

ÍNDICE

EDITORIAL	2
ARGENTINA:	UNA POLÍTICA DE COMPETENCIA ECONÓMICA EN EL MERCOSUR	
	<i>Por: Félix Peña</i>3
	LA FUSION CARREFOUR-NORTE: UN ANALISIS CRITICO DEL DICTAMEN DE LA COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	
	<i>Por: Jorge Bogo</i>28
	MODIFICACIONES A LA LEGISLACIÓN SOBRE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA	
	<i>Por: Norma Pascar</i>35
	EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONOMICAS A PARTIR DE LA REGLAMENTACION DE LA LEY Nº 25.156	
	<i>Por Julián Peña</i>38
BRASIL:	A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL E O PROTOCOLO DE FORTALEZA	
	<i>Por: Maria Cecília Andrade</i>47
	IMPLICATIONS OF ENHANCED PRICE TRANSPARENCY FOR COMPETITION POLICY IN BRAZIL	
	<i>Por: Paulo Corrêa e Frederico Guanais</i>52
	O PAPEL DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS NO MARCO REGULATÓRIO DAS TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL	
	<i>Por: Ana Lucia Palhano Leal</i>58
	MERGER REVIEW IN A DEVELOPING COUNTRY: A COMPARATIVE STUDY	
	<i>Por: Mariana Tavares de Araujo</i>68
COLOMBIA:	EL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA COMPETENCIA Y LIBERALIZACION	
	<i>Por: Maria Clara Cabrera</i>91
COSTA RICA:	BOLETIN ESPECIALIZADO - EDICIÓN Nº 3493
GUATEMALA:	¿MEJORA UN PAIS SU MARCO INSTITUCIONAL CON POLÍTICAS DE COMPETENCIA? EL CASO DE GUATEMALA	
	<i>Por: Luis Tineo y Claudia Curiel L.</i>94
USA:	PROPOSED CHANGES IN BRAZIL'S ANTITRUST LAW	
	<i>Por: Russell Pittman</i>105
VENEZUELA:	BOLETIN EN BREVE DE PRO-COMPETENCIA108
UNIÓN EUROPEA:	LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS ABUSIVES EN EUROPE	
	<i>Por: Pierre Arhel</i>109
	COMPETITION ACTIVITY RUN HIGH IN 2000	
	<i>Por: DG Competition</i>120
	CONTENT – MEDIA – TELECOM - COMPETITION ISSUES	
	<i>By: Herbert Ungerer</i>123
INFORMACIONES Y PUBLICACIONES	128
ARTÍCULOS PUBLICADOS	130

EDITORIAL

Apreciados amigos del Boletín,

Deseo agradecer a los autores de los artículos que se adjuntan su ayuda e interés en desarrollar la política de competencia en América Latina. Todas estas contribuciones ponen de manifiesto la importancia que ha adquirido la defensa de competencia en sus economías.

Cada vez más temas son objeto de reflexión en el Boletín. Ello aumenta el interés en cooperar en la edición con las diferentes autoridades de competencia.

La próxima edición está prevista para Octubre 2001. Esperamos poder seguir recibiendo sus sugerencias y artículos.

Muchas gracias.

Juan Antonio Rivière
Juan.Riviere@cec.eu.int

UNA POLÍTICA DE COMPETENCIA ECONÓMICA EN EL MERCOSUR¹

Por: Félix Peña (*)

e-mail: fpena@datamarkets.com.ar

SUMARIO EJECUTIVO:

El informe incluye:

- (1) *Una revisión del estado actual de la cuestión de la competencia económica, como parte de los procesos de transformación productiva y de integración económica en la que se encuentran envueltos los países del Mercosur;*
- (2) *Un exámen de la situación presente en el tratamiento de las políticas de competencia económica en el Mercosur y en sus países socios; y*
- (3) *Recomendaciones con respecto a los próximos pasos que deberían darse para el desarrollo de una política de competencia en el Mercosur, basados en las respectivas experiencias nacionales, incluyendo el análisis del marco institucional que permita sustentar una política común de competencia, que sea eficaz y efectiva –es decir, que penetre en la realidad produciendo el efecto de proteger la competencia económica en el mercado ampliado-, teniendo en cuenta además, las futuras negociaciones en la OMC, en el ALCA y con la Unión Europea.*

Los objetivos del Mercosur, tal como han sido definidos por sus países miembros en el Tratado de Asunción, trascienden el libre comercio. Se trata claramente de una asociación voluntaria entre naciones soberanas, orientada a crear un mercado común, esto es, un espacio integrado de competencia económica para productores de bienes y prestadores de servicios, en beneficio del bienestar de ciudadanos y consumidores.

La cuestión de la competencia económica está colocada en el centro mismo del enfoque conceptual y estratégico del Mercosur. No se trata de una cuestión marginal o accesorio. Es por el contrario de la esencia del proyecto común encarado –por libre voluntad soberana y con legitimidad democrática-, por los cuatro países que lo integran. De allí que una política común y sus correspondientes instrumentos, orientada a defender la competencia económica en el ámbito del espacio económico ampliado, tiene que ocupar un lugar relevante en la agenda del Mercosur.

En particular, un enfoque amplio de la política común de competencia económica, conduce a establecer una relación estrecha entre el instrumento más específico destinado a protegerla, con el conjunto de políticas públicas e instrumentos que permitan concretar los objetivos originales del Mercosur.

Los países del Mercosur se encuentran hoy en plena transición de un modelo económico de protección a los competidores –aún a costa de la eficiencia, de la incorporación del progreso técnico y del funcionamiento de los mercados-, a uno de protección de la competencia, de los mercados y, en última instancia, de los consumidores.

Las políticas de defensa de la competencia ocupan en la actualidad, un lugar crecientemente importante en este contexto de transformación económica y social de los países del Mercosur. Es un fenómeno relativamente reciente, que también se observa en otros países latinoamericanos. En todos estos casos, se han dictado en los últimos años leyes de competencia económica, vinculadas con los

¹Publicado BENECKE, Dieter W., *Mercosur: Desafío Político*. CIEDLA-Konrad Adenauer Stiftung. Buenos Aires. 2001, pgs. 235 y sigs.

(*)El autor ha sido Subsecretario de Comercio Exterior en el Ministerio de Economía de la Argentina entre 1998 y 1999. Antes se desempeñó como Subsecretario de Integración Económica en la Cancillería argentina, entre 1991 y 1992. En ambos casos fue miembro titular del Grupo Mercado Común del Mercosur. En la actualidad integra el Estudio Moltedo, es Director del Instituto de Comercio Internacional de la Fundación BankBoston, y Profesor Titular y Director de la Maestría de Relaciones Comerciales Internacionales, de la Universidad Nacional de Tres de Febrero.

procesos de apertura y de transformación productiva, de privatización y de desregulación económica. Implican pasos en la dirección del desarrollo de una verdadera “cultura de la competencia”, como bien público a preservar, en particular en la perspectiva de la consolidación de sistemas democráticos y de una mayor equidad social.

Tanto a nivel nacional como en el del Mercosur, las políticas de competencia económica –en su sentido amplio y en el restringido– son parte integral de un enfoque más amplio de transformación productiva conjunta y de creación de condiciones de competitividad sistémica, que apunta a facilitar la capacidad de productores de bienes y de prestadores de servicios, para competir con eficiencia en sus propios mercados internos, en los de la región y a escala global.

Con este enfoque, la política de competencia económica no se la concibe como un instrumento aislado de protección del mercado, ni menos aún de los competidores, sino como parte de un complejo de políticas e instituciones, que sólo en su conjunto adquieren su plena eficacia y su legitimidad social. Potencian y se potencian en un marco indispensable de calidad en las políticas macroeconómicas y sectoriales, y de negociaciones comerciales internacionales, orientadas no sólo a ampliar los mercados internos, sino también a lograr igualdad en las condiciones de competencia económica, en la región en su sentido más amplio (Sudamérica y las Américas), a nivel inter-regional, por ej. con la Unión Europea, y a nivel global, en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio.

En el Mercosur como a nivel nacional en los países miembros, en especial de la Argentina y del Brasil, se han dado pasos significativos en los últimos años en materia de política de competencia económica, tanto en el plano de la legislación, como en el desarrollo institucional y experiencia práctica. Ellos crean las bases para avanzar en el futuro hacia una efectiva política común de competencia económica, que se integre en un enfoque más amplio de fortalecimiento del Mercosur.

En el plano del Mercosur, el actual punto de partida es el Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur aprobado en Fortaleza en 1996 por la Decisión CMC 18/96. A la fecha de este informe, el Protocolo no ha entrado en vigencia.

Tanto en su negociación como en su texto, se observa una estrecha vinculación entre política de defensa de la competencia, tratamiento al dumping intra-Mercosur y políticas públicas que distorsionen la competitividad. Es este triángulo de instrumentos, concebidos como parte de una misma estrategia de perfeccionamiento de la unión aduanera, el que refleja el balance de intereses nacionales sobre los que se construyen los acuerdos logrados en estas cuestiones en la Cumbre de Ouro Preto en 1994.

En el plano de las legislaciones nacionales de los países socios del Mercosur, la situación actual tiene diferencias significativas con respecto a la existente cuando se negoció el Protocolo de Fortaleza, en particular por las modificaciones legales introducidas en la Argentina. Además se observan diferencias entre 1996 y el momento actual, en cuanto al desarrollo institucional y al grado de experiencia acumulada por los países en la materia.

Se observan fuertes similitudes en los aspectos sustantivos incluidos en las legislaciones de las dos principales economías del área, las de la Argentina y del Brasil, y entre ellas y los incluidos en el Protocolo de Fortaleza. Tal similitud se genera a partir de la nueva legislación argentina. A pesar de diferencias existentes, están creadas las condiciones objetivas que faciliten tanto el desarrollo de una política común de defensa de la competencia, como la armonización de legislaciones y la cooperación entre los órganos nacionales de aplicación.

Es el propio Mercosur, en la medida que se concrete en los términos delineados en su pacto constitutivo, el Tratado de Asunción, un instrumento central para el desarrollo de una cultura y de un ámbito de competencia en sus países socios. Vista en esta perspectiva, la fundamentación económica del Protocolo de Fortaleza, como instrumento específico de la política de defensa de la competencia, es precisamente impedir que tales beneficios del mercado común sean interferidos por comportamientos empresarios o por políticas gubernamentales (en el caso, por ejemplo, de las ayudas de Estado).

Como ocurre con el propio Mercosur, una cultura, un ambiente y una política de competencia económica en su ámbito, sólo puede lograrse construyéndola con pasos graduales, dados hacia una dirección estratégica de largo plazo. Estos pasos tienen que estar basados sobre realidades nacionales. La dirección estratégica sigue siendo alcanzar el objetivo de un mercado común abierto al mundo y con vocación a lograr, con el tiempo, una dimensión sudamericana.

La experiencia ya acumulada en el Mercosur, y el grado de avance logrado en la puesta en práctica de modernas legislaciones e instituciones de defensa de la competencia en la Argentina y en el Brasil, generan condiciones objetivas apropiadas para continuar desarrollando el camino abierto con la negociación y aprobación del Protocolo de Fortaleza.

En la perspectiva de las consideraciones presentadas en este informe, se delinean en sus conclusiones, los pasos que parecen ser los más recomendables a seguir, a fin de avanzar con el desarrollo de una política común de competencia económica en el Mercosur, basada en los progresos que se han producido y se sigan produciendo en la materia en el ámbito nacional, y en los propios progresos que se logren en la profundización y ampliación del proceso de integración económica.

RECOMENDACIONES:

- a. teniendo en cuenta la nueva legislación argentina, en particular, la inclusión del control de concentraciones y fusiones, debería completarse el Protocolo de Fortaleza en lo previsto en su artículo 7, incluso antes que sea ratificado y entre en vigencia;*
- b. asimismo debería completarse el Protocolo de Fortaleza, según lo previsto por su artículo 32, con la incorporación de normas y mecanismos comunes que disciplinen la ayuda de los Estados, que puedan limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia y que sean susceptibles de afectar el comercio entre los países miembros. Ello supondría completar los trabajos encomendados por la Decisión CMC 20/94 sobre políticas públicas que distorsionen la competitividad, sea con la metodología allí prevista o con alguna diferente. Este paso debería darse incluso antes que el Protocolo sea ratificado y entre en vigencia, ya que puede suponerse que ello facilitaría su aprobación en los Parlamentos;*
- c. el Comité Técnico nro. 5 debería culminar el trabajo de redacción de la reglamentación del Protocolo de Fortaleza, tomando en cuenta los progresos que se logren en los trabajos mencionados en los literales a y b precedentes. En esta reglamentación deberían preverse mecanismos que faciliten el que, a través de la cooperación entre los organismos nacionales de aplicación en el seno del CDC, puedan articularse criterios comunes en la aplicación de las respectivas legislaciones y, sobretudo, puedan resolverse en la práctica problemas que se plantearán en casos concretos, como consecuencia de la superposición de jurisdicciones legales y administrativas;*
- d. sea a través de la reglamentación del Protocolo o si fuera necesario, con una modificación de su texto, debería resolverse el peligro potencial de bloqueo de las decisiones en las distintas instancias intervinientes en su aplicación, como consecuencia de la regla del consenso. Una forma podría ser la de prever que en todos los casos en que se requiera que la CCM refrende lo aprobado por el CDC, se considere que la CCM refrenda, salvo que en un plazo corto no lo rechazara por consenso. Como mínimo ello debería ser así en el caso de medidas preventivas. Otra modalidad sería prever que cuando no se logre el consenso en las instancias en que interviene la CCM o el GMC, debiera pedirse la opinión vinculante de un panel de técnicos independientes, que se consideraría aprobada, salvo su rechazo por consenso en un plazo también corto. Finalmente podría preverse que el CDC tuviera una gerencia técnica, integrada por técnicos permanentes independientes de los gobiernos, pero por ellos designados en base a concurso o a ternas cruzadas. Tal gerencia técnica debería emitir su opinión,*

previo a que el CDC se pronuncie. En los casos de la adopción de medidas preventivas, su opinión debería ser vinculante, salvo que por consenso el CDC no la comparta,;

- e. prever modificaciones al Protocolo de Brasilia, a fin de permitir que en los casos de defensa de la competencia económica, el panel esté integrado por personas que ofrezcan absoluta garantía de independencia y posean competencias notorias en la materia. Preferentemente debería estar integrado por un economista, un abogado, y un ex magistrado (o jurista con amplia experiencia judicial o arbitral), siendo éste último de un tercer país, incluso no miembro del Mercosur. El ex magistrado, elegido de una lista integrada especialmente con miembros con experiencia en instancias judiciales competentes en la materia, sería quien presidiría en todos los casos el tribunal arbitral. Los plazos deberían ser modificados a fin de que el pronunciamiento se logre en el menor tiempo posible. Pero asimismo, sería conveniente prever una instancia final a un órgano de apelación, integrado por cinco ex magistrados (o juristas con amplia experiencia judicial o arbitral), cuatro de los países involucrados y un tercero de un país no involucrado, quien presidiría. En tal caso el laudo sería por mayoría, si en un plazo determinado no se lograra el consenso. Todos los costos del procedimiento arbitral, en sus dos fases, deberían estar a cargo de la parte perdedora;*
- f. elaborar y poner en plena vigencia un programa de cooperación entre los órganos nacionales de aplicación, según lo previsto en el literal a. del artículo 30 del Protocolo de Fortaleza. Éste debería ser un objetivo de la máxima prioridad, ya que es a través de una intensa interacción entre organismos como la actual CADE en el Brasil y el Tribunal de Defensa de la Competencia -incluyendo un frecuente intercambio de técnicos por medio de pasantías de corto plazo-, como podrán lograrse avances significativos en preparar las condiciones, incluso culturales, de un desarrollo efectivo de una política de competencia económica en el Mercosur;*
- g. concretar con el apoyo de organismos internacionales, o con el de la Comisión Europea o países de la OECD, un programa de cooperación técnica para el inmediato fortalecimiento institucional de los organismos nacionales de aplicación, y para el necesario desarrollo legislativo e institucional, en la materia, de los países que aún no han adoptado legislación específica sobre competencia económica. Incluso ello podría lograrse a través de un préstamo de cooperación técnica de un organismo como el Banco Interamericano de Desarrollo, combinado con cooperación técnica no reembolsable en los casos del Paraguay y del Uruguay. Tal programa de cooperación técnica debería incluir campañas educativas a desarrollarse en los cuatro países y la formación de cuadros técnicos competentes en la materia;*
- h. comprometer, tanto a nivel del CDC como de los organismos nacionales de aplicación, los recursos necesarios para lograr el máximo de transparencia al marco regulatorio y a su aplicación concreta en casos específicos, colocando toda la información necesaria y con un criterio muy amplio, en Internet. Ello puede ser fundamental para facilitar el acceso a la utilización de tales marcos regulatorios por parte de empresas pequeñas y medianas, bajando los costos que pueden estar vinculados con la restricción de la información y del conocimiento profesional necesario para su pleno aprovechamiento. En el mismo sentido, tanto a nivel del CDC como de los organismos nacionales de aplicación, de los organismos especializados en pequeñas y medianas empresas en los respectivos países, y de las organizaciones empresarias de cúpula o sectoriales, deberían organizarse servicios de asesoramiento sobre el acceso a los regímenes de defensa de la competencia, en el Mercosur y en cada uno de los países. Este podría ser, asimismo, uno de los objetivos de un programa de cooperación técnica internacional, y*
- i. vincular la política común de competencia económica con una política conjunta de transformación productiva y de competitividad, orientada a la exportación a terceros mercados, especialmente en aquellos sectores de mayor densidad de pequeñas y medianas empresas, como pueden ser los del calzado, los muebles, los juguetes, la vestimenta, o donde hay mayor densidad de proveedores de grandes empresas*

industriales, como por ejemplo autopartes, o de grandes cadenas de distribución, como por ejemplo, los alimentos. Para ello puede recurrirse al ámbito institucional ya existente de los acuerdos sectoriales previstos por la Decisión CMC 3/91 o de uno nuevo aprobado al efecto. Una política común de competitividad sectorial, requeriría además operar con instrumentos financieros, como los que puedan resultar de una acción conjunta del BNDES del Brasil y del BICE de la Argentina; con políticas conjuntas de promoción comercial, a través de la acción conjunta de los organismos especializados, como la Agencia de Promoción de Exportaciones del Brasil, la Fundación Export-Ar de la Argentina y sus equivalentes del Paraguay y del Uruguay, y con políticas tecnológicas también conjuntas entre los organismos competentes de los cuatro países. Todas estas acciones conjuntas deberían estar abiertas a los países asociados al Mercosur.

Introducción

Los objetivos del Mercosur, tal como han sido definidos por sus países miembros en el Tratado de Asunción, trascienden el libre comercio. Se trata claramente de una asociación voluntaria entre naciones soberanas, orientada a crear un mercado común, esto es, un espacio integrado de competencia económica para productores de bienes y prestadores de servicios, en beneficio del bienestar sus ciudadanos y consumidores. Un mercado común que será construido gradualmente a partir del establecimiento de una unión aduanera, de la coordinación macroeconómica, de la libre circulación de los factores de la producción, y de la elaboración de políticas comerciales y sectoriales que aseguren “condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes” (artículo 1 del Tratado de Asunción) (1).

La cuestión de la competencia económica está colocada en el centro mismo del enfoque conceptual y estratégico del Mercosur. No se trata de una cuestión marginal o accesorio. Es por el contrario de la esencia del proyecto común encarado -por libre voluntad soberana y con legitimidad democrática-, por los cuatro países que lo integran. De allí que una política común y sus correspondientes instrumentos, orientada a defender la competencia económica en el ámbito del espacio económico ampliado, tiene que ocupar un lugar relevante en la agenda del Mercosur. Sería difícil concretar el Mercosur imaginado por los gobiernos -con la ratificación por la voluntad popular en los Congresos-, cuando se comprometieron formalmente en el Tratado de Asunción y en los instrumentos que de él han derivado, sin una política común de competencia económica, a su vez integrada en un complejo más amplio de políticas e instrumentos orientados hacia los mismos objetivos.

En el Mercosur, el libre comercio y la unión aduanera son los primeros pasos de una construcción gradual que está lejos aún de su conclusión y que, sin dudas, llevará muchos años para su pleno desarrollo, a pesar de algunas de las expectativas creadas en el momento fundacional.

Incluso transcurridos casi diez años desde el inicio del proceso de integración económica con la decisión adoptada en el Acta de Buenos Aires, en julio de 1990, estos primeros pasos aún no están completos. Es mucho lo que se ha avanzado, pero el punto de no retorno -si alguna vez existiera- está lejos de haber sido alcanzado, si por él se entiende aquel momento en que para cada uno de los países miembros, pueda ser más costoso salir ("exit" en el sentido de Hirschman), que continuar intentando que el proyecto se ajuste a sus intereses ("voice" también en el sentido de Hirschman) (2).

Si bien se han eliminado los aranceles para todo el universo arancelario y se ha establecido el arancel externo común, quedan aún en pie excepciones significativas al libre comercio irrestricto, por su importancia en el intercambio comercial intra-Mercosur (sectores automotriz y azucarero); se siguen aplicando restricciones no arancelarias, teóricamente eliminadas; hay excepciones y perforaciones al arancel externo común; muchas de las reglas de juego aprobadas por consenso y necesarias al funcionamiento de la unión aduanera, aún no han sido internalizadas en los respectivos ordenamientos jurídicos internos, lo que incluso puede estar afectando la reciprocidad de intereses y de expectativas entre los socios, que como se sabe, son el principal sustento del vínculo asociativo y del ordenamiento jurídico que de él deriva -incluso pueden estar afectando el principio de reciprocidad de derechos y obligaciones sobre el que está fundado el Mercosur, según el artículo 2 del Tratado de Asunción-; el concepto mismo de libre comercio dentro de la unión aduanera no es plenamente aplicable, por ejemplo, por la subsistencia del requerimiento de certificados de origen y por el doble cobro de arancel externo, cuando un producto internado en el territorio aduanero de uno de los socios es introducido en el de otro de los

socios; subsiste la admisión temporaria para productos exportados al Mercosur. Claramente se trata de una unión aduanera en construcción, en la que se requieren aún pasos importantes para lograr su pleno funcionamiento en un marco razonable de estabilidad y de seguridad jurídica.

Tampoco se han efectuado progresos significativos en la coordinación de políticas macroeconómica y en el plano de las políticas sectoriales. No se han podido cumplir así los supuestos económicos fundamentales bajo los cuales se pactó el libre comercio y la unión aduanera, y que fueran claramente definidos primero en el Anexo I del Acta de Buenos Aires (3) –pieza fundamental para entender la lógica implícita del programa de liberación comercial comercial-, y luego en el propio Tratado de Asunción, en su artículo 5 (4) Tales supuestos eran de que el proceso de la liberación comercial y el establecimiento del arancel externo común, iban a ser acompañados por la coordinación macroeconómica –calificada como indispensable- y por la eliminación de asimetrías originadas en políticas públicas que afectarían las competitividades relativas entre los socios (5).

A su vez, la profundización de los compromisos originales a través de la inclusión de los servicios y de las compras gubernamentales, no ha tenido aún el desarrollo que se esperaba originalmente. Y la ampliación del Mercosur a otros países miembros de la ALADI, a través de acuerdos de asociación o de libre comercio, sólo se ha cumplido parcialmente con los acuerdos celebrados con Chile y con Bolivia. Siguen pendientes las negociaciones con los países de la Comunidad Andina y con México, con los cuales los socios del Mercosur han negociado preferencias individualmente, hasta tanto se concreten las negociaciones previstas como unión aduanera.

Lo antes señalado no significa plantear una visión negativa ni pesimista sobre la evolución y las perspectivas del Mercosur. Significa, por el contrario, reconocer con realismo la magnitud de la tarea por delante, a fin de lograr los objetivos originalmente definidos por los cuatro socios. La complejidad de la empresa encarada, así como las dificultades económicas que han atravesado los socios del Mercosur en los últimos años, en buena medida originadas en factores externos a la región, explican muchas de las dificultades que se debieron enfrentar y algunos de los relativos fracasos.

Pero los objetivos originales siguen vigentes. Así lo han manifestado reiteradamente los cuatro gobiernos y al más alto nivel político. La voluntad de relanzar el Mercosur está claramente expresada. La reunión del Grupo Mercado Común de abril de 2000, la primera realizada tras los cambios de gobierno en dos de los socios –la Argentina y el Uruguay- definió en tal sentido una agenda de trabajo (6) que retoma muchos de los temas pendientes, algunos de los cuales ya estaban incluidos en el Cronograma de Las Leñas de 1992 (7) y en el Programa de Acción “Mercosur 2000” de 1995 (8).

Esa voluntad política de relanzar el Mercosur, tiene lógica si se consideran por lo menos cuatro hechos que forman parte del balance positivo que se puede efectuar del proceso de integración económica regional, más allá de las dificultades y relativos fracasos antes señalados.

En primer lugar, están los resultados logrados desde el inicio del proceso de integración, primero en 1986 entre la Argentina y el Brasil (9), luego en 1990, entre los actuales cuatro socios. Son resultados que se miden, entre otros indicadores, en el crecimiento del comercio recíproco; en el de las inversiones extranjeras directas orientadas al Mercosur, y en las estrategias de producción y de distribución de un amplio número de empresas –multinacionales, regionales e incluso pequeñas y medianas- que han respondido a las señales enviadas a los inversores por los gobiernos al invitarlos a operar en un mercado ampliado y en expansión, con una demanda potencial insatisfecha para muchos bienes y servicios que hoy están al alcance de los consumidores en los países más avanzados; que en la actualidad alcanza los 200 millones de consumidores, y que está abierto al mundo.

En segundo lugar, están los progresos efectuados en acreditar en el mundo la imagen del Mercosur como expresión de una nueva realidad política y económica del Sur de las Américas, integrado por países dispuestos a competir y negociar con otros países y regiones, en base a sus propias transformaciones productivas operadas en un contexto de legitimidad democrática. Es decir, el Mercosur como expresión de un regionalismo abierto, competitivo y democrático. Es lo que se denominara en 1995, ocasión de la crisis del tequila, como la “marca Mercosur”.

En tercer lugar, está la percepción de gobiernos y de sus opiniones públicas, de que más allá de las dificultades encontradas en el desarrollo del proyecto original, el trabajo conjunto en un marco de integración

económica continua siendo para cada uno de los socios la mejor opción estratégica, a fin de sustentar sus propios procesos internos de transformación y de consolidación democrática. En un mundo globalizado y de gran dinámica de cambio, la creación de un entorno regional favorable a tales procesos domésticos, sigue siendo percibida como una prioridad indiscutible y quizás la única opción racional.

Y en cuarto lugar, está el creciente reconocimiento que la construcción de un espacio de integración, basado en el libre consentimiento de naciones soberanas –la figura de una alianza consensual- no es un proceso lineal y automático. Por el contrario, es un proceso sometido a todas las tensiones originadas por intereses nacionales y sectoriales no siempre convergentes; penetrado por los efectos de la dinámica del cambio constante operado en el entorno global y regional; e influenciado por las demandas de las propias realidades políticas y económicas nacionales, a su vez impactadas por el desarrollo de los compromisos del Mercosur, por ejemplo en el comercio en algunos sectores más sensibles. En tal sentido, las lecciones que se pueden extraer de la integración europea, son claras en cuanto al carácter sinuoso de la construcción consensuada de un espacio económico común entre un grupo de países, que no sólo preservan su soberanía, su identidad y sus intereses nacionales, sino que además tienen dimensiones económicas diferentes.

La cuestión de una política común de competencia económica, es parte de la agenda de consolidación y profundización del Mercosur (10). Desde que se aprobara en 1996 el Protocolo de Fortaleza, que tiene por objetivo regular la defensa de la competencia económica en el Mercosur, no se han efectuado mayores progresos. Aún no está vigente ni reglamentado. Otras cuestiones que fueron negociadas simultáneamente con la política de competencia económica en la Cumbre de Ouro Preto, en 1994 –es decir, que formaran parte del "package deal" allí aprobado-, tampoco se han traducido en los instrumentos requeridos. Tal es el caso de las políticas públicas que distorsionan la competitividad, las ayudas de Estado y el tratamiento a las prácticas desleales de comercio dentro del Mercosur. Son todas ellas cuestiones vinculadas entre sí en el marco de una política de competencia económica, definida en su sentido amplio.

La percepción en muchos analistas y empresarios, es de que subsisten –en un contexto de pronunciadas asimetrías en la dimensión económica de los socios y de fuertes disparidades macroeconómicas-, muchas políticas e instrumentos gubernamentales, –provenientes en su mayor parte de períodos anteriores de mayor proteccionismo económico e intervencionismo estatal-, que contribuyen a desnivelar artificialmente el campo de juego entre los competidores. Ellas se encuentran en los cuatro países, pero indudablemente tienen mayor impacto en el desnivel del campo de juego, cuando existen y se aplican en la Argentina y el Brasil, por ser las dos economías de mayor dimensión relativa.

Tal percepción, torna más difícil lograr que se acepte la idea de que la competencia económica, como bien público común a proteger en el Mercosur, pueda ser asegurada sólo con un instrumento específico para su defensa –tal por ejemplo, el Protocolo de Fortaleza-, si él no se integra en un cuadro más amplio de políticas públicas comunes e internas de los países socios, destinadas efectivamente a asegurar un funcionamiento eficiente de los mercados en un entorno efectivamente competitivo.

En particular, un enfoque amplio de la política común de competencia económica, conduce a establecer una relación estrecha entre el instrumento más específico destinado a protegerla, con el conjunto de políticas públicas e instrumentos que permitan concretar los objetivos originales del Mercosur.

La construcción del Mercosur –entendida como la resultante de procesos nacionales de transformación productiva- es entonces, con tal enfoque, sinónimo de la construcción de un entorno común de competencia económica –entendida como cultura, ambiente, políticas públicas, instrumentos e instituciones-. Y construir una política común y específica de competencia económica –basada en políticas nacionales y entendida en su sentido estricto, de principios, normas e instituciones orientados a protegerla- es, a su vez, un instrumento clave de la construcción del Mercosur (11).

Como también ocurre en otros planos, como el de las políticas macroeconómicas y las comerciales externas, el Mercosur puede producir un importante efecto-disciplina en las propias políticas nacionales de competencia económica. Integrar economías, supone someter las políticas económicas nacionales a disciplinas colectivas libremente pactadas, y es éste uno de los efectos más significativos de un proceso de integración económica, sobre los procesos nacionales de transformación productiva. Restringe, en aras de un interés estratégico común, la tendencia a comportamientos unilaterales de los gobiernos nacionales, que muchas veces son la resultante de presiones de tipo político y sectorial. En el plano, por ejemplo, de las políticas comerciales

externas, la experiencia indica que el argumento “el Mercosur no lo permite” (o “la OMC no lo permite”), brinda a los funcionarios gubernamentales un eficaz escudo protector contra tendencias proteccionistas que puedan operar sobre ellos. Lo mismo puede ocurrir en otros planos, como por ejemplo, el de la competencia económica.

Hay por lo tanto entre ambas construcciones –la del Mercosur y la de la política común de competencia económica- constantes sinergias y una necesaria sincronización en sus avances. Son, en última instancia, conceptos sinónimos y en su puesta en práctica efectiva, se refuerzan mutuamente. Un Mercosur que complete su unión aduanera, con asimetrías de dimensión económica entre sus socios y sin política común de competencia económica, equivaldría a abrir el camino o a la ruptura del cuadro de ganancias mutuas que lo sustenta –sería percibido como un juego de suma cero-, o a un modelo de regionalismo cerrado, disfuncional a las actuales tendencias del regionalismo en el mundo y contrario a los compromisos asumidos en la OMC.

Es quizás esa relación simbiótica entre integración y competencia económica, la principal lección que puede extraerse de la fecunda experiencia de la integración europea. Integración y competencia económica, fueron las dos nociones medulares del origen de la experiencia que condujo a la actual Unión Europea. La racionalidad económica y política del Plan Schuman, residió precisamente en lograr el desmantelamiento de los carteles del carbón y del acero especialmente en la cuenca del Ruhr, sometiéndolos a las disciplinas de un marco de instituciones y de reglas comunes (12).

Esta claro, cincuenta años después, que hubiera sido muy difícil avanzar en la integración europea sin una política común de competencia económica, custodiada a su vez, por instituciones y reglas comunes y, en particular, por una instancia jurisdiccional judicial común. Mercado común con competencia económica protegida, y reglas de derecho comunes, interpretadas y aplicadas por una Justicia común (la Corte de Luxemburgo interactuando con las justicias nacionales), en un marco de legitimidad democrática, son las claves de la única experiencia exitosa de integración voluntaria entre naciones soberanas. La fórmula es simple de formular. Muy difícil de practicar. Más difícil aún es imaginar un sustituto que pueda penetrar en la realidad y que a la vez, pueda ser más eficaz.

Es con este enfoque que se ha encarado la elaboración de un informe sobre una política común de competencia económica en el Mercosur. Sólo pretende facilitar un debate sobre la cuestión. Sus objetivos son:

- (1) pasar revista al estado actual de la cuestión de la competencia económica, como parte de los procesos de transformación productiva y de integración económica en la que se encuentran envueltos los países del Mercosur;
- (2) examinar la situación presente en el tratamiento de las políticas de competencia económica en el Mercosur y en sus países socios; y
- (3) plantear recomendaciones con respecto a los próximos pasos que deberían darse para el desarrollo de una política de competencia en el Mercosur, basados en las respectivas experiencias nacionales, incluyendo el análisis del marco institucional que permita sustentar una política común de competencia, que sea eficaz y efectiva –es decir, que penetre en la realidad produciendo el efecto de proteger la competencia económica en el mercado ampliado-, teniendo en cuenta además, las futuras negociaciones en la OMC, en el ALCA y con la Unión Europea (13).

1. La cuestión de la competencia económica en el Mercosur y en sus países socios

El Mercosur es, a la vez, la resultante de procesos orientados a introducir, en un contexto de mayor estabilidad macroeconómica, profundas transformaciones económicas y sociales en cada uno de sus países, y un instrumento concebido para potenciarlas. La génesis de estos procesos nacionales precede al momento fundacional del Mercosur; incluso lo explica. Está ello claro en los casos de la Argentina y del Brasil, donde las decisiones de abrir las economías al comercio internacional, reduciendo los aranceles y eliminando restricciones no arancelarias, preceden la decisión política adoptada en 1990 de establecer el Mercosur.

Son transformaciones productivas efectuadas en el marco de la legitimidad democrática y, por lo tanto, fuertemente dependientes del continuo apoyo de las opiniones públicas. Se realizan en el contexto de una

economía globalizada y en acelerado proceso de cambio, acentuado por el fin de la confrontación ideológica de la Guerra Fría y por profundas innovaciones tecnológicas, que inciden en procesos productivos y distributivos, en el acceso a la información y al conocimiento, y en los flujos financieros.

Pero son transformaciones que también se realizan en respuesta a los desafíos planteados por la necesidad de encarar negociaciones comerciales multilaterales, hemisféricas e inter-regionales (en la OMC, el ALCA y con la Unión Europea), de cuyos resultados dependerán accesos a mercados en condiciones de mayor previsibilidad; grados de permisibilidad para políticas públicas en múltiples planos de la vida económica y social, y capacidad para atraer inversiones y tecnologías.

Desde esa perspectiva, los avances del Mercosur sólo pueden ser sincrónicos con los cambios operados en las economías de los países que lo integran. En tal sentido, el Mercosur puede ser visualizado como un subproducto de procesos domésticos que tienen su propia lógica interna y dinámica. Su concreción gradual, debería producir por efecto el facilitar y el consolidar los procesos de transformación productiva de los países socios. Puede afirmarse entonces que el Mercosur, así concebido, tiene que ser un catalizador y un factor para potenciar energías desatadas en los países socios, orientadas a colocarlos en condiciones de competir y de negociar en el mundo globalizado del siglo XXI.

Es lógico entonces que el Mercosur sólo puede tener éxito, en la medida que se sustente en el impulso de las transformaciones internas de los socios. No podría ser un elemento de distorsión o de desaceleración de tales cambios, porque los países terminarían por dejarlo a un lado, al menos en su formulación actual. Tampoco podría sustituir el papel motor que ellos tienen. Incluso muchas de las dificultades que se han producido en los avances del Mercosur, derivan de dificultades producidas en el plano interno de los países socios y no necesariamente originadas en el proceso de integración económica (14).

En una primera etapa, los ejes principales en torno a las cuales se han articulado los procesos nacionales de transformación económica y social, en un contexto democrático, han sido la estabilidad macroeconómica, la disciplina fiscal, la apertura al comercio internacional, la reforma del Estado, las privatizaciones y la desregulación de la economía. Son reformas orientadas a crear condiciones sólidas para el crecimiento de la economía, en un marco de mayor transparencia de los mercados, de eficiencia productiva y de generación de bienestar colectivo.

En una segunda etapa, además de consolidar los logros de la etapa anterior, arraigándolos en una estabilidad macroeconómica sustentable –lo que implica además de disciplina fiscal, un aumento sustancial del ahorro interno, y un fuerte incremento de las exportaciones de bienes y de servicios-, los procesos de transformación económica y social han avanzado hacia la introducción de reformas institucionales más profundas –denominadas de segunda generación-.

Elas se expresan a través de políticas públicas orientadas a estimular la eficiencia en el funcionamiento del Estado y una mayor competencia económica. Debe lograrse así una asignación más eficiente de recursos, ganancias de productividad, y una mejora sustancial de la competitividad de productores y de prestadores de servicios, tanto en los mercados internos, como en el propio Mercosur y a escala global.

Son reformas institucionales, además, que tienen como objetivo acelerar cambios estructurales que generen una mayor solidaridad y cohesión social, atacando en su raíz, los serios problemas distributivos provenientes del pasado y que muchas veces se han acentuado en el período inicial del proceso de transformación económica. Ello implica operar, en particular, sobre los sistemas impositivos y sobre su eficacia para combatir la evasión fiscal. Y también implica lograr un aumento sustancial de la eficiencia en el uso de los recursos orientados a políticas sociales y de educación, factores claves de la legitimidad social de los procesos de transformación económica, en un contexto democrático y de sociedades abiertas.

En esta perspectiva, las políticas de competencia económica, tanto a nivel interno de los países socios como a nivel del Mercosur, pasan a ocupar un lugar prioritario en la estrategia de transformación económica y social, individual y conjunta de los países socios. En el plano nacional, como lo ha señalado Stiglitz (15), existe un reconocimiento creciente que el estancamiento que se observó en América Latina tras el agotamiento del período de sustitución de importaciones, tiene tanto o más que ver con la falta de condiciones de competencia económica interna que con el proteccionismo externo. Un sector estatal sobreexpandido, con el monopolio de servicios públicos e incluso de actividades productivas, y un sector privado fuertemente concentrado y no

suficientemente abierto ni a la competencia externa ni a la interna, condujeron a una creciente obsolescencia tecnológica, al deterioro de la cultura de innovación, y a una ausencia de condiciones y de aptitudes para competir con productos y servicios con valor agregado intelectual, diferenciados y de calidad, en su propio mercado y con más razón en los externos, especialmente en los más exigentes de los países de la OECD.

Por lo demás, en los sectores –como la agricultura y la agro-industria- en que sí había –y hay- condiciones internas para producir con eficiencia bienes de calidad -commodities y diferenciados, con marca propia- y para competir en los mercados domésticos e internacionales, los productores del Mercosur fueron claramente afectados por el proteccionismo de los países de la OECD. Pero también lo han sido por políticas públicas desarrolladas por algunos de estos países, a veces con un enorme costo fiscal e incluso ambiental, con el fin de estimular a productores ineficientes a exportar a terceros mercados, desplazando en muchos casos, productos más baratos y de calidad provenientes de los países del Mercosur.

Los países del Mercosur se encuentran hoy en plena transición de un modelo económico de protección a los competidores -aún a costa de la eficiencia, de la incorporación del progreso técnico y del funcionamiento de los mercados-, a uno de protección de la competencia, de los mercados y, en última instancia, de los consumidores.

Como toda transición, se caracteriza por la superposición de elementos provenientes del viejo orden - como se ha observado en muchos de los servicios públicos privatizados que aún operan en condiciones limitadas de competencia económica-, y los provenientes del nuevo orden, en los que la transparencia de los mercados y los efectos de las políticas de competencia económica, empiezan gradualmente a emerger.

Al hacerlo, se van creando condiciones más favorables a la eficiencia en la asignación de los recursos, a la competitividad y en última instancia, a la satisfacción de los intereses del ciudadano-consumidor-usuario-contribuyente-trabajador. Éste es, en definitiva, quien debe beneficiarse por el proceso de transformación económica –y con las políticas de competencia económica-, con mejores bienes y precios, con más empleo y bienestar.

En un contexto democrático y de sociedades crecientemente abiertas en lo económico, pero también en lo político y cultural, es esa satisfacción del ciudadano-consumidor-usuario-contribuyente-trabajador, la base de la legitimidad de los esfuerzos que cada sociedad ha emprendido con los procesos de transformación. Es la clave de su sustentabilidad en el largo plazo.

Las políticas de defensa de la competencia ocupan en la actualidad, un lugar crecientemente importante en este contexto de transformación económica y social de los países del Mercosur. Es un fenómeno relativamente reciente, que también se observa en otros países latinoamericanos. Algunos de ellos están vinculados al Mercosur por acuerdos de asociación, como es el caso de Chile. Otros, forman parte del mapa de ampliación futura del Mercosur como un amplio espacio de integración económica en Sudamérica, como son los casos de Colombia, Perú y Venezuela, o de su inserción en un área de libre comercio hemisférico, como es el caso de México (16).

En todos estos casos, se han dictado en los últimos años leyes de competencia económica, vinculadas con los procesos de apertura y de transformación productiva, de privatización y de desregulación económica (17). Implican pasos en la dirección del desarrollo de una verdadera “cultura de la competencia”, como bien público a preservar, en particular en la perspectiva de la consolidación de sistemas democráticos y de una mayor equidad social.

La de competencia es una política pública que tiene que ver con estructura de los mercados, con conductas empresarias y con sus efectos económicos (18). Se plantea en términos de categorías jurídicas, procedimientos y mecanismos institucionales, que giran en torno a conceptos económicos, tales como poder de mercado, barreras al acceso a un mercado, precios y costos, carteles, monopolios, etc. Su esencia reside en el efecto de estructuras y conductas empresarias sobre la competencia en un mercado. El bien público protegido es claramente el funcionamiento del mercado y su acceso, por entender que la transparencia y la libertad con la que en él operan los competidores, resultan beneficiosas para el bienestar general de una comunidad.

Puede distinguirse entre política de competencia económica en sentido estricto y en sentido más amplio (19). Ello es válido tanto en el plano interno de los países como en el del Mercosur.

En un sentido más estricto, la política de defensa de la competencia puede ser definida, acorde con la práctica más generalizada en los países de la OECD, y hoy en las principales economías latinoamericanas y del Mercosur, como “el conjunto de leyes y regulaciones que gobiernan las prácticas empresarias (acuerdos horizontales y verticales entre empresas, abusos de posiciones dominantes, monopolios, fusiones y compras de empresas)”(20).

En sentido más amplio (21) involucra el conjunto de políticas públicas, instrumentos legales e instituciones, que tienen un efecto en la competencia económica en todos los niveles de un país (nacional, estadual o provincial, y local), abarcando entre otras cuestiones relevantes, la protección al consumidor; la liberalización comercial y la efectiva competencia en el plano de las importaciones –es decir, los efectos de la apertura comercial externa no neutralizada por monopolios de importación (22) o por defectos de las cadenas distributivas-; la defensa comercial y sus mecanismos de aplicación efectiva, incluyendo la eficacia del control aduanero sobre prácticas de comercio desleal –por ej. subfacturación-; la regulación de la inversión directa extranjera; la protección de los derechos de propiedad intelectual, incluyendo la eliminación de prácticas restrictivas al comercio que pueden estar con ellas vinculadas, y el derecho societario y el tratamiento de las quiebras.

En el plano del Mercosur -concebido en función de su objetivo de largo plazo, esto es el desarrollo de un mercado común-, política de competencia económica en sentido amplio, involucra todo el conjunto de políticas, instrumentos e instituciones, orientados a generar y preservar condiciones de competencia económica, entre quienes operan en la producción de bienes y en la prestación de servicios desde las respectivas economías nacionales.

Es una consecuencia de la apertura recíproca e irrestricta de los mercados, resultante en el caso de los bienes, de la aplicación del programa de liberación comercial establecido en el Tratado de Asunción, y que según se ha acordado, deberá extenderse a los servicios y a las compras gubernamentales.

Procura impedir que, a través de conductas empresarias y de la estructura de los mercados, se neutralicen los efectos previstos por el objetivo de la amplia apertura al comercio recíproco de bienes y de servicios, en términos de eficiencia en la asignación de los recursos, de productividad y de competitividad, y de mayor bienestar para la población.

Involucra, política de defensa de la competencia económica en sentido estricto, en particular a través del Protocolo de Defensa de la Competencia, así como de la neutralización de los efectos de distorsión originados en políticas públicas aplicadas por los países miembros. Y también política de competencia económica en sentido amplio, incluyendo la defensa comercial; la defensa del consumidor; las políticas comerciales externas; las de inversión directa originada en el propio Mercosur y en terceros países; la armonización de legislaciones, entre otros, en el plano del derecho comercial, en el tributario, en el de la propiedad intelectual.

Tanto a nivel nacional como en el del Mercosur, las políticas de competencia económica –en su sentido amplio y en el restringido- son parte integral de un enfoque más amplio de transformación productiva conjunta y de creación de condiciones de competitividad sistémica, que apunta a facilitar la capacidad de productores de bienes y de prestadores de servicios, para competir con eficiencia en sus propios mercados internos, en los de la región y a escala global.

Ello implica introducir en las respectivas agendas nacionales y regional, políticas públicas e instituciones, que directa o indirectamente contribuyen a generar una cultura y un entorno favorable a la competitividad. En particular, implica introducir como parte de tales agendas –las nacionales y la común-, en función del concepto más amplio de competitividad sistémica (23), políticas públicas, instituciones y comportamientos sociales vinculados, en particular, a la educación, el desarrollo del conocimiento, la innovación y el progreso técnico; a la salud y el bienestar social de la población; a la administración de justicia y a la aplicación efectiva de la ley.

Con este enfoque, la política de competencia económica no se la concibe como un instrumento aislado de protección del mercado, ni menos aún de los competidores, sino como parte de un complejo de políticas e instituciones, que sólo en su conjunto adquieren su plena eficacia y su legitimidad social. Potencian y se

potencian en un marco indispensable de calidad en las políticas macroeconómicas y sectoriales, y de negociaciones comerciales internacionales, orientadas no sólo a ampliar los mercados internos, sino que también a lograr igualdad en las condiciones de competencia económica, en la región en su sentido más amplio (Sudamérica y las Américas), a nivel inter-regional, por ej. con la Unión Europea, y a nivel global, en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio.

2. Los progresos alcanzados en materia de competencia económica en el Mercosur y en sus países miembros desde la aprobación del Protocolo de Fortaleza

Tanto en el Mercosur, como a nivel nacional en los países miembros, en especial de la Argentina y del Brasil, se han dado pasos significativos en los últimos años en materia de política de competencia económica, tanto en el plano de la legislación, como en el desarrollo institucional y experiencia práctica. Ellos crean las bases para avanzar en el futuro hacia una efectiva política común de competencia económica, que se integre en un enfoque más amplio de fortalecimiento del Mercosur.

En tal sentido, es fundamental constatar que existe ahora entre las dos economías principales del área de integración, una base legislativa e institucional en la que predominan los denominadores comunes. Tal no era la situación imperante cuando se negoció y se aprobó el denominado Protocolo de Fortaleza, que es el instrumento principal con el que cuenta hasta ahora el Mercosur, en materia de defensa de la competencia económica. Este instrumento estuvo basado en la legislación y la experiencia del Brasil, la que en ese momento era más evolucionada y completa que la Argentina, especialmente en materia de control de fusiones y concentraciones empresarias.

2.1. En el Mercosur

En el plano del Mercosur, el actual punto de partida es el Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur aprobado en Fortaleza en 1996 por la Decisión CMC 18/96 (24). A la fecha de este informe, el Protocolo no ha entrado en vigencia. Se requiere la ratificación de por lo menos dos países para que el Protocolo entre en vigencia y, en tal caso, lo sería sólo entre tales países.

