la política de competencia de la UE a nivel comunitario. Sobre el tema puede consultarse “Las últimas reformas en el derecho de la competencia en la Unión Europea. Referencia obligada sobre los recientes casos de concentraciones económicas en Argentina”, Tajan Guillermina, La Ley Actualidad 20/10/2005 y 25/10/2005.

2. Defensa de la competencia

La ley 25.156 que rige actualmente en nuestro país, tiene como antecesora más remota a la ley 11.210 del año 1923 sobre Represión de Monopolios, siendo modificada con posterioridad en el año 1946 por la ley 12.906, esta última se refería casi con exclusividad a la represión de todas aquellas conductas tendientes a establecer o sostener el monopolio, teniendo una escasa efectividad, debido a que el espacio para la aplicación de políticas antitrust se hallaba sumamente acotado, en gran parte por el hecho de que durante su vigencia se privilegió como instrumento de intervención, la regulación directa de la actividad económica, política que se instrumentaba dentro de un contexto en el cual las políticas industriales y comerciales estaban básicamente orientadas a la protección de la actividad interna como sustitutiva de las importaciones. Pese a que una vez dictada existieron varios proyectos de reforma o sustitución, recién en el año 1980 fue reemplazada por la ley 22.262, que rigió hasta la sanción de la actual ley 25.156 en el año 1999.

La ley 25.156⁴ tiene como uno de los principales objetivos el mantenimiento y desarrollo de una competencia eficaz en los mercados, ya sea actuando sobre el comportamiento de los agentes económicos o actuando sobre las estructuras de los mercados. La defensa de la competencia se encuentra contemplada expresamente en el art. 42 de la Constitución Nacional, al establecer como derecho la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados. La reforma constitucional del año 1994, estableció en el capítulo segundo, nuevos Derechos y Garantías, expresamente el art. 42 dice *“Los consumidores de bienes y servicios tienen derechos, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de sus derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios”*.

Una especial referencia merece la consideración que actualmente se realiza sobre el papel del consumidor en la Unión Europea y su relación con las políticas de competencia. Al respecto la Comisión ha señalado, por medio de sus informes, que es plenamente consciente de lo difícil que suele ser que todo consumidor aprecie el impacto de la política de competencia en su vida cotidiana. Esto se debe a la complejidad de no pocos asuntos de competencia y al hecho que la actuación de la Comisión en este ámbito a menudo sólo afecta indirectamente a sus intereses. Por ejemplo, la eliminación de un cártel relacionado con bienes de consumo o la prohibición de los precios excesivos cobrados por un operador dominante de telecomunicaciones puede llevar directamente a un inmediato descenso de los precios, que se apreciará en el presupuesto de cada familia; pero un sistema eficaz de control de las operaciones de concentración no siempre se considerará beneficioso por parte de los consumidores a los que favorece. Y es que el control de operaciones de concentración en la UE sirve para anticiparse a los posibles efectos negativos de las concentraciones en el bienestar del consumidor. Por tanto, los resultados positivos del control de concentraciones a menudo sólo son evidentes a largo plazo. En las últimas reformas introducidas se encuentra la creación de un puesto de Consejero de Relaciones con los Consumidores en la DG COMP, con objeto de fomentar y facilitar la participación de las asociaciones u organizaciones de consumidores.⁵

Los problemas económicos contra los cuales pueden aplicarse eficazmente políticas de defensa de la competencia, sean estos reales o potenciales, surgen de la aparición de actos, conductas y estructuras económicas, que conspiran contra el funcionamiento óptimo de los mercados. Dentro de dichos problemas

⁴ La normativa comprende además de la Ley 25156/99, Decretos 89/01 y 396/01 y Resolución 40/2001 (Guía para la notificación de Operaciones de Concentración Económica), Resolución 164/2001 (Lineamientos para el Control de las Concentraciones Económicas) y Resolución 26/2006 (Normas de Procedimiento Aplicables a las Solicitudes de Opiniones Consultivas).

⁵ XXXIII Informe de la Comisión Europea sobre la Política de Competencia (2003), (páginas 18 y 19). Oficina de Publicaciones ISBN 92-894-8333-4.

podemos citar algunos: las barreras artificiales a la entrada⁶, los comportamientos colusivos⁷, los comportamientos exclusivos.⁸

En cuanto a la aplicación de las políticas de defensa de la competencia, según los instrumentos que se utilicen, podemos clasificarlas en dos grandes grupos: las políticas de comportamiento y las políticas estructurales.⁹ Dentro del primer grupo encontramos todas aquellas políticas que están focalizadas en la detección de actos, conductas y todo aquel comportamiento restrictivo o que implique un abuso de posición dominante en los mercados. En el segundo grupo de políticas nos encontramos con aquellas que están dirigidas hacia las estructuras, que son las encargadas en definitiva de llevar a cabo las conductas y comportamientos o bien ejercer en forma abusiva una posición de dominio. Con este tipo de políticas se busca lograr una modificación en la configuración de los mercados de bienes y servicios, a través de medidas que tiendan a incrementar el número de agentes económicos que actúan en un mercado. Este tipo de política tiene lugar a través de: el control de adquisiciones y fusiones y las escisiones y desmembramientos empresarios. Con la sanción de la ley 25.156 queda incorporado a nuestro sistema jurídico la aplicación de los dos tipos de políticas antes descriptos, tanto las políticas de comportamiento, que ya se encontraban en su antecesora la ley 22.262, como las políticas estructurales, con la incorporación del control de concentraciones económicas.

La ley 25.156 estableció como autoridad de aplicación el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (art. 17), hasta tanto el mismo sea constituido, la Comisión Nacional de Defensa de Competencia – actualmente dependiente de la Secretaría de Comercio Interior-¹⁰, es la autoridad de aplicación y por lo tanto el organismo administrativo encargado de recepcionar las denuncias y llevar a delante las investigaciones de oficio en su caso. La reglamentación de la ley estableció que las partes del proceso podrán interponer recurso de apelación por ante la Cámara Federal en lo Civil y Comercial Federal en la Ciudad de Buenos Aires y la Cámara Federal que corresponda en el interior del país. Del recurso interpuesto por una de las partes, previa vista a las demás partes se deberá a través del Ministerio de Economía y Producción elevar el expediente a la Cámara Federal que corresponda.¹¹

Dado que el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia no se encuentra aun conformado, tanto las denuncias como las concentraciones económicas presentadas han sido analizadas y continua siendo así por la CNDC. En forma reciente el Informe Inter-pares de la OCDE (2006), ha señalado lo desafortunado del hecho que el Tribunal aún no haya constituido, remarcando la existencia de un proceso atípico e híbrido: las disposiciones de fondo de la ley de 1999, que incluyen el control de las fusiones, tienen plena vigencia, pero las aplica la CNDC. Los procedimientos y facultades otorgadas al Tribunal por la ley son ejercidos por la CNDC, con la importante salvedad de que la CNDC continúa desempeñando un papel meramente consultivo, desenvolviéndose en el marco de un ministerio gubernamental. Esta situación genera una inseguridad tanto de fondo como administrativa.

En función de ello el informe destaca en sus conclusiones que la creación del Tribunal mejoraría significativamente la independencia del organismo de defensa de la competencia. Sus miembros serían designados por concurso de antecedentes por un jurado cuasi-independiente y por un período fijo de ejercicio del cargo. Tendría facultades para emitir decisiones ejecutables, revisables sólo por los tribunales judiciales. No obstante, los expertos afirman que es políticamente imposible conferir a este organismo el grado de independencia que dispone la ley actualmente. Las leyes de defensa de la competencia en otros países establecen

⁶ Entendidas como aquellos obstáculos capaces de incrementar el riesgo, tiempo y esfuerzo que deben enfrentar los potenciales competidores en caso de ingresar al mercado.

⁷ Se entiende por comportamiento colusivo o practica colusoria, a la formación de estrategias empresarias comunes, a través de acuerdos o concertaciones de precios. Estas prácticas afectan principalmente a los consumidores.

⁸ Los comportamientos exclusivos consisten en acciones llevadas a cabo por una firma en contra de firmas rivales, que pueden ser competidoras reales o potenciales. Se asocian fundamentalmente a dos tipos de estrategias: los precios predatorios y los precios discriminatorios. Estas prácticas afectan a los competidores.

⁹ Un estudio económico acerca de las Políticas de Competencia, puede verse en Propuesta de convergencia en Política de Competencia, por el Instituto Torcuato Di Tella, Bs. As. 1992.

¹⁰ En forma reciente por medio de la Resolución 70/2008, de la Sec. de Comercio, se estableció la reorganización interna administrativa de la CNDC, en su carácter de organismo desconcentrado en la órbita de la Sec. de Comercio, dependiente del Ministerio de Economía y Producción.

¹¹ Arts. 26 y ss. y Art. 53 Dec. Reglamentario 89/2001.

que dichas facultades competen al poder ejecutivo, pero la mejor práctica en ese sentido es seriamente restringirlas a cuestiones de "interés público prevaleciente" u otra frase en tal sentido.¹²

Para la aplicación de la ley es necesario que los actos o conductas, y ahora también las concentraciones económicas, produzcan un interés contrario al interés económico general, para la efectiva aplicación de la ley no rige el principio "per se" (prohibición absoluta), principio donde las conductas se consideran ilegales por sí solas, por lo que no se hace necesario evaluar su impacto económico en términos de eficiencia o posibles beneficios al consumidor, sino que únicamente se requiere demostrar la ocurrencia de la conducta para proceder a imponer sanciones. Es preciso determinar la posible existencia de efectos económicos negativos para la comunidad, de esta forma para el análisis de una conducta o un acto restrictivo se utiliza el método denominado "regla de la razón", o enfoque de razonamiento, ello supone un análisis detallado, en el cual la aplicación de la legislación dependerá del equilibrio entre los efectos de una determinada conducta o concentración y el logro de una mayor eficiencia económica.

En referencia al perjuicio posible para el interés económico general, Cabanellas, señala que el elemento a ser aquí analizado constituye uno de los conceptos esenciales de la Ley, pues limita el marco de las prohibiciones allí incluidas, relacionando a las figuras previstas en el artículo con el sistema económico en su conjunto, y además agrega, una de las dificultades que enfrenta todo régimen regulatorio de la competencia es el hecho de que no todas las conductas lesivas de esta son contrarias a los intereses económicos de la comunidad.¹³

3. Concentración económica

En doctrina se ha señalado, que los procesos de concentración económica llevados a cabo a través de vínculos de empresas, que pueden manifestarse por diferentes vías, entre las cuales se encuentran generalmente las fusiones o las adquisiciones de participaciones accionarias, son un fenómeno de nuestro tiempo que abreva en las fuentes del derecho societario y dentro de ella, específicamente en los sistemas de control. El crecimiento desmedido de las concentraciones puede importar una influencia dominante nociva para el mercado como, asimismo, la formación de unidades de poder económico y socio-político con participación dirimente en los avatares de los mercados y de los países. Conscientes de ello, la mayoría de los países del mundo que cuentan con una legislación específica de defensa de la competencia han establecido mecanismos de control previo de concentraciones y fusiones.¹⁴ Asimismo y con respecto a la ley 25.156 se ha sostenido que "*en la actual tendencia prevalece el control del ejercicio del poder económico mas que su formación*".¹⁵

Como ya hemos señalado, en cuanto a la aplicación de las políticas de defensa de la competencia, según los instrumentos que se utilicen, podemos clasificarlas en dos grandes grupos: las políticas de comportamiento y las políticas estructurales. Las concentraciones empresarias, provienen de las fusiones y adquisiciones de empresas impulsadas por la expectativa de adquirir ventajas competitivas que posibiliten a las firmas mejorar su desempeño en el mercado. La agrupación de varias empresas permite lograr sinergias en numerosos ámbitos, como, por ejemplo, en la investigación y desarrollo de nuevos productos, y como consecuencia de la probable existencia simultánea de efectos beneficiosos y perjudiciales para la comunidad, la evaluación previa de estas operaciones tiene como objeto evitar únicamente aquellas que puedan finalmente resultar perjudiciales para la sociedad. Ahora bien, no obstante los efectos positivos que las concentraciones tienen en los mercados, y en particular en las empresas, todas aquellas que traigan aparejados efectos nocivos para la comunidad y en definitiva para los consumidores no deberían autorizarse a fin de evitar los abusos que de ellas puedan derivarse.

El Capítulo III de la ley 25.156, trata las concentraciones económicas, y expresamente el artículo 6* establece que estaríamos en presencia de una *concentración económica*, cuando se verifique la toma de control de una o varias empresas a través de los siguientes actos: a) la fusión entre empresas; b) la transferencia de fondos de comercio; c) la adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o

¹² Ver al respecto, OCDE – BID, Derecho y Política de competencia, Examen inter-pares, Argentina, 2006.

¹³ Cabanellas de las Cuevas Guillermo, Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia, Editorial Heliasta, Tomo I, Bs. As. 2005, pág. 251.

¹⁴ Vitolo, Daniel, Manuel Económico Jurídico de la Empresa y de las Inversiones Extranjeras, Editorial Ad-Hoc, 2003, pág. 363 y Vitolo, Daniel Foreign Investments in Argentina. Competition and Antitrust Law. Ad-Hoc, 2002

¹⁵ Horacio Fargosi, Breves anotaciones sobre la nueva ley de defensa de la competencia, Antecedentes Parlamentarios, Sección Doctrina, Septiembre 1999, pág. 165.

títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita cuanto tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre la misma; d) cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa.

La definición del concepto de concentración solo incluye las operaciones que implican una modificación permanente de la estructura de las empresas participantes, dicha modificación estructural tiene lugar cuando se fusionan empresas anteriormente independientes o cuando se adquiere el control sobre la totalidad o parte de la empresa. La definición del concepto de concentración solo incluye las operaciones que implican una modificación permanente de la estructura de las empresas participantes, dicha modificación estructural tiene lugar cuando se fusionan empresas anteriormente independientes o cuando se adquiere el control sobre la totalidad o parte de la empresa.¹⁶

La clasificación más usual de las fusiones y adquisiciones en la literatura económica tiene que ver con el tipo de mercados en los que actúan las empresas implicadas en la operación en cuestión, distinguiéndose así las concentraciones horizontales, concentraciones verticales, y concentraciones de conglomerado.¹⁷

4. Control judicial

La efectiva aplicación de la ley 25.156 por parte de la autoridad de aplicación, ha ido evolucionando con el transcurso del tiempo, prueba de ello es el gran número de operaciones de concentración económica que habiéndose presentado han sido aprobadas. Por otra parte, ha ocurrido en muchas ocasiones que las partes intervinientes han tenido que dar intervención a los tribunales, es por ello que a continuación se hará un breve resumen de los últimos casos de concentraciones económicas que por distintas razones han sido objeto de control judicial.

4.1. Jumbo-Disco

Cuando en noviembre de 2003 se anunciaba la adquisición, por parte del grupo chileno Cencosud (Dueño de los Hipermercados Jumbo y del Shopping Unicenter) de la cadena de supermercados Disco, los participantes de la operación no se esperaban las complicaciones que la misma iba a sufrir.¹⁸ La operación tuvo su primer complicación, en el mes de abril del 2004, cuando a través de un recurso de amparo, presentado ante el Juez Federal de San Rafael, Mendoza, Dr. Héctor Acosta, se solicitó se ordene a la Secretaría de Coordinación Técnica del Ministerio de Economía y a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que suspenda el trámite de notificación previa (art. 8º de la Ley de Defensa de la Competencia) de la concentración económica mediante la cual CENCOSUD pretende tomar control de la cadena de Supermercados Disco-Vea, hasta tanto se constituya el Tribunal de Defensa de la Competencia que dispone el art. 17 de la ley 25.156 en virtud de que no sólo no se cumple con lo establecido por la anterior ley 22.262 que creó la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y a la fecha de la interposición de la demanda se encuentra actuando sin quórum mínimo, sino que

¹⁶ Con referencia al concepto de concentración puede consultarse: Martínez Medrano Gabriel, Actualidad en Derecho de la Competencia en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 296, Abril-Mayo 2004, pág. 541, Peña, Julián, La confidencialidad en el Régimen de Control de Concentraciones económicas, Boletín Latinoamericano de Competencia N°18, Febrero 2004, Peña, Julián, Control de Concentraciones Económicas, Marco normativo e interpretación jurisprudencial, Rubinzal Culzoni, 2002, Quevedo, Viviana G. de y Peña, Julián, El control de concentraciones económicas entre empresas que exportan a la Argentina, ED 19/3/02, Tajan Guillermina, Comentarios acerca de la efectiva aplicación de la ley de defensa de la competencia argentina, Boletín Latinoamericano de Competencia N° 13, noviembre 2001, Quevedo, María Viviana, Apuntes sobre el régimen de notificación obligatoria de concentraciones económicas, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año 2000, Depalma, Bs.As., Immenga, Ulrich; El Mercado y El Derecho, ¿Límites de política de defensa de la competencia a la ola de fusiones?, Universitat de Valencia, Departamento de Derecho Mercantil, 2001, Otaegui, Julio Cesar, "Concentración societaria", Ed. Abaco, Bs. As. 1984, Otamendi, Jorge, El interés económico general y la eficiencia económica en la ley de defensa de la competencia. La Ley 1999-E pág. 1087.

¹⁷ En referencia al análisis económico de la Defensa de la Competencia puede consultarse a Germán Coloma en Defensa de la Competencia, Ediciones Argentina, Buenos Aires 2003.

¹⁸ Diario La Nación 18/11/03.

tampoco se cumple con lo ordenado por la ley 25.156 que crea el Tribunal de la defensa. Se solicitó también que se evalúe dicha operación económica conforme la citada ley, prohibiendo que se autorice a dicha concentración hasta la constitución del Tribunal.

En el objeto de la pretensión se aludió a la afectación del derecho de la competencia amparado por los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional que ocasiona la concentración económica mencionada y solicita se disponga la prohibición de autorizar la operación dicha concentración económica. En subsidio, se solicitó la suspensión de toda otra autorización de asociación, fusión o cualquier figura similar, hasta que se constituya el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, como lo exige la ley 25.156 por cuanto se estaría produciendo una violación reiterada de la normativa vigente. El Juez Acosta conforme una primera decisión dispuesta de manera cautelar ordenó que las firmas CENCOSUD SA y DISCO AHOLD INTERNATIONAL HOLDINGS NV se abstengan de consumir entre sí cualquier acto de los enumerados en el art 6° de la ley 25.156, hasta tanto se resuelva en definitiva. Asimismo y para el caso de haberse concretado estos actos, se retrotraiga la negociación entre sí al estado de mera oferta, debiendo continuar operando dichas empresas, como dos grupos independientes hasta tanto se resuelva el principal. Con fecha 3 de agosto de 2005, se hizo lugar a la acción de amparo.

El juez federal señaló que el Tribunal de Defensa de la Competencia establecido por ley 25.156, no se encontraba constituido a fecha 7 de abril de 2004, frente a tal acontecer, la autoridad actuante en el proceso administrativo que aludiéramos, no es más ni menos que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. A la fecha aludida, la CNDC se encontraba conformada por sólo dos miembros. El juez federal entendió que el actuar de la Comisión resultó arbitrario desde que su falta de composición así tornaba su actividad, estableciendo que: *“Le asistiría razón a la actora que para el caso en que tal, como “prima facie” acredita, se habría producido el negocio jurídico alcanzado por los artículos 6 y 8 de la Ley 25.156, dicha concentración económica estaría siendo revisada o supervisada por un órgano groseramente desintegrado que carecería de legitimación alguna para actuar como tal.”*

De esta forma se procedió a hacer lugar a la demanda de amparo, entendiéndose que el supuesto tratado en autos, se encasillaba dentro de la norma constitucional del art. 43 de la Constitución Nacional que establece la posibilidad de toda persona de recurrir mediante la acción de amparo a la justicia frente a todo acto de autoridad pública que resulte arbitrario y que viole, restrinja, altere o amenace, derechos y garantía reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley. Asimismo, el juez federal, declaró ilegítima y arbitraria la actuación de la CNDC a fecha 14 de abril de 2004 por su falta de integración y ordenó a esta última que con su total conformación de cinco miembros, bajo las previsiones de la Ley 25.156 prosiga el trámite de notificación previa (art. 8 de la Ley de Defensa de la Competencia) de la concentración económica. Con fecha 22 de marzo de 2006, la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza decidió revocar parcialmente la sentencia de primera instancia y, de ese modo, declaró abstracta la acción de amparo iniciada por el señor Manuel Belmonte y la Asociación Ruralista de General Alvear -Provincia de Mendoza-, ordenó a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia que, con su total conformación de cinco miembros inicie el trámite de notificación previa respecto de la concentración económica entre Cencosud S.A. y Supermercados Disco-Vea (art. 8° de la ley 25.156 y normas reglamentarias) y dejó sin efecto las medidas cautelares dictadas en la causa. Impuso las costas de ambas instancias al Estado Nacional, a Cencosud S.A. y a Disco Ahold Internacional Holding S.A.

Ante dicho pronunciamiento, se interpuso recurso extraordinario, sosteniendo que el mismo es anómalo y se aparta de las normas jurídicas vigentes. El fiscal en su dictamen, consideró que la interpretación de las leyes 22.262 y 25.156 en cuanto a la autoridad de aplicación de esas normas como a las reglas de su funcionamiento, suscitaba cuestión federal suficiente para habilitar la instancia extraordinaria, por lo que correspondía su admisión formal, debiéndose hacer lugar a la queja, declarar mal denegado el recurso extraordinario y revocar la sentencia. Finalmente, con fecha 16 de abril de 2008, la CSJN, compartió las consideraciones formuladas por la señora Procuradora Fiscal, agregando que tampoco es razonable concluir -como lo hizo la cámara- que ante el silencio de la ley 22.262, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia puede desarrollar válidamente sus funciones siempre y cuando cuente con la participación del número total de miembros que deben integrarla. Si bien es cierto que la ley mencionada no prevé el quórum funcional de dicha comisión, ello no solamente no sustenta el criterio seguido en autos por la cámara, sino que, por el contrario ese criterio es incompatible con el modo en que diversos regímenes regulan la actuación de órganos colegiados de la Administración Pública Nacional, en tanto establecen la validez de su funcionamiento con un número menor a la totalidad de sus integrantes (confr. art. 58 de la ley 24.076 -ENARGAS-; art.62 de la ley 24.065 -ENRE-; art. 10 del anexo I del decreto 1388/96 -CNRT-; art. 22 del decreto 375/97 y sus modificatorios -ORSNA-; art. 13 del decreto 1185/90 -

CNT-; art. 3 de la ley 17.811 -CNV-), haciendo lugar a las quejas presentadas, declarando procedentes los recursos extraordinarios y revocando la sentencia de los autos principales.

4.2. Petrobras – Perez Companc

La operación notificada consistió en la adquisición, por parte de la sociedad PETROLEO BRASILEIRO S.A., a través de PETROBRAS PARTICIPAÇÕES S.L. del 58,62% del capital accionario de PEREZ COMPANC S.A. y del 58,88% de las acciones de PETROLERA PEREZ COMPANC S.A., tomando en consecuencia, el control exclusivo sobre las mismas. Luego del cierre de la operación, PETROBRAS sería titular, en forma indirecta, de distintas participaciones accionarias, de participaciones en UTES de explotación y de exploración de petróleo y gas.

En lo que se refiere al tema de las concentraciones de conglomerados, la CNDC no registraba hasta comienzos del año 2003 ningún caso de desautorización total ni parcial de una operación de este tipo, siendo este caso, la mayor concentración de conglomerado analizada, ya que en la misma se involucraron aspectos de carácter vertical, de carácter horizontal y de extensiones de producto y de mercado. La operación fue aprobada sin condicionamientos, pero con la firma de un compromiso ofrecido por Petrobrás, el que consistía en que la firma estatal brasileña, venda en un futuro, a otro grupo de carácter nacional, la Transportadora de Electricidad Transener – esta empresa es la mayor concesionaria del sistema de transmisión de electricidad nacional. Dicha venta, se estableció que debía ser supervisada por el ENRE y por la Secretaria de Energía.¹⁹

4.3. Aeroandina

Un tema no menor, es la demora en que incurren la parte o partes obligadas de realizar la notificación de la concentración económica, ya que la demora en dicha notificación puede acarrear la imposición de multas. En el caso Aeroandina S.A., la CNDC al momento de calcular la multa sostuvo lo siguiente: *“que a los fines de calcular la multa por notificación tardía debe tenerse en cuenta: “el impacto de la operación sobre la competencia; el patrimonio de la empresa; el plazo de demora; la existencia de una diligencia preliminar; el monto de la operación (o el valor de los activos involucrados); y la habitualidad de las notificaciones.”*²⁰

En el caso señalado las partes apelaron la resolución, y la sala I de la Cámara Civil y Comercial Federal consideró, al igual que la Secretaría y la CNDC, que la infracción se encontraba configurada debido a: *“a) la demora en presentar el Formulario F1 de notificación, analizada en contexto de las intimaciones cursadas al efecto por la autoridad administrativa y b) la ausencia de una excusa justificante.”* En dicha oportunidad el tribunal interviniente consideró que la infracción se trata de “una infracción que se comete por omisión y de carácter instantáneo.”²¹

4.4. Recreativos Franco

En el marco de un trámite de notificación de una concentración económica, se subordinó su autorización a la modificación del plazo de no competencia establecido por las partes, estableciéndose que el mismo no debe exceder los dos años, contados a partir de la fecha de cierre, establecida en el mismo contrato. Ante dicha resolución, las partes intervinientes apelaron la misma argumentando que el análisis de las cláusulas del contrato de compra-venta de acciones no debe realizarse en abstracto sino considerando la potencialidad de cada caso en particular de provocar un perjuicio para el interés económico genera.²²

La resolución fue apelada ante la Cámara Federal Civil y Comercial Federal, y si bien las recurrentes no plantearon la nulidad de la resolución de la CNDC con fundamento en que fue dictada por un funcionario incompetente, tal circunstancia no fue óbice para que la Sala I haya declarado, de oficio, la invalidez de esa decisión, habida cuenta, y ello fue señalado en los considerandos, que la existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta por la falta de un requisito esencial, que afecta una garantía constitucional, no podría ser confirmada (Considerando N° 7).

¹⁹ Dictamen Concentración N° 388. Memoria Anual CNDC 2003.

²⁰ Caso Aeroandina SA, Resolución N° 54/2003, y Dictamen N° 343/03

²¹ Sobre el tema puede consultarse “Multas por notificación tardía”, Yofre Juan, Nota a fallo, La Ley Suplemento Actualidad 23/6/06.

²² Resolución N° 157/05 21/9/05.

4.5. Quilmes – Brahma

En el mes de enero del año 2003, la CNDC, aprobó la operación que fuera anunciada durante el mes de mayo del 2002, a través de la cual Ambev (dueña de Brahma) se convertiría en el nuevo socio de la cervecera Quilmes Industrial (Quinsa) sociedad holding del Grupo Bemberg. Según el preacuerdo firmado entre ambas firmas, Ambev debía pagar 346 millones de dólares por el 37,5% de Quilmes Industrial (Quinsa), quedando en manos de la Familia Bemberg el control de Quinsa al continuar siendo el dueña del 30% y del 53% de los títulos con derecho a voto. Con la adquisición del paquete accionario por parte de Ambev (Brahma), Quilmes pasaría de controlar el 66% al 82% del mercado de cerveza, de esta forma con la unión de los grupos brasileño y argentino, se constituía una concentración de carácter horizontal, a través de la cual se crearía la cuarta mayor empresa de cervezas del mundo, siendo su intención competir con los gigantes mundiales del negocio cervecero, como Budweiser y Heineken, así como también ser la principal operadora en mercados regionales como el de Argentina, Bolivia, Chile, Paraguay Uruguay y Brasil.²³

La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia dio luz verde a la operación, aunque estableció que las empresas deberían realizar fuertes desinversiones, desprendiéndose de algunos de sus activos, con el propósito de que con la transferencia de las marcas y las plantas a un nuevo competidor se facilite la aparición de un rival de peso para la nueva Quilmes-Brahma, de manera de asegurar la competencia y disciplinar los precios. Se estableció, además que el operador debería ser un nuevo jugador en el mercado que hasta ahora no producía cerveza en la Argentina.

Las condiciones puestas por la Comisión fueron las siguientes: 1) Quilmes-Brahma tiene un año para vender a un nuevo jugador que no opere actualmente en la Argentina toda la planta de Brahma en Lujan, una planta que según la valuación que figura en el preacuerdo esta estimada en 160 millones de dólares; 2) Quilmes deberá vender o la menos dejar de producir las marcas Bieckert y Palermo, que tienen entre las dos un 10 % del mercado local. También deberá optar en el mismo sentido entre una de sus dos marcas Imperial y Heineken (Quilmes cedería esta última con un 4% del mercado), 3) Quilmes también deberá ceder la maltería que controla en Llavallol, en el predio de Bieckert, aunque en este caso podría ser en la forma de un alquiler a no menos de diez años.

La resolución oficial, estableció que se deberá permitir el acceso, sin limitación, a todas las redes de distribución utilizadas por ellas de las cervezas fabricadas o comercializadas por el nuevo entrante, por un periodo de siete años como mínimo. La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia estableció un plazo de 12 meses para concretar la venta de sus marcas y plantas, y una vez concluidas las mismas, la unión entre Quilmes y Brahma dejara un mercado constituido de la siguiente manera: Quilmes-Brahma conservara el liderazgo con una participación del 65,6%, seguido por el nuevo competidor internacional, que pasara a controlar el 14,3% de las ventas, seguida por CCU/Budweiser con el 12,3 % e Isenbeck con el 7,3%.

Un competidor que se opuso a la operación, fue Isenbeck al presentarse ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, denunciando que la operación perjudicaba a los consumidores porque creaba una empresa con el 82% del mercado, también solicitó participar en el procedimiento de investigación a llevar adelante por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, siendo dicha solicitud rechazada por parte de la Comisión. La empresa apeló la medida dispuesta por la CNDC ante el tribunal de alzada, la Cámara Civil y Comercial Federal, solicitando una medida de no innovar, aduciendo en dicha petición que tenía un interés legítimo. En primer lugar, la Sala III de la Cámara Federal Civil y Comercial, ordenó suspender el proceso e hizo lugar a la medida de no innovar solicitada por Isenbeck, ordenando a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia suspender el trámite de la operación entre Quilmes y Brahma, hasta tanto se pronuncie sobre el recurso de apelación y el pedido de suspensión interpuestos por Cervecería Argentina SA Isenbeck.²⁴

En el mes de octubre de del año 2002, la sala III, negó a la empresa Isenbeck el derecho a participar en el proceso de fusión de Quilmes/Ambev, señalando que el gravamen enunciado por la apelante era conjetural, ya que Isenbeck quería ser parte para poder recurrir una decisión que aun no había sido dictada.²⁵

²³ CNDC Dictamen de Concentración N° 376 e información periodística de La Nación 3/5/02 y 14/1/03, El Cronista Comercial 2/5/02, BAE 3/5/02 y Clarín 2/5/02, 14/1/03 y 15/1/03, Diario Judicial 3/2/05.

²⁴ CNCiv y Com Fed, sala III, Cervecería Argentina SA Isenbeck s/ medidas cautelares, 3/9/02.

²⁵ CNCiv y Com Fed., sala III, Cervecería Argentina SA Isenbeck 29/10/02.

Posteriormente, con fecha 24 de agosto de 2006, la sala III intervino nuevamente a raíz de una denuncia presentada en los términos de los artículos 26 y siguientes de la ley 25.156 (LDC), por infracción a las disposiciones de los Art. 1, 2 (incs. A, c y g) y 7 de la referida ley, y de una resolución dictada por la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y Defensa del Consumidor (SCDDC), en el marco del trámite de notificación de la concentración económica Quilmes-Brahma, habiéndose solicitado también una medida preventiva en los términos del art. 35 de la LDC, para que las partes intervinientes en la concentración se abstengan de realizar en lo sucesivo, en forma conjunta, cualquier acto que implique la venta, comercialización, distribución, publicidad, acciones de marketing, facturación o cobranza de los productos que elaboran, fabrican y/o distribuyen. La CNDC había resuelto denegar la medida preventiva solicitada en los términos del art. 35 de la ley 25.156. En sus considerandos la sala sostuvo, “El bien protegido por la ley 25.156 (...) es el interés económico general por lo que la mera circunstancia de que la prolongación del tiempo fijado para el cumplimiento de las condiciones a las que se subordinó la concentración económica se deba a un hecho ajeno a las empresas, no es razón suficiente para permitir, con prescindencia de ese interés, que las notificantes integren su negocios sin mayor precisión o limitación por parte de la autoridad de aplicación”, procediendo a ordenar el dictado de una medida cautelar en los términos del art. 35 de la ley 25.156, y ordenándose suspender la ejecución de los actos denunciados, y abstenerse en el futuro de realizar en forma conjunta cualquier acto relacionado con la venta, comercialización, distribución, publicidad, marketing, facturación y cobranza de los productos que elaboran, fabrican y/o distribuyen, como si la operación ya hubiese sido autorizada, hasta tanto la autoridad de aplicación dicte la medida dispuesta.²⁶

²⁶ CNCiv. y Com .Fed., sala III, Cerveceria Argentina SA Isenbeck 29/10/02

IMPACTOS DA CONVERGÊNCIA TECNOLÓGICA SOBRE A COMPETIÇÃO NOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

Por: Gesner Oliveira, Ernesto Guedes, Denise de Pasqual, Adriano Pitoli e Bruno Oliva*

1. Introdução

O objetivo deste artigo é analisar os impactos da convergência tecnológica sobre a competição no setor de telecomunicações no Brasil. Pretende-se, em particular, apresentar elementos da experiência internacional e brasileira no que se refere a julgamentos de atos de concentração envolvendo empresas do setor de telecomunicações que possam contribuir para a análise estrutural do setor no Brasil.

Até a primeira metade desta década, o mercado de redes de telecomunicações, em particular o das operadoras de telefonia, apresentava características de monopólio natural, tornando necessária uma regulação abrangente para evitar exercício de poder de mercado por parte das empresas estabelecidas e proteger o bem-estar dos consumidores. Nos últimos anos, contudo, em virtude de uma série de inovações que forjaram a convergência tecnológica, o setor de telecomunicações vem se convertendo rapidamente em um mercado altamente competitivo.

A seção 2 apresenta um amplo conjunto de evidências empíricas mostrando como as mudanças tecnológicas mais recentes têm alterado a dinâmica competitiva do setor de telecomunicações no Brasil. É dada maior ênfase ao processo de substituição fixo-móvel, ao acirramento da competição nos serviços de internet banda larga e ao surgimento dos serviços *triple play*, oferecidos tanto por operadoras de TV a cabo quanto por empresas de telefonia fixa e, de modo mais incipiente, por operadoras de telefonia móvel.

Na seção 3 são discutidas as implicações da convergência tecnológica para a agenda regulatória, bem como para a análise de defesa da concorrência do setor. É discutido como o processo de convergência torna imprescindível uma ampla flexibilização da regulação, o que passa por uma maior liberdade na escolha da tecnologia a ser utilizada, assim como nos serviços a serem ofertados. Além disso, discute-se como a convergência induz a formação de grandes grupos de telecomunicações – atuando em um amplo leque de serviços e alta abrangência geográfica – e, ao mesmo tempo, um aumento da rivalidade entre as operadoras do setor. Este último aspecto é ilustrado com casos de atos de concentração entre empresas de telecomunicações nos EUA e Europa. Por fim, na seção 4 são apresentadas as principais conclusões do trabalho.

2. Evidências empíricas

Nesta seção é apresentado um amplo conjunto de evidências para o mercado brasileiro mostrando como a convergência tecnológica está transformando o setor de telecomunicações. De um segmento até há poucos anos caracterizado como altamente segmentado, tornou-se um mercado integrado e competitivo.

Conforme estudo da International Telecommunication Union (ITU) que discute os impactos das novas tecnologias sobre a regulação do setor, “*avanços tecnológicos estão possibilitando novos serviços e novas formas de entrega do serviço. A internet será o meio pelo qual irão convergir os serviços de voz e dados no futuro. Como resultado, as estruturas de mercado, modelos de negócio e arranjos comerciais do setor estão em transformação.*”¹

Considerando a queda das barreiras que tradicionalmente separavam tecnologias e serviços de telecomunicações, para que se possa obter uma avaliação adequada do ambiente competitivo em um determinado segmento das telecomunicações, é imprescindível que se faça uma avaliação global do grau de competição e contestabilidade do conjunto de serviços de comunicações eletrônicas. Vale dizer, uma delimitação tecnicamente cuidadosa dos mercados relevantes torna-se crucial.

Um primeiro indicador que mostra a dinâmica da convergência é a evolução relativa do faturamento entre os serviços de telecomunicações. O faturamento gerado pelo serviço de telefonia fixa pelas quatro maiores concessionárias do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), Telefônica, BrT, Oi e Embratel², após ter ficado

* Economistas da *Tendências Consultoria Integrada*. < <http://ww2.tendencias.inf.br/> >

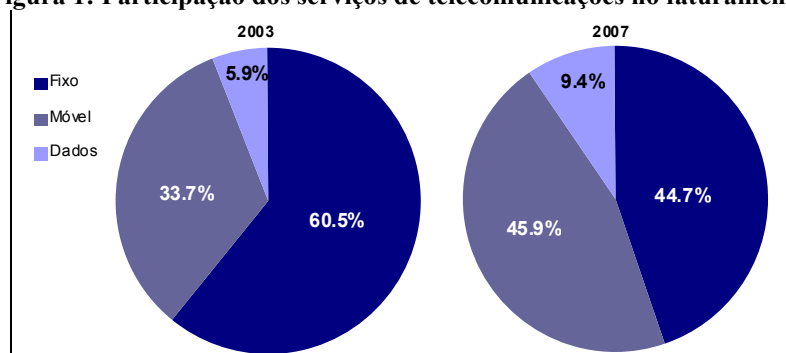
¹ International Telecommunication Union – ITU (2007a). *New Technologies and their Impacts on Regulation*. ICT Regulation Toolkit.

² A Embratel é uma concessionária de telefonia fixa na modalidade longa distância nacional (LDN) e internacional (LDI). A Oi (antiga Telemar), a Brasil Telecom (BrT) e a Telefônica (Telesp) são concessionárias de telefonia fixa local e Longa Distância Nacional (LDN). No serviço local, há outras duas concessionárias menores, a Sercomtel, que atua na

estagnado entre 2001 e 2004, passou a registrar tendência de recuo, resultado tanto da perda de clientes para empresas entrantes neste mercado quanto da necessidade de flexibilizar as tarifas. Entre 2004 e 2007, o faturamento real do serviço de telefonia fixa acumula um recuo de 11,3%. No mesmo período, o faturamento real do serviço móvel cresceu 45% (incluindo todas as operadoras, exceto Nextel), ao passo que o serviço de dados acumula expansão de 69% (considerando as quatro grandes operadoras – Telefônica, BrT, Oi e Embratel).

Como resultado desta diferença de dinâmica entre os segmentos, em 2007 a telefonia móvel assumiu a posição de serviço mais importante do setor de telecomunicações, segundo o critério de faturamento, desbancando a telefonia fixa. Em um horizonte de apenas quatro anos, o serviço de telefonia fixa, incluindo assinatura, serviço local e longa distância, teve a sua participação na receita total do setor reduzida em 15,8 pontos percentuais, passando de 60,5% em 2003 para 44,7% em 2007 (figura 1).

Figura 1: Participação dos serviços de telecomunicações no faturamento*



* No caso de telefonia fixa e comunicação de dados, inclui somente as grandes concessionárias de telefonia (Telefônica, BrT, Oi e Embratel). No caso da telefonia móvel, inclui todas as operadoras (exceto Nextel). Fonte: Teleco e empresas.

Substituição fixo-móvel

As primeiras evidências do processo de convergência tecnológica no setor de telecomunicações estão ligadas ao fenômeno de substituição da telefonia fixa pela móvel.

Tal qual nos demais países, a substituição fixo-móvel também é facilmente perceptível no Brasil, não apenas quando se observa a evolução relativa dos dois serviços em termos de faturamento, mas também em número de terminais. A telefonia móvel registra uma rápida expansão enquanto a telefonia fixa mostra um contínuo encolhimento. As últimas estatísticas deixam claro que o mercado de telefonia caminha rapidamente para um pleno predomínio das tecnologias sem fio.

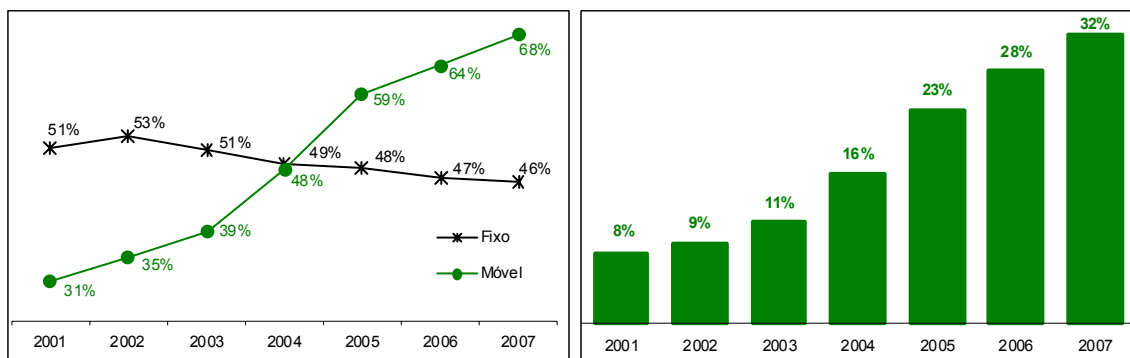
O número de terminais móveis em uso cresceu a uma taxa de 27% ao ano entre 2002 e 2007, enquanto o número de terminais fixos permaneceu praticamente estagnado, com crescimento médio anual de apenas 0,8%. Como resultado, em 2007, segundo a Anatel, o número de terminais móveis já havia atingido mais do que o triplo de terminais fixos. Em termos de teledensidade (número de terminais por 100 habitantes), o quadro de estagnação do mercado de telefonia fixa fica ainda mais evidente. Após atingir o pico em 2002, quando havia 22 terminais fixos por 100 habitantes, o índice passou a recuar chegando a 20,7 em 2007. Nesse mesmo período, a densidade do serviço móvel passou de 19,8 para 63,9 terminais por 100 habitantes.

Movimento análogo ocorreu com a penetração nos domicílios dos serviços fixo e móvel. Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), do IBGE, mostram que desde 2005 há mais domicílios no Brasil com terminais móveis do que com terminais fixos. Em 2001, do total de lares brasileiros, 51% possuíam terminal fixo, enquanto apenas 31% detinham ao menos um terminal móvel. Em apenas seis anos a proporção de domicílios com terminal móvel mais que dobrou, atingindo 68% dos lares brasileiros em 2007, enquanto a proporção de domicílios com telefones fixos recuou para 46% (**Error! Reference source not found.**). A pesquisa mostra que vem ocorrendo um acentuado aumento na proporção de domicílios cujos moradores optam por dispor apenas de terminais móveis.

Em 2001, do total de lares brasileiros, 7,8% possuíam um terminal móvel mas não dispunham de um terminal fixo, proporção que subiu para 16,5% em 2004 e atingiu 31,6% em 2007 (**Error! Reference source not found.**).

Figura 2: Penetração dos terminais fixos e móveis nos domicílios brasileiros

Figura 3: Proporção de domicílios que possuem apenas terminal móvel



Fonte: PNAD-IBGE.

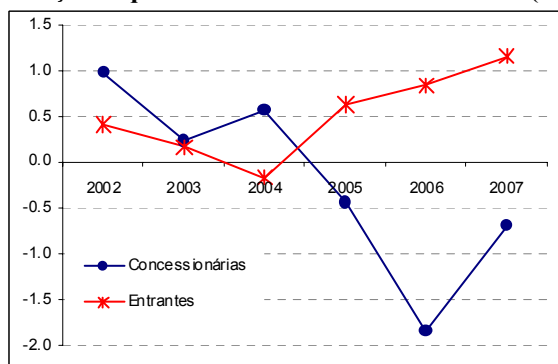
Aumento de competição na telefonia fixa

Não obstante o encolhimento do mercado de telefonia fixa decorrente do avanço da telefonia móvel, o serviço fixo local também vêm sendo contestado de modo mais intenso por novas empresas entrantes, como a Embratel, a Net e a GVT. Embora as concessionárias do serviço local ainda detenham quase 90% do total de 39,3 milhões de terminais fixos em serviço no País³, isso é explicado em boa medida pelo fato de essas empresas estarem há muito mais tempo no mercado do que as empresas entrantes.

Contudo, para se avaliar o grau de contestabilidade desse serviço de telecomunicações, a evolução da participação de mercado em termos de adições líquidas (novos clientes menos cancelamentos) representa um parâmetro mais relevante do que a participação no total de terminais em serviço.

Considerando este indicador, pode-se identificar, na verdade, um grande acirramento da competição no mercado de telefonia fixa local. Enquanto até 2004 as adições líquidas das concessionárias se mostraram superiores às das entrantes, a partir de 2005 as concessionárias passaram a perder clientes para suas novas concorrentes. A base de clientes das concessionárias encolheu em 436 mil usuários em 2005, 1,8 milhão em 2006 e em 693 mil em 2007. Na direção contrária, a planta de usuários das empresas entrantes apresentou elevações de 630 mil novos usuários em 2005, de 850 mil em 2006 e de 1,2 milhão em 2007 (figura 4).

Figura 4: Adições líquidas de usuários de telefonia fixa (em milhões)



Fonte: Anatel e operadoras.

A reação por parte das concessionárias de telefonia fixa tem sido oferecer planos comerciais com preços inferiores ao preço-teto previsto pela atual legislação do setor. Esses planos alternativos, que oferecem tarifas de assinatura mais baratas ou uma maior franquia de chamadas do que o plano básico, representam a principal arma das

³ Incluindo CTBC e Sercomtel).

concessionárias de telefonia fixa para mitigar a perda de tráfego e de clientes. Não por outra razão, essas empresas vêm promovendo políticas de flexibilização tarifária de modo cada vez mais agressivo e generalizado.

As três maiores concessionárias de telefonia fixa local oferecem uma grande variedade de planos alternativos, tanto para consumidores de baixa quanto de alta renda, assim como para empresas. Considerando o conjunto das três maiores concessionárias, a participação dos planos alternativos, que era irrelevante até 2003, já correspondia a 44,3% da planta ao final do primeiro semestre de 2008.

Naturalmente, embora os planos alternativos impliquem uma considerável renúncia de receita por unidade de acesso e/ou chamada, a evolução do número de terminais em uso e de tráfego de voz teria sido muito pior do que o observado caso as empresas não tivessem se voltado para políticas desta natureza.

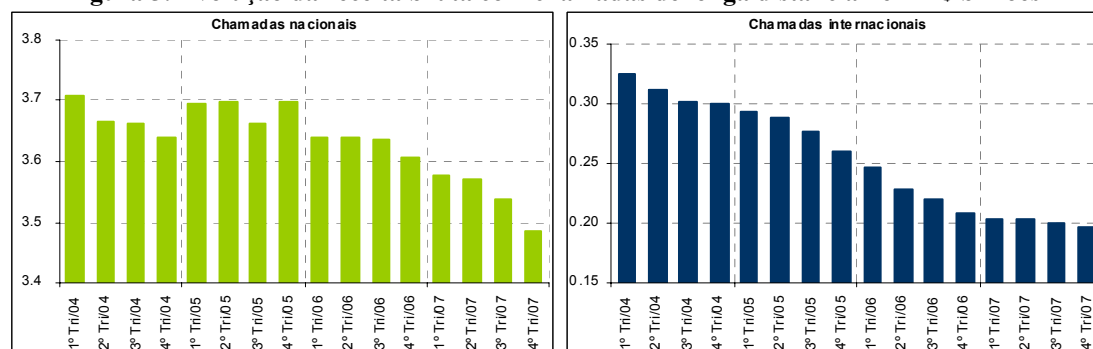
Neste sentido, não há melhor comprovação do elevado grau da contestação do mercado de telefonia fixa do que o fato de os planos alternativos já responderem por quase metade da planta de terminais em uso. Além disso, esta elevada proporção de usuários de telefonia fixa que possuem planos alternativos, com preços inferiores aos preços-teto fixados pela agência reguladora, é um importante indicador de que a necessidade de controle tarifário via regulação ex-ante está se reduzindo.

A principal limitação à contestabilidade exercida pelas empresas de TV a cabo no mercado de telefonia fixa consiste no grau de cobertura de suas redes, que abrange um número significativamente menor de municípios que a rede das concessionárias de telefonia, que tem cobertura quase universal em suas regiões de atuação. Ainda assim, as empresas de TV a cabo têm promovido elevados investimentos na extensão e modernização de suas redes, o que deve permitir um nível de contestabilidade crescente em termos geográficos ao mercado das empresas de telefonia fixa.

A exemplo do que ocorre com o mercado de chamadas locais, o serviço de longa distância também está se deparando com um forte aumento de competição. Além da disputa direta entre as grandes operadoras e da entrada de pequenas empresas, esse mercado vem sofrendo uma forte perda de tráfego devido ao emprego mais generalizado de diferentes soluções de voz sobre protocolo de internet (VoIP), que permitem que chamadas de voz de longa distância sejam feitas por meio da internet.

Como resultado, a receita de longa distância das quatro maiores concessionárias de telefonia – Telefônica, Brasil Telecom, Oi e Embratel –, vem declinando. No segmento de chamadas de longa distância nacional, a receita com o serviço sofreu um recuo de 5,7% entre 2005 e 2007. No caso das chamadas internacionais, a queda é muito mais forte, de 24,5% no mesmo período, chegando a 41% nos últimos quatro anos (figura 5).

Figura 5: Evolução da receita bruta com chamadas de longa distância - em R\$ bilhões*



* Dados deflacionados pelo IPCA. Fonte: Oi, BrT, Telefônica e Embratel.

Banda larga

Outro segmento que mostra fortes evidências de aumento da competitividade entre tecnologias distintas, aspecto que define a essência do processo de convergência tecnológica, é o de banda larga, mercado prioritário para as concessionárias do STFC frente à estagnação no serviço de telefonia fixa.

Em contraste com a estagnação observada na telefonia fixa, contudo, o serviço de banda larga vem registrando um rápido processo de difusão, a exemplo do observado em outros países. Segundo dados da *International Data Corporation* (IDC), o número de terminais em serviço cresceu quase 250% entre 2004 e 2007, sendo que nos dois primeiros trimestres de 2008 o crescimento adicional foi de 24%.

De forma análoga ao que foi discutido no caso da telefonia fixa, apesar de as concessionárias de telefonia ainda deterem a maior parte do mercado de banda larga, uma série de empresas entrantes passaram a explorar mais fortemente este mercado, com destaque para as empresas de TV a cabo.

Distintamente da experiência da telefonia fixa, contudo, pelo fato de o serviço de banda larga estar em pleno processo de difusão, o ganho de participação de mercado das empresas entrantes se dá em velocidade muito maior. De fato, a participação das entrantes no mercado total de banda larga vem se elevando rapidamente, tendo passado de 17,4% do total em 2003 para 34,3% em 2007 e para 40,8 ao final do segundo trimestre de 2008, segundo dados do IDC e das operadoras do serviço.

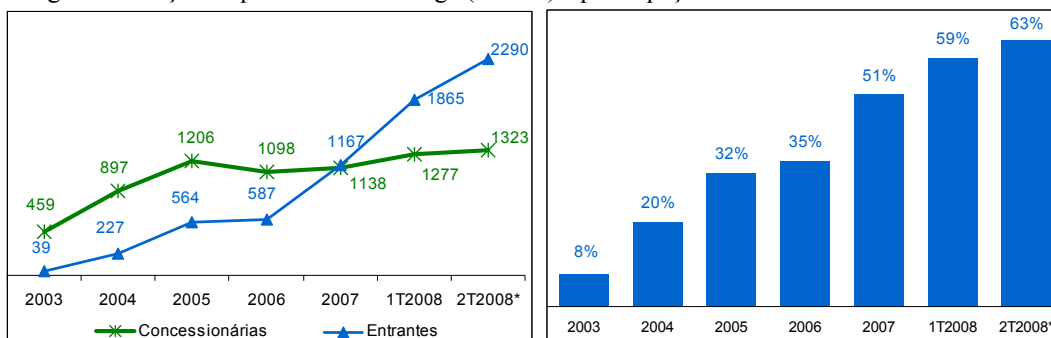
As concessionárias de telefonia fixa, que fazem uso preponderantemente da tecnologia ADSL, ainda detêm uma participação expressiva do mercado de banda larga, embora esteja declinando de forma rápida. Esse predomínio se deve, novamente, aos mesmos dois fatores que já foram explorados no caso da telefonia fixa: (i) ao fato de as concessionárias operarem há mais tempo este mercado e (ii) à estratégia defensiva das concessionárias frente ao aumento da competição, tornando-se mais agressivas em termos de preço e qualidade para reterem sua base de clientes.

A melhor evidência desse aumento de contestação no mercado de banda larga pode ser obtida quando se compara a evolução das adições líquidas das concessionárias com a das empresas entrantes. Estes novos competidores incluem, principalmente, as empresas de TV a cabo, que empregam a tecnologia *cable modem*, mas também as prestadoras de serviço por outras tecnologias, como fibra ótica, rádio, satélite e, mais recentemente, as redes de telefonia celular de terceira geração.

Considerando a evolução das adições líquidas de clientes das quatro concessionárias de telefonia fixa (Oi, Brasil Telecom, Telefônica e CTBC), observa-se que as novas companhias seguem ganhando espaço no provimento de banda larga, inclusive com a conquista da maior parte dos novos assinantes em 2007.

Enquanto em 2003 as entrantes eram responsáveis por míseros 8% dos novos usuários de banda larga, esta participação subiu para 32% em 2005 e atingiu mais da metade das adições líquidas em 2007 (51%). Ao final do primeiro trimestre de 2008, a fatia das entrantes nas adições líquidas já havia passado para 59%, e no segundo trimestre, com base em estimativas da *Tendências Consultoria*, para 63% (figura 6).

Figura 6: Adições líquidas de banda larga (em mil) e participação das entrantes nos novos clientes



* Concessionárias: Oi, Brasil Telecom, Telefônica e CTBC. Fonte: IDC e operadoras.

Da mesma forma que no caso da telefonia fixa, a melhor evidência do intenso aumento de competição no mercado de banda larga é dada pela evolução de seus preços.

Segundo o levantamento da IDC, os preços da banda larga vêm mostrando um recuo acentuado entre 2004 e 2007. Os pacotes de velocidades mais altas foram os que sofreram as maiores desvalorizações. Se, em 2004, o preço médio de um pacote com velocidade acima de 2 Mbps era de cerca de R\$ 1.200, ao final de 2007, este mesmo produto custava R\$ 180, em média, o que representou uma queda de notáveis 85% no período. Nos pacotes entre 1 Mbps e 2 Mbps, o recuo foi de 75%. Nos mais simples, com velocidades mais baixas, as depreciações foram um pouco menores, mas ainda assim consideráveis, com retrações de 41% nos acessos entre 512 Kbps e 1 Mbps, de 33% na faixa dos 256 Kbps e 512 Kbps e de 34% de 128 Kbps a 256 Kbps.

Com o acirramento da competição forçando os preços para baixo, os usuários passaram a migrar para velocidades maiores. Inclusive, as próprias operadoras, como forma de reter sua base de clientes, começaram a promover um *upgrade* na velocidade de banda larga de seus assinantes, cobrando o mesmo preço ou um valor apenas ligeiramente

superior. Como resultado, enquanto em 2003, 93% dos clientes possuíam pacotes entre 128 Kbps e 512 Kbps, ao final do primeiro trimestre de 2008, apenas 39% utilizavam as velocidades mais baixas.

Triple play/ quadruple play

Seguido ao fenômeno de substituição fixo-móvel e da entrada de tecnologias alternativas ao ADSL no mercado de banda larga, o processo de convergência tecnológica ganhou um novo impulso no Brasil a partir de meados de 2006 com o início do oferecimento de pacotes convergentes (*triple play*) contendo telefone fixo, banda larga e TV por assinatura pelas empresas de TV a cabo.

Este movimento acirrou ainda mais a competição entre as empresas de telefonia fixa e as operadoras de TV a cabo nos diferentes serviços de telecomunicações. Como reação à entrada das operadoras de TV a cabo em seus principais mercados (telefonia e banda larga), as concessionárias de telefonia têm feito esforços para competir também no mercado de TV paga, através de parcerias ou mesmo com a constituição de operação própria.

A oferta de pacotes de serviços convergentes representa a evidência mais contundente da impossibilidade de se avaliar o ambiente competitivo de um serviço específico de telecomunicações de modo isolado.

De fato, caso fosse considerado o mercado de *triple play* como um todo, a conclusão quanto ao poder de mercado das concessionárias de telefonia seria muito distinto da que se chegaria caso fosse considerado somente a participação dessas empresas no total de terminais de telefonia fixa em uso.

As iniciativas tomadas até aqui pelas concessionárias para explorar o mercado de triple play – parcerias, aquisição de parte do controle ou constituição de novas operadoras de TV por assinatura, inclusive por satélite (DTH) – implicam no uso de mais de uma rede de telecomunicações para completar o pacote de serviço. Do ponto de vista de competitividade, o ideal para as concessionárias seria obterem a permissão para oferecer o serviço de TV por assinatura através das redes de telefonia, por meio da tecnologia IPTV, cuja autorização ainda depende de mudanças no marco regulatório do setor.

Embora seja muito recente, tanto no Brasil quanto no exterior, este estágio do processo de convergência tecnológica caracterizado pela oferta de serviços convergentes já está em transição para um outro, cujos impactos para a competição deverão ser ainda mais expressivos, o qual está associado à difusão da terceira geração da telefonia móvel (3G).

Desde o primeiro semestre de 2008, o mercado de *triple play* está vivenciando um novo *round* de aumento de competição com a entrada em operação da tecnologia móvel de terceira geração (3G), tecnologia que permite às operadoras de telefonia móvel atuarem no provimento de uma série de serviços de maior valor adicionado, como transmissão de dados, conteúdo audiovisual e, principalmente, banda larga.

O advento do 3G possui especial relevância para a competição no setor de telecomunicações como um todo na medida em que está viabilizando a entrada simultânea de três ou quatro novos concorrentes no mercado de *triple play*, ainda que sob distintos modelos de negócios e diferentes graus de substituíbilidade em relação aos pacotes ofertados pelas empresas de telefonia e de TV a cabo.

O impacto potencial do 3G sobre a competição no mercado de telecomunicações é reforçado ainda pelo fato de as empresas de telefonia móvel contarem com o grande diferencial da mobilidade, que lhes dá condições de prover pacotes de serviços que já estão sendo chamados de *quadruple play*, ao combinarem banda larga, serviços de conteúdo audiovisuais, telefonia fixa e móvel.

Neste novo ambiente, a tendência é que ocorra um processo de “commoditização” das redes de telecomunicações. Vale dizer, a existência de vários competidores ofertando serviços relativamente homogêneos tende a reduzir de modo significativo os preços dos serviços de telecomunicações, principalmente daqueles cujo valor adicionado é dado fundamentalmente pelo acesso a uma determinada rede como é o caso da telefonia e da banda larga.

Nesse estágio, o serviço de TV por assinatura tende a se configurar como o principal diferencial entre as empresas de telecomunicações para a atração de novos clientes, já que nesse serviço há espaço para um maior grau de diferenciação do produto em relação aos concorrentes. Esforços recentes de grandes empresas do setor no sentido de entrarem ou de intensificarem seus investimentos na provisão de TV por assinatura confirmam a importância estratégica desse mercado.

Por fim, espera-se que em breve haja a entrada de novos competidores no serviço de banda larga por meio de novas tecnologias, com destaque para a tecnologia sem fio WiMax e o PLC, que faz uso da rede de energia elétrica.

3. Implicações para as políticas regulatórias e antitruste

Nesta seção são avaliadas as implicações do processo de convergência tecnológica para a agenda regulatória, bem como para a análise de defesa da concorrência do setor.

Como não poderia deixar de ser, todo esse processo de convergência tecnológica vem exigindo uma profunda revisão dos marcos regulatórios que regem o setor de telecomunicações em todo o mundo.

A importância de se promover uma reforma da regulação do setor é ressaltada pela ITU, “*o ambiente regulatório tem uma forte influência tanto nas oportunidades técnicas quanto nas econômicas, podendo fomentá-las ou restringi-las, atrasá-las e, em alguns casos, impedi-las de se realizar. (...) Reguladores geralmente promovem reformas para acomodar novas tecnologias apenas quando estão sob pressão, após as mudanças já terem sido implementadas em outros lugares. Contudo, uma regulação pró-ativa pode facilitar o desenvolvimento e a aplicação de nova tecnologias de modo a servir melhor ao desenvolvimento do setor e outros objetivos. De fato, tanto a reforma das telecomunicações como o processo de desenvolvimento da internet começaram com mudanças regulatórias que tornaram tais reformas possíveis.*”⁴

De fato, pode-se dizer que o processo de convergência tecnológica, mais do que exigir novos e sofisticados mecanismos de regulação, abre espaço para uma considerável redução do grau de intervenção estatal sobre o setor. Isto na medida em que favorece uma maior competição nos diferentes serviços de telecomunicações.

Na avaliação do ex-Conselheiro do CADE (órgão antitruste do Brasil), Luís Fernando Rigato Vasconcellos, com o ingresso de empresas com capacidade de oferecer pacotes *triple play* via cabo, a concorrência no setor de telefonia tende a se tornar mais acirrada. Ao mesmo tempo, a existência de outras tecnologias capazes de prover o serviço de TV por assinatura – como MMDS, DTH e IPTV – reforçaria a competição em um ambiente mais amplo e multiplataforma. Segundo o autor, “*... se os serviços de telefonia e radiodifusão cada vez mais convergem indistintamente para o uso das redes preexistentes, do ponto de vista antitruste não haveria razão para mantê-los em mercados relevantes distintos e, conseqüentemente, segmentar por tecnologia as análises dos efeitos das barreiras à entrada, das condições de rivalidade e de eventuais eficiências*” (Vasconcellos, 2007)⁵.

3.1. Política regulatória

Em essência, na medida em que o setor de telecomunicações vem se convertendo rapidamente em um mercado altamente competitivo, o caminho natural da regulação é o da flexibilização.

Nesse novo ambiente, a autoridade reguladora deve passar a concentrar seus esforços na criação de incentivos visando amplificar o espaço de competição entre as diferentes plataformas tecnológicas e, ao mesmo tempo, na eliminação das amarras que impedem que as empresas possam extrair todos os ganhos de eficiência propiciados pela convergência. Esta nova agenda vem ganhando a adesão de um número crescente de países ao redor do mundo, como é o caso da Holanda, Alemanha, Estados Unidos e Coréia do Sul, entre outros.

As intervenções de caráter regulatório e concorrencial devem ser parcimoniosas e sujeitas a uma exaustiva avaliação prévia, considerando o seu impacto nos diferentes mercados.

É possível listar as seguintes diretrizes regulatórias que deveriam guiar o processo de aperfeiçoamento do arcabouço regulatório do setor de telecomunicações no Brasil.

i) Regulação uniforme para tecnologias e serviços

Esta primeira recomendação está na raiz do processo de convergência tecnológica. Do ponto de vista de competição e eficiência, é desejável que todas as plataformas de telecomunicações possam competir em igualdade de condições pela oferta dos diferentes serviços, sendo que para isso, é necessário que as imposições regulatórias e a carga tributária sejam homogêneas. Caso contrário, a tecnologia que sofre a regulação mais restritiva e onerosa perderá competitividade mesmo que seja tecnicamente melhor, comprometendo a eficiência do mercado e o bem-estar dos consumidores.

Da mesma forma, como diferentes serviços vêm se tornando substitutos entre si, caso haja assimetrias no tratamento regulatório e tributário, haverá um deslocamento artificial da demanda na direção dos serviços menos onerados, ainda que não sejam os mais competitivos, afetando a alocação eficiente de recursos.

⁴ International Telecommunication Union – ITU (2007a). New Technologies and their Impacts on Regulation. ICT Regulation Toolkit.

⁵ Vasconcellos, L.; Castro, R. (Junho/2007). Convergência Tecnológica: sobre a concorrência entre operadores de telefonia e de televisão a cabo. Cade Informa nº07.

ii) Plena liberdade para exploração de serviços de telecomunicações

A importância deste preceito de liberdade de atuação para a competição do setor vai muito além de se permitir a existência de um maior número de competidores em alguns serviços. Tendo em vista que o principal componente de custos das telecomunicações é a construção e manutenção da rede, a empresa que está impossibilitada de oferecer um determinado serviço deixa de auferir importantes economias de escala e de escopo no uso de suas redes, o que afeta a sua competitividade em todos os segmentos em que atua. Em razão disso, eventuais restrições ao escopo de atuação das empresas prejudicam a competição no mercado de telecomunicações como um todo.

Apesar disso, atualmente no Brasil as concessionárias de telefonia não podem ofertar livremente todos os serviços de telecomunicações, como é o caso das operações de TV a cabo.

iii) Plena liberdade para adoção de novas tecnologias

Outro princípio regulatório importante é que todas as empresas de telecomunicações possam ter acesso às novas tecnologias, principalmente quando estas comportarem vários concorrentes simultaneamente.

A justificativa usual das autoridades reguladoras quando eventualmente não permitem que empresas incumbentes adquiram licenças para novas tecnologias é que estas opções deveriam ser destinadas prioritariamente a empresas entrantes, a fim de possibilitar a contestação do mercado das incumbentes.

Contudo, quando se avalia esta questão de um ponto de vista dinâmico, pode-se afirmar que tais restrições são contraproducentes aos objetivos do regulador, além de prejudicarem as incumbentes de maneira injustificada. Diante da incerteza com relação à tecnologia que será dominante no futuro, ao proibir que as empresas estabelecidas no setor utilizem uma nova tecnologia, o regulador pode colocá-las em desvantagem competitiva no mercado nos próximos anos, o que acabaria por reduzir e não elevar a competição no setor no longo prazo.

iv) Concentrar a política concorrencial no fomento à competição entre redes e não em seu compartilhamento

Outra recomendação para se obter um ambiente dinâmico e competitivo no mercado de telecomunicações é que a autoridade reguladora concentre seus esforços em incentivar a competição entre as plataformas tecnológicas e não no compartilhamento de rede. A política de estimular o compartilhamento de rede, segmentando o mercado de telecomunicações entre mercados atacadistas de rede e mercados varejistas de serviços, embora ainda seja um componente importante de muitas jurisdições, principalmente da UE, era adequada para um período em que as redes de telecomunicações, em particular a das operadoras de telefonia, carregavam características de monopólio natural.

Contudo, como o processo de convergência tecnológica já viabilizou a existência de diversas alternativas de rede para ofertar os diferentes serviços de telecomunicações, a obrigatoriedade do compartilhamento de rede deixa de ser necessária para se fomentar a competição. Nesse novo ambiente, a obrigatoriedade de compartilhamento passa a representar, na verdade, um fator limitador à competição no setor de telecomunicações, na medida que representa um desincentivo para as empresas investirem em ampliação e modernização de suas redes, levando, portanto, a uma redução da competição.

É justamente por esta razão que as autoridades reguladoras dos EUA, Alemanha, Holanda, Espanha, dentre outros países, vêm reduzindo de modo considerável as obrigações de compartilhamento das empresas.

v) Regulação baseada nos princípios de defesa da concorrência (mais regulação ex-post e menos regulação ex-ante)

A quinta recomendação é que a tradicional regulação de caráter ex-ante seja substituída, sempre que possível, por políticas regulatórias e concorrenciais de caráter ex-post, baseadas nos princípios da defesa da concorrência. Para tanto, torna-se fundamental que a agência reguladora atue em estreita cooperação com os órgãos de defesa da concorrência.

Diante da rapidez com que o processo de convergência tecnológica vem ocorrendo, as inferências que podem ser obtidas de modo ex-ante quanto ao grau de concorrência existente nos diferentes mercados de telecomunicações tendem a ser tornar obsoletas em um curto espaço de tempo.

Assim, é recomendável que as definições de mercado relevante sejam feitas apenas de modo ex-post e com objetivos específicos, para embasar julgamento de casos de defesa da concorrência ou para avaliação do impacto de remoção ou introdução de determinados dispositivos regulatórios.

Da mesma forma, atribuir a condição de detentora de poder de mercado significativo (PMS) para determinadas empresas e, em razão disso, impor um tratamento assimétrico em relação às concorrentes deve ser uma prática adotada de modo parcimonioso, sob pena de comprometer a competição e a eficiência no mercado de telecomunicações, ainda que esta seja uma prática ainda presente em algumas jurisdições, principalmente na EU.

vi) Elaboração de relatórios anuais de acompanhamento das condições de competição

Outra recomendação é que a autoridade reguladora desenvolva relatórios anuais para avaliar as condições de competição vigentes nos diferentes serviços de telecomunicações, de modo análogo aos trabalhos desenvolvidos pelo FCC norte-americano.

Estes relatórios devem ter por objetivo servirem de guias gerais de análise dos principais serviços de telecomunicações, servindo de referência básica para decisões de temas específicos, como casos de defesa da concorrência e análises de dispositivos regulatórios. Em razão disso, é desejável que estes relatórios não contenham definições mais formalizadas de mercado relevante assim como recomendações de políticas regulatórias específicas, tópicos que devem ser deixados para estudos concebidos especificamente com estas finalidades.

vii) Promover revisões periódicas dos dispositivos regulatórios

Por fim, uma última recomendação é que sejam promovidas revisões periódicas de todos os dispositivos regulatórios que incidem sobre os serviços de telecomunicações. A regulação em setor tão dinâmico quanto o de telecomunicações requer um ajuste mais freqüente, recomendando mecanismo pré-estabelecido de revisão.

As revisões periódicas devem propor a revogação de todos os dispositivos regulatórios que possam ser considerados prescindíveis, bem como propor a introdução de novas regulações que possam resolver deficiências competitivas específicas identificadas previamente. As propostas de revisões dos dispositivos regulatórios devem ter como ponto de partida os relatórios anuais de competitividade propostos e estarem sustentadas em estudos técnicos especialmente elaborados com esse objetivo.

3.2. Política antitruste

Há algumas implicações adicionais da convergência tecnológica sobre a política antitruste, além das relacionadas também a questões regulatórias, as quais já foram discutidas.

De um lado, para que seja possível explorar todo o potencial de ganhos de eficiência que a convergência oferece, torna-se essencial que haja um processo de consolidação do setor, com a constituição de grandes grupos com atuação nos diferentes serviços e cobertura nacional. Ao mesmo tempo, a coexistência de alguns grandes grupos competindo entre si em um grande mercado nacional de serviços convergentes de telecomunicações garantiria que os ganhos de eficiência gerados pelo processo de consolidação sejam compartilhados com os consumidores.

Na verdade, o processo de formação de grandes operadoras tende a elevar a competição no setor, na medida em que induz um aumento de rivalidade entre os grupos remanescentes. Dado o grande potencial de geração de economias de escala com a constituição de operações nacionais, e mais importante ainda, a obtenção de economias de escopo com a atuação em um amplo leque de serviços de telecomunicações a partir de uma mesma rede, a entrada nos mercados dominados pelos grupos rivais torna-se um imperativo para garantir a competitividade frente aos mesmos.

Uma consideração importante é que a entrada no domínio das rivais tende a ocorrer fundamentalmente por novas tecnologias, como a rede de TV a cabo, assim como pelas redes sem fio das operadoras móveis.

Sob diferentes configurações, o mesmo processo de consolidação vem ocorrendo em vários outros países, que se justifica pelo fato de todos terem o mesmo pano de fundo, o processo de convergência tecnológica.

Avaliando-se como jurisdições dos EUA e Europa analisaram atos de concentração envolvendo o setor de telecomunicações, percebe-se que a lógica de análise antitruste prevalece nas decisões finais desses órgãos, ainda que o papel das agências reguladoras na análise de atos de concentração e processos de conduta anticompetitiva permaneça importante.

Em resumo, os atos de concentração são aprovados quando não implicam aumento significativo da probabilidade de exercício de poder de mercado ou, caso esta probabilidade aumente, as eficiências dela decorrentes são superiores aos possíveis danos gerados à competição. Além disso, medidas com o objetivo de coibir possíveis condutas anticompetitivas futuras que não guardem relação estreita com a operação, ou medidas cujos objetivos não sejam de caráter concorrencial, como por exemplo, a universalização de serviços ou a manutenção de empregos, não fazem parte das condicionalidades impostas para aprovação de atos de concentração.

EUA

Nos EUA, os atos de concentração são analisados pela Divisão Antitruste do DoJ (Departamento de Justiça) e pelo FCC (Federal Communications Commission – órgão regulador do setor) separadamente, embora haja coordenação e

troca de informações entre ambos. Cada órgão, no entanto, possui um enfoque diferenciado. Enquanto o DoJ segue a mesma metodologia de análise que utiliza para julgar os atos de concentração dos demais setores da economia, o FCC possui objetivos mais amplos⁶.

A atual estrutura do setor de telecomunicações nos EUA é decorrente de uma série de mudanças regulatórias observadas ao longo das últimas duas décadas.

Em meados da década de 80, o modelo regulatório norte-americano era baseado em companhias telefônicas regionais, esquema semelhante ao adotado pelo Brasil na década seguinte. Tal modelo perdurou por pouco mais de 10 anos apenas, sendo que em meados da década de 90 as autoridades reguladoras promoveram uma grande reforma no setor.

Guiados pela percepção de que as profundas mudanças tecnológicas observadas no setor poderiam ser mais bem aproveitadas, no sentido de beneficiar os consumidores, em um ambiente regulatório mais flexível e menos intervencionista, as autoridades norte-americanas promulgaram a *Telecommunication Act* de 1996. Dentre outras implicações, a nova lei abriu espaço para a consolidação do setor, motivando uma grande onda de fusões e aquisições entre empresas de telecomunicações.

Verificou-se, de fato, um intenso processo de consolidação a partir de 1997. Das nove companhias de telefonia local e mais quatro de longa distância e comunicação de dados em que estava dividido o setor até 1996, este número se reduziu para apenas três grandes companhias em 2006, quando houve a última grande fusão no setor, com a incorporação da BellSouth pela AT&T.

A seguir são destacados alguns aspectos da análise do DoJ de alguns dos casos de fusões e aquisições envolvendo empresas de telefonia fixa que fizeram parte desse processo de consolidação.

O primeiro aspecto é que, previsivelmente, a análise segue a metodologia usualmente utilizada pelas autoridades de defesa da concorrência em atos de concentração. Após a delimitação dos mercados relevantes envolvidos e do cálculo do aumento da concentração decorrente da operação, são avaliadas as condições concorrenciais em cada um dos mercados relevantes, sendo impostas restrições à operação nos casos em que há risco de dano concorrencial e não existam eficiências suficientes que contrabalancem este risco.

Tais restrições possuem nexos causais com os danos provocados pela operação e podem ser estruturais (desinvestimento sobretudo) ou comportamentais, sendo que de modo geral as autoridades de defesa da concorrência privilegiam as restrições do primeiro tipo, por não possuírem custos de monitoramento. Nas operações analisadas, as restrições impostas, quando esse foi o caso, estavam diretamente relacionadas à sobreposição de oferta, particularmente de comunicação móvel.

O segundo ponto que merece destaque na experiência americana diz respeito à evolução na percepção quanto ao risco concorrencial manifestado pelas autoridades, ainda que as decisões para os diferentes casos não possam ser diretamente comparadas. Em meados de 1999 elevações mais expressivas no grau de concentração eram percebidas como tendo um risco concorrencial significativo, a ponto de o DoJ condicionar a aprovação de operações a medidas estruturais de desinvestimento, o que ocorreu no caso do mercado de telefonia móvel nas operações Ameritech/SBC e Bell Atlantic/GTE. Em 2006, contudo, a competição entre diferentes plataformas foi um importante argumento na análise do órgão antitruste que permitiu a aprovação da operação BellSouth/AT&T sem a imposição de restrições.

Em 1996 houve a fusão entre a SBC e a Pacific Telesis. A primeira ofertava, principalmente, serviços de telefonia fixa local e telefonia móvel, enquanto a Pacific Telesis atuava principalmente em telefonia local, comunicação pessoal e vídeo. O DoJ considerou que a operação não violava as leis antitruste, aprovando a operação sem restrições.

No ano seguinte, houve a fusão entre Nynex e Bell Atlantic. A primeira atuava no mercado de telefonia fixa local, televisão a cabo, serviços de informação e serviços de comunicação móvel. A Bell Atlantic ofertava serviços de voz e dados, acesso à rede, comunicação móvel, entre outros. O DoJ também se pronunciou favoravelmente à fusão sem sugerir restrições.

Em 1999 houve a operação de compra da Ameritech Corporation pela SBC. Ambas ofertavam serviços de telefonia local e de telefonia móvel. Em decorrência da operação, havia apenas sobreposição geográfica nos serviços de telefonia móvel. Sendo este considerado como um mercado relevante distinto do mercado de telefonia fixa⁷.

⁶ Ver ICT Regulation Toolkit, 2007 "*Legal and Institutional framework*". O primeiro estudo mostra que as contrapartidas negociadas e/ou impostas pelo FCC às empresas em muitos dos casos nunca seriam obtidas sob uma análise antitruste. São exemplos de tais contrapartidas, o desenvolvimento acelerado de alguns serviços, o aumento da qualidade dos serviços e o estabelecimento de entrada em certos mercados em determinado prazo (caso Ameritech/SBC); bem como exigências de repatriamento de empregos, doação de US\$ 1 milhão para entidades voltadas à segurança pública e universalização de cobertura banda larga (caso AT&T/Bell South).

Segundo o DoJ, a operação afetaria o serviço de telefonia móvel em quatorze mercados relevantes nos quais havia sobreposição de oferta de serviços entre a SBC e a Ameritech. De forma complementar, havia três outros mercados que eram providos pela Ameritech e Comcast, sendo que esta última estava em processo de incorporação à SBC.

Em cada um dos dezessete mercados sobrepostos a participação de ambas empresas era elevada. Ou seja, caso a aquisição fosse levada a cabo sem nenhum tipo de restrição haveria um grande aumento da concentração no serviço de telefonia móvel nesses mercados⁸.

O DoJ concluiu que a possível concentração nos dezessete mercados em que se observava a sobreposição de operações comprometeria a concorrência e o bem-estar dos consumidores. Como resultado, o órgão determinou que para esses mercados fosse alienada uma das duas operações.

Ainda em 1999 houve a fusão entre a Bell Atlantic, uma das cinco RBOC's (Regional Bells Operating Companies) remanescentes à época⁹ e a GTE, a maior empresa "não RBOC" de telefonia local dos EUA. Ambas empresas ofertavam serviços de telefonia local e móvel (incluindo celular e serviços de comunicação pessoal - SCP)¹⁰. Além disso, a Bell Atlantic era sócia de uma empresa chamada PrimeCo também em SCP.

O DoJ definiu o mercado relevante na dimensão produto da mesma forma como no caso Ameritech e SBC, ou seja, como o de serviços de telefonia móvel. Nesta operação também havia apenas sobreposição em 65 mercados regionais do serviço móvel. Como consequência, a única restrição imposta à operação foi a de que desfizessem de um dos dois negócios de comunicação móvel em cada um dos mercados regionais em que havia sobreposição.

Em 2006 houve a última grande fusão do setor nos EUA, entre AT&T e a Bell South, restando apenas três grandes operadoras regionais remanescentes do processo de consolidação do setor desencadeado pela *Telecommunication Act* de 1996.

O DoJ investigou todas as áreas de atuação nas quais as duas companhias competiam – acesso à rede para serviços corporativos, outros serviços de telecomunicações para o mercado corporativo, serviços residenciais de ligações locais e de longa distância, serviços de internet –, além de investigar a possibilidade de competição futura nos serviços de banda larga sem fio.

No caso do mercado de acesso à rede para serviços corporativos, a BellSouth possuía uma grande rede que a possibilitava oferecer os seus serviços a praticamente todos os potenciais clientes de sua área de atuação. Por outro lado, a AT&T era capaz de ofertar este serviço para um número restrito de clientes potenciais. O DoJ considerou que mesmo nas áreas onde existia sobreposição de atuação, a empresa a ser formada se depararia com vários competidores.

Referente aos outros serviços corporativos, o DoJ concluiu que a presença de outros competidores, o desenvolvimento de novas tecnologias e o fato de os serviços ofertados pelas duas empresas envolvidas serem mais complementares do que substitutos faziam com que a fusão não fosse danosa aos consumidores.

Da mesma forma, no mercado de telefonia local e de longa distância nas regiões atendidas pela Bell South a participação da AT&T era limitada e decrescente. Aliado a isso o DoJ ressaltou que a presença de outros competidores e a emergência de novas tecnologias tornaria muito improvável que a fusão acarretasse ameaça ao bem-estar dos consumidores.

Com relação aos serviços de internet, a autoridade antitruste concluiu que a fusão não aumentaria significativamente a concentração, nem no mercado de provisão de serviços de banda larga nem no serviço de *backbone*.

O órgão também analisou os potenciais impactos da operação sobre a competição potencial no mercado de banda larga sem fio. A autoridade concluiu que a fusão não alteraria de forma significativa a concentração de faixas de radiofrequência em nenhuma área geográfica.

Tendo em vista todos os elementos expostos, o DoJ considerou que a operação não reduziria de modo significativo a competição nos diferentes segmentos de telecomunicações. Como resultado, a operação foi aprovada sem restrições pela autoridade antitruste.

⁷ Na época em que ocorreu a operação, o processo de convergência tecnológica ainda estava dando os seus primeiros passos, longe portanto de suscitar maiores questionamentos sobre a existência ou não de um único mercado relevante de telefonia envolvendo redes fixas e móveis. Por esta razão, a separação de do mercado de voz entre telefonia fixa e telefonia móvel era plenamente justificada.

⁸ Segundo o DoJ, a concentração pós operação variava entre 80% e 90% nos mercados em que a SBC atuava e mais de 50% nos mercados abastecidos pela Comcast.

⁹ Este caso se desenrolou concomitantemente ao da Ameritech e SBC.

¹⁰ Os serviços móveis eram ofertados tanto na área em que proviam telefonia local como fora dela.

Em declaração feita por ocasião do encerramento da análise do DoJ sobre o caso, Thomas Barnett, da Advocacia Geral da Divisão Antitruste do órgão, explicita os motivos pelos quais a operação não foi considerada danosa aos consumidores: *“A presença de outros competidores, mudanças nas exigências regulatórias e emergência de novas tecnologias nos mercados de serviços residenciais locais e de longa distância indicam que a operação não deverá ser danosa aos consumidores. A aquisição proposta não trará problemas ao ambiente competitivo no que se refere aos mercados de serviços de internet ou à “neutralidade de rede”. A empresa resultante continuaria a sofrer competição de outras estruturas rivais (tecnologias alternativas) no provimento de serviços de telecomunicações para clientes corporativos, incluindo serviços de linha dedicada”*¹¹.

EUROPA

Apesar do interesse da CE em tornar mais harmônico o aparato regulatório do setor de telecomunicações entre os países membros, não há um órgão regulador pan-europeu. Este papel é exercido pelas agências nacionais.

Os países da União Européia possuem também as suas próprias autoridades antitruste, que são responsáveis por garantir o cumprimento das leis de defesa da concorrência nacionais. Há ainda a Comissão Européia (CE) que, dentre outras funções, é o órgão supranacional responsável pelas análises concorrenciais no âmbito da União Européia. Em alguns atos de concentração a CE pode atuar em conjunto com as autoridades locais. Entretanto, quando o caso a ser analisado é de dimensão comunitária, este passa a ser de responsabilidade exclusiva da Comissão¹².

A despeito da importância que os órgãos reguladores nacionais possuem na promoção da competição dentro do setor de telecomunicações por meio de políticas específicas em seus respectivos países, em geral não participam das análises de atos de concentração.

A seguir são apresentadas as análises feitas pela CE com respeito a quatro importantes atos de concentração envolvendo empresas incumbentes de telefonia de diferentes países membros, sendo possível identificar algumas diferenças em relação às decisões proferidas pelo DoJ.

De modo geral, observa-se que a CE apresentou uma maior preocupação com relação aos efeitos verticais das operações em comparação com o que foi observado nas análises feitas pelo DoJ. Isso decorre de especificidades das operações em questão, mas principalmente, das diferenças das regras regulatórias entre os países envolvidos nessas operações. De todo o modo, prevalece aqui mais uma vez a adoção de medidas em linha com a metodologia de análise antitruste usualmente adotada pelas autoridades de defesa da concorrência.

A imposição de venda de ativos em mercados que apresentariam alta probabilidade de exercício de poder de mercado é decisão tipicamente antitruste em concentrações horizontais. Ademais, as contrapartidas acordadas entre as empresas e a Comissão – com o intuito de mitigar potenciais efeitos danosos à competição advindos de relações verticais oriundas da operação – possuíram escopo restrito às empresas envolvidas na operação, não sendo impostas como medida regulatória a outras empresas do setor.

Em 1999 a Comissão Européia analisou a fusão entre a Telia e a Telenor, a primeira operação na Europa envolvendo empresas incumbentes nacionais. A Telia, à época totalmente de propriedade do Estado sueco, era a maior empresa de telecomunicações da Suécia. A Telenor, também de propriedade estatal, era a líder do setor na Noruega. Ambas ofertavam uma grande variedade de serviços de telecomunicações, incluindo televisão, e operavam em mercados fora de seus países de origem, principalmente em outros países nórdicos e na Irlanda.

A Comissão realizou um estudo minucioso sobre o caso, identificando uma série de mercados relevantes, em geral definidos como nacional, onde haveria sobreposição na atuação das duas empresas, dentre os quais, serviços de voz, transmissão de dados, serviços de PABX, internet, serviços de rede e TV por assinatura. Adicionalmente, identificou riscos verticais relacionados aos serviços de terminação de rede.

Tendo em vista a posição de liderança das duas empresas nos seus respectivos países e o fato de que já operavam no outro, a Comissão Européia considerou que a fusão geraria problemas de ordem concorrencial. Os dois principais motivos para essa percepção foram a eliminação de um competidor atual e potencial, além do aumento de incentivo e capacidade para eliminar competição por parte de terceiros.

A CE manifestou-se dizendo que não autorizaria a operação caso não houvesse contrapartidas com o intuito de diminuir a probabilidade de exercício de poder de mercado. Como resposta, as empresas propuseram contrapartidas,

¹¹ DOJ Press Release, 2006. “Statement by Assistant Attorney General Thomas O. Barnett Regarding the Closing of the Investigation of AT&T’s Acquisition of BellSouth.”

¹² ICT Regulation Toolkit, 2007 “Legal and Institutional framework”.

as quais foram aceitas pela Comissão. Foi acordado que as duas empresas venderiam suas operações de TV a cabo nos dois países. Deveriam também se desfazer de uma das operações de serviços de telecomunicações nos mercados onde havia sobreposição. Complementarmente, foi definido que ambas deveriam implementar o compartilhamento de suas redes locais (*local loop unbundling*). Por motivo de desacordos contratuais, contudo, o negócio acabou não se concretizando.

Em 2002 houve a aquisição da companhia finlandesa Sonera pela sueca Telia, na época a maior empresa de telecomunicações e TV a cabo da Suécia. Suas atividades também incluíam serviços de telefonia fixa e móvel na Noruega, Dinamarca e países bálticos, além de serviços móveis na Finlândia.

As atividades da Sonera se concentravam na Finlândia, onde era a maior empresa de telefonia móvel e de ligações de longa distância, mas também atuava de forma relevante nos países bálticos.

A CE identificou três mercados relevantes onde haveria sobreposição de atuação entre as empresas, todos na Finlândia: i) serviços de telefonia móvel; ii) mercado de atacado de *roaming* internacional e iii) serviços locais de redes sem fio¹³. Além da identificação da sobreposição nos três referidos mercados, o órgão salientou que o ato de concentração diminuiria a pressão competitiva que a Telia poderia exercer sobre a Sonera em outros mercados na Finlândia.

Como as empresas atuavam tanto na oferta de serviços de telecomunicações no varejo como possuíam posição dominante no mercado de serviços de infra-estrutura, a CE mostrou-se preocupada também com as relações verticais. A possibilidade de discriminação foi considerada preocupante na oferta de atacado de terminações de chamadas na rede fixa e móvel de ambas operadoras, bem como na prestação de serviços de *roaming* internacional. Isso porque ambas as empresas eram grandes compradoras de terminação na rede da outra e, portanto, a operação estabelecia um nexo causal com relação a essa possível discriminação. Como resultado, a prática de discriminação poderia afetar o consumidor final nos mercados de prestação de telefonia fixa internacional, serviços corporativos de comunicação de dados e comunicação móvel.

Tendo em vista os problemas concorrenciais expostos, a CE e a Telia acordaram uma série de condicionalidades para que a operação fosse aprovada. Com o intuito de lidar com a concentração horizontal, foi acordado que a Telia deveria se desfazer de seus negócios de comunicação móvel na Finlândia, inclusive o serviço de rede local sem fio. Foi determinado ainda que a Telia vendesse sua rede de TV a cabo na Suécia. Essa decisão foi tomada porque a CE considerou este tipo de infra-estrutura a melhor substituta com relação à rede telefônica de par de cobre para prover os serviços de banda larga, transmissão de dados e voz.

Complementarmente, foram acordadas três contrapartidas adicionais, que também possuíam o objetivo de diminuir o impacto causado pela dimensão vertical da operação: i) separação legal entre os negócios de telefonia fixa e móvel; ii) obrigação de não-discriminação nos produtos regulados e; iii) adoção do *fast-track* para a resolução de disputas em contratos de interconexão.

Em 2005 houve a aquisição da Cesky Telecom (CT) por parte da Telefônica, a primeira formada pela Cesky Telecom (empresa de telefonia fixa) e pela Praha Spol (telefonia móvel), ambas da República Tcheca. A CT oferecia serviços de voz e dados através de telefonia fixa e móvel, incluindo serviços de infra-estrutura, além de banda larga e acesso à internet. A Telefônica, de origem espanhola, já atuava em vários países na quase totalidade de serviços de comunicação eletrônicas: telefonia fixa e móvel, transmissão de dados, acesso à internet, banda larga, etc.

Ao analisar a operação, a CE separou seus efeitos em verticais e horizontais. No tocante às relações verticais, a CE identificou dois mercados que poderiam ser afetados negativamente pela operação: i) mercado atacadista de *roaming* internacional e ii) mercado atacadista de terminação de chamadas e sua relação com os serviços de telefonia fixa e móvel¹⁴.

No primeiro caso a CE considerou o mercado geográfico como sendo o nacional e concluiu que, pelo baixo volume de chamadas entre os países, a operação não iria afetar a concorrência neste mercado. Com referência aos mercados atacadistas de terminação de chamadas, a Comissão considerou o serviço de chamadas internacionais a partir de rede fixa como sendo o único relevante a ser analisado mais profundamente. O mercado relevante geográfico também foi definido como sendo o nacional. Apesar de ambas as empresas possuírem posição de destaque em seus respectivos países no fornecimento de chamadas internacionais, o baixo volume de chamadas entre os dois países não suscitariam sérios problemas aos consumidores.

Com relação aos efeitos horizontais, a CE considerou que este tipo de operação poderia afetar a provisão de serviços móveis pan-europeus para clientes internacionais. Contudo, no caso em tela, a Comissão não determinou de forma

¹³ A CE definiu os mercados relevantes geográficos como nacionais. Ver Press Release, 2002.

¹⁴ Mesmo dentro deste mercado a CE faz algumas subdivisões mais acuradas para definir o mercado relevante.

precisa os mercados relevantes de produto ou geográfico “já que a concentração não é suscetível de colocar obstáculos de forma significativa à competição efetiva no mercado comum, ou em parte substancial do mesmo”¹⁵. Como resultado desta análise, a CE aprovou a operação sem impor qualquer restrição.

4. Conclusão

Este artigo analisa os impactos da convergência tecnológica sobre a competição no setor de telecomunicações no Brasil. Apresentam-se elementos da experiência internacional e brasileira no que se refere a julgamentos de atos de concentração envolvendo empresas do setor. Tal esforço visa contribuir para a análise de controle de estrutura do setor no Brasil.

No segmento de voz, pode-se observar com maior nitidez o fenômeno da convergência, através do processo de substituição fixo-móvel. Um pouco mais recentemente, o segmento de banda larga também passou a registrar evidências de que já está havendo uma acirrada concorrência entre as diferentes tecnologias pela provisão do serviço.

Em uma terceira etapa do processo de convergência tecnológica, o oferecimento de pacotes de serviços convergentes tem acirrado ainda mais a competição nos diversos segmentos de telecomunicações, principalmente de telefonia, banda larga e TV por assinatura, colocando frente a frente empresas de telefonia e empresas de TV a cabo.

Por fim, com a entrada em operação comercial dos serviços de terceira geração das operadoras móveis, a competição no mercado de serviços convergentes passou a contar com a presença de três ou quatro novos competidores. Além disso, há grande potencial de entrada de novos competidores, principalmente a partir de novas tecnologias com a rede sem fio WiMax e o PLC, que emprega a rede das distribuidoras de energia elétrica.