Sus antecedentes inmediatos son la Decisión CMC 21/94, la Resolución GMC 129/94 y, en particular, la Directiva 1/95 de la Comisión de Comercio. Los trabajos técnicos fueron desarrollados en el Subgrupo de Trabajo nro. 10 del Grupo Mercado Común, primero y luego en el Comité Técnico nro. 5 del Comité de Comercio. En ambos casos participaron autoridades y técnicos de los organismos nacionales con responsabilidades y/o especialización en políticas de competencia en cada uno de los países miembros. Como se señaló antes, en sus enfoques, conceptos e instituciones fundamentales, el Protocolo está basado en la legislación vigente en el Brasil en el momento de su negociación.

La base legal del Protocolo surge del artículo 1ro. del Tratado de Asunción, cuando en su definición de lo que implica el mercado común al que se comprometieron los socios, prevé la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales “para asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados Partes”.

A su vez, la fundamentación económica, consiste en que los beneficios de la ampliación de los respectivos mercados nacionales a través, entre otros instrumentos, del cumplimiento del Programa de Liberación Comercial –arancel cero sin restricciones arancelarias para todo el universo arancelario–, no fueran neutralizados por los efectos restrictivos de la competencia, originados en conductas empresarias o en la estructura de los mercados.

El supuesto del cual se parte es que con la nueva escala de los mercados, un número cada vez más amplio de empresas, tomarán decisiones de inversión, y desarrollarán estrategias de producción y de comercialización, incluyendo alianzas con otras empresas, que podrían capturar para sí los beneficios de la ampliación del universo de consumidores, eventualmente bloqueando el acceso al mercado de otros competidores. Dada la fuerte concentración económica observable en algunos de los principales sectores industriales y de servicios, es una hipótesis plausible el que se desarrollen prácticas orientadas a excluir competidores o a restringir, por distintos medios, la competencia económica en el mercado integrado, afectando de tal forma el comercio recíproco entre los países socios.

El vínculo explícito entre libre comercio y libertad de competencia, es uno de los fundamentos de la Decisión CMC 18/96: “que es importante contar con un instrumento que preserve y promueva la libre competencia en el ámbito del Mercosur y que contribuya así, al cumplimiento de los objetivos de libre comercio establecidos en el Tratado de Asunción”. El establecimiento de condiciones adecuadas de competencia se relaciona tanto a la libre circulación de bienes como a la de los servicios.

Como se verá más adelante, el Protocolo contiene una estrecha relación entre competencia económica y sus efectos sobre el comercio entre los socios. Ambos son condiciones necesarias para que se reúnan los requisitos que habilitan a su aplicación. Aquellos actos practicados en el territorio de un socio y cuyos efectos a él se limiten, son regulados exclusivamente por la legislación de cada país. Ello supone que, a su vez, los socios aseguren “en el ejercicio de las actividades económicas en sus territorios, iguales condiciones de competencia”.

El Protocolo se inserta en un contexto más amplio de instrumentos que aún no han sido puestos en vigencia o aprobados, tales como el Reglamento de Salvaguardias Aplicables a Terceros Países (Decisión CMC 17/96), el Protocolo de Defensa del Consumidor, el tratamiento al dumping y los incentivos a las exportaciones en el Mercosur (Decisión CMC 10/94).

Pero sobretodo, tanto en su negociación como en su texto, se observa una estrecha vinculación entre política de defensa de la competencia, tratamiento al dumping intra-Mercosur y políticas públicas que distorsionen la competitividad. Es este triángulo de instrumentos, concebidos como parte de una misma estrategia de perfeccionamiento de la unión aduanera, el que refleja el balance de intereses nacionales sobre los que se construyen los acuerdos logrados en la Cumbre de Ouro Preto en 1994. Forman parte de un "package deal" que a su vez incluyó -entre otros elementos centrales-, los acuerdos con respecto al régimen de adecuación, al arancel externo común y sus excepciones, y a los sectores automotriz y azucarero.

La idea central detrás del antes mencionado triángulo de políticas e instrumentos, es la de que teniendo en cuenta la asimetría de dimensión y de poder económico relativo entre los socios, sólo podría abordarse una política común de competencia económica, si a la vez se actuara sobre la posibilidad que tienen los Estados de mantener o introducir, elementos artificiales de distorsión de la competitividad relativa entre empresas que operan desde los diferentes mercados, a través de políticas públicas, muchas de ellas provenientes de períodos de fuerte protección a los competidores nacionales (25).

El enfoque supone que operando en el plano de tales políticas públicas, con criterios comunes y con certeza sobre su eficacia, podrá avanzarse también en la exclusión en el comercio intra-Mercosur del tratamiento anti-dumping previsto en las legislaciones nacionales. Caso contrario, la percepción del empresariado de los países con mercados más reducidos y con empresas de menor dimensión relativa, es la de que perderían la última barrera legítima para defenderse de prácticas desleales de comercio, que tuvieran precisamente por efecto distorsionar las condiciones de competencia económica en el ámbito de una unión aduanera reconocida como muy imperfecta.

Es natural que en un proceso de integración económica entre naciones de desigual tamaño y poder económico, sean los países relativamente de menor dimensión y sus empresarios los que tengan mayor preocupación, por el nivelamiento del campo de juego a la hora de abrir en forma irrestricta los mercados nacionales y por la adopción de instrumentos de defensa de la competencia económica, que sean efectivamente aplicados por autoridades independientes de presiones políticas e intereses sectoriales.

Es en este triángulo de políticas e instrumentos, donde quizás reside una clave para comprender la evolución posterior que ha tenido el tratamiento de la cuestión de la competencia económica en el Mercosur. Es decir, es posible avanzar la hipótesis de que el hecho que prácticamente no se avanzara, ya que el Protocolo de Fortaleza no ha sido ratificado ni reglamentado, puede en principio explicarse por el hecho que tampoco hubiera ningún progreso, en el tratamiento de la cuestión de las políticas públicas que pueden distorsionar condiciones de competitividad en la unión aduanera. Sin embargo, cabe reconocer como se señaló más arriba, que tampoco hubo avances significativos desde Fortaleza en casi ninguno de los otros planos relacionados con el perfeccionamiento del libre comercio y de la unión aduanera.

Concretamente entonces, desde el origen de su negociación, el Protocolo de Fortaleza se vincula estrechamente con la cuestión de las políticas públicas que distorsionen las condiciones de competitividad relativa dentro del Mercosur.

En efecto, simultáneamente con la Decisión CMC 21/94, que estableció las pautas básicas sobre defensa de la competencia en el Mercosur, en base a las cuáles se negoció el Protocolo, se aprobó la Decisión CMC 20/94, que crea el Comité Técnico encargado del tratamiento de la cuestión de las políticas públicas que distorsionen la competitividad.

El mandato del Comité Técnico era precisamente el de identificar las medidas en el ámbito de las políticas públicas, vigentes en cada país socio del Mercosur, que por su carácter discriminatorio, “puedan distorsionar las condiciones de competencia de modo de beneficiar a los agentes económicos localizados en el país que las practica”.

Debían ser clasificadas según fueran medidas que implicaran excepciones al régimen comercial común del Mercosur; medidas tributarias, medidas de naturaleza crediticia, medidas asociadas al régimen de compras gubernamentales u otras. El Comité Técnico, además de identificarlas, debía distinguirlas según fueran compatibles o incompatibles con el funcionamiento de la unión aduanera, “de acuerdo con criterios de eficiencia económica y con los objetivos globales del Mercosur”. Tal trabajo de identificación debía incluir, asimismo, “las normas que regulan la actuación de las empresas estatales o entes equivalentes, monopólicas o no”. El trabajo del Comité debía concluir con una propuesta, con especificación de plazos, para el tratamiento de las medidas identificadas, y que consistiera en su armonización o en su eliminación gradual.

El Comité de Políticas Públicas no pudo avanzar en su cometido. Los trabajos fueron de hecho discontinuados en 1997.

El vínculo explícito entre la defensa de la competencia y las distintas modalidades de ayudas del Estado, fue específicamente incluido en el Protocolo de Fortaleza, cuando en su artículo 32, dispuso textualmente: “Los Estados Partes se comprometen, dentro del plazo de dos años de entrada en vigencia del presente Protocolo, y a los fines de su incorporación a este instrumento, a elaborar normas y mecanismos comunes que disciplinen las ayudas de Estado que puedan limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia y sean susceptibles de afectar el comercio entre los Estados Partes. Para tal fin, se tendrán en consideración los avances sobre el tema de las políticas públicas que distorsionen la competitividad y las normas pertinentes de la OMC”.

Los considerandos del Protocolo de Fortaleza ayudan a entender, como es lógico, su filosofía y su aproximación a la cuestión del relacionamiento entre libre comercio y competencia económica.

En primer lugar, se afirma el *vínculo imprescindible* entre la libre circulación de bienes y servicios, y el asegurar condiciones adecuadas de competencia, a fin de poder consolidar la unión aduanera

En segundo lugar, se establece la necesidad que los países miembros aseguren iguales condiciones de libre competencia en sus respectivos territorios. Ello constituye la base para lograr el objetivo de la armonización de políticas en la materia.

Y en tercer lugar, se vincula la consolidación de un ambiente propicio a la competencia económica, con el objetivo de un crecimiento equilibrado y armónico de las relaciones comerciales intra-Mercosur, es decir, se contempla la realidad de asimetrías en las dimensiones económicas de los socios. Hay una clara relación entre igualdad de oportunidades en el comercio recíproco, ambiente competitivo y competitividad de las empresas que operan en los países socios.

Se culmina señalando la urgencia de establecer directrices que orienten a los países miembros y a sus empresas en la defensa de la competencia, como instrumento capaz de asegurar el libre acceso a los mercados y una distribución equilibrada de los beneficios de la integración económica.

Surgen nítidos algunos rasgos dominantes en la negociación del Protocolo de Fortaleza, que son:

- a) su inserción en un contexto más amplio de políticas e instrumentos orientados a asegurar condiciones adecuadas de competencia económica entre el Mercosur; y en especial, a las políticas públicas que pudieran tener por efecto distorsionar la competitividad relativa entre empresas localizadas en los diferentes países;

- b) la cobertura tanto de las prácticas distorsionantes de la competencia económica originadas en las empresas, como las originadas en las políticas públicas;
- c) el vínculo constante entre la libre circulación de bienes y servicios –el libre comercio- y la defensa de la competencia, y
- d) la relación entre defensa de la competencia y la distribución equilibrada de los beneficios de la integración entre países de diferente dimensión económica.

El ámbito de aplicación del Protocolo, son los actos practicados por personas físicas o jurídicas de derecho público o privado, u otras entidades, “que tengan por objeto producir o que produzcan efectos sobre la competencia en el ámbito del Mercosur y que afecten el comercio entre los Estados Partes”. Por lo tanto el Protocolo cubre los actos con efectos ciertos o potenciales, a la vez, sobre la competencia económica en más de un país del Mercosur y sobre el comercio entre los socios, siendo las dos condiciones concurrentes.

El Protocolo excluye de la noción de violación de la competencia “la simple conquista del mercado resultante del proceso natural fundado en la mayor eficiencia del agente económico en relación a sus competidores”. Claramente, son los efectos restrictivos sobre la competencia y el comercio restrictivo lo que sanciona el Protocolo.

Si los efectos sobre la competencia se restringen a la jurisdicción de un país, los actos respectivos no entran en el ámbito de aplicación del Protocolo. Se incluyen las empresas que ejercen monopolio estatal, pero sólo en la medida que las reglas comunes “no impidan el desempeño regular de atribuciones legales”.

2.2. En los países socios del Mercosur

En el plano de las legislaciones nacionales de los países socios del Mercosur, la situación actual tiene diferencias significativas con respecto a la existente cuando se negoció el Protocolo de Fortaleza, en particular por las modificaciones legales introducidas en la Argentina. Además se observan diferencias entre 1996 y el momento actual, en cuanto al desarrollo institucional y al grado de experiencia acumulada por los países en la materia. En tal sentido puede afirmarse que el Brasil, desde 1994, ha acumulado una mayor experiencia relativa con respecto a la de la Argentina.

En la Argentina, se ha sancionado en 1999 la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia, que reemplaza la Ley 22.262, de 1980 y que estaba vigente cuando se negoció y aprobó el Protocolo de Fortaleza (26). La nueva ley sigue los lineamientos de las legislaciones más avanzadas en la materia en los países de la OECD, incluyendo las nuevas legislaciones latinoamericanas (27). Lo que es más importante, en la perspectiva de este informe, es que la nueva ley se alinea sustancialmente con la legislación vigente en el Brasil, al contemplar el control de fusiones y concentraciones empresarias, introduciendo así un elemento que facilitará el avance hacia una efectiva política común en materia de competencia económica en el Mercosur.

En el Brasil, si bien el régimen legal proviene de 1962, a partir de la Ley .8884 de 1994, se introducen estándares legales y administrativos propios de las legislaciones más avanzadas de los países de la OECD (28). Era el régimen legal vigente cuando se negoció y aprobó el Protocolo de Fortaleza, y el que influyó decisivamente en su contenido.

El Paraguay y el Uruguay, no cuentan hasta el presente una legislación específica de Defensa de la Competencia (29). Su situación actual, por lo tanto, sigue siendo la vigente cuando se negoció y aprobó el Protocolo de Fortaleza.

2.3. La comparación de los elementos sustantivos e institucionales incluidos en el Protocolo de Fortaleza, y en las legislaciones de la Argentina y del Brasil

Se observan fuertes similitudes en los aspectos sustantivos incluidos en las legislaciones de las dos principales economías del área, las de la Argentina y del Brasil, y entre ellas y los incluidos en el Protocolo de Fortaleza. Tal similitud se genera a partir de la nueva legislación argentina. A pesar de diferencias existentes, están creadas las condiciones objetivas que faciliten tanto el desarrollo de una política común de defensa de la

competencia, como la armonización de legislaciones y la cooperación entre los órganos nacionales de aplicación.

En los tres casos los enfoques e incluso los contenidos con respecto a las conductas y prácticas empresarias, horizontales y verticales, que pueden restringir la competencia económica, incluyendo el abuso de posiciones dominantes, son en su esencia, similares. La enunciación de tales prácticas, sin perjuicio de diferencias menores, siguen los lineamientos comunes en las más avanzadas legislaciones en la materia (30). Esa similitud se extiende asimismo a la legislación chilena de 1973 (31).

En los tres casos se aplica la regla de la razón, para la apreciación del carácter restrictivo de conductas restrictivas empresarias y de los abusos de posición dominante. No se sigue el criterio de la ilegalidad “per se” de conductas restrictivas, propio por ejemplo de la legislación americana.

Tanto la legislación argentina como la brasileña, incluyen el control de los actos y contratos de concentración empresarial que pueden tener como efecto la restricción de la competencia económica, obligando en determinadas circunstancias a su notificación, incluso previa, y en tal caso, a su aprobación por la autoridad competente.

A su vez, el Protocolo de Fortaleza, en materia del control de actos y contratos “que puedan limitar o de cualquier forma perjudicar la libre competencia o resultar en dominio del mercado regional relevante de bienes y servicios, inclusive aquellos que resulten en concentración económica”, prevé la adopción de normas comunes en el plazo de dos años, que se entiende a partir de su vigencia. Este diferimiento del tratamiento de una cuestión relevante en toda legislación avanzada en la materia, reflejó el hecho que en 1996, cuando se negoció y aprobó el Protocolo, la legislación entonces vigente en la Argentina, no contemplaba tal figura.

También se han aproximado los regímenes vigentes en cuanto a los órganos competentes, los procedimientos aplicables y las sanciones previstas. El Consejo Administrativo de Defensa de la Competencia, en el Brasil y el Tribunal de Defensa de la Competencia, en la Argentina, tienen hoy mayores elementos similares en cuanto a su autonomía, composición y funciones, que las que existían en el momento de negociación y aprobación del Protocolo de Fortaleza. Ello sin perjuicio de diferencias en cuanto al ámbito ministerial en las que actúan (32), a las competencias en materia de investigaciones (33), a los procedimientos aplicables (34) y a las sanciones previstas. Y en ambos casos se trata de regímenes que continúan evolucionando (35) y que, incluso, en el caso argentino no ha culminado su etapa de transición con respecto al régimen anterior (36).

2.4. Mecanismos, efectos y procedimientos de aplicación del Protocolo de Fortaleza

El Protocolo de Fortaleza tiene elementos que son propios de su carácter multinacional, en particular en cuanto a los órganos de aplicación, los procedimientos, las sanciones y el control jurisdiccional. Estos elementos no han sido reglamentados hasta el presente. La elaboración del reglamento está en la actualidad a cargo del Comité Técnico nro.5 “Defensa de la Competencia”, que opera en el marco de la Comisión de Comercio del Mercosur y que está integrado por funcionarios y técnicos de las instancias nacionales competentes en la materia (37).

Dada la importancia de la cuestión en la perspectiva de los objetivos de este informe, tales elementos se describen a continuación en detalle, siguiendo al efecto el articulado del Protocolo.

Los órganos de aplicación del Protocolo son la Comisión de Comercio del Mercosur (CCM) (38) y el Comité de Defensa de la Competencia (CDC). Fiel a la pauta institucional vigente en el Mercosur, se establece que el CDC, será un órgano intergubernamental integrado por los órganos nacionales de aplicación del Protocolo en cada país miembro. Estos, a su vez, son los órganos responsables de la defensa de la competencia en cada uno de los socios, al menos en el caso de la Argentina y del Brasil.

El procedimiento previsto en el Protocolo se puede iniciar por los órganos nacionales competentes, de oficio o por presentación fundada de parte legítimamente interesada. La presentación es elevada al CDC, quien puede proceder a abrir la investigación o decidir el archivo del proceso, en este caso ad-referendum de la CCM.

Si se da una situación de urgencia o amenaza de daño irreparable a la competencia, el CDC determinará la aplicación de medidas preventivas, incluyendo el cese inmediato de la práctica sometida a investigación, el restablecimiento a la situación anterior u otras que considere necesarias. Pero en tal circunstancia, el CDC actuará ad-referendum de la CCM. Si la medida preventiva no se cumple, el CDC podrá aplicar multas, también ad-referendum de la CCM. La aplicación de la medida preventiva o de la multa, será ejecutada por el órgano nacional de aplicación del país en cuyo territorio estuviera domiciliada la parte denunciada.

La investigación la realiza el órgano nacional de aplicación del país del domicilio del denunciado, pero en base a pautas definidas por el CDC sobre, entre otros aspectos, la estructura del mercado relevante, los medios de prueba de las conductas y los criterios de análisis de los efectos económicos de la práctica investigada. Los órganos nacionales de aplicación de los demás socios deberán auxiliar al que efectúa la investigación, suministrando información, documentación y otros medios que se consideren esenciales para su correcta ejecución. Si hubiere divergencias en cuanto a los procedimientos a aplicar el CDC podrá solicitar un pronunciamiento en la materia de la CCM.

Concluida la investigación, el órgano nacional responsable elevará su dictamen a el CDC, quien determinará las prácticas infractoras y establecerá sanciones a ser impuestas, o las demás medidas que correspondan.

El CDC deberá adoptar su decisión por consenso y, en el caso de no alcanzarlo, elevará sus conclusiones a la CCM consignando las divergencias existentes.

La CCM se pronunciará con respecto al dictamen o a las conclusiones del CDC, mediante Directivas, definiendo sanciones o medidas a aplicar a la parte infractora. Si no obtuviera consenso elevará las diferentes alternativas propuestas al Grupo Mercado Común (GMC). Éste se pronunciará por consenso. Si no se logra el consenso, el país miembro interesado podrá recurrir directamente al procedimiento arbitral previsto en el capítulo IV del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias.

En cualquier etapa del procedimiento, el CDC podrá homologar un compromiso de cese de la práctica sometida a investigación, el que no comportará confesión en cuanto al hecho ni el reconocimiento de la ilicitud de la conducta analizada. También podrá homologar modificaciones al compromiso de cese. En ambos casos actuará ad-referendum de la CCM. El órgano nacional del país donde el denunciado tiene su domicilio, estará a cargo de la ejecución del compromiso de cese y de la multa que se hubiere previsto para su eventual incumplimiento.

El CDC determinará el cese definitivo de la práctica infractora dentro de un plazo que deberá ser especificado. Si no se cumpliera la orden de cese, el Protocolo prevé la aplicación de multas diarias, siempre ad-referendum de la CCM.

Cuando se constate la violación de las normas del Protocolo referidas a conductas restrictivas de la competencia, que tengan efecto en el ámbito de más de un miembro y que afecten el comercio intra-Mercosur, se prevén sanciones que incluyen multas, prohibición de participar en las compras públicas de cualquier país miembro por determinado plazo y la prohibición de contratar con instituciones financieras de cualquier socio, también por plazo a determinar. Incluso el CDC podrá recomendar a las autoridades competentes de los países miembros, ad-referendum de la CCM, que no concedan al infractor incentivos de cualquier naturaleza o facilidades de pago de sus obligaciones tributarias. Siempre el órgano de ejecución de las sanciones será el órgano nacional de aplicación del país del domicilio del infractor.

Finalmente y a fin de asegurar su aplicación, el Protocolo prevé que los órganos nacionales de aplicación adoptarán mecanismos de cooperación y de consultas técnicas, a fin de:

- a. sistematizar e intensificar la cooperación entre los órganos y autoridades nacionales responsables con vistas al perfeccionamiento de los sistemas nacionales y de los instrumentos comunes de defensa de la competencia, mediante un programa de intercambio de informaciones y experiencias, de entrenamiento de técnicos y de recopilación de jurisprudencia relacionada con la defensa de la competencia, así como de la investigación conjunta de prácticas lesivas a la competencia en el Mercosur, y

- b. identificar y movilizar, inclusive por medio de acuerdos de cooperación técnica en materia de defensa de la competencia celebrados con otros países o grupos regionales, los recursos necesarios para la puesta en práctica del previsto programa de cooperación.

Los proyectos de reglamento del Protocolo de Fortaleza que han sido sometidos a la consideración del Comité Técnico nro. 5 de la CCM (39), prevén precisiones y detalles sobre el funcionamiento del CDC; su composición y el de las reuniones, incluyendo el quorum necesario; sobre el ámbito de aplicación y el carácter concomitante de las dos condiciones que se deben reunir para considerar que una conducta cae en el ámbito del Protocolo (por ej. en el caso del proyecto elaborado por el Brasil); sobre los órganos nacionales y el procedimiento a aplicar, incluyendo plazos; sobre el compromiso de cese, las sanciones y la cooperación.

Se observa el carácter marcadamente intergubernamental de las instituciones y los procedimientos previstos. En cada una de las instancias con competencias generadas por el Protocolo –el CDC, la CCM y el GMC- la regla dominante es el consenso. No existe ninguna instancia imparcial compuesta por técnicos independientes de los gobiernos que puedan colaborar en la obtención del necesario consenso. No existe ningún órgano con competencias próximas a las de la Comisión Europea. Si no se obtiene el consenso –algo posible según la experiencia que ha acumulado el Mercosur en otros planos relacionados con controversias comerciales o con la interpretación del ordenamiento jurídico derivado del Tratado de Asunción-, la única solución sería el mecanismo arbitral previsto en el Protocolo de Brasilia que, como se sabe, consiste en la constitución de tribunales arbitrales ad-hoc, integrados por juristas. En tal caso el laudo arbitral es obligatorio e inapelable. Si no se cumple, el país afectado puede aplicar medidas restrictivas a las importaciones del país infractor.

Tal como está redactado, el Protocolo depende fuertemente en su cumplimiento de la voluntad política del país origen de la infracción de respetar el espíritu y los compromisos asumidos en materia de competencia económica. Sin subestimar la existencia de tal voluntad política en todos los socios del Mercosur, es posible que se genere un cierto escepticismo en cuanto al potencial de cumplimiento efectivo de la normativa prevista, es decir a su “enforcement”. Puede ser relativamente fácil para un país, en particular los de mayor dimensión económica, producir de hecho un bloqueo en el funcionamiento de los órganos competentes en cualquiera de las instancias (CDC, CCM, GMC).

En la lógica institucional del Protocolo, es baja la capacidad, casi nula, de asegurar algún tipo de visión de conjunto en los órganos intervinientes, que implique que actúen en función de un interés común superior al de cada país. Es natural que los órganos nacionales de aplicación, incluso cuando integran el CDC, por más asegurada que esté su independencia dentro de sus respectivas jurisdicciones, tenderán a actuar en función de una perspectiva nacional. Con más razón aún, lo harán los integrantes de los órganos de supervisión y decisión final, o sea la CCM y el GMC.

De allí que la única posibilidad de una visión imparcial reside en el tribunal arbitral ad-hoc, que eventualmente sea necesario constituir recurriendo al Protocolo de Brasilia. Pero en este caso, una limitante puede residir en el hecho que todos sus integrantes deben ser juristas. No se lograría, en tal caso, una visión que incluya la necesaria interacción entre los criterios económicos y los legales, en el análisis y en el tratamiento de las cuestiones vinculadas a un régimen de defensa de la competencia económica.

Por lo demás pueden diferir los criterios a aplicar en distintas instancias para apreciar la configuración de las circunstancias que permiten calificar una conducta como contraria a lo prescripto por el Protocolo (40). Tales diferencias entre órganos que sólo pueden actuar por consenso, pueden incentivar el juego de presiones políticas y empresarias sobre las instancias que por su naturaleza son más abiertas a ellas, como son el caso de la CCM y el GMC. Pero en el propio seno del CDC las distintas autoridades pueden tener apreciaciones diferentes sobre los criterios a aplicar (41). El potencial de bloqueo en el proceso decisorio es entonces enorme. Fácilmente puede conducir a restarle toda efectividad a la política común de defensa de la competencia económica en el Mercosur.

Más serio puede ser el efecto de las modalidades institucionales previstas en el Protocolo de Fortaleza, en el caso que no se logre consenso para la aplicación de medidas preventivas, precisamente en el caso de “urgencia o amenaza de daño irreparable a la competencia”. Puede no lograrse el consenso en el CDC. O cuando la CCM deba refrendar una eventual medida preventiva. Si el consenso se lograra en la CDC, gracias a la independencia de criterio de los órganos nacionales que lo integran, podrían eventualmente los sectores

afectados presionar para que con criterios políticos, la CCM no refrende la medida preventiva. En tal caso el daño puede llegar a ser irreparable. Distinto sería si se hubiera previsto que, en tales casos, la CCM debiera tener consenso para no refrendar la medida. Pero eso no está previsto en el texto actual del Protocolo, ni en los proyectos de reglamentación conocidos.

3. Hacia una nueva etapa en la política de competencia económica en el Mercosur.

Como señalan con acierto Tavares de Araujo y Tineo (42), con la eliminación de las tarifas y de las restricciones no arancelarias, los países del Mercosur han mejorado su acceso al mercado, así como la promoción del comercio y de las inversiones entre sus socios. Consecuencia natural es el incremento de empresas compitiendo por los mismos consumidores en el espacio económico ampliado. Es un efecto recién notorio en los últimos años y lo natural es prever un fuerte incremento de esta tendencia en el futuro, en la medida que más competidores reaccionan ante las señales enviadas a los mercados por los gobiernos y sus políticas públicas, en el sentido que podrán tener acceso irrestricto asegurado a sus respectivos mercados de bienes y de servicios, e incluso de sus compras gubernamentales.

Es por lo demás un mercado ampliado de geometría variable, ya que para las empresas –sobre todo como consecuencia de los acuerdos de asociación con Bolivia y Chile, y de otros acuerdos que se están negociando con los países de la Comunidad Andina-, el Mercosur en el futuro equivaldrá a un ámbito de competencia económica de alcance sudamericano. En algunos sectores anticipan tal futuro, trazando estrategias de inversión que trascienden la dimensión actual del Mercosur. Esta geometría variable del Mercosur, es impuesta en algunos sectores por la propia estructura de los mercados. Por ejemplo en los casos de la energía y los hidrocarburos, las telecomunicaciones, el transporte terrestre y aéreo, la distribución y la logística, el comercio electrónico, los puertos y la infraestructura física, crecientemente las inversiones y las estrategias empresarias toman como ámbito regional de competencia económica, no sólo el de los cuatro socios plenos, pero también el de otros países sudamericanos, especialmente los contiguos geográficamente a la Argentina y al Brasil.

Además, por un lado, las tendencias inexorables de la globalización en muchos sectores, incluso industriales –como pueden ser, entre otros, el automotriz, el siderúrgico, el químico y petroquímico, el farmacéutico, el agro-alimentario, el informático-, y por el otro, la agenda de negociaciones comerciales externas –especialmente en el ALCA y con la Unión Europea-, llevarán crecientemente a ampliar el ámbito de la competencia económica de las empresas que operan en el Mercosur a una escala hemisférica, transatlántica y global.

Es natural esperar asimismo, como se señaló más arriba, que al incrementarse la competencia económica, tiendan a aumentar las tendencias a restringirla por prácticas originadas en empresas que buscan mantener cautivas sus rentas e impedir el acceso de nuevos competidores al mercado, y a demandar políticas públicas con potenciales efectos de distorsión –ayudas de Estado en sus distintas modalidades- y de protección, por ejemplo, restricciones no arancelarias en su amplia gama de modalidades, tradicionales y de última generación.

Ello es más factible dado el grado de concentración económica, por encima de la media de países de la OECD, que se observa en los principales sectores de la industria del Mercosur (43). Esta concentración se ha observado asimismo en los últimos años en el comercio, con el desarrollo de cadenas de supermercados y de grandes tiendas.

En esta perspectiva “la política de competencia económica del Mercosur debe ser un instrumento para eliminar obstáculos en el mercado ampliado” (44). Es de la ampliación del mercado que se derivan los beneficios de una mayor competencia económica, relacionados con eficiencia, bienestar de los consumidores y desconcentración de los mercados (45).

Pero a su vez, los países del Mercosur al igual que ocurriera en la integración europea, deberán calibrar los objetivos de sus políticas nacionales y comunes de competencia económica, con el grado de concentración económica que puede requerirse en diversos sectores industriales y de servicios, para poder incorporar progreso técnico y alcanzar escalas productivas que permitan competir a escala global con empresas de gran magnitud. Cómo conciliar política de competencia económica con políticas de competitividad orientada a la inserción en

los mercados mundiales, es uno de los desafíos más serios que deberán enfrentar en el futuro los países del Mercosur.

Ello es más crucial aún en el vasto segmento de las economías del Mercosur en el que existe un fuerte predominio de pequeñas y medianas empresas, que para poder competir deberán agruparse no sólo a escala nacional, sino también del propio Mercosur. El enfoque en este campo debería ser sectorial, recurriendo al efecto un instrumento subutilizado en el Mercosur, que es el de los acuerdos sectoriales previstos en la Decisión CMC 3/91, sea en su modalidad actual o en una diferente.

En base a la experiencia brasileña en materia de programas especiales de exportación y a la más incipiente argentina en el mismo plano, sería posible orientar los acuerdos sectoriales a fin de facilitar alianzas de empresas pequeñas y medianas, orientadas a competir en los propios mercados del Mercosur y en los mercados mundiales, con competidores globales en su mayor parte con base de sustentación en los países miembros de la OECD y más recientemente, en países emergentes del Sudeste Asiático.

Cabe recordar asimismo, que en la Decisión CMC 3/91 que crea el marco normativo para la celebración de acuerdos sectoriales, se incluye una cláusula que explícitamente excluye la posibilidad de incorporar elementos restrictivos de la competencia económica, y del libre comercio de bienes y de servicios. En efecto, el artículo 4 establece que: "Los acuerdos sectoriales deberán ser concebidos de manera de no constituirse en trabas al libre comercio de bienes y de servicios entre los países del Mercosur, y que no favorezcan prácticas desleales de comercio, tales como la formación de carteles, monopolios u otras, y no deberán incluir limitaciones cuantitativas (cuotas) y otras barreras no arancelarias".

Conclusiones

Es el propio Mercosur, en la medida que se concrete en los términos delineados en su pacto constitutivo, el Tratado de Asunción, un instrumento central para el desarrollo de una cultura y de un ámbito de competencia en sus países socios. Vista en esta perspectiva, la fundamentación económica del Protocolo de Fortaleza, como instrumento específico de la política de defensa de la competencia, es precisamente impedir que tales beneficios del mercado común sean interferidos por comportamientos empresarios o por políticas gubernamentales (en el caso, por ejemplo, de las ayudas de Estado) (46).

Como ocurre con el propio Mercosur, una cultura, un ambiente y una política de competencia económica en su ámbito, sólo puede lograrse construyéndola con pasos graduales, dados hacia una dirección estratégica de largo plazo. Estos pasos tienen que estar basados sobre realidades nacionales. La dirección estratégica sigue siendo alcanzar el objetivo de un mercado común abierto al mundo y con vocación a lograr, con el tiempo, una dimensión sudamericana.

La construcción del Mercosur y de la política común de competencia económica, requieren de un alto grado de voluntad y de decisión política. En sociedades democráticas y abiertas, requieren además de un fuerte respaldo de los ciudadanos. De tal respaldo depende su legitimidad y por ende, su eficacia y efectividad. En economías de mercado, requieren de una adaptación del comportamiento empresarial, traducido en sus estrategias de producción y de distribución, y en sus inversiones. La respuesta empresaria depende de su confianza en las señales que los gobiernos emiten con sus políticas públicas y con las reglas de juego que aprueben. Las reglas de juego son creíbles, si se sustentan en políticas macroeconómicas y sectoriales de calidad, y si se asegura su cumplimiento. Seguridad jurídica y credibilidad de los inversores están íntimamente asociados, y lograrlos es un desafío constante de las políticas nacionales de transformación económica y social, del propio Mercosur y de las políticas de competencia económica.

La experiencia ya acumulada en el Mercosur, con sus aspectos positivos y con sus insuficiencias; la voluntad gubernamental de relanzarlo y profundizarlo, afirmando su vocación sudamericana –por ejemplo, el posible ingreso de Chile como miembro pleno y las negociaciones con la Comunidad Andina- y su apertura al mundo, en especial, a través de sus negociaciones en la OMC, en el ALCA y con la Unión Europea-, y el grado de avance logrado en la puesta en práctica de modernas legislaciones e instituciones de defensa de la competencia en la Argentina y en el Brasil, generan condiciones objetivas apropiadas para continuar desarrollando el camino abierto con la negociación y aprobación del Protocolo de Fortaleza.

En la perspectiva de las consideraciones presentadas en este informe, en particular en el punto anterior, los siguientes pasos parecen ser los más recomendables a seguir, a fin de avanzar con el desarrollo de una política común de competencia económica en el Mercosur, basada en los progresos que se han producido y se sigan produciendo en la materia en el ámbito nacional, y en los propios progresos que se logren en la profundización y ampliación del proceso de integración económica:

a. teniendo en cuenta la nueva legislación argentina, en particular, la inclusión del control de concentraciones y fusiones, debería completarse el Protocolo de Fortaleza en lo previsto en su artículo 7, incluso antes que sea ratificado y entre en vigencia;

b. asimismo debería completarse el Protocolo de Fortaleza, según lo previsto por su artículo 32, con la incorporación de normas y mecanismos comunes que disciplinen las ayuda a de los Estados, que puedan limitar, restringir, falsear o distorsionar la concurrencia y que sean susceptibles de afectar el comercio entre los países miembros. Ello supondría completar los trabajos encomendados por la Decisión CMC 20/94 sobre políticas públicas que distorsionen la competitividad, sea con la metodología allí prevista o con alguna diferente. Este paso debería darse incluso antes que el Protocolo sea ratificado y entre en vigencia, ya que puede suponerse que ello facilitaría su aprobación en los Parlamentos;

c. el Comité Técnico nro. 5 debería culminar el trabajo de redacción de la reglamentación del Protocolo de Fortaleza, tomando en cuenta los progresos que se logren en los trabajos mencionados en los literales a y b precedentes. En esta reglamentación deberían preverse mecanismos que faciliten el que, a través de la cooperación entre los organismos nacionales de aplicación en el seno del CDC, puedan articularse criterios comunes en la aplicación de las respectivas legislaciones y, sobretodo, puedan resolverse en la práctica problemas que se plantearán en casos concretos, como consecuencia de la superposición de jurisdicciones legales y administrativas;

d. sea a través de la reglamentación del Protocolo o si fuera necesario, con una modificación de su texto, debería resolverse el peligro potencial de bloqueo de las decisiones en las distintas instancias intervinientes en su aplicación, como consecuencia de la regla del consenso. Una forma podría ser la de prever que en todos los casos en que se requiera que la CCM refrenda lo aprobado por el CDC, se considere que la CCM refrenda, salvo que un plazo corto no lo rechazara por consenso. Como mínimo ello debería ser así en el caso de medidas preventivas. Otra modalidad sería prever que cuando no se logre el consenso en las instancias en que interviene la CCM o el GMC, debiera pedirse la opinión vinculante de un panel de técnicos independientes, que se consideraría aprobada, salvo su rechazo por consenso en un plazo también corto. Finalmente podría preverse que el CDC tuviera una gerencia técnica, integrada por técnicos permanentes independientes de los gobiernos, pero por ellos designados en base a concurso o a ternas cruzadas. Tal gerencia técnica debería emitir su opinión, previo a que el CDC se pronuncie. En los casos de la adopción de medidas preventivas, su opinión debería ser vinculante, salvo que por consenso el CDC no la comparta;

e. prever modificaciones al Protocolo de Brasilia, a fin de permitir que en los casos de defensa de la competencia económica, el panel esté integrado por personas que ofrezcan absoluta garantía de independencia y posean competencias notorias en la materia. Preferentemente debería estar integrado por un economista, un abogado, y un ex magistrado (o jurista con amplia experiencia judicial o arbitral), siendo éste último de un tercer país, incluso no miembro del Mercosur. El ex magistrado, elegido de una lista integrada especialmente con miembros con experiencia en instancias judiciales competentes en la materia, sería quien presidiría en todos los casos el tribunal arbitral. Los plazos deberían ser modificados a fin de que el pronunciamiento se logre en el menor tiempo posible. Pero asimismo, sería conveniente prever una instancia final a un órgano de apelación, integrado por cinco ex magistrados (o juristas con amplia experiencia judicial o arbitral), cuatro de los países involucrados y un tercero de un país no involucrado, quien presidiría. En tal caso el laudo sería por mayoría, si en un plazo determinado no se lograra el consenso. Todos los costos del procedimiento arbitral, en sus dos fases, deberían estar a cargo de la parte perdedora;

f. elaborar y poner en plena vigencia un programa de cooperación entre los órganos nacionales de aplicación, según lo previsto en el literal a. del artículo 30 del Protocolo de Fortaleza. Éste debería ser un objetivo de la máxima prioridad ya que tal como lo ha señalado Gesner Oliveira (47), es a través de una intensa interacción entre organismos como la actual CADE en el Brasil y el Tribunal de Defensa de la Competencia -incluyendo un frecuente intercambio de técnicos por medio de pasantías de corto plazo-, como podrán lograrse avances significativos en preparar las condiciones, incluso culturales, de un desarrollo efectivo de una política de competencia económica en el Mercosur;

g. concretar con el apoyo de organismos internacionales, o con el de la Comisión Europea o países de la OECD, un programa de cooperación técnica para el inmediato fortalecimiento institucional de los organismos nacionales de aplicación y para el necesario desarrollo legislativo e institucional en la materia de los países que aún no han adoptado legislación específica sobre competencia económica. Incluso ello podría lograrse a través de un préstamo de cooperación técnica de un organismo como el Banco Interamericano de Desarrollo, combinado con cooperación técnica no reembolsable en los casos del Paraguay y del Uruguay. Tal programa de cooperación técnica debería incluir campañas educativas a desarrollarse en los cuatro países, en el sentido planteado por Gesner Oliveira (48) y la formación de cuadros técnicos competentes en la materia;

h. comprometer, tanto a nivel del CDC como de los organismos nacionales de aplicación, los recursos necesarios para lograr el máximo de transparencia al marco regulatorio y a su aplicación concreta en casos específicos, colocando toda la información necesaria y con un criterio muy amplio, en Internet. Ello puede ser fundamental para facilitar el acceso a la utilización de tales marcos regulatorios por parte de empresas pequeñas y medianas, bajando los costos que pueden estar vinculados con la restricción de la información y del conocimiento profesional necesario para su pleno aprovechamiento. En el mismo sentido, tanto a nivel del CDC como de los organismos nacionales de aplicación, de los organismos especializados en pequeñas y medianas empresas en los respectivos países, y de las organizaciones empresarias de cúpula o sectoriales, deberían organizarse servicios de asesoramiento sobre el acceso a los regímenes de defensa de la competencia, en el Mercosur y en cada uno de los países. Este podría ser, asimismo, uno de los objetivos de un programa de cooperación técnica internacional, y

i. vincular la política común de competencia económica con una política conjunta de transformación productiva y de competitividad, orientada a la exportación a terceros mercados, especialmente en aquellos sectores de mayor densidad de pequeñas y medianas empresas, como pueden ser los del calzado, los muebles, los juguetes, la vestimenta, o donde hay mayor densidad de proveedores de grandes empresas industriales, como por ejemplo autopartes, o de grandes cadenas de distribución, como por ejemplo, los alimentos. Para ello puede recurrirse al ámbito institucional ya existente de los acuerdos sectoriales previstos por la Decisión CMC 3/91 o de uno nuevo aprobado al efecto. Una política común de competitividad sectorial, requeriría además operar con instrumentos financieros, como los que puedan resultar de una acción conjunta del BNDES del Brasil y del BICE de la Argentina; con políticas conjuntas de promoción comercial, a través de la acción conjunta de los organismos especializados, como la Agencia de Promoción de Exportaciones del Brasil, la Fundación Export-Ar de la Argentina y sus equivalentes del Paraguay y del Uruguay, y con políticas tecnológicas también conjuntas entre los organismos competentes de los cuatro países. Todas estas acciones conjuntas deberían estar abiertas a los países asociados al Mercosur.

NOTAS

- (1) Para tener claro los fines y objetivos, tal como fueron concebidos por los negociadores del Tratado de Asunción, debe insertarse el artículo 1 en el contexto más amplio del Preámbulo; del Acta de Buenos Aires entre los Presidentes de la Argentina y del Brasil, de julio de 1990; del Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo entre la Argentina y el Brasil, de noviembre de 1988, de la Declaración de Iguazú de los Presidentes de la Argentina y del Brasil, de noviembre de 1985, y del Acta para la Integración para la Integración Argentino-Brasileña, de julio de 1986. Sólo así puede tenerse el marco amplio de compromisos que otorgan todo su sentido estratégico y de largo plazo, al proceso de integración iniciado en 1986 y que luego se transforma en

- 1990, en el actual Mercosur. Un análisis de la cuestión de la competencia económica en el Mercosur, requiere necesariamente tomar en cuenta tales antecedentes, a fin de comprender el marco político en la que se inserta.
- (2) Ver Albert Hirschman, "Exit, Voice and Loyalty – Responses to Decline in Firms, Organizations and States", 1970.
 - (3) En el Acta de Buenos Aires, de julio de 1990, los Presidentes de la Argentina y del Brasil deciden establecer un mercado común, acortando a cuatro años el plazo originalmente previsto en el Tratado de Integración bilateral de 1988. En su Anexo I, se define "la metodología para la conformación del mercado común", señalando en su punto 1 que "el avance hacia la conformación definitiva del mercado común exige de manera indispensable la coordinación y armonización de políticas macroeconómicas, especialmente de aquellas que tienen mayor impacto en los flujos comerciales y en la configuración del sector industrial de ambos países".
 - (4) Tras la definición más amplia del objetivo a alcanzar, esto es el mercado común, tal como fuera definido en el artículo 1 del Tratado, el artículo 5 establece cuáles serán los principales instrumentos para conformar el mercado común. Además del Programa de Liberación Comercial, del arancel externo común y de los acuerdos sectoriales, se incluyó "la coordinación de políticas macroeconómicas que se realizará gradualmente y en forma convergente con los programas de desgravación arancelaria y de eliminación de restricciones no arancelarias". Luego en la Cumbre de Las Leñas, en julio de 1992, se estableció un Cronograma que, entre otros, fijaba los pasos a dar en materia de coordinación macroeconómica durante el período de transición que culminaba el 31 de diciembre de 1994.
 - (5) El compromiso de identificar y, en lo necesario, modificar o eliminar políticas públicas que distorsionan la competitividad, fue parte del conjunto de instrumentos negociados en la Cumbre de Ouro Preto, en el que se incluyó además la cuestión de la competencia económica. Ver al respecto las Decisiones CMC 20/94 y 21/94.
 - (6) Ver el Acta Final de la reunión del Grupo Mercado Común, realizada en Buenos Aires, los días 5 y 6 de abril de 2000.
 - (7) Ver el Cronograma de Las Leñas, en la Decisión CMC 1/92.
 - (8) Ver el Programa de Acción "Mercosur 2000", en la Decisión CMC 9/95.
 - (9) El proceso de integración económica entre la Argentina, el Brasil, el Paraguay y el Uruguay a través del Mercosur, tiene su origen en el Programa de Integración y Cooperación Económica entre la Argentina y el Brasil, iniciado formalmente en 1986. Ambos a su vez son parte del proceso más amplio, iniciado en 1960 con la creación de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) y luego en 1980, con su transformación en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). El Mercosur se integra jurídicamente en el ámbito de la ALADI, donde se protocolizan los acuerdos que contienen preferencias comerciales entre los socios, incluyendo el propio Tratado de Asunción, a fin de excluirlos de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida prevista en el artículo 44 del Tratado de Montevideo de 1980-. En tal marco, la Argentina y el Brasil concluyeron, en diciembre de 1990, un Acuerdo de Complementación Económica (ACE 14) que técnicamente aún está vigente. Este acuerdo bilateral fue negociado conjuntamente con el Tratado de Asunción. En lo concerniente al programa de liberación comercial sus cláusulas y sus alcances son similares. No incluye, en cambio, un arancel externo común.
 - (10) Ver al respecto, la Declaración Ministerial de Buenos Aires, firmada en ocasión del Encuentro Ministerial Argentina-Brasil, del 27 y 28 de abril de 2000, punto 15.
 - (11) Sobre el vínculo entre integración económica y política de competencia, ver Alfredo Bullard, "Los procesos de integración y el abuso de posición de dominio en el mercado: dilema de la competitividad", en "Derecho de la Competencia", Ciudad Argentina, Buenos Aires 2000, ps.21 y ss, y Luis José Díez y Canseco Muñoz, "Competencia e Integración en América Latina: su importancia y los temas que deberían ser considerados", en idem ps. 49 y ss.
 - (12) Ver Paul Reuter, "La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier", LGDJ, Paris 1953.
 - (13) La cuestión de las políticas de competencia económica figura en las agendas negociadoras del ALCA y del Mercosur con la Unión Aduanera. Es uno de los temas nuevos en el ámbito de las negociaciones de la Organización Mundial del Comercio. Ver al respecto, Juan Antonio Rivière Marti, "La política de competencia en América Latina: una nueva área de interés para la Unión Europea", en op.cit. en nota 11, ps. 183 y ss, y Luis Tineo, "Políticas de competencia en la construcción del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)", en op.cit. en nota 11, ps. 211.
 - (14) Ver al respecto el artículo de Alejandro Mayoral, "Los problemas de la integración", publicado en la revista Archivos del Presente, nro. 18, Buenos Aires 1999, ps.81 y ss.
 - (15) Entre la amplia bibliografía sobre el tema, ver especialmente el artículo de Joseph Stiglitz, "Más instrumentos y metas más amplias para el desarrollo. Hacia el Consenso Post-Washington", incluido entre otras publicaciones, en Desarrollo Económico, nro. 151, Buenos Aires 1998, ps.691 y ss.
 - (16) Sobre tendencias recientes en países latinoamericanos en materia de políticas de competencia económica, y sobre su vínculo con los nuevos marcos regulatorios en el sector de los servicios públicos, ver el informe de J.Luis Guasch y Pablo Spiller, "Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin América and Caribbean Story", The World Bank, Washington 1999, especialmente sus capítulos 14, "Creating the detail engineering of regulation: competition policies" y 15, "Competition policy as a complement to regulatory policy: competition experience in Latin América", en ps. 275 y ss.
 - (17) Ver una síntesis en el capítulo 15 del informe antes citado.
 - (18) Ver Jonathan Faull y Ali Nikpay (eds), "The EC Law of Competition", Oxford University Press, Oxford 1999, especialmente el capítulo 1 "The Economics of Competition", ps. 3 y ss.
 - (19) Ver al respecto el informe de Malcolm Rowat, Michele Lubrano y Rafael Porrata Jr, "Competition Policy and Mercosur", World Bank, Technical Paper nro. 385, Washington 1997.
 - (20) Idem.
 - (21) Ibidem.
 - (22) Ver Stiglitz, op.cit. en nota 13..
 - (23) Sobre el concepto de competitividad sistémica, ver entre otros, el libro de Klaus Esser (ed), "Competencia Global y Libertad de Acción Nacional", Instituto Alemán de Desarrollo, Ed. Nueva Sociedad, Caracas 1999.
 - (24) Ver su texto completo en el Boletín Oficial del Mercosur, nro. 2, Montevideo, 1997. Ver el informe citado en la nota 16. Ver Paulo Antonio Caliendo V. Da Silveira, "Defensa da Concorrência no Mercosul", LTr., Sao Paulo 1998. Para la influencia del derecho comunitario europeo en materia de competencia económica sobre el Protocolo, ver María Cecilia de Andrade Santos, "Direito Comunitario da Concorrência. Perspectivas para o Mercosul", Boletín Latinoamericano de Competencia, nro. 7.
 - (25) Ver el punto 15 del Acta citada en la nota 10.
 - (26) Ver análisis de la nueva ley en los artículos de Dante Marcelo Ramos, "La nueva ley de defensa de la competencia", en La Ley, Buenos Aires, 30 de setiembre de 1999, y en Angel Vergara del Carril, "Nuevo régimen de Defensa de la Competencia. Introducción del control de concentraciones", en El Derecho, Buenos Aires, 7 de febrero de 2000. Ver asimismo, María Viviana

- G. de Quevedo, "Reformas a la legislación de defensa de la competencia argentina", en Boletín Latinoamericano de Competencia", nro. 9, febrero de 2000. Ver también, Carlos Correa, "El derecho argentino de la competencia en proceso de cambio", en op.cit. en nota 11, ps. 41 y ss, y Roberto Dromi, "Competencia y Monopolio", Ciudad Argentina, Buenos Aires 2000.
- (27) Ver el informe citado en nota 16.
- (28) Ver, entre otros, José Inácio Gonzaga Franceschini, "Introducao ao Direito de Concorrencia", Malheiros Editores, Sao Paulo 1996, y "Lei Da Concorrencia Conforme Interpretada pelo CADE", Editora Singular, Sao Paulo 1998; y Walter Douglas Stuber y Lionel Pimentel Nobre, "A atual atuacao do CADE no Brasil", en Boletín Latinoamericano de Competencia", nro. 2. Ver asimismo de Gesner Oliveira, "Defesa da Livre Concorrencia no Brasil: Tendencias Recentes e Desafios a Frente", en Boletín Latinoamericano de Competencia, nro 6, mayo 1999 y también "Recent Trends and Prospects for Brazilian Antitrust", en Boletín Latinoamericano de Competencia, nro. 9, febrero 2000.
- (29) Ver el informe citado en nota 19, cuyo análisis de la situación legislativa del Paraguay y del Uruguay sigue vigente.
- (30) Ver los informes citados en notas 16 y 17.
- (31) Ver el informe citado en nota 16.
- (32) Tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia, como la Secretaría de Defensa de la Competencia, pertenecen al Ministerio de Economía, en el caso de la Argentina. La Secretaría de Defensa de la Competencia tiene entre sus funciones la de actuar como fiscales de la competencia, iniciando casos de oficio cada vez que se tenga la presunción de comportamientos anticompetitivos potencialmente contrarios al interés general. En tal sentido, debe realizar el seguimiento regular de la organización de los diversos mercados en los que puedan emerger prácticas anticompetitivas. Ver al respecto entrevista a Carlos Winograd, Secretario de Defensa de la Competencia, en "Pensamiento Económico", revista de la Cámara Argentina de Comercio, nro 454, marzo de 2000, ps 16-18. En el caso del Brasil, la CADE y la SDE pertenecen al Ministerio de Justicia y la Seae, al de Hacienda.
- (33) En el caso del Brasil, la investigación corresponde a la Secretaría de Derecho Económico, en el Ministerio de Justicia.
- (34) En el caso del Brasil, interviene también la Secretaría de Acompañamiento Económico, del Ministerio de Hacienda.
- (35) Ver sobre el proyecto de creación de una Agencia Nacional de Defensa de la Competencia, que podría fusionar la CADE, la Secretaria de Direito Economico (SDE) que también funciona en el ámbito del Ministerio de Justicia y que interviene en la etapa de las investigaciones, y la Secretaria de Acompanhamento Economico (SEAE) que funciona en el ámbito del Ministerio de Hacienda, en Gazeta Mercantil del 9 de marzo de 2000, p. 14A.
- (36) A la fecha de este informe aún no se ha constituido el Tribunal de Defensa de la Competencia, que sustituye a la anterior Comisión de Defensa de la Competencia.
- (37) Ver el texto en el Acta de la XXIII reunión del Comité Técnico nro.5 (Mercosur/CCM/CT5/Acta 3/99), del 15 y 16 de julio de 1999
- (38) La Comisión de Comercio es uno de los órganos previstos en el Protocolo de Ouro Preto. Está integrada por cuatro representantes por país y tiene por funciones el velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común.
- (39) Ver acta citada en nota 37.
- (40) Ver el informe de Gesner Oliveira "Competition Policy in Brazil and Mercosur: aspects of the recent experience", publicado en Boletín Latinoamericano de Competencia.
- (41) Idem.
- (42) Ver el artículo de José Tavares de Araujo Jr. y Luis Tineo, "The harmonization of competition policies among Mercosur countries", Organization of American States Trade Unit, Washington, July 1997.
- (43) Ver los cuadros incluidos en el capítulo 15 del informe citado en nota 16, p.281 y para el caso argentino, ver el cuadro incluido en el citado en nota 17, p.22.
- (44) Ver Tavares de Araujo, op.cit.
- (45) Idem.
- (46) Ibidem.
- (47) Ver el informe de Gesner Oliveira citado en nota 37.
- (48) Idem.

LA FUSION CARREFOUR-NORTE: UN ANALISIS CRITICO DEL DICTAMEN DE LA COMISION NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Por: **Jorge Bogo**¹
e-mail: jbogo@mol.com.ar

1. Introducción

El caso cuyo dictamen se va a analizar fue el más importante de los sometidos a aprobación desde que la ley 25.156 estableció el control de las concentraciones económicas. Fue también muy duramente criticado por diversas entidades representativas de intereses vinculados a la producción y comercialización de productos de consumo masivo, dado el volumen de venta de las dos cadenas involucradas y la sensibilidad existente respecto a las prácticas impuestas por algunas cadenas de supermercados.

Podría decirse asimismo que este dictamen constituye el mejor ejemplo producido hasta la fecha, del tipo de análisis que requiere la evaluación de los efectos de estos actos que involucran un aumento del poder de mercado. Este análisis ratifica un hecho que no es aún suficientemente conocido, como es que la calidad profesional de los dictámenes de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) están a la altura de los producidos en las mejores agencias antimonopólicas del resto del mundo.

No obstante, siendo ésta una práctica muy nueva, la crítica objetiva y rigurosamente profesional de los casos dictaminados por la Comisión es una parte importante del proceso de aprendizaje del que, tanto abogados como economistas, en el organismo de aplicación al igual que en la práctica profesional, somos parte.

Guiados por este propósito sintetizaremos primero las partes más relevantes del análisis realizado por la Comisión, para encarar luego el propio sobre las omisiones y errores que, en mi opinión, pudieran haberse cometido.

2. El dictamen de la CNDC

Este comienza poniendo de relieve el objetivo perseguido por la ley en su artículo séptimo, que sobreabunda por cierto respecto de lo estipulado en el primero. Seguidamente divide el análisis a realizar en dos mercados conectados, el minorista de venta de productos de consumo y el mayorista de abastecimiento a esas bocas de expendio. En un caso se trata de medir el poder de venta y en el otro de compra, reflejando así la creciente preocupación que existe en otros países respecto a este último punto.

Son ejemplos de esta preocupación por las consecuencias de la ganancia de escala de la comercialización minorista, el informe encargado por la Comisión Europea, la audiencia pública y el reciente seminario realizados por la Federal Trade Commission y la mesa redonda convocada por la OECD.²

En el primer caso, la concentración minorista, el objetivo específico del análisis fue establecido como la adquisición de la posibilidad de influenciar alguna de las dimensiones de la competencia en el mercado, en particular la capacidad de aumentar los precios como consecuencia de la operación. En el segundo se trató de medir los efectos que podría tener sobre la oferta, el aumento de la capacidad de negociación resultante de la fusión analizada.

¹ Ex presidente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y consultor privado en temas de análisis económico de la legislación.

² El estudio encargado por la Comisión Europea se tituló "Buyer Power and its impact on Competition in the Food Retail Distribution Sector of the European Union" lo encargó a Dobson Consulting y se publicó en mimeo en 1999. En EE.UU. el tema lo tomó la Federal Trade Commission pero circunscripto a las prácticas conocidas como "slotting fees" y lo incluyó en una audiencia pública que tuvo lugar en noviembre de 1995. Docket N° P951201. La mesa redonda convocada por la OECD en octubre de 1998, bajo el título "Buying power of multiproduct retailers", fue publicada en el número siguiente del OECD Journal of Competition Law and Policy.

2.1. La caracterización del comercio minorista argentino

En una primera sección destinada a caracterizar la comercialización minorista en Argentina, el dictamen de la Comisión llega a la conclusión de que los rasgos más salientes han sido una intensa competencia entre las grandes cadenas nacionales e internacionales presentes en el país, así como una escasa fidelidad de los consumidores a ellas. Esta caracterización estática se inscribe en una dinámica caracterizada por la creciente penetración de las grandes superficies, que han buscado posicionarse en el mercado abriendo nuevas bocas o comprando cadenas existentes, han introducido nuevas tecnologías de distribución y comercialización, han aumentado los servicios a clientes y han contribuido a bajar sostenidamente los márgenes de comercialización minorista. Los consumidores, por su parte, han demostrado según la Comisión mucha racionalidad en sus conductas, como lo evidencia la prioridad asignada al precio en sus compras y, secundariamente, a otros beneficios en nada subjetivos como son la amplitud de las opciones y los servicios conexos a la compra (entrega a domicilio, tarjetas de crédito, cajeros automáticos, estacionamiento, farmacia, etc.).

No obstante, el panorama no sería tan favorable para las grandes superficies de venta, ya que también consigna el dictamen que las ventas totales de los supermercados no acompañaron la expansión de las superficies de venta. Según el cuadro que aparece en la página 16, desde 1996 hasta 1999 hubo un sostenido descenso de las ventas por m², acumulando una pérdida cercana al 30%. Esos mismos datos, desagregados a nivel regional, muestran una gran heterogeneidad, ya que mientras en algunas ciudades como Santiago del Estero, Posadas, San Juan y Corrientes se registran índices de penetración de hiper y supermercados -medidos sobre una canasta básica de consumo- que oscilan entre un 82 y un 74%, en la Capital Federal y el Gran Buenos Aires se registran índices muy bajos, del orden del 40%, que también se repiten en otras localidades del interior.

En el camino hacia esas conclusiones la Comisión destacó dos puntos relevantes para la autorización de la operación. El primero fue la distancia que aún nos separa de los países europeos y Brasil en materia de penetración de las grandes superficies de autoservicio, no obstante la demostrada tendencia de crecimiento. El segundo es que un factor clave para el éxito comercial es la necesidad de alcanzar lo que denomina "masa crítica de compras", esto es una escala de compra que otorgue a los competidores menores un poder de negociación con los proveedores, tal como para permitirles obtener condiciones semejantes a las de las cadenas líderes.

2.2. El mercado relevante del producto

Para analizar el impacto de la operación de fusión entre Carrefour y Norte, el organismo de aplicación procedió a continuación a definir el mercado relevante. Es en este punto en el que el análisis alcanza su mejor momento, ya que fue elaborando pacientemente la sustitución de productos desde el lado de la demanda, hasta delimitar el mercado. Para ello deja de lado el test del monopolista hipotético, que adoptara en los Lineamientos para el Control de las Operaciones de Concentración, como en la práctica suele ser usual en casi todo el mundo, para adoptar un enfoque de tipo cualitativo muy rigurosamente desarrollado. Este enfoque parece más apropiado para analizar un mercado de comercialización masiva como este que el estándar. Para ello definió tres categorías de productos en función de la frecuencia de su compra: a) la canasta de bienes alimenticios de consumo habitual, b) la canasta de bienes alimenticios de consumo no habitual y c) la canasta de bienes no alimenticios. Es en función de estas tres canastas de productos que se determinó luego el formato comercial elegidos por los consumidores para realizar sus compras, de acuerdo a dos encuestas preexistentes sobre los hábitos adquisitivos de la población.

Según los datos manejados por la Comisión, el 61% de los consumidores manifestaba adquirir los productos integrantes de esa canasta alimenticia de consumo habitual en los formatos de hiper y supermercados, mientras que en el caso de la canasta no habitual el porcentaje referido aumentaba al 68%. Los datos correspondientes a los productos no alimenticios, por su parte, mostraban una amplia dispersión según fuera el producto considerado, ya que iban desde un 78% de habitualidad en el caso de los productos de bazar a un 12% en las compras de indumentaria y el calzado.

³ Lamentablemente este dato no se presentó de forma que permitiera apreciar la diferente penetración en las distintas secciones de la Capital y el conurbano.

Una serie de análisis complementarios basados en distintos atributos de las compras ratificaron posteriormente la percepción de que tanto en el caso de la canasta alimenticia habitual como en el de la no habitual, ya sea por los menores precios como por la variedad y calidad de los productos, los hiper y supermercados son manifiestamente preferidos por los consumidores al momento de realizar sus compras. El formato comercial tradicional, por su parte, es utilizado complementariamente para adquirir unos pocos productos de esa canasta, fundamentalmente por razones de urgencia. Dadas las evidencias disponibles en la Comisión, a esas canastas se adicionaron también algunos productos de la canasta no alimenticia, como los productos de higiene personal y del hogar, así como los productos de bazar, conformando así una única canasta de bienes que son habitualmente adquiridos por los consumidores en los hiper y supermercados.

Sobre esa base el organismo arribó a la conclusión que los consumidores no concurren habitualmente a las grandes superficies de venta para adquirir individualmente los productos de esta canasta, sino para abastecerse conjuntamente de ellos. Habría así, si se quiere, una economía de alcance en el consumo que favorece la compra en los grandes autoservicios, como consecuencia de que están bajo un mismo techo todos los productos que se requieren periódicamente en un hogar. Es por ello que el comercio tradicional no es un sustituto como lugar de compra habitual de estos bienes de compra conjunta, con lo cual el mercado relevante fue definido como el de los hiper y supermercados. El comercio tradicional fue así excluido, dado que en lo en lo referido a la canasta básica de compra habitual no puede considerársele un competidor de los autoservicios grandes.

Esta conclusión, basada en las preferencias reveladas por los hábitos de compra de los consumidores, fue apoyada con antecedentes metodológicos similares extraídos de la jurisprudencia americana y europea que, si bien se referían a los mercados de otros productos, tenían como común denominador (metodológico) el criterio de compra conjunta.

2.3. El mercado relevante geográfico y la concentración de la oferta

A esta definición del mercado relevante del producto se agregó luego la del mercado relevante geográfico, una cuestión importante dado que se trata de un mercado segmentado localmente, sobre el que debía realizarse la medición de la concentración previa y posterior al acto de fusión. Para ello la Comisión definió mercados locales considerando las localidades en las que existía al menos una boca de expendio de las empresas cuya fusión se estaba analizando. Estos mercados resultaron ser cinco ciudades del interior, más la Capital y el Gran Buenos Aires. No obstante, dado que ambas cadenas tenían una extendida presencia geográfica, centros de distribución en distintos puntos del país y una estrategia comercial unificada, la Comisión consideró conveniente llevar en paralelo los análisis al nivel nacional y al de cada una de las siete localidades consideradas. Para analizar el mercado nacional tomó 90 cadenas de supermercados, con datos de facturación correspondientes a 1998, mientras que para los mercados locales adoptó un criterio de zona de influencia de los locales de la cadena fusionada, basado en la distancia.

2.3.1. El mercado nacional

Al destacar las características del mercado al nivel nacional, el énfasis general del dictamen estuvo muy claramente en poner de relieve la presencia en Argentina de las principales cadenas internacionales, para así denotar que existe una competencia efectiva. Para ello destacó el hecho de que estas cadenas han trascendido su origen nacional y se han proyectado internacionalmente, mediante filiales en varios países, lo cual demuestra que su fuerte presencia en Argentina no es un hecho circunstancial o extemporáneo. Este ha sido un tema muy recurrente en el ámbito de la Comisión, que siguiendo los mejores antecedentes teóricos, le ha servido para destacar la existencia de una efectiva restricción de los grados de libertad de las empresas con poder de mercado, impuesta por sus competidores. Se refiere, en suma, a la capacidad de competir de los rivales incluidos en la franja competitiva del mercado y su dinámica alude, por pasiva, a la inexistencia de importantes barreras a la entrada. Sobre este tema se volverá más adelante, porque es clave.

Una vez caracterizado así el mercado, el paso siguiente del análisis fue estimar los índices de concentración, lo cual mostró un HHI que en virtud de esta operación pasaba de 977 a 1.460 puntos (49% de aumento). Según el estándar americano esto transformaría el mercado de "desconcentrado" en "moderadamente concentrado". Pero si se consideraran sólo las 18 principales cadenas competidoras, esto es si se excluyen los competidores que no alcanzan a molestar a un líder de mercado, el HHI prefusión ascendería a 1.310 puntos y el postfusión a 1.968 puntos. La calificación del mercado según los estándares americanos pasaría de este modo de "moderadamente

concentrado” a “altamente concentrado”. De acuerdo a lo referido en el párrafo anterior, esta última sería la forma verdaderamente relevante de medir los efectos del acto de concentración.

Acto seguido, el dictamen analiza las condiciones del mercado, para evaluar los alcances de este poder de mercado, esto es, sus posibilidades de explotación plena por parte de la nueva cadena fusionada. El punto sobre el que inicialmente descansa el análisis es el crecimiento del mercado, para lo cual destaca el número de bocas abiertas en 1999 y la superficie correspondiente, así como las características recesivas del año en cuestión. Estas cifras confirmarían, según la Comisión, que en este canal de ventas hay una continuidad de la tendencia expansiva manifestada en la primera mitad de la década pasada. No obstante, seguidamente reconoce que desde 1994, en la Capital y el conurbano, la venta unitaria por m² bajó tendencialmente, para relativizar posteriormente este dato, afirmando que el nivel de 1999 (\$703) es aún significativamente superior a los \$450 y \$358 de Europa y EE.UU. Estos datos serían indicativos de que el mercado no está en un nivel de facturación “estabilizado”, lo cual ocurriría recién dentro de dos años -según la opinión de especialistas- en una cifra de menos de \$600/m². Este indicador de un potencial de crecimiento del mercado lo reforzó la Comisión al consignar los márgenes de comercialización prevalecientes en el mercado argentino, que duplican los americanos y europeos, pronosticándose también en este caso una baja hasta los niveles internacionales en el mismo período.⁴

Basada por lo tanto en que los competidores son fuertes y están en expansión, ya sea mediante nuevos locales o por la compra de cadenas locales, que hay renta en suma y una penetración de los hiper y supermercados que puede considerarse todavía escasa con referencia a otros países, la Comisión concluyó su análisis diciendo que no hay razones que justifiquen una preocupación por el significativo incremento de la concentración que produciría la operación analizada.

2.3.2. Los mercados locales

Como antes se anticipó, el criterio utilizado para delimitar los mercados locales es el de la Comisión Europea, que está basado en el concepto de “zonas de influencia”. Estas se definen como aquella que no requieren más de 15 minutos (en vehículo) para llegar a la boca de expendio de la cadena analizada. Dentro de esas “zonas de influencia” se ubicaron los locales de competidores efectivos, entendiendo por tales a aquellos que poseían al menos tres bocas de expendio.

De este modo se identificaron como mercados locales a analizar las ciudades de Mar del Plata, La Plata, Rosario, Córdoba y Mendoza, además de la Ciudad de Buenos Aires y el Gran Buenos Aires, que fueron consideradas como una unidad. En esta última se identificaron 16 zonas con ese criterio. Sin embargo, a renglón seguido se consideró que existían solapamientos, una gran homogeneidad demográfica y una política comercial homogénea, lo cual aconsejaba abandonar el criterio anunciado y considerar la existencia de un solo mercado geográfico constituido por la Capital-GBA. Cabe la sospecha que igual criterio se haya seguido en los casos de Córdoba, Rosario y Mendoza, ya que resulta difícil imaginar que no hay en ellas más que una sola zona de influencia, definidas por el criterio de 15 minutos de distancia en un vehículo.

Sobre la base de la facturación de las principales cadenas se determinó que la participación del conjunto Carrefour-Norte-Día ascendería al 42.7% del mercado Capital-GBA. El HHI pasaba de 1.737 puntos (un nivel lindante con los 1.800 puntos que marcan la frontera entre un mercado moderadamente concentrado y uno altamente concentrado) a 2.598 puntos. La Comisión relativizó este importante aumento del grado de concentración aludiendo a la desafiabilidad del mercado dado su potencial de crecimiento, y sobre la sola base de este argumento concluyó que la operación no tenía entidad suficiente para perjudicar el interés económico general.

En los restantes mercados encontró motivos de preocupación tan sólo en Rosario, donde existían índices muy similares a los de la Capital-GBA, ya que la participación conjunta luego del acto de concentración ascendía al 45% y el HHI quedaría en 2.546 puntos. En este caso, justificando el diferente tratamiento de Rosario vis a vis la ciudad de Buenos Aires por la distinta magnitud del potencial de crecimiento en ambos mercados, el dictamen recomendó condicionar temporalmente la operación. En el resto de los mercados no halló motivos de preocupación.

⁴ Este dato resulta políticamente relevante ya que fue puntualmente ignorado por los legisladores y el poder ejecutivo de la provincia de Buenos Aires, al sancionar las legislaciones restrictivas de la instalación de nuevos supermercados.

El análisis de los posibles efectos de la concentración de poder de compra en el mercado de provisión o abastecimiento a los supermercados merecería un artículo aparte, ya que es un tema difícil, políticamente conflictivo, y sobre el que no hay aún criterios unánimes respecto al perjuicio económico que sufriría la sociedad.⁵

3. Una revisión crítica del dictamen de la CNDC

El punto más sorprendente de este dictamen es que en varias oportunidades elabora cuidadosamente una conclusión, para después dejarla de lado con una justificación a mi juicio insuficiente, que se aparta incluso de los Lineamientos que oportunamente diera a conocer.

La primera de estas ocasiones es en la definición de los mercados geográficos relevantes a los efectos de este caso. El dictamen de la Comisión determinó la existencia de 16 mercados zonales en el conglomerado de Buenos Aires y luego de esto pasó, sorprendentemente y sobre la base de una serie de consideraciones cualitativas, a unificarlos. Esto lo justificó, entre otras cosas, por la homogeneidad demográfica. Si por esto se entendiera que quiso aludir a la homogeneidad social, claramente sería un error, ya que si algo caracteriza a este conglomerado urbano es su extrema heterogeneidad. Este error llevó a la Comisión a desconocer un hecho muy conocido y relevante, como es que los hiper y supermercados han ido avanzando hacia abajo en la escala social del conglomerado de Buenos Aires, a medida que se iban saturando los segmentos de mercado de mayor poder adquisitivo. En este caso debería haberse demostrado cuáles de esas zonas tenían aún un fuerte potencial de crecimiento, en lugar de haber tratado el conjunto urbano más importante del país como si fuera homogéneo. Si por homogeneidad demográfica se aludió a la densidad poblacional, también sería un error muy obvio. Lo mismo habría ocurrido con las grandes ciudades del interior, ya que el dictamen deja la duda de que se pueda haberse aplicado un criterio similar.

Esta objeción formal (a la consistencia lógica del análisis) tiene relevancia también por cuanto las conclusiones respecto a las preocupaciones por la concentración de poder de mercado están atemperadas por dos argumentos principales interrelacionados. El primero se refiere al crecimiento de los mercados, en particular el del aglomerado Capital Federal-G.B.A., y el segundo es el ya clásico de la desafiability del mercado. Ambos merecen un comentario.

3.1. El crecimiento del mercado

El crecimiento que muestran las cifras manejadas por la Comisión parece mostrar un cambio en la velocidad del crecimiento, como producto de un mayor acercamiento a la saturación. En otros términos, hay un claro cambio en la velocidad del crecimiento, que el análisis de la Comisión pasó por alto y que podría al menos, haber atemperado su grado de confianza en el crecimiento del mercado. Por las razones apuntadas, esto es más válido aún en el caso de la Capital y el Gran Buenos Aires donde hay zonas que por su composición socio-económica están virtualmente saturadas y otras que por similar razón cuentan con una presencia aún insuficiente de los autoservicios grandes. En síntesis, la Comisión postuló pero no probó su afirmación respecto a la probable dinámica del mercado.

3.2. La desafiability del mercado

Este argumento es más fuerte, más complejo y es el que denota el mayor déficit del dictamen. En efecto, asumir que el mercado es desafiante por nuevos entrantes implica afirmar que el posicionamiento en el mismo no tiene mayor relevancia. Esto, claro está, si nos atenemos a la definición de Stigler de barreras a la entrada, que la refiere al valor de la incumbencia, esto es la ventaja competitiva que resulta de estar posicionado en un mercado y haber adquirido suficiente información sobre su funcionamiento. Esta definición implica que en un mercado desafiante los entrantes no tendrán que afrontar una desventaja competitiva, lo cual lleva a la conclusión de que el número de competidores potenciales no es infinito. Por el contrario, en una economía globalizada, en la mayoría de los mercados es muy finito y sus nombres son de sobra conocidos por los incumbentes.⁶

⁵ Op. cit.

⁶ Para una discusión del tema, puede consultarse K. Viscusi, J. Vernon & J. Harrington. "Economics of Regulation and Antitrust". Second edition. 1998. MIT Press. Pag. 160.

Es de destacar que el dictamen no tomó en cuenta la existencia de una incipiente forma de comercialización en la que los entrantes no afrontarían importantes desventajas competitivas ni grandes costos no recuperables, como es internet. Esta forma de comercialización virtual ya está en el mercado y no hay mayores cuestionamientos respecto a que habrá de desarrollarse aún más, aunque no exista plena coincidencia respecto a la magnitud que puede llegar a adquirir. La Comisión se limitó en consecuencia a considerar el mercado con sus características actuales y en un súbito giro argumental lo consideró, sin mayores explicaciones, desafiante.

Esta conclusión obliga a plantearse algunas preguntas. La primera se refiere a que, de no existir en este mercado, y en particular en el conglomerado de la ciudad de Buenos Aires, una ventaja derivada de la incumbencia, como explicaría la Comisión que la mayor empresa de comercialización minorista del mundo, Walmart, desde que entró al mismo, haya acumulado una importante pérdida? El hecho de que este competidor haya sufrido reiteradas pérdidas, teniendo el know how que presumiblemente se requiere para emprender un negocio minorista a gran escala, debería haber servido como indicador de lo que puede ocurrirle a otro entrante con menor capacidad para competir, y haber así motivado una consideración más cuidadosa de la desafiabilidad del mercado.

Cabe añadir a esa evidencia otra igualmente fuerte. Si no existiera un importante costo de entrada a este mercado, cómo podrían explicarse las adquisiciones tan frecuentes y tan costosas de cadenas supermercadistas mayores y menores? Cómo se explicaría que los valores pactados superen ampliamente los valores de los activos? Qué valor tendrían las declaraciones de voceros autorizados del sector, que afirman públicamente que en los años venideros la expansión de los incumbentes pasará primordialmente por la adquisición de cadenas locales independientes?

Pero además, como pudo la Comisión decir que no había barreras a la entrada cuando en la provincia de Buenos Aires, el principal territorio del país, estaba vigente una legislación que las imponía explícitamente a las grandes superficies de venta, y había proyectos para elevarlas aún más?

Por último, cómo explicaría la Comisión que siendo el mercado desafiante, prevalezcan aún márgenes que denotan que los incumbentes no manifiestan temor alguno de que esto pueda atraer a entrantes que disipen esa renta? Si la respuesta fuera la miopía, no parecería un argumento válido en un mercado que presenta, como uno de sus rasgos principales que la misma Comisión destacara, la presencia de las mayores empresas supermercadistas del mundo. Tampoco la insuficiencia de la información disponible, por igual razón.

La explicación a estos interrogantes reside en la forma en que se ha venido considerando en la Comisión argentina la existencia de barreras a la entrada, que cabría calificar de muy superficial y reiterada. Este no es un hecho nuevo, ni tampoco exclusivamente local, ya que en todo el mundo la desafiabilidad de los mercados corre el riesgo de desvincularse de sus formulaciones originales, y convertirse en una forma muy simplista de minimizar la importancia de la concentración de poder económico. Esto es de atribuir a los factores exógenos al mercado más importancia que a los endógenos, sin prueba suficiente al respecto.

En otro artículo me he referido a este tema, poniendo de relieve que la existencia de barreras a la entrada es algo que debería examinarse más cuidadosamente, tomando primordialmente en consideración la conducta de los incumbentes.⁷ Si estas barreras fueran bajas o inexistentes, rechazada la hipótesis del comportamiento miope y la de información incompleta, éstos deberían tomar en consideración la posibilidad de la entrada de competidores potenciales y autolimitar así el ejercicio de su poder de mercado. Si esto no ocurriera, estarían evidenciando con su conducta que la entrada de nuevos y efectivos competidores, no es una amenaza creíble. Siendo esto así, ese mercado no sería desafiante en un sentido estricto.

La decisión de autorizar esta fusión con un condicionamiento que parece muy secundario respecto al mercado de Rosario, pone de relieve el riesgo de que la autoridad de aplicación de la ley de defensa de la competencia insista en una interpretación de la desafiabilidad de los mercados basada en un análisis de las barreras a la entrada, que es meramente formal, o en todo caso que ignora el valor informativo de las conductas prevalecientes.

⁷ "Los mercados desafiantes y la práctica antimonopolio". La Ley. N° 205. 25 de Octubre del 2000. Pag. 1.

MODIFICACIONES A LA LEGISLACIÓN SOBRE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA *

Las Reglas en la OMC – NAFTA – y el proyecto del ALCA

Por: Norma Pascar¹

e-mail: npacar@yahoo.com.ar

“El objetivo de las leyes de competencia es promover la asignación eficiente de los recursos. A tal fin estas leyes prohíben el abuso de posición dominante e impiden acuerdos entre firmas que restrinjan la competencia”.

José Tavares de Araujo Jr. OEA 1999.

I) Introducción

Las fusiones y adquisiciones se han tornado en el modo dominante de la Inversión Extranjera Directa. Se ha creado así una gran demanda de reglas predecibles, para mantener la confianza de potenciales inversores y, a la vez, fortalezcan los mecanismos de protección del interés público.

Los oligopolios suelen reaccionar en contra de la liberalización adoptando comportamientos de connivencia y buscando obtener ganancias en el corto plazo, además de otras conductas anticompetitivas que puedan anular los beneficios del mercado ampliado.

Para armonizar las condiciones de competencia en un área de libre comercio, los gobiernos deben desarrollar criterios convergentes sobre diversas cuestiones. **La armonización de reglas de competencia –en contraste con otros tópicos de la agenda de integración como aranceles y subsidios– no se logra negociando concesiones.** Es esencial la cooperación entre agencias nacionales de Políticas de Competencias para el cumplimiento de sus respectivas leyes locales. **La parte central de este proceso es alcanzada unilateralmente, cuando la autoridad de las Políticas de Competencias está preparada para actuar en la economía como regulador de última instancia.**

El proceso de reforma económica inauguró un período de transición donde las antiguas reglas ya han sido abolidas y las nuevas aún no han sido puestas en práctica. Esto crea un ambiente ideal para las actividades de ganancias rápidas.

En ausencia de reglas efectivas de competencia, este tipo de actividades (fusiones, adquisiciones, oligopolios) genera continuas disputas comerciales entorpeciendo el proceso de integración. Esto plantea la necesidad de iniciar una revisión de los criterios para medir los mercados relevantes, las barreras de acceso, los estándares de productividad y el poder de mercado.

II) Argentina – Ley 25.156/99 y Decreto 396/Abril 2001.

La nueva ley reemplazó a la 22262/80 la cual no tenía la posibilidad del control previo de operaciones empresarias y sus autoridades únicas eran la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC), compuesta por un presidente y cuatro vocales además del staff de abogados y economistas asesores.

La misma sin embargo, cobró vigor desde el año 1996 en adelante, con nuevas autoridades, al hacerse público y más eficiente su trabajo tanto de oficio impulsando investigaciones o por denuncias presentadas por competencia desleal y otras prácticas restrictivas de la competencia entre empresas. Sus resoluciones comenzaron a ser publicadas en boletines al estilo de los de la Unión Europea y posteriormente en el Sitio Web del Gobierno Argentino esto fue dejado sin actualizar desde fines de 1998.

La ley 25156/99, posee el **control previo de concentraciones y fusiones** como novedad y también implementó el **Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia.**

Sobre el primer punto diremos que acaban de ser modificados los montos de control mínimo – por el decreto 396/2001 - dejándose sin efecto en el art. 8vo de la ley la suma de dos mil quinientos millones de pesos (\$ 2.500.000.000) de volumen de negocio total a nivel mundial del conjunto de las empresas afectadas por lo cual serán controladas las empresas afectadas desde que superen en el país la suma de doscientos millones de pesos (\$ 200.000.000), solamente las cuales deberán notificar su operación al Tribunal de Competencia y este decidirá en 45 días si se autoriza la operación.

* Nota: Para leyes y Reglamentación de Competencia de Argentina: <http://www.mecon.gov.ar> e ingresar a INFOLEG -

¹ Presidente de la Comisión Técnica sobre Defensa de la Competencia de la Universidad Notarial Argentina (UNA) y de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) – Post Grado En Unión Europea y en Empresas Internacionales, Barcelona, España.

Agregó también este decreto un inciso E al art. 10mo de la ley que incluye como operación exentas de notificación obligatoria a las operaciones cuyo monto y valor de los activos situados en Argentina que se absorban, adquieran, transfieran, o se controlen no supere, cada uno de ellos, respectivamente los veinte millones de pesos (\$20.000.000), salvo que en el plazo de doce meses anteriores se hubieran efectuado operaciones que en conjunto superen dicho importe, o el de sesenta millones de pesos (\$60.000.000) en los últimos treinta y seis meses, siempre que en ambos casos se trate del mismo mercado. Esto último nos parece correcto y acorde a la legislación nacional y a no detenerse los órganos gubernativos en operaciones menores. Sigue el decreto con plazos de contestación y apertura a prueba.

Reglamento N° 89 del 25/01/2001

Recién después de pasado un año y medio de la sanción de la ley 25.156/99 se sancionó su decreto reglamentario en el mismo se incorpora la figura no contemplada en la ley de la **Secretaría de Defensa de la Competencia y el Consumidor (SDCC)**, que había sido implementada por el decreto N° 20 de Diciembre de 1999 y nunca plasmada en la propia ley por el cual el Poder Ejecutivo creó un nuevo departamento de gobierno con rango de **Secretaría de Estado**, atribuyéndole la incumbencia de ser autoridad de aplicación de las leyes de defensa de la Competencia, de lealtad comercial y de Defensa del Consumidor

El reglamento 89/01 contiene en numerosos artículos **una gran injerencia de esta agencia gubernamental en el futuro del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia y sus Resoluciones**. Vemos que especialmente en el art. 26 de la reglamentación le otorga numerosas atribuciones al Secretario de Defensa de la Competencia y el Consumidor interviniendo en todas las instancias de la vida del tribunal.

La decisión de **incorporar a la SDCC en el corazón de los procedimientos del TNDC va en la dirección opuesta a la credibilidad institucional** lo cual no significa que dicha Secretaría no deba tener un rol activo en pos de la competencia.

La SDCC, como en los países desarrollados podría denunciar conductas anticompetitivas o apelar decisiones del TNDC, cuando por ejemplo advierta considere que un acto colusivo o una fusión comprometedora pasan inadvertidos o sin sancionar. Esto puede realizarse sin intromisión en los procedimientos del tribunal.

En este momento se acaba de presentar en el Congreso de la Nación Argentina con fecha Abril de 2001 varios proyectos de pedidos de derogación del citado decreto.

III) La transparencia como meta, la publicidad y las reglas de la OMC.

²El mayor problema que enfrentan las agencias antimonopólicas en el Mercosur y en el resto de Latinoamérica, son los gobiernos de turno, su ambigüedad y sus cambios. **Lo único que puede oponerse a esto son leyes y agencias de defensa de la competencia, fuertes, seguras y transparentes, inmunes a estos cambios políticos y una de las formas que genera más independencia son las leyes que previenen tribunales en esta materia.** Además de la promoción de la transparencia del mercado que puede ser una alternativa posible, aunque no inmune a las presiones. La publicación periódica de estudios, el mantenimiento de bases de datos sobre las barreras de acceso, las tasas de rendimiento y otras condiciones de competencia en los distintos sectores económicos no requieren cambios institucionales significativos y pueden ser implementados en cualquier país. Es por ello que la **transparencia** es el principal instrumento para controlar tanto las prácticas anticompetitivas como la inconsistencia en las políticas gubernamentales.

En la Organización Mundial del Comercio, el debate sobre la efectividad de un acuerdo multilateral sobre reglas de competencia recién está empezando. Sin embargo, esto no significa que las políticas de competencias no sean relevantes en ese ámbito. Por un lado, Estados Unidos sostiene que la discusión a nivel multilateral es aún prematura ya que muchos miembros de la OMC no han siquiera establecido leyes antimonopólicas a nivel nacional. Por otro lado, la UE está presionando para que se establezcan lineamientos generales de políticas de competencias, que les permitan a los miembros de la OMC imponer reglas mínimas a fin de promover la cooperación entre los gobiernos en la lucha antimonopólica.

IV) NAFTA

En el área regional que han constituido EEUU, Canadá y México, la aproximación a las políticas de competencias se encuentran desarrolladas brevemente en el Art. 15 del Acuerdo, donde se plantean los lineamientos generales que reducen la incertidumbre para la inversión. Los mismos proveen una serie de reglas transparentes que informan al sector privado sobre los instrumentos de control del gobierno. El criterio de control más importante consiste en la verificación de que las firmas fusionadas no tengan poder en el mercado para realizar un incremento de precios significativo y permanente.

La tendencia a la concentración de mercados que sigue al proceso de integración económica es el problema más común de las políticas de competencia creado por los acuerdos comerciales. La convergencia de los lineamientos nacionales significa que, aún sin mecanismos regionales, el NAFTA está ya preparado para enfrentar este problema. En este sentido, desde la perspectiva de las políticas de competencia en la región, es relevante la existencia de mecanismos efectivos para “**proteger el interés público**”, y no el tamaño y propiedad de las firmas o la estructura industrial.

Las negociaciones del NAFTA han tenido una marcada influencia en la reciente modernización de las instituciones mexicanas de las políticas de competencia. La Comisión Federal de Competencia, agencia autónoma creada en 1992, ha reemplazado a la antigua ley Mejicana de Competencia de 1934.

V) ALCA Area de Libre Comercio de las Américas

En proyecto de región Americana que iría desde Alaska hasta Argentina, el rol de las políticas de competencias en el ALCA **será gradualmente definido por la superposición de los mismos**. Se deberán contemplar al menos **cuatro** tipos distintos de interacción entre los países de la región:

- El fortalecimiento de las leyes nacionales y de las agencias nacionales de políticas de competencias a través de una asistencia mutua regional, como en el caso de México y sus socios del Nafta.
- La inclusión de compromisos para la armonización de políticas pero sin crear instituciones supranacionales como en el caso del protocolo del Mercosur.
- El prevalecimiento de la ley supranacional en casos de alcance regional.
- El foco en la interacción de mecanismos específicos para lidiar con casos de repercusión internacional, como lo hace la Comunidad Andina.

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONOMICAS A PARTIR DE LA REGLAMENTACION DE LA LEY N° 25.156

Por Julián Peña
e-mail: jpenia@mecon.gov.ar

Sumario:

1. Introducción. 2. Principales modificaciones introducidas por la reglamentación. a) Ratificación del carácter previo del control. i) La Ley N° 25.156. ii) La Resolución N° 788/99. iii) El Decreto N° 89. b) Etapas del procedimiento. c) Suspensión de plazos. d) Actos excluidos de la obligación de notificar. e) Opiniones consultivas. f) Informes de organismos de control. g) Confidencialidad. h) Información falsa o incompleta. i) Notificación a la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor. 3. Conclusiones

1. Introducción.

Con la firma del Decreto N° 89 del 25 de enero de 2001¹ se ha reglamentado la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia. De esta forma, se ha dado fin a una primera etapa en la transición hacia la aplicación plena de la nueva ley, y se le determinó un plazo para que dicho objetivo se concrete con la entrada en funciones del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia.

El mencionado decreto reglamenta varios aspectos de la ley, pudiendo resumírselos en cuestiones vinculadas al control de concentraciones económicas, el establecimiento del Tribunal, las funciones de la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor a partir de la creación del Tribunal y, por último, cuestiones procedimentales relacionadas a las causas iniciadas por conductas anticompetitivas.

En materia de control de concentraciones, durante el primer período de aplicación de la ley, se basó en una estructura jurídica compuesta por las resoluciones “reglamentarias” de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería N° 726/99 y 788/99 y por la Disposición de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia N° 14/99, que estableció el Formulario F1, todas ellas derogadas por el nuevo decreto. Otras cuestiones han sido dilucidadas a través de las opiniones consultivas o bien de la práctica de la Comisión. En este conjunto de normas, interpretaciones y prácticas se encuentran las fuentes directas de muchas de las disposiciones del decreto reglamentario.

En la reglamentación se legaliza la interpretación que ha hecho la Comisión de distintos conceptos de la Ley N° 25.156. A partir de ahora, quedan definidos los conceptos de empresas afectadas, de sujetos obligados a notificar y de empresas extranjeras a los fines de la excepción de notificación dispuesta por el artículo 10, inciso c) de la ley. Asimismo el decreto reglamentario recepciona algunas de las disposiciones previstas en la Resolución N° 726 en referencia al carácter de declaración jurada de las presentaciones, a la caducidad de las autorizaciones en los casos en que no se efectúen las operaciones, a las consecuencias del incumplimiento de las condiciones y al carácter de las presentaciones.

El objeto de este trabajo es el analizar los cambios en el régimen de control de concentraciones económicas introducidos por la reglamentación del capítulo III de la Ley N° 25.156.

2. Principales modificaciones introducidas por la reglamentación.

a) Ratificación del carácter previo del control.

i) La Ley N° 25.156.

Una de las principales preocupaciones durante el período de elaboración de la nueva ley de defensa de la competencia en el Congreso fue el determinar si el control de las concentraciones económicas por parte del órgano de aplicación debía realizarse previamente o con posterioridad a las mismas.

¹ Boletín Oficial del 30 de enero de 2001, pg. 1.

La preocupación se justificaba, por un lado, por el peligro que podría significar la imposición de una traba burocrática a las inversiones con su consecuente desvío de corrientes inversoras a otros países y, por el otro, la dificultad que traería aparejada para el *enforcement* de la ley si el control se realizaba una vez perfeccionada la toma de control.

Más allá de la preocupación de los sectores empresarios por el tema, el Congreso Nacional decidió asimilar la legislación argentina a la vigente en los Estados Unidos y Europa en materia de control de concentraciones. Esto es, optó por actuar en forma preventiva, imponiendo en consecuencia un sistema de control previo de las operaciones de concentración económica, estableciendo asimismo un plazo prudencial para que el órgano de aplicación se expida expresa o tácitamente.

En los fundamentos del proyecto de ley de defensa de la competencia presentado por el Diputado Rodolfo Gabrielli, que fue una fuente directa del proyecto consensuado en la Comisión de Comercio de la Cámara de Diputados y finalmente sancionado como Ley N° 25.156², se sostuvo que “el objetivo de las empresas que se proponen realizar una fusión o concentración es aumentar su poder de mercado. Por consiguiente si la operación se realiza, puede producirse una disminución significativa del número de competidores efectivos y un aumento de la capacidad potencial para desarrollar prácticas anticompetitivas. Es así que se prevé la notificación previa para las operaciones que se realicen dentro de los parámetros que especialmente se determinan. El Tribunal tiene la facultad de oponerse o condicionar dichos actos cuando afectan la competencia.”³

Esto se vio reflejado finalmente en el mecanismo establecido por el Capítulo III de la ley, y en particular por su artículo 8° que establece que los actos indicados en el artículo 6° de esta ley en los que las empresas afectadas tengan un volumen de negocios que superen determinados umbrales, “deberán ser notificadas previamente o en el plazo de una semana a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control, ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, contándose el plazo a partir del momento en que se produzca el primero de los acontecimientos citados, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de lo previsto en el artículo 46 inciso d).”

El artículo 8° continúa diciendo que “los actos sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 13 y 14 de la presente ley, según corresponda”. El artículo 13 se refiere a la posibilidad del Tribunal de expedirse en un plazo de 45 días de presentada la solicitud y documentación respectiva, para autorizar, condicionar o bien denegar la operación. La aprobación tácita, vencido el plazo mencionado, está prevista en el artículo 14 de la ley.

ii) La Resolución N° 788/99.

El 19 de octubre de 1999 el entonces Secretario de Industria, Comercio y Minería del entonces Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos firmó la resolución N° 788/99, aprobando los conceptos vertidos en el Dictamen CNDC Concent. N° 1/99 firmado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia⁴ el día 14 de octubre de ese año y que forma parte integrante de la misma resolución.

A través del artículo 1° de esta resolución, se interpretó que los conceptos involucrados y las fechas definitivas en los distintos supuestos del artículo 6° de la Ley N° 25.156 a partir de la cual deberá considerarse que empieza a correr el plazo de una semana establecido por el artículo 8° de la misma ley, eran las siguientes:

- a) Conclusión del acuerdo en la fusión de empresas, el momento establecido en el apartado 4) del artículo 83 de la Ley N° 19.550, TO 1984.
- b) Conclusión del acuerdo de transferencia de fondos de comercio, el momento establecido por el artículo 7° de la Ley N° 11.867.

² Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia. Sancionada el 1 de septiembre de 1999, promulgada el 13 de septiembre de 1999 con observaciones parciales a través del Decreto N° 1019 del 16 de septiembre de 1999, y publicada el 20 de septiembre de 1999 en el Boletín Oficial.

³ Fundamentos del proyecto de ley sobre defensa de la competencia presentado por los Diputados Rodolfo Gabrielli y otros, Marzo 1998. Expte. 426-D-98 (TP 5).

⁴ Queda constancia al pie del dictamen que la vocal María Viviana Quevedo emite su opinión por separado, en disidencia.

- c) Adquisición de una participación de control o de una influencia sustancial en una sociedad de responsabilidad limitada o en una sociedad anónima o similar, los momentos fijados en los artículos 152 y 215 de la Ley N° 19.550. TO 1984, respectivamente.
- d) La conclusión de los actos o acuerdos que importen la transferencia de activos empresarios a una persona o grupo económico, los momentos de celebración de los contratos de conformidad a las previsiones de los artículos 1140 y 1184, inciso 8° - de corresponder- del Código Civil y de la tradición de la cosa de conformidad a lo establecido por el artículo 1141 del mismo Código.

El artículo 2° de la Resolución N° 788/99 dispuso que en los casos de transferencias de partes de interés o capital de sociedades distintas a las individualizadas en el inciso c) del artículo 1° que precede o en los supuestos de acuerdos o actos que permitan, fáctica o jurídicamente, a una persona o grupo económico tener influencia determinante en decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa, su solución se adoptará por cada caso o a través de opiniones consultivas que emita la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

Esta resolución, a pesar de no haber sido publicada, fue ratificada con posterioridad por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia en dos oportunidades a través de las opiniones consultivas 45 y 62, de fechas 26 de mayo y 29 de agosto de 2000. En esta última ocasión, el consultante planteó que, merced a la reglamentación introducida por la resolución, una operación de concentración debidamente notificada a la Comisión se encontraba sujeta a una condición resolutoria y que, consiguientemente, una vez notificada la operación, las partes podrían concluir la misma.