Como resultado deste processo, o mercado de telecomunicações, que em um passado recente ainda mostrava características de monopólio natural, vem se convertendo rapidamente em mercado altamente competitivo.

Como implicação, torna-se imprescindível caminhar na direção de uma maior flexibilização do arcabouço regulatório, ainda altamente intervencionista no Brasil. Nesse novo ambiente de convergência, a autoridade reguladora deve passar a concentrar seus esforços na criação de incentivos visando amplificar o espaço de competição entre as diferentes plataformas tecnológicas e, ao mesmo tempo, na eliminação das amarras que impedem que as empresas consigam extrair todos os ganhos de eficiência propiciados pela convergência. Esta nova agenda vem ganhando a adesão de um número crescente de países ao redor do mundo, como é o caso da Holanda, Alemanha, Estados Unidos e Coréia do Sul, entre outros.

É possível listar as seguintes diretrizes regulatórias que devem guiar o processo de aperfeiçoamento da regulação do setor de telecomunicações no Brasil:

- a) regulação uniforme para tecnologias e serviços;
- b) plena liberdade para exploração de serviços de telecomunicações;
- c) plena liberdade para adoção de novas tecnologias;
- d) foco da política concorrencial no fomento à competição entre redes;
- e) regulação baseada nos princípios de defesa da concorrência;
- f) elaboração de relatórios anuais de acompanhamento das condições de competição; e
- g) promoção de revisões periódicas dos dispositivos regulatórios.

Do ponto de vista concorrencial, pode-se concluir ainda que um processo de consolidação do setor que leve à formação de um menor número de grupos que passam a competir entre si em um grande mercado nacional de serviços convergentes de telecomunicações representa uma estrutura de mercado que permitiria otimizar a eficiência do setor e, ao mesmo tempo, garantir um nível adequado de competição.

Na verdade, dado o grande potencial de geração de economias de escala com a constituição de operações nacionais assim como de economias de escopo com a atuação em um amplo leque de serviços de telecomunicações, a entrada nos mercados dominados pelos grupos rivais torna-se um imperativo para garantir a competitividade frente aos mesmos. Por esta razão, o processo de formação de grandes operadoras tende a elevar a competição no setor, na medida em que induz um aumento de rivalidade entre os grupos remanescentes.

¹⁵ COMP/M 3806.

Por fim, considerando a experiência da análise antitruste de EUA e Europa, a análise de atos de concentração envolvendo grandes empresas de telecomunicações apresentam as seguintes características de destaque: i) eventuais imposições de restrições à operação seguem a lógica da análise usualmente adotada nos casos de atos de concentração. Operações que elevem a probabilidade de exercício de poder de mercado e que gerem eficiências incapazes de compensarem os danos concorrenciais são passíveis de rejeição ou de aprovação mediante a imposição de restrições; ii) tais restrições possuem nexos causal com a operação em si e são restritas às empresas envolvidas, tendo como objetivo restabelecer a situação concorrencial pré-existente; e iii) eventuais preocupações com a possibilidade de adoção de condutas anticompetitivas no futuro, cuja coibição já seja passível de ser efetuada mediante o arcabouço regulatório atual não são objeto de análise por parte dos órgãos de defesa da concorrência.

Recent Competition Policy:

The Effects of International Cartel Enforcement in Brazil¹⁶

By **Bruno Drago**

E-mail: bdrago@demarest.com.br

Brazil has intensively increased its responsibilities in every aspect of international economic relations. From a leading role in the Doha Round negotiations to efforts in developing and expanding ethanol consumption worldwide, Brazil's alignment to international cartel enforcement policies has been globally recognized. Brazilian antitrust authorities now enter into a new phase of such development and proper attention shall be given to this new stage.

From the beginning of the new millennium, the Brazilian authorities' shift of focus from merger analysis to competition infringements, such as cartels and abuses of dominant position, has been intensively noticed and reported on by those who interact with Brazilian competition law. In this respect, resources previously used for reviewing harmless merger notifications have been reallocated to investigations of anticompetitive infringements.

In addition, the Brazilian System of Competition Defense ("SBDC") has further invested in personnel, in building up a considerable jurisprudential body and in promoting legislative innovation, ultimately enlarging the antitrust enforcement apparatus to persecute and punish illegal conduct. SBDC's role in the creation of an international communication channel among the main competition authorities worldwide, to discuss matters of common interests, shall also be mentioned herein.

Nevertheless, despite the fact that Brazilian competition authorities have gained respectful status in the international competition arena, it still seems common that companies and individuals mistakenly underestimate their importance and enforcement powers in certain situations.

In such respect, the Brazilian *Vitamins Case*¹⁷, decided last year by the SBDC, has contributed to an important change in Brazilian competition policy. The investigation was launched in Brazil after several European and American companies were condemned for cartel practices in other jurisdictions. Penalties imposed worldwide include a € 855 million fine in Europe, US\$ 907 million in the United States, US\$ 101 million in Canada, US\$ 14 million in Australia and US\$ 3 million in South Korea.

The case involved twelve relevant markets in Europe and seven relevant markets in the United States, one for each type of vitamin sold. In the Brazilian administrative process, the Secretariat of Economic Law ("SDE", the investigative body of the SBDC) decided not to segment the market, concluding that the relevant market for the analysis was "*vitamins exported to the national territory by the involved companies*". As it can be noted, SDE adopted an international relevant market definition based on the high level of imports into the country.

The existence of international arrangements was proved by the SBDC through other international decisions on the case and by the fact that the companies involved had never rebutted such facts in the Brazilian administrative proceeding. Rather, among several arguments brought by these companies to try to shield the local analysis from the international decisions was the argument that the cartel did not produce any effects in the Brazilian territory. Moreover, they had legally challenged the use of international decisions to support local assessment of the illegal conduct.

Nevertheless, according to article 20 of Law 8.884/94, a competition infringement is typified, regardless of guilt, in cases which an act is performed with the object of restricting competition or in cases which such effects

¹⁶ Bruno De Luca Drago - Partner at Demarest & Almeida Advogados in São Paulo, Brazil, Master (LLM) in Competition Law by the King's College of London, University of London, United Kingdom (2005) and former foreign associate attorney at Howrey LLP (2005-2006).

¹⁷ Administrative Proceeding No. 08012.004599/1999-18.

may be produce, even if not achieved. Moreover, article 2 of the same law provides that Brazilian competition law applies to any infringement performed in the national territory, or which may produce effects in such territory.

The approach adopted by the SBDC to condemn the companies involved in this international arrangement consisted in showing that Brazil was considered by the players of the cartel in the international scheme. According to the Administrative Council of Economic Defense ("CADE") commissioners, this was clear since the market was mostly supplied by imports and due to the organizational structure of the companies involved. Moreover, there were evidences in the case suggesting the arrangements applied worldwide, including the Americas, and there was no rationality nor facts presented to the authorities which supported otherwise.

It seems uncontroversial, therefore, that Brazilian competition law may apply to anticompetitive conducts which have neither been implemented in the national territory nor have produced any effects within the country, provided that such effects may potentially be produced in Brazil. Such jurisdictional criteria is in line with most international competition authorities.

That being said, one can argue that the SBDC has recently consolidated some main concepts of antitrust enforcement in its proceedings. The first of them is the jurisdictional criteria mentioned above, by which Brazilian competition law may apply to any form of international arrangement which produces anticompetitive effects in the Brazilian territory. Furthermore, as verified above, applicability is not dismissed in case anticompetitive effects are not achieved, but its mere potentiality is enough to typify an antitrust infringement.

Another important concept to be mentioned is the objective liability aspect of the Brazilian competition law, by which it is dispensable to prove guilt in order to have a competition infringement typified. Needless to say that criminal enforcement is shielded from this nature of liability.

Therefore, Brazilian competition law does apply to conducts performed anywhere in the world which either produce, or may potentially produce, anticompetitive effects in the Brazilian territory, regardless of guilt. Foreign decisions of competition authorities condemning companies and individuals for anticompetitive conducts are likely to be sufficient to prove the existence of an international arrangement. The authorities will only need to prove the effects, or its potentiality, which can be satisfactorily achieved by showing that Brazil is a considerable player in the market.

An important instrument that may be considered by the companies or individuals in certain cases when facing such situation is a leniency program. Due to the universe of jurisdictions that have adopted the program, there is a real race for a company to be the first knocking at the authorities' door to apply for the program. In many of these countries, including Brazil, only the first applicant benefits from full immunity.

Leniency applications in Brazil have been taken seriously by competition authorities and may prevent administrative fines to the companies - which vary from one to thirty percent of the company's annual turnover, administrative fines to the individuals - which vary from ten to fifty percent of the fine applicable to the company, and, especially, criminal prosecution against individuals.

Once again, assessing whether an international arrangement produces, or may produce, effects in a given country for purposes of applying for leniency may be a tough but determinant strategy of the company and its legal counsels. It can be said that leniency program applications are becoming very similar to multi-jurisdictional merger notifications. Being on top of worldwide cartel enforcement policies and having a functional and competent network of local counsels can indeed make the difference for the company's pocket in the very end.

In this context, a very important and recent change of policy in Brazil, due to recent episodes in cartel enforcement, is the willingness of Brazilian competition authorities to prosecute not only foreign companies, but also foreign individuals involved in international arrangements. Until recently, the Brazilian authorities limited criminal enforcement to local individuals, in order to facilitate the criminal proceedings. But this change of policy, to be applied by the authorities, aims at increasing the incentives for a leniency program in Brazil, whenever a given conduct may produce anticompetitive effects in the country.

It shall be kept in mind that SDE has recently executed an agreement with the Federal Police to foster criminal investigation. Among the recent practices jointly carried out are dawn raids and judicially authorized telephone hearings. Furthermore, a special unit of the State Public Prosecution Office was recently created in São Paulo to foster criminal enforcement against cartels. This was the first specialized unit created in the country.

Finally, another instrument the Brazilian competition authorities will be soon making use of is the Interpol list for individuals wanted for anticompetitive infringements. Once placed on such list, individuals may be deported to Brazil.

The concerns presented above shall not only be taken seriously by the companies' headquarters abroad, but also by their affiliated companies in the country. Local executives, who might get involved in antitrust investigations, shall not only be concerned with local commercial practices, but also with their headquarters' practices that might affect the Brazilian market.

For instance, a local subsidiary of an international company that does not produce all of the group's portfolio locally, but does import certain products from its headquarters abroad to sell locally, may be punished by the authorities in case such sales include an overprice agreed abroad. In this context, it shall be recalled that local companies are jointly liable for their headquarters' practices, according to Brazilian Competition Law. Moreover, the law creates no distinction between direct and indirect sales for purposes of cartel enforcement.

The lesson to be learned is that foreign companies, and in particular, their legal counsels, should pay more attention to the Brazilian authorities when facing issues abroad that could adversely affect competition in the Brazilian market. One must consider, when taking into account the effects of such issues in the national territory, whether it is worth dealing with the issue at an early stage or taking the risk of facing heavy administrative and criminal punishment at a latter one.

Mercados Competitivos:
una Herramienta Útil en Tiempos de Dificultades Económicas.

La necesidad de instaurar el
DÍA IBEROAMERICANO DE LA COMPETENCIA

Por Margarita Alarcón Carrillo¹

E-mail: diaiberoamericanodelacompetencia@yahoo.com

Entre los recursos con que se cuenta para hacer frente a la crisis que hoy nos afecta, se encuentra la efectiva aplicación de las leyes de competencia. Con ellas se protegen los mercados, a los empresarios existentes, se estimula a los entrantes, y como resultado, se consigue que el consumidor no pague por los bienes y servicios que requiere más allá de lo que pagaría en un mercado donde existe competencia sana, esto es, que no pague precios que sean el resultado de prácticas ilegales por parte de quienes detentan el poder de mercado o por acuerdos contrarios a la libre competencia celebrados entre un grupo de competidores.

Con tal fin, hoy más que nunca, es fundamental el fortalecimiento de la capacidad institucional de nuestras agencias de competencia así como la divulgación masiva de las leyes de competencia entre los consumidores y empresarios. Fortalecer la capacidad institucional de las agencias a cargo de la aplicación de las leyes sobre prácticas anticompetitivas es una tarea fundamental de carácter permanente a través de la actualización periódica de los conocimientos de los funcionarios que las aplican, el intercambio académico entre los funcionarios de los diferentes países Hispanoamericanos sobre las experiencias y dificultades que enfrentan en su diaria aplicación, y el continuo apoyo académico que les brindan los diversos organismos nacionales e internacionales que promueven la libertad de los mercados. De otra parte, y de manera simultánea, la divulgación masiva de las leyes de competencia entre los empresarios y consumidores es tarea fundamental a adelantar, con el fin de que no solo se beneficien de ella sino que, dada la naturaleza secreta que usualmente caracterizan las conductas anticompetitivas, es vital que empresarios y consumidores cooperen con las autoridades de competencia a través de la información que ellos les suministren sobre posibles conductas anticompetitivas que puedan resultar objeto de investigación. Ello requiere la divulgación masiva de las mencionadas leyes y sus objetivos. De esta manera, se facilitará que los empresarios honestos, los consumidores y el público en general

¹ Fue Superintendente de Competencia en Colombia y actualmente es miembro del Consejo Editorial Del Boletín Latino-Americano de la Competencia.

sepan reconocer las posibles conductas que pueden resultar anticompetitivas y no como frecuentemente sucede hoy, cuando la mención de leyes de competencia o antitrust y sus objetivos denota un elevado grado de desconocimiento.

Es nuestra tarea llevar al conocimiento de cada consumidor como la efectiva aplicación de las leyes de competencia garantiza un mercado competitivo, estimula a los empresarios a competir por sus clientes con base en el mérito de sus productos y los lleva a innovar y a buscar nuevos procesos de producción, el ingreso de nuevos competidores, y con ello el que haya una mayor oferta de productos, se mejore la calidad de los mismos, y se ofrezcan al consumidor a los menores precios posibles. Hacer conocer a los consumidores que, contrariamente, si se toleran conductas anticompetitivas, aquellos empresarios que no sólo respetan la ley sino que luchan arduamente para permanecer en los respectivos mercados, se ven en riesgo de desaparecer como resultado de tales conductas, con el agravante de que al ser pocos en el mercado es más fácil y serán mucho más probables los acuerdos anticompetitivos de precios o para participar en licitaciones. Los consumidores no sólo sufrirán las consecuencias de ver reducida la oferta y/o la calidad de los correspondientes bienes o servicios sino que se verán obligados a pagar mayores precios por ellos de los que se hubiese pagado de no haber mediado la conducta anticompetitiva. Un ejemplo reciente que refleja la importancia de la efectiva aplicación de las leyes que protegen la libertad de los mercados, para evitar tales conductas, es el caso de acuerdo de precios en los servicios internacionales de transporte aéreo de carga celebrado entre doce aerolíneas, LAN Cargo, Aerolíneas Brasileñas, Al Israel Airlines, entre otras, por el cual acordaron cobrar la mismas tarifas para transporte aéreo internacional de carga, desde y hacia USA, y el cual funcionó del 2003 al 2006. Aquí, las autoridades Americanas han recientemente obtenido que algunos de los ejecutivos responsables del acuerdo de precios admitan su participación en el mismo, las aerolíneas participantes han sido multadas por más de un billón de dólares, y se han proferido ya algunas sentencias en contra de algunos participantes para ir a la cárcel por un total de 12 meses.

Para lograr los fines mencionados, la promoción de la competencia, prevención y sanción, requiere el permanente fortalecimiento de la capacidad institucional de las agencias a cargo de velar por el cumplimiento de la ley así como de la cooperación de los empresarios y consumidores, y ésta se logra con la divulgación de criterios comunes sobre la materia, basado en la discusión académica y la experiencia derivadas del ejercicio diario de sus funciones, que evite a los empresarios al manejar sus negocios incurrir en violaciones de las normas de competencia, y que, al igual que los consumidores, puedan reconocer fácilmente las características que usualmente rodean las conductas anticompetitivas, de manera que puedan comunicar oportunamente tales hechos a las autoridades para que ellas determinen si hay lugar o no a iniciar el trámite correspondiente.

Como un foro adecuado de intercambio para conseguir los fines antes anotados, ha surgido la idea de la celebración anual del Día Internacional Iberoamericano de la Competencia, con el apoyo y participación de la autoridades de la competencia Iberoamericanas, académicos de todas las procedencias así como de representantes de los diversos organismos nacionales e internacionales existentes que se ocupan de la materia. A finales de los años noventa, varias de las autoridades de competencia junto con el apoyo del entonces Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia de España Dr. Amadeo Petitbo, intentamos institucionalizar a escala continental encuentros semejantes a los propuestos. Ahora, haciendo eco del éxito obtenido con la celebración anual del Día Europeo de la Competencia², instituido en el año 2000, se vuelve a presentar de nuevo a Iberoamérica esta oportunidad para la que esperamos seguir contando con el renovado apoyo de todos.

Este sería un encuentro anual donde se discutirían las diferentes aproximaciones y experiencias, cuyo uno de sus modelos podría ser la experiencia Europea de la economía social de mercado donde las reglas de competencia no se aplican solas sino que conviven con medidas de apoyo al desarrollo regional, agrícola, social, la garantía de servicios de interés general o de ayudas de estado no discriminatorias son una referencia para el desarrollo armónico. Creemos que, de igual manera, América Latina debe tener su voz en la forma y el fondo de la aplicación gradual de esta disciplina de competencia de acuerdo con sus necesidades sociales y de desarrollo económico propio de los países del continente. El Día Iberoamericano de la Competencia puede ser la ocasión para consolidar esta visión creando las bases de una futura red latinoamericana de competencia visto que cuenta hoy en día con un gran número de especialistas conocedores además de la realidad política, económica y social propia.

Para hacer una realidad el Día Iberoamericano de la Competencia, cordialmente le invitamos a que remita sus comentarios y sugerencias sobre el particular tales como tipo de organización, temas a incluir, su interés en exponer y/o coordinar algún grupo de discusión y sobre qué punto en particular, países que tendrán a cargo esta celebración a partir del 2010, y durante los próximos cinco años. Para tal efecto pueden enviar su e-mail a:

diaiberoamericanodelacompetencia@yahoo.com

² El Comisario de Competencia Mario Monti propuso a los Estados miembros de la Unión Europea celebrar estas conferencias bianuales para dar a conocer la política de competencia a las amplias audiencias nacionales representativas de la sociedad de forma que se conozca el beneficio que la política de competencia puede aportar. Juan Antonio Rivière colabora con los Estados Miembros de la Unión Europea que por rotación organizan estos días europeos de la competencia.

LA VISIÓN ACERCA DE LAS DISPOSICIONES SOBRE COMPETENCIA DE LOS ACUERDOS COMERCIALES REGIONALES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA DE EL SALVADOR

POR CELINA ESCOLÁN SUAY¹
E-mail: cescolan@sc.gob.sv

1. MARCO GENERAL JURÍDICO E INSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS COMERCIALES EN EL SALVADOR

La Constitución de la República de El Salvador de 1983 establece entre las principales funciones del Órgano Ejecutivo, específicamente al Presidente de la República, el cumplir y hacer cumplir la Constitución y dirigir la política exterior. Asimismo, lo faculta para celebrar tratados y convenios internacionales, someterlos a la ratificación de la Asamblea Legislativa y vigilar su cumplimiento.

El Presidente de la República delega en el Ministerio de Economía la formulación de la política comercial. Dicha política está a cargo del Viceministerio de Economía, por medio de la Dirección de Política Comercial encargada de negociar los tratados comerciales y la Dirección de Administración de Tratados (DATCO), encargada de la implementación de los mismos.

- 1) Le corresponde a la Dirección de Política Comercial:
 - i) compatibilizar la política comercial con el resto de las políticas económicas y planes de desarrollo impulsados por el Gobierno; y
 - ii) coordinar, conducir y dar seguimiento a las negociaciones comerciales de carácter bilateral, regional y multilateral.
- 2) Le corresponde a la Dirección de Administración de Tratados Comerciales:
 - i) dirigir y supervisar la administración de los acuerdos, convenios, tratados y otros instrumentos en materia comercial que se encuentran en vigor y los derivados de la Integración Económica Centroamericana; y
 - ii) dar seguimiento a concesiones arancelarias, acceso a mercados, aplicación de preferencias y contingentes agropecuarios, así como de aplicar los mecanismos de defensa comercial contemplados en los instrumentos jurídicos en materia de comercio internacional.

En ese sentido, al Ministerio de Economía, por medio de la Dirección de Política Comercial, le corresponde el trabajo coordinado con instituciones que se encuentran relacionadas con la apertura comercial como es el caso de la Superintendencia de Competencia. El Ministerio de Economía es el que conduce la negociación apoyado en la asesoría de instituciones que por la naturaleza de su funciones se ven vinculadas en los procesos de negociación.

Es interesante destacar que la Ley de Competencia de El Salvador en su artículo 13 letra m) establece específicamente, a diferencia de otras legislaciones, que dentro de las atribuciones y deberes del Superintendente está la de participar en la negociación y discusión de tratados o convenios internacionales en materia de políticas de competencia. Es así como desde el inicio de las operaciones de la Superintendencia de Competencia, en enero de 2006, se ha trabajado con el Ministerio de Economía en las negociaciones de tratados comerciales y en el marco del proceso de la integración centroamericana.

Cabe señalar, que la Asamblea Legislativa no interviene directamente en la formulación de la política comercial, sin embargo juega un papel determinante al tener que ratificar los tratados bilaterales, regionales y multilaterales comerciales que suscriba El Salvador para que los mismos puedan entrar en vigor.

¹ Superintendente de Competencia de El Salvador

2. TRATADOS DE LIBRE COMERCIO CON DISPOSICIONES DE COMPETENCIA

En la actualidad, El Salvador ha suscrito siete (7) tratados de libre comercio de los cuales cinco cuentan con capítulo sobre política de competencia.

A) TRATADOS DE LIBRE COMERCIO SUSCRITOS Y VIGENTES

- Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y República Dominicana, ratificado por la Asamblea Legislativa de El Salvador, el 27 de mayo de 1999 y por República Dominicana, el 15 de marzo de 2001; entró en vigencia en ambos países el 4 de octubre de 2001;
- Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Chile, ratificado por la Asamblea Legislativa de El Salvador, el 4 de octubre de 2001 y por Chile, el 24 de enero de 2002; entró en vigor el 1 de junio de 2002.

B) TRATADOS DE LIBRE COMERCIO SUSCRITOS

- Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Panamá, ratificado por la Asamblea Legislativa de El Salvador, el 3 de octubre de 2002 y
- Tratado de Libre Comercio entre Guatemala, Honduras, El Salvador y Colombia, suscrito el 9 de agosto de 2007.

C) TRATADOS Y ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO EN PROCESO DE NEGOCIACIÓN

- Tratado de Libre Comercio CA4 y Canadá.

Este proceso de negociación se encuentra detenido pero dentro de la temática que se discutió se encuentra un capítulo de competencia que se centra en un mecanismo de cooperación entre autoridades de competencia para la efectiva aplicación de la ley, incluyendo el intercambio de información. Cuando este proceso se encontraba activo no existía una autoridad de competencia en El Salvador.

- Acuerdo de Asociación Centroamérica - Unión Europea

La negociación del Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y Centroamérica se encuentra en proceso. Esta negociación establece un enfoque región a región. Podemos decir que el capítulo está basado en un modelo de normas específicas, puesto que dentro de uno de los artículos se listan las prácticas que las partes deben vigilar para evitar distorsiones en el comercio entre las partes. Adicionalmente, el establecimiento de un mecanismo de cooperación y coordinación entre autoridades de competencia se encuentra recogido dentro del capítulo.

3. POSICIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA CON RELACIÓN A LA NEGOCIACIÓN DE ACUERDOS O TRATADOS COMERCIALES

La Superintendencia de Competencia de El Salvador reconoce que la orientación de la política comercial del país se concentra en el fortalecimiento y diversificación de las relaciones comerciales con países y bloques económicos; plataformas para lograr una incorporación más efectiva en el proceso de globalización. Los acuerdos o tratados comerciales buscan la eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias, a fin de imprimir transparencia y agilidad en los flujos comerciales, así como reducir la incidencia de medidas no arancelarias que se constituyen en obstáculos de entrada o salida al mercado, trámites administrativos que afectan las importaciones y exportaciones, incluyendo los trámites aduaneros, permisos, licencias y requisitos fitosanitarios.

Si bien la apertura comercial creada mediante los acuerdos o tratados comerciales elimina barreras arancelarias y para arancelarias, en la práctica, no elimina la posibilidad de creación, por parte del sector privado, de prácticas restrictivas de comercio que limitan la competencia. Si esto es así, los beneficios de la apertura comercial no se trasladarían al mercado interno y al consumidor.

Por esta razón, algunos Estados optan por incluir disposiciones o capítulos relativos a la competencia en los acuerdos o tratados comerciales, como mecanismos tendientes a prevenir y eliminar la presencia de conductas anticompetitivas. Adicionalmente, se persigue la homogenización en las obligaciones que al respecto enfrentan los agentes económicos que actúan en los mercados cubiertos por el acuerdo o tratado.

La Superintendencia de Competencia de El Salvador desde el inicio de sus operaciones en enero de 2006, ha participado en los procesos de negociación de acuerdos o tratados comerciales en materia de competencia. La posición de la Superintendencia de Competencia a este respecto es que se puede redactar tanto un capítulo con normas sustanciales como uno con conductas específicas.

El modelo de normas sustanciales tiene el objetivo de definir si la obligación se limita a velar por la aplicación efectiva de la regulación nacional o, bien, si dentro del área de libre comercio se permite una regulación sustancial internacional o posiblemente se limite a una cortesía positiva. Para cualquiera que fuera la opción seleccionada la base fundamental del acuerdo es la cooperación entre las autoridades encargadas de aplicar la ley de competencia.

El modelo de conductas específicas tiene el objetivo de definir claramente cuáles son las prácticas anticompetitiva prohibidas. De adoptar este modelo se debe realizar un análisis previo comenzando por la verificación si los Estados parte del acuerdo o tratado comercial cuentan con una ley vigente y autoridad de competencia en operación. Esto se debe a que el punto fundamental para poder utilizar el modelo de conductas específicas es la similitud de las conductas reguladas por las leyes de competencia de los Estados parte. No obstante, el análisis inicia con la identificación de los tipos de conductas; éste debe tomar en cuenta las exclusiones contenidas en las diferentes leyes y determinar si existe una asimetría entre las mismas.

En el cuadro que se presenta a continuación se detallan los elementos que se debe tomar en cuenta antes de seleccionar el modelo de conductas específicas:

CONDUCTAS	ANÁLISIS
Monopolios	Únicamente los monopolios estatales y otorgados a los municipios son permitidos, según el artículo 110 de la Constitución de la República.
Empresas Estatales	Estas empresas deben operar de manera que no sean incompatibles con las obligaciones establecidas en el acuerdo o tratado, ni ocasionen distorsiones en el mercado nacional o extranjero. Es decir, que operen de conformidad a las disposiciones en materia de competencia comercio.
Carteles	Para el caso de El Salvador, esta conducta es sancionada per-se. Habría que revisar mediante qué mecanismo se analiza esta conducta en los otros países.
Concentraciones	Debe determinarse si el marco legal exige una revisión previa obligatoria o una revisión previa voluntaria, o si éstas son revisadas ex-post, a través de la regla de la razón. El efecto de la solicitud o notificación puede ser de carácter suspensivo o no, en cuyo caso las facultades varían las medidas existentes cuando la concentración se declare perjudicial. Asimismo, los criterios adoptados para determinar la necesidad de notificar o requerir autorización para la concentración pueden estar basados en criterios subjetivos o en criterios objetivos y cuantificables, pudiendo existir importantes discrepancias en ambos casos en los niveles requeridos, así como en la incorporación para el cálculo de los mismos de agentes relacionados con los que se concentran o no y con los bienes y operaciones ubicados fuera del territorio de los Estados parte.

Independientemente de cuál de los dos modelos se adopte, en ambos casos el espectro de posibles obligaciones a ser adquiridas puede tener una gradualidad en la vinculación de los compromisos a adquirir. Estos compromisos transitan desde los menos vinculantes, que adoptan formas como el compromiso de realizar el mejor esfuerzo en la aplicación de la legislación de competencia y cooperación, a disposiciones jurídicamente obligatorias de cooperación, provisiones de cortesía positiva y negativa, mecanismos de solución de controversias y consultas obligatorias.

Existen otros elementos importantes dentro del contexto de los acuerdos o tratados comerciales que se debe evaluar previo a la incorporación de un capítulo en materia de competencia.

La evaluación deberá iniciar con la decisión si el capítulo debe estar comprendido por el mecanismo de solución de controversias del acuerdo o tratado. Los capítulos de solución de controversias son de aplicación horizontal a todas las disciplinas reguladas en el mismo y por ser el capítulo de competencia parte integrante del acuerdo o tratado estaría cubierto por el mismo. Cualquier incumplimiento a las disposiciones recogidas en el capítulo de competencia puede activar el mecanismo de solución de controversias Estado – Estado. Sin embargo, los procedimientos para la solución de casos en materia de competencia se encuentran recogidos en las leyes nacionales de cada Estado parte.

De decidir que el capítulo no se encuentre comprendido por el mecanismo de solución de controversias del tratado, se debe tomar en cuenta cuál modelo de capítulo de competencia se está adoptando y evaluar el tema de las sanciones a ser impuestas. Esta evaluación debe –iniciar con el tipo de sanción aplicable, ya sea una sanción administrativa o una sanción penal, si se está hablando de la aplicación de una norma de competencia nacional o, si bien, se está aplicando una regulación sustancial internacional.

Los elementos antes expuestos son solo algunos de tantos que deberán conformar el análisis inicial identificado en la Superintendencia de Competencia. Sin embargo, dependerá del modelo que se adopte para ahondar en otros elementos que pueden ser relevantes para la implementación y aplicación de los compromisos a adquirir.

Para lograr la aplicación efectiva de las normas de competencia y el desarrollo e implementación de políticas de competencia en los Estados parte establecidas en los acuerdos o tratados comerciales es importante la cooperación y coordinación entre las autoridades de competencia. Este compromiso entre autoridades debe contener disposiciones de cómo atender indicios que se están ejecutando prácticas anticompetitivas con impacto transfronterizo y de esta forma, las partes involucradas cooperarán en la investigación, pudiendo, de ser factible, realizar investigaciones conjuntas y adoptar las medidas adecuadas.

En ese sentido, la Superintendencia de Competencia de El Salvador considera que para velar por el buen funcionamiento de los mercados y la aplicación efectiva de las legislaciones y políticas de competencia, lo óptimo es el celebrar acuerdos o convenios de cooperación bilaterales entre las autoridades de competencia de los Estados parte, los cuales pueden ser acuerdos paralelos a los acuerdos o tratados. De esta manera, se permite atender los casos de prácticas anticompetitivas que pretendan menoscabar los beneficios obtenidos en los tratados o acuerdos comerciales, a través de la coordinación de las autoridades de competencia bajo procedimientos claros del tratamiento de los agentes económicos vinculados, el mercado y conservando claridad en la aplicación de la ley respecto a los territorios involucrados

3. EL PROCESO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA CENTROAMERICANA

La política comercial que adoptó la región centroamericana desde los noventa, en la cual los países de la región han negociado los acuerdos o tratados comerciales en bloque y han profundizado la integración centroamericana, está enfocada a promover el acceso a nuevas tecnologías y procesos productivos, eliminar obstáculos al comercio, ampliar los espacios comerciales en el ámbito regional y mundial, así como propiciar un clima atractivo para la inversión. Dicha política cambia las condiciones del mercado interno de cada uno de los países que integran la región siendo necesario la diversificación de los productos, la competitividad en las empresas y, lo más importante, velar por la eficiencia de los mercados y que los beneficios sean trasladados al consumidor. Esto último solo se puede lograr aplicando una política de competencia regional.

Ya existen cuatro países centroamericanos que cuentan con leyes especiales en materia de competencia vigentes y uno, a pesar de no contar con una ley especial en la materia, cuenta con disposiciones dispersas en el marco legal nacional sobre competencia, permitiéndole aplicar principios en pro de la misma. Es así como, a petición de las autoridades de competencia se estableció, por mandato de los Viceministros de Comercio Exterior de la región, el Grupo de Trabajo Centroamericano de Política de Competencia. Dicho grupo se encuentra conformado por las autoridades de competencia centroamericanas; dentro de sus objetivos figura la adopción de un reglamento centroamericano de competencia y la creación de una autoridad independiente con facultades de investigación y sanción de prácticas anticompetitivas con dimensión regional; es decir con efectos transfronterizos dentro de los países del istmo. El proceso es incipiente pero forma parte del conjunto de normas que se debe adoptar para la adecuación a las realidades del comercio internacional.

Todo el avance alcanzado dentro del proceso de integración centroamericana hacia la consolidación de una unión aduanera es visible y reafirma que las fronteras entre los países de la región van desapareciendo, expandiendo los mercados nacionales a un mercado regional. Dicho esto, se puede percibir la necesidad de complementar los instrumentos jurídicos de la integración, con un marco legal sobre competencia a fin que los beneficios alcanzados no sean menoscabados por prácticas anticompetitivas en alguno de los países de la región centroamericana.

4. CONCLUSIÓN

En cuanto a los tratados de libre comercio suscritos que contienen disposiciones de competencia generales, hay un trabajo pendiente. Este trabajo consiste en implementar los programas de trabajo a futuro de manera tal que permita un análisis que profundice en el avance que han tenido los países en la materia a nivel nacional y, de esta forma, evaluar la posibilidad de crear los mecanismos de cooperación apropiados para cada caso que le permita a las partes velar porque los beneficios comerciales no se vean menoscabados por prácticas anticompetitivas.

En lo relativo a los tratados o acuerdos comerciales en proceso de negociación, se tiene el reto de trabajar coordinadamente con el Ministerio de Economía para consensuar posiciones que le permitan presentar en la mesa de negociación una propuesta de país. Se espera alcanzar capítulos de competencia que establezcan un mecanismo de cooperación entre agencias de competencia de las partes que logre la colaboración para enfrentar casos de prácticas anticompetitivas y cooperar para el fortalecimiento y capacidad institucional. De esta forma, podemos decir que el estrechar lazos entre autoridades de competencia para combatir prácticas anticompetitivas en las áreas de libre comercio creadas, se convierte en una prioridad para velar por la eficiencia de los mercados y el bienestar de los consumidores.

Los avances del proceso de integración centroamericana han tenido como consecuencia un cambio de las condiciones de competencia en los mercados internos. Estos cambios propiciaron, en la mayoría de los países centroamericanos, la adopción de una normativa en materia de competencia para propiciar el ordenamiento del mercado interno.

La inclusión de disposiciones de competencia en tratados comerciales que cada vez tienen un mayor grado de compromiso, reafirma la voluntad de los países centroamericanos de seguir avanzando en la materia.

La Superintendencia de Competencia sostiene que es primordial, contar con acuerdos de cooperación entre autoridades de competencia de la región para combatir los efectos transfronterizos que pueda tener una práctica anticompetitiva. De esta forma, se enfatiza que lo óptimo sería el celebrar acuerdos o convenios de cooperación bilaterales entre las autoridades de competencia, los cuales pudiesen ser acuerdos paralelos a los acuerdos o tratados comerciales.

**THE VISION ON COMPETITION PROVISIONS IN REGIONAL TRADE AGREEMENTS FROM THE PERSPECTIVE OF THE
COMPETITION SUPERINTENDENCE OF EL SALVADOR**

BY CELINA ESCOLAN SUAY²
E-mail: cescolan@sc.gob.sv

1. GENERAL, LEGAL AND INSTITUTIONAL FRAMEWORK OF TRADE AGREEMENTS IN EL SALVADOR

The Constitution of 1983 of the Republic of El Salvador includes amongst the main powers of the Executive Branch, to comply and insure the compliance of the Constitution and direct foreign policy. Likewise, the Constitution empowers it to celebrate international treaties and agreements, submit them to the approval of the Legislative Assembly, and watch over their compliance.

The President of the Republic delegates the drafting of the foreign policy on the Ministry of Economy. The Vice Ministry of Economy is responsible of said policy through the Trade Policy Division, in charge of negotiating trade agreements and the Trade Agreements Administration Division, in charge of implementing them.

- 3) The Trade Policy Division is responsible for the following:
 - i) Harmonize the trade policy with the other economic policies and development plans carried out by the Government, and
 - ii) Coordinate, conduct and follow up the multilateral, regional or bilateral trade negotiations.
- 4) The Trade Agreements Administration Division is responsible for the following:
 - i) Direct and supervise the administration of treaties, agreements and other trade instruments in force and those resulting from the Economic Central American Integration, and
 - ii) Follow up duty grants, market access, preference applications, and agricultural cuotas, as well as apply the trade defense mechanisms included in the legal instruments in the international trade area.

Hence, the Ministry of Economy, through the Trade Policy Division, is in charge for coordinating work with other institutions related with trade opening, such as the Competition Superintendence. The Ministry of Economy is responsible for conducting the negotiations with the counsel of institutions that pursuant to their attributions are linked to the negotiation process.

It is interesting to emphasize that the Competition Law of El Salvador, in its Article 13 letter m), specifically includes amongst the Superintendent's attributions and duties, differing from other legislations, the power to participate in the negotiation and discussion of international treaties or agreements in matters of Competition Policy. That is why since the Superintendence initiated its operations in January 2006, said institution has worked together with the Ministry of Economy in trade agreements' negotiations and within the framework of the Central American Integration process.

It is worthwhile mentioning that the Legislative Assembly does not directly intervene in formulating the trade policy. Nonetheless, it does play an important role when ratifying bilateral, regional and multilateral trade agreements subscribed by El Salvador, in order for them to enter into force.

2. FREE TRADE AGREEMENTS WITH COMPETITION PROVISIONS

Currently, El Salvador has subscribed seven (7) Free Trade Agreements, five of which have a chapter on Competition Policy.

C) FREE TRADE AGREEMENTS SUBSCRIBED AND IN FORCE

- FREE TRADE AGREEMENT between Central America and the Dominican Republic, ratified by the Legislative Assembly of El Salvador, on May 27th, 1999 and by the Dominican Republic, on March 15th, 2001; in force in both countries since October 4th, 2001;

² Supertintendenta de la Competencia de El Salvador

- FREE TRADE AGREEMENT between Central America and Chile, ratified by the Legislative Assembly of El Salvador, on October 4th, 2001 and by Chile, in January 24th, 2002; in force since June 1st, 2002.

D) FREE TRADE AGREEMENTS SUBSCRIBED

E)

- FREE TRADE AGREEMENT between Central America and Panama, ratified by the Legislative Assembly of El Salvador, on October 3rd, 2002 and
- FREE TRADE AGREEMENT amongst Guatemala, Honduras, El Salvador, and Colombia, subscribed on August 9th, 2007.

C) FREE TRADE AGREEMENTS AND TREATIES EN NEGOTIATION PROCESS

Free Trade Agreement CA4 and Canada.

The aforementioned negotiation process is currently suspended but amongst the issues discussed figures a competition chapter which centers in a cooperation mechanism amongst competition authorities for the effective application of the law, including information exchange. When this process was active, El Salvador did not yet have a competition authority.

- Association Agreement Central America - European Union

The negotiation of the Association Agreement between the European Union and Central America is currently in process. Said negotiation establishes a region to region focus. The chapter is based on a model of specific rules, since one of its provisions lists the practices that the Parties must watch out in order to avoid trade distortions amongst the Parties. In addition, the establishment of a cooperation and coordination mechanism amongst the competition authorities is included in the chapter.

3. THE POSITION OF THE COMPETITION SUPERINTENDENCE WITH RESPECT TO THE NEGOTIATION OF TRADE AGREEMENTS OR TREATIES

The Competition Superintendence of El Salvador acknowledges that the orientation of the country's trade policy concentrates on the strengthening and diversification of trade relations with countries and economic groups; necessary platforms in order to achieve a more effective incorporation in the globalization process. Trade agreements or treaties seek the elimination of duty and non duty barriers, in order to incorporate transparency and agility in trade flows, as well as reduce the incidence of non duty measures that constitute market entry or exit barriers, administrative procedures that affect imports and exports, including customs, permits, licenses, and phytosanitary requirements

Even though the trade opening created by means of trade agreements or treaties eliminates duty and duty related barriers, actually does not eliminate the possibility to execute, by the private sector, trade restrictive practices that limit competition. And if so, the benefits of trade opening could not be transferred to the internal market or to consumers.

This is why some countries decide to include competition provisions or chapters in trade agreements or treaties, as mechanisms to prevent or eliminate the presence of anticompetitive practices. Additionally, standardization of the obligations of the economic agents that act in the markets included in the agreement or treaty is pursued

Since the beginning of its operations in January 2006, the Competition Superintendence of El Salvador has participated in negotiation processes of trade agreements or treaties with respect to competition issues. In connection with the aforementioned matter, the Competition Superintendence acknowledges that this issue can be addressed either in a chapter with substantive provisions or in one with specific conducts.

The substantive rules model pursues to define if the obligation is limited to seek an effective application of the national regulation or if, within the free trade area, an international substantive regulation is allowed or is possibly limited to a positive courtesy. Whatever the selected option is, the fundamental basis of the agreement is the cooperation amongst authorities in charge of enforcing competition law.

The specific conducts model pursues to clearly define the prohibited anticompetitive practices. If this model is adopted, a prior analysis must be carried out, beginning by verifying if the party States to the trade agreement or

treaty have a competition law in force, as well as an operating competition authority. The aforementioned is due to the fact that in order to use the specific conducts model, the conducts ruled in the competition laws of the party States must be similar. Nevertheless, the analysis begins by identifying the types of conducts; said analysis must consider the exclusions in different laws and determine the existence of symmetry amongst them.

The following chart details the elements that should be taken under consideration before choosing the specific conducts model:

CONDUCTS	ANALYSIS
Monopolies	Only State and Municipal monopolies are permitted, pursuant to Article 110 of the Constitution of the Republic of El Salvador.
State enterprises	The operation of these enterprises must be compatible with the obligations set forth in the agreement or treaty, and must not cause distortions in the national or foreign market. They must operate in accordance with trade and competition provisions.
Cartels	El Salvador sanctions this conduct per-se. The mechanism used to analyze this conduct in other countries should be reviewed.
Mergers acquisitions	The legal framework must be analyzed in order to determine if the review is prior and mandatory or prior but voluntary or ex-post, using the rule of reason. The request or notification may have a suspensive effect, in which case the attributions cause the existing remedies to vary when the merger or acquisition is declared harmful. Likewise, the adopted criteria to determine the need to notify or request authorization of the merger or acquisition can be based in quantifiable subjective or objective criteria. Some important discrepancies may exist in both cases in the different required levels, as well as in the incorporation calculation of the economic agents related to the merger or acquisition and with their equity and operations located outside the territory of the party States.

Despite which of the two models is adopted, in both cases the scenario of the possible obligations to be acquired may have a gradual connection with the acquired commitments. These commitments vary from the less obligatory ones, such as commitments to execute the best effort in competition law enforcement and cooperation, to legally binding provisions of cooperation, positive or negative courtesy provisions, mechanisms to solve disputes, and mandatory consults.

There are other important elements in the context of trade agreements or treaties that must be assessed prior to the inclusion of the competition chapter.

Said assessment should begin with the decision of whether the chapter ought to be covered by the mechanism to solve disputes established in the agreement or treaty. The chapters to solve disputes are enforced horizontally to all the topics regulated by them, and since the competition chapter is part of the agreement or treaty, said chapter would be covered by such agreement or treaty. Any non compliance to the competition chapter provisions can activate the mechanism to solve State-State disputes. Nevertheless, the procedures to solve competition disputes are determined by the national legislation of each party State.

If the decision is made not to include the chapter in the agreement's mechanism to solve disputes, the type of model of competition chapter adopted must be considered and the sanctions to be imposed ought to be assessed. Said assessment should begin with the type of applicable sanctions, whether administrative or criminal, whether enforcing a national competition provision or a substantial international regulation.

The aforementioned elements are just some of the many that ought to be considered in the initial analysis identified by the Competition Superintendence. Nonetheless, the chosen model will determine other relevant elements to be analyzed for the implementation and enforcement of the acquired commitments.

The cooperation and coordination amongst the competition authorities is very important in order to achieve an effective enforcement of the competition provisions and development and implementation of the competition policies of the party States, as established by the trade agreements or treaties. Said commitment amongst the competition authorities should contain provisions on how to deal with signs of the existence of anticompetitive

practices with cross-border impact, and consequently, the involved parties will cooperate in the investigation, and even, if possible, carry out joint investigations and adopt the adequate remedies.

Therefore, the Competition Superintendence considers the existence of bilateral cooperation agreements or treaties between competition authorities crucial in order to watch over the proper operation of markets and the effective enforcement of competition legislations and policies. Said agreements can be parallel to the trade agreements or treaties. As a consequence, anticompetitive practices that jeopardize the benefits obtained from the trade agreements or treaties can be investigated through the coordination of the competition authorities following clear procedures with respect to the economic agents involved, the market, and keeping clarity in the enforcement of the law with respect to the territories involved.

3. THE CENTRAL AMERICAN ECONOMIC INTEGRATION PROCESS

The trade policy adopted in the Central American region since the 1990's, within which the countries of said area have negotiated, as a whole, trade agreement or treaties and have deepened the Central American integration focusing on promoting the access of new technologies and production processes, eliminating obstacles for trade, broadening the trade areas, regionally and worldwide, as well as fostering and attractive atmosphere for investment. The aforementioned policy changes the internal market conditions for each of the countries of the region, making product diversification, competition amongst companies, and above all, watching over the markets efficiency and the transfer of benefits to the consumers necessary. This last can only be achieved with the enforcement of a regional competition policy.

Currently four Central American countries have adopted special laws on competition, all in force; and one country that although does not have a competition law, does have dispersed provisions on competition in its national legal framework, thus, allowing the enforcement of principles in favor of competition. Consequently, the Central American Working Group on Competition Policy was created due to a request of the competition authorities, in compliance with a mandate of the Foreign Trade Vice-Ministers of the region. Said group has been formed by the Central American competition authorities. The adoption of a Central American Competition Regulation and the creation of an independent authority empowered to investigate and sanction anticompetitive practices with regional range, with cross-border effects within the countries of the area, are amongst said group's objectives. The process is beginning but is part of set of provisions that ought to be adopted in order to harmonize it with the regional trade reality.

All the progress achieved in the Central American integration process towards the consolidation of a customs union is visible and confirms that the borders between the countries of the region are disappearing, expanding the national markets to a regional one. Therefore, the need to complement the integration's legal instruments is perceived, with a legal framework on competition which guarantees that the benefits achieved are not jeopardized by anticompetitive practices in any of the countries in Central America.