La Comisión entendió que “la interpretación que hace el presentante de la Resolución SICM N°788/99 es correcta, y que las partes pueden llevar a cabo la operación notificada, aún estando pendiente su aprobación. Sin embargo, esta Comisión advierte que, en caso de no aprobarse la operación, o de condicionarse la misma, deberían volver las cosas al estado anterior al de la celebración de la operación”.

El principal efecto de la Resolución N° 788/99 radicó en la conversión del régimen de control previo de las concentraciones, tal como lo previó la ley, en uno de control *ex-post*. A partir de la resolución en cuestión las operaciones de concentración económica se podían llevar a cabo prescindiendo de la aprobación de la Comisión, quedando sujetas a que, en el caso que encuadren en el artículo 7° de la ley (que no es más que un tipo de conducta de las previstas en el artículo 1°) se deberían retrotraer a la situación en que estaban antes de producirse la toma de control. O sea, se volvía al régimen anterior, en el cual la Comisión podía actuar sólo cuando encontrase una conducta anticompetitiva y no en carácter preventivo.

La explicación que se puede encontrar a la interpretación que se hizo con la Resolución N° 788/99 es que para el análisis del artículo 8° sólo tuvieron en cuenta una parte del mismo y se lo analizó en conjunto con el marco normativo que rige para cada una de las distintas formas de toma de control previstas en el artículo 6° de la ley.

Según surge del dictamen que acompaña a la resolución, se hizo caso omiso a la parte del mismo artículo 8° donde se hace mención a que los actos sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 13 y 14 de la ley, según corresponda.

Resulta difícil imaginar a que efectos se pudo haber referido el artículo 8° que no sea, por ejemplo, la inscripción del artículo 215 de la ley de sociedades en el caso de la compra de acciones.

iii) El Decreto N° 89.

La naturaleza preventiva del régimen de control de concentraciones económicas fue ratificado por el Decreto N° 89. Esto se da al establecer que el Tribunal deberá establecer un mecanismo de opinión consultiva a los fines de determinar “si una operación está sujeta al **control previo** previsto en el Artículo 8° de la Ley N° 25.156”. Si bien esta interpretación se podía inferir del texto de la ley, como vimos anteriormente, la misma no lo sostenía expresamente.

No obstante, en el artículo 14 de la reglamentación, se determina que el plazo de una semana para la notificación obligatoria comenzará a correr:

1. En las fusiones entre empresas, el día en que se suscriba el acuerdo definitivo de fusión conforme lo previsto por el apartado 4 del Artículo 83 de la Ley N° 19.550, T.O. 1984.
2. En las transferencias de fondos de comercio, el día en que se inscriba el documento de venta en el Registro Público de Comercio de acuerdo con lo previsto por el Artículo 7° de la Ley N° 11.867.
3. En las adquisiciones de la propiedad o de cualquier derecho sobre acciones o participaciones, el día en que quedare perfeccionada la adquisición de tales derechos de acuerdo con el convenio o contrato de adquisición.
4. En los demás casos, el día en que quedare perfeccionada la operación en cuestión en virtud de las leyes respectivas.

Si bien hay una contradicción normativa, el avance que produjo la reglamentación ha sido significativo, por cuanto se ha reconocido expresamente que la ley instauró un régimen de control previo. La confusión que creaba la dualidad de normas en la materia hacía que reinase una incertidumbre nociva que atentaba contra la credibilidad del sistema instituido por la nueva ley de defensa de la competencia. Con la introducción del control ex-post por parte de la Resolución N° 788/99 se estaba asimismo debilitando el accionar del órgano de aplicación, el cual se podía convertir de esta manera en un trámite burocrático necesario pero irrelevante. Si ya resulta difícil su tarea actuando en forma preventiva, mucho más lo sería si se presentaran los hechos consumados.

b) Etapas del procedimiento.

La reglamentación establecida por el Decreto N° 89 sienta las bases para la introducción del sistema de vía rápida. Este sistema, incorporado recientemente en Europa⁵, responde a la necesidad de acelerar y abaratar el trámite para las operaciones de poca trascendencia como así también alivianar el trabajo de la Comisión (y luego del Tribunal), permitiéndole emplear mejor sus recursos en los casos que lo ameritan.

Dado el número significativo de operaciones de concentración económica que encuadran en el régimen de notificación obligatoria previsto en el artículo 8° de la Ley N° 25.156, el caudal de información que se debe procesar es muy elevado.

En consecuencia, se han notificado operaciones de concentración con una incidencia nula en el mercado, como por ejemplo, el usufructo de una estación de servicio en un pueblo chico del interior del país por parte de una empresa petrolera, la cual encuadraba en la ley por su volumen de negocios a nivel mundial. Este tipo de operaciones, por más que a priori se puede percibir su falta de importancia en el mercado, exige el cumplimiento de las formalidades y tiempo para su análisis y resolución.

Si bien en la práctica ya se venía flexibilizando el cumplimiento del Formulario F1 para este tipo de operaciones, no obstante implican un desgaste innecesario del sistema que distrae la atención de los casos que merecen un estudio más cuidadoso.

El Decreto, en su artículo 11, prevé la instauración de un procedimiento de al menos tres etapas sucesivas para la presentación gradual de información, disponiéndose asimismo que el Tribunal deberá establecer plazos y aranceles diferenciados para cada una de las etapas sucesivas. Conjugando este artículo del decreto con el artículo 14 del mismo, se debe entender que el paso de una etapa a la siguiente conlleva necesariamente la interrupción del plazo previsto por el artículo 13 de la Ley N° 25.156.

La Secretaría de Defensa de la Competencia implementó este sistema a través de su Resolución N° 40 del 22 de febrero de 2001.

c) Suspensión de plazos.

El sistema de suspensión del plazo previsto en el artículo 13 de la Ley N° 25.156 ha sufrido algunas modificaciones también.

⁵ El procedimiento simplificado para tramitar determinadas operaciones de concentración con arreglo al Reglamento del Consejo (CEE) N° 4064/89 fue adoptado a través de un Comunicación de la Comisión Europea del 26 de julio de 2000, publicada en el Boletín Oficial de las Comunidades Europeas el 29 de julio de 2000 (OJ C 217, pg. 32) y aplicada a partir del 1° de septiembre del mismo año.

De acuerdo a lo dispuesto por las Normas de Procedimiento dispuestas por la Resolución SICyM N° 726 del 28 de septiembre de 1999, efectuada la presentación del Formulario F1, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia tenía un plazo máximo de cinco días para revisar si la información y documentación suministradas adolecían de omisiones, defectos o incorrecciones. Vencido este plazo sin que se notificaran observaciones, el cómputo del plazo del artículo 13 de la ley se efectuaba a partir de la fecha de la presentación. De existir observaciones, la Comisión debía notificar a los interesados dentro del plazo máximo de dos días (o sea, un total de siete días), para que sean subsanadas dentro de un plazo único e improrrogable de diez días, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el artículo 9° de la ley. En este supuesto, el plazo se computaba a partir de la fecha en que se cumplimentaba acabadamente con lo requerido en la notificación de observaciones. Asimismo, se preveían dos supuestos de suspensión del plazo: la solicitud de opinión del organismo de control o ente regulador prevista en el artículo 16 de la ley, o cuando fuere necesaria la presentación de un segundo formulario, denominado F2.

Este sistema implicaba que cuando una operación se notificaba, difícilmente implicaba el comienzo del cómputo del plazo legal del artículo 13. Esto se daba así debido a que en la casi totalidad de los casos notificados, existía alguna observación al Formulario F1. Las observaciones no se debían tanto a falta de presentación de documentación (punto 1 del formulario), sino más bien a la parte de información económica (puntos 2 al 5).

Esto se debía, principalmente, al hecho que el Formulario F1 era un formulario estándar, que no era igualmente funcional para todas las operaciones, principalmente a aquellas que se referían a empresas prestadoras de servicios. En consecuencia, las observaciones económicas se destinaban a tratar de conocer, en particular, el mercado en cuestión. Como consecuencia de ello, el plazo del artículo 13 si bien se demoraba en iniciar, difícilmente se suspendía por un Formulario F2.

La diferencia entre el “F2” encubierto de las observaciones del Formulario F1, y la suspensión del plazo por un F2 implicaba una diferencia sustancial en el cómputo del plazo legal. Una operación que se observaba y era notificada al séptimo día, no implicaba un comienzo en el cómputo del plazo. En cambio, si la misma información era requerida como un F2, entonces se suspendía el plazo, pero los siete días hábiles ya hubieran corrido. Esto se agravaba en caso de observaciones sucesivas.

Con el decreto reglamentario, cambia el sistema totalmente. A partir de ahora, el plazo de cuarenta y cinco días del artículo 13 de la Ley N° 25.156, comenzará a correr a partir de que el interesado efectúe la notificación prevista en el artículo 8° de la ley. Sin embargo, continúa el artículo 14, dicho plazo quedará suspendido cada vez que el Tribunal solicite al interesado información adicional⁶, y hasta tanto tal información fuere suministrada en forma completa.

Esto implica que ni bien una operación sea notificada, por más que la misma sólo contenga un mínimo de información, comienza a correr el plazo legal. Teniendo en cuenta el tiempo que una presentación tarda en ser registrada, asignada, controlada y notificadas las observaciones, una notificación incompleta puede producir la pérdida por parte de la Comisión de fácilmente un par de días, en el mejor de los casos.

No obstante, la última parte del artículo vuelve a producir el mismo efecto que el de la Resolución N° 726. Una vez suspendido el plazo por observaciones, el mismo no se vuelve a reanudar hasta tanto la Comisión no considere que las mismas han sido contestadas satisfactoriamente. Peor aún, el decreto no le da un plazo perentorio a la Comisión para que se expida sobre las contestaciones a las observaciones, quedando desprotegido el notificante ante este vacío legal.

d) Actos excluidos de la obligación de notificación.

Una de las innovaciones más peculiares de la reglamentación es la exclusión de los actos que requieren notificación del artículo 8° de la Ley N° 25.156, de las transferencias de bienes a título gratuito que se hagan a favor de:

⁶ El artículo 4° del Decreto N° 396 del 1 de abril de 2001, publicado en el Boletín oficial del 5 de abril de 2001, estableció que “la solicitud de documentación adicional deberá efectuarse en un único acto por etapa, que suspenderá el cómputo del plazo por una sola vez durante su transcurso, salvo que fuere incompleta”.

- a) el Estado Nacional o sus dependencias, Provincias, Municipalidades y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y
- b) herederos forzosos, sea por actos entre vivos o por causa de muerte.

No se sabe cuál es el motivo de esta incorporación, debido a que estos casos no han sido contemplados en las opiniones consultivas. No obstante, podría sostenerse que en este aspecto el decreto se excedió de sus facultades reglamentarias, yendo más allá de lo que la ley previó. Incluso, esta norma podría llegar a entrar en colisión con lo dispuesto en el artículo 6, inciso d) de la ley en cuanto este se refiere a cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa.

e) Opiniones consultivas.

Dado el nivel de incertidumbre que provocaba la falta de parámetros interpretativos de la nueva ley en materia de control de concentraciones económicas, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, inspirada en las prácticas de otros organismos tales como la Comisión Nacional de Valores o la Dirección General Impositiva, comenzó a formular opiniones consultivas con el fin de evacuar las consultas legales que se presentaban.

Un número significativo de consultas han sido presentadas desde la entrada en vigencia de la ley hasta que salió publicada la reglamentación. De hecho, aproximadamente cien opiniones consultivas han sido firmadas, un número proporcionalmente elevado teniendo en cuenta que se han firmado cerca de doscientos dictámenes y se han notificado trescientas operaciones.

Las opiniones consultivas no tenían un régimen legal que las regulara. En ninguna de las normas vigentes hasta la fecha de la publicación de la reglamentación se hacía mención alguna sobre las mismas. Esto implicaba que la Comisión no tenía un plazo para expedirse, y la presentación de la consulta, si bien no se la consideraba como una notificación, se la tenía en cuenta como comunicación a los efectos de cumplir en tiempo con la obligación prevista en el artículo 8° de la Ley N° 25.156.

De acuerdo a lo dispuesto por el decreto reglamentario, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia deberá establecer un mecanismo de opinión consultiva a los fines de determinar si una operación está sujeta al control previo previsto en el artículo 8° de la Ley N° 25.156. La presentación de las partes involucradas en una operación a dicho mecanismo será voluntaria, debiendo el Tribunal emitir la misma dentro del plazo de diez días. Lo que no dice el reglamento es que sucede en caso que la opinión consultiva no se emita dentro de dicho término.

El plazo de una semana para la notificación de la operación previsto en el artículo 8° de la Ley N° 25.156 quedará suspendido desde el momento en que las partes soliciten la opinión consultiva hasta tanto ésta sea notificada. Esto significa que, en caso que resulte que haya que notificar la operación, se reanudará el plazo para la notificación obligatoria. Al tener ahora la presentación de las opiniones consultivas este efecto, se modifica el criterio de admisión de las consultas. Hasta la reglamentación, cualquier persona podía presentarse, por sí o por un tercero, a fin de realizar una consulta, sin necesidad de mencionar los nombres de las empresas involucradas, como así tampoco acreditar su personería. A partir de la reglamentación, a fin de convertirse en una causal de suspensión del plazo establecido en el artículo 8° de la Ley N° 25.156 y para que comience a correr el plazo de 10 días, las consultas deberán presentarse conteniendo dichos recaudos.

El decreto dispone, asimismo, que se aplicará el mismo régimen de confidencialidad previsto para las notificaciones.

f) Informes de organismos de control.

Según el artículo 16 de la Ley, “cuando la concentración económica involucre a empresas o personas cuya actividad económica esté reglada por el Estado nacional a través de un organismo de control o regulador, el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia, previo al dictado de su resolución, deberá requerir a dicho ente estatal un informe y opinión fundada sobre la propuesta de concentración económica en cuanto al impacto sobre la competencia en el mercado respectivo o sobre el cumplimiento del marco regulatorio respectivo”.

El Poder Ejecutivo había observado parcialmente este artículo en cuanto decía que “el ente estatal deberá pronunciarse en el término máximo de noventa (90) días, transcurrido dicho plazo se entenderá que el mismo no objeta la operación.” La fundamentación del veto, según surge de sus considerandos, radicaba en la falta de coordinación que se manifiesta entre el plazo de cuarenta y cinco días previsto en el artículo 13 de la ley y los noventa días del artículo 16, por lo cual convenía dejar el primero de los plazos, “dado que es éste el plazo que el Proyecto Ley establece como criterio que estructura el procedimiento para todos los procesos concentración.”

Como consecuencia del veto presidencial, los entes reguladores pasaron a no tener un plazo en el cual se les pueda exigir que emitan opinión.

Este punto trató de ser subsanado por el artículo 6° de la Resolución N° 726, al establecer que, en virtud de lo previsto en el artículo 24, inciso l) de la Ley N° 25.156, la Comisión podía suspender el plazo previsto en el artículo 13 de la Ley cuando “sea necesario contar con la opinión de algún organismo de control o regulador, según lo previsto en el artículo 16 de la Ley. En este caso, la suspensión no podrá exceder el plazo de treinta (30) días. Si dicho ente no emitiera opinión dentro del plazo fijado, se entenderá que no tiene observaciones que formular”.

Este plazo perentorio previsto por la reglamentación traía aparejado la imposibilidad de exigir legalmente a los entes, dado que por una resolución de un Secretario de Estado no se le podía restringir a un ente de otra dependencia una facultad que éste tenía por ley. No obstante, en la práctica se le solicitaba a los entes, atento a la celeridad que requiere este tipo de operaciones, que tuvieran a bien responder en un plazo que ha oscilado entre los diez y treinta días, según la operación en cuestión.

Con el decreto reglamentario se subsana esta situación, debiendo los organismos de control o reguladores a quienes se les hubiera requerido el informe mencionado en el Artículo 16 de la Ley N° 25.156 remitirlo dentro de los veinte días de recibido el requerimiento respectivo. En todos los casos, la opinión de esos organismos tendrá carácter no vinculante.

En caso de no remitirse opinión o informe alguno dentro de ese plazo, se considerará que el organismo regulador o de control no objeta la concentración económica en el sector involucrado. Asimismo, se prevé la posibilidad de sancionar al ente por incumplimiento, conforme a lo dispuesto por el artículo 50 de la Ley N° 25.156.

Con respecto a la suspensión del plazo del artículo 13 de la ley, se produjo una modificación con respecto al régimen de la Resolución N° 726. Esta establecía, en su artículo 7°, que la decisión de solicitar el informe a los entes “se deberá notificar al interesado en un plazo de dos (2) días y en el domicilio especial constituido. El plazo de suspensión resuelto se contará a partir del día hábil siguiente al de la notificación”.

A partir de la reglamentación, el plazo del artículo 13 de la ley quedaba “suspendido desde el momento en que dicho Tribunal efectuar el requerimiento antes mencionado hasta el momento en que dicho requerimiento fuere contestado o venciere el plazo para hacerlo conforme lo previsto precedentemente.”

El principal cambio radicaba en que antes el plazo se suspendía con la notificación a las partes de que se había enviado la nota y suspendido, en consecuencia, el plazo. Este paso había sido eliminado por el Decreto N° 89, quedando suspendido el plazo una vez presentada la nota en el ente correspondiente.

Este régimen fue nuevamente modificado por el decreto N° 396/2001, el cual estableció que “la opinión se requería dentro de los (TRES) 3 días de efectuada la solicitud. El plazo para su contestación será de (QUINCE) 15 días, y no suspenderá el plazo del artículo 13”. De esta manera se dio fin a una causa de suspensión de plazos que no resultaba justificable por tratarse de una consulta que no obstaculizaba el estudio de la causa.

g) Confidencialidad.

En el régimen establecido por la Resolución N° 726, el presentante de la notificación obligatoria podía solicitar la confidencialidad parcial o total de datos, informes o documentos que los mismos estén claramente individualizados y se cuente con un resumen no confidencial del contenido de dicha información, datos,

documentos. Estaban expresamente exceptuados todos aquellos datos, documentos o información contenidos en la presentación que estuvieran públicamente disponibles.

La decisión sobre la procedencia de la solicitud de confidencialidad debía ser emitida en el plazo de siete días de presentada.

El nuevo régimen de confidencialidad establecido por el Decreto N° 89 es más estricto que el que establecía la Resolución N° 726, debiendo la solicitud ser fundada y pudiendo el notificaste desistir de la presentación en caso de denegársele el pedido de confidencialidad.

A partir de la reglamentación, el que notifique una operación de concentración económica podrá solicitar, cuando la publicidad de los mismos pudiera perjudicar sus intereses y la petición sea fundada, que todos o parte de los datos aportados sean tratados de forma confidencial. Asimismo, como se exigía anteriormente también, se deberá presentar un resumen no confidencial de dichos datos.

El Tribunal tendrá ahora cinco días para decidir si concede o no el carácter de confidencial a los datos aportados.

Otro cambio importante con el régimen anterior surge con la posibilidad que tiene el notificante de optar por desistir de la presentación. Si el Tribunal decidiera no conceder el carácter de confidencial solicitado, la parte podrá desistir de la presentación en un plazo de cinco días desde la notificación de la resolución denegatoria de la solicitud de confidencialidad. En tal caso, se le devolverá la documentación por él presentada y la notificación de la operación se tendrá por no efectuada, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 6° de la Ley N° 25.156.

h) Información falsa o incompleta.

De acuerdo al artículo 15 del Decreto N° 89, toda resolución del Tribunal fundada en información falsa o incompleta será revisada por dicho Tribunal de oficio o a instancia de la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor o de cualquier persona física o jurídica, siempre que se cumplan con los recaudos mínimos previstos en el Artículo 28 de la Ley N° 25.156.

En otras palabras, al no establecer la ley quien está facultado para iniciar la impugnación por existencia de información falsa o incompleta, se puede inferir que la pueden presentar aquellos que tengan indicios suficientes para efectuar tal denuncia.

De la denuncia de impugnación se le deberá dar traslado por el plazo de tres días al interesado. En caso que éste ofreciera prueba, el Tribunal deberá producir aquella que sea pertinente en un plazo menor a los diez días, teniendo asimismo otros diez días para dictar la pertinente resolución.

Si se probase que la información fue falsa, se podrá revocar su resolución anterior, prohibir la concentración económica y ordenar la reversión a su estado anterior de todos los actos o acuerdos que dieron origen a dicha concentración. Si la información fuere incompleta, el Tribunal sólo podrá revocar su resolución anterior si sobre la base de la información omitida no hubiera aprobado en los términos que lo hizo la concentración económica en cuestión.

i) Notificación a la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor.

La reglamentación introduce en el proceso de notificación a la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor dependiente del Ministerio de Economía. Esto se da a través de la remisión por parte del Tribunal de una copia de toda notificación de operación de concentración económica que se presente ante el mismo. El objetivo de esta norma es que la Secretaría tome conocimiento de la notificación y pueda manifestar lo que considere oportuno en cualquier momento del trámite.

No queda claro que tipo de intervención podrá tener la Secretaría una vez constituido el Tribunal, teniendo en cuenta que la ley no prevé nada al respecto y que, además, al ser autárquico el Tribunal no tendrá una dependencia orgánica con la misma. Se debe entender pues que la intervención que tenga la Secretaría no será vinculante para los jueces del Tribunal.

Dicha notificación no tendrá, asimismo, efecto suspensivo alguno sobre el transcurso del plazo que tiene el Tribunal de acuerdo con el Artículo 13 de la Ley N° 25.156.

3. Conclusiones.

Con la entrada en vigencia de la reglamentación de la ley de defensa de la competencia se ha logrado un importante avance hacia la implementación plena de los objetivos previstos en la ley, principalmente con la instrumentación de la creación del Tribunal.

En materia de control de concentraciones económicas también se ha logrado zanjar varias de las dudas que se plantearon con la entrada en vigencia de la ley. Algunas de ellas habían sido resueltas por un marco normativo jurídicamente endeble, mientras que otras fueron interpretadas a través de opiniones consultivas no vinculantes que, además, estaban sujetas al criterio de los miembros de la Comisión de turno. Tan sólo en menos de un año y medio de la entrada en vigencia del nuevo régimen, la Comisión en pleno ha sido renovada.

El principal aporte de la reglamentación ha sido el ratificar el carácter previo del control de concentraciones previsto en el artículo 8 de la ley, dado el cambio sustancial que la Resolución 788/99 había producido en el fin mismo del régimen: la prevención.

También se logra dinamizar sustancialmente el sistema de control a través del establecimiento de la vía rápida. Si bien queda ver en la práctica como se implementa, de por sí el hecho de que se reduzcan los costos, se agilicen los plazos y se reduzca el trabajo de la Comisión, significan una mejora sensible a la situación vigente hasta la publicación del decreto reglamentario.

El decreto reglamentario le pone fin a varias de las dudas que surgen de la lectura de la ley. No obstante, son varios los temas que quedan abiertos todavía para la interpretación de la autoridad de aplicación. Asimismo, queda por ver como será, en la práctica, la relación entre el futuro Tribunal y la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor. Mientras tanto, la Comisión tendrá el desafío de actuar en un sistema que a partir de ahora será mucho más dinámico y ágil.

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL E O PROTOCOLO DE FORTALEZA

Por: **Maria Cecília Andrade***
e-mail: mcandrade@pinheironeto.com.br

I - O processo evolutivo da Defesa da Concorrência no Mercosul

O controle da concorrência no Mercosul se encontra em estágio bastante incipiente e com uma série de deficiências a nível institucional. Não obstante, em 18.9.2000 o governo brasileiro promulgou o Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul, mediante o Decreto n.º 3.602, incorporando-o ao ordenamento jurídico nacional. Como se sabe, esse protocolo foi assinado pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai em 16 de Dezembro de 1996, sendo que a recente iniciativa do governo brasileiro demonstra o seu interesse em formalizar regras de extrema importância para o correto funcionamento do mercado na região, como consequência do processo de integração econômica.

Nas últimas décadas, a política econômica vigente nos Estados Partes era fundada no protecionismo, com proibições de importações, altas taxações visando a inibição da entrada de produtos estrangeiros ao mercado, empresas estatais detentoras de grandes monopólios, controle de preços, além dos subsídios, que em seu conjunto provocaram uma estagnação econômica geral e um mercado extremamente distorcido.

Não existem dúvidas de que o comércio internacional vem atravessando profundas mudanças desde a implantação do GATT em 1947, até a recente criação da OMC em 1994. A transformação da economia mundial é hoje uma realidade. Países que até recentemente estavam fechados para investimentos estrangeiros e, mais ainda, para a concorrência de empresas estrangeiras, vêm progressivamente admitindo a entrada de novos operadores em seus mercados, assim como vem aumentando o número de empresas que passaram a atuar internacionalmente, expandindo as suas atividades. Como consequência, mercados de bens e de serviços que eram até então tradicionalmente reconhecidos como nacionais, passaram a apresentar-se como regionais e, em muitos casos, como internacionais.

Todas estas mudanças vêm ocorrendo igualmente no âmbito do Mercosul, tendo como consequências mais importantes, o incremento substancial nas trocas comerciais entre os seus Estados Partes, e o aumento de investimentos estrangeiros na região.

Outro resultado reconhecido desta internacionalização do comércio é o aumento das práticas anticompetitivas a nível internacional e a realização de operações de concentração de empresas que produzem os seus efeitos em mais de um país, provocando, assim, a intervenção de mais de uma autoridade de defesa da concorrência e o dilema da aplicação extraterritorial das leis.

Essa nova realidade tem como efeito, além da possibilidade de existência de decisões conflitantes e dificuldades no que diz respeito à execução das decisões adotadas, outros problemas, como por exemplo, os relacionados aos conceitos de soberania e independência dos Estados, sem mencionar a indiscutível insegurança jurídica para os operadores econômicos, os custos de transação desnecessários ao notificar operações em diversas jurisdições, assim como investigações de condutas anticoncorrenciais por diversas agências.

Em se tratando de Mercosul, entretanto, os únicos países que dispõem de legislação acerca da defesa da concorrência são a Argentina e o Brasil, o que indiretamente poderia ser um fator a dificultar a integração do bloco a nível internacional.

O Tratado de Assunção, em seu artigo 1º prevê a criação de um mercado comum, fundado na livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, sendo que um dos propósitos ali inseridos é a coordenação de políticas macro-econômicas e sectoriais entre os Estados Partes - de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem -, *a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes.*

* Advogada, associada do escritório Pinheiro Neto Advogados e Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Dentro deste objetivo foram criados Subgrupos de Trabalho, que atuam em diversos setores, para a conformação do *mercado comum*. A primeira medida tomada em relação à matéria foi a Decisão do Conselho do Mercado Comum (“CMC”) n.º 03/92, que tratava da Aprovação do Procedimento de Queixas e Consultas sobre Práticas Desleais de Comércio aplicáveis durante o período de transição, que teve vigência até Dezembro de 1994. A Decisão n.º 07/93 aprovou o Regulamento Relativo à Defesa contra as Importações que sejam objeto de *dumping* ou de subsídios, principalmente em relação a países terceiros, visando efetivar a política comercial comum.

No ano de 1994 foram aprovadas as Decisões do CMC n.º 20 e n.º 21, sendo a primeira relativa às diretrizes que devem ser observadas para eliminar as políticas públicas que distorcem a competitividade, e a segunda relativa às diretrizes a serem seguidas no sentido de harmonização das legislações nacionais de defesa da concorrência.

Em 16 de Dezembro de 1996 este processo atingiu o objetivo visado, ao ser aprovado o Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul (Decisão de n.º 18/96), assinado na cidade de Fortaleza, e por este motivo também conhecido como Protocolo de Fortaleza.

Em 9 de Agosto de 2000 o Governo brasileiro depositou o Instrumento de Ratificação do referido protocolo, passando o mesmo a vigorar internacionalmente e para o Brasil desde 8 de Setembro de 2000, consoante a regra do art. 33 do Protocolo de Fortaleza. Em 18 de Setembro de 2000 este Protocolo foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n.º 3.602, publicado no Diário Oficial da União do dia 19 de Setembro de 2000.

Vale a pena acrescentar que o Paraguai já ratificou o referido protocolo. Por outro lado, em conformidade com o art.75, inciso 22 da Constituição da Nação Argentina, os tratados têm hierarquia superior às leis, o que significa dizer que o Protocolo de Fortaleza já goza de aplicabilidade direta em relação às práticas anticompetitivas das empresas brasileiras, argentinas e paraguaias, e que venham a se enquadrar em seus dispositivos.

II - Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul (Protocolo de Fortaleza)

O Protocolo de Fortaleza tem por objeto a defesa da concorrência no âmbito do Mercosul, e as suas regras são aplicáveis aos atos praticados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado ou outras entidades que tenham por objeto produzir ou produzam efeitos sobre a concorrência no âmbito do Mercosul e que afetem o comércio entre os Estados Partes (art. 2º).

A inserção da conjunção «e» no texto faz com que se torne imprescindível a concomitância de dois requisitos básicos, que são a intenção ou a própria produção de efeitos anticoncorrenciais e que estes venham a afetar o mercado. Neste ponto, diferencia-se da normativa da União Européia de defesa da concorrência, onde já se considera suficiente que o ato seja potencialmente gravoso ao mercado comum, independentemente da produção de resultados.

Saliente-se que é indispensável a produção de efeitos no âmbito do Mercosul e afetação do comércio entre os Estados Partes, ou seja, problemas localizados a nível exclusivamente nacional, ou que afetem apenas o comércio entre dois Estados Partes não possuem a dimensão requerida para que seja acionado o Comitê de Defesa da Concorrência. Aliás, o art. 3º é bastante claro ao estabelecer que é da competência exclusiva de cada Estado Parte a regulamentação dos atos praticados no respectivo território por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado ou outra entidade nele domiciliada e cujos efeitos sobre a concorrência a ele se restrinjam.

Apesar das normas serem aplicáveis às empresas que exercem monopólio estatal, não se observam, no entanto, normas destinadas à regulação dos atos anticoncorrenciais que possam se originar dos Estados Partes. Existe apenas um compromisso no sentido da elaboração de normas e mecanismos comuns que disciplinem as ajudas e os incentivos fiscais dos Estados que possam limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência e sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados Partes (artigo 32).

Observa-se ainda que o Protocolo de Fortaleza adota um processo de cooperação entre os órgãos de defesa da concorrência de cada Estado Parte e o Comitê de Defesa da Concorrência do Mercosul, onde os primeiros são responsáveis pela instauração do procedimento (artigo 10), pela investigação da prática restritiva da concorrência (artigo 15) e pela elaboração de parecer acerca da prática que será submetido à análise pelo Comitê.

Não obstante, o Comitê de Defesa da Concorrência não adota qualquer tipo de decisão, medida preventiva ou multa, sem o *referendum* da Comissão do Comércio do Mercosul, órgão de natureza intragovernamental, comprometendo, portanto a independência do referido Comitê (art. 19). Acrescente-se que na hipótese de não se chegar a uma decisão *por consenso*, o Comitê deverá enviar as suas conclusões para a Comissão de Comércio do Mercosul, que irá adotar Diretiva definindo as sanções aplicáveis à parte infratora ou as medidas cabíveis ao caso.

Seguindo o modelo da legislação brasileira de defesa da concorrência (Lei n.º 8.894/94), encontra-se prevista no art. 22 a possibilidade de celebração de Compromisso de Cessação da prática sob investigação, que deverá ser homologado pelo Comitê de Defesa da Concorrência, *ad referendum* da Comissão de Comércio do Mercosul.

Possui ainda o Comitê de Defesa da Concorrência, *ad referendum* da Comissão de Comércio do Mercosul, competência para estabelecer sanções em caso de descumprimento da ordem de cessação definitiva de prática infrativa, assim como na hipótese de violação das normas do Protocolo de Fortaleza (artigos 27 e 28). Estão previstas como sanções: (i) multa, baseada nos lucros obtidos com a prática infrativa, no faturamento bruto ou nos ativos envolvidos, a qual reverterá a favor do órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliada a parte infratora; (ii) proibição de participar de regimes de compras públicas em quaisquer dos Estados Partes, pelo prazo que for determinado; (iii) proibição de contratar com instituições financeiras públicas de quaisquer Estados Partes, pelo prazo que for determinado. Por último, poderá ainda o Comitê de Defesa da Concorrência recomendar às autoridades competentes dos Estados Partes que não concedam ao infrator incentivos de qualquer natureza ou facilidades no pagamento de suas obrigações de natureza tributária.

Para a quantificação da multa, o Anexo ao Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, em seu artigo 1º, estabelece que as multas previstas no referido protocolo serão equivalentes: (i) até 150% dos lucros auferidos com a prática infrativa; (ii) até 100% do valor dos ativos envolvidos; (iii) ou até 30% do valor do faturamento bruto da empresa em seu último exercício, excluídos os impostos.

Não restam dúvidas de que será indispensável a cooperação entre os organismos responsáveis pelo controle da concorrência nos Estados Partes, para que haja a real implementação do Protocolo de Fortaleza nesta fase de integração regional, e conseqüentemente uniformidade nas decisões a serem adotadas nos diversos litígios que venham a surgir. Recomendável ainda a criação de uma segunda instância, sem natureza intragovernamental, que possibilite a interposição de recursos, proporcionando uma maior segurança jurídica para os operadores econômicos envolvidos.

Evidentemente que em se tratando de uma zona de comércio ainda em formação, que tem por objetivo não a inibição do seu desenvolvimento, mas sim o seu funcionamento saudável, encontra-se expressamente previsto que o simples fato de que haja conquista do mercado resultante de um processo natural, fundado na eficiência do agente econômico em relação aos outros competidores, não é indício de prática anticoncorrencial (artigo 5º).

Restou também consagrada a responsabilidade objetiva dos agentes econômicos que venham a praticar quaisquer tipos de atos, individuais ou concertados, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou efeito limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência, ou o acesso ao mercado ou que constituam abuso de posição dominante no mercado relevante de bens ou serviços no âmbito do Mercosul e que afetem o comércio entre os Estados Partes (artigo 4º).

Da mesma forma que o artigo 21 da lei brasileira de defesa da concorrência (Lei n.º 8.894/94), o art. 6º do Protocolo de Fortaleza exemplifica uma série de condutas que se caracterizam como práticas restritivas da concorrência, dentre outras: (i) fixar, impor ou praticar, direta ou indiretamente, em acordo com o concorrente ou isoladamente, sob qualquer forma, preços e condições de compra ou de venda de bens, de prestação de

serviços ou de produção; (ii) obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; (iii) regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; (iv) dividir os mercados de serviços ou de produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; (v) adotar, em relação a terceiros contratantes, condições desiguais, no caso de prestações equivalentes, colocando-os em desvantagem na concorrência; (viii) subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; (ix) impedir o acesso do concorrente às fontes de insumos, matérias-primas, equipamentos ou tecnologias, bem como aos canais de distribuição.

O controle das concentrações de empresas não foi tratado de forma expressa, encontrando-se subordinado a uma regulação posterior (artigo 7º). Sem dúvidas, este será um tema difícil nas negociações entre os Estados Partes, nomeadamente em razão das diferenças estruturais de cada mercado nacional. Um outro obstáculo que pode ser acrescentado, decorre dos problemas de natureza institucional já mencionados, além da falta de cultura da concorrência tanto no setor privado como estatal.

O estabelecimento de um critério para a notificação das operações, a delimitação das competências das autoridades nacionais (CADE, no Brasil e CNCC – Comissão Nacional de Defesa da Concorrência, na Argentina) e ainda os critérios de análise, são temas bastante delicados, que a exemplo do que aconteceu durante os dezesseis anos que o Regulamento (CEE) n.º 4064/89 foi discutido na Comunidade Européia, deverão também levantar controvérsias no âmbito do Mercosul. Se a solução for submeter ao controle do Conselho da Concorrência todos os casos que afetem o comércio intra-Mercosul, evidente que grande parte das operações de concentrações realizadas no Brasil irão afetar este mercado, o que poderá enfraquecer o órgão competente brasileiro, ou ainda, permitir a interferência de outros Estados em questões de política industrial brasileira que não lhe dizem respeito especialmente. Estas regras, portanto, deverão ser delimitadas com bastante cautela.

O artigo 14, do Protocolo de Fortaleza também traz como norma programática a definição do que será considerado mercado relevante para efeitos de aplicação das regras, dos meios de prova das condutas e os critérios de análise dos efeitos econômicos da prática sob investigação. No entanto, deve-se estar atento para o fato de que a imposição de regras fixas e definições específicas destas noções podem não ser recomendáveis, face ao dinamismo dos mercados e o conjunto de fatores econômicos que pode variar caso a caso.

III - Conclusões

Verifica-se assim, que as deficiências de natureza institucional constituem o maior problema enfrentado pelo Mercosul para a implementação da defesa da concorrência. Com efeito, nem todos os Estados Partes possuem legislação própria acerca da matéria e, por isso, a busca de uma legislação comum harmonizando os diversos conceitos constitui elemento de grande relevância para a integração entre os Estados-Partes. Acrescente-se que a solução das situações litigiosas decorrentes da busca de uma concorrência saudável exige soluções mais eficientes e eficazes do que o sistema existente hoje previsto no Protocolo de Brasília, fundando em negociações e estabelecimento de um tribunal arbitral, haja vista estes instrumentos serem recomendáveis para dirimir conflitos entre Estados, mas não entre empresas/interesses privados (art. 31).

Vale ressaltar que a defesa da concorrência, como se observa da experiência da União Européia, foi ferramenta indispensável para alcançar o mercado comum e mantê-lo em funcionamento. A instituição de um regime comum para o controle da concorrência é uma providência salutar, sendo importante, no entanto, que o Mercosul encontre o caminho adequado para a sua realidade sócio-econômica.

Acrescente-se que o artigo 2º da Decisão n.º 18/96 que aprovou o Protocolo de Fortaleza, estabelece que as investigações de *dumping* realizadas por um Estado Parte relativas às importações originárias de outro Estado Parte serão efetuadas de acordo com as legislações nacionais até 31 de Dezembro de 2000.

Não obstante, a Decisão do CMC n.º 28/2000 modificou o referido prazo, estendendo o mesmo até 31 de Dezembro de 2001, quando o Grupo do Mercado Comum deverá estabelecer um regime de transição até a completa erradicação da defesa comercial entre os Estados Partes do Mercosul. Espera-se que a mesma seja substituída pelos princípios e regras do Direito da Concorrência.

Por conseguinte, é importante que o Protocolo de Fortaleza seja efetivamente implementado entre os Estados Partes e que sejam criadas regras comuns não apenas no que diz respeito às práticas anticompetitivas que afetem o comércio entre os Estados Partes do Mercosul, mas também referentes ao controle das ajudas de estado, aos serviços públicos, aos setores regulamentados e às concentrações de empresas. Deverá ser igualmente promovida a harmonização das legislações nacionais e a cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência nacionais, em especial em aspectos procedimentais, como por exemplo notificações e troca de informações ou documentos, admitindo-se até a possibilidade de se consagrar uma investigação em paralelo entre as autoridades da concorrência dos Estados Partes do Mercosul, desde que assegurada a garantia do sigilo das informações fornecidas pelas empresas.

IMPLICATIONS OF ENHANCED PRICE TRANSPARENCY FOR COMPETITION POLICY IN BRAZIL

Por: Paulo Corrêa e Frederico Guanais*

e-mail: correap@fazenda.gov.br e fguanais@fazenda.gov.br

1. INTRODUCTION

Several cases in recent Brazilian experience in competition policy involve price transparency, both in the format of regulations imposed by the government or measures adopted by private parties to improve the availability of information to them.

Price transparency regulations and the effort to make prices public to consumers in Brazil have largely been driven by consumer protection laws and agencies. Advocates of increased transparency claim that reduced search costs and less information asymmetries best protect the interests of consumers.

Competition Law, for its part, does not specifically rule on the exchange of information and private measures to increase price transparency. However, in some cases, general legal provisions were used to rule such transparency measures illegal, once they may influence price coordination. Thus, the classic trade-off between reduced search costs and facilitating devices for collusion is also present in the enforcement of antitrust law in Brazil. Significant cases involving transparency issues are still being developed and have not been sent to trial yet. In the near future, the rulings on these cases may set important precedents.

As cases are still pending, not many generalizations about public policy relative to price transparency can be made yet. But experience has already shown that when transparency of prices is only available to the suppliers of a certain good or service, the potential benefits to consumers are nearly none, and the hazards to competition are most evident, particularly in oligopolistic industries.

2. GOVERNMENT PRICE TRANSPARENCY ENHANCEMENT POLICIES

The most important regulation relative to price transparency in Brazil is the Consumer Protection Law (Federal Law 8078), enacted in 1990. According to articles 6 and 31 (transcribed below) of this law, consumers have the right to clear, adequate, precise and ostensive information on the characteristics of products and services, which includes price information.

“Article 6. The consumer’s basic rights are:

.....
*III- clear and adequate information about the different products and services, with correct specification of quantity, characteristics, composition, quality and **price**, as well as the risks that they may present;*

.....
*Article 31. The supply and the presentation of products or services shall ensure information that is clear, precise, **ostensive** and in Portuguese language about its characteristics, qualities, quantity, composition, **price**, warranty, expiration dates and origin, among other data, as well as the risks that it may present to health and safety of the consumers.” (emphasis added)*

Despite an ongoing controversy about the net effect of the regulation, the most accepted interpretation of these terms (with a particular emphasis on the word “**ostensive**”), has been that every business must individually display the prices on every item it carries, including merchandise on windows, internal displays, racks, shelves and other forms of storage that are accessible to the public. The cases presented below illustrate the controversial aspects regarding the effect of this and other industry-specific regulations.

* Paulo Corrêa is Deputy-Secretary of the Secretariat for Economic Monitoring – SEAE, of the Brazilian Ministry of Finance. Frederico Guanais is General-Coordinator for Competition Policy in Brasilia, also at SEAE. The views expressed here belong to the authors and do not necessarily reflect those of SEAE, or of the Brazilian Ministry of Finance.

Supermarkets

The price transparency issue in supermarkets involves the individual labeling of products. The Consumer Protection Law was enacted in 1990, when the use of price scanners in Brazilian supermarkets was insignificant. Thus, price information requirements set forth in the law did not take into consideration the use of new technologies. After the implementation of barcodes in products and scanning devices at supermarket checkouts, major grocery stores in Brazil stopped placing individual price labels on products. According to the industry, labels placed on the shelves and scanners scattered throughout the stores would enable significant savings in menu costs without causing substantial harm to consumers.

In this case, price transparency presented a trade-off involving reduced search cost for consumers and increased menu costs for supermarkets. Government agencies had divergent opinions on this issue. SEAE (Ministry of Finance) favored the adoption of an intermediate measure, allowing supermarkets not to label prices for each (piece of) product, as long as they agreed to install a minimum number of scanners per unit of store area, and accepted to charge the lowest price, whenever there was a discrepancy between the scanned price and the price displayed on the shelf. The rationale for this recommendation was that increased menu costs will likely result in higher prices in the long run, and the proposed terms of the agreement were, in the opinion of SEAE, sufficient to guarantee the possibility of comparison shopping by consumers and, more important, to avoid fraud.

However, SDE (Ministry of Justice) thought differently, based on a more direct interpretation of Articles 6 and 31 of the Consumer Protection Law, presented above. Their final ruling was that the arguments presented by the supermarkets, and largely accepted by SEAE, were insufficient to guarantee ostensive information that is correct, clear and precise to consumers, as written in Article 31. Because the Department of Consumer Protection of SDE has the legal capacity to issue regulations in this matter, its administrative decision was binding and supermarkets that failed to comply with this regulation have been recently fined. Supermarkets, however, appealed from the decision and from the fines that were imposed on them. In several judicial actions, Federal Courts have consistently upheld the decision of SDE and required supermarkets to place individual price labels on products. One major supermarket chain has appealed to the Supreme Court on this issue, but since it is hardly a constitutional matter, it seems very unlikely that the Court will even review their request.

Gasoline stations

Shortly after the liberalization of fuel retail prices, a regulation was enacted, establishing requirements for retailers to post their prices on signs that are clearly visible to drivers from the road. The regulation even includes specific details about the minimum size of signs and lettering used. These requirements, aiming at increased price transparency and reduced search costs for consumers, are legally founded upon the more general provisions of the Consumer Protection Law. The Article 10 of Directive number 116, issued by the ANP (National Petroleum Agency), establishes the obligations for retailers, as written below.

“Article 10. The retailer is obliged to:

.....
VII – show the prices of the automotive fuels that are being sold in a panel with adequate size, located at the entrance of the service station, in a manner that stands out and is clearly visible at a distance, either during day or night;”

Despite strong support by consumer advocates, the effects of this regulation on competition in the gasoline retail market are unclear. On the one hand, there are clear advantages for consumers to know the prices that retailers are charging without having to visit their outlets. On the other hand, there is some evidence that while this form of transparency has been an insufficient mechanism for consumers to find the cheapest stations, it may also be a facilitating mechanism for the enforcement of cartel agreements.

Currently, at least 80 processes were opened by competition authorities in Brazil in order to investigate allegations of cartels in the fuel retail sector in Brazil, after prices were liberalized. Complaints usually come together with comments that the regulation requiring gasoline stations to post their prices is not sufficient for consumers to identify lower prices and direct their fuel purchases to these stores. In a further step towards price transparency in the fuel retail industry in Brazil, ANP hired a large research team to quote retail prices in ten of the largest cities in Brazil in order to make them public. The research makes public not only the fuel retail prices, but it also informs the prices that retailers themselves are paying to distributors, and the mark-ups for

each retailer. The results of the research are publicly available on ANP's web page and are frequently updated. Newspapers in those cities often publish the price lists.

Increased price transparency has shown its predictable side-effects on the supply side, too. In a recent cartel case, in which a judicial wiretap was used to intercept conversations between gasoline retailers, antitrust authorities learned that conspirators established a "committee" to drive around the city of Florianópolis (a 300-thousand inhabitants city in the southern state of Santa Catarina) looking at price signs to identify retailers who had not complied with their illegal agreements. When cheating was detected by the committee, the president of the trade association of gasoline retailers, leading the collusive activities, would contact the defecting station owner and try to persuade him to comply, in a typical cartel enforcement measure. At least in this case, price transparency seems to have helped the enforcement of the cartel, by reducing costs to monitor the agreement.

Prescription drugs

In 1992, the Ministry of Finance issued Directive 37, liberalizing prices of prescription drugs charged by pharmaceutical producers. The only remaining obligation of those companies was to report the prices to the Ministry. The same regulation, nevertheless, limited the maximum price to consumers charged by drugstores: the prices charged by pharmaceutical companies to drugstores, divided by 0.7, resulted in the maximum retail price of drugs. Therefore, the maximum mark-up of drugstores was subject to control, but within this limit, drugstores were free to choose whatever prices they found suitable. Furthermore, in order to improve the availability of information to consumers, Directive 37 ordered all drugstores to maintain an updated price list with the maximum prices for each prescription drug.

As an additional transparency enhancing mechanism, SEAE has recently started publishing on its web page on the Internet a complete list with the maximum prices of all prescription drugs sold in Brazil. This set of rules does not inform consumers about the best prices available in the market. However, the price lists enable consumers to determine the amount of reduction from the maximum price that is charged by each drugstore.

An evidence of the effect of this regulation is that consumers have become used to asking for price lists at the counter of retailers, in order to evaluate the prices that are charged and improve their possibilities of asking for discounts and comparing pricing policies of stores.

3. PRIVATE PRICE TRANSPARENCY ENHANCEMENT MEASURES

A number of cases in the Brazilian antitrust history have involved price transparency measures adopted by businesses, and trade or professional associations. Competition Law (Federal Law 8884) in Brazil does not specifically rule on the exchange of information by competitors. However, as such activities may represent an effort to hinder competition, they may be considered illegal. Articles 20 and 21 of the Competition Law, which rule on anticompetitive conducts, are partially transcribed below.