4. CONCLUSION

There is a pending task with respect to the subscribed free trade agreements that contain general competition provisions. This task consists on implementing future working programs that allow a deeper analysis in the progress achieved nationally by the countries with respect to competition, thus, assessing the possibility to create appropriate cooperation mechanisms for each case that allow the parties to watch over that the trade benefits are not jeopardized by anticompetitive practices.

A challenge exists to work jointly with the Ministry of Economy with respect to trade agreements or treaties in process of negotiation, in order to agree on positions that allow the presentation of a country proposal to the negotiation table. Competition chapters that establish a cooperation mechanism amongst the parties' competition authorities to achieve collaboration in the investigation of anticompetitive practices and cooperation for the strengthening of the institutional capacity are expected. Thus, we can say that strengthening the bonds amongst competition authorities in order to combat anticompetitive practices in the created free trade areas has become a priority in order to watch over the markets efficiency and the consumers' welfare.

The progress achieved in the Central American integration process has changed the competition conditions in the local markets. Said changes have fostered, in many Central American countries, the adoption of a competition framework in order to encourage order within the internal market.

The inclusion of competition provisions in trade agreements, with higher levels of commitment, confirms the will of the Central American countries to continue progressing in the topic.

The Competition Superintendence upholds the importance of cooperation agreements between the competition authorities of the region to combat the cross-border effects of anticompetitive practices. Hence, emphasizes the magnitude of subscribing bilateral cooperation agreements between competition authorities, which can be parallel to trade agreements or treaties.

“Cartels”: A Threat to Free Market

Por **Celina Escolan Suay**
E-mail: cescolan@sc.gob.sv

A cartel is a group of enterprises that operate in a coordinated manner in the same market, with the objective of sales price fixing and/or quantity output fixing, in order to not compete, for instance, the OPEC (Organization of the Petroleum Exporting Countries). Cartels are particularly harmful to consumers and to the economy as a whole. This type of entrepreneurial behavior annuls the benefits of rivalry and competition amongst economic agents, precisely the factors that allow consumers to have accessible prices, more variety, and best quality of the goods and services they receive. The participants of these anticompetitive practices pursue to obtain and divide the profits which would, otherwise, be reduced as a consequence of competition.

Cartelization, known as explicit collusion, is considered a particularly severe infraction in different competition legislations around the world. In El Salvador, this practice is prohibited by its legislation. In many countries, in addition to the imposition of onerous fines, this practice is criminally penalized, such as Australia, Brazil, Canada, Korea, United States of America, England, and Japan, amongst others.

In many countries, as well as in El Salvador, this conduct is considered anticompetitive *per se*, consequently, it is not necessary to demonstrate, for instance, that price fixing has harmed third parties in order to sanction it. The definition of a *per se* infringement considers that a price fixing agreement amongst competitors cannot have any positive effect on the economy.

The Competition Committee of the OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) carried out, in 2002, a review of the cartel cases sanctioned by the member countries of said organization between 1996 and 2000, in order to better understand the consequences of this type of conducts. A total of 119 cases were presented. Many of them determined the total trade affected by the operation of the most important cartels. This exceeded 55 billion dollars. This review also revealed that overprices resulting from these practices were significant and could reach 50%.

Competition legislations, as well as international organizations, agree that cartels are the main threat to a free market system. Consequently, many countries, including El Salvador, have tools to detect them. According to international best practices, the unannounced search with judicial warrant has demonstrated to be one of the most effective tools.

This type of practices has a highly harmful effect on consumer welfare and the market, and do not promote new investments. The economy's competitiveness is affected when these practices take place in the market of industrial inputs, due to the fact that these materials are used in the production of various final goods. These practices force entrepreneurs to use the material manufactured in cartelized markets paying overprices that negatively affect their costs, as well as their possibilities to compete successfully. When these practices take place in markets of massive consumption goods part of the family's basic grocery needs, consumers are affected but especially the poorest ones, since these people spend a higher percentage of their income in this type of goods.

Concluding “cartel” necessarily implies the real or potential existence of an economic fraud, which can result in price fixing, customer or market allocation, allocation of sales volume/restricting output, and also bid rigging, affecting markets and consumer welfare.

Luces y sombras de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas peruana

Por Mario Zúñiga Palomino¹
E-mail: mario.zuniga@echecopar.com.pe

Cuestión Previa. ¿Era necesario el cambio?

El 25 de junio de 2008 se publicó en el Diario Oficial El Peruano, diario oficial para la publicación de normas en el Perú, el Decreto Legislativo No. 1034, que promulgó la Nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, la “LRCA”), que deroga y reemplaza al Decreto Legislativo No. 701, cuyo breve articulado contenía las normas que hasta la fecha regularon el sistema peruano de defensa de la competencia (al menos en lo que respecta al denominado “control de conductas”²). La LRCA, cabe precisar, ha sido promulgada en el marco de la delegación de facultades otorgada mediante la Ley 29157, a través de la cual el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la tarea de realizar las modificaciones legales que sean necesarias para implementar el Tratado de Libre Comercio firmado entre el Perú y Estados Unidos de América (en adelante, el “TLC”).

En términos generales, el texto de la LRCA es acertado y dispensa un trato adecuado a la mayoría de tópicos regulados. En especial, resulta positiva la marcada orientación pro-mercado que puede apreciarse a través de su articulado, así como la nueva regulación del procedimiento administrativo por infracción a las normas de libre competencia, que a nuestro criterio define de mejor manera el rol de la Secretaría Técnica, el inicio del procedimiento, los plazos aplicables (incluyendo la preclusión de la etapa probatoria), la forma y oportunidad de apelación, entre otros aspectos. Asimismo, nos parece positivo que se haya eliminado la referencia a las “actuaciones paralelas” incluida en el artículo 6 del Decreto Legislativo 701, que permitía interpretar que podía sancionarse el mero paralelismo de precios.

Sin perjuicio de los aspectos positivos antes mencionados, queda la impresión de que en los temas sustantivos, pese a la gran cantidad de cambios introducidos, la LRCA no representa una mejora significativa en la regulación de las conductas anticompetitivas. Al menos no una mejora con gran relevancia práctica. La mayoría de las modificaciones propuestas constituyen, en ese sentido, precisiones conceptuales y la consagración de criterios que ya estaban fijados mediante precedentes emitidos por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la “Comisión”) y la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, la “Sala”) del Instituto Peruano de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, en segunda instancia. Asimismo, en algunos casos se ha introducido modificaciones que resultan perniciosas, como la posibilidad de que el Estado pueda intervenir en diversos mercados para “mejorar las condiciones de la oferta”.

Se deja extrañar, por otro lado, una exposición de motivos que enuncie y explique los objetivos buscados con la modificación de la norma, tarea que debería ser previa a la redacción de su texto. Al no incluir la LRCA ni el proyecto previamente publicado una exposición de motivos, no se ha permitido discutir cuáles son los objetivos que persigue la nueva Ley, ni analizar la correspondencia entre dichos objetivos y los mecanismos utilizados. Resulta sintomático, por ejemplo, que la propuesta haya sido presentada en virtud de una Ley autoritativa que tiene por finalidad reforzar la implementación de las políticas de libre competencia de cara al Tratado de Libre Comercio (TLC) suscrito con los Estados Unidos de América, y en particular incrementar la competitividad del empresariado peruano, pero que la LRCA no explique cómo es que las modificaciones van a contribuir a mejorar la competitividad. Si bien la relación entre un buen marco normativo de libre competencia y el

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del Estudio Echecopar. ExAsistente Legal de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi.

² Las políticas de libre competencia tienen, principalmente, dos grandes herramientas mediante las cuales protegen la competencia. Por un lado está el control de conductas, realizado ex – post sobre aquellas conductas empresariales que pueden afectar “indebidamente” la competencia. Por otro lado, tenemos al control de estructuras, que busca ex – ante, mediante la revisión administrativa de las operaciones de concentración empresarial, evitar la conformación de estructuras de mercado que faciliten la realización de conductas anticompetitivas. En el Perú, el control de estructuras se aplica exclusivamente en los mercados de generación, transmisión y distribución eléctrica, mientras que el control de conductas se aplica a la generalidad de los mercados.

incremento de la competitividad parece obvia, no queda claro cómo es que la LRCA va a facilitar el surgimiento de empresas más competitivas si se le compara con la norma anterior.

La LRCA, en nuestra opinión, ha debido incluir, o tener como paso previo, un balance de la aplicación y funcionamiento de la Ley anterior, un análisis respecto de las áreas en las que el Decreto Legislativo 701³ ha resultado insuficiente o deficiente. Sin dicho análisis, no nos queda claro que su promulgación haya sido necesaria. Mas allá de la duda planteada, sin embargo, la LRCA “llegó para quedarse”, y vale la pena estudiar las novedades y particularidades que contiene. En las líneas siguientes, presentaremos algunas ideas acerca de aquellos aspectos más saltantes, tanto positivos como negativos, de la LRCA. Dado que el presente comentario no pretende ser exhaustivo, algunos aspectos interesantes podrían quedar fuera del análisis.

1. Supuestos de exención de aplicación de la normas de libre competencia: una zona gris

El Artículo 3 de la LRCA regula el ámbito de aplicación objetivo de la Ley, aunque más bien debería hacerse referencia a las conductas eximidas del cumplimiento de ella, esto es, aquellas conductas que pese a encajar en los tipos de prohibición que la LRCA consagra, no resultan sancionables por considerarse que su realización conlleva otro tipo de beneficios sociales o una mayor generación de eficiencias⁴.

El referido artículo establece, con una redacción ciertamente poco feliz, que la LRCA no es aplicable a “*aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal*”. Entendemos que a lo que quiso referirse la norma es a los supuestos de exención definidos líneas arriba. Lo que debería decir el texto, en nuestra opinión es que la LRCA no es aplicable a “*aquellas conductas expresamente permitidas en la Ley*” o cuando menos a “*aquellas conductas que resulten de la aplicación de una Ley*” tal como hace la Ley Española de Defensa de la Competencia, de modo tal que se exija una relación de causalidad directa entre la conducta exenta y la norma legal que la permita, no bastando autorizaciones genéricas y menos aún que se argumente que el marco jurídico coadyuva o facilita la realización de dicha conducta⁵.

Una redacción como la incluida en la LRCA puede llevar a despropósitos como el realizado por la Sala en el denominado caso de los “precios abusivos”⁶. En dicho caso, la Sala luego de realizar un exhaustivo análisis constitucional y legal sobre la posibilidad de sancionar la imposición de “precios abusivos”, finalmente declara improcedente la denuncia porque la posición de dominio de las empresas denunciadas sería “*derivada precisamente de las disposiciones legales que establecen elevadas barreras de acceso al referido mercado*”. En efecto, la Resolución increíblemente confunde un supuesto de exención de las normas de libre competencia con un caso en el que el marco regulatorio facilita la generación de una posición de dominio (conjunta). Pero que el marco regulatorio facilite el surgimiento de una posición de dominio —que, por lo demás, en el caso concreto nunca fue demostrada— no quiere decir que éste justifique o permita el abuso de dicha posición.

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente mencionar que la norma comentada debe ser interpretada de manera sistemática con el resto de normas contenidas en la LRCA, con lo cual al aplicarla debe tomarse en cuenta también lo establecido por el Artículo 10.3, que señala que la LRCA se aplica “*inclusive cuando la posición de dominio deriva de una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo*”. Dicha interpretación sistemática debería llevar a concluir que no bastaría que el marco legal incentive una conducta o cree las condiciones propicias para que ésta se produzca. La ley debería autorizar expresamente una determinada conducta para que ésta se considere exenta de las normas de libre competencia.

³ Así por ejemplo, en el denominado *Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*, se realiza un balance de la evolución del derecho español en materia de competencia, indicándose cuales han sido los aciertos y debilidades del sistema, además, de señalarse los principios y objetivos que se buscan a través de la reforma. Disponible en <http://www.cncompetencia.es/PDFs/memorias/64.pdf> (visitada por última vez el 30 de enero de 2009).

⁴ Ver: KHEMANI, R. Shyam. *Aplicación de las Leyes sobre la Competencia: Excepciones y exenciones*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2002. p. 2. Disponible en: http://www.unctad.org/sp/docs/ditcclpmisc25_sp.pdf (visitada por última vez el 4 de noviembre de 2008).

⁵ BAÑO LEÓN, Jose María. *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la Competencia*. Madrid: McGraw-Hill, 1996. p. 86 y ss.

⁶ Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI del 4 de junio de 2004. Emitida en el procedimiento iniciado por la Central Unitaria de Trabajadores del Perú y el señor Javier Diez Canseco Cisneros contra AFP Horizonte, AFP Integra, AFP Unión Vida, Profuturo AFP y la Asociación de AFP's por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de “cobro de comisiones excesivas”.

2. Un grave retroceso: patente de corso para el funcionario público “concertador”

Por si lo comentado en el acápite anterior no fuera suficiente, el mismo artículo 3 de la LRCA contiene otra disposición sumamente criticable. La frase final del primer párrafo del artículo mencionado establece que “(e)l Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores”⁷. ¿A qué tipo de acciones se refiere el texto citado? ¿Regular precios u otorgar subsidios? ¿Incurcionar en la prestación directa de servicios? Entendemos, tal como refiere Bullard, que la frase esconde “una autorización legal para prácticas nefastas en las que el Estado reúne a los productores (Caso GLP, aerolíneas, SOAT, etc.) para “concertar” (en realidad presionarlos) para que se bajen los precios”⁸.

No es inusual en el Perú apreciar en los medios de comunicación a un ministro o congresista anunciar que en un determinado mercado los precios están “demasiado altos”, sólo para luego ofrecer sus buenos oficios para reunirse con los empresarios o gremios correspondientes para “pedirles” o “convencerlos” de que bajen los precios o de que no los aumenten⁹.

En realidad, lo que logran estas prácticas, pese a la “buena intención” que a ellas subyace, es generar una plataforma de concertación entre los distintos gremios en los que se interviene. Y así como el día de hoy pueden acordar bajar sus precios “en beneficio de los consumidores”, el día de mañana los mismos agentes pueden concertar una elevación en el precio, o evitar que el precio baje en la magnitud que el mercado dictaría en condiciones normales. Una concertación para la reducción de precios, por ende, puede ser tan peligrosa como una concertación para aumentarlos. Y es que, en el largo plazo, lo que se genera es que los productores o comercializadores controlen los precios, en vez de que éstos se determinen por el libre intercambio de oferta y demanda, sin reuniones, intercambios de información, ni acuerdos.

Respecto de este punto será también determinante la línea interpretativa que adopte la Comisión. Dentro de las limitaciones que el texto de la LRCA le impone, la citada autoridad debería restringir lo más posible el ámbito de esta cláusula, por lo demás vaga e indeterminada.

3. Determinación de la posición de dominio: ¿cuál es el marco temporal en el que se debe analizar si una empresa tiene posición de dominio?

Cuando se analiza si una empresa denunciada por abuso de posición de dominio goza en efecto de dicha posición, debe tomarse en cuenta la “contestabilidad” del mercado, es decir, si el ingreso al mercado de eventuales competidores puede funcionar como un mecanismo para disciplinar cualquier posible ejercicio de poder de mercado de parte del supuesto dominante¹⁰. Toda empresa que, ante un aumento en el precio por parte de una empresa supuestamente dominante, sea capaz y esté dispuesta a entrar en el mercado en cuestión debe ser tomada en cuenta al analizar la posición de dominio de la empresa investigada. Pero dicho ingreso al mercado no puede ser siempre inmediato.

Llama la atención, en ese sentido, que el artículo 7.1 de la LRCA defina la posición de dominio como la “posibilidad de restringir, afectar o distorsionar las condiciones de la oferta o la demanda (...), sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, **en ese momento o en un futuro inmediato**, contrarrestar dicha posibilidad” (el énfasis es nuestro).

No entendemos por qué la norma exige que, para que se descarte la existencia de una posición de dominio, debería demostrarse que el ejercicio de poder de mercado realizado por la supuesta dominante puede ser rebatido “de inmediato”. Todo lo contrario, la casuística y la teoría económica sugieren que lo lógico sería que se considere en el análisis un plazo prudencial, dependiendo de las condiciones del mercado en cuestión, para

⁷ La frase comentada fue añadida a la LRCA por el Poder Ejecutivo, no encontrándose en el Proyecto de Ley publicado por el Indecopi en abril de 2008, con la finalidad de recibir críticas y comentarios de la sociedad civil.

⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *La nueva Ley de Competencia. ¿El regreso del Jedi?* En: Enfoque Derecho. Año 7, No. 74. Julio de 2008. p. 4.

⁹ Ver, por ejemplo, el Diario Gestión, edición del 28 de noviembre de 2008, p. 2: “[El Ministro de Agricultura Carlos] Leyton remarcó que los productores de leche todavía no han subido sus precios, y que no ha habido un incremento efectivo. Explicó que —tras el anuncio de una posible alza en el precio de la leche— se ha reunido con los industriales lácteos, y que estos le han dicho que la mencionada advertencia solo ha constituido la opinión de uno de los funcionarios del sector”.

¹⁰ Ver: BAUMOL, William J. *Contestable markets: an uprising in the theory of industry structure*. En: American Economic Review. Vol. 72, No. 1. Marzo de 1982. pp. 4-5.

que potenciales entrantes al mercado puedan rebatir el (intento de) ejercicio de poder de mercado de un posible monopolista.

Así, por ejemplo, los *Lineamientos de Fusiones Horizontales* elaborados por el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América hacen referencia de un plazo de hasta dos años, que incluso puede ser mayor en el caso de productos durables:

“A fin de desincentivar o contrarrestar efectos anticompetitivos, los entrantes deben conseguir tener oportunamente un impacto en el precio del mercado relevante. La Agencia considerará generalmente que una entrada al mercado es oportuna, sólo si dicha entrada es creíble y puede ser llevada a cabo dentro del plazo de dos años, desde que es planeada hasta que tenga un impacto significativo en el mercado. Allí donde el producto relevante sea un producto durable, los consumidores, en respuesta a una posibilidad creíble de entrada, podrían postergar su ingreso al mercado realizando inversiones adicionales para extender la vida útil de los productos previamente adquiridos, y de esta forma desincentivar o contrarrestar cualquier intento de ejercicio de poder de mercado. En este contexto, si la entrada sólo es posible fuera del periodo de dos años antes mencionado, la Agencia considerará la entrada oportuna siempre y cuando esta sea capaz de desincentivar o contrarrestar cualquier intento de ejercicio de poder de mercado, dentro del periodo de dos años y subsiguientemente”¹¹.

Pensemos, por ejemplo, en el mercado de automóviles o de computadoras. La respuesta del mercado no puede ser inmediata en un mercado en el que los bienes se renuevan cada dos o tres años. Puede citarse también, el caso de industrias de altos costos fijos, que implican la implementación de redes o grandes plantas, y en las que la recuperación de la inversión se proyecta en 20 o 25 años. En ese contexto, la entrada al mercado de un competidor potencial en 2 o 3 años puede perfectamente ser un signo de ausencia de posición de dominio.

En el mismo sentido, la Corte del Segundo Circuito de Apelaciones de los Estados Unidos de América ha definido a la posición de dominio como *“la habilidad de: i) fijar un precio substancialmente sobre el nivel competitivo y, ii) hacerlo sostenidamente sin que éste se vea disminuido por la entrada de nuevos agentes al mercado o la expansión de la producción de otros competidores”¹²* (énfasis en el original).

Ahora bien, sin perjuicio de la crítica realizada al texto de la LRCA, consideramos que es tarea de la Comisión aplicarla razonablemente y, en ese sentido evaluar la “contestabilidad” del mercado en un marco temporal adecuado para cada mercado. Esperemos que los próximos pronunciamientos de la Comisión en casos de abuso de posición de dominio opten por dicho enfoque.

4. Sobre el abuso de posición de dominio: ¿no más casos de “abuso explotativo”?

En la línea de la mayor orientación “pro-mercado”, que como hemos destacado en la introducción del presente artículo caracteriza a la LRCA, el artículo 10, que regula el abuso de posición de dominio, determina la necesidad de acreditar un efecto exclusorio en los casos de prácticas anticompetitivas unilaterales.

En efecto, el artículo 10.1, que define el abuso de posición de dominio señala que:

*“Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, **obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición**”* (el énfasis es nuestro).

¹¹ Traducción libre del siguiente texto: “In order to deter or counteract the competitive effects of concern, entrants quickly must achieve a significant impact on price in the relevant market. The Agency generally will consider timely only those committed entry alternatives that can be achieved within two years from initial planning to significant market impact. Where the relevant product is a durable good, consumers, in response to a significant commitment to entry, may defer purchases by making additional investments to extend the useful life of previously purchased goods and in this way deter or counteract for a time the competitive effects of concern. In these circumstances, if entry only can occur outside of the two year period, the Agency will consider entry to be timely so long as it would deter or counteract the competitive effects of concern within the two year period and subsequently”. DEPARTAMENTO DE JUSTICIA Y LA COMISIÓN FEDERAL DE COMERCIO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. *Lineamientos de Fusiones Horizontales*. Abril de 1992 (revisados en abril de 1997). Sección 3.2. Disponibles en: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.htm> (visitada por última vez el 9 de noviembre de 2008).

¹² Traducción libre del siguiente texto: “the ability (1) to price substantially above the competitive level and (2) to persist in doing so for a significant period without erosion for new entry or expansion”. *AS/SAT v. Associated Press*, 181 F 3rd (2002). pp. 216-227.

Asimismo, el artículo 10.2, que lista, a manera de ejemplo, los supuestos de abuso de posición de dominio, señala que “(e)l abuso de la posición de dominio en el mercado **podrá consistir en conductas de efecto exclusorio** tales como (...)” (el énfasis es nuestro).

La LRCA ha pretendido con la redacción de los textos citados eliminar cualquier interpretación según la cual se pretenda perseguir y sancionar las denominadas “conductas explotativas”. Recordemos que se ha definido a las conductas explotativas como:

“(A)quellas que representan el ejercicio (o uso) directo del poder de mercado de la empresa dominante mediante la elevación de los precios por encima del nivel de competencia y la reducción del nivel de producción. Este tipo de conductas no tiene como objetivo lesionar a los competidores actuales o potenciales sino que su objetivo es “explotar” directamente a los consumidores y usuarios imponiéndoles mayores precios y menores cantidades ofrecidas respecto a los niveles vigentes en un mercado competitivo”¹³.

Las conductas exclusorias, por otra parte, han sido definidas como:

“aquellas que, a través de un abuso de posición de dominio, tienen como objeto y efecto desplazar a los competidores del mercado o impedir el acceso de nuevos competidores al mismo. Dicha exclusión no se realiza en función del desempeño eficiente de la empresa dominante ni de su éxito dentro del proceso competitivo, sino que se da en función de un comportamiento anticompetitivo”¹⁴.

Desde nuestro punto de vista, la precisión resulta saludable dado que el Decreto Legislativo 701 no establecía expresamente que la autoridad de competencia no puede perseguir y sancionar las prácticas explotativas. Si bien ello se podía desprender de una interpretación sistemática del Decreto Legislativo 701, y básicamente atendiendo a la finalidad y orientación del referido Decreto¹⁵, algunas corrientes de opinión interpretaron lo contrario en base al mismo texto legal¹⁶.

Pero, más allá, de las interpretaciones que el texto legal anterior haya permitido, consideramos que el cambio es positivo porque nos contamos entre aquellos que creen firmemente que perseguir y sancionar las prácticas explotativas no redundaría en un mayor beneficio social para los consumidores ni para la sociedad en su conjunto. Y es que, salvo en aquellos casos excepcionales en los que nos encontremos ante un mercado con altas barreras a la entrada —mercados que normalmente serán candidatos para la imposición de regulación— cualquier intento de ejercicio abusivo de poder de mercado por parte de un presunto monopolista será a la vez la causa de la dilución de su poder. Aquellas empresas que eleven los precios —o reduzcan la producción o la calidad— en perjuicio de los consumidores no están sino acelerando el ingreso al mercado de nuevos competidores. El ingreso de nuevos competidores, a su vez, reestablecerá el equilibrio competitivo que es el que procura para los consumidores el mayor beneficio posible.

La tarea del Derecho de la Libre Competencia, en ese sentido, es remover aquellas barreras artificiales que buscan eliminar la competencia o retrasar el ingreso de nuevos competidores, barreras que precisamente hemos definido líneas arriba como prácticas exclusorias.

Perseguir y sancionar las prácticas explotativas, más allá de las limitaciones legales e institucionales que puedan encontrarse para ello, no es deseable, porque el Derecho de la Competencia no busca lograr un determinado resultado, no busca directamente conseguir precios más bajos, ni una mayor innovación o producción. Lo que

¹³ Resolución No. 054-2003-INDECOPI/CLC del 10 de diciembre de 2003. Emitida en el procedimiento iniciado por la Central Unitaria de Trabajadores del Perú y el señor Javier Diez Canseco Cisneros contra AFP Horizonte, AFP Integra, AFP Unión Vida, Profuturo AFP y la Asociación de AFP's por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de “cobro de comisiones excesivas”. Esta resolución fue posteriormente confirmada, aunque con una fundamentación diferente, mediante Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI (ver nota 4).

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Los principales argumentos en contra de la persecución y sanción de prácticas explotativas pueden encontrarse en la Resolución No. 054-2003-INDECOPI/CLC (ver nota 10).

¹⁶ Resolución N° 0225-2004/TDC-INDECOPI (ver nota 4).

busca el Derecho de la Libre Competencia es que sea el mercado —mediante la libre interacción de productores y consumidores— el que determine los niveles eficientes de precios, inversión en innovación y producción.

5. Nuevos supuestos de abuso de posición de dominio. En particular, el “uso abusivo de procesos judiciales o procedimientos administrativos”

El artículo 10.2 de la LRCA, que enuncia a manera de ejemplo las prácticas que pueden constituir abusos de posición de dominio ha incluido algunos supuestos que no se encontraban en el listado similar que contenía el artículo 5 del Decreto Legislativo 701, a saber, los siguientes:

“d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;

e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;

f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;

g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos”.

En términos generales, la inclusión de nuevos supuestos parece positiva, ya que permite a los agentes del mercado tener una idea más concreta de las conductas que son pasibles de ser sancionadas bajo las normas de libre competencia y en ese sentido, permite un mejor planeamiento de sus estrategias empresariales. Ahora bien, al analizar el detalle de cada uno de los supuestos, podremos encontrar algunos aspectos que deben ser comentados.

El primero de los supuestos regulados no nos parece particularmente necesario, ya que se trata de un supuesto de hecho que puede ser perfectamente subsumido dentro del supuesto contemplado en el literal a) del mismo artículo. No obstante, para quienes creen que el Derecho de la Libre Competencia puede ser mérito para que se ordene a una asociación o cualquier otra organización admitir a un competidor, el texto del literal d) facilitará su labor.

Llama la atención también que los literales e) y g) hagan referencia a los términos “sugerir” e “incitar”. La actuación de una empresa dominante en un determinado mercado relevante es susceptible de causar un perjuicio al mercado sólo si esta impone un determinado precio o condición comercial. Los competidores y consumidores que concurren en el mismo mercado son “tomadores de precios (u otras condiciones comerciales)”. Si el supuesto dominante “sugiere” o “incita” una determinada conducta se entiende que el sujeto pasivo de la sugerencia/incitación es capaz de tomar una decisión distinta. En ese caso, ¿nos encontraríamos realmente ante un caso de abuso de posición de dominio? No nos parece que ese sea el caso. Si, en todo caso, a lo que se refiere el articulado es a ese tipo de sugerencias imposibles de rechazar —casi como cuando un ladrón armado nos “sugiere” entregarle nuestro dinero— una interpretación razonable del término “imponer” hubiera bastado.

Finalmente, la novedad que nos suscita mayor interés en el presente artículo 10.2 es la inclusión del “abuso de procedimientos administrativos y judiciales” como un supuesto de abuso de posición de dominio. Cabe mencionar que la posibilidad de sancionar este tipo de conductas en virtud de las normas de libre competencia había sido ya reconocida por la Comisión (en ese entonces, Comisión de Libre Competencia) en dos precedentes administrativos.

El primero de ellos es el emitido en el procedimiento iniciado por Lebar S.A. (en adelante, LEBAR) contra Asesoría Comercial S.A. (en adelante, ACOSA) y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú (en adelante, AGESP), por haberse supuestamente coludido con la finalidad de boicotear su ingreso al mercado. Según la denunciante, tanto ACOSA como AGESP cuestionaban la instalación y puesta en funcionamiento de un grifo que sería operado por LEBAR, por considerar que dicho establecimiento incumplía con determinadas normas de seguridad contenidas en el Reglamento de Seguridad para Establecimientos de Venta al Público de Combustibles Derivados de los Hidrocarburos (Decreto Supremo 054-93-EM), específicamente, en lo que se refiere a la prohibición de instalar de grifos y estaciones de servicio en la vía pública. En virtud de ello, las denunciadas dieron inicio a diversos procedimientos ante autoridades administrativas (la Dirección General de Hidrocarburos del

Ministerio de Energía y Minas y la Municipalidad de Lima y La Victoria) y judiciales (Acción de Amparo iniciada en contra de la Municipalidad de Lima).

Si bien en el caso concreto la Comisión resolvió que no existía evidencia suficiente para acreditar la realización de la práctica denunciada, se reconoció expresamente —y sin el apoyo de fundamento económico alguno— que:

“(E)l abuso de procedimientos gubernamentales (administrativos o judiciales) puede ser considerado como una práctica prohibida susceptible de ser comprendida dentro de la legislación que sanciona las prácticas restrictivas de la libre competencia”¹⁷.

Posteriormente, en el procedimiento iniciado por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios (en adelante, la “APOP”) y otras empresas contra Pilot Station S.A. (en adelante, “Pilot”) y otros, en relación a un supuesto abuso de posición de dominio en el mercado de practicaje marítimo en el Terminal Portuario del Callao, la Comisión reiteró dicho criterio. El caso involucra una serie de imputaciones en contra de Pilot, una empresa bajo la cual se agrupó la totalidad de prácticos (aproximadamente 35) que a diciembre de 2000 operaban en el Terminal Portuario del Callao.

Aparentemente, el hecho de que Pilot agrupe a todos los prácticos que en ese momento operaban en el mercado relevante (constituido por el terminal portuario antes mencionado) tenía como objetivo equilibrar el mayor poder de negociación con el que contaban los clientes del servicio de practicaje (básicamente, empresas navieras y agencias de carga marítima), dadas las “sumamente desfavorables e injustas” condiciones laborales en las que prestaban el servicio de practicaje, y el hecho de que otros prácticos, denominados por Pilot “disidentes”, sustraigan potenciales clientes a Pilot Station “ofertando precios por debajo de lo normal”. Dicha estrategia involucró, más allá de la agrupación de la totalidad de prácticos del mercado en una sola empresa, la celebración de contratos de exclusividad con cada uno de ellos y la prohibición de entrenar a prácticos (o aspirantes a prácticos) que no pertenecieran a la empresa.

Además, como mecanismo de *enforcement* de las acciones antes descritas, Pilot interpuso diversas acciones judiciales y administrativas contra los prácticos “disidentes”, lo que incluía acciones de amparo contra prácticos que no “respetaron” sus contratos, acciones de amparo contra otras empresas administradoras de prácticos, procedimientos administrativos ante la Dirección General de Capitanías y Guardacostas de la Marina de Guerra por el presunto incumplimiento de obligaciones en la prestación del servicio de practicaje e incluso procedimientos penales por fraude en la administración de personas jurídicas (dado que muchos de los prácticos socios de Pilot eran nombrados a su vez directores y/o gerentes de la empresa).

Al analizar la conducta de Pilot, la Comisión sostuvo lo siguiente:

“... esta Comisión reconoce el derecho legítimo de toda persona a solicitar tutela jurisdiccional y a ejercer su derecho de petición administrativa ante los órganos correspondientes; sin embargo, si los procesos judiciales y los procedimientos administrativos interpuestos por la empresa denunciada son desestimados (en su mayoría) por las autoridades competentes, la Comisión en el ámbito de sus competencias puede evaluar y eventualmente concluir de manera objetiva la intención anticompetitiva de una empresa que utiliza innecesariamente dichos mecanismos legales con el único propósito de obstaculizar el acceso o permanencia en el mercado de competidores potenciales o reales, y no el ejercer de manera regular su derecho de acción.

(...)

Sobre el particular, a criterio de esta Comisión, si bien las acciones legales mencionadas precedentemente tuvieron como finalidad impedir que los prácticos que renunciaron a Pilot Station continúen realizando sus actividades de practicaje en el TPC; ello en realidad tuvo como único propósito causar un perjuicio a las empresas administradoras de prácticos competidoras recortándoles la posibilidad de proveerse del insumo más importante para competir en el mercado, esto es, los prácticos marítimos objeto de las acciones legales. En consecuencia, se puede colegir que la conducta predatoria sí afectaba a los competidores directos de la empresa denunciada, en tanto significaba un retraso u obstaculización para su acceso al mercado, consolidando a su vez la posición de dominio de Pilot Station por medios distintos a la eficiencia económica”¹⁸. (El énfasis es nuestro).

¹⁷ Resolución 057-96-INDECOPI/CLC del 8 de abril de 1995.

¹⁸ Resolución No. 037-2005-INDECOPI/CLC del 4 de julio de 2005.

En la línea de los precedentes citados, Bullard y Falla han defendido la posibilidad de que se sancione estas prácticas como infracciones a la normativa de Libre Competencia, señalando que:

“Una de las formas más efectivas y perniciosas de crear o mantener una posición de dominio en el mercado, es a través de la utilización del propio Estado, es decir, mediante la manipulación de procesos a cargo de autoridades judiciales o administrativas. En efecto, un mecanismo eficaz para lograr la exclusión de los competidores del mercado o, simplemente, para retardar su ingreso, es la utilización indebida de los procedimientos administrativos, judiciales o regulatorios”¹⁹.

Según los referidos autores, una empresa monopólica puede defender exitosamente dicha posición mediante la interposición de procesos judiciales y administrativos “ficticios”, causando que el potencial entrante pierda valiosos recursos que normalmente destinaría a competir eficientemente. Ello se agrava si se toma en cuenta que *“(e)l entrante tendrá flujos derivados de un margen competitivo, mientras que el monopolista invierte por flujos derivados de un margen monopólico....”²⁰*. En este sentido, los “bolsillos profundos” del incumbente, así como la perspectiva de mayores ingresos, le permitirían e incentivarán retrasar el ingreso de nuevos competidores al mercado.

Aunque los argumentos contenidos en los precedentes y la doctrina citada parezcan contundentes, desde nuestro punto de vista no resulta positiva la inclusión de este nuevo “tipo” en la LRCA, y en general no resulta eficiente desde el punto de vista social que la agencia de competencia persiga este tipo de conductas.

Si bien es cierto lo afirmado por Bullard y Falla, en el sentido de que la interposición de diversas y reiteradas denuncias contra un potencial entrante al mercado puede ser una estrategia eficaz para impedir o retrasar su ingreso al mercado creemos que no resulta eficiente que el Derecho de la Libre Competencia persiga estas conductas cuando ya existen remedios generales contra dichas conductas²¹. Las propias normas que regulan los procedimientos judiciales y administrativos contienen reglas que, bien aplicadas, deberían ser suficientes para desincentivar la interposición irresponsable de demandas o denuncias judiciales o administrativas. Así, por ejemplo, el artículo 4 del Código Procesal Civil establece que el ejercicio irregular del derecho de acción puede conllevar el pago de daños y perjuicios por parte de aquel demandante que hubiere interpuesto demandas maliciosamente²².

Asimismo, coincidimos con Cáceres cuando señala que:

“La imputación de responsabilidad administrativa en un caso de abuso de posición de dominio requiere un nexo causal entre la posición de dominio y el daño que podría causar la conducta comercial. Sólo así el infractor puede causar perjuicios que le permitan obtener beneficios supra-competitivos, que no habrían sido posibles de no tener dicha posición”²³.

En efecto, la LRCA —así como la norma que le precedía— exige que la conducta que se pretende categorizar como abuso de posición de dominio sea una que sólo una empresa con posición de dominio hubiera podido realizar. El artículo 10.1 de la LRCA antes citado establece, en ese sentido que la conducta debe ser una “que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición”. La LRCA y, en general, las normas de libre competencia han orientado siempre sus esfuerzos a combatir conductas netamente ligadas a las decisiones de producción de los agentes económicos: negativas de venta, discriminación, celebración de contratos de exclusividad, entre otros. ¿En qué se parece a este tipo de conductas la interposición abusiva de procedimientos administrativos o judiciales? En muy poco ciertamente.

¹⁹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y Alejandro FALLA JARA. “El abogado del diablo”. *El abuso de procesos legales o gubernamentales como práctica anticompetitiva*. En: *Ius et Veritas*. Año XV, No. 30. Julio de 2005. p. 42.

²⁰ *Ibidem*, p. 43.

²¹ Epstein, por ejemplo, critica que se utilice el Derecho de la Libre Competencia para perseguir conductas para las que el Derecho Común ya prevé remedios específicos. Ver: EPSTEIN, Richard. *¿Dominio monopólico o competencia en igualdad de condiciones? La nueva paradoja de la libre competencia*. En: *Ius et Veritas*. Año XV, No. 30. Lima: Julio de 2005. p. 33-34.

²² Artículo 4.- Consecuencias del ejercicio irregular del derecho de acción civil.- Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado.

²³ CÁCERES FREYRE, Fernando. *El abuso de procedimientos administrativos y judiciales. ¿Cuánto poder necesita el diablo?* En: *Enfoque Derecho*. Año 7, No. 76. Septiembre de 2008. p. 6.

No pretendemos negar, por cierto, que la interposición de procedimientos administrativos o judiciales (sobre todo si se realiza a gran escala y en diversos fueros) puede ser un arma efectiva para demorar el ingreso de una empresa al mercado o incluso expulsarla de éste. Sin embargo, dichos recursos poco tienen que ver con el poder de mercado de la empresa que los utiliza. A lo mucho, la empresa que recurre a estos desleales mecanismos podrá contar con “bolsillos profundos” que le permitirán interponer más procesos de los que interpondría una empresa con un menor poder de mercado. Pero estos recursos también le podrían permitir sobornar funcionarios públicos, o montar una campaña de difamación, conductas que claramente no serían materia de un caso de libre competencia.

6. Paralelismo: ¿no más “abuso de posición de dominio conjunta”?

El artículo 11.1 de la LRCA define a las prácticas colusorias como:

“... los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia...”.

La definición citada resulta positiva por cuanto omite el término “actuaciones paralelas” contenido en el artículo 6 del derogado Decreto Legislativo 701:

*“Artículo 6.- Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, **actuaciones paralelas** o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia”* (El énfasis es nuestro).

Desde nuestro punto de vista, considerar las meras “actuaciones paralelas” de dos empresas como una práctica restrictiva de la libre competencia podría llevar a sancionar situaciones originadas, más que en la conducta de una o más empresas, en su propia estructura. Incluso en mercados competitivos, por ejemplo, en los que se tiende a la homogeneidad del producto, es posible que dos o más competidores tiendan a fijar precios paralelos o realicen similares ofertas. Por otro lado, en mercados con pocos actores suele presentarse un fenómeno que la teoría económica conoce como “colusión tácita” o “interdependencia oligopólica”²⁴. En este contexto, las empresas tienden, debido a la especial estructura del mercado, a actuar alineadamente con sus competidoras, pues son conscientes de que ésa es la mejor “estrategia” posible.

Se ha definido la “interdependencia oligopólica” como aquella situación en la que:

*“Los oligopolistas reconocen su interdependencia tan bien como sus propios intereses. Al alinear su conducta unos con otros estarán en la capacidad de establecer un precio maximizador de utilidad a niveles supra competitivos, sin haberse comunicado en forma alguna. No hay necesidad de que haya un acuerdo colusorio: **la estructura del mercado es tal que, a través de la interdependencia y el mutuo conocimiento, los precios subirán hasta alcanzar un nivel monopolístico**”*²⁵. (El énfasis es nuestro).

Ahora bien, incluso cuando en una situación de interdependencia oligopólica es probable que el resultado en términos de niveles de producción o precios no sea el más deseable, es posible apreciar también diversas industrias oligopólicas empresas con estructuras de costos disimiles, bienes diferenciados y con consumidores leales a sus marcas, factores que sin duda incentivan el actuar independientemente. Es probable, además, que las empresas oligopólicas enfrenten la competencia de otras empresas más pequeñas, que podrían ejercer sobre ellas cierta presión competitiva²⁶.

²⁴ NIELS, Gunnar. *Collective Dominance: more than just oligopolistic interdependence*. En: European Competition Law Review. Vol. 22, N° 5, 2001, p. 168; ETTER, Boris. *The assesment of mergers in the EC under the concept of Collective Dominance. An analysis of the recent decisions and judgements –by an economic approach*. En: Journal of World Competition, Vol. 23, N° 3, 2000, p. 104; WHISH, Richard. *Competition Law*. Quinta edición. London, Lexis Nexis, 2003, p. 505 y ss.; POSNER, Richard. *Antitrust Law*. Segunda edición. Chicago, The University of Chicago Press, 2001, p. 52 y 53.

²⁵ WHISH, Richard. Op. Cit., p. 507. (Traducción original del siguiente texto: “*Oligopolists recognize their interdependence as well as their own self-interest. By matching each other’s conduct they will be able to achieve and charge a profit-maximizing price which will be set at a supra-competitive level, without actually communicating with one another in any way at all. There does not need to be a collusive agreement: the structure of the market is such that, through interdependence and mutual self-awareness, prices will rise towards the monopolistic level*”).

²⁶ En tal sentido, WHISH, Richard. Op. Cit., p. 510.

Debe tomarse en cuenta, por otro lado, que no resulta razonable sancionar conductas que tienen como motivación el adecuarse a las condiciones de mercado:

Así, por ejemplo, Whish ha señalado respecto del concepto del “abuso de posición de dominio conjunta”, íntimamente relacionado a la teoría de la interdependencia oligopólica, que:

*“La coordinación tácita surge en ciertas condiciones de mercado, no debido a un acuerdo o una práctica concertada entre las empresas colectivamente dominantes en el sentido legal de dichos términos, sino debido a que ellas reaccionan racionalmente a las condiciones del mercado en el que operan. Condenar su comportamiento paralelo como abusivo en sí mismo no tendría sentido: si el artículo 82 mandara a dichas empresas a portarse **irracionalmente** para cumplir con la ley, se trataría de una provisión muy extraña”²⁷.* (Énfasis en el original).

En el mismo sentido, Bork ha señalado que:

*“... la teoría de la monopolización conjunta descansa a su vez sobre la teoría económica según la cual los oligopolistas inevitablemente se comportarán como una sola empresa dado que no pueden evitar tomar en cuenta las probables reacciones de cada una. **Un mandato judicial contra tal conducta no conseguiría nada, ya que según la propia teoría, las empresas no pueden comportarse de otra forma en una estructura de mercado como tal**”²⁸.* (El énfasis es nuestro).

Como puede apreciarse, el concepto de “actuaciones paralelas” contenido en el derogado Decreto Legislativo No. 701 resultaba demasiado amplio y podría conllevar la imposición de sanciones irrazonables. Allí donde la agencia de competencia encuentre este tipo de estructuras, quizás lo más razonable sea el de la realización de abogacías de competencia, a fin de que el Estado, a través de las instancias correspondientes promueva la competencia mediante la remoción de barreras legales o, de ser el caso, implemente mecanismos regulatorios adecuados.

En ese orden de ideas, creemos que, correctamente, el texto del artículo 11.1 de la LRCA hace que sea difícil interpretar que las normas de libre competencia sancionan el mero paralelismo entre dos empresas competidoras, si es que no elimina del todo dicha posibilidad.

7. El tratamiento de los acuerdos verticales: si funcionaba, ¿para qué arreglarlo?

Una de las novedades más importantes de la LRCA es que presenta un capítulo específico relativo a los acuerdos verticales, incluyéndolos dentro de las denominadas “Prácticas Colusorias”, bajo la denominación de “Prácticas Colusorias Verticales”.

La definición que se hace de las “prácticas colusorias verticales” se ajusta a la definición teórica generalmente aceptada: Se denomina acuerdos verticales a aquellos celebrados entre empresas independientes que operan en diferentes niveles de la cadena de producción o distribución, desde el extractor de la materia prima hasta el pequeño *retailer* que ofrece el producto o servicio al consumidor final.

Asimismo, se precisa que para que se configure se requiere que por lo menos una de las empresas involucradas en el acuerdo cuente con posición de dominio en el mercado relevante.

²⁷ WHISH, Richard. Op. Cit., p. 527. (Traducción original del siguiente texto: “*Tacit coordination comes about in certain market conditions, not because of an agreement or concerted practice between the collectively dominant firms in the legal sense of those terms, but because they react rationally according to the conditions of the market on which they operate. To condemn their parallel behaviour as abusive in itself would be a nonsense: if Article 82 were to mandate that firms must behave irrationally in order to comply with the law, it would be an odd provision*”).

²⁸ BORK, Robert H. *The antitrust paradox. A policy at war with itself*. Segunda edición. New York, Free Press, 1993, p. 174. (Traducción libre del siguiente texto: “*This theory of joint monopolization (...) depends upon the economic theory that oligopolists inevitably behave as a single firm because they cannot help taking each other’s probable reactions into account. An injunction against such behaviour would accomplish nothing, the theory goes, because the firms cannot behave otherwise in such a structure*”).

Como regla general, los **acuerdos verticales son socialmente beneficiosos**²⁹, pues generan eficiencias derivadas de la disminución de costos de transacción y la generación de economías de escala. En efecto, la integración vertical de dos o más empresas i) permite una reducción de costos de transacción ya que, al mantener a un único distribuidor en determinada zona geográfica, el productor evita numerosos tratos con un gran número de distribuidores, reducción que a su vez permite la provisión de bienes a menores precios; ii) permiten que el distribuidor alcance economías de escala en la distribución del producto; iii) evita el comportamiento oportunista (*free riding*) de otros distribuidores, que sin invertir en marketing y publicidad pueden beneficiarse de la inversión realizada en dichos rubros por otros distribuidores; iv) facilita al productor el control sobre la calidad de sus productos; y, finalmente, v) incentiva la búsqueda de fuentes alternativas de aprovisionamiento, y por ende puede contribuir incluso a generar competencia en el mercado “aguas arriba”.