"Article 20. Notwithstanding malicious intent, any act in any way intended or otherwise able to produce the effects listed below, even if any such effects are not achieved, shall be deemed an infringement of the economic order:

I – to limit, restrain or in any way injure open competition or free enterprise;

.....
Article 21. The acts spelled out below, among others, will be deemed an infringement of the economic order, to the extent applicable under article 20 and items thereof:

I – to set or offer in any way – in collusion with competitors – prices and conditions for the sale of a certain product or service;

II – to obtain or otherwise influence the adoption of uniform or concerted business practices among competitors;"

The wording of Article 20 is sufficiently broad to include information exchange with the intent to form an agreement as an infringement of the economic order. Moreover, the interpretation of sections I and II of Article 21 may also be applied to some forms of information exchange as facilitating practices. The exchange of information among competitors with the intent to coordinate conducts is a form of influence on the adoption of uniform or concerted business practices among competitors. Likewise, it can be argued that when a trade or a professional association issues price lists, it is influencing the business practices of its members.

The cases presented below illustrate some of the transparency issues under discussion here. The airline case and the vitamins case have not been decided yet, and thus have not set legal precedents. This is not so with the trade association cases. Several of those have already been decided and were ruled illegal.

The Airline Case

In August 1999, the presidents of the four major airlines in Brazil met, privately, in a luxury hotel in São Paulo. Just five days after the meeting, the prices of the flights between central airports of Rio de Janeiro and São Paulo went up, by exactly 10%, for the four airlines whose presidents had met. The price increase, in the same day and by the same amount, affected the most lucrative market in Brazilian air transportation industry. The route between São Paulo and Rio de Janeiro connects the two major cities in the country and serves thousands of business travelers every day. The four airlines had 100% of the market for regular air transportation services in that route.

The airlines were asked to explain the motivation for the price increase on that specific day. In response to this request, the companies gave unspecific answers and did not mention the price increase of their competitors or any price matching policy. Also, there was no explanation of the reasons for the choice of that specific date and amount of increase. Having discarded alternative explanations for the price increase, SEAE saw this case as a price-parallelism with a plus factor, and decided to recommend SDE to open an administrative process against the four airlines.

After being sued for collusion, the defendants changed their argumentation and presented the explanation of price leadership for their conduct. The airlines alleged that the leading company had increased its prices and rivals just matched the price increase, and the main tool for that was the computerized system of the Airline Tariff Publishing Company (ATPCO). According to the companies, on August 6th the leading airline published on ATPCO a price increase that would become effective on August 9th. Therefore, the competitors just matched the price change.

At this point it should be noted that ATPCO's previous antitrust history is widely known. The case U.S. v. Airline Tariff Publishing Company, et al. was referred to by Jonathan Baker as "the first horizontal price-fixing case in cyberspace", and as a result of it, ATPCO signed a consent decree in which they agreed to change their system in a way that competing airlines in the United States would not be able to see future price increases of their rivals before they were available for sale. However, the system was only adapted to comply to U.S. law, so the service to the rest of the world, other than the United States and Canada, continues to be the same as it was before. That is, competing airlines can still post their prices on the ATPCO system announcing to their competitors future price increases that may or may not actually happen.

In the Brazilian case, the largest airline published its prices on the 6th of August and inserted a specific command – a first-ticket date – that instructed the system to disseminate immediately the information to other airlines, but to hold that information from the computer reservation systems until the 9th. As a result of this, from the 6th to the 9th, the competing airlines knew that one of them was planning to increase its prices, but no one else knew it, including customers and travel agents. If the price increase had not been matched by competitors, the first airline could have simply cancelled the price change and customers would not have any knowledge of these events.

The case illustrates that the design of the ATPCO system gives airlines a complete transparency on all the prices of their competitors, but the information is not known by travel agents and passengers. By using a first-ticket date, the Brazilian airline made transparent to its competitors information on what was a contingent price increase. Consumers, for their part, were completely excluded from such exchange of information.

In the opinion of SEAE, the use of first-ticket dates on ATPCO system increases the potential risks for market coordination without reducing the search costs or creating better conditions for comparison shopping by consumers, and could be ruled illegal since it "limits, restrains and injures open competition", and arguably, is a way "to obtain or otherwise influence the adoption of uniform or concerted business practices among competitors". The case should be sent to trial shortly, which will probably set an important legal precedent on this sort of information exchange.

The Vitamins Case

Like several other jurisdictions, when Brazilian authorities learned from the press releases of the United States Department of Justice that the main producers of vitamins in the world had formed a cartel, they decided to initiate their own investigations. SEAE focused its work on the three largest producers of vitamins A and E that centralized their Latin American operations in Brazil, where they had regional centers. Interviews were carried out with acting and former regional managers at these companies. All of them denied having any knowledge, prior to the press coverage around August 1999, that their world headquarters had been involved in illegal price-fixing activities. They claimed that they had not participated in any collusive activities, and it struck them as a surprise to find out that some of the managers that they used to report to were threatened with incarceration in the United States.

Despite their alleged lack of knowledge of the international cartel, they informed that they were instructed to meet quarterly with competitors in São Paulo and to exchange information about prices and sales quantities of vitamins A and E. They were supposed to produce detailed reports of the Latin American market, including their sales information and their competitors'. According to the regional managers, the objective of those meetings was to establish the total size of the market and to have a clearer picture of price trends. However, the facts that were admitted to were understood as sufficient evidence for a case to be opened against the companies: there had been news of an international cartel of vitamins and the regional managers of the same companies met in Brazil to exchange detailed information about prices and quantities.

The case also illustrates a point for the evaluation of price transparency measures adopted by competitors. During a press conference at the time when the case was opened, journalists questioned whether the exchange of such sort of information is illegal by itself. If one was aware that this exchange of information was part of an international conspiracy, it would seem clear that the meetings and exchange of information consisted in the enforcement of the agreements that were decided at the top (global) level. As such, there are few doubts that the exchange of information should be considered illegal, and could be regarded as a way "to set or offer in any way – in collusion with competitors – prices and conditions for the sale of a certain product or service".

On the other hand, one can imagine a scenario where SEAE discovered that those companies met to exchange information on prices and sales volumes without any knowledge that a global conspiracy was taking place. In itself, it would be a measure adopted by competitors to increase the price (and sales volumes) transparency among themselves only. This information was being exchanged in closed-door meetings. It is the opinion of SEAE that even if this exchange of information fell short of a characterization of a hard-core cartel, it could be understood as an effort to "obtain or otherwise influence the adoption of uniform or concerted business practices among competitors". In the absence of an explicit agreement, such conduct would at least drastically increase the possibility of tacit collusion without making comparing shopping or inferences on market trends any easier for consumers.

The vitamins case has not been sent to trial yet, and its final ruling should also help to set legal precedent on the exchange of information among competitors.

Professional Association Cases

Several cases relative to professional associations were brought to the attention of competition authorities in Brazil, particularly involving health care services. The main issue is the publication, by medical associations, of "uniform" price lists for their members. The complaint mentioned that "uniform" lists did not take into consideration the qualifications of each individual physician, or the quality of services being provided.

According to the plaintiffs, uniform price lists were a means used by physicians to fix prices. In their defense, the medical association argued that they never intended to determine minimum fees to anyone whatsoever; their only intent was to calculate, publish and recommend fees for their members and the recommended fees had an informational nature. As most physicians and small clinics in Brazil have limited information about costing and pricing procedures, it was argued that the lists were a form of business orientation provided by the association. On the cases involving physicians, CADE has ruled price lists as harmful to competition and illegal, even if the lists are non-binding for members of the associations. The arguments of the physicians defense were not accepted, on the basis that price lists affected the individual decision making of each economic agent. CADE decided that such lists are a form "to obtain or otherwise influence the adoption of uniform or concerted business practices among competitors".

One particular remark should be made about price lists published by professional associations. Despite the pattern of decisions against physicians, legislation in Brazil still shows some degree of ambiguity. Article 58 of Federal Law 8906, enacted in 1994, establishes that it is in the capacity of the Sectional Councils of the Brazilian Bar Association to publish a list with fees relative to private legal services, which is valid in the state where the Council is located.

“Article 58. It is the capacity of the Sectional Council:

*.....
V – to establish the list with the fees for legal services, valid in the entire State;”*

Therefore, while price lists published by professional association of physicians have been ruled illegal based on the Federal Law 8884, of June 11th 1994 (Competition Law), the Federal Law 8906, of July 4th 1994 (Statute of the Brazilian Bar Association) determines that it is in the capacity of the Sectional Councils of the Bar Association to publish price lists. No cases involving private legal fees have been brought to the analysis of competition authorities so far, and the incompatibility between the regulations is still unsettled.

4. FINAL REMARKS

The examples presented above raise some doubts whether general measures of price transparency have effectively resulted in lower prices to consumers. Even disregarding potential anticompetitive effects, it is not completely clear from our experience that requirements on price transparency (such as the price signs at gas stations) are an effective means to reduce prices.

Economic theory shows that, when information about prices is limited, merely reducing search costs may not lower average prices (as in the case of single price equilibrium in the tourist-trap model). In fact, the reduction of search costs does not actually provide consumers with extra information, and no additional searches will necessarily occur as a result of this reduction. On the other hand, providing consumers with extra information – such as comparative information on prices or the location of the cheapest store – may, in fact, lower prices to consumers.

One interesting question to policy-makers therefore may be the nature of the main effects of price transparency requirements: Whether they merely reduce search costs for consumers or they actually provide them with extra information. Requirements for business as to publicize their prices, say, in the form of visible signs, may not be a sufficient measure to lower prices, since it only reduces search costs. A program to provide more price information to consumers could be a more effective solution.

O PAPEL DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS NO MARCO REGULATÓRIO DAS TELECOMUNICAÇÕES NO BRASIL *

Por: Ana Lucia Palhano Leal **
e-mail: palhano@anatel.gov.br

I - Introdução

A nova ordem internacional é fundamentada no processo de globalização, que se caracteriza pela integração das atividades produtivas extra fronteiras geográficas no cenário internacional, o que compeliu os Estados-Nações a adaptarem suas políticas internas, adotando normas que disciplinem as novas tecnologias, bem como os obrigou a subscrever tratados internacionais reguladores da atividade econômica, de forma que a imprescindível existência de marcos regulatórios nacionais e supra-nacionais garantam ao capital globalizado a existência de regras claras, transparentes e harmonizadas nos mercados onde atuam.

Em consequência, a questão da Globalização e da interdependência está gerando uma completa transformação na maneira como as políticas públicas são formuladas e implementadas, tanto no plano doméstico como no plano global, pois políticas que eram tradicionalmente consideradas como do âmbito doméstico passam a ser discutidas por agências internacionais, como ocorreu no caso do comércio internacional.

Esta percepção crescente que o comércio internacional tem um impacto sobre a vida do cidadão comum levou a uma verdadeira mobilização da sociedade civil em diversos Estados e, em particular na organização encarregada de regulá-lo: a Organização Mundial de Comércio (OMC). De fato, nos EUA e Europa, praticamente todos os grandes Sindicatos e Associações de Empresários dispõem de um Assessoria ou Departamento Internacional para tratar de assuntos ligados a questões e em particular o que mais lhes afeta: o comércio internacional. Até mesmo, cidadãos sem vínculos sindicais ou patronais passaram a se reunir em associações para procurar influenciar as decisões de seus respectivos governos sobre como se posicionar em certas Organizações Internacionais, como no caso da OMC.

Este trabalho pretende demonstrar de que forma a atuação das Organizações Internacionais – em destaque OMC, UIT, OCDE, impulsionadas pelo capital globalizado influencia o marco regulatório do setor de telecomunicações, a saber: o papel e a influência das Organizações Internacionais nas políticas domésticas, a influência da UIT na formação da ANATEL como agência reguladora; o marco regulatório brasileiro como o reflexo das discussões levadas a cabo na OCDE, e a importância da OMC na formação da proposta brasileira, e como as Organizações Internacionais influenciam as decisões domésticas ou a formulação de Políticas nacionais.

Foram obtidas as seguintes conclusões:

- As Organizações Internacionais exercem um papel relevante na formulação de políticas.
- A atuação da ANATEL como agência reguladora está aderente às recomendações da UIT.
- A OCDE teve um papel indireto na formulação do marco regulatório mundial.
- A OMC, por meio da Rodada Uruguai, teve uma influência direta na abertura do setor de telecomunicações do Brasil.

II - As organizações internacionais

A importância de se estudar a interação entre fenômenos domésticos e assuntos internacionais parece acima de qualquer dúvida.

O estudo das relações internacionais de um país abrange essencialmente três perspectivas: *a perspectiva histórica*, que correlaciona os fundamentos e as racionalidades das opções de política externa tomadas em cada época pelo núcleo decisório de poder, ou seja, o Governo; *a perspectiva política*, que engloba uma discussão

* Monografia apresentada por Ana Lucia Palhano Leal como requisito ao curso de Especialização em Telecomunicações da Universidade de Brasília, orientada pelo professor Dr. Ricardo W. Caldas, Phd. Brasília, novembro de 2000

** Ana Lucia Palhano Leal é brasileira, economista, com curso de Pós-graduação em Negociação Internacional para Telecomunicações, e em Regulação de Telecomunicações, trabalha no órgão regulador brasileiro, a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, como Assessora para Assuntos Internacionais da Presidência, e representa a ANATEL em negociações internacionais em telecomunicações

sobre os aspectos políticos, econômicos e jurídico-legais vinculados à sua inserção externa, sua capacidade de influência externa e seu peso específico no sistema internacional; e a *perspectiva econômica*, que enfoca o aspecto essencialmente econômico das relações internacionais do país, de forma a permitir o estabelecimento de correlações entre o processo de modernização econômica e social e os limites impostos pela “economia de mundo capitalista”, que significa analisar o aproveitamento, pela Nação, das oportunidades e lacunas existentes no sistema econômico internacional para sustentar seu próprio processo de desenvolvimento.

No contexto deste trabalho, a *Perspectiva Econômica* é enfocada a partir da nova ordem internacional conhecida por “Terceira Revolução Industrial”, que vem se processando a partir das mudanças na organização do modo de produção capitalista, nas invenções de novos materiais, na biotecnologia, na microeletrônica, entre outros e requer, em seu processo de análise, a consideração de várias circunstâncias que, em conjunto, possibilitaram estas transformações.

Como simplificação, podemos considerar, para análise da *Perspectiva Política* as transformações efetuadas por *agentes* - os Estados e organismos multilaterais; por *estruturas* - os sistemas econômicos e de poder; e como *processo*, a transnacionalização do capital (aliada às tendências de globalização e regionalização).

As mudanças em curso, no que se refere aos *agentes*, Estados, dizem respeito à própria estrutura de poder no contexto mundial, à hierarquização econômica e política, que remetem a questões de natureza do relacionamento entre os países, ou seja à “soberania”.

As *estruturas* referem-se ao sistema de hierarquias estabelecido entre as nações no pós guerra se fundamentava numa correspondência entre posições de poder e capacitações econômica, política e militar.

Os *processos* contemplam considerações à respeito das relações econômicas que escapam às relações tradicionais entre Estados, ou seja, ao fenômeno de transnacionalização do capital decorrente da evolução da abrangência da atuação das empresas e do processo de internacionalização da atividade empresarial a partir da globalização da informação e seus conseqüentes reflexos no comércio internacional, já que as decisões de investimento, do capital financeiro ou da comercialização da grande empresa transnacional podem afetar macroeconomicamente não apenas os países onde atuam suas filiais, mas também seus próprios países de origem.

A evolução da abrangência de atuação das empresas pode ser sintetizada a partir da empresa multinacional (empresa de um país que implanta filiais ou subsidiárias em outros países, ou seja, o processo produtivo é instalado nestes outros países), da empresa global (na qual o produto final é produzido num país com insumos de vários outros países) culminando com a empresa transnacional (contempla a expansão internacional do capital, onde a informação é o insumo estratégico e a única unidade econômica é o mundo, ou seja, todas as atividades de gerenciamento contemplam ou não o espaço do Estado-Nação).

O processo de internacionalização da atividade empresarial configurou-se no investimento pelas empresas no mercado de determinado país a partir de suas bases estabelecidas em seu Estado-Nação. Num segundo momento, passaram a visar o mercado global e as organizações contemplaram diferentes funções da mesma empresa em lugares distintos, integrados em uma estratégia global articulada. Num estágio tecnológico e econômico mais avançado, a estratégia de atuação baseia-se em redes internacionais: as informações circulam em redes (entre empresas, entre pessoas, entre redes de computadores). Neste novo contexto, baseado na crescente interconectividade e na extrema descentralização dos processos, as novas tecnologias da informação são decisivas¹.

A nova ordem mundial passa a ser caracterizada pela interligação internacional, estimulada pela movimentação dos fluxos de investimento e tecnologia num contexto de mercados e não de fronteiras geográficas e tem duas dinâmicas.

Uma é a Globalização, que resulta da ação e corresponde à lógica de expansão do capital no plano mundial e pode ser analisada sob algumas dimensões. Na dimensão econômica, decorre da ampliação dos espaços de produção, nos quais um produto tem suas etapas de elaboração distribuídas em localizações geográfica distintas, intensificando o comércio internacional. Na dimensão cultural, marcou-se pelo fluxo internacional da

¹ CASTELLS, M., *Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura - volume 1, A Sociedade em Rede*, São Paulo, Paz e Terra, 1999

informação, que contribui para a disseminação e o intercâmbio de diferentes culturas, proporcionando uma crescente inserção da comunidade científica mundial nas decisões políticas dos governos e nos planejamentos dos negócios das empresas e, pelo fenômeno do consumismo. Na dimensão política, a globalização está disseminando valores que passam a ser globais, residindo na ampliação da esfera pública, transformando, desta forma, a sociedade nacional em sociedade planetária.

A outra é a dinâmica da Regionalização, que contém forte conteúdo político e representa a tentativa do Estado-Nação impor regras à globalização, ainda que à custa de *trade-offs* regionais (submissão de suas decisões sobre políticas macroeconômicas nacionais a um compromisso negociado entre as partes que compõem a unidade regional). A regionalização representa um movimento defensivo no sentido de somar forças entre países de uma região para proteção face à competição econômica e ampliar margens de negociação política a nível global.

Além dos processos de integração regional, outra forma de se integrar nos mercados mundiais é por intermédio da participação na Organização Mundial de Comércio, a OMC, organização que sucedeu o GATT. O problema da adesão a esta organização é que ela implica na adoção de políticas por ela recomendadas como a abertura em vários mercados, inclusive no setor de telecomunicações.

As Organizações Internacionais não substituíram o papel do Estado, possuidor de poder e autoridade que permanece como a unidade primária política, mas num mundo crescentemente interdependente elas representam uma vanguarda numa governança mundial emergente, mas a atuação das Organizações Intergovernamentais tem um impacto diretamente nos assuntos mundiais dos atores internacionais, embora, de forma a salvaguardar a soberania dos Estados, sejam estabelecidas por tratado e o trabalho técnico desenvolvido através de acordos internacionais.

Dependência significa que um Estado é passível de estar significativamente afetado por forças externas. Interdependência significa dizer dependência mútua. No contexto político mundial, interdependência se refere a situações caracterizadas por efeitos recíprocos entre países ou entre atores de diferentes países. Estes efeitos sempre resultam de transações internacionais através de fronteiras nacionais ligadas a capital, bens, pessoas e comunicações entre elas e deles decorrem benefícios mútuos. Os efeitos dessas transações associadas a interdependência dependerão do nível e da profundidade do relacionamento existente, bem como da vulnerabilidade de cada país às mudanças no sistema internacional. Quando as interações não envolvem custos significativos, os atores estão simplesmente interconectados. Por outro lado, um relacionamento de interdependência sempre envolve custos, dado que a interdependência restringe autonomia. Interdependência não significa benefício mútuo, já que, interdependência assimétrica ou dependência pode se transformar em fonte de poder ou exploração.

Esta interdependência, por sua vez, torna cada vez mais um Estado dependente das ações de outros Estados em áreas vitais de consenso mútuo tais como comércio, comunicações, desenvolvimento econômico, e, por sua vez, a cooperação e o inter-relacionamento entre os Estados são facilitados pela existência das Organizações Internacionais.

Apenas para se ter uma idéia da importância desse setor cabe lembrar que ele movimenta cerca de US\$ 1 trilhão por ano. O setor de telecomunicações cresceu tanto e se desenvolveu tanto que alguns autores já argumentam que o setor de telecomunicações já não pertence mais ao setor de serviços, é um setor próprio, com vida econômica e lógica próprios. Talvez esses argumentos justifiquem a importância das Organizações Internacionais que lidam com telecomunicações e sua influência sobre as políticas domésticas de seus membros, considerando que a nova ordem mundial passa a ser caracterizada, portanto, pela interligação internacional.

Em resumo, com o inegável crescimento e expansão na atuação das empresas transnacionais, favorecidas pelo processo de globalização, estas passaram a disseminar novas formas de consumo e produção, o que foi facilitado pela ampliação dos espaços de produção (abertura de mercados). Devido a esse fato, um determinado produto tem suas etapas de elaboração distribuídas por localizações geográficas distintas, intensificando o comércio internacional. Esse aumento das transações internacionais foi possibilitado através da revolução nas telecomunicações e transportes, o que ampliou os limites entre o nacional e o internacional, gerando, em decorrência, uma interdependência entre os Estados-Nação, conhecida por Sistema Internacional.

Com efeito, o desenvolvimento das novas tecnologias de comunicações possibilitou o surgimento de novos produtos e processos produtivos com um amplo impacto sobre a política, a economia e cultura mundiais. Houve

uma convergência entre as tecnologias de telecomunicações, que revolucionou os sistemas mundiais de comunicação e informação, integrando a nova realidade mundial e criando parâmetros de uma nova política internacional, que vem sendo discutida e implementada pelas Organizações Internacionais, a partir da nova estrutura mercadológica.

Desta forma, no Sistema Internacional, composto por empresas transnacionais, pelo capital financeiro internacional e pelas organizações internacionais, estas últimas se tornaram cada vez mais influentes. Assim, verificou-se a adoção de políticas públicas no plano doméstico que representam o resultado de pressões de organizações internacionais junto aos governos nacionais para que estes adotem políticas públicas convergentes. A nível setorial, este é o caso da UIT, que será discutido posteriormente.

A *Perspectiva Histórica* nos remete a julho/agosto de 1944 quando realizou-se na cidade de New Hampshire, uma reunião que ficou conhecida como a Conferência de Bretton Woods, que produziu a criação de instituições internacionais que procuraram abarcar três vertentes:

a *vertente financeira*, com a criação de um Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD, em 1945, que teria como missão realizar empréstimos de capital a longo prazo para os países urgentemente necessitados ou subdesenvolvidos, após análise de projetos específicos a serem decididos, em princípio, segundo “critérios técnicos”;

a *vertente monetária*, com a criação do Fundo Monetário Internacional – FMI, em 1945, cuja finalidade de conceder créditos de curto prazo em condições que permitissem superar dificuldades temporárias de Balanço de Pagamentos, cujos principais objetivos eram manter a estabilidade nas taxas de câmbio, facilitar a liberação de restrições de câmbio e abrir caminho para a conversibilidade das moedas, e

a *vertente comercial* da reafirmação que o estabelecimento de um sistema multilateral de livre comércio era essencial para a restauração econômica do mundo pós-guerra, mas como não havia tempo para se negociar um acordo internacional nessa matéria, ficou decidido que as disposições pertinentes deveriam ser objeto de uma conferência especial a ser convocada posteriormente, o que de fato acabou ocorrendo em 1947 e 1948, em Havana.

Esta conferência contemplou quatro propostas (*as four freedoms*), dos Estados Unidos, formuladas em 1945, para a expansão do comércio mundial e do emprego: liberação das restrições impostas pelos governos, liberação das restrições impostas pelos grupos e cartéis privados, liberação da ameaça de desordem nos mercados de produtos de base e liberação dos temores ligados a crises na produção e no emprego.

II.1 - Organização Mundial do Comércio, o GATT, o GATS e o Anexo de Telecomunicações Básicas

Em reuniões sucessivas conduzidas em Genebra, entre março e outubro de 1947, pares de países negociaram produtos individuais dos quais cada um era fornecedor do outro. As concessões assim acordadas deveriam ser estendidas a todos os demais. Durante essa fase bilateral de negociações, cada participante estava presumivelmente disposto a garantir a seus parceiros concessões cujos benefícios iriam se estender a terceiros países, uma vez que imaginava, ao mesmo tempo, obter os benefícios de concessões inicialmente negociadas pelos demais. Os resultados dos 123 conjuntos de negociações entre 23 países foram incorporados em um único “Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio”, assinado em 30 de outubro de 1947. Embora “provisório”, o GATT tornou-se efetivo em 1 de janeiro de 1948, entre os Estados Unidos e sete outros signatários.

O Acordo continha não apenas esquemas de concessões envolvendo produtos individuais, mas, também, numerosas regras de política comercial, que deveriam ser administradas pela futura Organização Internacional do Comércio - OIC.

Por conseguinte, foi convocada uma grande conferência para tratar de todos os aspectos institucionais do sistema multilateral de comércio, realizada em Havana, de novembro de 1947 a março de 1948, da qual resultou um documento intitulado “Carta de Havana Instituinto a Organização Internacional do Comércio”, dando assim acabamento ao tripé econômico multilateral concebido e iniciado em Bretton Woods.

A versão da Carta da OIC foi assinada em 1948, por representantes de 53 países, incluindo os Estados Unidos,

mas que incluía tantas exceções, lacunas e ambigüidades deliberadas que apenas dois países chegaram a ratificá-las. O GATT, que deveria ter sido absorvido pela OIC, precisou desempenhar-se sozinho a partir do fracasso da criação da OIC.

Desta forma, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – GATT, negociado e assinado por vinte e três países, em Genebra em 30 de outubro de 1947, entrou provisoriamente em vigor em 1º de janeiro de 1948. Apesar dos problemas derivados do seu caráter incompleto, o GATT contribuiu bastante para a intensificação progressiva do comércio internacional, ao operar, desde a primeira rodada de negociações, a reduções expressivas dos níveis tarifários para produtos manufaturados.

Estas negociações, que contemplavam temas de comércio envolvendo vários tipos de indústrias e ficaram conhecidas como “Rodadas”, proporcionavam oportunidade para que os países aprendessem e compreendessem os interesses e preocupações uns dos outros, de forma a poder trabalhar em conjunto para estabelecer compromissos que facilitassem e incentivassem o comércio mundial.

Ao longo dos anos houve oito rodadas, sendo que a mais recente, durou de 1986 a 1994, e foi iniciada em Punta del Leste, ficando conhecida como “Uruguay Round”, que incluiu, os resultados das sete rodadas de negociação multilaterais de liberalização de comércio realizadas desde então, os temas Agricultura, Serviços, o GATT, o GATS e todos os acordos negociados na Rodada Uruguai e criou a Organização Mundial do Comércio - OMC.

A Organização Mundial do Comércio - OMC, com sede em Genebra, Suíça, foi então constituída através da Ata Final da Rodada Uruguai (concluída em 31 de dezembro de 1993), assinada em Marrakesh, Marrocos, em 12 de abril de 1994 (ratificada no Brasil, pelo Congresso Nacional em 30 de dezembro de 1994). que iniciou seus trabalhos em 1º de janeiro de 1995, tem hoje mais de 130 membros e representa a estrutura jurídica e institucional do sistema multilateral de comércio internacional estabelecido para promover o livre comércio, bem como organizar normas comuns e eliminar barreiras protecionistas negociadas pelos países membros ao final da Rodada Uruguai.

Com relação ao Setor de Telecomunicações, as negociações continuaram durante e depois da Rodada Uruguai e em abril de 1994 um Grupo Negociador de Telecomunicações Básicas (NGBT) foi estabelecido, no qual 33 governos concordaram em participar.

O NGBT enfrentou difíceis problemas conceituais e políticos. Foi criado, então um Termo de Referência (Reference Paper) em Reforma Regulatória, com seis princípios básicos que objetivavam redesenhar as instituições e regulamentações nacionais de forma a garantir a compatibilização com as disciplinas do comércio de serviços, que definiram: salvaguardas competitivas, interconexão, serviço universal, disponibilização pública de critérios de licenças, reguladores independentes e alocação de recursos escassos. O Reference Paper é um componente chave para a garantia da competição nos mercados pois insere os princípios políticos de defesa da competição, em especial, através das salvaguardas competitivas e dos temas de interconexão.

Em abril de 1996, data limite para a conclusão das negociações, os Estados Unidos, insatisfeitos com a massa crítica alcançada, potencialmente por causa das assimetrias entre países nas condições de acesso a mercado, se retirou das negociações.

Em julho de 1996 um novo Grupo em Telecomunicações Básicas (GBT) foi formado² com uma agenda de oito rodadas de negociações com o objetivo de elaborar listas de compromissos liberalizantes no setor, para a eventual adesão dos países-membros (não mandatária).

² Para estas rodadas de negociações, realizadas em Genebra, de julho de 1996 a fevereiro de 1997, o Brasil se fez representar através de diplomatas do Ministério das Relações Exteriores, da DTCS – Barbara Mussi e Ana Lelia Beltrame e da Missão do Brasil em Genebra – Marcelo Baumbach, coordenados pelo Embaixador Celso Lafer, como do Ministério das Comunicações (Assessoria Internacional do Secretário Executivo) – Clovis José Baptista Neto e Ana Lucia Palhano Leal, coordenados pelo então Secretário Executivo Renato Navarro Guerreiro. Para a rodada final, em fevereiro de 1997, com o objetivo de complementar as discussões técnicas que eram ainda tidas como possíveis “entraves” às negociações, integraram, também a Delegação brasileira, os então diretores do Ministério das Comunicações: Amadeu de Paula Castro Neto – Diretor do Departamento de Planejamento e de Engenharia de Frequências (temas relacionados a Spectrum Management), Eduardo de Faria Pereira – Diretor do Departamento de Serviços Básicos de Telecomunicações e Serviços Postais (Satellite Services) e Luiz Tito Cerasoli - Diretor do Departamento de Tarifas e Preços de Serviços de Telecomunicações e Serviços Postais (Interconnection, Tariffs - Accounting Rates).

O Brasil apresentou Oferta liberalizando o mercado brasileiro Serviços de Telecomunicações Básicas, contemplando, a princípio, o disposto na legislação de transição do Setor, vigente à época – a Lei Mínima nº 9295, de 19 de julho de 1996, com o compromisso de incluir no texto de sua Oferta, em até um ano após a data de sua aprovação, o disposto na nova Lei Geral de Telecomunicações nº 9472, que foi posteriormente aprovada em 16 de julho de 1997. Por este motivo, o Brasil não endossou completamente os termos do “Reference Paper” naquela época.

Apresentou, também, Lista de Exceção da Cláusula de Nação Mais Favorecida, cujo texto “Serviços de Telecomunicações utilizados para efetuar a distribuição de programação de rádio e TV diretamente para usuários finais.” visava excluir o Serviço de Transporte de Sinal via Satélite quando utilizado para a prestação dos serviços de distribuição de sinais por cabo, ou para a difusão de programas de rádio e televisão. Como estes serviços não são categorizados no Brasil como Serviços de Telecomunicações Básicas, não estariam incluídos na Oferta brasileira, só podendo ser prestados, caso a caso, em condições de reciprocidade.

Em 15 de fevereiro de 1997, 69 países que representam 95% do tráfego mundial de telecomunicações assinaram o Acordo de Telecomunicações na Organização Mundial do Comércio, na qual se comprometem a liberalizar seus mercados de telecomunicações básicas a partir de 1º de janeiro de 1998, através do Quarto Protocolo do GATS, que se constitui na base legal para a implementação dos compromissos assumidos e que foi assinado em Genebra, em 5 de fevereiro de 1998.

Este pacto se constitui no primeiro acordo multilateral direcionado à liberalização global da indústria de telecomunicações. Entretanto, este acordo foi apenas o início formal do pacto multilateral que implementará a competição na indústria de telecomunicações, que hoje tem um papel vital no centro da indústria de serviços.

II.2 - UIT – União Internacional de Telecomunicações

Fundada em 1865, com sede em Genebra, Suíça, a UIT - União Internacional de Telecomunicações foi a partir de do advento da telegrafia, tornando-se uma agência especializada da ONU em 1947. Hoje com 189 Estados-Membros, a UIT está dividida em três setores que tratam questões específicas: Radiocomunicações – UIT-R, Normalização – UIT-T e Desenvolvimento – UIT-D.

A UIT, além de administrar o mecanismo de coordenação de frequências e órbitas para as redes e serviços globais de telecomunicações por satélite, com a evolução das novas tendências: globalização, desregulamentação, reestruturação, redes de serviços de valor adicionado, convergência (de serviços e de tecnologias), redes inteligentes, etc., as telecomunicações se tornaram um elemento chave na entrega – através de fronteiras, de serviços não telecomunicações, como serviços financeiros, turismo, transporte, entre outros, o que levou à transformação das telecomunicações a um status de utilidade pública e a uma interação ao comércio internacional.

De forma a acompanhar este novo cenário, a UIT, adaptou sua estrutura e seus objetivos e passou a acompanhar a evolução tecnológica, política e econômica do setor de telecomunicações emitindo Recomendações e criando fóruns de maneira a incentivar debates aliando os temas técnicos aos políticos, como, por exemplo, a série de reuniões conhecidas por “Colóquios”, nas quais vem debatendo diversos temas de Política Regulatória: Opções para Processos e Procedimentos Regulatórios em Telecomunicações (fev 1993); Serviço Universal e Inovações: Incentivo a Metas correlatas através da Política Regulatória (dez 93); Sistemas de Comunicações Móveis Pessoais – GMPCS (nov 94); Interconexão: aspectos Regulatórios (abr 95); Acordos de Comércio em Telecomunicações: Implicações Regulatórias (dez 95); Implicações Regulatórias na Convergência em Telecomunicações (dez 96); Transformando Relações Econômicas em Telecomunicações Internacionais (dez 97); e temas regulatórios em Telecomunicações para Comércio Eletrônico (dez 98).

Em 1992, em decorrência da Conferência Internacional de Desenvolvimento das Telecomunicações da Região América da UIT, ocorrida em Acapulco, no México, foi editado o LIVRO AZUL da UIT, que contém uma série de recomendações orientadas à elaboração de regulamentação que, adaptadas ao desenvolvimento de cada país, impulsionasse o desenvolvimento do setor de telecomunicações, de forma a adequar a elaboração de políticas em função do movimento de reformas e das privatizações dos principais operadores com a participação do setor privado, à introdução da competição nos mercados.

O “Livro Azul: Políticas de Telecomunicações para a Região Américas” foi atualizado e, em março de 1996,

publicado em conjunto do BDT (Bureau de Desenvolvimento de Telecomunicações), órgão da UIT (União Internacional de Telecomunicações, e da CITEL (Comissão Inter-americana de Telecomunicações) que faz parte da estrutura da OEA (Organização dos Estados Americanos), de forma a se tornar uma ferramenta de trabalho para que seus membros pudessem enfrentar os desafios da reforma regulatória que se realizava em todo o mundo, em decorrência da evolução tecnológica.

O Livro Azul enfatiza a importância de uma política de telecomunicações bem concebida alinhada a um marco regulatório que contemple as peculiaridades de cada país na tentativa de acompanhar a evolução da tecnologia. Para tal, o Livro Azul contempla dez temas relacionados com o marco legislativo e regulatório das telecomunicações em seus Estados nacionais: Legislação Nacional, Monopólio e Competição, Liberalização e Privatização, Regulamentação e Liberalização, Procedimentos Administrativos, Funcionamento do poder Legislativo e do poder Judiciário, Métodos de concessão e Renovação de Licenças, Interesse Público e Social, Requisitos para o financiamento das telecomunicações pelo setor privado, e Aspectos da política de meios de comunicação social.

II.3 - OCDE - Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico

A OCDE - Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – é um organismo internacional de caráter normativo, que tem como objetivo contribuir para o desenvolvimento da economia mundial através da cooperação econômica entre seus países membros e outros países que compartilham os princípios da economia de mercado, da democracia pluralista e o respeito aos direitos humanos.

Criada em 1961, com sede em Paris, a OCDE sucedeu à OECE, Organização Européia de Cooperação Econômica, instituído na gestão do Plano Marshall (recuperação européia no pós-guerra), a OCDE é um fórum que permite que os governantes se reúnam para debater a construção de suas políticas econômicas e sociais, apoiando-se em análises comparativas rigorosas, a fim de assegurar um alto nível de crescimento e um nível de emprego também elevado e garantir o progresso do nível de vida, através da manutenção da estabilidade financeira, inclusive com os países não membros.

Os países membros³ da OCDE produzem mais de dois terços dos bens e serviços do mundo, e trabalham em conjunto para coordenar as políticas domésticas e internacionais que, no mundo globalizado de hoje, dão forma a uma rede de práticas uniformes entre as nações e regulam formalmente as ações. Este trabalho é efetuado nos países através de acordos de cooperação e de forma consensual nas áreas que refletem as estruturas da política de regulação nos ministérios dos governos, e é feito em conjunto com os reguladores que, na verdade, serão os usuários da análise e delineiam a discussão dos países-membros nos comitês especializados da OCDE.

A OCDE emite estudos com características normativas que geram muito impacto político na regulamentação mundial, como é o caso dos temas regulatórios, cujo conjunto de sugestões de regras, compõem o documento *“The OECD Report on Regulatory Reform”*, onde é desenvolvida uma avaliação de como várias áreas políticas interagem uma com as outras através de países, e como as políticas sociais afetam as atividades econômicas no mundo todo. Ou seja, como a globalização mudará a economia do mundo através das novas perspectivas de crescimento.

II.4 – Visão Geral

Esta capítulo procura destacar como o tema Telecomunicações esteve presente em diversas Organizações Internacionais, ultrapassando as fronteiras nacionais e deixando, portanto, de ser um assunto de política doméstica.

Enquanto que a OMC negociava um acordo global, empenhada na abertura dos mercados à competição através da expansão dos compromissos liberalizantes em suas ofertas, a UIT passou por um processo completo de reestruturação. Assim, a UIT passou a incluir em sua agenda de trabalho, além de questões técnicas, temas políticos que estavam sendo negociados na OMC⁴.

⁴ A UIT chegou a organizar um Colóquio e um livro explicativo dando detalhes sobre o Acordo Geral de Telecomunicações discutido na OMC.

A OCDE que cuidava das discussões do marco regulatório a princípio, num nível mais regional, passou a desenvolver regimes que afetam vários aspectos do inter-relacionamento entre seus países membros, os quais, por sua representatividade no poderio econômico mundial, os legitimam.

Em paralelo, à reorientação das organizações internacionais, os governos acompanharam os movimentos de liberalização de mercado, privatização das estatais do setor de telecomunicações, reformulação das legislações, incentivo para atração de capital externo, criação de órgãos reguladores, como a União Européia, por exemplo, que em junho de 1987 emitiu o “*Green Paper*” intitulado “*Towards a Dynamic European Economy: Green Paper on the Development of Common Market for Telecommunications Services and Equipments*”, marco inicial de todo o processo de liberalização de suas telecomunicações.

Nesta época, nos Estados Unidos, o processo de liberalização do mercado foi iniciado com a emissão, em setembro de 1993, do documento “*The National Information Infrastructure: Agenda for Action*”, que objetivava a formação de uma Força-Tarefa entre o governo do Presidente Clinton, a iniciativa privada e a comunidade científica, capaz de incentivar e efetivar investimentos e projetos para a construção das chamadas *Information Highways*. Em fevereiro de 1996, foi sancionado o “*Telecommunications Act*”, reformulando o marco regulatório vigente através da liberalização do mercado norte-americano, através da abertura do mercado regional, das telecomunicações de longa distância e serviços de TV a cabo. Esta convergência resultou numa agilização dos fluxos internacionais de informação, possibilitando a expansão da Internet, que passou a possibilitar a interação de informação em tempo real, desterritorializando as relações sociais e culturais.

Concomitantemente, no Brasil foi sancionada a Lei nº 9295, de 19 de julho de 1996, conhecida como Lei Mínima, que viabilizou a abertura à competição de segmentos de mercado com alta atratividade para investimentos privados – a telefonia móvel celular e também por sua importância como infra-estrutura empresarial – serviços via satélite e serviços limitados, viabilizando a constituição de redes corporativas. Em 16 de julho de 1997, foi sancionada a Lei Geral de Telecomunicações nº 9472, que alterou profundamente o modelo brasileiro de telecomunicações, transformando a exploração de serviços da condição de monopólio à de competição, e criando a ANATEL, o órgão regulador independente com atribuição de poderes para estabelecer regulamentos de forma a maximizar os benefícios da evolução tecnológica para a sociedade.

Comprovou-se, então, que as Organizações Internacionais não apenas atuaram conjuntamente, mas que, além disso, ocorreu uma “divisão de trabalho” entre elas. O impacto dessas mudanças no setor de telecomunicações no Brasil será discutido no próximo capítulo.

III - A reforma do marco regulatório das telecomunicações no Brasil

A quebra dos monopólios estatais e o processo de desestatização têm sido uma tendência observada no mundo todo. No Brasil, este processo resultou na liberalização da prestação de serviços públicos de infra-estrutura pelo Estado à iniciativa privada e na instalação de órgãos reguladores que aliam a emissão, revisão e proposição de novas regulamentações técnicas à tarefa de defesa da competição, levando a um modelo de articulação institucional caracterizado pelas novas agências reguladoras, objetivando ampliar o espaço de atuação nos mercados através da melhor alocação dos recursos disponíveis, visando alcançar a eficiência econômica dos Setores regulados.

A importância do setor de telecomunicações, antes principal suporte à sociabilização das sociedades, bem como insumo vital ao desenvolvimento dos negócios no âmbito de cada país, adquire, com a globalização dos mercados, viés de infra-estrutura básica e fundamental ao desenvolvimento das novas sociedades que se moldam a partir do fluxo de informações, novo paradigma de poder no mundo contemporâneo. Somente a infra-estrutura de telecomunicações permite o fluxo contínuo da gigantesca massa de informações que é demandada pela globalização dos mercados, razão pela qual corporações que têm atuação além das fronteiras geográficas dos países têm interesse para que as regras para o comércio destes serviços sejam estabelecidas em fóruns multilaterais.

As características da ANATEL permitem ao Brasil participar do processo de globalização estabelecendo, a nível interno, quando da regulamentação dos serviços, regras claras de forma que os benefícios deste processo se traduzam em benefícios para o consumidores, as empresas e o país.

Desta forma, o escopo da regulamentação emitida pela ANATEL visa atender o interesse público através de

metas claras de obrigações de universalização dos serviços, liberalização de restrições de entrada e preços em direção a um mercado em competição, ajustando, permanentemente, pela regulamentação, a liberdade de organização e de concorrência entre as empresas, bem como a liberdade para as opções e as atividades dos indivíduos, de tal forma que se conciliem os interesses e as responsabilidades de cada um.

No Livro Azul da UIT, de 1996, foram emitidas normas políticas para a estruturação dos órgãos reguladores, os quais, sob a ótica da UIT, devem conter três aspectos básicos: a independência do órgão regulador, os limites de autoridade que lhe tenham sido delegadas pela legislação e os procedimentos que deverão ser seguidos para a tomada de decisões.

Entre as funções que devem ser delegadas aos órgãos regulares encontram-se: a classificação de serviços e facilidades para efeitos de concessão e renovação de licenças; os requisitos para a expansão dos serviços; o estabelecimento de critérios para a homologação de produtos, designação de frequências; resolução de controvérsias entre competidores ou entre provedores e usuários; a representação do país nas negociações e consultas internacionais sobre assuntos de telecomunicações; e a aplicação de sanções, normas e regulamentos.

O Livro Azul ressalta a importância dos órgãos reguladores no marco das telecomunicações durante o período de mudança estrutural no mercado da prestação de serviços. Para tal, estabelece o conteúdo dos procedimentos administrativos, os quais, pelo fato dos países terem diferentes sistemas jurídicos – direito civil ou *common law*, seriam avaliados através de projeto conduzido pela OEA/CITEL. Ressalta, também, os critérios de publicidade das leis, normas e regulamentos, especialmente durante a transição do monopólio para o mercado aberto à competição; a participação do público na elaboração de normas e procedimentos através de audiências públicas; os critérios para as decisões desfavoráveis e para as leis e sanções; e inclusive os aspectos éticos das pessoas que participam dos procedimentos administrativos, como um elemento fundamental que afeta a credibilidade de todo o processo.

“A constituição de um ambiente institucional adequado ao desenvolvimento dessas novas tecnologias e serviços está diretamente relacionada à implementação de políticas regulatórias por agências com características de independência e autonomia para estimular a transformação de uma estrutura de monopólio natural para uma outra que seja competitiva”⁵.

Ou seja, com a globalização do setor de telecomunicações (indústria de equipamentos e prestadores de serviços) surgiu a necessidade de uniformização das políticas regulatórias e dos mecanismos de liberalização dos mercados, através dos governos de todo o mundo, refletidos no Acordo do GATS, nas recomendações da OCDE e no Livro Azul da UIT, que estão presentes nas características da ANATEL, o que a coloca com objetivos aderentes ao processo de liberalização mundial dos mercados de telecomunicações ressaltando o espaço de defesa do interesse público na administração da regulamentação de transição de um mercado em monopólio, para um mercado em competição aberto ao capital externo.

IV - Considerações Finais

No próximo milênio, a nova ordem econômica internacional será suportada pelas comunicações digitais *wireless*, ou seja, a comunicação sem fio, entre pontos distintos, que através do protocolo TCP/IP interliga hoje os computadores na INTERNET, tornando-a o fator de produção que mais impulsionará a produtividade do novo modelo de crescimento econômico no mundo globalizado: a *Network Economy*, cuja nova forma de comércio – o comércio eletrônico, passou a moldar, a partir de 1997 a dinâmica deste novo modelo, alterando as relações de negócios que, apoiado por uma regulamentação favorável, permitirá a expansão do novo contexto, cujas inter-relações necessitam ser analisadas.

Do ponto de vista político, a *Network Economy* envolve questões delicadas quanto aos possíveis desequilíbrios de Balanços de Pagamentos dos países, o que demandará uma política de comércio global a ser viabilizada, muito possivelmente através da Organização Mundial do Comércio, já que a liberalização do comércio internacional tem como fundamento incentivar ao máximo a competição, de forma com que todas as economias se tornem mais eficientes. Na busca de eficiência, aumentam a produtividade, gerando crescimento sustentável, capaz de se traduzir em maior nível de renda e melhor qualidade de vida. Para que isto ocorra, é fundamental

⁵ PIRES, J.C.L., Políticas Regulatórias no Setor de Telecomunicações: A Experiência Internacional e o Caso Brasileiro, Rio de Janeiro, BNDES -Textos para Discussão, vol 71, 1999

que a liberalização não seja parcial, ou seja, que todos os países a adotem e que suas bases tecnológicas estejam ajustadas, pois as novas tecnologias afetarão diretamente, através da mídia, as formas sociais e políticas de como as pessoas vivem e se pelas quais se organizam politicamente no mundo.

Com este propósito, a criação da **Organização Mundial do Comércio** em 1º de janeiro de 1995, representou importante passo em direção a este liberalismo, já que 137 países do mundo se comprometeram a aceitar regras de convivência comercial que restringem iniciativas protecionistas.

Por sua vez, a **Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico** vem desenvolvendo estudos, debates e **recomendações** de forma a adequar o paradigma econômico-tecnológico da informação para as instituições sociais e políticas como o ponto de partida na avaliação das novas modalidades de atuação política neste final de século.

Neste contexto, a **União Internacional de Telecomunicações** tem desempenhado papel atuante, integrando as discussões técnicas às políticas de forma a inserir os novos parâmetros na regulamentação para o Setor de Telecomunicações, que terá que organizar a essência desta transformação tecnológica à medida que ela interage com a economia e a sociedade.

A **OMC** tem papel preponderante no equilíbrio de forças no ordenamento comercial e político internacional. Por mais que as decisões na **OMC** sejam tomadas, em tese, por consenso, é inegável que são influenciadas fortemente pelos maiores players comerciais e econômicos que, regulamentam suas inovações tecnológicas na **UIT**, e, apesar de pregar o liberalismo, protegem setores vitais de suas economias, que são, em sua grande maioria, os países que compõem a **OCDE**.

O grande desafio da ANATEL é definir estratégias internas diante do contexto nacional e internacional atual. Além disso, atuação da ANATEL deve contemplar o estabelecimento de procedimentos que, de maneira eficaz, satisfaçam, simultaneamente, as necessidades das empresas que viabilizam o crescimento econômico do setor e as de uma autoridade pública responsável pela proteção da concorrência num mercado interno alargado pelos tratados internacionais.

MERGER REVIEW IN A DEVELOPING COUNTRY: A COMPARATIVE STUDY^(*)

Por: Mariana Tavares de Araujo
e-mail: m_tavares@hotmail.com

Table of Contents

I. Introduction
II. What Should a Merger Law in a Developing Country Accomplish?
III. Analysis
1. The Brazilian Economy
2. The Structure of the Brazilian and the American Merger Guidelines
A. Article 54 of Law 8.884
B. CADE's Resolution 15
C. SEAE's Merger Guidelines
D. The FTC/DOJ Horizontal Merger Guidelines
E. Merger Procedures in Specific Sectors in Brazil
<u>Telecommunications</u>
<u>Electricity</u>
<u>Oil and Gas</u>
3. Enforcement in Brazil and in the United States
A. <i>The Ambev Case</i>
B. <i>The American Case</i>
<u>Coca-Cola and Dr. Pepper</u>
<u>Heinz and Beech-Nut</u>
<u>Recent Mergers in the U.S. Beer Industry</u>
4. Comments and Suggestions
IV. Conclusion

I. Introduction

This paper presents a normative discussion on the current state of the Brazilian antitrust law and its enforcement with a particular focus on the mergers and acquisitions area. To attain this task, the following steps shall be pursued: (1) a discussion on what a merger law in a developing country should accomplish; (2) a brief description of the Brazilian economy in order to highlight that, from an antitrust perspective, Brazil faces the same basic problems as those existing in any industrialized nation; (3) an analysis of the stated administrative procedures in the Brazilian and the U.S. merger guidelines; (4) an analysis of the law enforcement in the two countries by comparing the performance of the competition agencies when evaluating mergers; and (5) comments and suggestions on the Brazilian merger law.

Although there are important adjustments that could be made to the Brazilian statutes, the general goals of antitrust common to most jurisdictions are achieved by the current law. Thus, the major concern for a country such as Brazil should be its enforcement and its consistency with other government policies in areas such as trade and industrial promotion.

II. What Should a Merger Law in a Developing Country Accomplish?

The main goal of a competition bureau in a developing country such as Brazil (where key industries are extremely concentrated) should be to achieve an efficient economic structure. This means that even in concentrated markets incumbent firms behave as if they were in a competitive environment. In these markets, all entry barriers would be *innocent*, in the sense defined by Salop.¹ However, this requires the presence of a strong antitrust authority capable of imposing coherent economic policies, avoiding situations where the government stimulates competition on one side and creates distortions, such as protectionist measures, on the other. Henceforth, a developing country with a large market and a recent history on competition law enforcement should have merger guidelines with specific features such as: (1) transparent standards for the activities it intends to regulate; (2) considerations on the impact of the proposed merger on competition and its effects in price; (3)

^(*)This paper was prepared as a graduate thesis for the author's LL.M. degree at Georgetown University Law Center in May 2001. I would like to thank professors Steve Salop and Mark Popofsky, Jason Bowman, Paulo Correa, Valeria Pena and Markus Roehrig for helpful comments made on earlier drafts of this paper.

¹ Steven Salop, *Strategic Entry and Deterrence*, American Economic Review, May 1979.

concern with the structure of supply and demand; (4) concern with entry – e.i. whether it is timely, likely and sufficient; (5) emphasis on economic efficiencies; and (6) provisions regarding the promotion innovation.

Almost all of the above features are already present in the Brazilian guidelines. The first feature was achieved in 1998 when Resolution 15² was implemented which prescribed public rules for the evaluation of mergers. Most of the others have been contemplated in specific provisions in the Resolution 15. Exhibits one through five of Resolution 15, indicate the information merging partners must present when submitting merger notification, as well as other pertinent definitions such as relevant market and efficiencies. The necessary information required by Resolution 15 includes the merging partners' consideration of the impact of the proposed transaction on competition and its effect in price, related data regarding supply and demand, and data regarding entry and efficiencies. However, Resolution 15 does not require the parties to separately present any data regarding the merger's potential generation of innovation, because such information is included under the efficiencies claim.

From the enforcement perspective, merger rules in a developing country should produce outcomes that are consistent with general economic principles and with other governmental policies, and that do not vary widely from one another. These two requirements, consistency and robustness, are essential for an antitrust intervention that is transparent and that reduces litigation costs, thereby stimulating certainty in the business sector.³

Brazilian agencies have moved towards the first goal by adopting sets of guidelines for merger analysis. However, as will be discussed below, these guidelines are not enough to ensure a competitive market, because have yet to be aligned with procedures adopted by the other governmental agencies. The robustness aspect, however, is even more problematic for several reasons. First, because the coordination among Brazil's three different competition agencies complicates this by producing three reports based on three different guidelines. Although the framework is essentially the same, in more or less detail, the analysis that results may diverge significantly; also these reports may or may not be adopted in the final decision. Second, because the standard applied by Brazil's main competition bureau, when reviewing acts of concentration, is still unclear. Overall, it seems that the Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)⁴ has opted for intervening only when fundamental principles of antitrust are at stake, while otherwise permitting less important transactions to go through. However, in a proposed joint-venture between Anheuser-Busch and Antarctica, CADE applied a stricter standard and only approved the deal with a very strong remedy which included the requirement that Anheuser-Busch increased its ownership in Antarctica to 30 percent and invested more in the Brazilian market. This decision was criticized by many for being unnecessarily rigid and, in fact, does not seem to be coherent with the position adopted by CADE three years later (i.e. when CADE reviewed the merger between Antarctica and the other largest Brazilian beer manufacturer Brahma).⁵

Thus, the enforcement of sound antitrust policy in mergers will depend on a clear set of rules consistently applied by a governmental agency that has its division of tasks established in an efficient manner. Also, it is necessary that the structure of the agencies permit that different sides are equally represented, thereby protecting the interests of consumers. These interests can be easily harmed where the standard applied by the agency is too permissive, requiring an insufficient amount of efficiency benefits from the merging parties to counteract potential anticompetitive effects, and where, on top of that, consumers are not allowed to defend their interests in the decision making process. This organization and segmentation of duties, together with the structured analysis prescribed in a unified set of guidelines will permit that the outcome, at least within one body of government, will stimulate competitive behaviour in the market.

² Resolution 15/98 of Aug. 19, 1998, Exhibit V, available at <http://www.mj.gov.br/cade>.

³ Paulo Correa, *The Role of Merger Guidelines in the Enforcement of Antitrust Law: The Anheuser-Busch-Antarctica Case*, THE JOURNAL OF LATIN AMERICAN COMPETITION POLICY, Dec. 1998, at 2.

⁴ Administrative Council of Economic Defense.

⁵ A.E. Rodriguez & M.B. Coate, *Merger Pitfalls in Practice: Three Case Studies*, 20:4 U. PA. J. INT'L ECON. L. 793 (1999) and Paulo Correa, *The Role of Merger Guidelines in the Enforcement of Antitrust Law: The Anheuser-Busch-Antarctica Case*, THE JOURNAL OF LATIN AMERICAN COMPETITION POLICY, Dec. 1998, 1.

III. Analysis

1. The Brazilian Economy

Brazil has had an antitrust law since 1962. However, like other developing countries, this law remained unused for many years due to some well known reasons (e.g. from the early thirties to the late eighties, Brazilian economic growth was based on import substitution industrialization). This implied a protectionist environment in which there was no room for competition policy issues on the public agenda. In 1994, a new competition law substituted the previous statute in a context of broad economic reforms, such as trade liberalization, regulatory reform, and macroeconomic stabilization.

To show how this ongoing process affects the Brazilian approach to competition law this section highlights certain features of the current state of the Brazilian economy. The main focus will be on its relative size, the degree of concentration and competition in different industries and the impact of privatization in the electricity, gas and oil sectors. These features serve as the backdrop for understanding the switch from protectionism to competition. The privatization in the electricity and energy sectors was chosen to illustrate how this transition is often contradictory and incomplete. Being contradictory and incomplete, it affects the enforcement of antitrust rules as prescribed in the Brazilian competition statute.

Brazil has over half of South America's GDP and population. Its economy is approximately twice the size of Russia's and India's and is comparable to China's economy. Furthermore, Brazil is the second largest market in the world for executive jets, helicopters, cellular telephones and fax machines; fourth for refrigerators; fifth for compact discs; and ranks third for soft drinks. Moreover in 2001, Brazil became the fifth country in the world with purchase power parity of over U.S. \$ 1 trillion. The Brazilian domestic economy is the basis for its economic growth, though the country has received a substantial amount of foreign investment since the adjustment reforms in the last decade. Brazil has controlled inflation since 1994 and has made significant progress in containing fiscal deficits and in order to ensure long term growth.⁶

The Brazilian economy is highly concentrated in certain industrial sectors such as carbonated beverages, automotive, chemicals, and all the recently deregulated industries. In these industries specifically, CADE assumes a very important role in the enforcement of the stated administrative procedures for antitrust and in promoting competition values through its relationship with the other regulatory agencies and branches of government. By streamlining its procedures with these other offices, CADE will help eliminate the barriers that distort free trade rather than merely taking legal action against anticompetitive practices.⁷

Privatization has been considered an important point of the reform agenda and one which by itself would justify competition policies. However, privatization is slow, and in the Brazilian case, where different agencies have overlapping jurisdiction, it can generate conflicting approaches in the enforcement of these policies; also it may be difficult to reach a consensus on the pace and scope of these reforms. A clear example of this is found in the electricity and energy sectors.

In the electricity sector, this process began in 1997 and although some progress has been made in the privatization of some of the large hydroelectric plants, which is an essential step in the restructuring of the sector, it has overall proceeded at a very slow pace. The Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)⁸ is the regulatory agency responsible for supervision of liberalization and privatization in the electricity industry.⁹

Ninety per cent of the country's electrical generation capacity is hydroelectric and most of the plants are state-owned. The privatizations of the three largest hydroelectric plants (which produce over 50 percent of the energy generated in the country) are scheduled by ANEEL to take place in 2001. Privatization of the transmission grid is also planned to take place soon (e.g. 11 new lines have been added to the grid and ANEEL is auctioning off the rights to it). The distribution assets have been privatized more quickly, (around 60 percent

⁶Kenneth Maxwell and Stephen Robert, *A Letter to the President and a Memorandum on U.S. Policy toward Brazil* available at <http://www.cfr.org/p/resource.cgi?publ!3900>.

⁷ For a thorough discussion on competition advocacy see generally A.E. Rodriguez & Malcom B. Coate, *Competition Policy in Transition Economies: The Role of Competition Advocacy*, 23 Brook. J. Int'l L. 454 (1997).

⁸ National Agency of Electric Energy.

⁹ JOHN CLARK, *Competition Law and Policy Developments in Brazil* available at http://www.oecd.org/daf/clp/Country_reviews/brazil-rep.pdf.

of it has already been privatized).¹⁰ Competition at the retail level will probably take longer since customers are still subsidized. The restructuring of the wholesale market is proceeding and this will allow distributors and large consumers to contract directly with generators; however, there is still much to be accomplished regarding the separation and privatization of the vertically-integrated and state-owned utilities.¹¹

Progress in the oil and gas sector is also proceeding slowly. The Hydrocarbon Law of 1997 created the Agência Nacional do Petróleo (ANP)¹² to supervise the privatization and liberalization of the industry. The 1997 law also officially ended the monopoly in the production, refining and pipeline transportation of oil and gas, which was held by the state-owned company Petrobrás. Although ANP has implemented some reforms in the sector, Petrobrás still has a dominant position in the market.¹³

Brazil imports a substantial amount of oil and gas. In both cases, after the 1997 law, the Ministry of Mining and Energy begun awarding concessions through auctions to explore these resources. There are rules prohibiting that production and transmission facilities be separated into different legal entities, however, the 1997 law does not forbid cross-ownership of these entities. The result is that in oil, as well as in gas, Petrobrás has won most of the concessions and therefore conducts most of the exploration and operates the pipelines as well.¹⁴

In sum, the Brazilian economy has significantly evolved and adopted a new pattern of development based upon a more open economy and freer markets. However, none of the authorities involved in this process have enough power to define the extent to which it wants market institutions to prevail; thus, there is not enough willingness to completely dispose of protectionists policies and to repeal rent-seeking activities by powerful interest groups that have dominated the process.

2. The Structure of the Brazilian and the American Merger Guidelines

The new Brazilian competition law (Law no. 8.884/94) transformed CADE into the main bureau of competition law. It is an independent agency associated with the Ministry of Justice, and has seven members (one president and six commissioners) that serve for a period of two years, with the possibility of reappointment for only one term. The new law also established the complementary roles to be performed by two other governmental bodies: the Secretaria de Direito Econômico (SDE)¹⁵ in the Ministry of Justice, and the Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico (SEAE)¹⁶ in the Ministry of Finance. These two commissions primarily perform investigative and advisory roles in the enforcement of competition policy. The initial actions usually take place at SDE, where, with the assistance of SEAE, the preliminary investigations and administrative proceedings are conducted before the file and the recommendation are submitted to CADE. CADE is responsible for rendering the judgment, from which the parties can appeal to the federal courts. As a national agency, CADE has jurisdiction over the entire country.

As the main bureau of competition law in Brazil, CADE is responsible for issuing the final decisions when reviewing mergers. SDE and SEAE provide CADE with advisory opinions that in most cases are included in the final decision. The counselors for CADE also prepare advisory comments. However, when gathering information for these advisory tasks, SDE, SEAE and CADE apply different merger guidelines.¹⁷ Although the general structure for merger analysis is the same, there are some noteworthy divergences, as for example regarding the amount of information requested in the initial notification forms.¹⁸

CADE applies Resolution 15, which regulates the generic provision regarding merger review in Brazil (i.e., article 54 of Law 8.884, the Brazilian antitrust law). SDE currently employs an administrative regulation that establishes the formal procedures for its investigative role, but without much detailed information regarding

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Id.*

¹² National Agency of Petroleum.

¹³ See CLARK, *supra* note 9, at 37.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Secretariat of Economic Law.

¹⁶ Secretariat for Economic Monitoring.

¹⁷ SDE and SEAE have agreed to develop common guidelines based on the model employed by SEAE. At this moment, however, it still has not been implemented.

¹⁸ Resolution 15 is the statute employed by CADE and it requires far less information than SEAE's guidelines do.

the criteria utilized. In 1999, SEAE published a new set of guidelines¹⁹ that was used as a basis for the common framework agreed upon by SDE and SEAE for the evaluation of mergers under both agencies.²⁰ Among the three standards, the structure of SEAE's guidelines is the most similar to the FTC/DOJ merger guidelines. However, CADE also applies a traditional form of merger analysis that follows the same trend.

This section examines the stated administrative procedures of SEAE and CADE and then highlight the formal similarities between these two and the DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines²¹ specifically regarding: (a) the definition of the relevant market; (b) market power of incumbent firms; (c) the role of potential entrants and (d) the importance attributed to expected efficiency gains. Moreover, this section reviews the specific procedures adopted for the telecommunication, electricity and energy sectors in Brazil.

A. Article 54 of the Law 8.884

The Brazilian antitrust law (Law 8.884 of 1994) in article 54 determines that any acts that might restrain competition or result in the control of relevant markets for products or services have to be reported to CADE for examination.²² This is the general provision regarding merger review in Brazil.²³ In paragraph 1, the law introduces the Rule of Reason as the basic principle to be applied on the analysis of mergers. In the same provision, it also establishes the necessary requirements for the act to be approved by CADE, which are mainly: (1) to have as an objective to increase productivity; improve the quality of goods and services; and promote efficiency and technological or economic developments; (2) that the benefits be equally distributed between its participants on the one hand, and consumers or users on the other; (3) that [the act] does not result in the elimination of competition of a substantial part of the relevant market of goods and services; (4) and that the strictly necessary limits to obtain the necessary results be observed.²⁴

In paragraph 2, the law contemplates the possibility of CADE approving the transaction if only three out of four conditions are met. This may happen if there are preponderant reasons for the national economy or public interest, provided that they do not cause damage to end consumer or user.

Paragraph 3 establishes the transactions that are subject to the review of CADE. There are two groups: the first establishes that the merger has to be notified if the resulting firm or group of firms have more than 20 percent of market share in the relevant market. The second group encompasses situations where any of the participants have a total turnover of R\$400.000.000,00 (four hundred million reais). The text of the law does not specify the area where these sales have to take place though CADE in the last several years has interpreted it to mean total worldwide turnover.

These thresholds have been criticized mainly for two reasons. First, because it can bring under CADE's jurisdiction, large worldwide transactions that have relatively little impact on Brazilian markets. The second criticism regards the market share test. This test is very subjective and depends on intricate evaluations about market definition. Currently, there is a bill to be voted on by the Brazilian Congress that, among other things, proposes new thresholds for the notifications. The new amendment would streamline these limits with the ones adopted in the United States and in the European Community (EC) and would focus on each party's sales within Brazil.²⁵

Law 8.884, in paragraph 4, requires that the transactions be reported to SDE before or at least fifteen business days after the occurrence. SDE will then immediately notify SEAE and CADE. As it will be discussed below, the fact that the law currently does not require the parties to report the transaction to the

¹⁹ Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração, Secretaria de Acompanhamento Econômico, Ministerio da Fazenda, June 1999.

²⁰ Currently still under discussion within the agencies.

²¹ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission Horizontal Merger Guidelines [1997] *reprinted in* 4 Trade Reg. Rep. [CCH] ¶ 13,104.

²² Article 54 caput of the Law No. 8.884, of June 11 1994, D.O.U. of 06/13/1994.

²³ The text of the provision apparently comprises not just mergers but all agreements. However, there have been no regulations published that would indicate whether or not other agreements are also included. Most of the notifications that have been submitted to the agencies have involved mergers. *See* CLARK, *supra* note 8, at 14.

²⁴ Law no 8.884/94, art. 54 paragraph 1.

²⁵ Michael G. Cowie & José Augusto Caleiro Regazzini, *Proposed New Competition Law: Changes to Brazil's Merger Review Process*, 15 ANTITRUST: INTERNATIONAL MERGER CONTROL (published by the Section of Antitrust Law of the American Bar Association), Spring 2001, at 45.

agencies before the conclusion of the transaction has serious implications in the outcome of the analysis. Under the proposed bill, the notification must occur necessarily pre-merger.²⁶

Paragraphs 5 to 10 prescribe the deadlines for the agencies to offer their reports. Overall the three agencies are allotted one hundred and twenty days. However, any of the three can request additional information from the merging partners, which will then interrupt the counting of the statutory periods.

B. CADE's Resolution 15

Resolution 15 was implemented in August 1998, and it sets forth a more detailed framework for the analysis of mergers. Articles 4 and 5 establish that after the receipt of the application from SDE a Reporting Commissioner will be assigned and he or she will consult with SEAE during the initial proceedings at SEAE. Articles 7 and 8 of Resolution 15 create the possibility for the Reporting Commissioner to automatically authorize the transaction if he or she believes that no relevant competition issues are raised; this occurs simply by allowing the sixty-day period to elapse.

The 1998 Resolution also revised the notification process with the purpose of speeding up the merger analysis by CADE and the other two agencies. This resolution established a two-step investigation process. The first step is a simplified version of the original,²⁷ where the merging partners have to provide the agencies with basic information about the parties to the transaction, the main lines of business, their market shares, information regarding supply and demand and entry conditions of the market. If after this preliminary information gathering the commissioner believes that a "complementary investigation" is necessary, it will then move to the second stage requiring additional data from the merging parties.²⁸

One of CADE's former commissioners²⁹ summarized the analytical steps taken by CADE when applying Resolution 15 in the analysis of mergers as:

- 1) Define the relevant markets (in geographic and product terms)
- 2) Identify market participants
- 3) Define market structure
- 4) Identify conditions of entry
- 5) Presumed anticompetitive effects
- 6) Assign efficiencies
- 7) Test the failing firm argument³⁰

CADE's Resolution 15 was the first Brazilian legislation to introduce the definitions of "product and geographic market" but some of CADE's decisions before the enactment of the resolution commonly identified the relevant product and geographic markets and elucidate the reasons for having used a specific standard.³¹

In Exhibit IV, the resolution explicitly defines the relevant product market.³² The definition focuses on demand substitution following the approach of the U.S. Merger Guidelines' product market

²⁶ *Id* at 46.

²⁷ Resolution 15 supplanted Resolution 5 regarding the merger review process.

²⁸ Attached to Resolution 15 there is also a form which CADE's commissioners can issue to request information from third parties in the course of the investigation. See CLARK, *supra* note 9, at 18.

²⁹ Lucia Helena Salgado, *Doing business in Brazil with the new competition law framework*. Presentation made at the 1999 Antitrust Conference: *Antitrust Issues in Today's Economy*, March 4, 1999, The Waldorf-Astoria, New York, NY, USA, available at <http://www.mj.gov.br/cade>.

³⁰ The Brazilian law does not distinguish between geographic and product markets, nor does the Sherman or the Clayton Act. As Cowie and Mattos explain, even before the enactment of the 1994 law, CADE already applied the concept of relevant market in the review of non-merger cases. "In a 1993 case involving FIAT, the Italian-based automobile manufacturer, CADE applied the principle of substitution as a basis to explain what constitutes a relevant market: "The relevant market is the competition space. It is related to the several goods or services that compete among them, in a given area, as a response to their substitutability in that area." n115 Thus, by June 1994, when the Competition Act became effective, CADE had correlated market definition with substitution, but it had yet to develop further the concept of a relevant market in a coherent and clear manner." Michael G. Cowie & Cesar Costa Alves de Mattos, *Antitrust Review of Mergers, Acquisitions and Joint Ventures in Brazil*, 67 *Antitrust L.J.* 113, 135.

³¹ *Id.*

³² CADE included in the definition of product relevant market "all the products/services considered substitutable among themselves by the consumer due to its characteristics, prices and utilization. A relevant market of the product eventually could be composed by a certain

definition. It only introduces the general concept of demand substitution though it does not establish a test to appraise the amount of substitution.³³

Resolution 15's definition of geographic market considers whether firms outside the region will start to supply inside that region in response to a "small but substantial elevation of the practiced prices."³⁴ Furthermore, it changed the way CADE performed the geographic market analysis. For example, before the resolution, the evaluation assumed a more legalistic approach, without as much emphasis on economic analysis as it had employed when defining the relevant product market.

CADE has systematically defined the geographic market as national or local. As Cowie and Mattos have shown, from June 1994 until May 1998, in only one of the eighty-seven transactions it evaluated, did CADE define the geographic market as worldwide and also only once adopted the Mercosur market (which encompasses Argentina, Brazil, Paraguay, and Uruguay) as the relevant geographic market. The Mercosur agreement provides for some economic integration among these four countries, and as these authors have argued, CADE's geographic market definition overlooks the impact of trade liberalization in Brazil. The growth of imports and the tariff rate reductions implemented since 1994 seems to suggest that CADE should have adopted the Mercosur or the worldwide market more frequently though it has been reluctant to do.³⁵

CADE's decisions evaluate market concentration data based on the Herfindahl-Hirschman Index (HHI) as well,³⁶ however, Resolution 15 does not mandate any official standard to measure the level of concentration.

Significantly, Resolution 15 does not explicitly state the three-part test of timeliness, likelihood and sufficiency to uncover situations where entry would ensure the absence of competitive concerns. Instead, it generally inquires whether: firms have entered the market in the last five years and which firms or group of firms might enter in the future; what is the minimum efficient scale; how significant is the impact of "customer preferences in terms of fidelity to the mark, product differentiation and presentation of a complete range of products" in the entrance cost; relevant access conditions of entry; and whether there are patents or other institutional barriers to entry.³⁷

The concerns regarding the competitive effects of the merger in the relevant market are stated in Resolution 15 in very broad terms. It does not specifically question whether the transaction will increase the probability that the parties will unilaterally or in coordination with other firms conspire to raise price or reduce output, but generally only assesses the possible effects of the transaction in the market.³⁸

number of products/services that present physical, techniques or business characteristics that recommend the grouping." - Resolution 15/98 of Aug. 19, 1998, Exhibit V, available at <http://www.mj.gov.br/cade>.

³³ The U.S. Merger Guidelines and SEAE's guidelines both ask whether in response to a "small but significant and non-transitory price increase" consumers would substitute products.

³⁴ Resolution 15 defines geographic market as "the area in which the companies offer and seek products/services in sufficiently homogeneous conditions of competition, regarding the prices, consumers' preferences, products/services characteristics. The definition of a geographic relevant market also demands the identification of the obstacles to the entrance of the products offered by companies placed out of that area. The companies capable to begin the offer of the products/services in the area considered after a small, but substantial elevation of the practiced prices, are part of the geographic relevant market." - Resolution 15/98 of Aug. 19, 1998, Exhibit V, available at <http://www.mj.gov.br/cade>.

³⁵ Cowie and Mattos suggest that CADE's analysis of import levels is inappropriate since it does not take into account the prior and projected levels or the price elasticity of imports. "In several cases, CADE refused to adopt a world market because of a low import rate or a small volume of current imports. But an absence or low level of current imports does not indicate that the market is a national or smaller geographic market, nor does it mean that local sellers could exercise market power. Imports could enter rapidly into the area as soon as prices increased even slightly. CADE's geographic market analysis would be improved by looking beyond current imports and considering the price elasticity of imports. Resolution 15, with its consideration of supplier reaction to a "small, but substantial" price increase, may lead precisely in that direction." See COWIE & MATTOS, *supra* note 30, at 143.

³⁶ As Cowie and Mattos explain, "Market concentration depends on the number of firms in the market and their market shares. As an aid in interpreting market share data, CADE has used the Herfindahl-Hirschman Index (HHI) of market concentration. This follows the concentration analysis adopted in the U.S. Horizontal Merger Guidelines." *Id.* at 144.

³⁷ Resolution 15/98 of Aug. 19, 1998, Exhibit II, Part IV available at <http://www.mj.gov.br/cade>.

³⁸ CADE's guidelines require the parties to "[p]rovide an evaluation of the possible positive and/or negative effects resulting from that transaction on the competition in the market(s) of the products of that company. Also evaluate, if applicable, the effects on the level of prices, introduction of new products, technological development, improvement on the quality of the product, new investments, reduction of costs and other aspects deemed important." Resolution 15/98 of Aug. 19, 1998, Exhibit V available at <http://www.mj.gov.br/cade>.

CADE's guidelines require firms to prove that the claimed efficiencies cannot be achieved through other less restrictive means than the merger.³⁹ It does not exclude efficiencies related to general selling or administrative and overhead expenses as do the U.S. Guidelines, but the requirement that the merging parties present efficiencies which are intrinsic to the transaction result in a similar approach as the one adopted by the U.S. agencies.

C. SEAE's Merger Guidelines

In 1999, SEAE published a new set of guidelines to be employed in its merger review process. Their structure is similar the American Horizontal Guidelines⁴⁰ since they are much more detailed than Resolution 15. SEAE's guidelines set forth a five step analysis which includes: considerations regarding the definition of the relevant product and geographic market; definition of market share and the level of market concentration; conditions regarding exercise of market power; efficiencies; and anticompetitive effects of the transaction on economic welfare.⁴¹

Part I of the guidelines offer several relevant definitions⁴² and indicates that the procedure it introduced is not binding, but rather has an advisory character. Part II sets forth the steps employed by the agency to examine acts of concentration.

The guidelines define four basic scenarios in terms of the effect of the act of concentration⁴³ over economic welfare. Three of these scenarios do not reduce economic welfare in any way, and therefore should necessarily receive a favorable recommendation from SEAE. In the fourth possible scenario, the act of concentration reduces the economic welfare and for this reason should receive a negative recommendation, or a positive one imposing conditions to the transaction.⁴⁴ The guidelines then describe a five-step analysis for the examination of mergers.

First, the guidelines indicate that the relevant market will be defined in terms of products and the geographic area where the selling of the products is viable. SEAE applies the "SSNIP test," where the relevant market is defined as the smallest group of firms in the smallest geographic area, where a hypothetical monopolist could profitably impose a "small, but significant and non-transitory" price increase. SEAE then describes the procedure it applies when employing the SSNIP test and states the factors it will consider when analyzing consumer reaction to a hypothetical monopolist's price increase.⁴⁵

The next step is the definition of market share. SEAE initially states that a firm or a group of firms with a "sufficiently large market share" will be able to exercise market power.⁴⁶ This agency indicates that it will consider a merger to give the firm the ability to unilaterally exercise market power when the transaction results in a post merger market share of 20 percent or greater. It also indicates that it will consider the

³⁹ "Efficiencies means the reductions of costs of any nature, quantitatively esteemed and intrinsic to the transaction type related, that could not just be obtained by means of internal effort." Resolution 15/98 of Aug. 19, 1998, Exhibit V available at <http://www.mj.gov.br/cade>.

⁴⁰ See *supra* note 21.

⁴¹ See CLARK, *supra* note 9, at 19.

⁴² Part I # 7 defines mergers as "the act through which two or more economic agents, which were previously separate form a new economic agent, ceasing to exist as separate legal entities. Economic associations of distinct agents under the same administration, whether formal or informal, will be considered as having a similar effect as a merger."

⁴³ According to Part I # 6, acts of concentration (i.e. mergers, acquisitions and joint-ventures) includes all transactions wherein the resulting partnership has 20% of the relevant market or when any party to the transaction has had a total turnover equivalent to R\$400.000.000,00 (four hundred million reais), in conformity with paragraph 3 of article 54 of Law 8884/94.

⁴⁴ In the Ambev case for example, SEAE would favor allowing the merger but with a much more stringent remedy than the one CADE applied. This agency recommended that one the parties divested itself of one of its most famous brands, Skol – which was at the moment of the analysis one of the top three brands of Brazilian beer and which consumers identified as the closest substitute for Brahma and Antartica - together with the factories and distributors. Instead, CADE's remedy determined the divestiture of Bavaria which only has 3 percent of the market, and which is not perceived as a close substitute for neither of the three leading brands (see part 3 of the Analysis).

⁴⁵ SEAE states the following factors:

- The physical characteristics of the products;
- Its commercial features;
- The evolution of the relative price and quantity sold;
- Time and cost involved in deciding to consume identical products from another region; and
- Evidence that consumers will switch or consider switching to other products as a reaction to changes in relative prices or according to the way they behaved in the past

⁴⁶ Which it explains as being the situation where the firm or group of firms will have the ability of unilaterally or by coordinating its behavior with other market participants, to change its conducts in relation to what prevailed in a competitive environment.

transaction as giving the firm the ability to exercise market power by coordinating with other firms in two situations: (1) when the merger will result in the four largest firms having a post-merger market share of 75 percent and over; or (2) when the merged firm will have a post-merger market share of 10 percent.

In step three of the examination, SEAE considers the conditions for the exercise of market power. According to the guidelines, the fact that the firm has a high market share does not necessarily imply that the firm will unilaterally or via coordination with other firms exercise market power. Rather, it is necessary to analyze additional factors such as the volume of imports, entry (whether it is timely, likely and sufficient), and the effectiveness of rivalry.

SEAE next turns to the evaluation of economic efficiencies.⁴⁷ The guidelines state that in order to be cognizable the efficiencies have to be merger specific,⁴⁸ and that they may be reached through, economies of scope, economies of scale, economies in transaction costs, introduction of new technologies, positive externalities or compensatory market power.

In the last step of the analysis, SEAE will assess whether a merger will result in a firm with a substantial market share, and/or leads to conditions that favor the exercise of market power, should be permitted based on the potential economic benefits it may generate. For that, the agency has to find that the net effect of the transaction is to increase aggregate social welfare.⁴⁹

D. The FTC/DOJ Horizontal Merger Guidelines

In 1992 the U.S. Department of Justice (DOJ) together with the Federal Trade Commission (FTC) issued the Horizontal Merger Guidelines, which were revised in 1997 to include a section on efficiencies.⁵⁰ These are non-binding guidelines that “constitute the federal government’s current statement of enforcement policy for horizontal transactions.”⁵¹ These guidelines have served as a model for several new antitrust agencies around the world including CADE and SEAE⁵² specifically regarding: (a) the definition of the relevant market; (b) market power of incumbent firms (c) the role of potential entrants; and (d) the importance attributed to expected efficiency gains.

The relevant market is defined in the U.S. merger guidelines through a three-step inquiry. The first step consists of identifying the relevant product market. The second step entails defining the relevant geographic market. The last step is identifying all the firms that participate in the appropriate product and geographic market.⁵³ As it has been mentioned above, the procedures for defining the relevant market adopted by CADE and SEAE are very similar (e.g. the Brazilian agency and its American counterpart focus exclusively on demand substitution factors).⁵⁴

The FTC and the DOJ evaluate the potential anticompetitive effects of a merger in section 2 of the guidelines. In this stage of the merger analysis, the concern is whether the transaction would lead to an anticompetitive price increase in a concentrated market. This could result either from coordinated⁵⁵ or

⁴⁷ It is stated in section 83, that to estimate the effect of the transaction to the Brazilian economy it is necessary to compare the economic costs to the potential benefits that may result from the merger.

⁴⁸ Efficiencies that can be achieved through less restrictive means in a period of time shorter than two years will not be accepted in the analysis.

⁴⁹ The agency will seek to base its evaluation on quantitative estimates whenever possible, when not, it will offer its conclusions based on a qualitative evaluation of the effects.

⁵⁰ See *supra* note 21.

⁵¹ ERNEST GELLHORN & WILLIAM E. KOVASIC, ANTITRUST LAW AND ECONOMICS IN A NUTSHELL 394 (1994).

⁵² As it has been shown in the sections above, although there are some significant dissimilarities between the two, the overall framework for analyzing a merger is the same, and based on the same parameters as the ones employed by the DOJ/FTC Horizontal Merger Guidelines.

⁵³ MALCOLM B. COATE & A.E. RODRIGUEZ, THE ECONOMIC ANALYSIS OF MERGERS 5 (1997). According to the authors “Product market definition seeks to highlight all the products that can be considered meaningful substitutes for the product under study. Geographic market definition attempts to define the spatial scope of the market. The final analysis identifies all the firms that are able to offer products for sale in the relevant market in a reasonable time period.” *Id.*

⁵⁴ The U.S. Merger Guidelines define market as “a product or group of products and a geographic area in which it is produced or sold such that a hypothetical price-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer or seller of those products in that area likely would impose at least a “small but significant and non-transitory” increase in price, assuming the terms of sale of all other products are held constant. A relevant market is a group of products and a geographic area no bigger than necessary to satisfy this test.” See *supra* note 21 § 2.

⁵⁵ In its section 2.1 the U.S. Merger Guidelines indicate that “Coordinated interaction is comprised of actions by a group of firms that are profitable for each of them only as a result of the accommodating reactions of the others.” See *supra* note 21 § 2.1.

unilateral⁵⁶ behavior on the part of the merging parties.⁵⁷ However, even if the assessment indicates that the merging firms may exercise market power unilaterally or by engaging in collusive behavior, the agencies will still evaluate other factors such as entry, efficiencies and failure. The analysis in the Brazilian case follows the same pattern and if the result signals towards the exercise of market power, SEAE will consider the volume of imports and the effectiveness of rivalry among the merged firm and its competitors, before deciding to challenge the transaction. Also as mentioned above, CADE's guidelines do not present a structured inquiry on whether the merger will give the merged firm the incentive to unilaterally or by coordinating with other firms, raise price and/or reduce output. Instead, SEAE inquires generally on the positive and negative competitive effects of the transaction.

In the third section of the U.S. Merger Guidelines, the agencies assess whether the possibility of new entrants in the market will deter the exercise of market power by the established firms. If the analysis leads to the conclusion that entry is timely, likely and sufficient,⁵⁸ the merger investigation should be terminated. Similarly, this is the approach adopted by the Brazilian agencies.

Section 4 of the FTC/DOJ Merger Guidelines examines the efficiencies related to the merger. It is stated that only merger specific efficiencies are cognizable under the guidelines,⁵⁹ and that a transaction will not be challenged if they are of "a character and magnitude such that the merger is not likely to be anticompetitive in any relevant market."⁶⁰ Section 4 lists certain types of efficiencies that "are more likely to be cognizable and substantial than others"⁶¹, such efficiencies resulting from the reduction of marginal cost of production as result of the shifting of production facilities which were previously separately owned or efficiencies related to research and development.⁶² The Brazilian agencies also consider potential efficiency benefits that may derive from the merger and generally its approach is aligned with the U.S. agencies: The claimed efficiencies must also be merger-specific and will not be accepted if they can be achieved through other less restrictive means. Moreover, it is important to note that SEAE's guidelines also accept as cognizable efficiencies the potential appropriation of positive externalities and the generation of compensatory market power.

E. Merger Procedures in Specific Sectors in Brazil

Telecommunications

One of the agencies created during the regulatory reforms that took place in Brazil in the second half of the last decade, was the Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).⁶³ It was created in 1997 by the General Telecommunications Act, which completely modified telecommunication services in Brazil. The Telecommunications Act highlighted the role of competition policy in the sector.⁶⁴

⁵⁶ There is also the possibility that the merging firms will find it profitable to exercise market power unilaterally by increasing price or reducing output, even if the transaction does not increase the probability of coordinated interaction. *See supra* note 21 § 2.2.

⁵⁷ *See* COATE & RODRIGUEZ, *supra* note 53, at 44.

⁵⁸ The U. S. Merger Guidelines consider that entry is timely, if it can be expected to have a significant impact on the market within two years. Likelihood is determined by evaluating whether it would be profitable at pre-merger prices to enter the market. And entry will be considered sufficient if it allows all the sales opportunities to be adequately explored by the potential entrants. *See supra* note 21.

⁵⁹ Coate and Rodriguez define cognizable efficiencies as "cost reductions that (1) allow a firm to produce a product with fewer resources; (2) can be efficiently obtained only by the proposed transaction. If efficiencies exist, a firm can reduce its costs and offer lower prices to consumers." *See* COATE & RODRIGUEZ, *supra* note 53, at 86.

⁶⁰ *See supra* note 21 § 4.

⁶¹ *Id.*

⁶² The first are considered to be substantial, easily verified and less likely to result from anticompetitive reductions in output; the latter, although potentially substantial, are generally not so easily verified and may result from output reductions.

⁶³ National Agency of Telecommunications.

⁶⁴ Before the reform, telecommunication services were entirely provided by a state-owned agency, Telebras, which was privatized by the same act. After that, franchises were given to regional companies, which starting providing local and regional fixed-wireline services within the regions, while long-distance and international calls were provided by another company (Embratel). There was a provision for one mirror company to immediately enter each region and one for long-distance and international services. The act established that competition would be gradually introduced until 2003 and after that, it would be unrestricted. There is price regulation for the service provided by the incumbent providers, but not for the mirror companies. The mobile telephone service is provided by two companies in each region, one which was formerly owned and was privatized and the other that was awarded through an auction, and they both use Embratel's facilities for long distance calls. The act does not allow cross ownership of fixed and mobile service providers. *See* CLARK, *supra* note 9, at 34.

One of the provisions of the act establishes that the competition law will apply to the sector⁶⁵ and will be enforced by CADE and ANATEL. In telecommunication cases, the investigative role performed by SDE is performed solely by ANATEL and CADE is the entity responsible for rendering the decisions.

Mergers in the telecommunications industry are regulated by the law 8.884, but there are also some specific rules that apply to that sector. The providers of the “public law services,” such as the incumbent regional telephone companies, are subject to pre-merger control by ANATEL. And considering that the Brazilian law provides for post-merger notification, this may be interpreted as meaning that although mergers in this sector are also decided by CADE, in some situations they are subject to control only by ANATEL. CADE and ANATEL have established a working group to define how the two agencies will deal with this overlapping jurisdiction.⁶⁶

Electricity

Due to substantial problems in restructuring the industry, which is state-owned and vertically integrated, regulatory reform in the electricity sector is proceeding at a much slower pace. In December of 1996, a law was enacted creating ANEEL,⁶⁷ and establishing a new electricity regime. This law also provides that the agency will promote competition in the industry, as does the Telecommunication Act. The competition agencies and ANEEL are cooperating among themselves and have agreed to work together.

Mergers in the electricity industries are subject to the competition law, so CADE renders the decisions regarding the transactions. In these cases, ANEEL and SDE will share the investigative role and ANEEL will provide the agencies with opinions regarding the transactions.⁶⁸

Oil and Gas

Law 9.478, enacted in 1997, instituted ANP⁶⁹ with the purpose of supervising the natural gas and petroleum markets and also requiring ANP to promote competition in this sector.⁷⁰ The competition law also applies to this industry, and mergers are to be analyzed by CADE. Furthermore, ANP and the competition agencies have established working groups to define the rules for their interaction.⁷¹

3. Enforcement in Brazil and in the United States

This section evaluates how the competition agencies in Brazil and in the United States enforce their respective merger guidelines. As mentioned above, the general framework to evaluate the mergers is substantially similar in both countries. Despite the different level in which market institutions prevail around the world, the FTC/DOJ guidelines have served as the model for several new antitrust agencies including CADE and SEAE.

To analyze how the two countries enforce their guidelines, this section discusses the following issues: first, it deals with CADE’s commissioners decision to apply a partial divestiture and allow the merger of the two largest Brazilian beer manufacturers, Brahma and Antarctica (hereinafter the Ambev case) last year, and the different recommendations issued on the same case by both CADE and SEAE’s counselors.⁷² Secondly I examine the decisions issued by the FTC to block the mergers of Coca-Cola and Dr. Pepper in 1986 and Heinz and Beech-Nut in 2000, and the U.S. agencies recommendations in the recent beer industry mergers in the U.S.

⁶⁵The law provides that that “the general rules governing the protection of the economic order” applies to telecommunications industry, and these encompass law 8884 as well. – article 7 of the Act.

⁶⁶ See Clark *supra* note 9, at 28.

⁶⁷ Law No. 9.427, of December 12 1996, D.O.U. of 12/27/1996.

⁶⁸ See Clark *supra* note 9, at 29.

⁶⁹ ANP was created by Law. No. 9.478 of August 6 1997, D.O.U. of 08/07/1997.

⁷⁰An important aspect of the 1997, was that it officially ended the monopoly that the state-owned firm Petrobrás had in the production, refining and pipeline transportation of oil and gas. However, as Clark explains, “Petrobrás, still state-owned, continues to be the dominant firm in these markets. ANP is implementing some reforms pursuant to the new law, but the progress is slow.” See Clark *supra* note 9, at 30.

⁷¹ See *id.*

⁷² It is important to note that SDE also recommended a stronger remedy. In this paper, however, the focus will be on the recommendation offered by SEAE. In essence both agencies adopted the same approach, but since the analysis on the previous section was based on SEAE’s and CADE’s guidelines, here the paper will evaluate these agencies performance.

The insight permeating this analysis is that market institutions and the value of open-market economy are not hegemonic in Brazil as they are in the United States. Thus, although the two countries have similar guidelines, the competition agencies enforce them differently, because of a different understanding regarding the balance between consumer welfare and economic efficiency. Disparities of market size, level of economic development and degree of institutional maturity of the two countries are additional factors that help explain why the same rule generates different and sometimes contradictory outcomes.

Finally, using these decisions, this section discusses whether it is rational for a developing country like Brazil to allow its industries more freedom in the market place, for reasons such as that a more stringent approach would interfere with the ongoing reforms the Brazilian economy has been experiencing in the last decade.⁷³

A. The Ambev Case

The Ambev case concerns the merger of Brazil's two largest Brazilian beer manufacturers, Brahma and Antarctica. It was a high profile case in Brazil because it was implicated in the creation of a national monopoly on beer. After several months of debates, CADE cleared the merger contrary to the recommendations issued by the counselors of all the antitrust agencies, including its own.

Brahma and Antarctica, controlled approximately 50 per cent and 25 per cent, respectively, of the sales of beer in Brazil. The two companies held different brands, including Skol, which together with Brahma and Antarctica were the leaders in the Brazilian beer market. The third national beer manufacturer was Kaiser, indirectly controlled by the Coca-Cola Company, with 15% of the market share. The other brewers operating in the country were much smaller and regionally based. The competitive concerns raised by the merger were due to the fact that the market would become highly concentrated with Ambev acquiring significant market power, which it would exercise unilaterally. Ambev would hold several brands, including the three leaders, and the merger would enable to increase the prices of one or two of the brands that were considered close substitutes. With the third it could secure many of those consumers who would switch because of the price increase.

This case had two other important allegations: on one hand the barriers to entry, that were considered to be very high and on the other the strong economic efficiencies argued by the merging parties. The majority of CADE's commissioners agreed to clear the merger and applied a five part remedy, that included the sale of the brand Bavaria (which held around 3 percent of market share), 5 of its breweries in different regions of the country and the sharing of its distributors with its competitors for a certain number of years.

This was a very controversial case that received a lot of public attention. The Coca-Cola Company was especially aggressive in opposing the transaction. SDE and SEAE both recommended that the transaction should be allowed only if the merging parties divested the brand Skol and the production facilities associated with it. CADE's counselors report suggested the blocking of the entire transaction, and the Ministry of Industry, Trade and Development submitted a separate opinion recommending the authorization of the merger without any condition.⁷⁴

One important lesson from the Ambev case is that in a country where the value of competition is not dominant, although the guidelines are the same, its interpretation can vary significantly. On one side we have the position adopted by the commissioners of CADE, the main bureau that allowed the merger and applied a controversial remedy. On the other, there are the counselors for CADE, SEAE and SDE, which applied a similar or, as in CADE's case, exactly the same framework for evaluating the merger and recommended a very distinct position. The counselors for CADE would have completely blocked the transaction and SEAE and SDE would not have authorized the merger to go through without a more stringent remedy.

It is necessary to inquire whether it is appropriate to enforce merger rules in a way that, in theory, aims to promote economic efficiency but which might be inconsistent with other governmental policies and may have adverse effects on competition in the relevant market. However, it is important to note that CADE's commissioners did rely upon accepted antitrust principles when drafting this decision and justified its position as necessary to permit the efficiency gains to be realized while assuring the possibility of new entry.

⁷³This was position was defended by a former commissioner of CADE in a presentation cited above. See Salgado, *supra* note 29.

⁷⁴ See CLARK, *supra* note 9, at 18.

The report prepared by the counselors for CADE⁷⁵ describes the relevant arguments of the merging parties and of the other firms in the market. For example, Kaiser vehemently opposed the transaction. This fact on its own could be interpreted as an indication of the pro-competitive benefits of the transaction. However, one of Kaiser's arguments was in fact very convincing. Brazil has had import tariffs on beer for a very long time, and on several instances in the past there were unsuccessful attempts to eliminate or at least reduce them. Even assuming it would be possible to do this in the future, the other natural and cultural barriers to entry would cause these efforts be greatly diminished.⁷⁶ This is a significant example of the lack of consistency between the positions adopted by Brazilian bureaucracies: on one side, the will to promote competition among the industries using guidelines based on the U.S. experience, and on the other, keeping intact previous protectionist tariffs and practices.

Brahma, Antarctica and Skol alternate among themselves as market leaders all over Brazil. In some regions, the three beer manufacturers held at the time of the transaction more than 90 percent of the relevant market. According to a study by Kaiser, in the regions where Ambev held a higher market share, the prices charged were also higher. The efficiencies claimed by Ambev, with this level of concentration, could not be enough to compensate for the anticompetitive effects and also there was no guarantee that these would be passed onto consumers.

One of Ambev's main arguments was that the merger would allow it to compete in the international market as a national champion, but as Kaiser counter-argues, there is no relevant exportation of beer around the world.

Kaiser hired as one of its expert an American lawyer⁷⁷ with significant experience in antitrust cases, and in its brief, the expert asserted that the transaction would probably not be permitted in the United States even with the partial divestiture. Furthermore, he affirms that the agencies in the U.S. would probably require that Ambev divested one of the brands that were the reason for the transaction, i.e. Antarctica or Brahma.⁷⁸

Additionally, the merging parties sought to demonstrate that the beverage business in Brazil was realized through a chain and that the transaction would create a larger firm that would be able to compete nationally and internationally - offering the largest variety of beverages possible. They also asserted that Coca-Cola's presence in the beverage industry was even greater than its presence in the soft-drink market and that Kaiser's beer is distributed through the Coca-Cola's distributing system. In sum, despite the fact that the third manufacturer had a small market share, the parties argued that it was in fact a very strong competitor.