Ahora bien, en ciertos casos (en nuestro criterio excepcionales), los acuerdos de exclusividad son capaces de generar restricciones en la producción y/o aumentos artificiales en el precio, con la pérdida de eficiencia social que esto representa. Para ello, se requiere no sólo que una de las partes involucradas cuente con posición de dominio en el mercado, sino que además el acuerdo bajo escrutinio sea capaz de tener dos efectos: i) lograr que el monopolio se extienda de un mercado a otro (esto es, causar un efecto exclusorio en algunos de los niveles del mercado); y ii) que como efecto de la creación de ese monopolio, se produzca un efecto negativo sobre los consumidores (es decir, una restricción de la producción o un aumento del precio)³⁰. Este último efecto, es cierto, es difícil de probar. No obstante, si queremos implementar una política de libre competencia coherente, allí donde la propia LRCA consagra la protección de los consumidores y no la protección a otros competidores como objetivo, este tipo de daños debe acreditarse. Además, el hecho de que por regla general los acuerdos verticales sean pro-competitivos justifica incurrir en los costos de probanza adicionales.

Siendo esto así, cabe cuestionar por qué no se ha mantenido el tratamiento de los acuerdos verticales dentro de las prácticas de abuso de posición de dominio tal como se viene haciendo, bajo el artículo 5 del Decreto Legislativo 701. Aunque el texto de la antigua norma deja espacio para la ambigüedad (pues la amplitud de los tipos regulados en los artículos 5 y 6 del Decreto Legislativo 701 permite subsumir a los acuerdos verticales dentro de cualquiera de ellos), diversas decisiones de la Comisión y de la Sala han precisado ya, que **los casos de restricciones verticales deben ser tratados como casos de abuso de posición de dominio**.

Si lo que se pretende hacer con el texto propuesto es evitar confusiones a los administrados antes de plantear una denuncia, el numeral 12.2 del artículo 12 del Proyecto no debería remitir a la vez a los supuestos del numerales 10.2 (casos de abuso de posición de dominio) y 11.1 (prácticas colusorias horizontales) del Proyecto. Al utilizar ambos tipos de conductas como ejemplos de acuerdos verticales sancionables, las administrados no sabrán con total certeza dentro de que tipo subsumir los hechos que pretendan denunciar.

Si, por otro lado, el objeto de diferenciar esta práctica del abuso de posición de dominio es permitir que se sancione a aquella empresa que, si bien no cuenta con posición de dominio, ha intervenido en el acuerdo vertical, bastaría con establecer en forma expresa dicha posibilidad en el Capítulo II – Del Abuso de la Posición de Dominio. Ahora bien, no nos queda claro que eso sea deseable, puesto que el Derecho de la Libre Competencia (quizás, en una expresión más de su paradójica naturaleza) otorga un tratamiento totalmente distinto a prácticas que son exactamente iguales sólo en virtud del grado de poder de mercado de las empresas involucradas. Si tenemos en cuenta que incluso una empresa que cuenta con posición de dominio puede no ser consciente de ello, es aun más difícil para las empresas que contratan con ella tener conocimiento de tal circunstancia. Esa dificultad podría determinar que sancionar la celebración de un acuerdo vertical a la empresa que no cuenta con posición de dominio cause un efecto de sobre-desincentivo, que a la larga evite la celebración de acuerdos verticales que, como sabemos, normalmente son socialmente beneficiosos.

8. A manera de conclusión

²⁹ Para mayor detalle sugerimos revisar: CARLTON, Dennis. *A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal - Why Aspen and Kodak are Misguided*. NBER Working Paper No. 8105 (Febrero 2001). Disponible en: <http://papers.nber.org/papers/w8105> (visitada por última vez el 16 de junio de 2008).

³⁰ Ver: JACOBSON, Jonathan. *Exclusive Dealing, “foreclosure,” and consumer harm*. En: *Antitrust Law Journal*. Vol. 70, 2002. p. 366.

Como hemos mencionado en la introducción del presente artículo, la promulgación de la LRCA es en términos generales positiva, principalmente por su espíritu poco intervencionista. No obstante ello, y como puede desprenderse de las líneas precedentes, quedan algunos aspectos por corregir o afinar. En general, somos de la opinión de que debe buscarse lograr una mayor coherencia entre los objetivos de la LRCA —respecto de los cuales parece haber un consenso generalizado— y las herramientas concretas o reglas que sirven a dichos objetivos. Y esto es materia no sólo de eventuales correcciones al texto de la Ley sino también de los futuros pronunciamientos de la Comisión y la Sala.

International Consumer Advocacy for Competition Policy:

Learning from the AAI Model

By **Albert A. Foer**¹

E-mail: bfoer@antitrustinstitute.org

In June, 2008, the American Antitrust Institute, known around the world as “AAI,” celebrated its tenth anniversary as a not-for-profit independent education, research, and advocacy organization. The booklet we created for this event summarizes our decade of experience as a leading advocate of post-Chicago, activist antitrust policy.² For those who might be contemplating the creation of a pro-consumer Non-Governmental Organization (“NGO”) in the rapidly developing field of competition policy, please review this booklet on our homepage, www.antitrustinstitute.org.

We do not claim that the AAI model is appropriate in all circumstances, but something similar to AAI, customized to local needs, would seem beneficial in every nation that has adopted a competition policy. In this paper, we will describe the salient features of AAI, suggest why similar organizations are needed, comment on some lessons we have learned that might be useful to competition NGO’s, and offer our assistance to NGO’s that are moving in a comparable direction.

I. About the AAI

The AAI was founded in 1998 in Washington, D.C.³ At the time, antitrust in the US seemed to be recovering from its capture by what is generally referred to as “the Chicago School,” whose dominance was enthroned by the administration of President Ronald Reagan and continued in slightly milder form during the administration of the first George Bush. By 1998, the Clinton administration was providing a somewhat more progressive variety of antitrust enforcement, as exemplified by the government’s monopolization suit against Microsoft. In other words, the AAI was born at a time of hope that antitrust policy could be re-shaped and re-invigorated to become a more important part of US economic policy, of particular advantage to consumers and independent businesses that would benefit from an open competitive system.

Clearly, the opponents of vigorous antitrust within the US were strong, politically, economically, and legally, in the sense that their views dominated large parts of the government, the courts, and even academia. Moreover, a significant percentage of lawyers and economists with expertise on matters of competition policy are in the private practice of law or economic consulting associated primarily with the defense side of litigation and counselling; while many of these individuals are public-regarding, official institutions (such as the American Bar Association’s Section on Antitrust Law) tend to follow the minimalist antitrust sympathies of large clients. The founders of AAI responded to the perceived need for a rallying point for those who believe in a more activist role for antitrust in order to sustain the movement that was reflected by the Microsoft litigation.

The second Bush administration proved a disappointment from the perspective of AAI, with the government’s acceptance of a weak remedy in the Microsoft case becoming the iconic moment.⁴ Although there were bright spots in the administration which the AAI was pleased to support, including the continued battle against cartels and

¹ President of the American Antitrust Institute

² Recognizing that the rest of the world tends to speak of “competition policy” rather than “antitrust”, we will nevertheless use the American term frequently in this paper. References to “Chicago” or “the Chicago School” pertain to the school of thought popularized by such conservative, neo-classical economists and law professors as George Stigler, Robert Bork, and Richard Posner, who have been closely associated with the University of Chicago.

³ For a detailed history of our first five years, see Albert A. Foer, “The American Antitrust Institute: The First Five Years of a Virtual Public Interest Network,” <http://www.antitrustinstitute.org/Archives/275.ashx>.

⁴ The Microsoft case was successfully prosecuted by the US government, which proved illegal monopolization by Microsoft when it used improper methods to promote its own browser at the expense of the Netscape rival. However, the remedy phase was handled by a different administration and many people believe that the remedy actually arrived at in a settlement was ineffective.

several important cases brought by the Federal Trade Commission, by and large the Chicago School's cramped vision of antitrust policy prevailed—and still prevails in 2008.

A statutory study commission, the Antitrust Modernization Commission (“AMC”), reviewed the state of US antitrust and concluded in April, 2007, that as long as the conservative line is followed, all is essentially well with US antitrust.⁵ The AAI monitored and attempted to influence the work of the AMC by establishing a dozen working groups, which filed public comments with respect to each topic the AMC addressed. The AAI's own answer to the Bush administration and to the AMC has recently been published as “The Next Antitrust Agenda: The American Antitrust Institute's Transition Report on Competition Policy to the 44th President.”⁶

What else does the AAI do besides monitoring study commissions and publishing books on antitrust policy? A lot! Our website, www.antitrustinstitute.org, contains all our work product in its archives section, as well as full background on who is involved and how we are organized.⁷ A research section provides links to a wealth of information about antitrust. In a nutshell, the AAI:

- Testifies before Congress and other legislative bodies;
- Prepares “white papers” on matters under investigation or policy consideration;
- Writes and otherwise generates articles, commentaries and editorials;
- Responds to questions from the media;
- Conducts seminars, symposia, and major conferences;
- Develops educational materials;⁸
- Submits friend-of-the-court briefs to appellate courts;
- Moderates an e-mail listserv for its advisors; and
- Provides speakers for public forums

Our efforts serve not only to provide the public with a more balanced view of competition issues, but also to provide a useful check on the overwhelming pro-business advocacy that legislators, administrative policy-makers, and law enforcers persistently receive from major corporations and their advocates.

We do this with a very low overhead, operating as a *virtual network of experts*. The office, such as it is, is located in the home of the president. Other paid employees (the vice president, the director of legal advocacy, and the director of communications) operate from their own homes and offices, each in a different city. There is a five-person board of directors and an active advisory board of approximately 90 professors of law, economics, and business, as well as practicing lawyers and economists. We communicate almost exclusively via e-mail. There is no strict ideological test to become an Advisory Board member or a loosely-connected supporter of AAI (i.e., a person who chooses to be on our listserv), although our positions on issues tend to draw people who are sympathetic to a centrist but activist orientation. We do not have “members” as such.

The question always arises: how does AAI obtain its funding? First of all, none comes from a federal agency that we may wish to criticize or influence. We have benefited from grants from courts under the doctrine of *cy pres*⁹ and we raise funds through the sponsorship of tables (primarily by law firms and economics consulting firms) at our annual conference. We receive donations to our general treasury from corporations, trade associations, law firms (both plaintiff- and defense-oriented¹⁰), individuals, and individually-directed foundations. So far, we have not received

⁵ Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, April 2007.

⁶ This 415-page book can be viewed at www.antitrustinstitute.org and is also available for purchase on www.Amazon.com and elsewhere.

⁷ In order to receive periodic e-mail updates on our activities, visit the website and click on the button for “e-bulletin”.

⁸ See our secondary website, www.fairfightfilm.org, which provides enrichment material for the award-winning movie we produced about antitrust. This material is available for use by competition NGO's and others. It includes translations of the transcript of the film into many languages.

⁹ See Working Paper 07-11: Albert A. Foer, Enhancing Competition Through the Cy Pres Remedy: Suggested Best Practices, <http://www.antitrustinstitute.org/Archives/WP07-11.ashx>.

¹⁰ In the US, certain lawyers specialize in representing businesses and consumers who allege they have been injured by antitrust violations. Others (a much larger number) tend to specialize in representing businesses that are defending themselves against governmental investigations or private lawsuits. Some law firms and individual lawyers represent both plaintiffs and defendants.

grants from public foundations. We make available on request a list of all contributors of \$1,000 or more, cumulatively from the beginning. The list now contains 145 entities.

In the next section, we summarize some of the conditions that contribute to the design of the AAI model, but which may not necessarily be present in other countries. Each country, we stress, must design its own model.

II. The Need for Similar NGO's World-Wide

The AAI model has proven itself for over a decade in the US context. A virtual network does not require a large paid staff or expensive facilities, so operating costs can be kept low. This is likely to be true in most other countries as well. Funding is available in the US, however, through a variety of sources, without need to rely on the government, whose financial contributions might reduce the independence of the NGO. With a mature antitrust system in place in the US, a large and diverse base of experts is available because—with private enforcement accounting for 90 percent or more of cases-- so many people earn a living in the antitrust industry and so many have a viewpoint that is to a large degree shared. Independent “think tanks” (such as the AAI) are well-established in the US and their role is accepted and even generally appreciated as a part of democratic governance. We are quite aware that these conditions would not apply in all or even most of the other antitrust jurisdictions. It may take many years for comparable conditions to evolve, if ever, in countries with new competition regimes.¹¹ This does not in the least diminish the need for public interest NGO's focused on competition policy; it simply suggests that each one will have to be designed to reflect the local context.

When we created the AAI, our focus was strictly domestic. It did not take long, however, to realize that the antitrust field was so tied to globalization that we had to become knowledgeable about how other jurisdictions were enforcing (or not enforcing) competition policies. We began to recruit international experts to our Advisory Board and to reach out to an increasingly international network, including having foreign experts participate in our programs and our traveling abroad to speak face-to-face with competition officials and experts. As a result of all of this, we have become convinced that something like the AAI model would be beneficial in every nation that has adopted antitrust laws. Why?

As nations create market institutions, they typically and now almost universally recognize that the government must set some rules for how competition should operate within a free market and must have the ability to intervene from time to time to assure that markets are operating as intended. Cartels occur everywhere where they can be formed and maintained without effective government intervention and they inevitably have the effect of taking money from the consumer's pocket and transferring it to companies that are acting anticompetitively. Private monopoly is common in nations around the world. Sometimes monopoly is the necessary structure in a small economy or the result of uncommonly large economies of scale. Sometimes monopoly is the creation of privatization that transfers public monopoly power to private hands. Monopoly usually leads to higher prices and less innovation than would be found in a more competitive structure. Governments themselves often create anticompetitive situations that end up harming both small and medium-sized businesses and consumers. Often, it is the poorest and least powerful members of a community who are most disadvantaged by anticompetitive activity. A well-run antitrust regime should bring three values any market-oriented economy: lower prices, better service, more choice, and innovation leading to growth in the economy.¹²

In most of the hundred or more competition policy jurisdictions, antitrust is still a fairly new idea. The basic institutions are in the process of being molded. The number of experts is limited. Enforcement efforts may be feeble, garnering little attention or support from the public. The public at large has minimal understanding of and perhaps little natural sympathy for this somewhat arcane concept. Even in mature market economies, institutions continue to evolve. (In the US, with all of its educational advantages, few members of the public have a sophisticated understanding of basic economics, much less antitrust.) Those who support antitrust will need to work together to

¹¹ There is a chicken-and-egg problem here. Having a mature antitrust regime may be a condition precedent for developing a sturdy antitrust NGO. But a sturdy antitrust NGO may be necessary to facilitate development of a sturdy antitrust regime. Both need to be brought into being conjunctively and they can be expected to grow and evolve conjunctively. Without effective enforcement of competition laws that are on the books, it is likely to be especially difficult to motivate people to participate in or fund a competition NGO. It may take the active participation of a strong current or former enforcement official to jump-start a nation's first competition NGO.

¹² See the introductory chapter of the AAI's report, *The Next Antitrust Agenda*, at www.antitrustinstitute.org for further discussion on the value of competition and antitrust.

educate the public at large and to increase the sophistication of the emerging antitrust community, we suggest three inter-related tasks for the new competition NGO.

The initial mission of a competition NGO should be to identify and bring together self-identifying antitrust communities which can provide part of the infrastructure for making antitrust succeed. Where does one start? The central characters in “the antitrust community” will likely include the following: high enforcement officials and staffers at the competition authority; lawyers and economists who practice in the field; professors who teach competition policy; journalists who cover business and legal developments; consumer and public interest advocacy organizations (the NGO’s we are addressing); legislators and their staffs who have oversight responsibility or general interest in competition policy; and businesses and trade associations that can benefit from enforcement or recognize the strategic benefit to themselves of high quality professional enforcement.

A second mission is strengthening the local antitrust enterprise. In particular, private enforcement of competition law is at best severely limited in most countries. The lack of treble damages removes a strong incentive for gifted trial advocates to develop a specialization in competition law, and the “English Rule” requiring losing plaintiffs to pay attorneys’ fees provides a strong deterrent to action. Thus, the pro-corporate bias of the private bar is likely to be even more pronounced outside of the US. Developing a workable private enforcement component would seem to be a high priority.

One domestic role a competition NGO can play is to help overcome regulatory capture, a problem that might be even more important in developing countries. By providing a voice for consumers-- a task which normally would be that of the antitrust authority, but which benefits from external support --the NGO can help curb anticompetitive political influences, both directly and indirectly (for example, by educating a large consumer body who are also voters).¹³

If the first mission of self-identification and the second mission of enhancing the domestic antitrust effort are local in nature, the third mission is international. International developments will be moving during the next period of time toward consensus on best practices and eventually toward new institutions for harmonizing the different national approaches to both substantive and procedural law. NGO’s can learn from each other and can work together both to improve their national systems and to influence the consensus that will drive international developments. Right now at the International Competition Network (“ICN”), where much of the informal harmonization work is proceeding, the players are the national competition authorities and a group of defense-oriented lawyers, mostly from the US. The national competition authorities must hear from consumer and public interest advocates as well, or the consensus that emerges will be driven by the well-funded defense lawyers and their large multinational clients, without the counterweight of consumer concerns.¹⁴ The second mission, therefore, should be to assure that both in domestic and international policy-making, the voice of proponents of vigorous antitrust policies is heard.

We are not aware of many NGO’s similar to the AAI. The leading example may be the Consumers Unity Trust (“CUTS”) in India, a consumer advocacy organization that pays much attention to antitrust issues, not limited to India.¹⁵ IBRAC is an independent NGO in Brazil that does not deal with current cases, but has a journal, conducts workshops and an annual international event.¹⁶ The Consumers Association, UK, which trades as *Which?* (the name of the consumer magazine it publishes, which helps subsidize consumer protection activities), has frequently intervened in European antitrust matters¹⁷, just as several consumers organizations in the US have advocated their own antitrust positions in US courts and agencies.¹⁸ A recent entry on the scene is StopCartel, a Greek NGO¹⁹.

¹³ It might be useful if the NGO be granted official standing in regulatory bodies. In Israel, for example, the consumer association has such standing in antitrust matters.

¹⁴ Donors both multilateral and bilateral have funded ICN participation of officials (including NGOs) from developing countries but the point remains that such funding has been sporadic and not sufficient.

¹⁵ See <http://www.cuts-ccier.org/>.

¹⁶ See <http://www.ibrac.org.br>.

¹⁷ See http://en.wikipedia.org/wiki/Consumers%27_Association.

¹⁸ The author is informed that the Dutch, Danish, French, Polish, Slovene, Italian consumer protection organisations (among others) have all had domestic influence in competition discussions. BEUC, the European Consumers Organisation, <http://www.beuc.org>, has sporadically intervened in European competition cases. Thus a European model may be said to exist, in which established consumers organizations to a greater or lesser degree become involved in competition policy issues as an extension of their consumer protection focus. Often the activities of these organizations are funded by governments.

¹⁹ See <http://www.stopcartel.org/>.

Various universities have created centers that focus on antitrust but are academic rather than advocacy organizations (notably, Loyola University Chicago Institute for Consumer Antitrust Studies; the Competition Policy Center at University of California, Berkeley²⁰; George Washington University's new Competition Law Center; the Centre for Competition Policy at East Anglia University; and the British Institute for International Comparative Law's Competition Law Forum). Another model that is developing is that of the FIPRA Group, an international but Brussels-based independent for-profit network of senior public policy and regulatory affairs advisors specializing in strategic government relations.²¹ FIPRA employs several well-known consumer advocates and increasingly represents corporate interests within the European Union that coincide with consumer interests. The American Bar Association's Antitrust Section is yet another model, and a highly successful one at that.²²

The AAI model is distinct from these other models in that it is not-for-profit and focuses solely on antitrust and competition policy issues, always from a consumer-driven perspective. Competition regimes will vary by objectives, maturity, budget, staffing, cultural attitudes toward markets and government, and in many other ways. We do not suggest that the AAI model is superior to or should be adopted ahead of alternative models, especially where competition policy is relatively new and it is deemed more important to develop an initial sense community among its supporters than to espouse a particular perspective on how policy should be directed.

Our purpose, rather, is to encourage the development of NGO's in each nation with an antitrust regime, as an initial step. Secondly, we urge the linkage of such NGO's in some fashion so that they will communicate with each other and eventually work cooperatively in support of common goals. A start has been made by the International Network of Civil Society Organisations ("INCSOC"),²³ whose driving force has been Pradeep Mehta of CUTS International and Alan Asher of EnergyWatch, U.K.. Although INCSOC has individual members in a number of countries who have met several times in Geneva and elsewhere, the organization has been hampered by the difficulty in finding funds and seems to be languishing at the moment.²⁴

III. Some Foreseeable Questions and Our Responses

How large an office and staff are needed?

Given the availability of the Internet, it should not be necessary to invest very much in overhead. A physical office outside of the home of the organization's coordinator should not be necessary. Staffing can begin with one person on a part-time basis, although full-time is better. Additional staff can be added as funding increases. A written publication such as a mailed newsletter is probably not needed; reliance on the Internet and email, together with a telephone, should provide the necessary communications infrastructure.

What qualifications are needed for staffing?

At AAI, we have emphasized quality of antitrust experience, relying on a balanced mixture of legal and economic experts, with a variety of experiences within the antitrust community. If the staff is to be limited to a single individual, it should probably be an attorney or industrial organization economist, preferably with some experience in a competition policy agency.

It is important that the head of the competition NGO and the Board of Directors be largely impartial. Otherwise, the NGO might be viewed as yet another body representing a special interest and not the general public.

How can experts be enticed to participate?

Personal contacts are extremely important and one leads to another. We try to make participation in the AAI a social experience as well as a satisfying professional experience that adds to one's knowledge of antitrust on a continuing basis. This is accomplished in a variety of ways, including having a listserv for our Advisory Board, on which they

²⁰ See <http://iber.berkeley.edu/cpc/>.

²¹ See <http://www.fipra.com/>.

²² See <http://www.abanet.org/antitrust/>.

²³ See <http://www.cuts-international.org/incsoc.htm>.

²⁴ The author takes some responsibility for this as co-chair of INCSOC's capacity building committee, which has thus far failed in its efforts to raise funds for additional international meetings.

are encouraged to present information and discuss current events, out of which AAI determines its public positions. We also provide an annual luncheon at the time of the spring antitrust meeting of the American Bar Association in Washington and a barbecue at the time of our annual conference, also in Washington.

We have intentionally kept our Board of Directors small and nimble – able to make decisions quickly. The Directors make decisions but rely on the Advisory Board, which has grown to nearly one hundred members. Others might fashion a much tighter leadership group, or, indeed, a more widespread membership organization.

The AAI has designated certain of its advisors as Senior Fellows, based on their commitment of time and energy. Another title we bestow is Research Fellow for various lesser or briefer commitments of pro bono effort.

How much advocacy should the organization undertake?

A first question is whether the organization should engage in advocacy with respect to (a) policy matters, (b) policy matters and specific cases and investigations, or (c) should merely be a clearinghouse for the exchange of information, i.e. research and education without advocacy. AAI has found that the advocacy function helps differentiate it and responds to the media's desire for opinionated exposition and commentary. We also have found that we learn more about current thinking and current issues by directing a portion of our activity to cases and investigations that are on-going. Our role is that of an independent commentator rather than as a litigant, consultant, or representative of a party. Finally, it is important to our funding that we take positions, in that corporations and associations that agree with our positions will sometimes make contributions.

Nevertheless, taking positions in on-going investigations and cases has its negatives. First, it creates enemies, as well as friends. Second, it can keep certain members of the antitrust community from participating because of actual conflicts of interest or the perception that their clients will feel threatened by such an affiliation. Third, the taking of positions requires the development of an organizational ideology, and this is likely to repel some potential supporters. And fourth, because we accept contributions from corporations and others with a direct financial or perhaps ideological interest in matters at hand, there is a risk that our role will not be perceived as independent. We are very sensitive to this possibility and have taken steps in our internal governance to minimize this risk.

A decision on the role of advocacy needs to be developed at the outset, as its communication to potential supporters will help determine whether and how they will participate. It may also affect funding possibilities.

A related concern is whether to include enforcement officials within the membership. Having them as members adds to the prestige and to the knowledge base, but makes it very difficult to take positions with respect to governmental policies and decisions. The AAI excludes federal officials, but includes several state officials, in that we rarely if ever take positions before state agencies. If enforcement officials are excluded, the NGO should nonetheless be diligent about maintaining cordial and, to the extent possible, supportive relationships with them.

Should there be an ideological test for members/supporters?

Presumably, all members and supporters will agree that antitrust is an important part of the national economic structure, which itself may be considered an ideological test. There would be no point, for example, in trying to attract people who oppose in principle either markets or government intervention via antitrust.

Beyond this, the question is how narrow or broad an ideological test is appropriate? The AAI welcomes onto its Advisory Board a wide range of perspectives, although all are of a self-identified "post-Chicago" sensibility. "A broad umbrella" provides the selection metaphor for an organization that will not function as an advocate. Advocacy requires a narrower mission statement, in order to give predictability to policy positions being advocated.

If possible, a competition NGO should function on a non-partisan basis, neither the cheerleader for the party in power nor for an opposition. It should focus on competition policy in an objective manner.

The AAI has raised several millions of dollars over a ten-year period. But how can we raise money in our country?

This is not going to be easy. Once one has identified an antitrust community, he or she will have identified most of those with a self-recognized stake in making antitrust succeed. Some will likely be willing and able to make annual

financial contributions. Others will have client interests that they will need to protect, but they may be willing to buy a table²⁵ at an essentially academic event, even if unable to be a sponsor of the organization itself.

A starting place could be the Internet. Every advocacy group needs a website to provide a focal point for activities, archives of the group's work products, and an attraction to supporters. Once an audience is attracted, it may be possible to sell ads on the website, as a funding source. The AAI has not attempted this, but the various law firms and others who stand to benefit if there is an active antitrust practice might pay to be listed. The downside is that this might cause the NGO to be viewed as biased.

If there is a private right of recovery of damages in your jurisdiction, there will likely be a private bar that has a financial interest in being supportive. It may be possible to create a *cy pres* tradition within the context of class actions, such that an antitrust NGO can seek this source of funding.

An organization can charge a fee for symposia and conferences, but these also have expenses, and making a net profit on events can be difficult. We have found it useful to charge more for private lawyers and others who can afford it; less for government officials and academics; and to offer scholarships as necessary.

While the AAI has avoided seeking government funding (which may not be available anyway), other jurisdictions may have different traditions, in which such funding is expected and not considered undesirable. In addition to national governments (e.g., USAID, the EU, Japan), there are intergovernmental groups (e.g., The World Bank, OECD, UNCTAD, the Asian Development Bank, the Inter American Bank) that are, at least in theory, potential donors to well-conceived projects. In Europe, it is not uncommon for consumers' organizations to be government-funded. In developing countries, funding often tends to be donor/project specific and there may be an important funding role for individuals who have a full-time job.

Foundations that are interested in economic liberalization could be another possible resource.²⁶ Universities that offer courses in competition policy may be approachable to create centers for competition policy that could perform at least some of the functions served by AAI.

It is possible to self-organize as a membership organization, charging an annual membership fee. This has some drawbacks. First, the transaction costs can be high, especially if the annual fee is low. Second, a membership organization generally must provide voting rights, which can put the continuing leadership and management into question. AAI avoided being a membership organization for these reasons. We do, however, consider our mailing list to be a compilation of "friends of AAI" and we solicit these friends (albeit with very limited success) for voluntary contributions.

IV. The AAI and International Competition NGO's

The AAI has created an international outreach committee for the purpose of working with international competition NGO's that seek our assistance.²⁷ At this point in time, such assistance is limited to information and advice via our website and e-mail. Alas, we have no funding to offer. We would be pleased to provide links from our website to others' sites and we are prepared to participate in the future to help coordinate linkages between international competition NGO's. Individual committee members may be identified who will be able to be responsive to a particular NGO.

We look forward to the day when there is at least one competition NGO in each nation and to when they will all come together in a loose confederation tied through the Internet and even occasional global conventions. Is this too much of a dream?

²⁵ The AAI "sells" tables as well as individual tickets to its annual conference. A table sponsor, most often a law firm, receives 10 seats for the full conference, including a gala luncheon, coffee and snacks, invitations to an informal barbecue, and bound papers and materials associated with Continuing Legal Education credits.

²⁶ Our experience in the US was that foundations were unlikely to donate capital funds or start-up operating funds, but were more willing to consider funding specific projects in specific industrial sectors, depending of course on the programmatic interests of the foundation.

²⁷ Communications may be directed to aai@antitrustinstitute.org.

¿Hacia una reformulación del Derecho de Defensa de la Competencia por el Tribunal Supremo Norteamericano?

Prof. Dr. Francisco Marcos¹

E-mail: francisco.marcos.fernandez@madrid.org

RESUMEN: Esta breve nota revisa las sentencias en materia de defensa de la competencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica en los dos últimos años y proporciona una concisa referencia a las cuestiones analizadas en cada uno de los casos así como una alusión a los posibles efectos de estas decisiones judiciales en la doctrina precedente del Tribunal y en la práctica del Derecho de defensa de la competencia.

PALABRAS CLAVE: Derecho de defensa de la competencia, Tribunal Supremo Norteamericano, Restricciones Verticales, Compras predatorias, Regulación del mercado de valores.

ABSTRACT: This brief note reviews the judgments on antitrust law delivered by the U.S. Supreme Court in the last two years and provides a concise reference to the issues examined in each of them. It also gives a general overview of the effects that they may have in the *stare decisis* doctrine and in antitrust law practice

KEYWORDS: Antitrust Law, U.S. Supreme Court, Vertical Restraints, Predatory Buying, Securities Regulation.

Introducción

En los últimos dos años el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha adoptado cuatro relevantes pronunciamientos en materia de defensa de la competencia (*Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*²; *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Company, Inc.*³; *Credit Suisse Securities v. Billing*⁴; *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*⁵). Para algunos comentaristas, estas cuatro sentencias suponen una reconfiguración de esta disciplina de enorme trascendencia práctica⁶. Cabría incluso afirmar que suponen una notable reducción del ámbito de aplicación del derecho de defensa de la competencia contra las empresas, con una interpretación restrictiva de sus normas, que limita las posibilidades de acción para los demandantes a aquéllos supuestos en los que claramente los beneficios sociales de su aplicación superan los costes. Para otros la relevancia es más discutible, pues los cambios que introducen serían de carácter incremental, y ya estarían anticipados en su jurisprudencia anterior sobre esta materia⁷. Además, se discute también la fuente de inspiración de las decisiones: Harvard o Chicago⁸. Lo que es innegable es que de todas ellas emerge un panorama del Derecho federal de defensa de la competencia norteamericano en el que se apuntan notables diferencias del previamente existente⁹.

¹ Director del Servicio de Defensa de la Competencia, Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid, francisco.marcos.fernandez@madrid.org. Profesor del IE Law School. Las opiniones que se expresan en este documento son fruto de una reflexión de carácter personal y no representan las del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid. Se agradecen los comentarios y sugerencias realizados a una versión previa por Ainhoa Veiga Torregrosa y Albert Sánchez Graells. Ninguno de ellos es responsable de las opiniones ni de los eventuales errores que en él se contengan.

² 127 S. Ct. 2705 (2007). Sentencia de 28 de junio de 2007, adoptada por mayoría de 5 a 4 magistrados (ponente Kennedy).

³ 127 S. Ct. 1069 (2007). Sentencia de 20 de febrero de 2007, adoptada por unanimidad (ponente Thomas).

⁴ 127 S. Ct. 2383 (2007). Sentencia de 18 de junio de 2007, adoptada por mayoría de 7 a 1 magistrados (ponente Breyer).

⁵ 127 S. Ct. 1955 (2007). Sentencia de 21 de mayo de 2007, adoptada por mayoría de 7 a 2 magistrados (ponente Souter).

⁶ PICKER (2008a).

⁷ Salvo *Leegin*, el resto de los casos se decidieron en beneficio del demandado, rechazando las pretensiones del demandante [GIFFORD y SULLIVAN (2007: 468-470)]. TUCKER y PESSOLANO (2007) apuntan como, antes de decidirse *Twombly* y *Credit Suisse*, el registro del Tribunal a favor de los demandados (i.e., de alguna manera reduciendo la eficacia o el ámbito de aplicación de las normas de defensa de la competencia) era francamente revelador: en las seis decisiones previas en la materia 49 votos a favor de los demandados y sólo 2 a favor de los demandantes. En un sentido parecido, véase GAVIL (2007).

⁸ Compárese ELHAUGE (2007) y WRIGHT (2007). Aunque probablemente sea más correcto, como se ha hecho respecto de las doctrinas en materia de conductas unilaterales anticompetitivas, defender una postura mixta, véase KOVACIC (2007) y últimamente HOVENKAMP (2008).

⁹ Hay, no obstante, quien apreciaba ya los inicios de ese cambio en algunas decisiones previas, véase HAY (2007). En particular se trataría de las sentencias *Verizon Communications Inc v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP*. [540 US 398 (2004)] y *F. Hoffmann-La Roche Ltd v. Empagran SA* [542 US 155 (2004)]. Y, remontándose a dos sentencias destacables en los años noventa, respectivamente sobre precios

Al margen de las reflexiones específicas que suscite cada uno de ellos, tomados en su conjunto, y junto con otras decisiones recientes del Tribunal Supremo en esta materia (señaladamente *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP.*), éstos plantean interesantes cuestiones sobre los márgenes de interpretación de la *Sherman Act* por el Tribunal Supremo y sobre la vigencia del principio del precedente (*stare decisis*) en esta materia¹⁰.

De hecho, en 2006 el Tribunal Supremo decidió también *Texaco Inc. v. Dagher*¹¹, un caso sobre una presunta fijación de precios por dos *joint-ventures* en las que *Shell* y *Texaco* integraron en 1998 sus operaciones de refino y comercialización de gasolina en Estados Unidos con el propósito de reducir costes y aprovechar sinergias. *Equilon Enterprises*, agrupaba las operaciones de la parte oeste del país, y *Motiva Enterprises*, las de la parte este del país (en esta participaba también *Saudi Refining, Inc.*), y su cuota conjunta en el mercado de la distribución de gasolina era del 15%. A partir de la constitución de las *joint-ventures*, los precios mayoristas de la gasolina (*dealer tankwagon prices*) dejaron de variar, al desaparecer la prima por marca (*Texaco* o *Shell*). No obstante, ese precio se elevó sustancialmente, y ello a pesar de la caída del precio del crudo, lo que motivó que varios propietarios de estaciones de servicio en la costa oeste de los Estados Unidos demandasen a *Shell* y *Texaco* por fijación ilegal de precios (en esta zona la cuota de mercado de *Equilon* superaba el 25%). El Tribunal Supremo consideró que, una vez constituidas las *joint ventures*¹², no era posible considerar y enjuiciar esa conducta como plurilateral, sino que, en su caso, sería una conducta unilateral¹³, propia de la actividad lícita de las mencionadas *joint ventures*, sin que existiese violación alguna de las prohibiciones de conductas anticompetitivas¹⁴.

Además de las sentencias mencionadas en materia de defensa de la competencia, en los dos últimos años se han de añadir otros cuatro casos en materia de propiedad intelectual e industrial, entre los que destaca *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.*¹⁵, en los que se suscita de alguna manera la tensión entre la libre competencia y posibles restricciones a la competencia mediante el reconocimiento de derechos de propiedad intelectual e industrial¹⁶. En *Illinois Tool Works*, un fabricante de tinta para cartuchos de impresora (*Independent Ink*) presentó una demanda contra el titular de una patente sobre los cabezales pizoeléctricos de impresión y los cartuchos de tinta utilizados en las máquinas impresoras de códigos de barra en cartón y otros materiales de embalaje (*Trident*, una sociedad filial de *Illinois Tool Works*) por acuerdos restrictivos de la competencia mediante la imposición de ventas vinculadas. Según el demandante, *Trident* habría utilizado su posición dominante en el mercado para abusar de los fabricantes de impresoras al condicionar la venta de los componentes patentados de la impresora a la adquisición de los cartuchos no patentados de *Illinois Tool Works* y a que, tanto ellos como sus clientes, se abstendrían de rellenar los cartuchos de tinta de sus impresoras. Para el Tribunal Supremo, sin embargo, la demanda carecía de sustento en tanto no se probara el poder de mercado de *Trident* en el mercado relevante al que pertenecían los bienes patentados en cuestión¹⁷. Con este propósito, el Tribunal Supremo modificó la regla de ilegalidad *per se* frente a las ventas vinculadas, que había establecido en

predatorios y fijación de precio máximo en la reventa, *Brooke Group Ltd v Brown & Williamson Tobacco Corp.* [509 US 209 (1993)] y *State Oil Co. v. Khan*, [522 US 3 (1997)]. Ciertamente, *Trinko* ha sido destacado por los comentaristas como un caso crucial en el análisis de las prácticas exclusionarias del operador dominante, véanse SCHOEN (2006), SKITOL (2007) y CARRIER (2006). Las consecuencias de esta sentencia para la prohibición de abuso de posición dominante se analizan críticamente por STUCKER (2009).

¹⁰ Véanse PICKER (2008b) y MacMILLIAN (2008).

¹¹ 547 U.S. 1 (2006) o 126 S. Ct. 1276 (2006). Sentencia de 28 de febrero de 2006, adoptada por unanimidad (ponente Thomas).

¹² La constitución de *Equilon* había sido aprobada con algunas condiciones de desinversión por las autoridades de los Estados afectados y por la *Federal Trade Commission*: *In re Shell Oil Co.*, 125 F.T.C. 769 (1998).

¹³ Se acentúa el carácter de entidad única, frente a los aspectos de acción concertada, así: “*the pricing policy challenged here amounts to little more than price setting by a single entity –albeit within the context of a joint venture– and not a pricing agreement between competing entities with respect to their competing products*”, 126 S. Ct. 1276, 1278-1280; “*though Equilon’s pricing policy may be price fixing in a literal sense, it is not price fixing in the antitrust sense*”, 126 S. Ct. 1276, 1280 (2006).

¹⁴ El análisis debería analizar en qué medida la restricción a la competencia es accesorio y meramente incidental para alcanzar el propósito del acuerdo en cuestión, y si era razonable para conseguirlo, de manera que si la fijación de precios no fuera auxiliar al propósito legítimo de la *joint-venture* podría ser ilícita, véase SOKLER, CHIN y WALSH (2004). Por eso, es criticada por SHULMAN (2007) para quien la decisión constituye un error, que quiebra la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano en el tratamiento de las *joint-ventures* a efectos de la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 1 de la *Sherman Act*.

¹⁵ 547 U.S. 28 (2006). Sentencia de 1 de marzo de 2006, adoptada por unanimidad (ponente Stevens). Sobre la cual, véanse GRILL (2006) y TARANTO (2006).

¹⁶ Véase PERITZ (2007). Además de *Illinois Tool Works* los aspectos de defensa de la competencia de la fijación de precios se combinan con la protección de los signos distintivos en los casos ya citados de *Leegin* y *Texaco*. En ambos casos los derechos de marca constituyen una cuestión relevante. Los otros tres casos se refieren a cuestiones esenciales del derecho de patentes, con el propósito de limitar la concesión y el ámbito de protección de los derechos de patente para dar juego a una mayor competencia, y son *KSR Internacional Co. v. Teleflex Inc.*, 127 S. Ct. 1727 (2007); *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.*, 126 S. Ct. 1837 (2006) y *Lab. Corp. of Am. Holdings v. Metabolite Labs. Inc.*, 126 S. Ct. 2921 (2006). Para algunos comentarios de estos casos, véanse ARMITAGE (2007), BECKERMAN-RODAU (2007), DIESSEL (2007), DUFFY (2007), EISENBERG (2007), KUNIN y BEVERINA (2007), REIS (2008) y WEGNER (2007).

¹⁷ La existencia de una patente no permite considerar en todo caso que exista poder de mercado. WRIGHT (2006) critica que el Tribunal no se haya servido de la amplia fundamentación que proporciona la doctrina económica para construir su opinión.

el caso *Jefferson Parish*¹⁸, y derogó dos precedentes en los que se presumía el poder de mercado del titular de una patente [*International Salt Co. v. United States* y *United States v. Lowe's Inc.*]¹⁹. La aclaración que *Illinois Tool Works* realiza de las reglas y estándares aplicables a este tipo de casos en los que existe una tensión entre los derechos de propiedad intelectual e industrial y el derecho de defensa de la competencia es notable, especialmente a la vista de la confusión e incertidumbre apreciable en la jurisprudencia menor²⁰.

En el supuesto concreto, había mucha competencia de, al menos, otras dos empresas que comercializaban cabezales de impresión para imprimir códigos de barras, y de vendedores de equipamiento para imprimir en etiquetas adhesivas para envases o embalajes de los productos, además de otros fabricantes de tinta distintos de *Independent Ink* que podían utilizarse con los cabezales y cartuchos de *Trident*.

En las cuatro decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 2007 en materia de defensa de la competencia se introduce una variación sustancial en el tratamiento de las restricciones verticales a la competencia, al derogar la regla y la jurisprudencia tradicional contra la fijación de precios de reventa (en *Leegin*). Además, se aborda la novedosa problemática de la compra predatoria por un operador dominante, que somete a un tratamiento análogo a la venta predatoria de quien tiene posición de dominio (en *Weyerhaeuser*). También se recuerda la discusión sobre los confines del Derecho de defensa de la competencia y su relación con la regulación sectorial, en particular del mercado de valores, reconociendo la preferencia de las normas y autoridades de regulación sectorial para afrontar los conflictos y la problemática que susciten las operaciones y los contratos en los mercados de valores (en *Credit Suisse*). Finalmente, en una decisión cuya relevancia trasciende el aspecto meramente procedimental que aparentemente resuelve, el Alto Tribunal se pronuncia sobre los esenciales aspectos probatorios de ciertas conductas empresariales presuntamente anticompetitivas (en *Twombly*). En efecto, la persecución y sanción del paralelismo empresarial consciente que restringe la competencia es improcedente si no se dan pruebas mínimas de los hechos que acrediten las prácticas denunciadas.

A continuación se examinan brevemente los hechos, fundamentos jurídicos y algunas implicaciones de estas cuatro sentencias.

1. Los precios fijos de reventa no son ilegales *per se* (*Leegin*).

El demandante en este caso, PSKS, gestionaba una tienda de ropa femenina en Texas (*Kay's Closet*). *Leegin* fabricaba y distribuía accesorios y productos de cuero para mujeres, incluyendo bolsos de mano, cinturones, zapatos, joyas y otros accesorios, con la marca "Brighton". En 1997 *Leegin* introdujo su programa de mantenimiento de precios de venta minorista (*Resale Price Maintenance* o RPM), conocido como "Política de fijación de precios minoristas y de promoción" (*Brighton Retail Pricing and Promotion Policy*), una iniciativa de comercialización y marketing conforme a la cual vendería sus productos sólo a los comercios minoristas que cumplieran con los precios de venta sugeridos.

Cuando *Leegin* se enteró de que PSKS practicaba descuentos del 20% de los precios de reventa sugeridos en la línea de productos "Brighton", *Leegin* requirió a PSKS para que cesara en la concesión de descuentos. Ante la negativa de PSKS, que argumentaba que otros competidores locales estaban haciendo lo mismo con los productos "Brighton", *Leegin* dejó de vender sus productos a PSKS. Dado que esta decisión tuvo un impacto muy negativo en las ventas del establecimiento, PSKS demandó a *Leegin* por estimar que su programa de marketing y promoción violaba la *Sherman Act*.

La controvertida sentencia en el caso *Leegin* deroga el precedente centenario que el Tribunal Supremo estableciera en el caso *Dr. Miles*²¹ al afirmar la ilegalidad *per se* de la fijación vertical de precios. Por ello se considera que *Leegin* quiebra el respeto al precedente judicial (*stare decisis*) e incluso cabe considerarla una ruptura de la separación de poderes²². Ciertamente, decisiones posteriores del Tribunal Supremo habían matizado la regla contenida en la sentencia *Dr. Miles*, proporcionando "vías de escape" o aplicaciones atenuadas de la misma²³. Incluso se habían aprobado diversas leyes por el Congreso federal con disposiciones expresas sobre la licitud o no de la fijación de precios de reventa por el fabricante²⁴.

¹⁸ *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984).

¹⁹ Respectivamente, 332 U.S. 392 (1947) y 371 U.S. 38 (1932).

²⁰ GIFFORD y SULLIVAN (2007, 466-488).

²¹ *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911). La "flexibilización" de la reglas sobre restricciones verticales en precios a través de esta sentencia ha llevado a algunos comentaristas a calificar al Tribunal Supremo como la "Comisión Suprema de Comercio" (*Supreme Trade Commission*), BRUNNELL (2007: 529).

²² Dado que contraviene el propósito y la voluntad legislativa de prohibir la fijación de precios mínimos de venta minorista sancionada por el Congreso en la *Consumer Goods Pricing Act* de 1975, MacMILLIAN (2008).

²³ *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919); *United States v. Parke, Davis & Co.*, 362 U.S. 29 (1960); *Simpson v. Union Oil Co.*, 377 U.S. 13 (1964); *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967); *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 245 (1968); *Continental*

Con estos antecedentes, *Leegin* recoge la doctrina económica y la evidencia empírica existente sobre los efectos pro y anticompetitivos de las restricciones verticales a la competencia, para afirmar la imposibilidad de decretar con carácter absoluto la ilegalidad de la fijación vertical de precios²⁵. En efecto, según el Tribunal, no cabe concluir que en términos generales la fijación de los precios de venta minorista restrinja la competencia y limite la producción²⁶. A pesar de que tengan el efecto de elevar los precios finales de los productos, pueden existir otros beneficios positivos derivados de estos acuerdos, por ello la formulación de una regla de prohibición *per se* o absoluta, que prescinda de la situación y de las circunstancias del caso concreto, deviene a todas luces excesiva. Sin embargo, la incertidumbre en que este pronunciamiento suma a las empresas, agravada por la posible divergencia en la regulación y tratamiento de la cuestión en algunos Estados²⁷, se verá probablemente compensada con lo menores incentivos para la denuncia o demanda judicial contra este tipo de acuerdos. Además, la extensa sentencia proporciona elementos a tener en cuenta para evaluar la posible ilicitud de los acuerdos verticales anticompetitivos, entre las que destaca obviamente la cuota de mercado del proveedor²⁸.

2. Las compras predatorias como práctica abusiva (*Weyerhaeuser*).

En *Weyerhaeuser*, el Tribunal Supremo formula la regla aplicable a las compras predatorias por una empresa dominante en el mercado. Si un operador dominante adquiere excesiva cantidad de los insumos que utiliza en su actividad empresarial, acaparando la oferta, o paga un precio excesivo por ellos, limitando el acceso a los mismos de sus competidores, puede incurrir en una práctica abusiva prohibida por el Derecho de defensa de la competencia.

Ross-Simmons y *Weyerhaeuser* eran dos empresas que operaban serrerías de madera en la costa noroeste de los Estados Unidos, y que compraban troncos de madera de aliso como insumo para sus serrerías. Después de procesar y cortar los troncos, estas compañías vendían la madera en el mercado. Aunque las serrerías tenían sus propias plantaciones de madera y algunos contratos de abastecimiento a corto y largo plazo con los madereros, la principal fuente de aprovisionamiento era la compra libre en el mercado.

Weyerhaeuser había entrado en el mercado en 1980 y había ido aumentando progresivamente su volumen de actividad, mediante una sustancial inversión en nueva maquinaria. En 2001 en sus instalaciones se procesaba aproximadamente el 65% de la madera de aliso disponible.

Entre 1998 y 2001 el precio de los troncos de madera de aliso aumentó mientras que, por lo general, el precio final de la madera serrada y procesada bajó. Como consecuencia de esta tendencia, *Ross-Simmons* dejó de operar en mayo de 2001. Esta compañía emprendió una acción por prácticas anticompetitivas contra *Weyerhaeuser*, que era la principal operadora de serrerías de madera en la zona. En concreto, *Ross-Simmons* acusaba a *Weyerhaeuser* de haber empleado su posición de dominio en el mercado para, a través de varias decisiones, elevar los costes de sus competidores y expulsarlos del mercado al impedirles obtener los insumos que precisaban a un precio razonable. Según *Ross-Simmons*, entre las prácticas desarrolladas por *Weyerhaeuser* se incluirían las ofertas de compra de troncos de madera a precios excesivos, la compra de una cantidad excesiva de troncos de madera (por encima de sus necesidades), la firma de contratos de aprovisionamiento en exclusiva con los proveedores de troncos de madera e incluso el desarrollo de campañas engañosas con los funcionarios estatales para obtener troncos de madera de los bosques propiedad del Estado. Para *Ross-Simmons* estas conductas constituían un abuso de dominio o un intento de abuso de dominio en el mercado de los insumos de madera de aliso para las serrerías de la zona del Pacífico noroeste de los Estados Unidos²⁹. Las compras predatorias serían el medio empleado para elevar los precios de los insumos en el mercado regional de madera

T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977); *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984) y *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717 (1988).

²⁴ *Miller-Tydings Fair Trade Act*, 50 Stat. 693 (1937) y *McGuire Act*, 66 Stat. 631 (1952), derogadas por la *Consumer Goods Pricing Act*, 89 Stat. 801 (1975).

²⁵ 127 S. Ct. 2705, 2714-2720 (2007), véase también el voto disidente de Breyer, al que se suman Stevens, Souter y Ginsburg, 127 S. Ct. 2705, 2227-2230 (2007). Véanse BRUNNEL (2007: 496-509) y LAO (2008). Esta última critica el abuso del argumento del “gorroneo” (*free riding*) para la defensa de la fijación de precios de venta minorista y propone un análisis de razonabilidad cualificado (*quick-look rule of reason*) para evitar que la conclusión sea la legalidad *de facto* de este tipo de pactos.

²⁶ 127 S. Ct. 2705, 2717 (2007).

²⁷ Todavía no está claro como reaccionarán los Estados al pronunciamiento de *Leegin*, pero los Derechos de Estados tan significativos como California, Nueva York y Nueva Jersey contienen previsiones que prohíben o declaran nulos e inexigibles los pactos de fijación de precios minoristas, véanse LINDSAY (2007), WOFFORD y LIMARZI (2007), HUBBARD (2007:43). Es importante recordar que treinta y siete Estados actuaron como *amicus curiae* en el asunto *Leegin* en contra de derogar la regla *per se*, véase *Brief for the States of New York, Alaska, Arkansas, Connecticut, Delaware, Florida, Hawaii, Idaho, Illinois, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, North Carolina, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, South Carolina, South Dakota, Utah, Vermont, Washington, West Virginia, and Wyoming as Amici Curiae Supporting Respondent* (disponible en <http://www.naag.org/assets/files/pdf/amici.leegin.states.pdf>).

²⁸ Véanse DINGER y LIPTON (2007: 46-50); FIALA y WESTRICH (2007).

²⁹ La mayoría de los escritos y materiales de apoyo a las pretensiones de ambas partes se encuentran disponibles en <http://www.alderantitrust.com/>.

de aliso, acentuando el poder de monopsonio de *Weyerhaeuser* en ese mercado³⁰, al expulsar a posibles competidores.

En coherencia con los estándares y criterios establecidos por el propio Tribunal Supremo en materia de ventas predatorias³¹, en el presente caso el Alto Tribunal afirmó que era necesario demostrar:³²

(A) que los precios que el operador dominante paga por los insumos en el mercado regional son excesivos, de manera que el precio de comercialización del producto final resulta demasiado bajo en atención a ese coste y la comparación con los precios de los rivales;

(B) que existe una probabilidad de que el operador dominante recupere en el futuro los costes derivados de los pagos excesivos por los troncos de madera, al acentuarse su posición de monopsonio en el mercado regional de los insumos, y así forzar a los proveedores a fijar precios mucho más reducidos por sus productos.

En definitiva, la prueba de la compra predatoria -sea por *overbidding*, sea por *overbuying*- exige acreditar que el comprador adquirió una cantidad excesiva de insumos, o que pagó en demasía por los insumos utilizados en su actividad empresarial, de manera que el precio del producto final resulta inferior al coste real derivado de la imputación de los pagos excesivos por los troncos de madera de aliso, y además, que existe una posibilidad cierta de que el fortalecimiento en su posición de monopsonio en el mercado le permitirá recuperar los costes incurridos en esas compras predatorias³³.

Las afirmaciones del Tribunal Supremo en este caso pueden tener implicaciones en el futuro a la hora de definir los parámetros de las prácticas exclusionarias en el mercado³⁴ y en el análisis de las denuncias por estrechamiento de márgenes (*price squeeze*)³⁵.

3. El respeto a la regulación y a las agencias sectoriales (*Credit Suisse*).

El ámbito de aplicación de las normas de defensa de la competencia es la cuestión que el Tribunal Supremo norteamericano dilucidó en *Credit Suisse*.

En el mercado primario de valores (suscripción originaria de acciones), un grupo de sesenta inversores demandaron a diez bancos de inversión que actuaron como *underwriters* en la comercialización y distribución de diversos valores emitidos por compañías en el sector de la tecnología entre marzo de 1997 y diciembre de 2001. Los demandantes entendían que diversos aspectos en el proceso de colocación suponían la imposición colectiva a los adquirentes de términos de adquisición desfavorables que, además, tenían el efecto de inflar artificialmente el precio de los valores. Los demandantes argumentaron que los bancos de inversión acordaron de manera ilícita sólo vender las acciones a quienes se comprometieran posteriormente a comprar acciones adicionales a precios ascendentes -*laddering*- (a), a pagar comisiones inusualmente elevadas en las adquisiciones posteriores (b) y a comprar otros valores menos atractivos -*tying*- (c)³⁶.

En este caso, según el Tribunal Supremo, la aplicación de la regulación federal del mercado de valores impediría aplicar las prohibiciones contenidas en el derecho de defensa de la competencia, operando una exención implícita. En efecto, la abierta incompatibilidad entre ambos conjuntos normativos, con el riesgo de duplicidad de pronunciamientos, contradictorios e inconsistentes, se había establecido ya en el pasado en las sentencias *Silver v. New York Stock Exchange*³⁷, *Gordon v. New York Stock Exchange Inc.*³⁸ y *United States v. NASD, Inc.*³⁹. El potencial conflicto entre ambos conjuntos normativos se elude siempre que exista “una autoridad sectorial conforme al Derecho del mercado de valores para supervisar las actividades en cuestión (1); evidencia de que las autoridades responsables cumplen con su cometido (2); [...] un riesgo resultante de que el Derecho del mercado de valores y de defensa de la competencia, si ambos son aplicables, producirían guías, requisitos, deberes, privilegios o estándares de comportamiento en conflicto (3) [y] que el posible conflicto afecta prácticas que recaen claramente en el área de actividad de los mercados financieros que el Derecho del mercado de valores pretende regular (4)”⁴⁰.

Es cierto que en este caso no hubo intervención de ningún tipo de la Comisión del Mercado de Valores (*Securities and Exchange Comisión o SEC*), con lo que el potencial conflicto de competencias no se suscitó, ya

³⁰ Algo que el Tribunal considera expresamente que suscita problemas de competencia equivalentes al poder de monopolio, *Weyerhaeuser*, 127 S. Ct. 1069, 1076 (2007).

³¹ *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

³² *Weyerhaeuser*, 127 S. Ct. 1069, 1078 (2007).

³³ Véase LEVIN (2007).

³⁴ Véase LAMBERT (2007) y HOVENKAMP (2006).

³⁵ ELHAUGE (2007: 70).

³⁶ En los últimos años se han entablado acciones colectivas fundadas en el Derecho del mercado de valores por esas prácticas, en el marco de lo que se conoce como *In re Initial Public Securities Litigation*.

³⁷ 373 U.S. 341 (1963).

³⁸ 422 U.S. 659 (1975).

³⁹ 422 U.S. 694 (1975).

⁴⁰ *Credit Suisse*, 127 S. Ct. 2383, 2392 (2007).

que no hubo participación alguna en el asunto por parte de la SEC⁴¹, y que el riesgo de conflicto era el factor más débil de los enumerados anteriormente, pero aún así el Tribunal Supremo rechazó las pretensiones de los demandantes.

Ciertamente, la aplicación del Derecho de defensa de la competencia a tal situación podría producir el efecto de disuadir conductas de los operadores en los mercados de valores que son beneficiosas para el funcionamiento adecuado y eficiente de estos, y que están disciplinadas por la regulación sectorial, y son supervisadas por una agencia federal especializada e independiente. No se oculta también que el Supremo anticipaba las dificultades el enjuiciamiento de las conductas en cuestión en el marco de un procedimiento judicial ordinario (con jurado) y las consecuencias prácticas para los operadores de abrir la veda a este tipo de acciones judiciales, con el riesgo de soluciones divergentes⁴².

Por otro lado, es discutible en qué medida *Credit Suisse* formula una exención implícita que cubre sólo a la regulación del mercado de valores o si también cubre otras disciplinas de regulación sectorial de características análogas⁴³, aunque la especialidad y diversas características del caso concreto parecen apuntar a favor de la limitación de la vigencia de sus postulados al ámbito de los mercados de valores y su regulación.

4. Los estándares de prueba de las violaciones de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas (*Twombly*).

En *Twombly* se resuelve la demanda contra varios operadores de telefonía local, que gozaban de una posición de monopolio en sus respectivos territorios. La demanda colectiva de varios consumidores alegaba la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia entre esas empresas proveedoras de servicios de telefonía local para repartirse los mercados de telefonía local y banda ancha (*Incumbent Local Exchange Carriers* o ILECs⁴⁴) y para no permitir a los potenciales competidores locales (*Competitive Local Exchange Carriers* o CLECs) el acceso a sus redes. La *Telecommunications Act* (1996) estableció la obligación de proporcionar el acceso al bucle local a precios mayoristas, el alquiler de servicios de red no empaquetados, o el permitir las interconexiones de su red con la red de los CLECs. El propósito de estas obligaciones era abrir a la competencia los servicios de telefonía local.

En la sentencia en el caso *Twombly*, el Tribunal Supremo resuelve una cuestión crucial, al hilo de consideraciones procesales específicas del sistema judicial norteamericano⁴⁵, de enorme relevancia para la aplicación de la prohibición de prácticas plurilaterales restrictivas de la competencia⁴⁶. En efecto, para acusar de una violación de las prohibiciones de defensa de la competencia resulta insuficiente acreditar un mero comportamiento paralelo en el mercado acompañado de la alegación de que existe una conducta restrictiva de la competencia; máxime cuando el comportamiento paralelo en cuestión puede ser el resultado tanto de una acción unilateral razonable y procompetitiva como de una acción plurilateral anticompetitiva. La puesta en marcha de la costosa maquinaria judicial requiere que la demanda incluya y avance hechos que permitan sostener de modo suficiente y plausible la realización de la conducta prohibida (*plus factor*)⁴⁷.

En este sentido, *Twombly* es el corolario de una retahíla de sentencias sobre las exigencias y fundamentos de prueba en las demandas de prácticas anticompetitivas prohibidas, que se remonta a otro caso de paralelismo consciente de los años cincuenta (*Theatre Enterprises, Inc. v. Paramount Film Distribution Corp.*)⁴⁸, que tiene como hito relevante el ya citado caso *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.* (1984), y como corolario *Matsushita Electronic Industries Co. v. Zenith Radio Corp.*⁴⁹. De esta línea jurisprudencial cabe deducir que la evidencia aportada por el demandante tiene que ser más persuasiva de lo necesario en el caso de que del contexto fáctico en cuestión quepa deducir que se trata de una acusación sin plausibilidad económica.

⁴¹ Como tampoco la hubo, sin que ello obviara un planteamiento análogo en el citado *Silver v. NYSE*.

⁴² Véase FRACKMAN y DOWD (2007).

⁴³ Con carácter general y en términos abstractos, es discutible cuál es el equilibrio adecuado entre la aplicación de las prohibiciones de defensa de la competencia y la utilización de la regulación sectorial con la consiguiente e implícita exención. Algunos análisis aconsejan limitar esta última a los monopolios naturales y, como regla o principio general, permitir la aplicación complementaria de ambas dada la mayor eficacia del derecho de la competencia para mejorar el bienestar de los consumidores y su utilidad para el control frente al riesgo de "captura" de la agencia sectorial de regulación, véase CARLTON y PICKER (2008).

⁴⁴ En el caso *Bell Atlantic Corporation, Bell South Corporation, Qwest Communications International Inc. y SBC Communications Inc.*

⁴⁵ Véanse HANNON (2008); KOLASKY y OLSKY (2007).

⁴⁶ Sin que haya transcurrido más de un año desde su adopción, *The Antitrust Practitioner*, vol. 6, marzo 2008, recoge más de cuarenta casos de aplicación de las normas federales de defensa de la competencia litigados ante los tribunales en los que el precedente de *Twombly* en materia de prueba de las prácticas anticompetitivas ha sido utilizado. Un análisis similar se realiza en HANNON (2008). Aunque parece lógico que así sea, existe cierta discusión sobre si su fundamentación debe o no extenderse a los cárteles, la concertación horizontal y las restricciones verticales, véanse BLECHMAN (2007), CHERRY y PEARSON (2007) y KOPIT (2007).

⁴⁷ GABRIEL (2007:4) apunta como la exigencia de plausibilidad constituye "una invitación a las partes y a los tribunales para explorar teorías económicas y para especular sobre los incentivos de los competidores a conspirar".

⁴⁸ 346 U.S. 537 (1954).

⁴⁹ 475 U.S. 574 (1986).

La relevancia del pronunciamiento de *Twombly* trasciende el caso concreto apuntado, para cubrir otras acusaciones y demandas por prácticas anticompetitivas y alcanza también a otras materias, dado el carácter transversal de los pronunciamientos que la sentencia realiza en materia de Derecho procesal civil⁵⁰. En efecto, la naturaleza de la doctrina que cabe extraer de esta decisión hace que sea aplicable a cualquier litigio⁵¹ y, sin perjuicio de las particularidades del Derecho procesal civil norteamericano a las que alude la sentencia (*motion to dismiss*), *Twombly* recuerda la necesidad de presentar una fundamentación fáctica de las acusaciones realizadas.

Ciertamente, la elevación de las exigencias y umbrales de fundamentación fáctica de las pretensiones del demandante puede limitar el número de litigios civiles por prácticas anticompetitivas, limitándolos a aquéllos que se entablen una vez concluida la investigación y, en su caso, se hayan impuesto sanciones por las autoridades administrativas de competencia (*follow on actions*)⁵².

5. Conclusiones.

La lectura de cualquiera de las recientes sentencias que someramente se comentan en este trabajo pone de relieve algunos cambios notables en la interpretación y aplicación de las prohibiciones de acuerdos y conductas anticompetitivas en los Estados Unidos de Norteamérica. No obstante, al margen de los supuestos concretos, emerge un panorama en el que se aprecia un análisis judicial de las estrategias empresariales bastante respetuoso con la libertad empresarial, que limita la aplicación de las normas de defensa de la competencia a aquellos supuestos en los que el efecto anticompetitivo no es dudoso y el perjuicio al bienestar social es claro.

Además, las opiniones del Tribunal en esta materia demuestran un elevado grado de predicibilidad, en la medida que existe una sólida base técnica y doctrinal sobre la que el Tribunal construye sus pronunciamientos que, además, gozan de un amplio consenso entre los magistrados (salvo *Leegin*). Varios de los magistrados poseen una amplia experiencia en materia *antitrust*, especialmente Breyer, Stevens, Scalia, Roberts y Alito (este último firmó el voto disidente del magistrado Greenberg cuando en 2003 la corte de apelaciones del tercer circuito decidió la controvertida *LePage's Inc. v. 3M Co.*⁵³).

Aunque *Leegin* será probablemente la decisión más comentada, por su impacto en el análisis de las restricciones verticales y específicamente la fijación de precios de reventa, son probablemente *Twombly* y *Credit Suisse* las decisiones con mayores implicaciones estructurales para el futuro del Derecho de defensa de la competencia norteamericano. Como se ha apuntado, las consecuencias de *Twombly* trascienden el marco de la defensa de la competencia, para subrayar la necesaria fundamentación fáctica de las pretensiones en las denuncias ante los Tribunales. *Credit Suisse*, en cambio, limita la aplicabilidad de la normativa de defensa de la competencia al ámbito de la regulación sectorial (en el caso concreto, del mercado de valores), pero igualmente con probabilidad tendrá efectos más difusos, al recordar la autonomía de las disciplinas de regulación sectorial, en las que no son de aplicación las prohibiciones de acuerdos o prácticas anticompetitivas o, por lo menos, no lo son de manera directa y automática.

Referencias bibliográficas

- ARMITAGE, Robert A. (2007) "Commentary, Now That the Courts Have Beaten Congress to the Punch, Why Is Congress Still Punching the Patent System?", *Michigan Law Review First Impressions*, vol. 106, págs. 43-49 (disponible en <http://www.michiganlawreview.org/firstimpressions/vol106/armitage.pdf>).
- BECKERMAN-RODAU, Andrew (2007) "The Supreme Court Engages in Judicial Activism in Interpreting the Patent Law in eBay, Inc. v. MercExchange, L.L.C.", *Tulane Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 10, págs. 165-210.
- BLECHMAN, William J. (2007) "Why Twombly Does Not (and Should Not) Apply to Hard-Core Cartels", *The Antitrust Source*, Octubre (disponible en <http://www.abanet.org/antitrust/at-source/07/10/Oct07-Blechman10-18f.pdf>)

⁵⁰ En la medida en que derogó el precedente sobre el particular contenido en la sentencia *Conley v. Gibson*, 355 U.S. 41 (1957). Críticamente DODSON (2007). Aunque se discute si alguna de las afirmaciones aisladas de *Twombly* sobre este particular son correctas, siendo precisamente algunas de las que contienen los pronunciamientos indicados en materia de prueba, BRADLEY (2007).

⁵¹ De hecho, dos semanas después de dictar *Twombly*, el propio Tribunal Supremo aplicó la doctrina que de ella se deduce a un caso de libertades fundamentales, *Erickson v. Pardus*, 127 S. Ct. 2197, 2200 (2007).

⁵² CHERRY y PEARSON (2007: 4-7).

⁵³ 324 F.3d 141 (3rd Cir. 2003).

- BRADLEY, Keith (2007) "Pleading Standards Should Not Change After *Bell Atlantic v. Twombly*", *Northwestern University Law Review Colloquy*, vol. 102, págs 117-122 (disponible en <http://www.law.northwestern.edu/lawreview/colloquy/2007/31/LRColl2007n31Bradley.pdf>)
- BRUNELL, Richard M. (2007) "Overruling *Dr. Miles*: The Supreme Trade Commission in action", *Antitrust Bulletin*, vol. 52, n° 3 y 4, Otoño-invierno, págs. 475-529.
- CARLTON, Dennis W. y PICKER, Randal C. (2008) "Antitrust and Regulation", en *Economic Regulation and Its reform: What Have We Learned*, ed. Nancy Rose, University of Chicago Press, en prensa (una versión anterior está disponible en http://www.nber.org/books_in_progress/econ-reg/carlton-picker3-30-07.pdf).
- CARRIER, Michael (2006) "Refusals to Licence Intellectual Property after *Trinko*", *DePaul Law Review*, vol. 55, págs. 1191-1220.
- CHERRY, Steven y PEARSON, Gordon (2007) "Why *Twombly* Does (and Should) Apply to All Private Antitrust Actions, Including Alleged Hard-Core Cartels: A Reply to William J. Blechman", *The Antitrust Source*, Diciembre (disponible en <http://www.abanet.org/antitrust/at-source/07/12/Dec07-Cherry12-17.pdf>).
- DENGER, Michael L. y LIPTON, Joshua (2007) "The Rule of Reason and "Leegin Policies": The Supreme Court's Guidance", *Antitrust*, vol. 22, n° 1, otoño, págs. 45-50.
- DIESSEL, Benjamin H. (2007) "Note: Trolling for Trolls: The Pitfalls of the Emerging Market Competition Requirement for permanent injunctions in patent cases post-*ebay*", *Michigan Law Review*, vol. 106, págs. 305-346 (disponible en <http://www.michiganlawreview.org/archive/106/2/diessel.pdf>).
- DODSON, Scott (2007) "Pleading Standards after *Bell Atlantic v. Twombly*", *Virginia Law Review in Brief*, Vol. 93, 9 Julio 2007, págs. 121-128.
- DUFFY, John F. (2007) "KSR v. *Teleflex*: Predictable Reform of Patent Substance and Procedure in the Judiciary", *Michigan Law Review First Impressions*, vol. 106, págs. 34-38 (disponible en <http://www.michiganlawreview.org/firstimpressions/vol106/duffy.pdf>).
- EISENBERG, Rebecca S. (2007) "Commentary, The Supreme Court and the Federal Circuit: Visitation and Custody of Patent Law", *Michigan Law Review First Impressions*, vol. 106, págs. 28-33 (2007), <http://www.michiganlawreview.org/firstimpressions/vol106/eisenberg.pdf>.
- ELHAUGE, Einer (2007) "Harvard, Not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent Supreme Court Decisions?", *Competition Policy International*, Vol. 3, N° 2, Otoño, págs. 59-77 (disponible en http://www.law.harvard.edu/faculty/elhaugue/Elhaugue_Harvard_Not_Chicago_Final.pdf).
- FIALA, Marie L. y WESTRICH, Scott A. (2007) "Leegin Creative Leather Products: What Does the New Rule of Reason Standard Mean for Resale Price Maintenance Claims?", *The Antitrust Source*, Agosto (disponible en <http://www.abanet.org/antitrust/at-source/07/08/Aug07-Westrich8-6f.pdf>).
- FITZSIMONS, Brian T. (2008) "The Injustice of Notice and Heightened Pleading Standards for Antitrust Conspiracy Claims: It is Time to Balance the Scale for Plaintiffs, Defendants, and Society", próximamente en *Rutgers Law Journal*, Vol. 39 (disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=981058>).
- FRACKMAN, Andrew J. y DOWD, Brendan J. (2007) "The Supreme Court Curbs Antitrust Lawsuits Challenging Securities-Related Conduct", *The Antitrust Source*, Agosto 2007 (disponible en <http://www.abanet.org/antitrust/at-source/07/08/Aug07-Dowd8-7f.pdf>).
- GABRIEL, Manfred (2007) "Twombly: A Journey from the Conceivable to the Plausible", *The Antitrust Source*, Junio 2007 (disponible en <http://www.abanet.org/antitrust/at-source/07/06/Jun07-Gabriel6-21f.pdf>).
- GAVIL, Andrew I. (2007) "Antitrust Bookends: The 2006 Supreme Court Term in Historical Context", *Antitrust*, vol. 22, n° 1, Otoño, págs. 21-26.
- GIFFORD, Daniel J. y SULLIVAN, E. Thomas (2007) "The Roberts Antitrust Court: A Transformative Beginning", *Antitrust Bulletin*, vol. 52, n° 3 y 4, Otoño-invierno, págs. 435-474.
- GRILL, Brian T. (2007) "The Treatment of Metering in Antitrust Law: The Supreme Court's Apparent Abolition of the *per se* rule against metering in *Illinois Tool Works, Inc. v. Independent Ink, Inc.*", *Wisconsin Law Review*, vol. 2006, págs. 1465-1492 (disponible en <http://hosted.law.wisc.edu/lawreview/issues/2006-5/grill.pdf>).
- HANNON, Kendall W. (2008) "Much ado about *Twombly*? A study on the impact of *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* on 12(b)(6) motions", *Notre Dame Law Review*, vol. 83, n° 4, págs. 101-134.
- HAY, George A. (2007) "The Quiet Revolution in U.S. Antitrust Law", *University of Queensland Law Journal*, vol. 26, n° 1, págs. 27-37.
- HOVENKAMP, Herbert (2008) "The Chicago and Harvard Schools and the Dominant Firm", en *Conservative Influences on Antitrust Policy* (Robert Pitofsky, ed.) Oxford University Press, en prensa (*University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n° 07-19, disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1014153>).
- HOVENKAMP, Herbert (2006) "The Law of Exclusionary Pricing", *Competition Policy International*, vol. 2, n° 1, primavera, págs. 21-39.
- HUBBARD, Robert L. (2007) "Protecting Consumers Post-*Leegin*", *Antitrust*, vol. 22, n° 1, otoño, págs. 41-50.

- KOLASKY, William y OLSKY, David, "Laying Conley v. Gibson to Rest", *Antitrust*, vol. 22, nº 1, otoño, págs. 27-31.
- KOPIT, William (2007), "Inferring antitrust conspiracies from circumstantial evidence: How much is enough?", *Antitrust Bulletin*, vol. 52, nº 3 y 4, otoño-invierno, págs. 417-434.
- KOVACIC, William E. (2007) "The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix", *Columbia Business Law Review*, vol. 2007, págs. 1-80.
- KUNIN, Stephen G. y BEVERINA, Andrew K. (2007) "Commentary, KSR's Effect on Patent Law", *Michigan Law Review First Impressions*, vol. 106, págs. 50-54 (disponible en <http://www.michiganlawreview.org/firstimpressions/vol106/kuninbeverina.pdf>)
- LAMBERT, Thomas A. (2007) "Weyerhaeuser and the Search for Antitrust's Holy Grail", *Cato Supreme Court Review*, vol. 2007, págs. 277-313.
- LAO, Marina (2008) "Free Riding: An Overstated, and Unconvincing, Explanation for Resale Price Maintenance", en *Where the Chicago School Overshot the mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, ed. Robert Pitofsky, en prensa (versión previa disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1024221>) .
- LEVIN, Nikolai G. (2007) "Weyerhaeuser's Implications For future antitrust disputes", *New York University Journal of Law and Business*, vol. 4, págs. 343-353 (disponible en <http://www3.law.nyu.edu/journals/lawbusiness/issues/uploads/4-1/nyb108.pdf>)
- LINDSAY, Michael A. (2007) "Resale Price Maintenance and the World After Leegin", *Antitrust*, vol. 22, nº 1, Otoño, págs. 32-40.
- McMILLIAN, Lance (2008) "The Proper Role of Courts: Why the Supreme Court Got it Wrong in Leegin", próximamente en *Wisconsin Law Review* (disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1094244>)
- PERITZ, Rudolph J. R. (2008) "The Roberts Court after Two Years: Antitrust, Intellectual Property Rights, and Competition Policy", próximamente en *Antitrust Bulletin* (Symposium on "The Roberts Court's Antitrust Decisions") ahora disponible como *NYLS Legal Studies Research Paper* No. 07/08-17.
- PICKER, Randal C. (2008a) "'Twombly', 'Leegin' and the Reshaping of Antitrust", próximamente en *Supreme Court Review*, 2008 (de momento, *University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper*, No. 389, febrero)
- PICKER, Randal C. (2008b) "Take Two: Stare Decisis in Antitrust - The Per Se Rule Against Horizontal Price-Fixing", *University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper*, No. 398, marzo.
- REIS, Robert I. (2008) "Rights and Remedies Post *Ebay v. Mercexchange* - Deep Waters Stirred", *Akron Intellectual Property Journal*, nº 2, págs. 133-162.
- SCHOEN, Frank X. (2006) "Exclusionary conduct after *Trinko*", *New York University Law Review*, vol. 80, noviembre, págs. 1625-1664.
- SHULMAN, Daniel R. (2007) "*Texaco v. Dagher*: Opportunities missed and neglected", *The Antitrust Bulletin*, vol. 52, nº 3, otoño-invierno 2007, págs. 531-590.
- SKITOL, Robert A. (2007) "Three Years After *Verizon v. Trinko*: Broad Dissatisfaction with the Whole Thrust of Refusal to Deal Law", *The Antitrust Source*, Abril (disponible en <http://www.abanet.org/antitrust/at-source/07/04/Apr07-Skitol4=27f.pdf>).
- SOKLER, Bruce D., CHIN, Yee Wah y WALSH, Kathryn (2004) "A Consideration of *Dagher* and the Antitrust Standard for Joint Ventures", *New York University Journal of Law and Business*, vol. 1, nº 1, págs. 307-322.
- STUCKE, Maurice E. (2009) "Should the Government Prosecute Monopolies?", próximamente en *University of Illinois Law Review*, Vol. 2009, nº 2, (disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1116463>).
- TARANTO, Richard J. (2006) "*Illinois Tool Works v. Independent Ink*: A Lawyer's Take on Ending Special Suspicion of Patent Tying", *Competition Policy International*, Vol. 2, nº 2, Otoño, págs. 169-180.
- TUCKER, Darren S. y PESSOLANO, Kathleen M. (2007), "Supreme Court's *Weyerhaeuser* Decision Follows Recent Pattern", *The Antitrust Source*, Abril, págs 1-5 (disponible en <http://www.abanet.org/antitrust/at-source/07/04/Apr07-TuckPess4=27f.pdf>),
- WEGNER, Harold C. (2007) "Commentary, Making Sense of KSR and other Patent Cases", *Michigan Law Review First Impressions*, vol. 106, págs. 39-42 (disponible en <http://www.michiganlawreview.org/firstimpressions/vol106/wegner.pdf>)
- WOFFORD, Jr., M. Russell y LIMARZI, Kristen C. (2007), "The Reach of *Leegin*: Will the States Resuscitate *Dr. Miles*", *The Antitrust Source*, Octubre (disponible en <http://www.abanet.org/antitrust/at-source/07/10/Oct07-Wofford10-18f.pdf>)
- WRIGHT, Joshua D. (2007) "The Roberts Court and the Chicago School of Antitrust: The 2006 Term and Beyond", *Competition Policy International*, Vol. 3, No. 2, Otoño 2007, págs. 24-57 [una versión previa se publica, bajo el título de "The Roberts Court's Antitrust Jurisprudence: The Chicago School Marches On",

Engage, Vol. 8, nº 4, 2004 págs. 29-39 (disponible en http://www.fed-soc.org/doclib/20080314_WrightEngage8.4.pdf).

WRIGHT, Joshua D. (2006) "Missed Opportunities in Independent Ink", *Cato Supreme Court Review*, vol. 2006, págs. 333-359.

**Qui se soucie encore des restrictions verticales?
Quel est le rôle de la Commission européenne?
L'avenir du règlement d'exemption et de la distribution en ligne.**

Par ANDREI GURIN⁵⁴

- I. Le rôle de la Commission dans la mise en œuvre des règles de concurrence relatives aux restrictions verticales
 - A. La pratique décisionnelle de la Commission
 - B. L'action de la Commission au sein du Réseau européen de la concurrence (REC)
- II. L'élaboration de la nouvelle politique communautaire de la concurrence sur les accords verticaux
 - A. Quelques réflexions générales sur l'avenir du règlement d'exemption
 - 1. Faut-il renoncer au règlement d'exemption ?
 - 2. Les parts de marché, principal critère de l'exemption
 - 3. Quel avenir pour les restrictions caractérisées ?
 - B. Le débat actuel sur la distribution en ligne
 - 1. les règles de la concurrence relative à la distribution en ligne
 - 2. La table-ronde et la consultation publique sur l'avenir de la distribution en ligne
 - 3. Quelles options pour l'avenir?

Les accords verticaux sont ceux conclus entre deux ou plusieurs entreprises dont chacune opère à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et qui concernent les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services. Les accords verticaux présentent une importance particulière pour l'économie européenne dans la mesure où la grande majorité des accords conclus par des entreprises sont verticaux. En effet, cette catégorie d'accords recouvre ceux qui portent principalement sur l'achat et la vente de matières premières utilisées comme des biens intermédiaires ("*inputs*"), et sur la distribution de produits finaux, ces derniers impliquant fournisseurs, grossistes ou détaillants. Au sein de ces accords verticaux, sont qualifiés de restrictions verticales ceux qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui empêchent, restreignent ou faussent le jeu de la concurrence au sens de l'article 81 CE.

Les accords verticaux sont régis par le règlement communautaire d'exemption par catégorie n°2790/1999 ("*le règlement d'exemption*")⁵⁵ et les lignes directrices sur les restrictions verticales ("*les lignes directrices*")⁵⁶. Cette législation fut la première d'une nouvelle génération de règlements d'exemption et lignes directrices inspirés par une approche plus économique, fondée sur l'examen des effets produits sur le marché par les accords en question. Son objectif principal était de simplifier les règles applicables aux accords verticaux, afin de permettre un contrôle plus efficace des accords conclus par des entreprises détenant un pouvoir de marché significatif, et par là même de réduire les charges pesant sur l'action des entreprises qui en sont dépourvues, notamment les PME.

Depuis l'entrée en vigueur du règlement d'exemption et des lignes directrices, en 1999 et 2000 respectivement, on peut relever quelques tendances positives en la matière. La "zone de sécurité", que constitue le plancher de 30% de parts de marché en-deçà duquel un accord vertical bénéficie de l'exemption par catégorie instituée par le règlement, a contribué de façon décisive à la réduction du nombre d'affaires traitées par la Commission européenne et les Autorités nationales de concurrence ("*ANC*") des États membres de l'Union européenne ("*UE*"). Dans leur pratique décisionnelle, les autorités de concurrence se sont concentrées sur les accords contenant des restrictions caractérisées, notamment celles relatives à la fixation verticale des prix et à la limitation du commerce parallèle. Il semble aussi que les règles actuelles aient permis aux autorités concernées de développer une politique cohérente vis-à-vis des phénomènes de collusion et de verrouillage du marché, tout en prenant en compte les efficiences généralement associées aux accords verticaux.

⁵⁴ DG Concurrence, Commission européenne, Membre de l'unité A2, Antitrust et Concentrations, Politique et Stratégie. Les opinions exprimées dans cet article sont purement personnelles et n'engagent pas la Commission européenne. L'auteur tient à remercier ses collègues Christian Roque, Adrien Mexis et Caroline Teyssié pour leurs commentaires très utiles.

⁵⁵ Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO L 336 du 29.12.1999, p. 21-25

⁵⁶ Communication de la Commission - Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO C 291 du 13.10.2000, p. 1-44

Le règlement d'exemption et les lignes directrices ont offert aux entreprises concernées un cadre analytique satisfaisant pour évaluer la conformité de leurs accords aux règles de concurrence, dans le contexte actuel de "modernisation" du droit communautaire de la concurrence, où ces entreprises ne peuvent plus notifier leurs accords à la Commission préalablement à leur mise en œuvre.

En tenant compte de la réduction du nombre d'affaires traitées par la Commission, constatée depuis l'entrée en vigueur du règlement d'exemption et des lignes directrices, on peut se demander si la Commission "se soucie encore des restrictions verticales"⁵⁷. Autrement dit, quel est le rôle de la Commission en la matière ?

Cela étant, on verra que la Commission continue de jouer un rôle important, tant par sa pratique décisionnelle que par sa place dans le Réseau européen de la concurrence ("REC") qui regroupe les ANC (I). La Commission joue également un rôle-clé dans l'élaboration de la politique communautaire de la concurrence : le règlement d'exemption expire le 31 mai 2010 en vertu de son article 13, et la Commission est en train d'examiner dans quelles conditions le règlement et les lignes directrices ont été appliqués et s'il convient de modifier la législation actuelle (II).

I. Le rôle de la Commission dans la mise en œuvre des règles de concurrence relatives aux restrictions verticales

La Commission a développé une pratique décisionnelle importante depuis l'entrée en vigueur de la législation actuelle (A). Le rôle de la Commission dans la mise en œuvre des règles sur les restrictions verticales a profondément changé depuis l'entrée en vigueur, le 1 mai 2004, du règlement 1/2003 qui a "modernisé" le droit communautaire de la concurrence (B).

A. La pratique décisionnelle de la Commission

La pratique décisionnelle de la Commission est centrée sur les restrictions caractérisées ou "clauses noires" ("*hardcore restrictions*"). Cette notion recouvre des restrictions particulièrement graves, comme par exemple la fixation des prix ou la répartition des marchés entre concurrents. L'article 4 du règlement d'exemption énumère les restrictions caractérisées dans les accords verticaux⁵⁸. Il s'agit principalement des prix minimum de revente imposés et les restrictions territoriales à la revente, notamment les restrictions aux ventes passives et au commerce parallèle dans la distribution exclusive, ainsi que les restrictions aux ventes actives et passives, et à l'approvisionnement croisé dans la distribution sélective. L'inclusion d'une telle restriction fait perdre le bénéfice de l'exemption par catégorie à l'intégralité de l'accord. La Commission présume que l'accord contenant une telle clause aura des effets négatifs ou est susceptible d'en avoir. De plus, il est improbable qu'une restriction caractérisée bénéficie d'une exemption individuelle, parce qu'une telle restriction n'est généralement pas indispensable pour créer des efficacités. Enfin, il existe une forte chance qu'en présence d'une restriction caractérisée, la Commission impose une amende aux entreprises en infraction.

⁵⁷ "Qui se soucie encore des restrictions verticales ?", tel est l'intitulé de la conférence organisée par l'Association du Jeune Barreau de Bruxelles le 12 février 2008

⁵⁸ Article 4 du règlement d'exemption dispose que:

"L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, ont pour objet:

- a) la restriction de la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal à la suite d'une pression exercée par l'une des parties ou de mesures d'incitation prises par elle;*
- b) la restriction concernant le territoire dans lequel, ou la clientèle à laquelle, l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels, sauf:*
 - la restriction des ventes actives vers un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive réservés au fournisseur ou concédés par le fournisseur à un autre acheteur, lorsqu'une telle restriction ne limite pas les ventes de la part des clients de l'acheteur,*
 - la restriction des ventes aux utilisateurs finals par un acheteur qui opère en tant que grossiste sur le marché,*
 - la restriction des ventes par les membres d'un système de distribution sélective aux distributeurs non agréés et*
 - la restriction de la capacité de l'acheteur de vendre des composants destinés à l'incorporation à des clients qui pourraient utiliser ces composants pour la fabrication de biens similaires à ceux produits par le fournisseur des composants;*
- c) la restriction des ventes actives ou des ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé;*
- d) la restriction des livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre les distributeurs opérant à des stades différents du commerce;*
- e) la restriction convenue entre un fournisseur de composants et un acheteur qui incorpore ces composants lorsque le fournisseur est restreint dans la vente de ces composants en tant que pièces détachées à des utilisateurs finals ou à des réparateurs ou à d'autres prestataires de services qui n'ont pas été désignés par l'acheteur pour la réparation ou l'entretien de ses biens".*

Depuis l'entrée en vigueur de la législation actuelle, un certain nombre d'affaires a donné lieu à l'adoption de décisions formelles par lesquelles la Commission a imposé des amendes aux entreprises concernées⁵⁹. En général, la Commission a sanctionné les entreprises qui restreignaient le commerce parallèle. Ces pratiques étaient parfois combinées avec l'imposition d'un prix minimum à la revente aux distributeurs qui contribuaient aux exportations parallèles afin de rendre ces dernières commercialement inintéressantes (*cf.* les affaires *Nathan Editions* et *Yamaha*). Dans l'affaire *Volkswagen*⁶⁰, la Commission a imposé une amende au constructeur automobile parce qu'il interdisait à ses distributeurs d'offrir des rabais sur un modèle (Passat) en Allemagne. Les juridictions communautaires ont globalement suivi les analyses de la Commission. Celle-ci a cependant été censurée à quelques reprises pour ne pas avoir rapporté la preuve d'un accord ou d'une collusion, sans quoi l'article 81 CE n'est pas applicable. D'où une annulation totale de la décision de la Commission dans l'affaire *Volkswagen*⁶¹ et une annulation partielle dans l'affaire *JCB*⁶².

Un domaine où les décisions de la Commission ont eu un impact particulier est celui de la distribution en ligne. Dans deux décisions (*Yves Saint Laurent*⁶³ et *B&W Loudspeakers*⁶⁴), qui étaient par ailleurs de simples lettres administratives de compatibilité ("*comfort letters*"), la Commission a eu l'occasion d'esquisser en la matière une approche qui a été ultérieurement suivie par les ANC (notamment, en France, le Conseil de la concurrence⁶⁵) et qui a fait l'objet d'une consultation publique en septembre 2008. Les règles de concurrence relatives à la distribution en ligne seront expliquées plus loin dans cet article.

B. L'action de la Commission au sein du Réseau européen de la concurrence (REC)

Le droit communautaire des pratiques anticoncurrentielles connaît une profonde évolution ou "modernisation" depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} mai 2004, du règlement 1/2003 ("*le règlement*")⁶⁶. Le nouveau règlement a entendu renforcer le rôle des ANC dans l'application du droit de la concurrence. En effet, le règlement oblige les ANC à appliquer l'article 81 CE lorsque le commerce entre Etats membres est affecté ou susceptible de l'être. Le règlement confère également aux ANC le pouvoir d'appliquer intégralement l'article 81 CE, notamment de se prononcer sur les efficiences sous l'article 81(3) CE. Enfin, le règlement met en œuvre une "décentralisation" de l'application du droit communautaire confiée au réseau européen de la concurrence (REC) qui regroupe les ANC et la Commission.

L'impact du nouveau système de procédure sur le rôle de la Commission dans la mise en œuvre du droit communautaire est double. D'une part, la Commission peut compter davantage sur l'action des ANC et donc se concentrer sur les affaires graves ou exemplaires. D'autre part, elle a désormais une responsabilité spéciale qui consiste à assurer l'application effective, cohérente et uniforme du droit communautaire au sein du Réseau européen de la concurrence. Cette responsabilité s'exerce à travers les mécanismes institués à l'article 11(4) du règlement, qui oblige les ANC à informer la Commission sur les décisions qu'elles envisagent de prendre au moins 30 jours avant leur adoption, et en son article 11(6), qui permet à la Commission de "dessaisir" les ANC de leur compétence d'appliquer le droit communautaire s'il existe un risque sérieux d'incohérence dans l'application ou l'interprétation du droit communautaire. Une autre possibilité qui s'est révélée décisive en pratique pour assurer une meilleure convergence, est celle prévue au paragraphe 46 de la Communication relative à la coopération au sein du Réseau des autorités de concurrence ("*la Communication sur le REC*")⁶⁷. Selon cette disposition, la Commission peut présenter des observations écrites (mais aussi orales) sur l'affaire avant l'adoption de la décision par l'ANC concernée. L'objectif de ces observations est d'attirer l'attention des ANC sur les points d'application et d'interprétation du droit communautaire qui méritent un examen plus

⁵⁹ Voir par exemple les affaires COMP.F.1/35.918 *JCB*, 21/12/2000 (OJ L69/01; 12/03/02); COMP.F.1/36.516 *Nathan-Bricolux*, 05/07/2000 (OJ L54/01; 23/02/2001); COMP/37.975 *PO/YAMAHA*; COMP/ 37980 *Souris-Topps*, disponibles sur le site de la DG Concurrence.

⁶⁰ COMP/F-2/36.693 *Volkswagen*, 26/06/2001 (OJ L262/14, 02/10/2001)

⁶¹ TPICE, 03/12/2003, *Volkswagen AG c. Commission*, affaire T-208/01 confirmée par CJCE, 13/07/2006, *Commission c. Volkswagen AG*, affaire C-74/04 P disponibles sur le site de la CJCE

⁶² TPICE, 13/01/2004, *JCB Service c. Commission*, affaire T-67/01 disponible sur le site de la CJCE

⁶³ COMP/36.533 *Yves Saint Laurent*, 17/05/2001; IP/01/713

⁶⁴ IV/C-3/37.709 *B&W Loudspeakers Ltd*, 24/06/2002 (press release); IP/00/1418

⁶⁵ On peut citer par exemple les décisions du Conseil de la concurrence, relatives à la distribution en ligne qui reprennent les solutions retenues précédemment au niveau communautaire (décisions 06-D-24, 24/07/2006, *Festina France* ; n° 06-D-28, *Home cinema*, 05/10/2006 ; n° 07-D-07, 08/03/2007, *Produits cosmétiques*) disponibles sur le site du Conseil.

⁶⁶ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO L 1 du 4.1.2003, p. 1–25

⁶⁷ Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, JO n° C 101, 27/04/2004, p. 0043 - 0053

approfondi. Le succès du dialogue constant entre les ANC et la Commission explique pourquoi le "dessaisissement" des ANC de leur compétence d'appliquer le droit communautaire n'a jamais eu lieu en pratique⁶⁸.

La mise en œuvre des règles sur les restrictions verticales a elle aussi subi l'impact de la "modernisation". Plusieurs tendances se dessinent depuis 2004. On peut d'abord signaler que la plupart des affaires sont traitées par les ANC et non par la Commission. Cependant, cette tendance n'empêche pas la Commission de traiter, si une possibilité se présente, les affaires pour lesquelles elle est particulièrement bien placée selon les principes d'attribution des tâches au sein du Réseau européen de la concurrence, prévus dans la Communication sur le REC, à savoir quand les pratiques en cause ont des effets dans plus de trois États membres ou dans les cas où se posent des questions graves d'interprétation du droit communautaire⁶⁹.

A notre connaissance, la Commission a reçu à ce jour, depuis 2004, quelque 35 décisions au titre de l'article 11(4) du règlement dans lesquelles les ANC ont appliqué les règles sur les restrictions verticales. Comme il s'agit des décisions qui ont été reportées dans la base de données du réseau comme traitant principalement des restrictions verticales, ce chiffre est susceptible d'être revu à la hausse si l'on prend en compte toutes les décisions qui comportent au moins un aspect lié aux restrictions verticales. Il faut dire que l'information de la Commission a très souvent donné lieu à un dialogue fructueux avec les ANC concernées, qui ont le plus souvent tenu compte des observations formulées à cette occasion⁷⁰, ce qui a contribué à plus de cohérence dans l'application des règles sur les restrictions verticales au sein du réseau.