The merging parties also alleged that although it was the third largest beer manufacture in the world, in terms of amount of beer produced, that it was far beyond its foreign competitors in capital structure and in the way investors perceived it in the capital market. Ambev argued that this was a problem considering the incentive foreign firms would have with the opening of the markets, especially with the creation of the FTAA.⁷⁹

CADE's counselors in the official report, mention a study conducted on the price-elasticity of the demand of the 6 main brands present in the market⁸⁰ and it concluded that Ambev's brands are the ones that are the least price-elastic and thus could most easily raise the price of its brands. On top of that, the study concluded that the three different brands with a high level of acceptability in the different regions of the country would allow Ambev to manage its portfolio in a way to be able to raise the price of one of its brands in a region while recapturing it in another.

⁷⁵ Available at <http://www.mj.gov.br/cade>.

⁷⁶ And Kaiser also argues that these measures would at the most motivate Ambev to produce Brazilian beer abroad where production costs were lower and then export it back to Brazil, instead of opening plants and creating job opportunities in the country.

⁷⁷ Mr. Theodore Voorhees from Covington & Burling

⁷⁸ In a hospital merger in the state of Michigan, the Federal Trade Commission did not accept the parties' commitment to freeze prices and limit profit margins for a five-year period and decided to challenge the transaction. In this case, the parties would control after the merger over 65% of the primary care clinic services, and between 47 to 65% of the general acute care inpatient services. The District Court denied the preliminary injunction and the 6th Circuit affirmed, thus accepting the parties alleged efficiencies. *F.T.C. v Butterworth Health Corp.*, 121 F.3d 708 (6th Cir. 1997). This example corroborates the argument presented by the American expert, that the U.S. agencies when reviewing a deal which would result in high market shares such as this one, would not accept the parties efficiency claims as did the Brazilian agency.

⁷⁹ Free Trade Area of the Americas.

⁸⁰ The merging parties and Kaiser agree that the main participants in the market are Antarctica, Brahma, Coca-Cola/Kaiser, Schincariol and Skol.

In Brazil, unlike in the U.S., there is no legal prohibition against gathering alcoholic and non-alcoholic beverages in the same business. The merging parties thus argued that the relevant product market was the beverage market since this would enable the parties to maximize the synergies with substantial scope economies specially regarding the distribution of products. Ambev alleged that it was not viable to evaluate either the competition process in the beverage market, or the merged firm's market power, just in the beer or the soft-drink market separately. Thus, it proposes that the relevant market should be defined in terms of a cluster market. The relevant market under this concept would consist of a group of products because that is the way the products most attract the consumers. In this case, the cluster would be beer and carbonated soft-drinks.

SEAE defined the relevant product market as a group of sub-markets (segmented market) which encompassed bottled water, carbonated soft-drinks and beer. The bottled water sub-market included mineral and mineralized water and the soft-drink product sub-market included carbonated beverages. For the beer sub-market, SEAE recognized it could, in theory, be sub-divided again into three other sub-sectors (i.e. premium price, standard and low price beer), but opted to follow recent Brazilian and foreign jurisprudence and define beer as a single sub-market.⁸¹ Had SEAE segmented the beer sub-market, the level of concentration of the market would have risen even more, thus escalating the potential anticompetitive effects.

Geographically, SEAE defined the markets regionally. For carbonated soft-drinks and beer, they adopted an area of 500 kilometers from the plants and for bottled water the geographic sub-market was delimited at the state level. When establishing the geographic dimension of the sub-markets, SEAE noted as a very relevant factor the cost of transportation of these beverages.⁸²

It is interesting to observe that in previous cases where the agencies were reviewing two proposed joint ventures, one between Antarctica and Anheuser-Busch and the other between Brahma and Miller, the agencies defined the relevant market as the Brazilian territory. In those cases, CADE and SEAE relied on the parties' justification for the transaction for this finding (i.e. the proposed partnership was supposed to allow the foreign firms to enter the Brazilian beer market). CADE also considered as significant, when defining the geographic market, the lack of imports as well as certain specific features of the Brazilian beer market. These features include the additional transaction costs to bring the beer into the country due to the high consumer preference for the national brands and the fact that the products would be offered in the national market as a whole and not regionally. Both SEAE and CADE mention that this partnership did not have, as in this merger, any distinction in the competition at the regional level.

As mentioned above, when first reviewing the Anheuser-Busch and Antarctica joint venture in 1996, CADE blocked the transaction arguing that it would "eliminate a significant part of the potential competition presented by the American company in the Brazilian beer market."⁸³ Later in the following year it authorized the partnership with the condition that Anheuser-Busch increased its ownership in Antarctica to 30 percent and invested more in the Brazilian market.

CADE did not agree with the adoption of the cluster market theory, particularly as it was arguably used as an attempt by the merging parties to dilute its market share. On the other hand, Ambev's argument was that the cluster market concept applied because at the distributor level, beer and carbonated soft-drinks are always sold together, thus they should not take into account the effect at the consumer level. But as CADE correctly asserted, this is not an adequate assumption, since the consumer is most likely the one to be adversely affected by the abuse of the merged firms economic power; thus, its position in the demand of beer should be preserved - this is also the perspective required by the Brazilian antitrust law. Also relevant is the fact that there is no reduction in cost for the consumer when acquiring beer and soft drink together as there is at the distributor level, which from the consumer's view point would justify the cluster market approach.

⁸¹ SEAE specifically mentioned the definition of the relevant market applied by the counselors for CADE in the Brahma-Miller (Concentration Act no 58/95), and in the Anheuser-Busch-Antarctica (Concentration Act no 83/96) joint-venture, and by the European Commission in recent cases.

⁸² SDE defined the relevant product and geographic market in a similar way, adopting the same sub-markets, with slight changes such as the distinct selection for the states included in the beer geographic market.

⁸³ See Correa *supra* note 3 at 10.

Also it is interesting to note that the cross-elasticity of the demand among the several different brands of beer is very high but the cross-elasticity of the demand between beer and other alcoholic beverages is close to zero.⁸⁴

Another intriguing aspect of CADE's official report, when compared to the votes of the commissioners that approved the transaction,⁸⁵ is that the counselors do not point to anything that would economically justify the transaction as it was approved. The agency recommended the transaction should be disbanded due to several factors, specifically the high probability of the exercise of market power, the fact that not all the efficiencies claimed by the parties were proved, and that the efficiencies that were accepted by CADE were not passed onto consumers. The counselors did not even accept the recommendations offered by SDE and SEAE since they considered that no partial divestiture would be enough to diminish the potential anticompetitive effects caused by the merger.

The president of CADE in his vote defended his position for clearing the merger by arguing that the beer market is a differentiated oligopoly where a reasonable degree of rivalry through pricing and advertising among the firms coexist with high barriers to entry.⁸⁶

Were it not for the protectionist tariffs that continue to prevail in Brazil, it could be argued (in theory) that the most efficient structure for the beer industry would be the differentiated oligopoly. There are indeed high economies of scale: the plants and the net of distributors can be used both for beer and carbonated beverages and there are significant cost savings that can be derived from consolidating the production of both.

However, it is problematic to assert in the Brazilian case. As demonstrated it is shown in the report offered by CADE's commissioners and in the recommendations presented by SEAE and SDE, there are several issues to consider. First, there is the fact that the cross-elasticity of the demand between beer and other beverages is close to zero. Second, there is the high preference for national beer together with the 23 percent import tariff. Third, even though the relevant product market is regional, the advertising campaigns and the competition strategies are adopted at the national level, so arguably, for a new firm to enter the market it would need to be able to compete at the national level.

CADE's president sought to minimize the anticompetitive effects by imposing the five-part remedy mentioned above. The proposed remedy had three main objectives: First, to allow a new firm to enter the market by acquiring the divested brand and thus compensating for the elimination of a competitor; second, to neutralize the negative impact over employment through the retraining and the repositioning of the laid off workers for a period of four years; and finally, to guarantee the freedom of choice of the consumer by prohibiting the tying of the products held by Ambev and exclusive dealing arrangements with the distributors. The decision also specifically mentioned the need to stimulate entry and the development of small sized firms through the sharing of distributors in each of the relevant markets, thereby assuring that the smaller firms had a better chance to compete.

SEAE's recommendation focused on the beer market, since it is the one item in the line of products offered by the parties that raised anticompetitive concerns. For example, the average Brazilian consumer has the habit of drinking beer in bars and restaurants (which amounts to over a million establishments throughout the country), so to be able reach these sales areas is even more important for a potential new entrant than to have access to the distribution itself. This avenue is further restricted by the fact that these bars and restaurants usually have exclusive arrangements with only one brand. The agency, however, asserted that there are several advantages from these exclusive arrangements such as the fact that it eliminates the free-riding problem associated with the effort of promoting the product.

Another relevant aspect in SEAE's analysis had to do with the degree of substitutability of the three leading brands. The study adopted by this agency in its decision concluded that that the two other brands present in the market, Kaiser and Schincariol, were not seen as close substitutes to Skol, Brahma and Antarctica. Thus, rivalry between the incumbent brands, which according to SEAE's guidelines could potentially minimize anticompetitive effects of the merger, would in this case not be sufficient to counteract the unilateral exercise of market power by Ambev. Several aspects of the analysis indicated that after the merger, Ambev would be able to raise the price of

⁸⁴ Prof. Douglas Greer's study cited at pg 102 of the decision.

⁸⁵ This section focuses on the vote of the President of CADE, Mr. Gesner Oliveira.

⁸⁶ Gesner Oliveira – President of CADE in his vote for the Ambev case available at <http://www.mj.gov.br/cade>.

one of its beers and recapture lost sales in other markets. From the Brazilian consumers' perspective, Brahma, Antarctica and Skol are the closest substitutes for each other.

SEAE's conclusion was that the merger would lead to the loss of economic efficiency and of consumer welfare due to several factors such as: First, the parties' market share would be large enough to allow them to exercise market power; second, the imports were not an effective option for consumers; third, new entry would not be enough to restrain Ambev from raising its price since the other brands were not seen as close substitutes by consumers; and finally, that the efficiencies claimed by the parties would not be able to compensate for the potential adverse effects of the transaction.

For these reasons, SEAE suggested a much stronger remedy. It considered that the divestiture of all the assets of Skol together with two other plants belonging to Brahma in the northern part of Brazil, would be a reasonable condition that would offset the potential harm posed by the transaction.

It is interesting to note that both CADE and SEAE applied the same general framework when examining the merger, but weighted the anticompetitive effects very differently. As a result, the remedies proposed by the two agencies are very distinct. Another possible explanation for such different outcomes has to do with the degree of detail of each agency's merger guidelines. As stated above, although the overall scrutiny of mergers follow the same pattern in all the three agencies, SEAE's guidelines define each step of the analysis in more detail, which in turn, leaves less room for personal views and forces a more technical approach. CADE's Resolution 15 also adopts accepted principles of antitrust, however, its less structured methodology may explain why, within the same agency, the application of the same rule generated two opposite results.

This is a very recent case, and so far no study has yet been developed on Ambev's post-merger market share and its effect on prices. However, a Brazilian newspaper recently reported that Ambev was leading a price increase in the beer market.⁸⁷ The newspaper also reported that CADE would investigate the allegation, since one of the arguments for the merger was precisely that the merged firm would be able to reduce costs. This raises an interesting question regarding the role of CADE. The Brazilian agency which rendered this decision created a situation where it will be constantly required to investigate allegations such as this one. This monitoring process is not only expensive but also ineffective, since consumers are already being harmed before the agency intervenes.

In sum, the creation of CADE and the issuance of the guidelines to review mergers are part of the new regulatory and legal culture created in the beginning of the last decade in Brazil. It was part of a transition from a government distributive model to an open-market one. However, the enforcement of these guidelines, as it was shown above, can generate an outcome which is everything but market-oriented: this new virtual monopoly, created under laws to protect competition and welfare, operates now unchecked and protected by protectionists tariffs.

B. The American Cases

Coca-Cola and Dr. Pepper

In 1986, the FTC decided to challenge the merger of Coca-Cola and Dr. Pepper. The main reason alleged to challenge the merger was that it would reduce competition in the "production, distribution, and sale of carbonated soft drinks and soft-drink concentrates in the United States."⁸⁸ The proposed merger would bring together the number one and number four producers in the industry, with 37.4 percent and 4.6 percent of market share respectively.

According to the FTC, the industry was highly concentrated and that the merger would increase these levels substantially. Also entry, which could control the parties attempt to raise prices, was difficult and time consuming. This would substantially lessen competition in the market by increasing the possibility that the parties would exercise market power by coordinating with other firms and by making it even more difficult for new entry to take place as well as make it more costly for current firms to compete in the market.

Coca-Cola argued that the merger would not have anticompetitive effects because even assuming that the relevant market was the carbonated soft-drinks market, and that entry was difficult, the only competition that

⁸⁷ Fátima Fernandes & Adriana Mattos, *Consumo em alta faz cerveja subir até 10%*, DINHEIRO, Oct. 03, 2000, at 10.

⁸⁸ F.T.C., *Federal Trade Commission challenges Coca-Cola's acquisition of Dr. Pepper* (1986) at <http://www.ftc.gov/opa/predawn/F86/cokecompl.htm>.

mattered was the rivalry between Coke and Pepsi. Another argument offered by Coca-Cola was that the merger would achieve efficiencies that would offset the potential adverse effects. It is interesting to note that even though Coca-Cola's claimed efficiencies were substantial, the FTC considered them irrelevant to the case and did not take them into account.⁸⁹

Regarding entry, the parties asserted that there were large food-product manufacturers as well as beer producers that could easily start producing carbonated soft-drinks if they attempted to raise price and reduce output. Another interesting aspect of the parties' argument regarded the possibility of collusion. Coca-Cola charged that due to the diversity of the portfolio of the firms and the promotional opportunities available, the parties would not be able to successfully coordinate. The only merger that would enable the parties to exercise market power would be of Coke and Pepsi.

The major efficiencies claimed by Coca-Cola were that by consolidating its operations with Dr. Pepper, it would achieve substantial cost-savings and would be able to improve the profitability of Dr. Pepper.⁹⁰ However, as mentioned before, these efficiencies were dismissed by the agency as irrelevant.

Heinz and Beech-Nut

There are three major distributors of jarred baby food in the United States: Gerber with 65 percent of market share, Heinz with 17.4 percent and Beech-Nut with 15.4 percent. Heinz is the largest producer in the world and its products are manufactured at a new plant in Pittsburgh, which operates at only 40 percent of its capacity and produces 12 million cases of baby food annually. Beech-Nut was purchased by Milnot in 1998 and it sells US\$138.7 million annually of which 72 percent is jarred baby food. Beech-Nut's production is manufactured at its plant at Canajoharie in New York, which is technologically obsolete. Its business is declining and there is no realistic prospect that its business will improve.

In July 2000, the FTC decided to file a complaint and motion for preliminary injunction to block the transaction through which Heinz would acquire 100 percent of Beech Nut's voting securities.

The FTC's arguments against allowing the merger rested on the following propositions: First, the FTC argued that the merger would substantially increase the degree of concentration in the relevant market (which the parties agreed was jarred baby food in the United States) which was already highly concentrated. Second, cost of entry was significant, making it difficult and improbable. And third, the proposed merger would eliminate competition between the parties to be the second on the shelf, which according to the agency, benefited consumers by resulting in lower prices.

Heinz and Beech-Nut argued that through the merger they would be able to concentrate the production of both lines of products at the technologically current plant in Pittsburgh and still have 20 percent capacity for future growth. This would result in cost-savings estimated between US\$9.4 million and US\$12 million a year in salaries, operating costs, converting raw materials, reducing waste and consolidating administrative overhead. Heinz also argued its distribution network was much more efficient as well. Through these efficiencies Heinz would be able to offer consumers the best recipes of both the companies and also apply its value pricing to its entire line of production.⁹¹

Furthermore, Heinz and Beech-Nut argued that with the merger they would become more efficient and would enable them to challenge Gerber's dominant market share. The Commission, however, argued that based on structural antitrust doctrine, that they would not engage in competition but rather most likely would follow Gerber's price increase and that absent a third competitor, the merged entity would find it easier to coordinate and collude.

Moreover, the FTC does not agree that the merger would replace weak competition with strong competition in the market. From the agency's perspective, the efficiencies claimed are all highly speculative

⁸⁹ JOHN E. KWOKA & LAWRENCE J. WHITE, *Application of the Merger Guidelines: The Proposed Merger of Coca-Cola and Dr Pepper* in THE ANTITRUST REVOLUTION 80, 80-95 (1989).

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ F.T.C. v. H. J. Heinz Co., No. 00-1688 (JR) (D.C. Cir. Filed Oct. 19, 2000).

and considering the size of the market would be eliminated even by a small price increase. They also assert that these efficiencies are not cognizable because they were based on a reduction in consumer choice.

Another issue raised by the agency was that it would enable Heinz and Beech-Nut on one side and Gerber on the other, to engage in collusive behavior. This argument is challenged by the merging parties, which argue that currently there is no competition in the relevant market. Gerber is the price leader, it prevents Heinz and Beech-Nut from innovating and that neither Heinz or Beech-Nut can confront Gerber. Thus, the transaction would substitute two weak competitors with a stronger and more efficient one, which would then have the incentive and the ability to further its position in the market. Heinz and Beech-Nut also showed that the characteristics of the market did not favor collusive practices, since it would be very easy for one of the firms to cheat through sales promotions and coupons.

In both the Coca-Cola/Dr. Pepper merger and the Heinz/Beech-Nut proposed transaction, the FTC considered that the potential anticompetitive effects outweighed the alleged efficiencies and decided to block the deals. It seems that in both cases the standard applied by the U.S. agency was much stricter than the one CADE applied when deciding the Ambev case. In neither one of these two cases, the market shares or the level of concentration was anywhere close to what resulted in the Brazilian case. Although technically the agencies followed the same path to render their decisions, CADE, unlike the FTC, was willing to accept the overall economic benefits that the merging parties claimed, and only tried to minimize the anticompetitive effects with a partial divestiture.

Recent Mergers in the U.S. Beer Industry

In the beer industry, however, the U.S. agencies took a completely different approach. Interestingly all the proposed mergers in the last decade were approved without any conditions imposed. All of them differ from the Brazilian case in many regards; to begin with there is the fact that none of the parties involved in the U.S. mergers had market shares that came anywhere close to Antarctica and Brahma's. A possible explanation for that could be that, as the president of CADE mentioned in his vote in the Ambev decision, the safe harbors of the HHI as prescribed by the U.S. merger guidelines were inadequate to deal with the Brazilian scenario. According to him, the Brazilian market was much smaller and much more concentrated to employ such standards.

In 1993, the second largest beer manufacturer in the United States, Miller, had 22.1 percent of market share and entered into an agreement with Molson (a Canadian brewer that had 52 percent of the Canadian market, but only 0.8 percent of market share in the United States) under which Miller would acquire 20 percent of Molson Breweries and 100 percent of Molson USA. At that time, Anheuser-Busch was the market leader and carried 45.7 percent of the beer market in the United States. The parties filed a pre-merger notification with the Department of Justice and the Federal Trade Commission (as required by law) and the thirty-day waiting period expired without the transaction being challenged by any of the agencies.⁹²

Three years later, Stroh Brewery Co. and Heileman Brewing Co. entered into a deal where Stroh would acquire Heileman (which at the time was financially troubled). The two were respectively numbers four and five in the market, Stroh with approximately 6 percent and Heileman with 4 percent of the market. Once again the U.S. agencies cleared the transaction.⁹³ This is another merger where the parties together had a small combined market share (only 10 percent) and where the number one firm in the market, Anheuser-Busch had 45 percent.

Finally in 1999, Stroh Brewery Co. sold its beer operations to Pabst Brewing Co. and Miller Brewing Co. This transaction raised Miller's market share from 21 percent to almost 30 percent and made Pabst the fourth largest beer producer in the market. This transaction also was not challenged by the FTC or by the DOJ.⁹⁴

⁹² Pearl Brewing Company and Pabst Brewing Company v. Miller Brewing Company, Philip Morris Companies, Inc. The Molson Companies, Ltd. Foster's Brewing Group, Ltd., Molson Breweries, Molson Breweries U.S. Holdings, Inc., Martlet Importing Co., Inc., and Fomento Economico Mexicano, S.A. ¶70.370 (U.S. District Court, Western District of Texas, San Antonio Division. 1993)

⁹³ David Goodman, CHICAGO SUN-TIMES, February 29, 1996 at 4 & Robin Meredith, NY TIMES, March 1, 1996 at D2.

⁹⁴ Frank Swoboda, THE WASHINGTON POST, February 9, 1999 at E03 & Carol Emert, THE SAN FRANCISCO CHRONICLE, February 9, 1999 at B1.

4. Comments and Suggestions

One of the major concerns of the competition agencies in Brazil, has been the enforcement of the merger control rules in a way that does not interfere with the restructuring of the Brazilian economy. As is apparent from the description in the previous section, the Brazilian economy has experienced a profound transformation in the last decade (accompanied by changes in the legal arena as well – e.g. the new competition law enacted in 1994). CADE as the main bureau of competition law, understands that mergers and acquisitions perform a significant role in this process. As a result, the posture adopted by the agency has been to intervene only in a small number of cases where there are important competition issues involved. Even then, CADE has rarely blocked an entire transaction.⁹⁵

Another concern CADE has had when deciding merger cases has been to “harmonize rules and procedures with other jurisdictions.”⁹⁶ As one of the former commissioners of CADE indicates, the agency is aware that a great number of the transactions that are brought before it are submitted simultaneously worldwide and that the agency understands that business people (when choosing to invest in Brazil) consider the implications regarding costs and uncertainty.

The new competition agencies in Brazil nowadays adopt merger guidelines that are fully consistent with the ones applied in developed countries. There has been some criticism regarding some of its postures and decisions but these are not attributed to structural problems of the guidelines or fundamental errors in judgment. These criticisms derive from two different sources: 1) from the fact that merger review in Brazil is done separately by three different agencies and only after the transaction is consummated; and 2) from the lack of consistency of antitrust policies adopted by the antitrust agencies and the other government policy instruments such as import protection, fiscal incentives and unnecessary regulations.

The procedural aspect might be improved by the agencies streamlining their procedures⁹⁷ and by adopting pre-merger notification requirements. The consistency aspect is related to the balance between public and private power. On the one hand Brazilian competition agencies should aim to promote an efficient industrial structure while on the other hand, the policies adopted by its agencies to achieve this goal have to be more consistent with other governmental policies.

To promote an efficient industrial structure the agencies must choose whether it will intervene to prevent anticompetitive behavior in its incipiency, or whether it will wait until the last minute for the market to reach an equilibrium at its own pace. The first option reflects a choice where public power prevails and the second, reflects a posture where the “boundary of public power [is set] as far ahead as possible, accepting the risk of private power.”⁹⁸

It seems fair to say that CADE has opted for the second option. Specifically when evaluating mergers, the position adopted by the agency has been to intervene only if a major antitrust principle is at stake (often only prescribing partial divestitures but otherwise allowing the mergers).⁹⁹ As much as this choice may be appropriate for Brazil’s stage of economic reforms, it is not always consonant with other governmental policies.¹⁰⁰ If on the one hand, the competition agencies seek to promote an efficient industrial structure where, although in a concentrated market, industries behave as if they were in a competitive environment; on the other hand, other branches of government still stimulate rent-seeking and other protectionist behaviors.

This may be overcome by CADE performing a role in the area of competition advocacy. Through adopting this position, it may be possible to intervene in sectors where other governmental officials are unaware of the importance of competition policy to their activities, as well as to help create a competition culture in the country. The three agencies have performed competition advocacy roles in different ways, though they face the

⁹⁵ Only twice has CADE completely blocked a merger, and none since 1996. See CLARK, *supra* note 9, at 28.

⁹⁶ See SALGADO *supra* note 29.

⁹⁷ At this moment, CADE adopts its own set of merger review rules and SDE and SEAE adopt a different set and the three of them, separately and consecutively, conduct inquiries into each notified merger. See Clark *supra* note 9 at 23.

⁹⁸ GIULIANO AMATO, ANTITRUST AND THE BOUNDS OF POWER: THE DILEMMA OF LIBERAL DEMOCRACY IN THE HISTORY OF THE MARKET 112 (1997).

⁹⁹ See SALGADO *supra* note 29.

¹⁰⁰ Governmental policies such as import protection, fiscal incentives and unnecessary regulations are still reminiscent from Brazil’s recent protectionist environment. Historically, tariffs had been imposed on non-essential goods.

same limitations regarding the available resources for the task. For CADE, although it is a relatively new activity, there have been some important initiatives in this area such as the establishment of working groups with the regulatory agencies in the telecommunications, electricity and energy sectors. Compared to CADE, SEAE's performance in this area is much stronger. This is understandable since it is part of one of the most powerful ministries in the Brazilian government – i.e. the Ministry of Economy. SDE has also had some experience as a competition advocate in the natural gas sector.¹⁰¹

It is clear from the description in the previous sections that Brazilian antitrust agencies employ a transparent methodology in its merger review. Each of the agencies in more or less detail has made public the standards it applied when analyzing whether a transaction should be authorized and under what conditions that would happen. These standards are fully consistent with the ones applied in the developed countries such as the United States (which is not a surprise since the Brazilian agencies looked to the U.S. model when drafting its guidelines).

However, as the analysis of the Ambev case indicated above, there are certain procedural and substantive aspects in merger enforcement in Brazil, which need adjusting. The procedural aspects are associated mostly with the lack of pre-merger notification and with the inter-relationship between the three different antitrust agencies. While the substantive features are in part derived from the procedural aspects and in part related to the general objectives of competition policy in Brazil.

The first of two noteworthy procedural aspects, is the fact that merger control in Brazil is ex-post and not ex-ante. This has several implications, the most important one being that whenever they are presented with an anticompetitive merger, the available alternatives for remedies are limited for it is very difficult to break apart a consummated transaction. Another important consequence is that, since the transaction is completed before the parties have to notify the agencies, they lack the incentive to expedite the process. In the Ambev case, CADE sought a judicial measure that prevented the parties from fully integrating pending the agency's decision. This action was useful in this case where the parties did not challenge the preliminary order, and also because the order was granted in a situation where the potential anticompetitive effects of the transaction were obvious due to the parties high market share. But generally it does not solve the problems aroused by ex-post notification, because these preliminary orders are granted on a case by case basis by the judiciary branch and after the parties have already started integrating their operations.¹⁰²

The other procedural aspect has to do with the relationship between CADE, SEAE and SDE. The three agencies engage in investigative work after the merging parties have filed separately within each agency different notification forms. Such a requirement is time consuming and wastes valuable resources. The guidelines adopted by the Brazilian agencies generally follow the same procedures for the merger analysis, but there are some important distinctions such as the different amount of information the agencies require in the first notification form. The agencies are aware of these problems and have been making efforts to approach merger review in a unified way: For example, SEAE and SDE are developing common guidelines based on SEAE's more detailed structure.

However, the most significant adjustments in merger control in Brazil will happen after the Brazilian Congress passes the bill that among other things establishes a national agency for consumer protection and competition law enforcement. The proposed legislation creates an independent bureau within the Federal branch of government, which would perform CADE, SEAE and SDE's investigative roles and a tribunal that would decide the cases. These amendments to the Brazilian competition law will therefore address the main

¹⁰¹As Clark thoroughly explains, in the privatization of state-owned assets, the agencies should be specially active so to assure that the process results in a competitive industries and not in the transformation of public monopolies into private ones. "Law 8884 applies to privatizations, which means that those transactions are considered as mergers, which means in turn that the shortcomings in merger review procedures discussed above affect the review of privatizations as well. In particular, privatizations are formally reviewed post consummation just as in mergers. Of course, the agencies can have an informal, advisory role in privatization decisions before they are finalized. SDE has participated in some discussions with BNDES, the National Bank for Social and Economic Development, which is responsible for organizing many federal and state privatizations. It does not appear that the competition agencies have had an important advisory role in the privatization process, however, but their recent initiatives suggest that they will be more likely to do so in the future." See CLARK, *supra* note 9, at 27.

¹⁰²See CLARK, *supra* note 9, at 29.

procedural weaknesses mentioned above. Also among other changes, it will establish a pre-merger notification system and integrate the functions of the three agencies into one.¹⁰³

The current structure of the agencies has a substantial impact in the outcomes of the decisions. CADE presently shares the responsibility for the investigations with SEAE and SDE and exclusively decides the cases. During the sessions, the attorneys for the merging firms are entitled to present their cases before the commissioners while none of the counselors for the agencies who investigated the cases can do the same. In these sessions, since CADE has to offer the ruling it does not stand as a representative of consumers' interests, but has to consider the equities involved, and to balance the interests of both sides. Thus, under this process, the merging firms have the possibility of defending their interests while consumers do not. This misrepresentation of interests may be yet another possible explanation for why the outcome was so lenient. Under the new structure proposed by the bill, the institutional body will investigate and be entitled to prosecute the case before the tribunal, which although is in the same body, will only be responsible for rendering the judgment.¹⁰⁴

The procedural aspects should not be dismissed as trivial, since they have substantive implications. In the Ambev case, for example, the counselors for CADE, SEAE and SDE performed separate investigations which led them to different conclusions – where the counselors for CADE recommended blocking the deal and SEAE and SDE would have permitted the merger (though applying a much stricter remedy) none of which was employed by the commissioners of CADE in deciding the case. Also, even assuming that the outcome would have been the same had there been pre-notification, it is plausible that CADE would have had more latitude when deciding for the remedy had the notification taken place before the deal. The fact that, under the current law, three separate agencies prepare reports that may differ widely from each other, and which may or may not be adopted in the final decision, indicates a waste of resources (which none of the agencies have to spare). Under the proposed amendments, one agency would investigate, and a tribunal would decide, all under one institutional structure.¹⁰⁵

Regarding the amount of information required by the agencies, CADE had already implemented Resolution 15's fast-track system, but only within its agency (SDE and SEAE continued to conduct full examinations of all the notified deals). Through this "two stage" process, the Reporting Commissioner can decide upon a preliminary examination that the merger does not pose any competitive concerns and, with the agreement of the other commissioners, automatically clear the merger by authorizing the sixty-day period to expire.¹⁰⁶ The proposed bill will institutionalize this system into a new agency, thus speeding up the entire process and allowing the new body to concentrate its efforts on transactions that pose competitive threats.¹⁰⁷

An important substantive implication of the Brazilian merger policy has to do with the general objectives of competition policy in Brazil. Overall, there are two sets of goals for competition policy in Brazil particularly regarding merger enforcement: The first is the overall purpose common to most industrialized countries to promote economic efficiencies while protecting consumer welfare. The specific set of goals is historically dated, tends to vary from one country to the other and is usually related to each government's particular agenda. In most developing countries and in Brazil specifically, they encompass different objectives such as non-interference with the ongoing economic reforms, decentralization of economic decision-making, preventing abuse of economic power, promoting of a national industry in order to be able to compete internationally, and the decrease in unemployment through job retraining. These are sociopolitical values and in the case of unemployment (although it is not strictly a competition issue) it is taken under consideration as an efficiency argument since it reflects the concerns of Brazilian society.¹⁰⁸

The co-existence of these two sets of goals may create the risk of an inconsistent enforcement by the competition agencies since the secondary set of goals are sometimes conflicting and often lead to compromise. For instance, in the Ambev case, while aiming to promote the growth of an industry capable of competing internationally, CADE authorized a transaction which resulted in a firm with market share varying from 70 to 95 percent of the relevant market, thereby creating a situation for the potential abuse of economic power. The other issue is that since

¹⁰³ See Cowie & Regazzini, *supra* note 25, at 46.

¹⁰⁴ Interview with Paulo Correa, Deputy Secretary, Secretariat for Economic Monitoring.

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ See Clark *supra* note 9 at 18.

¹⁰⁷ See Cowie & Regazzini, *supra* note 25, at 46.

¹⁰⁸ See World Bank & OECD, A FRAMEWORK FOR THE DESIGN AND IMPLEMENTATION OF COMPETITION LAW AND POLICY 8 (1999).

these specific goals vary within a timeframe and among different countries, it is important that the weight and order of priority of each goal is clearly defined so to ensure business certainty and public accountability.

These sets of goals also need to be consistent with the other governmental policies, otherwise efforts to promote competition are compromised by instruments such as import protection, fiscal incentives and unnecessary regulations. In the beer industry for example, the impact of the merger of Brahma and Antarctica in the relevant market would arguably have been different if foreign competitors did not have to face the 23 percent import tariff. Thus, it is necessary to have a strong competition agency able to ensure that whatever the configuration of the industry, the firms compete as if they were in a competitive market. This will only be possible if the other branches of government also refrain from creating barriers to entry and from adopting other protectionist measures.

III. Conclusion

The beer case was taken here as an illustration of how perfectly adequate stated administrative procedures may not be enough to guarantee the enforcement of sound antitrust policy. As the Ambev case demonstrates, merger guidelines that were developed in a society where market values are dominant, may lose their efficacy where protectionist measures (derived from a history of import substitution) were not also abolished and where conflict is installed inside the bureaucracy.

The Ambev case is not only about four distinct visions on how to enforce essentially similar merger guidelines within the three different agencies responsible for the promotion of fair competition in Brazil. It is about a conflict between different branches of government, one that administers a system of tariffs, incentives and regulatory barriers, and which sees its mission as protecting its domestic industry; and others that aim to promote a market minimally efficient. This is the basic challenge that many developing nations have faced over the last two decades. Indeed the long transition initiated in the eighties towards open markets will be concluded only when that conflict has been solved.

EL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES EN COLOMBIA COMPETENCIA Y LIBERALIZACION

Por: **Maria Clara Cabrera**
e-mail: mcabrera@mailcity.com

Colombia ha sido uno de los países latinoamericanos que han implementado con mayor rapidez la liberalización del sector de las Telecomunicaciones. Podemos observar como el país ocupa un puesto de privilegio en las telecomunicaciones dentro de los países de la periferia especialmente en el campo del comercio electrónico y televisión, pero con referencia a las necesidades nacionales y de los usuarios aún se encuentra rezagado.

Actualmente, gracias al desarrollo normativo y a la búsqueda de un mercado liberalizado y competitivo, el campo de las telecomunicaciones se encuentra concebido dentro de un esquema de competencia donde se presenta una expansión de redes y servicios caracterizada por la búsqueda de la innovación tecnológica y la convergencia de los mismos y se prevé que entre el 2005 y el 2007 el campo de las telecomunicaciones participará con el 8.5% del PIB de Colombia.

La realización de esta visión se hace explícita en el proceso de liberalización que se inició desde 1989 con la expedición de la Ley 72 en la cual se consagró la prestación de servicios básicos de telecomunicaciones por parte de entes privados. Para fortalecer esta posición inicial, en 1990 bajo el gobierno del presidente Gaviria se expidieron los decretos 1900, 1901 y 1902, los cuales contemplan la finalización de la exclusividad del Estado en materia de telecomunicaciones locales.

En 1991, con base en la nueva visión dada por la Constitución Política y siguiendo los lineamientos de los artículos 75, 333 y 336, el Ministerio de Comunicaciones liberaliza el sector de valor agregado a través del decreto 1794.

En este entorno, en 1994 se inicia la prestación de telefonía móvil celular en país y se expide la Ley 142 que regula el tema de la prestación de servicios públicos en la cual se consagra de forma expresa la participación de particulares en la prestación de dichos servicios sujetos a las normas de libre y leal competencia.

En el mes de abril de 1997, durante el gobierno de Ernesto Samper, es expedido el Plan Nacional de Telecomunicaciones 1997 – 2007 el cual estructura la visión del sector de una forma mucho más técnica y explícita. De esta manera, el Estado se compromete a formular políticas claras, consistentes y transparentes que puedan proyectar al sector hacia el futuro, desarrollando los factores de un entorno competitivo para los participantes y propendiendo porque exista una competencia ordenada de los mercados.

Posteriormente, en septiembre del mismo año el Ministerio de Comunicaciones expide la Resolución 87 en la cual se liberalizan los servicios de TPBC dentro de los cuales se encuentran los de larga distancia nacional e internacional.

En enero de 1998 se presenta una rápida expansión del mercado y la aparición de múltiples operadores en el campo de larga distancia lo cual conlleva al fortalecimiento del esquema legal en el tema de competencia. Las barreras de entrada al mercado de larga distancia son bastante complejas ya que se estructuran a partir del valor de la licencia y de las cualidades específicas determinadas en la ley para la prestación de dichos servicios. Adicionalmente la regulación consagra una serie de cargas en cabeza de estos operadores lo cual, sumándose a la poca rentabilidad del servicio originada por el afán de posicionamiento en los nichos de mercado de los nuevos operadores, desestimula la inversión en este campo y restringe la entrada de nuevos competidores.

Los proyectos de Ley General de Telecomunicaciones que han sido presentados han propugnado por la consolidación de un mercado abierto y competitivo a través del planteamiento de diferentes esquemas. El primer proyecto de Ley General presentado en julio de 1998 por parte de la CRT y el Ministerio de Comunicaciones propone un sistema de total apertura en el sector de telecomunicaciones removiendo las barreras que evitan la libre competencia. En este esquema se establece el otorgamiento de licencias y autorizaciones para operación de redes y utilización del espectro más no para la prestación de servicios, lo cual permitiría la convergencia y la libertad del operador en la prestación de dichos servicios.

En el segundo proyecto de Ley General de Telecomunicaciones presentado en junio de 2000 se conserva la distinción entre servicios y redes, haciendo necesario autorizaciones, licencias y permisos para la prestación de los servicios, la operación de redes y la utilización del espectro radioeléctrico. Adicionalmente se busca estructurar un régimen de competencia para el sector y la manera como ha de incorporarse las nuevas tecnologías.

En este mismo sentido, la Agenda de Conectividad expedida por el Ministerio de Comunicaciones en el mes de febrero de 2000 pretende generar el desarrollo del sector de las telecomunicaciones a través del uso masivo de las tecnologías de la información y la comunicación creando un entorno económico atractivo para la inversión de las compañías nacionales y extranjeras.

Actualmente el sector de las telecomunicaciones en Colombia se encuentra enmarcado en un entorno de competencia regulada teniendo en cuenta que las metas en inversión anual que se esperan como desarrollo sectorial en los próximos 10 años se basan en la rápida expansión y modernización presumida para este período, así como la disponibilidad de recursos financieros.

Uno de los puntos en los cuales se hace mayor énfasis en materia de competencia es en la regulación de tarifas. En Colombia el esquema de regulación de tarifas de telecomunicaciones se estructura bajo tres clases a saber: libertad absoluta, libertad vigilada y libertad regulada.

La primera de ellas, libertad absoluta, se aplica a los operadores de servicios de valor agregado, de transmisión de datos, internet, paging y trunking. Bajo este sistema los operadores no requieren registrar sus tarifas ante la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT) y también son completamente libres en la fijación de estas para sus servicios. La segunda categoría, se aplica a los operadores de larga distancia, los de celular y a los operadores locales que no tengan más del 50% del mercado. En este caso la CRT determina a price floor for each of these service segments, y cada uno de los operadores se encuentra obligado a registrar sus tarifas. La libertad regulada de tarifas se determina de manera exclusiva para los operadores locales que tengan una posición dominante en el mercado, es decir, que tengan más del 50% de participación en el mercado de telecomunicaciones.

BOLETIN ESPECIALIZADO
Edición No. 34

COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA

Edificio del IFAM, Urbanización los Colegios. Moravia.

Apartado Postal 10216-1000, San José Costa Rica

Teléfonos 235-82-22 ó 235-27-00

Tel/fax: (506) 236-75-24

Web: <http://www.meic.go.cr/coprocom.htm>

E-mail: coprocom@ns.meic.go.cr

CONTENIDO DE ESTA EDICION

1. INFORMACIÓN DE INTERÉS

a) Resoluciones emitidas por la CPC.

i) Caso CONAPA contra Kimberly Clark y Scott Paper.

ii) Proyecto de Reforma al artículo 9 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de Producción, del 17 de julio de 1958.

2. ACTIVIDADES DE PROMOCIÓN:

a) Taller de capacitación sobre el proceso de competencia.

3. ARTÍCULO DE OPINIÓN:

“EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE COMPETENCIA Y CARTELES DE EXPORTACIÓN”

Consejo Editorial de Competencia

Héctor Ávila Valverde

Pamela Sittenfeld H.

Marietta Arias R.

Colaboró en este número:

José Gerardo Martínez G.

¿MEJORA UN PAIS SU MARCO INSTITUCIONAL CON POLÍTICAS DE COMPETENCIA? EL CASO DE GUATEMALA

Por: Luis Tineo y Claudia Curiel L.¹

e-mail: ltineo@worldbank.org y ccuriel6@yahoo.com

I. INTRODUCCIÓN

La hipótesis de que un mayor desarrollo institucional es necesario para la consolidación de una economía más competitiva y moderna en un país no es nueva. Este trabajo no pretende proponer nuevas hipótesis teóricas al respecto, las cuales han sido extensamente elaboradas en la literatura sobre países en transición al mercado.² Más bien, con la exposición de algunas situaciones extraídas de una experiencia reciente en Guatemala, se pretende corroborar tales hipótesis e ilustrar la contribución que los distintos instrumentos de una política de competencia pudieran ofrecer en el mejoramiento de las condiciones de competencia en los países de América Latina.

A mediados de 1999, una iniciativa conjunta del gobierno y el sector privado de Guatemala llevó adelante la creación del Consejo Nacional de Competitividad, cuyo objetivo es el diseño e implementación de una ambiciosa y promisoría política nacional de competitividad. En este contexto se reconoció la necesidad de ofrecer un marco institucional para la atracción de inversiones y asegurar el desarrollo de los mercados en condiciones de competencia. Para identificar opciones se evaluaron ciertos sectores de la economía cuyos mercados presentaban problemas de funcionamiento, bien por las conductas de los participantes en esos mercados, o por el marco regulatorio en el cual se realizan esas actividades.

El resultado de una primera aproximación al caso de Guatemala confirma la premisa expuesta en las líneas iniciales: una definición más amplia de la política de competencia en economías como las de América Latina conduciría a situaciones más beneficiosas desde el punto de vista de acceso al mercado, efectividad y calidad de las regulaciones, incentivos para la inversión, mejora del marco institucional y beneficios directos a los consumidores.

Para ello es necesario:

- (i) impulsar reformas que modernicen y racionalicen los mecanismos de regulación de la actividad económica bajo criterios y principios de eficiencia, bienestar de los consumidores y competitividad industrial (e.g., remoción de regulaciones y obstáculos al comercio y las inversiones y/o revisión de intervenciones y prácticas administrativas de órganos públicos en el quehacer empresarial) y,
- (ii) incidir en los términos de relación de los agentes que participan en los mercados, incluyendo las relaciones entre agentes privados y las relaciones entre éstos y el sector público, lo cual sería posible mediante la adopción de una legislación de competencia inspirada en la promoción de la competencia, en lugar de en la represión de agentes privados.

¹ Luis Tineo es Especialista Senior en el Departamento de Desarrollo del Sector Privado del Banco Mundial en Washington, D.C. (ltineo@worldbank.org). Claudia Curiel L., es consultora en temas de política de competencia, actualmente Consultor Residente de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor de Panamá (ccuriel6@yahoo.com). Ambos han prestado asesoría técnica al Programa Nacional de Competitividad de Guatemala. Los casos, análisis y opiniones expuestas en este trabajo están basados en información públicamente disponible y son de la exclusiva responsabilidad de los autores, y en modo alguno representan los puntos de vista del Banco Mundial, sus países miembros o el Programa Nacional de Competitividad de Guatemala; o de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor.

² A ese respecto pueden referirse los trabajos: De León, I. "The Role of Competition in the Promotion of Competitiveness and Development in Latin America". *En Boletín Latinoamericano de Competencia* No. 11, Diciembre 2000. Kovacic, W. "Getting Started: Creating a New Competition Policy Institutions in Transition Economies", 32, *Brooklyn Journal of International Law* (1997); Kovacic, W. and Slay, B. "Recommended Guidelines for Implementing Georgia's Antimonopoly and Consumer Protection Laws". *CEPAR Analytical Report No. 8*. Center for Economic Policy and Reform. April, 1997. Tavares de Araujo, J. *Contestability and Economic Integration in the Western Hemisphere*. OAS Trade Unit, November 1995. Rodríguez, A.E. and M.B. Coate, "Competition Policy in Transition Economies: The Role of Competition Advocacy", *Brooklyn Journal of international Law*, Vol 23. No. 2 (1997); Diseño de un Modelo de Abogacía de la Competencia en el contexto de la implantación de las Políticas de Competencia en Latinoamérica. *Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con el Derecho y Política de la Competencia*. UNCTAD/ITDC/CPL/Misc.12. United Nations, Geneva, 2000.

II. AGENDA DE POLÍTICA DE COMPETENCIA PARA GUATEMALA

Durante el mes de junio de 1999, se llevó a cabo un trabajo de recolección de información sobre las regulaciones a las que está sometida la actividad empresarial en Guatemala. Este análisis se llevó a cabo a través de revisión de legislación, de documentos públicos y de entrevistas a funcionarios en diferentes dependencias oficiales. Por otra parte, se han analizado en forma muy preliminar situaciones en las cuales parecen estar ocurriendo situaciones que podrían resolverse en caso que estuviera en aplicación una legislación de defensa de la competencia.

Estos dos tipos de exposiciones tienen un denominador común: la sociedad guatemalteca obtendría beneficios directos y apreciables de la adopción de una política de competencia. Los casos que a continuación se exponen ilustran distintos aspectos que se recogen en el marco conceptual previamente desarrollado. Cada caso que se ha analizado está precedido de un pequeño marco conceptual para mantener la coherencia entre las diferentes secciones del documento.

A. BARRERAS DE ACCESO AL MERCADO RESULTADO DE ACTUACIONES DEL ESTADO: EL ÁREA DE ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA

Este caso se refiere a los costos que genera el Estado en la dinámica del mercado, cuando su actuación aumenta los costos o restringe la entrada y/o salida de un participante al mercado. En el primer caso, se está haciendo referencia a costos en términos de no acercarse al mercado a un funcionamiento más eficiente, o a no responder a criterios de mejorar la asignación de recursos en la economía. Cuando se aplican marcos regulatorios que dificultan el acceso o la salida de los participantes de un mercado, las posibilidades de éstos para reaccionar ante cambios en el funcionamiento de ese mercado se ven restringidas de manera artificial, dada la existencia de normativas rígidas, y en muchos casos no adaptadas a la dinámica prevaleciente en el mercado.

Caso 1: Barreras de acceso al mercado establecidas legalmente en la distribución de cemento

MARCO DE ANÁLISIS

Las barreras a la entrada al mercado pueden estar representadas por normativas vigentes que establezcan condiciones de preferencia o exclusividad para participantes en los mercados. Estas regulaciones suelen encontrarse en las regulaciones de tipo sectorial. Cuando se debaten este tipo de regulaciones, la especificidad de las materias que se tratan también implica que están concentrados los beneficios y/o pérdidas asociados con la adopción de esos marcos de actuación. En consecuencia, hay mayores estímulos para la actuación concertada de quienes buscan disminuir los costos o maximizar los beneficios de esas conductas.

EXPOSICIÓN DEL CASO

En un Municipio situado al norte de Guatemala, en el área donde tiene lugar la actividad de producción de cemento, se promulgó una ordenanza que establece la obligación para las empresas productoras de cemento de utilizar una empresa para la distribución y transporte de sus productos. La regulación señala que el 20% del volumen de producción debe ser canalizado a través de esta empresa, so pena de costosas penalizaciones. Cuando consultamos a las empresas fabricantes, conocimos que este transporte les cobra 30% más caro que cualquier otro distribuidor que pudiera prestar el mismo servicio.

Esta situación irreversiblemente implica costos más altos para los consumidores, más aún tratándose de un bien con tan claras repercusiones en los costos de otros sectores de actividad. Cabe preguntarse si existe algún justificativo para explicarle a los consumidores que ellos tienen que pagar más caro el cemento por el hecho de que aun habiendo distribuidores alternativos, la municipalidad obliga a las empresas a contratar con el más caro de ellos.