II. L'élaboration de la nouvelle politique communautaire de la concurrence sur les accords verticaux

Le règlement d'exemption expire le 31 mai 2010. A ce stade encore préliminaire de la procédure de révision, il n'est pas possible de dire ce que seraient les différents axes choisis pour modifier la législation actuelle. Selon les prévisions de la Commission, les orientations envisagées seront publiées à l'été 2009 et feront l'objet d'une consultation publique⁷¹. Par conséquent, on ne peut se permettre ici que de donner quelques réflexions générales sur l'avenir du règlement d'exemption (A) et de rendre compte de la consultation publique sur la distribution en ligne effectuée par la Commission en septembre 2008 (B).

A. Quelques réflexions générales sur l'avenir du règlement d'exemption

1. Faut-il renoncer au règlement d'exemption ?

Le règlement actuel est le premier règlement d'exemption par catégorie de la "nouvelle approche". Il est entré en vigueur avant la "modernisation" mise en œuvre par le règlement 1/2003, qui avait remplacé le système des notifications par un système dit "d'exception légale". Comme le rôle principal des règlements d'exemption par catégorie était à l'origine de désengorger les services de la Commission, on peut se demander dans quelle mesure un règlement d'exemption a encore sa place dans un système d'exception légale⁷². Ne serait-il pas plus approprié de ne garder que des lignes directrices et d'abolir tout simplement le règlement actuel ?

Bien que le principal avantage du règlement d'exemption par catégorie ne soit plus d'actualité après l'entrée en vigueur du règlement 1/2003, il n'en reste pas moins que cet instrument normatif particulier continue de jouer un rôle important. Il faut rappeler que les règlements communautaires, et notamment le règlement d'exemption par catégorie, sont des actes normatifs de portée générale, obligatoires dans tous leurs éléments et directement applicables dans tous les États membres. Contrairement aux lignes directrices, le règlement d'exemption ne s'impose pas seulement aux services de la Commission, mais aussi aux ANC et aux juridictions nationales et communautaires. Par conséquent, le règlement d'exemption assure un certain degré d'uniformité dans l'application des règles communautaires, tant au niveau communautaire qu'au niveau national, ce qui est d'autant

⁶⁸ Pour une étude approfondie sur la coopération au sein du réseau, voir Kris Dekeyser, Maria Jaspers, "A New Era of ECN Cooperation, Achievements and Challenges with Special Focus on Work in the Leniency Field", *World Competition* 30(1), 2007, pp. 3-24

⁶⁹ Paragraphes 14 et 15 de la Communication sur le REC

⁷⁰ L'examen des décisions reçues au titre de l'article 11(4) est effectué, au sein de la Commission, par l'unité de la DG Concurrence qui gère les activités du Réseau européen de la concurrence ; ladite unité est assistée, si nécessaire, par les unités sectorielles et l'unité chargée de la politique et la stratégie de concurrence.

⁷¹ La date indiquée n'est qu'une prévision et ne lie aucunement la Commission européenne.

⁷² V. en ce sens, L. Vogel, "Les règlements d'exemption nouvelle génération", *Atelier de la concurrence*, 7 avril 2004, disponible sur le site Internet de la DGCCRF

plus important à l'époque actuelle où les ANC et les juridictions nationales sont investies du pouvoir d'appliquer intégralement l'article 81 CE. En plus, avec l'institution d'une "zone de sécurité", le règlement d'exemption renforce la sécurité juridique des entreprises dont la part de marché est inférieure à 30%, tout en préservant l'intérêt public, avec la possibilité de retrait non rétroactif par la Commission ou les ANC du bénéfice de l'exemption, prévue pour les cas où l'exemption ne serait plus justifiée au regard de l'article 81(3) CE.

2. Les parts de marché, principal critère de l'exemption

A l'époque de l'adoption du règlement actuel, plusieurs commentateurs et parties intéressées se sont opposés à l'introduction des parts de marchés comme principal critère de l'exemption par catégorie. Il était avancé que le critère choisi par la Commission compliquerait l'application du règlement d'exemption parce qu'il serait une source d'insécurité juridique inacceptable pour les entreprises. L'expérience de la Commission et des ANC montre que cette opposition initiale était infondée. En effet, l'introduction du seuil de parts de marché s'est révélée utile à la mise en place une approche plus économique des restrictions verticales, tout en maintenant un règlement d'exemption comme instrument porteur de sécurité juridique.

Si l'utilisation d'un seuil de parts de marché n'est plus contestée aujourd'hui, son application pourrait toutefois être améliorée. Il faut noter que, dans le régime actuel, l'exemption s'applique si les seules parts de marché détenues par le fournisseur ne dépassent pas 30 % du marché pertinent sur lequel il vend ses produits, alors que la part de marché de l'acheteur n'est prise en considération que pour les accords de fourniture exclusive (définis dans le règlement comme l'obligation imposée au fournisseur de vendre à un seul acheteur à l'intérieur de la Communauté⁷³). Cela fait que, pour un certain nombre d'accords verticaux, le règlement confère le bénéfice de l'exemption par catégorie aux accords passés par des acheteurs très puissants dont la part de marché est bien supérieure à 30 %, dès lors que la part de marché des fournisseurs est inférieure à 30 % et que ces derniers ont plus d'un seul acheteur pour leurs produits à l'intérieur de la Communauté. En effet, pour une meilleure prise en compte de la puissance d'achat des entreprises, une amélioration par rapport au régime actuel serait de faire dépendre le bénéfice de l'exemption des parts de marché détenues par les deux parties à l'accord, c'est-à-dire du fournisseur, mais aussi de l'acheteur. C'est d'ailleurs la solution retenue par la Commission dans d'autres instruments législatifs qui ont suivi le règlement actuel, comme par exemple la Communication sur les accords d'importance mineure ou le règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie⁷⁴.

3. Quel avenir pour les restrictions caractérisées ?

Alors qu'à l'origine le principal débat concernait l'introduction d'un seuil de parts de marché comme principal critère d'exemption, il est devenu clair depuis le début de la révision du règlement actuel, que les principales discussions vont porter sur les restrictions caractérisées ("*hardcore restrictions*").

Une attention particulière sera portée à la pratique des prix minimum imposés qui a fait récemment l'objet d'une évolution aux Etats-Unis. La Cour Suprême de ce pays a mis fin à une jurisprudence centenaire d'interdiction *per se* de cette pratique⁷⁵. Ce revirement doit toutefois être relativisé dans le contexte communautaire. Le droit communautaire ne favorise pas une approche d'interdiction *per se*. Contrairement au droit américain, qui postule l'irrecevabilité de tout élément de preuve en faveur d'une pratique interdite *per se* dès lors que la réalité de celle-ci est établie par l'autorité de concurrence, le droit communautaire oblige cette autorité à prendre en compte, même pour les restrictions caractérisées, les efficacités qui en résultent⁷⁶. Le principe est que les entreprises

⁷³ La solution retenue par la Commission s'explique par une importante opposition à l'époque à l'introduction du seuil de parts de marché comme principal critère de l'exemption.

⁷⁴ Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne, JO C 368 du 22.12.2001, p. 13–15, paragraphe 7(b) et Règlement (CE) n° 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, JO L 123 du 27.4.2004, p. 11–17, article 3(2).

⁷⁵ Cour Suprême des Etats-Unis, *Leegin Creative Leather Products, Inc c. PSKS*, S. Ct. 2705 (2007)

⁷⁶ Les lignes directrices donnent même un exemple d'efficacité qui aboutit *prima facie* à un bilan positif dans le paragraphe 119(10) qui stipule que:

"Dans le cas d'un nouveau produit ou lorsqu'un produit existant est vendu pour la première fois sur un marché géographique différent, il peut être difficile pour l'entreprise de définir ce marché, ou sa part de marché peut être substantielle. Cependant, cela ne doit pas être considéré comme un grave problème, étant donné que les restrictions verticales liées à l'ouverture de nouveaux marchés de produits ou de nouveaux marchés géographiques ne restreignent généralement pas la concurrence. Cette remarque vaut pour les deux années qui suivent la date de première mise sur le marché du produit, et quelle que soit la part de marché de l'entreprise. Sont concernées toutes les restrictions verticales autres que les restrictions caractérisées et, dans le cas d'un nouveau marché géographique, les restrictions imposées aux acheteurs directs du fournisseur situés dans d'autres marchés en ce qui concerne les ventes actives et passives de ces acheteurs directs"

sont libres de détruire la présomption d'effets négatifs qui pèse sur une restriction caractérisée telle que les prix minimum imposés. Pour ne donner qu'un exemple, il peut y avoir à notre avis une efficacité dans l'utilisation ponctuelle et limitée dans le temps de prix imposés si un distributeur particulier utilise la marque du fournisseur comme un "loss leader", c'est-à-dire si ce distributeur vend le produit de marque à un prix très inférieur à ses coûts dans le seul but d'attirer la clientèle vers son point de vente.

D'autre part, il faut relever que les arguments d'ordre économique en faveur des efficacités des prix minimum imposés ne font pas l'unanimité. Il est allégué que le prix minimum est un moyen parmi d'autres pour lutter contre le "parasitisme" entre les distributeurs ("free riding") ou pour satisfaire aux exigences du fournisseur en matière de promotion de la marque. Sans entrer dans le détail des arguments en présence, on notera d'emblée qu'on peut douter du fait que le distributeur soit réellement incité à utiliser les marges tirées d'un prix minimum pour promouvoir la marque du fournisseur, ce qui ne résout pas le problème du "parasitisme". D'autre part, il n'est pas clair que le distributeur va utiliser les marges ainsi obtenues dans le genre de promotion qui apporte de nouveaux clients à la marque. Bien au contraire, il existe un risque que ces marges soient plutôt utilisées pour capter la clientèle d'un autre distributeur de la même marque (par exemple en développant les services après vente), ce qui n'apporte pas de nouveaux clients à la marque et ne résout pas le problème du "parti pris" ("bias") du distributeur. Il semble que les systèmes de distribution exclusive ou sélective soient davantage propres à obtenir les efficacités alléguées en faveur de prix minimum imposés sans pour autant éliminer la concurrence sur les prix⁷⁷.

Les restrictions territoriales à la revente seront également réexaminées, notamment dans le contexte de la distribution en ligne. Un facteur important dans cette réflexion est la spécificité du droit communautaire de la concurrence. Le paragraphe 7 des lignes directrices stipule que :

"L'intégration des marchés nationaux constitue un objectif supplémentaire de la politique communautaire de concurrence. En effet, l'intégration des marchés renforce la concurrence dans la Communauté. Il ne faut pas laisser les entreprises recréer des obstacles de nature privée entre les États membres, là où les obstacles publics ont pu être éliminés."

Cette spécificité a été largement confirmée par la jurisprudence communautaire bien établie⁷⁸. De plus, un revirement de la CJCE est peu probable à l'heure actuelle. Dans une affaire récente *Lelos*, la CJCE a considéré, dans le paragraphe 65 de son arrêt, que :

*"Dans le cadre de l'application de l'article 85 du traité CEE (devenu article 85 du traité CE, lui-même devenu article 81 CE), la Cour a jugé qu'un accord entre producteur et distributeur qui tendrait à reconstituer les cloisonnements nationaux dans le commerce entre États membres pourrait être de nature à contrarier l'objectif du traité visant à réaliser l'intégration des marchés nationaux par l'établissement d'un marché unique. À plusieurs reprises, la Cour a ainsi qualifié des accords visant à cloisonner les marchés nationaux selon les frontières nationales ou rendant plus difficile l'interpénétration des marchés nationaux, notamment ceux visant à interdire ou à restreindre les exportations parallèles, d'accords ayant pour objet de restreindre la concurrence au sens dudit article du traité"*⁷⁹

B. Le débat actuel sur la distribution en ligne

1. les règles de la concurrence relative à la distribution en ligne

La Commission a reconnu les avantages de la distribution en ligne dès l'adoption des lignes directrices en 2000. L'internet crée plus de transparence qui permet aux consommateurs de repérer plus vite et à des coûts réduits les offres les plus attractives. Les ventes en ligne constituent un formidable moyen de pression sur les distributeurs

à des intermédiaires présents sur ce nouveau marché. Lorsqu'un nouveau produit fait l'objet d'essais commerciaux sur un territoire limité ou auprès d'une clientèle limitée, les distributeurs désignés pour vendre le nouveau produit sur le marché test peuvent être soumis à une restriction de leurs ventes actives en dehors du marché test pendant un délai maximal d'un an, sans que cela constitue une restriction contraire à l'article 81, paragraphe 1".

⁷⁷ Pour une étude plus approfondie sur les efficacités des prix minimum imposés voir Luc Peepkorn, "Resale Price Maintenance and Its Alleged Efficiencies", *European Competition Journal*, Juin 2008, p. 201-212

⁷⁸ Affaires jointes 56/64 et 58/64, 13/07/1966, *Consten et Grundig c. Commission*, Rec.1966, p.429

⁷⁹ Affaires jointes C-468/06 à C-478/06, 16/09/2008, *Sot. Lélos kai Sia EE et autres c. GlaxoSmithKline*, disponibles sur le site internet de la CJCE

qui pratiquent des prix élevés, ce qui contribue à plus d'intégration des marchés, notamment des marchés nationaux.

Ceci explique pourquoi la Commission a posé comme principe dans le paragraphe 51 des lignes directrices que *"chaque distributeur doit être libre de recourir à internet pour faire de la publicité ou pour vendre ses produits"*. La Commission considère le recours à internet comme une forme de vente passive. Par conséquent, constitue une restriction caractérisée toute interdiction imposée par un fournisseur à son distributeur exclusif de vendre en ligne s'il est sollicité par un client, à moins que le site ne soit pas clairement conçu de manière à atteindre en premier lieu des clients se trouvant à l'intérieur d'un territoire exclusif.

S'agissant de la distribution sélective⁸⁰, les lignes directrices permettent au fournisseur d'imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site internet pour la vente des produits contractuels comme il le ferait pour un magasin, ce qui peut aboutir, par exemple, à l'interdiction de vendre ses produits sur les plateformes électroniques comme eBay. De façon plus générale, le fournisseur peut exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un point de vente physique, excluant ainsi de son réseau les distributeurs qui vendent exclusivement en ligne (*"internet pure players"*)⁸¹. Cette exigence bénéficie de l'exemption par catégorie si les parts de marché du fournisseur sont inférieures à 30%. Cependant, l'interdiction générale de vendre sur Internet n'est admissible que si elle est objectivement justifiée par des raisons liées à la sécurité des produits ou à la santé des consommateurs. Par conséquent, l'interdiction générale d'utiliser Internet ou toute pratique qui revient à l'empêcher (quand par exemple les critères imposés à la vente en ligne sont plus sévères que ceux imposés à la vente physique) constituent une restriction caractérisée.

2. La table-ronde et la consultation publique sur l'avenir de la distribution en ligne

La question de l'avenir de la distribution en ligne en Europe a été au centre des discussions de la table-ronde sur le commerce électronique organisée par la Commissaire à la Concurrence, Neelie Kroes, le 17 septembre 2008 à Bruxelles, au siège de la Commission européenne. Cette table-ronde a regroupé des représentants de l'industrie⁸² et des consommateurs⁸³, autour d'un document de travail soumis ensuite à une consultation publique. Toutes les contributions reçues à ce titre ont été publiées sur le site de la DG Concurrence. L'objectif de la Commission était de discuter avec les entreprises et les consommateurs des possibilités de développement de la distribution en ligne, tant des produits en format numérique (musique) que des produits de consommation. On ne traitera ici que très rapidement de la distribution des produits de consommation autres que la musique.

La consultation publique montre qu'il existe un consensus sur l'idée qu'Internet offre des opportunités commerciales remarquables pour les entreprises, y compris pour celles de l'industrie du luxe et de l'automobile, et pour les consommateurs. L'internet est généralement perçu comme un moyen de distribution complémentaire à la distribution physique.

Les points de dissension concernent les pratiques des entreprises qui visent à limiter la distribution en ligne. eBay, entreprise qui exploite une plateforme électronique du même nom, et Which?, association des consommateurs, considèrent que les entreprises de l'industrie du luxe, et de façon plus générale les fournisseurs de produits de marque, notamment de l'électroménager, excluent de façon injustifiée de leur réseau de distribution sélective les *"internet pure players"* qui vendent leurs produits moins cher par rapport aux distributeurs agréés. De plus, eBay relève un certain nombre de pratiques mises en œuvre par les fournisseurs, notamment de l'industrie du luxe, qui, à son avis, restreignent les possibilités de leurs distributeurs agréés de recourir à la vente en ligne. Il s'agit des pratiques visant à limiter l'approvisionnement des distributeurs qui vendent en ligne, à interdire aux distributeurs de vendre sur les plateformes électroniques comme eBay et à imposer des critères qui rendent les ventes en lignes excessivement difficiles (notamment l'obligation d'avoir un site exclusivement dédié aux produits du fabricant, de vendre en ligne à un certain prix, ou d'avoir un point de vente physique comme condition préalable à la vente en ligne).

⁸⁰ Selon l'article 1(d) du règlement d'exemption, *"un "système de distribution sélective" est un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés"*

⁸¹ COMP/36.533 Yves Saint Laurent, 17/05/2001; IP/01/713; IV/C-3/37.709 B&W Loudspeakers Ltd, 24/06/2002; IP/00/1418

⁸² Ben Verwaayen, PDG d'Alcatel-Lucent, Bernard Arnault, PDG de LVMH, John Donahoe, PDG d'eBay, John Elkann, Vice-Président de Fiat, Roger Faxon, PDG d'EMI, Sir Mick Jagger, membre du groupe musical Rolling Stones, Steve Jobs, PDG d'Apple, Bernard Miyet, Président de la SACEM.

⁸³ Which? qui est une association de consommateurs du Royaume Uni

Les autres entreprises ne partagent pas forcément le point de vue d'eBay. LVMH, fabricant de produits de luxe, ne s'oppose pas par principe au commerce en ligne, mais il entend le limiter exclusivement à ses distributeurs agréés qui possèdent un point de vente physique et qui doivent investir dans l'image de marque et la promotion de ses produits. Selon LVMH, l'exclusion des "*internet pure players*" de son réseau de distribution s'explique par la volonté de prévenir le "parasitisme" ("*free riding*") de ceux-ci qui, en raison de leurs coûts beaucoup plus bas, profiteraient des efforts de vente réalisés par les distributeurs agréés. LVMH a aussi relevé que la distribution en ligne doit être compatible avec la distribution physique. Les critères de la vente en ligne, qui impliquent notamment l'exclusion d'eBay comme moyen de distribution, correspondent de façon générale aux critères exigés aux points de vente physique et visent à préserver et promouvoir l'image de marque de ses produits. Il a été relevé que la distribution sélective contribue à satisfaire aux attentes des consommateurs et à augmenter la demande de produits de luxe.

3. Quelles options pour l'avenir?

Une lecture rapide des contributions reçues montre qu'il existe *grosso modo* trois propositions. La première en date est celle d'eBay qui consiste à ajouter une nouvelle restriction caractérisée à l'article 4 du règlement d'exemption. Selon eBay, toute restriction à la capacité des distributeurs d'utiliser l'internet doit être considérée comme une "clause noire". Le problème majeur de cette proposition est qu'elle est susceptible d'aboutir à exclure le bénéfice de l'exemption à la distribution sélective sur l'internet, car les exigences liées à ce système de distribution, comme par exemple l'exclusion des ventes à partir des plateformes électroniques comme eBay, peuvent être très facilement vues comme "des restrictions à la capacité du distributeur d'utiliser l'internet". En plus, la notion de restriction caractérisée implique une présomption d'effets négatifs, ce qui est un peu excessif par rapport au règlement actuel qui confère le bénéfice de l'exemption par catégorie à la distribution sélective.

La deuxième proposition est celle de LVMH qui propose une appréciation au cas par cas ("*rule of reason*") des restrictions dans la distribution en ligne. LVMH est d'avis que les restrictions inhérentes à la distribution sélective, y compris sur l'internet, s'expliquent par des efficiences comme la prévention du parasitisme entre les distributeurs ("*free riding*") et des externalités qui résultent de l'hétérogénéité des consommateurs. Par l'imposition d'un certain nombre de critères à la vente de produits, la distribution sélective résout le problème du "parti pris" ("*bias*") du distributeur, dont l'intérêt n'est pas seulement d'étendre sa clientèle au profit de la marque en général, mais aussi au détriment d'autres distributeurs de la même marque, ce qui n'est pas forcément dans l'intérêt du fournisseur. LVMH considère aussi que les ventes en ligne ne sont plus des ventes passives en raison principalement de la diminution considérable des coûts de recherche ("*search costs*"). L'inconvénient de cette proposition est qu'elle ne tient pas compte de la spécificité du droit communautaire de la concurrence dont l'objectif supplémentaire est d'empêcher "*les entreprises de recréer des obstacles de nature privée entre les États membres, là où les obstacles publics ont pu être éliminés*". Si par exemple la vente en ligne est considérée comme une vente active, il existera une possibilité de "protection territoriale absolue" sur l'internet, car les restrictions sur les ventes actives bénéficient de l'exemption par catégorie. De façon générale, il faut dire que toute proposition qui vise à abandonner les restrictions caractérisées dans ce domaine doit être intégrée dans un débat plus large sur la place de l'intégration des marchés dans la politique communautaire de la concurrence.

Une troisième option, soutenue par un certain nombre de parties intéressées, est celle qui consiste à maintenir les lignes de la politique actuelle tout en expliquant mieux les circonstances dans lesquelles une vente en ligne ne sera plus considérée comme une vente passive, notamment à la lumière des développements technologiques relatifs à la publicité en ligne, l'utilisation des métadonnées ("*metatags*"), etc. S'agissant notamment de la distribution sélective, il est considéré comme absolument essentiel pour un certain nombre d'industries, notamment l'industrie du luxe, de maintenir l'exemption par catégorie de ce type de distribution. Une amélioration du texte actuel serait cependant de mieux expliquer que toute application discriminatoire des critères qualitatifs relatifs à l'utilisation de l'internet qui vise à empêcher les distributeurs agréés de vendre en ligne est susceptible d'être qualifiée de restriction caractérisée.

Ces quelques éléments semblent montrer que la Commission se soucie toujours des restrictions verticales, et que son rôle en la matière ne doit pas être sous-estimé.

OBREAL

Observatorio de las Relaciones Unión Europea - América Latina

NEWSLETTER QUINCENAL

<http://www.obreal.unibo.it/NewsletterData.aspx?Actual=Last>

OBREAL/EULARO es una red integrada por más de veinte instituciones académicas y centros de investigación de la Unión Europea y América Latina que cuenta con el apoyo financiero de la Comisión Europea y se propone como objetivo principal identificar y desarrollar todas las posibilidades de asociación entre ambas regiones a fin de lograr una mejor comprensión de la problemática regional y sectorial que condiciona la configuración de las políticas.

OBREAL/EULARO pretende servir de plataforma de promoción de las actividades de difusión e investigación llevadas a cabo en ambas regiones sobre ciertos temas y está orientada a la formulación de políticas públicas dirigidas tanto a la comunidad de investigación, como a actores políticos, económicos y sociales. La investigación está organizada en cinco grupos temáticos principales:

1. Relaciones comerciales y financieras e Integración regional
2. Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho
3. Cooperación social y para el Desarrollo
4. Gobernabilidad global y regional
5. Sociedad civil y Construcción institucional.

Suscripción: <http://www.obreal.unibo.it/Subscription.aspx>

Direito Internacional da Concorrência – Entre Perspectivas Unilaterais, Multilaterais, Bilaterais e Regionais

Autor: Dr. Augusto Jaeger Junior, 432 pgs.

Volume:

- Aplicação extraterritorial de direitos nacionais da concorrência;
- Reações e bloqueios internacionais à teoria dos efeitos;
- Direito Internacional da Concorrência;
- Carta de Havana, de 1948;
- Código de Práticas Restritivas ao Comércio - Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices (UN-RBP-Code), de 1980;
- Proposta de Código Internacional Antitrust - Código de Munique, de 1993;
- Rede Internacional de Concorrência - International Network Competition;
- Direito da Concorrência nos Estados Unidos da América;
- Direito da Concorrência no Brasil;
- Acordos bilaterais de cooperação em matéria de concorrência;
- Direito da Concorrência na Organização Mundial do Comércio;
- Direito da Concorrência na União Européia;
- Direito da Concorrência no Mercosul;
- Execuções privadas para a reparação de perdas por práticas anticoncorrençiais;
- Aplicação de direito da concorrência estrangeiro por tribunais nacionais.

Juruá Editora < <http://www.jurua.com.br> > .

ISBN: 978853622149-6

LISTA DE ARTÍCULOS PUBLICADOS DESDE MAYO 1997

1 - ARGENTINA:

NOTICIAS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Por: **Horacio Salerno** (Boletín n° 1, p. 3)

BREVE ANALISIS ECONOMICO DE LA LEY ARGENTINA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Por: **German Coloma** (Boletín n° 2, p. 3)

REGULACIÓN ANTIDUMPING: UN ANÁLISIS DEL CASO ARGENTINO EN LOS AÑOS NOVENTA

Por: **Ricardo Delgado** (Boletín n° 3, p.3)

COMERCIO ELECTRÓNICO Y MERCOSUR

Por: **Pablo Palazzi y Julián Peña** (Boletín n° 4, p. 4)

EL CASO AMFIN (AMBITO FINANCIERO) VS. ARGEA (CLARIN) DISCREPANCIAS EN LA INSTANCIA ADMINISTRATIVA Y EN LA JUDICIAL

Por: **Jorge Bogo** (Boletín n° 7, p. 3)

UNA PROPUESTA OMC-plus PARA EL TRATAMIENTO DEL DUMPING Y DE LOS SUBSIDIOS EN EL MERCOSUR

Por: **Ricardo Delgado** (Boletín n° 7, p. 6)

COMPETITION LAW AND DEVELOPMENT POLICIES

Por: **Carlos Correa** (Boletín n° 8, p. 3)

IMPACTO DE LAS POLÍTICAS SOBRE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LOS MERCADOS INTEGRADOS

Por: **Norma A. Pascar y Guillermina Tajan** (Boletín n° 8, p. 20)

THE INSTITUTE OF ECONOMICS AT UNIVERSIDAD ARGENTINA DE LA EMPRESA

Por: **Nora Patricia Balzarotti** (Boletín n° 8, p. 128)

ANTE LA CRISIS BRASILEÑA: ¿QUÉ PAPEL PODRÍA HABER JUGADO EL "PROTOCOLO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL MERCOSUR?"

Por: **Carlos Alberto Gonzalez** (Boletín n° 9, p. 3)

REFORMAS A LA LEGISLACIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ARGENTINA

Por: **María Viviana G. de Quevedo** (Boletín n° 9, p. 8)

NUEVA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ARGENTINA N°25156/99. ACTUALIDAD EN LA UNION EUROPEA. PROTOCOLO N° 18 EN EL MERCOSUR.

Por: **Norma A. Pascar** (Boletín n° 9, p. 18)

POLITICA DE COMPETENCIA INTERNACIONAL: COOPERACION, ARMONIZACIÓN Y EXPERIENCIA

Por: **Nora Balzarotti** (Boletín n° 10, p. 3)

LA PRIVATIZACIÓN DE UN CAMPEÓN NACIONAL. EL CASO DE YPF EN ARGENTINA

Por: **Jorge Bogo** (Boletín n° 10, p. 23)

"EL ABUSO DE POSICION DOMINANTE Y EL CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ECONOMICAS EN LA NUEVA LEY ARGENTINA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA"

Por: **Guillermina Tajan** (Boletín n° 10, p. 43)

LAS PRUEBAS DE LA DESAFIABILIDAD DE UN MERCADO

Por: **Jorge Bogo** (Boletín n° 11, p. 3)

ABUSO EXPLOTATIVO DE POSICION DOMINANTE. EL CASO YPF EN ARGENTINA

Por: **Marcelo R. D'Amore** (Boletín n° 11, p. 7)

UNA POLÍTICA DE COMPETENCIA ECONÓMICA EN EL MERCOSUR

Por: **Félix Peña** (Boletín n° 12, p. 3)

LA FUSION CARREFOUR-NORTE: UN ANALISIS CRITICO DEL DICTAMEN DE LA COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Por: **Jorge Bogo** (Boletín n° 12, p. 28)

MODIFICACIONES A LA LEGISLACIÓN SOBRE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Por: **Norma Pascar** (Boletín n° 12, p. 35)

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONOMICAS A PARTIR DE LA REGLAMENTACION DE LA LEY N° 25.156

Por: **Julián Peña** (Boletín n° 12, p. 38)

ACUERDO INTERNACIONAL EN LA INDUSTRIA DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL: SU TRATAMIENTO POR LA COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Por: **Hugo Alejandro Asplindh y Marina Bidart** (Boletín n° 13, p. 3)

LA INSERCIÓN DE LA AGENCIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA AGENDA POLÍTICA. UN DESAFÍO IMPOSTERGABLE.

Por: **Mauricio Butera** (Boletín n° 13, p. 9)

COMENTARIOS ACERCA DE LA EFECTIVA APLICACIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ARGENTINA

Por: **Guillermina Tajan** (Boletín n° 13, p. 15)

JOINT VENTURE y EL CONTROL PREVIO DE FUSIONES & ADQUISICIONES EN EL DERECHO ARGENTINO

Por: **Pablo A. Biaggini y Hugo A. Asplindh** (Boletín n° 14, p. 3)

ALGUNAS CUESTIONES CLAVES EN EL ANALISIS DE LAS FUSIONES Y ADQUISICIONES DE EMPRESAS BAJO LA LEY 25.156

Por: **Jorge Bogo** (Boletín n° 14, p. 8)

EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE EN LA LEY ARGENTINA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Por: **Gabriel Alejandro Martínez Medrano** (Boletín n° 14, p. 20)

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONOMICAS ENTRE EMPRESAS QUE EXPORTAN A LA ARGENTINA

Por: **Viviana G. de Quevedo y Julián Peña** (Boletín n° 14, p. 37)

LOS DERECHOS PROTECTORIOS DEL ACCIONISTA MINORITARIO EN LA TEORIA DEL CONTROL DEL CAPITULO III DE LA LEY 25.156.

Por: **Pablo Alejandro Biaggini y Jorge Luis Bollatti** (Boletín n° 15, p. 3)

PODER DE MERCADO Y ANÁLISIS ANTITRUST: CON ESPECIAL REFERENCIA A LA LEY ARGENTINA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (LEY 25.156)

Por: **Marcelo D'Amore** (CNDC) (Boletín n° 15, p. 7)

COMERCIO ELECTRONICO Y ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

Por: **Julián Peña y Alicia Bo** (Boletín n° 15, p. 29)

LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LAS PYMES

Por: **Jorge Bogo** (Boletín n° 16, p. 3)

EL ABUSO EXPLOTATIVO Y LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN ARGENTINA

Por: **Lucas Grosman y Tomás Serebrisky** (Boletín n° 16, p. 15)

LA DEFINICIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA DENTRO DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ARGENTINA (LEY 25.156).-

Por: **Marcelo Quaglia** (Boletín n° 16, p. 24)

COMENTARIOS SOBRE LA COMPETENCIA DESLEAL EN ARGENTINA

Por: **Guillermina Tajan** (Boletín n° 16, p. 40)

LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA ARGENTINA

Por: **Julián Peña** (Boletín n° 17, p. 3)

THE APPLICATION OF ICN'S RECOMMENDED PRACTICES FOR MERGER NOTIFICATION PROCEDURES IN ARGENTINA: WHAT SHOULD BE CHANGED TO ACHIEVE FULL CONSISTENCY?

Por: **Marcelo A. den Toom** (Boletín n° 18, p. 3)

LA CONFIDENCIALIDAD EN EL REGIMEN DE CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONOMICAS

Por: **Julian Peña** (Boletín n° 18, p. 11)

FIJACION VERTICAL DE PRECIOS EN EL FUTBOL CODIFICADO: EL CASO TRISA-TSCSA

Por: **Marcelo R. D'Amore** (Boletín n° 19, p.3)

THE ROLE OF ADVOCACY IN COMPETITION POLICY: THE CASE OF THE ARGENTINE GASOLINE MARKET

By: **Tomás Serebrisky** (Boletín n° 19, p. 32)

LA PUBLICIDAD COMPARATIVA EN EL REGIMEN LEGAL ARGENTINO

Por **Guillermina Tajan** (Boletín n° 19, p. 47)

MERCOSUR: LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LOS CONSUMIDORES Y LAS EMPRESAS EN EL MARCO DE LA COMPETENCIA.

Por: **Andrea Fabiana MacDonald** (Boletín n° 20, p.3)

DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LOS MERCADOS ENERGETICOS.

EL ENFOQUE INTEGRAL DE LA AUTORIDAD ARGENTINA DE LA COMPETENCIA

Por: **Diego Petrecolla - Marina Bidart** (Boletín n° 21, p.3)

REFORMA DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

REFORMA DEL DECRETO REGLAMENTARIO?

Por: **Mauricio Butera** (Boletín n° 21, p.23)

LA POSICIÓN DOMINANTE EN EL MERCADO Y LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Por Marcelo Quaglia (Boletín n° 22, p.3)

LA LEY APLICABLE A LAS ACCIONES DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADAS DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS – GREEN PAPER Y SITUACION EN ESPAÑA.

Por Luis Barry (Boletín n° 22, p.11)

MODIFICACIONES A LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Por: **Andrea Fabiana Mac Donald** (Boletín n°24, p.10)

ANÁLISIS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN ARGENTINA

Por: **Mauricio Ochoa Urioste** (Boletín n°24, p.12)

EL CONTROL JUDICIAL DE LAS CONCENTRACIONES ECONOMICAS

Por: **Guillermina Tajan** (Boletín n°25, p.9)

1 bis – ALBANIA:

COMPETITION LAW AND POLICY: PERSPECTIVES OF APPROXIMATION TO EU COMPETITION LAW

Por: **Teuta Disani** (Boletín nº24, p.4)

REVIEW OF ANTITRUST: APPLICATION AUTHORITY

By: **Jetlir Meçi** (Boletín nº25, p.4)

2 - BRASIL:

A ATUAL ATUAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE NO BRASIL

Por: **Walter Douglas Stuber y Lionel Pimentel Nobre** (Boletín nº 2, p. 9)

COMPETITION POLICY IN BRAZIL AND MERCOSUR: ASPECTS OF THE RECENT EXPERIENCE

Por: **Gesner Oliveira** (Boletín Nº 3, p. 20)

AS AGÊNCIAS EXECUTIVAS E O CONTROLE DA CONCORRÊNCIA

Por: **Walter Douglas Stuber e Flávio Augusto Dadalto Armani** (Boletín nº 3, p. 41)

BREVES NOTAS SOBRE A POSIÇÃO DOMINANTE E SEU ABUSO

Por: **Paula A. Forgioni** (Boletín nº 3, p. 48)

RESTRIÇÃO À CONCORRÊNCIA, AUTORIZAÇÃO LEGAL E SEUS LIMITES. LEI Nº 8.884, DE 1994 E LEI Nº 6.729, 1.979 (“LEI FERRARI”)

Por: **Paula Forgioni e Eros Roberto Grau** (Boletín nº 5, p. 3)

FIXAÇÃO DE PREÇOS DE REVENDA

Por: **Alexandre Gheventer** (Boletín nº 5, p. 15)

DA CONCORRÊNCIA DESLEAL : O DUMPING E GLOBALIZAÇÃO

Por: **Eliane Maria Octaviano Martins y Lauro Mens de Mello** (Boletín nº 5, p. 29)

O CADE, AS FUSÕES E AS MUDANÇAS DA SUPER 5

Por: **Gesner Oliveira** (Boletín nº 5, p. 39)

DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA NO BRASIL: TENDÊNCIAS RECENTES E DESAFIOS À FRENTE

Por: **Gesner Oliveira** (Boletín nº 6, p. 3)

DOING BUSINESS IN BRAZIL WITH THE NEW COMPETITION LAW FRAMEWORK

Por: **Lucia Helena Salgado** (Boletín nº 6, p. 10)

A AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES E A DEFESA DA ORDEM ECONÔMICA

Por: **Walter D. Stuber, Noemia Mayumi Fukugauti e Flávio A. D. Armani** (Boletín nº 6, p. 13)

TARIFA DE TRANSPORTES AÉREOS: UMA ABORDAGEM JURÍDICA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO DOS CONTRATOS DE PERMISSÃO

Por: **Antonio Fonseca** (Boletín nº 6, p. 19)

“JOINT VENTURES” E DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Por: **Alfredo Lupatelli Jr e Eliane Maria Octaviano Martins** (Boletín nº 6, p. 29)

GUIA PARA ANÁLISE ECONÔMICA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Por: **Paulo Corrêa e Márcia Prates** (Boletín nº 7, p. 29)

DIREITO COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA. PERSPECTIVAS PARA O MERCOSUL

Por: **Maria Cecília de Andrade Santos** (Boletín nº 7, p. 47)

A ATUAÇÃO DO CADE NO BRASIL FRENTE AO PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO

Por: **José Gabriel Assis de Almeida** (Boletín nº 7, p. 75)

PAPEL DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E SISTEMA JUDICIAL

Por: **Antonio Fonseca** (Boletín nº 8, p. 37)

RECENT TRENDS AND PROSPECTS FOR BRAZILIAN ANTITRUST

Por: **Gesner Oliveira** (Boletín nº 9, p. 16)

O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E AS GARANTIAS INDIVIDUAIS

Por: **Gerardo Figueiredo Junior** (Boletín nº 9, p.24)

LAW AND POLICY TOWARDS VERTICAL RESTRAINTS OF TRADE: THE CASE OF BRAZIL

Por: **Leonardo Rocha e Silva** (Boletín nº 9, p.26)

PROPOSTAS RUMO À EFICÁCIA DA APLICAÇÃO DE LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA EM
RELAÇÃO ÀS OPERAÇÕES DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS NO BRASIL

Por: **Maria Cecilia Andrade Santos** (Boletín nº 9, p.42)

COMPETITION AND DEVELOPMENT IN THE NINETIES DREAMS, FRUSTRATIONS AND
CHALLENGES AHEAD

Por: **Lucia Helena Salgado** (Boletín nº 10, p. 53)

COMPETÊNCIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVS) PARA MONITORAR
EVOLUÇÃO DE PREÇOS FACE À ATUAL LEGISLAÇÃO CONCORRENCIAL BRASILEIRA

Por: **Gerardo Figueiredo Junior e Fabrizio Domingos Costa Ferreira** (Boletín nº 11, p. 17)

MERCOSUL E A LIBERDADE DE CONCORRÊNCIA

Por: **Augusto Jaeger Junior** (Boletín nº 11, p. 25)

ALTERAÇÕES RECENTES NA LEGISLAÇÃO DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Por: **Bolívar Moura Rocha e Márcia Prates Tavares** (Boletín nº 11, p. 32)

ASPECTS OF COMPETITION POLICY IN MERCOSUR

Por: **Gesner Oliveira** (Boletín nº 11, p. 37)

DEFESA DA CONCORRÊNCIA GLOBAL

Por: **Gesner Oliveira** (Boletín nº 11, p. 42)

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL E O PROTOCOLO DE FORTALEZA

Por: **Maria Cecília Andrade** (Boletín nº 12, p. 47)

IMPLICATIONS OF ENHANCED PRICE TRANSPARENCY FOR COMPETITION POLICY IN BRAZIL

Por: **Paulo Corrêa e Frederico Guanais** (Boletín nº 12, p. 52)

O PAPEL DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS NO MARCO REGULATÓRIO DAS
TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL

Por: **Ana Lucia Palhano Leal** (Boletín nº 12, p. 58)

MERGER REVIEW IN A DEVELOPING COUNTRY: A COMPARATIVE STUDY

Por: **Mariana Tavares de Araujo** (Boletín nº 12, p. 68)

ANTIDUMPING NO MERCOSUL: O QUARTO LAUDO ARBITRAL

Por: **Alf Baars e Rafael Tiago Juk Benke** (Boletín nº 13, p. 24)

PARA UMA QUINTA LIBERDADE ECONÔMICA FUNDAMENTAL

Por: **Augusto Jaeger Junior** (Boletín nº 13, p. 38)

COMPETIVIDADE EMPRESARIAL E MERCOSUL

Por: **Eliane Maria Octaviano Martins** (Boletín nº 13, p. 50)

DEFESA DA CONCORRÊNCIA: QUESTÕES CONTROVERTIDAS DA LEI Nº 10.149, DE 2000

Por: **Antonio Fonseca** (Boletín nº 13, p. 72)

IMPORTAÇÃO PARALELA DE MEDICAMENTOS

Por: **Antonio Fonseca** (Boletín nº 13, p. 78)

A POLÍTICA DA CONCORRÊNCIA E A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

Por: **Maria Cecília Andrade** (Boletín nº 14, p. 47)

AQUISIÇÃO DE ATIVO INDUSTRIAL SITUADO NO EXTERIOR - Exame dos efeitos à luz da Lei nº
8.884/94

Por: **Antonio Fonseca** (Boletín nº 15, p. 43)

MERGER CONTROL IN BRAZIL

By: **Mauro Grinberg** (Boletín nº 15, p. 48)

“O NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E A REORGANIZAÇÃO DE EMPRESAS”

Por: **Augusto Jaeger Junior** (Boletín nº 15, p. 50)

THE INTERACTION BETWEEN TRADE AND COMPETITION POLICIES: TOWARDS THE PROCESS OF TRADE LIBERALISATION AND GLOBAL COMPETITION RULES

Por: Danielle S. Borgholm (Boletín nº 16, p. 47)

A INTEGRAÇÃO DO MERCADO COMUM E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA: O EXEMPLO EUROPEU

Por: **Karla Christina Martins Borges** (Boletín nº 16, p. 66)

COMPETITION ADVOCACY IN BRAZIL – RECENT DEVELOPMENTS

Por: **Claudio Monteiro Considera e Mariana Tavares de Araújo** (Boletín nº 16, p. 72)

O DUMPING NO MUNDO GLOBALIZADO

Por: **Tiago Jundi Pinheiro e Paloma Pestana Ramos** (Boletín nº 16, p. 79)

COMPETITION LAW IN MERCOSUR: RECENT DEVELOPMENTS

Por: **Maria Cecília Andrade** (Boletín nº 17, p. 11)

INCUMBENTS, NEW ENTRANTS, UNBUNDLING AND COMPETITION: COMPARATIVE ANALYSIS OF THE BRAZILIAN CASE

Por: **Cynthia Souza de Menezes** (Boletín nº 17, p. 15)

A DIMENSÃO POLÍTICA DA REGULAÇÃO ANTITRUSTE

Por: **Alexandre Gheventer** (Boletín nº 18, p. 24)

THE STANDING OF THE COMPETITION ADMINISTRATIVE AUTHORITIES - THE JUDICIARY IN BRAZIL

Por: **Carlos Ragazzo** (Boletín nº 18, p. 37)

A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES PERANTE A LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O PROGRAMA DE PREVENÇÃO DE INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA – “ISO ANTITRUSTE”

Por: **Maria Cecília Andrade, Caroline S. Vieira e Ricardo F. Pastore** (Boletín nº 19, p. 57)

CONDITIONS IMPOSED BY THE CADE TO THE CLEARANCE OF MERGERS: A MISTAKEN PARADIGM

By: **José Inácio Gonzaga Franceschini** (Boletín nº 19, p. 61)

2004, UM ANO DE REFORMAS NA COMUNIDADE EUROPÉIA: A REFORMA DO REGULAMENTO N. 17/1962 PELO DE N. 1/2003

Por: **Augusto Jaeger Júnior** (Boletín nº 19, p. 69)

O CAPÍTULO SOBRE POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA DO ACORDO ALCA: PRIMEIRAS REFLEXÕES.

Por: **Frederico do Valle Magalhães Marques** (Boletín nº 19, p. 84)

AN ANALYSIS OF THE NEGOTIATIONS FOR AN INTER- REGIONAL ASSOCIATION AGREEMENT BETWEEN THE EUROPEAN UNION AND MERCOSUR

Por: **Patricia Pioner** (Boletín nº 19, p. 97)

CADE: TENTATIVAS DE ADEQUAÇÃO DO MARCO LEGAL CONCORRENCIAL BRASILEIRO

Por **Bruno De Luca Drago** (Boletín nº 20, p. 10)

O PROCESSO DE FLEXIBILIZAÇÃO E AS FUSÕES E ACORDOS DE COOPERAÇÃO NO MERCADO DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS

Por: **Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo** (Boletín nº 20, p. 16)

NEW TRENDS IN MERGER ANALYSIS IN BRAZIL AND ABROAD

Por: **Lucia Helena Salgado** (Boletín nº 20, p. 33)

LENIENCY POLICIES IN BRAZIL

By **Pedro de Abreu e Lima Florêncio** (Boletín nº 21, p.26)

LENIENCY IN SOUTH AMERICA: MAKING BRASILIANS BLOW THE WHISTLE

By: **Adriana Franco Giannini** (Boletín nº 21, p.34)

ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA E A REMOÇÃO DE REGULAÇÕES ANTICOMPETITIVAS
Por: **Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo** (Boletín n° 23 p. 4)

ACORDOS EM INVESTIGAÇÕES DE CARTEL INOVACOES BRASILEIRAS E A EXPERIENCIA INTERNACIONAL
Por: **Adriana Franco Gianini** (Boletín n° 23 p. 18)

DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL: ENTRAVES E SOLUÇÕES NORMATIVAS
Por: **Murilo Otávio Lubambo de Melo** (Boletín n° 23 p. 20)

ROMA E ASSUNÇÃO E O SUFRÁGIO À LIVRE CONCORRÊNCIA
Por: **Gisela Biacchi Emanuelli** (Boletín n° 23 p. 38)

LA DECISIÓN DEL CADE EN EL CARTEL DE LAS EMPRESAS DE VIGILANCIA
Por: **Murilo Otávio Lubambo de Melo** (Boletín n°24, p.19)

IMPACTOS DA CONVERGÊNCIA TECNOLÓGICA SOBRE A COMPETIÇÃO NOS SERVIÇOS DE
TELECOMUNICAÇÕES
Por: **Gesner Oliveira, Ernesto Guedes, Denise de Pasqual, Adriano Pitoli e Bruno Oliva**
(Boletín n°25, p.18)

THE EFFECTS OF INTERNATIONAL CARTEL ENFORCEMENT
By **Bruno Drago** (Boletín n°25, p.33)

3 – COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES

DECISIÓN 608: NÓRMAS PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN
LA COMUNIDAD ANDINA (Boletín n° 20, p.36)

LA REFORMA DE LA NORMA DE COMPETENCIA EN LA COMUNIDAD ANDINA
Por: **Ramón García-Gallardo y Mª Dolores Domínguez Pérez** (Boletín n° 20, p.44)

LA DECISION 608 DE LA CAN Y SUS IMPLICACIONES EN BOLIVIA
Por: **María Clara Lozano** (Boletín n° 21, p 43)

4 - CHILE:

EL RÉGIMEN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN CHILE. BREVE ANÁLISIS.
Por: **Rodrigo León Urrutia** (Boletín n° 15, p. 74)

DECRETO N° 511 Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción
(Boletín n° 15, p. 82)

INFORMACIÓN RELATIVA AL CAPÍTULO DE COMPETENCIA DEL ACUERDO DE ASOCIACIÓN
ENTRE LA COMUNIDAD EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS, DE UNA PARTE Y LA
REPÚBLICA DE CHILE DE OTRA
(Boletín n° 15, p. 94)

LA CALIFICACIÓN DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA COMO
CONDICIÓN DE LA LIBERTAD O REGULACIÓN DE TARIFAS DE TELECOMUNICACIONES
Por: **Francisco Agüero Vargas** (Boletín n° 18, p. 40)

COOPERACIÓN EN POLÍTICA DE COMPETENCIA Y ACUERDOS COMERCIALES BILATERALES EN
ALC
Por: **Verónica Silva** (Boletín n° 19, p. 107)

NUEVOS ELEMENTOS PARA EL DEBATE SOBRE EL BIEN JURÍDICO LIBRE COMPETENCIA
Por: **Francisco Agüero Vargas** (Boletín n° 19, p. 124)

SISTEMA CHILENO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: ¿NECESIDAD DE REQUERIR AUTORIZACIÓN PREVIA PARA LA APROBACIÓN DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN?
Por: **Nicole Nehme** (Boletín n° 21, p.51)

4-bis - CHINA:

CHINESE COMPETITION POLICY
By **Liu Yang** (Boletín n° 22, p. 24)

5 - COLOMBIA:

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA
Por: **Margarita Alarcón Carrillo** (Boletín n° 1, p. 6)

EL ACCESO AL EXPEDIENTE
Por: **Margarita Alarcón Carrillo** (Boletín n° 2, p. 17)

SOBRE LAS LIMITACIONES DE LA LEY A LA LIBERTADECONÓMICA
Por: **Margarita Alarcón Carrillo** (Boletín n° 3, p. 67)

LA POLITICA DE COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA Y LA COMUNIDAD ANDINA
Por: **Maria Clara Cabrera** (Boletín n° 6, p. 49)

ANULACIÓN DE LA NUEVA PROPUESTA PARA LAS FUSIONES EN COLOMBIA
Por: **Margarita Alarcón Carrillo** (Boletín n° 8, p. 65)

SOBRE LA OBLIGATORIEDAD DE LAS RESOLUCIONES ANTIDUMPING DE LA SECRETARÍA GENERAL COMUNIDAD ANDINA
Por: **Alejandro Prada Tamayo** (Boletín n° 9, p. 62)

GARANTÍAS SUFICIENTES EN INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS

Por: **Emilio José Archila Peñalosa** (Boletín n° 10, p. 57)

NUEVO BOLETIN DIGITAL DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
(Boletín n° 11, p. 44)

EL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA COMPETENCIA Y LIBERALIZACION
Por: **Maria Clara Cabrera** (Boletín n° 12, p. 91)

IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY DE COMPETENCIA
Por: **Margarita Alarcón** (Boletín n° 14, p. 65)

CARTELES RESTRICTIVOS
Por: **Mauricio Velandia** (Boletín n° 15, p. 97)

FUSIONES Y CONCENTRACIONES EMPRESARIALES DENTRO DE LA LEY ANTIMONOPOLIO COLOMBIANA
Por: **Mauricio Velandia** (Boletín n° 16, p. 85)

COMPETENCIA DESLEAL Y SIGNOS DISTINTIVOS
Por: **Mauricio Velandia** (Boletín n° 17, p. 33)

EL OFRECIMIENTO DE GARANTÍAS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA
Por: **Alfonso Miranda Londoño** (Boletín n° 18, p. 49)

LAS TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA - UN MERCADO COMPETITIVO
Por: **Maria Clara Cabrera** (Boletín n° 20, p. 54)

PUBLICIDAD ENGAÑOSA: ANALISIS COMPARATIVO
Por: **Jorge Jaeckel Kovacs** (Boletín n° 20, p.59)

DERECHO DE LA COMPETENCIA, RÉGIMEN PRINCIPAL DENTRO DE LAS PRESTACIONES DE DISTRIBUCIÓN
Por **Mauricio Velandia** (Boletín n° 21, p.60)

DEVELOPMENTS AND PERSPECTIVES IN COLOMBIAN COMPETITION LAW

By **Alfonso Miranda Londoño** (Boletín n° 21, p. 70)

PROPUESTAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA ANTE LOS JUECES CIVILES

Por: **Carlos Andrés Perilla Castro** (Boletín n° 21, p. 78)

UNA OPINION ACERCA DEL REGIMEN DE PROTECCION DEL CONSUMIDOR. ANALISIS ECONOMICO Y DE RESPONSABILIDAD

Por: **Mauricio Velandia** (Boletín n° 22, p.32)

ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO

Por: **Dr. Mauricio Velandia** (Boletín n° 23 p. 38)

AGOTAMIENTO DEL DERECHO DE MARCA Y SU RELACION CON EL DERECHO DE COMPETENCIA

Por: **Mauricio Velandia** (Boletín n°24, p.25)

LA NECESIDAD DE INSTAURAR EL DÍA IBEROAMERICANO DE LA COMPETENCIA

Por **Margarita Alarcón Carrillo** (Boletín n°25, p36)

6 - COSTA RICA

LEGISLACIÓN COSTARRICENSE EN MATERIA DE COMPETENCIA

Por: **Laura Dachner C., Pamela Sittenfeld H. y Uri Weinstok M.** (Boletín n° 2, p. 20)

EXPERIENCIAS EN LA APLICACIÓN DE LAS LEYES Y POLÍTICAS DE COMPETENCIA: EL CASO DE COSTA RICA

Por: **Pamela Sittenfeld** (Boletín n° 4, p. 16)

BOLETIN ESPECIALIZADO - EDICIÓN N° 34

(Boletín n° 12, p. 93)

LÍMITES CONSTITUCIONALES PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA: EL CASO DE LA COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA DE COSTA RICA

Por: **José Gerardo Martínez** (Boletín n° 13, p. 86)

BOLETIN ESPECIALIZADO

(Boletín n° 14, p. 71)

7 – ECUADOR

EL PROCESO ECUATORIANO DEL PROYECYO DE LEY DE COMPETENCIA

Por: **Carola Chamorro** (Boletín n° 15, p. 121)

¿UNA POLÍTICA DE COMPETENCIA PARA LA REPÚBLICA DE ECUADOR?

Por: **Francisco Marcos** (Boletín n° 21, p. 87)

8 - EGYPT:

COMPETITION LAW AND COMPETITION POLICY: WHAT DOES EGYPT REALLY NEED?

Por: **Ahmed Farouk Ghoneim** (Boletín n° 17, p. 46)

9 – EL SALVADOR

DECRETO 528 – LEY DE COMPETENCIA (Boletín n° 20, p.68)

LA POLITICA DE COMPETENCIA Y SU ROL EN LA UNION ADUANERA

Por: **Regina Vargas** (Boletín n° 23 p. 81)

LA REVISION DE LA LEY DE COMPETENCIA SALVADOREÑA

Por: **Douglas Umaña** (Boletín n° 24, p.85)

LA CONSTITUCIONALIDAD DEL REGISTRO POR ORDEN JUDICIAL Y DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO DE COMPETENCIA

Por: **Aldo Enrique Cáder Camilot** (Boletín n°24, p. 90)

LAS DISPOSICIONES SOBRE COMPETENCIA DE LOS ACUERDOS COMERCIALES REGIONALES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA

Por: **Celina Escolán Suay** (Boletín n°25, p.39)

“CARTELS”: A THREAT TO FREE MARKET

Por: **Celina Escolan Suay** (Boletín n°25, p.49)

10 - GUATEMALA:

DE LA NECESIDAD IMPERANTE DE UNA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA EN GUATEMALA

Por: **Gabriel Arturo Garcia Muadi** (Boletín n° 7, p. 83)

¿MEJORA UN PAIS SU MARCO INSTITUCIONAL CON POLÍTICAS DE COMPETENCIA? EL CASO DE GUATEMALA

Por: **Luis Tineo y Claudia Curiel L.** (Boletín n° 12, p. 94)

POLÍTICAS DE COMPETENCIA EN CENTRO AMÉRICA DESARROLLOS NACIONALES Y EL PAPEL DE LA COOPERACIÓN

Por: **Edgar Reyes Escalante** (Boletín n° 16, p. 104)

11 – HONDURAS

PROPUESTA DE LEY DE DEFENSA Y PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA CONGRESO NACIONAL - REPUBLICA DE HONDURAS, C. A.

(Boletín n° 20, p.79)

11 bis – JAPON

LENIENCY POLICY IN EU AND JAPAN – A STEP TOWARDS A GLOBALLY HARMONISED LENIENCY POLICY?-

Por: **Etsuko Kameoka** (Boletín n° 22, p 79)

12 - MEXICO:

ACTIVIDADES DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA 1995-96

Por: **Greta Spota Diericx** (Boletín n° 1, p. 11)

EL "CONSENSO INTERNACIONAL" SOBRE EL ANALISIS DE DEPREDACION DE PRECIOS

Por: **Gunnar Niels** (Boletín n° 2, p. 29)

LA POLÍTICA DE CONCENTRACIONES EN MÉXICO

Por: **Greta Spota Diericx** (Boletín n° 2, p. 39)

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PAPEL DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA EN LA APLICACIÓN Y PROMOCIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA

Por: **Greta Spota Diericx** (Boletín n° 2, p. 47)

PRÁCTICAS VERTICALES EN MÉXICO, ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ: UN ANÁLISIS COMPARATIVO EN EL CONTEXTO DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

Por: **Gunnar Niels y Greta Spota Diericx** (Boletín n° 3, p. 71)

REGLAMENTO DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Por: **Luis A. Prado Robles y Ricardo Elizondo Castro** (Boletín n° 4, p. 34)

APLICACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE COMPETENCIA Y REFORMAS ECONÓMICAS

Por: **Elías Mizrahi** (Boletín n° 4, p. 42)

REFLEXIONES EN TORNO A LAS POSIBILIDADES DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE COMPETENCIA

Por: **Greta Spota Diericx** (Boletín n° 5, p. 40)

EL INDICE DE DOMINANCIA Y EL ANÁLISIS DE COMPETENCIA DE LAS LÍNEAS AÉREAS MEXICANAS

Por: **Pascual García Alba Iduñate** (Boletín n° 6, p. 62)

PRIVATIZATION, DEREGULATION AND COMPETITION: EVIDENCE FROM THE MEXICAN AIRLINES INDUSTRY

Por: **Fabian Sánchez and Alejandro Somuano** (Boletín n° 9, p. 70)

ANÁLISIS DEL CAPÍTULO DE CONCENTRACIONES EN LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA MEXICANA

Por: **Martín Moguel Gloria** (Boletín n° 10, p. 61)

COOPERACIÓN EN MATERIA DE COMPETENCIA EN EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE MÉXICO Y LA UNIÓN EUROPEA

Por: **Salvador Apodaca** (Boletín n° 11, p. 45)

INTERCAMBIO DE INFORMACION ENTRE COMPETIDORES Y PRACTICAS ABSOLUTAS

Por: **Adriaan Ten Kate y María del Carmen Dircio** (Boletín n° 16, p. 108)

PALABRAS DEL PRESIDENTE DE LA CFC, EN OCASIÓN DE LA CONFERENCIA DEL ICN

Por: **Fernando Sanchez Ugarte** (Boletín n° 17, p. 59)

ASPECTOS DE COMPETENCIA DE LAS REGLAS DE LOS SISTEMAS DE TARJETAS BANCARIAS

Por: **Carlos Romero Hernández** (Boletín n° 20, p.92)

¿EN QUE MEDIDA SE BENEFICIAN LOS CONSUMIDORES DE LOS AHORROS EN COSTOS DE LAS EMPRESAS? UN ENFOQUE DE OLIGOPOLIO

Por **Adriaan Ten Kate y Gunnar Niels** (Boletín n° 20, p.105)

LAS REFORMAS DE 2006 A LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Por: **Martín Moguel Gloria** (Boletín n° 23 p. 71)

EL PROCEDIMIENTO DE NOTIFICACION DE CONCENTRACIONES

Por: **J. Alejandro Mendiola Díaz** (Boletín n°24 , p.34)

12-bis NICARAGUA:

LEY No. 601 DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA DE 24 DE OCTUBRE 2006

(Boletín n° 22, p. 63)

13 - PANAMA:

RESPONSABILIDAD CIVIL POR COMPETENCIA DESLEAL

Por: **Jorge Molina Mendoza** (Boletín n° 6, p. 75)

ESTIMACIÓN DEL GRADO DE COMPETENCIA EN LA INDUSTRIA PANAMEÑA DE DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLES

Por: **Paulo Correa e Víctor Herrera** (Boletín n° 7, p. 85)

COMPETENCIA EN SECTORES REGULADOS

Por: **Pedro Luis Prados** (Boletín n° 8, p. 67)

EL ANTIDUMPING PANAMEÑO

Por: **Jorge Molina Mendoza** (Boletín n° 8, p. 74)

EL TRATAMIENTO DE LAS CONDUCTAS ENTRE COMPETIDORES EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Por: **Claudia Curiel Léidenz** (Boletín n° 10, p. 71)

EL TRATAMIENTO DE PODER DE MERCADO EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA DE LIBRE COMPETENCIA

Por: **Claudia Curiel Leidenz** (Boletín n° 13, p. 93)

REGIMEN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE PANAMA: ESTRUCTURA, APLICACIÓN Y REFORMAS RECIENTES

Por: **Juan David Gutiérrez Rodríguez** (Boletín n° 22, p.84)

14 - PARAGUAY:

PARAGUAY AND URUGUAY IN MERCOSUR: USING COMPETITION POLICIES AS AN EQUALIZING TOOL

Por: **Olga E. Dios Kostianovsky** (Boletín n° 14, p. 72)

PROYECTO DE LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. RESUMEN SITUACION Y OBJETIVOS

Por: **Bruno Hug de Belmont Valdovinos** (Boletín n°24 , p 41.)

15 - PERU:

PANORAMA DE LA APLICACION DE LA POLITICA DE COMPETENCIA EN PERÚ

Por: **Eduardo Quintana y Cristina Urbina** (Boletín n° 2, p. 51)

QUINTO ANIVERSARIO DEL INDECOPI

Por: **Indecopi** (Boletín n° 3, p. 81)

EL NUEVO MARCO DE COMPETENCIA Y COMERCIO EXTERIOR EN EL PERU

Por: **Armando Cáceres V. y Gonzalo Ruiz D.** (Boletín n° 3, p. 83)

LA LEY ANTIMONOPOLIOS Y ANTIOLIGOPOLIO DEL SECTOR ELÉCTRICO:¿DEBEN CONTROLARSE LAS FUSIONES Y ADQUISICIONES EN EL MERCADO DE LA ELECTRICIDAD?

Por: **Italo F. Carrano Tarrillo** (Boletín n° 4, p. 48)

POLÍTICAS DE COMPETENCIA EN PAÍSES MENOS DESARROLLADOS

Por: **Hugo Eyzaguirre** (Boletín n° 5, p. 43)

CONTRATOS DE EXCLUSIVIDAD Y VENTAS ATADAS. CUANDO LO ATADO ES LA EXCLUSIVIDAD

Por: **Martha Martínez L. y Eduardo Quintana S.** (Boletín n° 5, p. 51)

CONTROL DE CONCENTRACIONES VERSUS REGULACION DE CONDUCTAS ¿COMPLEMENTOS O SUSTITUTOS?

Por: **Gonzalo Ruiz D.** (Boletín n° 5, p. 60)

APERTURA COMERCIAL DE LAS FRONTERAS E IMPLEMENTACIÓN DE POLÍTICAS DE COMPETENCIA

Por: **Juan Carlos Bisso Velásquez** (Boletín n° 7, p. 92)

POLÍTICA Y LEGISLACIÓN DE LA COMPETENCIA

Por: **Luis José Diez Canseco Núñez** (Boletín n° 9, p. 79)

APUNTES PARA EL DISEÑO E IMPLEMENTACIÓN DE UNA AGENCIA DE COMPETENCIA MODERNA

Por: **Carlos Alza Barco** (Boletín 16, p. 131)

EL INDECOPI COMO ORGANISMO CONSTITUCIONAL AUTÓNOMO CON FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Por: **Julio Biaggi Gómez, Jacques D'Auriol Stoessel, Jesús E. Espinoza y Javier Gutiérrez Gamio** (Boletín n° 16)

LIBERTAD DE INICIATIVA PRIVADA, LIBRE COMPETENCIA Y REPRESIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL EN EL MARCO DEL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Por: **Karin Mansur Filomeno, Raúl S. Solórzano y Salomé Urquiaga Salazar** (Boletín n° 16)

LA COMPETENCIA Y EL CONSUMIDOR EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Por: **María Antonieta Gálvez Krüger** (Boletín n° 21, p 98)

“EL ABOGADO DEL DIABLO”: EL ABUSO DE PROCESOS LEGALES O GUBERNAMENTALES COMO PRÁCTICA ANTICOMPETITIVA

Por: **Alfredo Bullard y Alejandro Falla** (Boletín n° 21, p. 104)

EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO DESDE UNA PERSPECTIVA DE LA COMPETENCIA

Por: **Gonzalo Ruiz, Martha Martínez, Eduardo Quintana** (Boletín n° 22, p. 106)

DECLARACION DE LIMA: “RESPONDIENDO JUNTOS A LAS PRIORIDADES DE NUESTROS PUEBLOS”. V CUMBRE ALC – U E. (Boletín n°24, p.55)

EURO – LAT "INTEGRAR LO DIVERSO PARA PROGRESAR JUNTOS" (Boletín n°24, p.67)

LUCES Y SOMBRAS DE LA NUEVA LEY DE REPRESION DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Por **Mario Zúñiga Palomino** (Boletín n°25, p.50)

16 – REPUBLICA DOMINICANA:

HACIA UNA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN LA REPÚBLICA DOMINICANA

Por: **Sharin Pablo Michelén** (Boletín n° 6, p. 91)

EL CONTROL DE FUSIONES: ¿LA PARADOJA DE UN DOGMA?

Por **Mirna J. Amiama Nielsen** (Boletín n° 7, p. 103)

LINEAMIENTO DE POLITICA PARA EL MERCADO DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS EN LA REPUBLICA DOMINICANA: UN ACERCAMIENTO A LA COMPETENCIA

Por: **Mirna J. Amiama Nielsen** (Boletín n° 22, p. 43)

ANALISIS DE LA NECESIDAD DE UNA LEY DE COMPETENCIA

Por: **Fanny Solano Agramante** (Boletín n° 23 p. 56)

17 - SWITZERLAND:

THE REVISED SWISS ACT ON CARTELS AND SWITZERLAND'S INVOLVEMENT IN THE ICN

By: **Patrick Krauskopf and Sabrina Carron** (Boletín n° 17, p. 120)

18 – TRINIDAD & TOBAGO

DEVELOPING AND IMPLEMENTING A COMPETITION REGIME: CHALLENGES FACED BY SMALL OPEN ECONOMIES

By: **Taimoon Stewart** (Boletín n° 11, p. 52)

19 - URUGUAY:

SUGERENCIAS PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Por: **Daniel Hargain** (Boletín n° 9, p. 83)

NORMATIVA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN URUGUAY

Por: **Daniel Hargain** (Boletín n° 13, p. 104)

PROYECTO DE LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, PRESENTADO ANTE LA COMISIÓN DE COMERCIO DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS EL 5/8/2002

Por: **Siegbert Rippe y Daniel Hargain** (Boletín n° 15, p. 140)

ABUSO DE POSICION DOMINANTE

Por: **Teresita Dutrenit Montaña** (Boletín n° 17, p. 62)

CONCEPTOS CLAVES PARA ANALIZAR LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Por: **Juan Manuel Mercant** (Boletín n° 21, p. 117)

NUEVA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Por: **Dr. Daniel Hargain** (Boletín n° 23, p. 101)

20 - VENEZUELA:

OLIGOPOLIOS EN VENEZUELA - UN PLANTEAMIENTO COMPARATIVO

Por: **Juan Carlos Andrade** (Boletín n° 3, p. 90)

UN ENFOQUE ALTERNATIVO DE POLÍTICAS PARA LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN ECONOMÍAS EN TRANSICIÓN

Por: **Ignacio De León** (Boletín n° 4, p. 105)

¿ES CONVENIENTE APLICAR LOS PRINCIPIOS DE LA POLÍTICA ANTIMONOPOLIOS A LA REGULACIÓN DE LOS FLUJOS DE INVERSIÓN?

Por: **Ignacio De León e Israel Valcárcel** (Boletín n° 5, p. 109)

LA COMPETENCIA DESLEAL Y SUS EFECTOS SOBRE LA DINÁMICA DEL MERCADO

Por: **Miguel Carpio** (Boletín n° 5, p. 118)

REFLEXIONES PARA UNA REFORMA DEL SISTEMA ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN VENEZOLANA

Por: **Ignacio De León** (Boletín n° 6, p. 99)

PROPUESTA PARA LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

Por: **Procompetencia** (Boletín n° 6, p. 112)

EL CRECIMIENTO ECONÓMICO Y LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL CONTEXTO DE LA ACTUAL COYUNTURA NACIONAL

Por: **Procompetencia** (Boletín n° 8, p. 82)

CREATIVIDAD EMPRESARIAL E INTERÉS PÚBLICO: LA PROPIEDAD INDUSTRIAL EN LA REGULACIÓN ESTATAL

Por: **Ignacio De León** (Boletín n° 8, p. 104)

LA SUSPENSIÓN SEMIAUTOMÁTICA DE LOS EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA EN VENEZUELA: UNA TÉCNICA CAUTELAR QUE DESAMPARA AL MERCADO.

Por: **Efrén E. Navarro C.** (Boletín n° 9, p. 89)

EL CAPITALISMO POPULAR ALTERNATIVA PARA ORGANIZAR A LA VENEZUELA EMERGENTE

Por: **Procompetencia** (Boletín n° 9, p. 111)

A NEO-INSTITUTIONAL ANALYSIS OF VERTICAL INTEGRATION AND ITS IMPLICATIONS FOR ANTITRUST ENFORCEMENT IN DEVELOPING COUNTRIES

Por: **Ignacio De León** (Boletín n° 10, p. 87)

THE ROLE OF COMPETITION POLICY IN THE PROMOTION OF COMPETITIVENESS AND DEVELOPMENT IN LATIN AMERICA

Por: **Ignacio De León** (Boletín n° 11, p. 57)

BOLETIN EN BREVE DE PRO-COMPETENCIA
(Boletín n° 11, p. 72)

BOLETIN EN BREVE DE PRO-COMPETENCIA
(Boletín n° 12, p. 108)

THE LIMITS OF OPEN ACCESS AS A REGULATORY YARDSTICK IN THE REGULATION OF UTILITIES IN
LATIN AMERICA

Por: **Ignacio De León** (Boletín n° 13, p. 119)

EN BREVE - Boletín Informativo
(Boletín n° 14, p. 89)

FOREIGN DIRECT INVESTMENT IN A GLOBALIZING ECONOMY: THE ROLE OF COMPETITION
POLICY

Por: **Luis Tineo** (Boletín n° 16)

REGULACIÓN DEL SECTOR SEGUROS: UN ENFOQUE DE COMPETENCIA PARA LA LEY DE
EMPRESAS DE SEGUROS Y REASEGUROS EN VENEZUELA

Por: **Enrique R. Gonzalez Porras** (Boletín n° 16)

CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE MERCADOS RELEVANTES UTILIZADOS EN LAS
DECISIONES DE LA AGENCIA DE COMPETENCIA VENEZOLANA

Por: **Zulmari J. Artigas y Mª Antonieta Magaldi** (Boletín n° 17, p. 74)

UNA NUEVA PERSPECTIVA JURÍDICA Y ECONÓMICA DE LOS CARTELES DE PRECIOS

Por: **Ignacio De León** (Boletín n° 17, p. 82)

ESTUDIO POLITICA DE COMPETENCIA Y LEGISLACIÓN ANTIMOPOLIO EN JAPÓN: ESTUDIO
COMPARATIVO

Por: **María Antonieta Magaldi** (Boletín n° 17, p. 107)

LA COMPETENCIA DESLEAL - APROXIMACIONES DOCTRINALES DE LA SUPERINTENDENCIA
PROCOMPETENCIA

Por: **Carlos E. Aular García** (Boletín n° 18, p. 61)

LA NECESARIA DISCUSIÓN DE LOS REGÍMENES DE LIBRE COMPETENCIA EN AMÉRICA LATINA

Por: **Claudia Curiel Leidenz** (Boletín n° 18, p. 71)

LA REGULACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN VENEZUELA

Por: **Enrique R. González Porras** (Boletín n° 18, p. 83)

POLÍTICA DE COMPETENCIA Y POLÍTICA INDUSTRIAL

Por: **María Antonieta Magaldi** (Boletín n° 19, p. 134)

BRIEFING DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL PROYECTO DE LEY DE TARJETAS DE CRÉDITO Y
DÉBITO

Por: **Enrique R. González Porras** (Boletín n° 21, p.1134)

ANALISIS DEL PROYECTO DE LEY ANTIMONOPOLIO, ANTILOGOPOLIO Y CONTRA LA
COMPETENCIA DESLEAL VENEZOLANO

Por **Enrique R. González Porras** (Boletín n° 22, p. 126)

EMPRESAS SOCIALES Y POLÍTICA DE COMPETENCIA

Por: **Mónica Llerena** (Boletín n° 23 p. 83)

PRIORIDADES DE LAS AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA EN LOS PVD

Por: **Valentina Zoghbi** (Boletín n° 23 p. 92)

CAMBIO DEL PARADIGMA REGULATORIO EN EL SECTOR BROADCASTING

Por: **Enrique González Porras** (Boletín n°24 , p.70)

20 bis – RUSIA:

ANTIMONOPOLY REGULATION ISSUES

Por: **Natalja Chetvergova** (Boletín n°24 , p.)

21 - ICPAC:

THE INTERFACE BETWEEN TRADE AND COMPETITION POLICY: DEALING WITH DISCRIMINATORY LEGISLATION INSIGHTS FROM LATIN AMERICAN COMPETITION AND TRADE ENVIRONMENTS

By: **Shanker Singham** (Boletín n° 6, p. 123)

22 - INTAL:

BRIEF REVIEW OF COMPETITION POLICY IN THE SOUTHERN COMMON MARKET (MERCOSUR)

Por: **Uziel B. Nogueira** (Boletín n° 4, p. 29)

23 - LEAGUE OF ARAB STATES:

VERS UNE POLITIQUE ARABE COMMUNE DE CONCURRENCE

Par: **Mohamed Ben Fraj** (Boletín n° 15, p. 152)

24 - MERCOSUR:

IS THERE A BASIS FOR A CO-OPERATION BETWEEN THE EU AND THE MERCOSUR IN THE FIELD OF RESTRICTIVE BUSINESS PRACTICES?

Por: **Peter Bischoff-Everding** (Boletín n° 14, p. 90)

ACUERDO SOBRE EL REGLAMENTO DEL PROTOCOLO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL MERCOSUR

(Boletín n° 16)

INSTITUCIONAL - ARGENTINA INCORPORÓ EL ENTENDIMIENTO SOBRE COOPERACIÓN ENTRE AUTORIDADES DE COMPETENCIA

(Boletín n° 19, p. 140)

25 - OEA:

POLITICAS DE COMPETENCIA EN LA CONSTRUCCION DEL AREA DE LIBRE COMERCIO DE LAS AMERICAS

Por: **Luis Tineo** (Boletín n° 3, p. 103)

INTERNATIONAL COMPETITION POLICY: THE ROLE OF TECHNICAL ASSISTANCE

Por: **José Tavares de Araujo Jr** (Boletín n° 8, p. 107)

ANTIDUMPING E POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA NA ALCA E NO MERCOSUL

Por: **José Tavares de Araujo Jr** (Boletín n° 13, p. 136)

26 - OECD:

THE OECD AND COMPETITION POLICY IN LATIN AMERICA

(Boletín n° 8, p. 110)

27 - SELA:

POLÍTICAS DE COMPETENCIA EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

Por: **Ana Mercedes Castellanos** (Boletín n° 1, p. 18)

INFORME DEL PRESIDENTE-RELATOR

Por: **Federico A. Cuello** (Boletín n° 1, p. 18)

COMPETENCIA, COMERCIO INTERNACIONAL Y DESARROLLO: DEL CIRCULO VIRTUOSO AL VICIOSO

Por: **Manuela Tortora** (Boletín n° 4, p. 52)

PRIVATIZACIONES, DESREGULACION Y COMPETENCIA: UN MARCO DE ANALISIS PARA EL ESTUDIO DE CASOS EN AMERICA LATINA.Y EL CARIBE

Por: **Claudia Curiel** (Boletín n° 6, p. 129)

28 - SIECA:

POLÍTICAS DE COMPETENCIA EN CENTROAMERICA

Por: **Heriberto Bonilla** (Boletín n° 1, p. 21)

CENTROAMERICA: REFORMAS Y PROCESOS PARA FOMENTAR LA LIBRE COMPETENCIA. EL CASO DE PRIVATIZACIONES EN EL SECTOR TELECOMUNICACIONES DE EL SALVADOR Y GUATEMALA (Preliminar)

Por: **Heriberto Bonilla** (Boletín n° 6, p. 158)

GRUPO CENTROAMERICANO DE POLITICA DE COMPETENCIA: SITUACION ACTUAL (Boletín n° 22, p.154)

29 - UNCTAD:

ACTIVIDADES DE LA UNCTAD

Por: **Philippe Brusick** (Boletín n° 1, p. 22)

MUNDIALIZACION: FOMENTAR LA COMPETENCIA O CREAR MONOPOLIOS?

Por: **Philippe Brusick** (Boletín n° 11, p.73)

30 - USA:

PROPOSED CHANGES IN BRAZIL'S ANTITRUST LAW

Por: **Russell Pittman** (Boletín n° 12, p. 105)

COMPETITION AND CONSUMER PROTECTION: BREAKING DOWN THE WALLS

Por: **Spencer Weber Waller** (Boletín n° 18, p. 98)

AN EMPIRICAL EXAMINATION OF COMPETITION POLICY

Por: **Armando E. Rodríguez** (Boletín n° 22, p.163)

INTERNATIONAL CONSUMER ADVOCAY FOR COMPETITION POLICY: LEARNING FROM THE AAI MODEL

By **Albert A. Foer** (Boletín n°25, p.62)

31 - UNIÓN EUROPEA:

LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN AMÉRICA LATINA: UNA NUEVA ÁREA DE INTERÉS PARA LA UNIÓN EUROPEA

Por: **Juan Antonio Rivière Martí** (Boletín n° 1, p. 23)

AUTORIDADES RESPONSÁVEIS PELA EXECUÇÃO DA POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA

Por: **Azeem Bangy** (Boletín n° 2, p. 58)

ANALISIS DE UN CASO DE AYUDAS ESTATALES

Por: **José Luis Calvo de Celis** (Boletín n° 2, p. 60)

COMUNICACION DE LA COMISION SOBRE LA DEFINICION DEL MERCADO RELEVANTE A LOS EFECTOS DEL DERECHO COMUNITARIO DE COMPETENCIA

Por: **Antonio Creus Carreras y Natalia Lacalle Mangas** (Boletín n° 3, p. 114)

A POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA DA COMUNIDADE EUROPEIA: O DESAFIO DA GLOBALIZAÇÃO E DO ALARGAMENTO

Por: **Nuno Ruiz** (Boletín n° 3, p. 118)

REGIMEN DE LOS MONOPOLIOS LEGALES EN EL TRATADO CE Y SITUACION ACTUAL

Por: **Ramón Carmona** (Boletín n° 3, p. 121)

EL FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA MEDIANTE LAS AYUDAS ESTATALES CON FINALIDAD REGIONAL: UNAS NUEVAS DIRECTRICES MÁS ESTRUCTURADAS Y RIGUROSAS

Por: **José Luis Calvo de Celis** (Boletín nº 3, p. 137)

DERECHO DE LA COMPETENCIA, JURISDICCION Y EXTRA- TERRITORIALIDAD: EL CASO BOEING / MCDONNELL DOUGLAS

Por: **Fernando Ponz** (Boletín nº 3, p. 141)

LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO Y LA POLÍTICA DE COMPETENCIA: LA NECESIDAD DE CONSIDERAR NEGOCIACIONES

Por: **Karel van Miert** (Boletín nº 4, p. 59)

REFLEXIONES SOBRE LOS ACUERDOS DE COOPERACIÓN ENTRE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

Por: **Carolina Vaira y Juan Antonio Rivière Martí** (Boletín nº 4, p. 65)

EL ASUNTO SAMSUNG: LAS FACULTADES SANCIONADORAS DE LA COMISIÓN EN VIRTUD DEL REGLAMENTO COMUNITARIO DE CONCENTRACIONES

Por: **Andrés Font Galarza** (Boletín nº 4, p. 71)

APPUNTI SULLA PROPOSTA DI LEGGE DI ROFORMA DEL SISTEMA INGLESE DI TUTELA DELLA CONCORRENZA

Por: **Luciano di Via** (Boletín nº 4, p. 74)

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS QUE ANULA LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN QUE AUTORIZA LA INYECCIÓN DE CAPITAL DEL ESTADO FRANCÉS EN LA COMPAÑÍA AIR FRANCE

Por: **Begoña Uriarte Valiente** (Boletín nº 4, p. 81)

DE LA DESMONOPOLIZACIÓN A LA COMPETENCIA EFECTIVA: APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ANTITRUST COMUNITARIA Y ESPAÑOLA EN EL SECTOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por: **Juan J. Montero y Luis Souto Soubrier** (Boletín nº 4, p. 83)

EXCEPCIONES A LA PROHIBICIÓN DE CONDUCTAS COLUSORIAS. La Regla de lo razonable y el Derecho europeo.

Por: **Luis Berenguer Fuster** (Boletín nº 5, p. 72)

A POLÍTICA DA CONCORRÊNCIA E O CONTROLO DA INFLAÇÃO

Por: **Azeem R. Bangy** (Boletín nº 5, p. 82)

A APLICAÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO DA CONCORRÊNCIA EM PORTUGAL

Por: **Nuno Ruiz** (Boletín nº 5, p. 84)

DROIT INTERNATIONAL DE LA CONCURRENCE S'ORIENTE-T-ON VERS DES NEGOCIATIONS?

Por: **Pierre Arhel** (Boletín nº 5, p. 98)

LA IMPOSICIÓN DEL PRECIO DE REVENTA: HACIA UN REPLANTEAMIENTO?

Por: **Yves Montangie** (Boletín nº 5, p. 104)

LA REVISIONE DELLA NORMATIVA E DELLA POLITICA COMUNITARIA IN MATERIA DI RESTRIZIONI VERTICALI DELLA CONCORRENZA: LA NECESSITÀ DI UN'IMPOSTAZIONE IMPRONTATA AL DECENTRAMENTO

Por: **Viviana Prato** (Boletín nº 6, p. 163)

APLICACION DE LAS REGLAS COMUNITARIAS DE COMPETENCIA A LOS BANCOS

Por: **Joaquín López Madruga** (Boletín nº 6, p. 170)

CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES: REPARTO DE COMPETENCIAS ENTRE LA COMUNIDAD EUROPEA Y LOS ESTADOS MIEMBROS. PROCEDIMIENTO COMUNITARIO

Por: **Jerónimo Maillo González-Orús** (Boletín nº 7, p. 117)

EL DERECHO Y LA POLÍTICA DE COMPETENCIA: LA COMUNIDAD EUROPEA Y EL MERCOSUR

Por: **Nuno Ruiz** (Boletín nº 7, p. 124)

LA LIBERALISATION DES SERVICES PUBLICS EN EUROPE: CONCILIER DYNAMISME ECONOMIQUE ET MISSIONS D'INTERET GENERAL

Por: **Jean-François Pons** (Boletín nº 8, p. 116)

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN ESPAÑA SE VUELVE SERIO

Por: **Antonio Creus y Natalia Lacalle Mangas** (Boletín nº 8, p. 120)

PLANTEAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA RONDA DEL MILENIO: PROPOSICIÓN EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

(Boletín nº 8, p. 126)

THE EU TELECOMMUNICATIONS SECTOR DURING THE 1990S: LIBERALISATION, REGULATION AND COMPETITION POLICY

Por: **Bernardo Urrutia** (Boletín nº 9, p. 122)

O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA NA UNIÃO EUROPEIA

Por: **Cristina Brandão Leal** (Boletín nº 9, p. 134)

CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA VERSUS LIBRE COMPETENCIA

Por: **Maria Isabel Candelario Macías** (Boletín nº 9, p. 148)

LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA ERA DE INTERNET

Por : **Amadeo Petitbò Juan** (Boletín nº 10, p. 114)

O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E A PROTECÇÃO DO CONSUMIDOR NA LEI PORTUGUESA

Por: **José Anselmo Rodrigues** (Boletín nº 10, p. 124)

PROYECTOS DE REGLAMENTO DE LA COMISIÓN RELATIVOS A LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 87 Y 88 DEL TRATADO CE A LAS AYUDAS DE MINIMIS, LAS AYUDAS A LA FORMACIÓN Y LAS AYUDAS ESTATALES A LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS

Por: **Begoña Uriarte Valiente** (Boletín nº 10, p. 129)

EVOLUTION OF EUROPEAN COMPETITION POLICY IN THE LAST YEAR

By: **Mario Monti** (Boletín nº 11, p. 79)

LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN EUROPA Y EL CIUDADANO

Por: **DG Competencia** (Boletín nº 11, p. 85)

THE EU APPROACH TO COOPERATION BETWEEN COMPETITION AGENCIES TO COUNTER ANTICOMPETITIVE PRACTICES THAT AFFECT MARKETS WORLDWIDE

By: **K. Mehta** (Boletín nº 11, p. 103)

LUTTE CONTRE LES PRATIQUES DE PRIX IMPOSES EN EUROPE

Par: **Pierre Arhel** (Boletín nº 11, p. 108)

THE ESTABLISHMENT OF A SINGLE ELECTRICITY MARKET IN THE EUROPEAN UNION: WHAT LESSONS CAN BE LEARNT?

By: **Fadi Hakura and Wisam Abboud** (Boletín nº 11, p. 115)

LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS ABUSIVES EN EUROPE

Por: **Pierre Arhel** (Boletín nº 12, p. 109)

COMPETITION ACTIVITY RUN HIGH IN 2000

Por: **DG Competition** (Boletín nº 12, p. 120)

CONTENT – MEDIA – TELECOM- COMPETITION ISSUES

By: **Herbert Ungerer** (Boletín nº 12, p. 123)

1ST OECD GLOBAL FORUM ON COMPETITION

Por: **Mario Monti** (Boletín nº 13, p. 145)

COMPETITION LAW AND CROSS-BORDER MERGERS AND ACQUISITIONS European Community and French experience

Por: **Pierre Arhel** (Boletín nº 14, p. 102)

GENERAL LESSONS FROM THE EU ANTI-TRUST EXPERIENCE FOR THE LATIN-AMERICAN ANTI-TRUST EMERGING SYSTEMS

Por: **Andrés Font Galarza** (Boletín nº 14, p. 107)

EL DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO

Por: **Jose Martínez Aragon** (Boletín nº 14, p. 110)

POLÍTICA SANCIONADORA DE LA COMISIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO DE COMPETENCIA DESDE LA SEGUNDA MITAD DE LA DÉCADA DE LOS AÑOS 90

Por: **Miguel Angel Peña Castellot** (Boletín nº 14, p. 112)

MERCADO Y DESARROLLO: LA RESPUESTA DE LA COMPETENCIA

Por: **Juan Antonio Rivière** (Boletín nº 14, p. 136)

MODELLI DI TUTELA DELLA CONCORRENZA NELLE ECONOMIE EMERGENTI: IL CASO
DELL'AMERICA LATINA

Por: **Arona Roshanian** (Boletín nº 14, p. 138)

LES ENTENTES INJUSTIFIABLES

Por: **Pierre Arhel** (Boletín nº 15, p. 157)

COLLECTIVE MANAGEMENT AND LICENSING OF COPYRIGHT AND EU COMPETITION LAW:
RECENT DEVELOPMENTS FOR THE ONLINE WORLD

Por: **Miguel Mendes Pereira** (Boletín nº 15, p. 165)

PRIVATIZATION AND COMPETITION POLICY IN EASTERN EUROPE

Por: **Martina Peric** (Boletín nº 15, p. 175)

FRANCE: STRUCTURAL REMEDIES IN AN ANTITRUST CASE IN THE SECTOR OF WATER
DISTRIBUTION

Por: **Pierre Arhel** (Boletín nº 16)

REGULACION SECTORIAL Y DERECHO DE LA COMPETENCIA EN LA NUEVA NORMATIVA
COMUNITARIA DE TELECOMUNICACIONES

Por: **Adela Gómez Alonso** (Boletín nº 16)

THE EU REGULATION OF LIBERAL PROFESSIONS: TOWARDS A SINGLE MARKET?

Por: **Gonçalo Leitão** (Boletín nº 17, p. 131)

UMA NOVA AUTORIDADE DE CONCORRÊNCIA EM PORTUGAL

Por: **Eduardo R. Lopes Rodrigues** (Boletín nº 17, p. 135)

DEL ESPEJISMO INTERNACIONAL DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA A LA REALIDAD COTIDIANA

Por: **Juan Antonio Rivière** (Boletín nº 17, p. 150)

CIVIL SOCIETY AND REGIONAL INTEGRATION IN THE EU - HISTORY AND CONCEPT

Por: **Jana Fleschenberg** (Boletín nº 18, p. 102)

THE INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN) TWO YEARS ON: CONCRETE RESULTS OF A
VIRTUAL NETWORK

Por: **Georg Roebing / Stephen A. Ryan / Dan Sjöblom** (Boletín nº 18, p. 117)

EUROPEAN UNION COMPETITION POLICY: REVOLUTIONARY CHANGE AND UNCERTAIN TIMES

Por: **Maria Serra Leitão** (Boletín nº 18, p. 122)

EUROPEAN COMMUNITY COMPETITION POLICY – HOW FAR DOES IT BENEFIT CONSUMERS?

Por: **John Temple Lang** (Boletín nº 18, p. 128)

B2B MARKETPLACES AND COMPETITION LAW

Por: **Jorge Va-Aguaviva** (Boletín nº 18, p. 134)

AS RELAÇÕES DE CONSUMO NO ÂMBITO INTERNACIONAL: A EXPERIÊNCIA DA UNIÃO EUROPÉIA

Por: **Juan Antonio Rivière Martí** (Boletín nº 19, p. 145)

FURNISHING CONSUMERS WITH A VOICE IN COMPETITION POLICY

By: **Orit Dayagi-Epstein** (Boletín nº 20, p.120)

EL CONTROL DE LAS AYUDAS PÚBLICAS EN ESPAÑA: UN CONTEXTO A CAMBIAR

Por: **José Eugenio Soriano García. y M. Matilde Sánchez Gutiérrez** (Boletín nº 20, p.130)

UNA ASOCIACIÓN REFORZADA ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y AMÉRICA LATINA

Presentación por **Delphine Malard**

Texto de la Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo
(Boletín nº 21, p.144)

DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES –
UNA VISION CONSUMERISTA PRÁCTICA

Por: **David M. Ortega Pecaña** (Boletín nº 21, p.158)

COMMISSION LAUNCHES CONSULTATIONS ON FACILITATING DAMAGES CLAIMS FOR
BREACHES OF EU COMPETITION LAW. GREEN PAPER FREQUENTLY ASKED QUESTIONS.

(Boletín nº 21, p.166)

COMMISSION PUBLISHES DISCUSSION PAPER ON ABUSE OF DOMINANCE

(Boletín nº 21, p.170)

LA EVOLUCION DEL ORDENAMIENTO JURIDICO COMUNITARIO EN LA APLICACIÓN DE
LOS ART. 81 Y 82 DEL TRATADO CE: DEL REGLAMENTO 17/63 AL REGLAMENTO 1/2003
Y ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA FINALIZACION DEL PROCEDIMIENTO
COMUNITARIO.

Por: **Silvia Gómez Trinidad** (Boletín nº 22, p.172)

GLOBALISING EUROPE: AN INTERNAL MARKET FOR THE 21st CENTURY

Por: **Joaquín Almunia** (Boletín nº 23 p. 111)

COMPETITION CULTURE IN PORTUGAL

Por: **Dr. Eduardo R. Lopes Rodrigues** (Boletín nº 23 p. 116)

MERGER CONTROL: IS ARTICLE 21 OF REGULATION 139/04 A SATISFACTORY SOLUTION FOR
THE PROTECTION OF NATIONAL PUBLIC INTERESTS?

Por: **Vanessa Martí Moya** (Boletín nº 23 p. 131)

LA INVESTIGACIÓN SECTORIAL DE LA COMISIÓN EN EL MERCADO DE LA BANCA MINORISTA

Por: **Eider Echeverría Álvarez** (Boletín nº 23 p. 142)

REGISTROS DE MOROSOS Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Por: **Prof. Dr. Francisco Marcos** (Boletín nº 23 p. 152)

PRINCIPALES REFORMAS DE LA NUEVA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ESPAÑOLA

Por: **Jorge Va-Aguaviva** (Boletín nº 23 p. 168)

STRATEGIC PATENTING AND ANTITRUST LAW

Por: **Helena Cardoso** (Boletín nº 24, p.95)

LIBRO BLANCO DE ACCIONES DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Por: **Comisión Europea** (Boletín nº 24, p. 107)

LA POLITICA DE COMPETENCIA ANTE LAS CRISIS GLOBALES

Por: **Juan Antonio Rivière** (Boletín nº 24, p.117)

¿HACIA UNA REFORMULACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA POR EL
TRIBUNAL SUPREMO NORTEAMERICANO?

Por: **Prof. Dr. Francisco Marcos** (Boletín nº 25, p.69)

RESTRICTIONS VERTICALES – LE RÔLE DE LA COMMISSION:
L'AVENIR DU RÉGLEMENT D'EXEMPTION ET DE LA DISTRIBUTION EN LIGNE

Par **Andrei Gurin** (Boletín nº 25, p.79)