Pues esa regulación cumple un papel muy claro que es la constitución de un flujo comercial a través de medios que no son los más eficientes. La adopción de una política de competencia serviría de instrumento adecuado para suprimir este tipo de dispositivos que son resultado de la capacidad de lobby de determinadas empresas y que a la vez causan graves perjuicios a los empresarios que ofertando mejores condiciones de prestación de servicios no pueden colocar sus productos.

Caso 2: Autarquía en el sector asegurador

MARCO DE ANÁLISIS

Existen otros tipos de regulaciones que restringen al ámbito dentro del cual puede darse la dinámica de competencia. Por ejemplo, aquellas regulaciones de índole comercial que impiden la entrada al mercado doméstico de productos importados. Esa obstrucción puede darse a través de varias vías, ya sea la prohibición explícita de productos, por la imposición de impedimentos para la instalación de empresas extranjeras en

determinados mercados de producción de productos o de prestación de servicios, o a través de diseños muy rígidos en relación con los estándares que deben cumplirse dentro de diferentes mercados.

EXPOSICIÓN DEL CASO

La legislación vigente que rige el sector asegurador establece que esta actividad de servicios sólo puede ser prestada por empresas nacionales³. Actualmente el sector de seguros está conformado por 12 empresas. Más allá de consideraciones técnicas, varias preguntas surgen cuando se aprecia esta situación. La primera de ellas es bajo qué argumentos se mantiene cerrado a la participación extranjera un sector que en todo el mundo se encuentra abierto a la competencia. Bajo una aproximación meramente conceptual, la apertura del sector a la competencia traería beneficios para los consumidores guatemaltecos:

- la introducción de incentivos para mejoras en la adquisición y utilización de tecnología;
- la operación con mayores economías de escala que pudiera resultar en disminuciones de las primas;
- la introducción de nuevos productos en un mercado con crecientes procesos de diferenciación de productos;
- una mejor integración del sistema financiero a los mercados internacionales;
- la mejoría en la disponibilidad de información para que los consumidores realicen decisiones más eficientes.

En este tipo de situaciones la política de competencia propone la revisión del marco regulatorio de modo que estén alineados con los principios de una economía de libre mercado: la introducción de incentivos para que todos los agentes económicos compitan en los mercados, y la supresión de las disposiciones que pudieran constituir barreras a la entrada en los mercados.

Caso 3: Necesidad de reconocer la complementariedad entre la regulación sectorial específica en telecomunicaciones y la regulación general de competencia en este sector

MARCO DE ANÁLISIS

Otra aproximación de política pública que puede introducirse es que las políticas de competencia pueden ser un marco complementario apropiado para ciertas regulaciones sectoriales. En la medida que las regulaciones sectoriales deben regir muchos aspectos técnicos y establecer mecanismos de supervisión y control sobre aspectos específicos, las legislaciones en materia de competencia son leyes especiales que también tienen su experticia en cuanto a la supervisión del cumplimiento de las reglas de juego por parte de los agentes económicos⁴. Por otra parte, los marcos de libre competencia pueden servir para darle viabilidad a los objetivos alcanzados en procesos de privatizaciones.

EXPOSICIÓN DEL CASO

Una vez completado el proceso de privatización en el sector telecomunicaciones, la empresa Telgua ha quedado en el mercado con una posición de ventaja en términos de su incidencia en la oportunidad y las condiciones de interconexión para otras empresas que participan en este mercado. Al mismo tiempo, en la actualidad Telgua no enfrenta la competencia efectiva de alguna otra empresa, razón por la cual puede comportarse como monopolista en relación con su propiedad sobre *essential facilities* y respecto a los consumidores finales.

Existe copiosa información de prensa en la cual diversos sectores exponen actuaciones que esta empresa despliega gracias a la posición de dominio de la que disfruta. En este punto no se quiere entrar en detalle sobre las conductas que deberían ser corregidas, sino plantear una inquietud: *existe una diversidad de situaciones costosas para la sociedad que podrían ser resueltas a través de la adopción de una legislación en materia de competencia.*

Este mecanismo constituye una alternativa para que la sociedad pueda resolver las situaciones de abuso de poder económico, minimizando los costos de transacción asociados con esos procesos. Por otra parte, la normativa de libre competencia constituye un complemento adecuado a los dispositivos contenidos en la Ley General de Telecomunicaciones (Decreto 94-96 del Congreso de la República de Guatemala).

Un elemento importante para analizar la insuficiencia de la regulación sectorial en materia de telecomunicaciones, es analizar el alcance de la legislación en cuanto a las facultades inquisitivas y sancionatorias del órgano regulador. A este respecto es necesario precisar que esta ley constituye un instrumento técnicamente completo y adecuado para ordenar este sector. Las observaciones que se formulan están dirigidas básicamente a las disposiciones adjetivas y a las facultades de actuación de la Superintendencia de Telecomunicaciones.

³ El artículo 1° del Decreto Ley Número 473 referente a la Ley de Seguros, establece que

“...Queda prohibido el funcionamiento en el país de agencias o sucursales de empresas aseguradas extranjeras.”

⁴ Esta relación es explorada ampliamente en la literatura que se ha producido en materia de regulación y competencia. Organisation for Economic Co-operation and Development, Working Party on Telecommunication and Information Services Policies. *Telecommunications Regulations: Institutional Structures and Responsibilities* DSTI/ICCP/TISP(99)15/FINAL. May 2000.

El Título VII de la Ley referente a “Infracciones y Sanciones” contiene como Disposiciones Generales el siguiente texto: “Las infracciones a las normas de la presente ley y a las disposiciones internas de la Superintendencia, serán sancionadas por ésta de conformidad con lo estipulado en el presente capítulo. Las sanciones se impondrán mediante resolución debidamente fundamentada y razonada por la Superintendencia” (artículo 79).

En relación con las Infracciones y multas, los ilícitos son enumerados en el artículo 81, en el cual están tipificadas las infracciones y especificadas las sanciones. En la parte adjetiva los artículos 82 y 83 establecen disposiciones respecto al derecho a la defensa y los lapsos para resolver por parte de la Superintendencia. Posteriormente la ley dispone los aspectos referentes a los recursos de revisión y recursos de lo contencioso administrativo. Dentro del articulado no existen provisiones que faculten a la Superintendencia para actuar de oficio no para imponer obligaciones de hacer a los administrados.

El hecho de que la Superintendencia no pueda actuar de oficio introduce retrasos en su capacidad de supervisión en la medida que solo puede actuar a través de la imposición de sanciones (las cuales a decir de los participantes en el sector no son suficientemente cuantiosas para servir de incentivo negativo) luego de iniciar un procedimiento por denuncia.

Cuando se revisan los comunicados de prensa referentes al sector que han sido publicados recientemente, se observa que ante esa facultad de actuación, los operadores de telecomunicaciones y los representantes de los consumidores han recurrido a la intervención de la Procuraduría General de la Nación y la resolución de ciertas situaciones por ante Tribunales de Amparo⁵.

Los procedimientos seguidos en esas instancias han estado referidos a supuestos que no están expresamente contenidos en la ley de Telecomunicaciones, razón por la cual se han producido precedentes que regularán la conducta que sea considerada lícita en este mercado, que no revisten el mismo tecnicismo ni el mismo fondo que las infracciones desarrolladas en la Ley antes referida. Cuando ocurren estas situaciones en las cuales un sector económico tan sensible en la colectividad es objeto de interpretaciones ad hoc de reglas muy generales, y se adaptan mecanismos de control y supervisión sobre el mercado, pueden estarse generando costos institucionales importantes para la sociedad.

Estos costos no constituyen un ejercicio retórico. La consulta realizada a la Gremial de Operadores de Redes Comerciales de Telecomunicaciones resultó en un reconocimiento de la necesidad de fortalecer y modificar el marco institucional al sector, sin que eso signifique cambiar las reglas del juego de acuerdo a las cuales los inversionistas tomaron sus decisiones de entrada al mercado. En ese contexto se señaló la necesidad de adoptar legislaciones en materia de competencia y de protección al consumidor.

Caso 4: La Ley de comercialización de hidrocarburos crea una legislación paralela en materia de libre competencia

MARCO DE ANÁLISIS

Los aspectos de diseño institucional también tienen relación con sectores para los cuales se adoptan regulaciones específicas. Puede darse el caso que cuando esos instrumentos sectoriales tratan de incorporar objetivos de asegurar la libre competencia puedan presentar algunas deficiencias en su diseño que le impiden impulsar tales dinámicas. Por otra parte, pueden presentarse solapamientos o duplicaciones en relación con los dispositivos que son inherentes a las regulaciones en materia de competencia propiamente dichas.

EXPOSICIÓN DEL CASO

El artículo 1 del Decreto Número 109-97 contentivo de la Ley de Comercialización de Hidrocarburos establece como objetivo de la misma: “velar por el cumplimiento de normas que fomenten y aseguren la comercialización de petróleo y productos petroleros”.

En desarrollo de ese objetivo, el Capítulo del Título III referente a las infracciones, define como tales las siguientes prácticas: cuota discriminatoria (artículo 35), coacción de precio (artículo 36), concertación de precio (artículo 37) y rebaja discriminatoria (artículo 38), entre otras.

El articulado de la Ley que se ha señalado describe supuestos de hecho que corresponden con ilícitos usualmente regulados por leyes específicas en materia de libre competencia. Ahora bien, cuando se dota a la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas de potestades sancionatorias debe tenerse en cuenta que la determinación de las situaciones de hecho prohibidas en la Ley requiere de experticia adecuada y de entrenamiento específico para quienes deban realizar las labores de investigación.

Por otra parte, dentro de la Ley no se desarrollan adecuadamente los procedimientos que deben seguirse para la determinación de estos ilícitos ni los criterios técnicos que deben guiar los análisis de la Dirección de

⁵ El contenido de los casos resueltos en la Procuraduría General de la Nación y en los Tribunales de Amparo será desarrollado bajo otra hipótesis conceptual en un aparte subsiguiente de este reporte.

Hidrocarburos sobre esas situaciones. Esta falta de definición podría introducir ruidos en el mercado y dar lugar a procesos muy costosos.

En caso que se decidiera adoptar una legislación en materia de competencia estaría claramente duplicándose la regulación aplicable a las condiciones de libre competencia en el sector de derivados de hidrocarburos. De cualquier modo, mientras no se haya adoptado ese marco, se tiene un órgano de la administración con obligaciones que debe atender, sin que se le haya suministrado los instrumentos legales y técnicos suficientes para aplicar cabalmente esos dispositivos.

Caso 5: La Ley impide la integración vertical en los mercados de producción y comercialización de hidrocarburos

MARCO DE ANÁLISIS

Un área en la que normalmente se establece algún mecanismo de intervención del Estado, es en el diseño de las formas de organización de los mercados. Estas intervenciones se verifican en procesos de privatización, cuando se establecen parámetros a las empresas que pueden participar como proveedores del estado, o bien cuando se establecen normas respecto a la estructura de propiedad o de relación entre empresas que realizan determinadas actividades económicas. Ejemplos de estas situaciones son cotidianos en la medida que en cada área en la que el Estado tiene inherencia, puede proponer o imponer formas de estructuración a los particulares.

El problema o el costo para la sociedad que se desprende de estas situaciones, ocurre cuando estos diseños se introducen sin antes haber tendido en cuenta consideraciones respecto a forma de organización del mercado que es más eficiente a largo plazo. Adicionalmente, este tipo de criterios tratarán de minimizar el costo social que representa el hecho de que las empresas no puedan adoptar las formas de organización que le permitan actuar maximizando sus beneficios. Este tipo de disposiciones contradice el espíritu de las legislaciones modernas que regulan de alguna manera el mercado, las cuales cumplen con el lineamiento central de que se regule la conducta de los participantes dentro del mercado, y no la forma en la cual puede estar estructurado el mercado.

EXPOSICIÓN DEL CASO

Entre las disposiciones complementarias y transitorias de la Ley de Comercialización de Hidrocarburos que se citó en la sección precedente, el artículo 46 establece:

“Separación de empresas: Toda persona individual o jurídica debe constituirse en empresa distinta para poder efectuar cada una de las operaciones de importación, refinación, transformación, almacenamiento, transporte; estación de servicio, expendio de GLP; y exportación de petróleo y productos petroleros”.

Esta norma equivale a prohibir que las empresas que participan en estos mercados puedan estar integradas verticalmente. Esta norma puede derivar en altos costos para la sociedad. Por una parte puede estar introduciendo altísimos costos de transacción en el mercado. Por otra parte, podría estar evitando que se introdujeran en el mercado los beneficios de la integración vertical, ya sea por el aprovechamiento de activos que pueden utilizarse en más de una actividad (economías de ámbito), por la sinergia que podría derivarse de la expansión de actividades hacia estadios posteriores de la cadena de producción o comercialización.

En todo caso, si lo que pretendiera esta norma es evitar que se conformasen posiciones de dominio en el mercado, es ineludible señalar que la forma de regulación más eficiente y menos costosa para ese tipo de situaciones, consiste en atender aspectos conductuales y de ninguna manera interferir en los aspectos de organización del mercado. Nuevamente, el *trade off* que se plantea es si la intervención para evitar que se conformen estructuras monopólicas podría inhibir las formas de organización más eficientes, y si el costo asociado con ello es mucho mayor que la atención de tales situaciones a través de regulaciones sobre la conducta.

Caso 6: Regulaciones en la comercialización de azúcar inhiben la competencia

MARCO DE ANÁLISIS

Un material fundamental en materia de política de competencia es examinar si en los sectores respecto a los cuales se completaron procesos de apertura comercial, los beneficios de esos procesos han sido efectivamente trasladados a los consumidores.

Pueden ocurrir situaciones en las cuales la estructura de los canales de distribución, por ejemplo, anulen los beneficios asociados con la penetración de productos importados en condiciones competitivas, pues su estructura les permite absorber los diferenciales de precios y de esta manera mantener los precios a los consumidores en niveles que no reconocen la influencia de los productos importados. Estas situaciones han ocurrido en otros países, y se observan principalmente en sectores que ante la inexistencia de fuentes alternativas de competencia, se han organizado en forma tal que existe un embudo a nivel de la actividad de comercialización que transforma en monopolio una estructura atomizada a nivel de manufactura.

EXPOSICIÓN DEL CASO

Guatemala es el sexto país exportador de azúcar en el mundo. Eso quiere decir, que es capaz de producir excedentes y de colocarlos a precios competitivos en el mercado internacional (las exportaciones representan el 80% de su producción total).

En el sector de procesamiento de caña, operan 17 ingenios azucareros, de los cuales los 6 de mayor tamaño concentran el 60 de la producción doméstica y el 65% de las exportaciones.

Las ventas de azúcar en el mercado interno se realizan a través de empresas distribuidoras, las cuales han sido constituidas por los propios ingenios azucareros (la más importante de estas empresas es COMETRO). Este esquema le permite a las empresas mantener cuotas de venta para el mercado local. A pesar de operar 17 ingenios, existen solamente cuatro marcas de azúcar en el mercado local, las cuales son propiedad de la empresa comercializadora ALCAZAR, que es subsidiaria de COMETRO. Adicionalmente, todas las ventas al mercado interno se realizan a través de ALCAZAR y existe un solo precio a nivel de consumidor. Existe un arreglo al interior del mercado según el cual ningún ingenio realiza ventas por fuera de la cadena establecida de común acuerdo.

Hay varios hechos que representan costos para los consumidores y pérdida de eficiencia para la sociedad. La existencia de un solo precio en el mercado, el cual a decir de algunos es superior al precio de importación del azúcar, es la prueba más evidente de que la conformación de la cadena de comercialización representa un costo para el mercado. En un mercado abierto como este, en el cual además existe una amplia ventaja exportadora, no se justifica que los consumidores no dispongan de alternativas en productos y precios. Esta estructura también impide el desarrollo de otras marcas y la entrada al mercado de nuevos participantes.

Si bien la conformación de la cadena de distribución se ha realizado a través de la constitución de compañías, de existir una normativa en materia de libre competencia podrían sancionarse situaciones como la imposición abusiva de precios, le negativa injustificada a la venta por parte de los ingenios a comercializadoras independientes, o el levantamiento de barreras a la entrada de nuevos competidores.

La corrección de esas situaciones permitiría la introducción de mayor competencia en el mercado, pues frente a la entrada de nuevos participantes que pudieran aprovechar los niveles de rentabilidad actuales y la consecuente introducción de nuevas marcas, las firmas que actualmente participan en el mercado se verían forzadas a reducir los precios de venta de sus productos.

Veamos que efecto podría tener la apertura del sector azucarero a la competencia extranjera. Partiendo de un estimado de consumo interno total 405.000 TM, 74% de las cuales se destinan al consumo doméstico, se han realizado unos cálculos hipotéticos respecto a los ahorros que representaría para los consumidores guatemaltecos una reducción del 15% del precio de venta al público del azúcar⁶ (considerando un volumen de consumo similar al registrado en 1998), los cuales se presentan en la Tabla 1.

El resultado de los cálculos es que de reducirse un 15% los precios de venta al consumidor del azúcar, se ahorrarían más de 156 millones de quetzales. Si bien esta magnitud en términos absolutos es bastante significativa, cobra mayor importancia si se tiene en cuenta que ese monto equivale al 44% del Gasto del Gobierno Central destinado a la actividad agrícola. Sin embargo, las decisiones que se adoptasen sobre este aspecto podrían estar en mayor correspondencia con el Gasto Público en Industria y Comercio, en cuyo caso el ahorro estimado anteriormente representa 246%⁷.

Además de todas las implicaciones redistributivas que estas cifras señalan, también indican que medidas de apertura en este mercado contribuirían sustancialmente a elevar la efectividad del gasto público. Esto último puede aproximarse planteando la cuestión de qué proporción del gasto público destinado al sector de Industria y Comercio estaría destinándose al desmantelamiento de los esquemas de protección en el sector azucarero. De allí sería ilustrativo estimar que tan rentable resulta para la sociedad invertir en ese tipo de políticas.

Tabla 1

⁶ Se toma como referencia una reducción de 15% en el precio de venta del azúcar para consumo doméstico, pues si bien se trata de un margen de disminución apreciable, representa una pequeña porción del diferencial entre el precio de venta al público y el precio de exportación.

⁷ Las cifras de Gasto Público del Gobierno Central Clasificado por sector se obtuvieron de la publicación Secretaría de Planificación y Programación. *Gasto Social del Gobierno Central 1990-1998*. Guatemala, Enero de 1999.

Estimación del ahorro para los consumidores resultado de una reducción en el precio de venta del azúcar en el mercado local

Valor de las exportaciones de azúcar para 1998 (MM US\$) ⁽¹⁾	265
Volumen de exportaciones de azúcar para 1998 (MM TM) ⁽²⁾	1,38
Volumen de consumo interno de azúcar para 1998 (TM) ⁽³⁾	405.000
Precio de exportación en \$/TM	192,03
Precio de exportación en quetzales/Kg. ⁽⁴⁾	1,229
Precio al consumidor en quetzales/460gr. ⁽⁵⁾	1,6
Precio al consumidor en quetzales/Kg.	3,478
Precio al consumidor/precio de exportación	2,83
Ahorro que se produciría de reducir el precio de venta del azúcar destinado al consumo doméstico en 15%	156.365.217

FUENTES:

⁽¹⁾ Banco de Guatemala 1997, citado en Bühlmann, M. & Ruata, E. Diagnóstico del Cluster de Azúcar en Guatemala.

⁽²⁾ Resultado de la zafra, ASAZGUA, citado en Bühlmann, M. & Ruata, E. Diagnóstico del Cluster de Azúcar en Guatemala.

⁽³⁾ Quarterly Market Review, International Sugar Organization, May 1998, citado en Bühlmann, M. & Ruata, E. Diagnóstico del Cluster de Azúcar en Guatemala.

⁽⁴⁾ La conversión de US\$ a quetzales se realizó considerando el tipo de cambio promedio de venta del mercado cambiario para 1998, de 6,40 quetzales/\$. Banco de Guatemala, Departamento de Estadísticas Económicas. Indicadores de la Actividad económica. Guatemala, Abril de 1999.

⁽⁵⁾ Ministerio de Economía, DIACO. Cuadro Comparativo de precios de la canasta básica por mes. 1998. Cálculos propios

Caso 7: las restricciones no arancelarias al comercio como mecanismos que eliminan la competencia en los mercados

MARCO DE ANÁLISIS

Las restricciones no arancelarias al comercio constituyen barreras a la entrada a los mercados. Este tipo de medidas usualmente genera incentivos para conductas de *rent seeking* y en consecuencia producen desviaciones de recursos dentro de las economías. Para entenderlas como barreras a la entrada a los mercados debe tenerse en cuenta que las restricciones cuantitativas a la importación de insumos o bienes finales, así como la presencia de altos aranceles específicos, puede significar una limitación en la producción o una elevación significativa en la estructura de costos de un nuevo participante, persuadiéndolo de no ingresar al mercado.

Ha sido frecuente, dentro de los análisis de procesos de apertura, encontrar que aquellos sectores que han disfrutado de protecciones no arancelarias por extensos períodos de tiempo presentan estructuras de mercado sumamente concentradas a la par que una incidencia importante en la definición de las políticas que afecten su desempeño económico. Las políticas de competencia habrían de proponer en principio la minimización en la utilización de estas medidas de políticas públicas. En todo caso, sectores que presentan estas características generalmente presentan mercados muy ineficientes en términos de ofrecer precios altos, baja calidad de los productos, pocos servicios de venta, y muy bajos índices de innovación e introducción de productos.

EXPOSICIÓN DE LOS CASOS

Dentro de la cadena de distribución y comercialización de alimentos, se ha detectado siete casos de productos que están sometidos a barreras no arancelarias, ya sea bajo la forma de cuotas, contingentamientos o restricciones sanitarias o fitosanitarias.

Las barreras no arancelarias pueden constituir políticas públicas endógenas en mercados domésticos muy concentrados, en los cuales el poder económico de las empresas participantes pueda equivaler al poder político. Los desarrollos de políticas comerciales endógenas⁸ señalan que mercados con esas características son fuertemente golpeados por los procesos de reforma. En ese sentido, los sectores en los cuales persisten estas medidas no han completado sus proceso de apertura. Siendo que el incentivo para mantener esas protecciones es

⁸ El concepto de protección endógena establece que es la estructura de la industria y los grupos de interés pertenecientes a la misma los que determinan y/o influyen el nivel de protección comercial del cual se beneficia. Esta situación origina un proceso de negociación entre la industria y el Estado que tiene lugar debido al poder que una determinada estructura de mercado puede otorgar a la industria; poder que se incrementa en la medida que la industria esté conformada por un pequeño número de empresas líderes (i.e. altos índices de concentración) con suficiente capacidad para organizarse y así alcanzar un determinado nivel de protección. Trefler, D. "Trade Liberalization and the Theory of Endogenous protection: an Econometric Study of U.S. Import policy". *Journal of Political Economy*. Vol. 101, No. 1 (1993). Mayer, W. "Endogenous Tariff Formation". *American Economic Review*. Vol. 74, Diciembre 1984.

precisamente la protección frente a la competencia de productos importados, es claro que la profundización del proceso de apertura tendrá impactos directos en cuanto a la diversificación de la oferta y la consecución de mayores niveles de competencia.

Las características de los mercados dentro de los cuales se identificaron estas barreras al comercio, corresponden con mercados en los que participan una muy pocas empresas con reconocido poder económico y político. El elemento más importante que motiva esta reflexión, es el hecho de que las cadenas de comercialización locales están convencidas de que la remoción de las barreras al comercio en estos mercados seguramente impulsará la entrada de productos importados competitivos con la producción local.

La inherencia que tiene la política de competencia en estos análisis, es que a través del diagnóstico sobre la dinámica de competencia en los mercados, se aprecia que la ausencia de competencia actual y potencial responde a la permanencia de restricciones al comercio. Esto resulta en la identificación de los beneficios que la sociedad está dejando de percibir, y de allí que se ponga en tela de juicio tanto el impacto en términos de eficiencia como en términos redistributivos que puede tener la política pública que restablezca mejores condiciones de competencia.

Vale la pena señalar que esta investigación comenzó siguiendo la hipótesis de que en mercados de consumo masivo, el impulso de la reforma comercial se ve frenado por la existencia de trabas dentro del canal de distribución. Sin embargo, la explicación de ello, respecto a los mercados que se analizan a continuación, no tiene relación con los canales de distribución sino con el acceso al mercado para productos competidores.

A continuación se señalan los mercados respecto a los cuales las empresas comercializadoras señalan que se incrementaría el número de competidores en caso que se completara el proceso de apertura comercial. De ocurrir este proceso es evidente la disminución en los precios de los rubros afectados por estas medidas.

- Pasta: existen varias marcas en el mercado pero prevalece un fabricante, el cual está integrado verticalmente con el grupo económico que controla los suministros de harina de trigo. A decir de las fuentes de información consultadas, el producto nacional es de baja calidad y de abrirse el acceso a la materia prima se podría impulsar la entrada de nuevas marcas a este mercado.
- Trigo: en Guatemala se produce trigo en un volumen que se corresponde con el 10% de las necesidades de consumo. La variedad de trigo que se produce en las zonas altas, no es apta para la producción de harina, y en consecuencia debe mezclarse con trigo importando para el procesamiento industrial, en el país existen 14 empresas que disfrutaban de licencias de importación de trigo. Sin embargo estas empresas cerraron y le venden sus cuotas de importación a una de ellas. De esta manera esa única empresa que concentra el flujo de comercio de trigo, determina las condiciones de intercambio en los mercados aguas abajo.
- Pollo: en este mercado existen dos empresas que abastecen el mercado local. En ese sector, a pesar de que no hay suficiente producción doméstica para abastecer el mercado, rige un esquema de cuotas de importación, las cuales son asignadas a las dos empresas que producen localmente. Una de estas empresas pertenece al mismo grupo económico que controla el mercado de trigo.
- Arroz: existe una sola procesadora importante localmente, la cual es propietaria de las marcas más importantes. Existen otras marcas de arroz, que no representan una fuente de competencia importante para las marcas de la empresa predominante. Al igual que en otros mercados que se han descrito, la empresa local de mayor tamaño tiene asignada la cuota de importación que rige para este producto.
- Licores: dentro del mercado local la única distribuidora de productos alcohólicos controla el mercado de importación a través de licencias de importación.
- Cerveza: existen restricciones a la importación de cerveza proveniente de Centroamérica. Las licencias de importación que existen para productos fabricados en otras regiones se encuentran bajo la titularidad de la cervecera local.

Caso 8: Barreras de entrada generadas por regulaciones sobre estándares de calidad y certificación de productos: el caso de la Ley General de Enriquecimiento de Alimentos

Las regulaciones gubernamentales sobre estándares de calidad y certificación de productos para su comercialización y distribución, persiguen como objetivos primarios la protección de los consumidores y el seguimiento de estándares de calidad en procesos de transformación ulteriores. Esos objetivos se cumplen a través de la normalización de componentes y procedimientos que se consideran aptos para los mercados domésticos. Sin embargo, en mercados muy concentrados pueden utilizarse estas medidas como protecciones frente a la entrada de productos importados, o bien respecto a la introducción de nuevas tecnologías o nuevos productos. Este tipo de barreras a la entrada en los mercados puede estar justificado por razones de interés general, pero dependerá de cómo estén diseñadas podrán cumplir ese objetivo o sobrepasarle y convertirse en costos para la sociedad. El aspecto que se refiere a la posibilidad de que estas regulaciones sean instrumentos de protección logrados a través de procesos de negociación política es materia de un debate separado, pero que

siempre debe tomarse en cuenta a la hora de evaluar el proceso de apertura económica. En cuanto a los aspectos técnicos, el cómo se pongan en práctica los criterios de normalización puede implicar soluciones más o menos eficientes.

EXPOSICIÓN DEL CASO

En 1995, mediante Decreto No. 44-92 se decretó la Ley General de Enriquecimiento de Alimentos, la cual establece en su artículo 1 que es obligatorio el enriquecimiento, fortificación o equiparación de los alimentos necesarios para suplir la ausencia o insuficiencia de nutrientes en la alimentación habitual de la población. Con base en el articulado esta ley, se han dictado el Acuerdo Gubernativo Número 496-93 contentivo del Reglamento para la Fortificación de la Sal con Yodo; el Acuerdo Gubernativo Número 497-93 referente al Reglamento para la Fortificación del Azúcar con Vitamina "A", y el Acuerdo Gubernativo Número 498-93 contentivo al Reglamento para la Fortificación de la Harina de Trigo.

Los reglamentos que se han citado, contienen disposiciones relacionadas con el ingreso de importaciones de los tres rubros que rigen respectivamente. Con fines de referencia se cita de seguidas el artículo 6 del Reglamento referente a la fortificación de la harina de trigo.

"Para permitir el ingreso de Harina de Trigo al país, debe acompañarse certificado de pureza y libre venta con su pase legal respectivo autorizado por la Oficina Sanitaria Oficial del país de origen. Antes de proceder a la comercialización de Harina importada, debe ser consignada a una almacenadora fiscal hasta que el Departamento de Registro y Control de Alimentos certifique su calidad y que se cumple con lo dispuesto en la Ley y este Reglamento sobre su enriquecimiento con hierro, equiparación de los demás micronutrientes mencionados en el artículo 2°. Con empaque y etiquetado. Una vez certificado lo anterior, el Departamento de Registro y Control de Alimentos, con el aval de la Comisión Nacional para la Fortificación, Enriquecimiento o Equiparación de Alimentos, autorizará la liberación del lote, si no llena los requisitos, quedará afecta a lo dispuesto en el Artículo 7° de este Reglamento."

El diseño de estas medidas implica que los productos que no cumplan desde sus países de origen con las condiciones de certificación, no pueden entrar al mercado de Guatemala. Esta medida inhibe la posibilidad de que importadores locales puedan introducir mercaderías para ser fortificadas internamente, y una vez cumplido ese proceso, seguir el proceso de autorización y certificación que siguen los productos que egresan de las fábricas nacionales. Esto elimina la posibilidad de que los mercados internacionales de sal, azúcar o harina de trigo puedan ser alternativas para cualquier potencial comprador de estos productos, que estuviera dispuesto a realizar las inversiones que se requieren para cumplir los procesos de fortificación internamente.

En caso que los precios en los mercados internacionales de productos no fortificados, sumándoles el costo de la fortificación dentro de Guatemala resultasen en alternativas más baratas para los consumidores, esta normativa impediría que tales beneficios llegaran a los consumidores guatemaltecos. De esta manera las opciones de participar en este mercado se plantean a través de la producción doméstica o la importación de productos ya fortificados, aún cuando esta obligación no es aplicada en muchos países exportadores de los bienes en cuestión. Es claro que la supresión de una de las formas de entrada al mercado puede significar un alto costo de oportunidad.

Un elemento adicional sobre este particular ha sido señalado por diversas fuentes de información. La percepción generalizada acerca de porqué las estructuras de los mercados de sal, harina y azúcar permanece concentrada y cerrada a las importaciones, aún cuando los precios de los productos importados sean mucho menores a los precios internos, señala que la causa de tal situación es la existencia de las disposiciones sobre fortificación.

B. SITUACIONES QUE PODRÍAN CORREGIRSE MEDIANTE LA ADOPCIÓN DE UNA LEGISLACIÓN SOBRE LIBRE COMPETENCIA

Dentro de este ejercicio de análisis de las condiciones de competencia que prevalecen para la realización de negocios en la economía de Guatemala, se han identificado algunas situaciones en las cuales existen restricciones a la competencia, o situaciones que contravienen la libertad económica, que son desarrolladas por particulares. En la mayor parte de esos casos se ha visto que la ocurrencia de esas conductas es favorecida o alentada por diferentes intervenciones del Estado. Independientemente de las acciones que puedan adelantarse para cambiar el enfoque de la intervención del estado en la economía, las conductas de los particulares pueden ser reorientadas a través de la implantación de sistemas de reglas de juego apropiados.

Las reglas de juego que están acorde con un clima de negocios más competitivo comprenden por una parte regulaciones en materia de libre competencia, y por la otra una legislación moderna de protección al consumidor. La primera de ellas estaría llamada a corregir situaciones en las cuales los agentes económicos levantan obstáculos para la entrada de competidores, o bien hacen un ejercicio de poder de mercado que disminuye las alternativas presentes en el mercado para los consumidores, o activa un resultado de

redistribución de recursos que reduce el bienestar de los consumidores. La segunda de estas legislaciones permitiría la consecución de mayor transparencia en el mercado y mayor efectividad en la disponibilidad y acceso a la información por parte de los actores económicos.

En adelante se expone un caso cuyos rasgos más importantes se desprenden de documentaciones públicas y que no compromete información confidencial.

Caso 9: El poder de negociación de GRETEC impone un costo equivalente 5% del precio de la gasolina para los consumidores

El sector de comercialización de combustible en Guatemala cuenta con la participación de seis empresas, cuya participación en cuanto a capacidad instalada para la comercialización se distribuye de la siguiente manera: Esso 17,2%; Shell 40,7%, Texaco 35,2%, 5a Compañía 4,1%, Alka Wenker 0,8% y Liquisa 2,0%⁹.

A nivel de distribución, las empresas que realizan esta actividad están agrupadas en la Gremial de Transporte Especializado de Combustible (GRETEC). Asimismo se identificaron barreras a la entrada consistentes en la aplicación de subsidios al diesel empleado en el transporte de carga y de pasajeros, y exoneraciones en los derechos de importación de repuestos para las unidades de transporte.

GRETEC agrupa toda la capacidad instalada especializada y autorizada a realizar el transporte de combustible. Al mismo tiempo, esta entidad concentraba y utilizaba un gran poder político dentro de las negociaciones que se producen en este mercado, recurriendo incluso a huelgas y paralizaciones que le daban mayor ascendencia sobre las regulaciones o decisiones que se acordaran para el sector. Esto ha resultado en la obtención de márgenes por distribución sumamente elevados frente a los cuales las empresas transformadoras no podían interponer ninguna posibilidad de negociación. Para ilustrar este punto puede mencionarse que el flete entre el Puerto de San José y la Ciudad de Guatemala era de 33 centavos/galón. Un independiente estaba ofreciendo a la industria la prestación del mismo servicio por 14 centavos/galón. Eso significa, que sería posible manejar el volumen de negocios a través de canales que con la misma calidad y siguiendo planes de mayor eficiencia en el uso de las unidades de transporte, podrían reducir el costo del transporte de combustible en más de un 55%. Siendo que el costo de transporte para las empresas de mayor tamaño representa el 5% del costo de la gasolina, la posibilidad de negociar fuera de los canales controlados por GRETEC podría conllevar un ahorro equivalente al 2,75% del valor total del consumo de combustibles en Guatemala.

Dentro de esta industria se han hecho intentos por parte de las empresas transformadoras para mejorar aspectos como los estándares de seguridad. Otro aspecto muy relevante es que se han hecho estudios para aumentar la eficiencia de la distribución. GRETEC contrata los volúmenes de combustible y asigna flotas de 120 camiones, por ejemplo. Cada uno de esos camiones realiza 2 ó 3 viajes semanales. Si se planificara la utilización eficiente de unidades de mayor tamaño que realizaran 6x2 viajes semanales, se requeriría una flota de 25 unidades.

Estas condiciones sub-óptimas en las que está operando el sistema de distribución permanecen en virtud del poder de mercado que mantiene GRETEC, el cual ha sido soportado en diversas regulaciones. De adoptarse una legislación de competencia, estas situaciones podrían ser sancionadas. El punto más importante es que las situaciones en las cuales un particular puede imponer las condiciones de contratación y de entrada al mercado podrían ser suprimidas en virtud de que constituirían prácticas de abuso de poder de mercado.

Las disposiciones sustantivas según las cuales podrían sancionarse estas conductas abarca la sanción de acuerdos entre competidores para los transportistas agremiados en GRETEC, que tienen por objeto la fijación de precios, la asignación de mercados y la limitación de la oferta. Por otra parte, podría sancionarse la figura de decisiones colectivas tomadas en el seno de una asociación con fines anticompetitivos. Otro supuesto sustantivo que podría sancionarse es la realización de conductas que limitan la entrada o permanencia de empresas al mercado de distribución de combustible.

En este caso aparecen aspectos novedosos para el análisis. La posibilidad de sancionar a la central de transporte tendría un impacto directo en los costos de distribución que podrían transferirse a los consumidores. Adicionalmente, la incorporación de nuevos activos y la actualización tecnológica, combinado con un uso más eficiente de los activos incorporados en este mercado, representan ganancias en eficiencia y bienestar objetivas y significativas.

III. CONSIDERACIONES FINALES

- El primer elemento que asoma después de esta exposición es la necesidad de revisar el marco institucional que afecta la conformación y funcionamiento de los mercados en la economía de Guatemala. Son diversas las formas de intervención del Estado que propician situaciones costosas en términos de competitividad y

⁹ Fuente: Departamento de Transformación y Distribución. Dirección General de Hidrocarburos, Ministerio de Energía y Minas.

transparencia en el funcionamiento de los mercados. Esa diversidad impone necesariamente múltiples objetivos y una variedad de instrumentos de políticas públicas necesarios para corregir esas situaciones.

- En muchos casos los objetivos de lograr mercados caracterizados por dinámicas de competencia sana y transparente coexisten con otros objetivos de interés general, como es el caso de seguridad y salubridad. De allí que la revisión del marco institucional implica la introducción de instrumentos que permitan armonizar diversos objetivos de políticas públicas.
- El marco regulatorio respecto a sectores específicos, como es el caso de telecomunicaciones, revela la necesidad evidente de acompañar regulaciones sectoriales específicos con reglas generales de competencia que permitan una mejor supervisión de los agentes económicos y una intervención más acertada en términos de los esquemas de incentivos que permitirán la sostenibilidad de esquemas de apertura y competencia.
- La introducción de la política de competencia dentro del marco institucional que rige la economía guatemalteca, permitirá complementar y profundizar el proceso de apertura comercial, mediante la revisión de barreras de acceso de los mercados.
- La revisión del marco institucional conlleva beneficios para toda la sociedad. Por una parte, se generarían los beneficios inherentes al proceso de competencia (mejores precios, calidad y diversidad de productos, inversiones, desarrollo tecnológico), y por otra, la eliminación de fricciones y otros costos que introducen regulaciones excesivas o inadecuadas.
- El diagnóstico que se presenta también sienta algunos precedentes en cuanto a la necesidad de adoptar la política de competencia a través de una entidad con suficiente poder de investigación e inserción dentro de la discusión de políticas públicas. Este aspecto implica, de salida, la constitución de una entidad de competencia con autonomía funcional y con controles jurisdiccionales adecuados para darle fuerza a su actuación sin restarle fluidez y transparencia a las funciones que ha de desempeñar.

PROPOSED CHANGES IN BRAZIL'S ANTITRUST LAW

By: Russell Pittman¹

e-mail: Russell.Pittman@usdoj.gov

The modern era in Brazilian antitrust enforcement began with the enactment of Law 8.884/94 in 1994, which changed the Administrative Council for Economic Defense, CADE, from essentially a price control agency into a modern and relatively independent antitrust tribunal.² A number of respected antitrust scholars and practitioners were subsequently appointed to CADE, and the agency was widely regarded as achieving a high level of dialogue and deliberation. CADE decisions not to challenge certain high-profile mergers so long as certain conditions were met -- for example, in toothpaste (Colgate/Kolynos) and beer (Brahma/Antarctica) -- were broadly debated and subject to both praise and criticism.

It has been clear since 1994, however, that the law contains several provisions which hamper rather than help antitrust enforcement. The terms of members of CADE -- two years, with only one renewal possible - - are too short for commissioners to build up expertise, to consider significant policy changes, or to leave a coherent legacy. The structure of investigation and enforcement is almost uniquely unwieldy: most cases are investigated in both a unit of the Ministry of Finance (the Secretariat for Economic Monitoring, SEAE) and a unit of the Ministry of Justice (the Secretariat of Economic Law Enforcement, SDE), before coming to CADE, where they are often reinvestigated, sometimes by both the Office of the Attorney General and the staff of the commissioner to whom the case is assigned. Contrary to the practice that is becoming established in the rest of the world, mergers and acquisitions may be reported to CADE after their consummation rather than before. The provisions for cartel enforcement were weak, as were the powers of the agencies to demand information from private parties.

The past two years have seen Directives of the Ministries of Finance and Justice that have begun to address some of these problems. First, the investigative powers of the antitrust units of the two ministries, SEAE and SDE, were considerably beefed up. SEAE and SDE now have significantly greater power to insist upon compliance with their information demands, including, for SDE, the ability to physically search the premises of enterprises that refuse to cooperate. Second, a corporate leniency program was instituted for the detection and prosecution of hard-core cartels.

This second development may merit a bit of explanation. The U.S. Department of Justice instituted a corporate leniency program in 1978 in an attempt to tempt members of cartels into confessing and cooperating with the government: the first member of any cartel which confessed its involvement to the government before an investigation was under way would be eligible for a reduction or elimination of criminal prosecution. This program was not particularly effective. However, changes made in the program in 1993 resulted in dramatic increases in leniency applications and cartel detection, particularly large international cartels. Three program changes are believed by enforcers to be most responsible for the increased effectiveness of the program:

- Complete amnesty from criminal prosecution is *automatic* to the first member of the cartel to apply for amnesty if the government has not begun an investigation. That is, in this area prosecutorial discretion is completely abandoned.
- Complete amnesty is available, though not automatic, if a company is the first to come forward after an investigation has begun. In practice this complete amnesty is virtually automatic as well.
- If a corporation qualifies for amnesty, all officers of the corporation who come forward with the corporation also receive amnesty.

¹ The author is Director of Economic Research and Director of International Technical Assistance in the Economic Analysis Group of the Antitrust Division, U.S. Department of Justice. The opinions expressed here are those of the author, and do not necessarily represent the views of the U.S. Department of Justice. The author is grateful for helpful comments from Carla Lobão and Paulo Corrêa, but they are not responsible for any opinions or remaining errors.

² See, e.g., John Clark, "Competition Policy and Regulatory Reform in Brazil: A Progress Report," *OECD Journal of Competition Law and Policy* 2:3 (September 2000).

A fourth component of the program that is likely central to its effectiveness is the severity of the criminal sanctions that may be imposed on companies and individuals found guilty of engaging in cartel behavior.³

In 1996, the competition enforcers of the European Union adopted their own leniency policy. This policy is somewhat similar to the earlier US policy, in that the first violator confessing to the authorities is eligible for reductions of varying degrees in the level of fines imposed (the EU itself does not punish cartel participants criminally), but can never be certain of receiving complete amnesty from punishment.⁴

The new Brazilian leniency program is in fact somewhere in between the US and EU programs (though it was explicitly modeled on the US program). The program provides full immunity -- from both imprisonment and criminal fines -- to the first violators to confess to the government if no investigation has begun. However, even if an investigation has begun, immunity from personal imprisonment is still guaranteed; criminal fines may be reduced even if they are not eliminated. The program seems well designed, but it is not likely to be effective in the detection and prevention of cartel behavior until the punishment from which it offers amnesty is severe enough -- that is, until the criminal punishment available for cartel enforcement in Brazil becomes common enough to be feared by violators.

A new set of amendments to the competition law is now before the Brazilian legislature. These proposed amendments were the subject of a recent international conference organized by SEAE, SDE, CADE, and the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). There is some concern that the Brazilian legislature, preoccupied with other business, will not consider these amendments this year, and of course there is always the possibility that the amendments will be significantly changed in the course of enactment. Nevertheless it is useful to consider the four most important changes that would result in Brazilian antitrust enforcement from the amendments as currently drafted.

First, the parties to a merger, acquisition, or other concentration would be required to notify the government in advance of the transaction, rather than, as now, "no later than fifteen business days after the occurrence thereof."⁵ Merger prenotification requirements are so clearly beneficial to competition and to competition law enforcement that they have become the rule rather than the exception in antitrust laws throughout the world.⁶ Such requirements offer the following advantages:

- By allowing the competition agency to consider the competitive implications of the proposed transaction before rather than after it takes place, they allow any necessary remedies to be preventive rather than remedial, hence typically much more straightforward.
- They usually are set up to provide incentives for the merging parties to cooperate with enforcers in providing the information necessary for the investigation. The more timely the company's cooperation, the more timely the decision making of the agency.
- At the same time, they usually provide deadlines for agency deliberations to be completed, thus providing businesses with some assurance that their transactions will not be excessively delayed.
- They are often accompanied by filing fees which accrue directly or indirectly to the operating budget of the agency. As these fees are a sort of "user fee" for the government investigation called forth by the merger proposal, they may be a relatively non-distorting source of public finance.

What is especially interesting in the Brazilian case is that the old, "postmerger" notification requirements, are sufficiently vague and difficult to interpret that Brazilian businesses seem to be supporting the proposed shift to premerger notification. There has been a great deal of confusion and contention regarding the exact moment of the "occurrence" of the merger, hence the moment at which the fifteen day "clock" begins to toll. As currently interpreted by the agencies, it may be that this "occurrence" takes place at the moment that serious merger negotiations between the parties *begin* -- hence the common statement in the Brazilian bar that

³ For a detailed discussion of the program, see Scott Hammond, "Detecting and Deterring Cartel Activity Through an Effective Leniency Program," remarks presented at the International Workshop on Cartels, Brighton, England, November 2000, available at www.usdoj.gov/atr. A good example of the program in action is described in Douglas Frantz, "Secret Partners: The Unraveling of a Conspiracy: Files of Ex-Christie's Chief Fuel Inquiry Into Art Auction," *New York Times*, October 8, 2000.

⁴ Lidwyn Brokx, "A Patchwork of Leniency Programmes," *European Competition Law Review* 2 (2001), 35-46.

⁵ Article 54, Paragraph 4.

⁶ See, e.g., *Survey of Worldwide Antitrust Merger Notification Requirements*, Washington, DC: White & Case, 1998.

“we already have premerger notification requirements”. Amendments that imposed formal premerger notification requirements but also clarified that the triggering “occurrence” was the reaching of a formal merger agreement would bring Brazilian practice up to world standards.

Second, the proposed amendments would follow US enforcement practice (and again, evolving world enforcement practice) in making classic, hard-core horizontal cartel behavior such as price fixing, big rigging, and customer and territorial allocations *per se* illegal rather than subject to rule-of-reason investigation. Current cartel enforcement in Brazil is under Article 20.I and 20.II of the law, which prohibit “collusion” and “concerted business practices” “among competitors”, but in the context of the broader language of Article 20 which prohibits practices that “limit, restrain, or in any way injure open competition” or involve “control [of] a relevant market of a certain product or service.” This broader language has been interpreted as requiring a demonstration of the harmful impact to competition of an agreement before it may be termed illegal: i.e., a rule-of-reason analysis.

The proposed amendments would make clear that cartel agreements, as *per se* violations of the law, require demonstration of the agreement but not of its harmful effects. As mentioned, this would move Brazilian enforcement in the same direction as other enforcement agencies around the world are moving. However, there is serious uncertainty as to whether this portion of the amendments will be enacted, because of concerns that *per se* enforcement of *any* antitrust provision may be contrary to the Brazilian constitution. Article 173, paragraph 4 of the constitution provides that “the law shall repress the abuse of economic power that aims at the domination of markets, the elimination of competition and the arbitrary increase of profits.” By definition, proof of a *per se* offense requires no showing of the presence of “economic power.” Thus it is not clear that *per se* enforcement would withstand a constitutional challenge.

Third, the proposed amendments would lengthen the term of CADE commissioners from two years to five years. As suggested above, this change would likely result in a significant improvement in the ability of CADE commissioners to develop their own enforcement philosophies and to craft and effect policy changes where appropriate. Commissioners could not be appointed to second terms, however.

Finally, the proposed amendments would seek to simplify the structure of Brazilian antitrust investigation and enforcement. The economic investigative agency SEAE, the legal investigative agency SDE, and the tribunal CADE would be combined into a single body called the National Agency for Consumer Protection and Competition (ANC). Whether such a structure would turn out to more closely resemble that of the US Federal Trade Commission -- where the tribunal relies heavily on the information and analysis of the investigative sections of the agency as the basis for its own decision -- or that of, for example, the Romanian Competition Council, which was intended by the drafters of the competition law to rely similarly on investigations of the Competition Office, but in practice does its own investigations, as CADE does today -- may be as much a matter of personnel and execution as of system design. It also remains to be determined, even in the draft amendments, whether this new ANC would be related to the Ministry of Finance (current home of SEAE) or the Ministry of Justice (current home of SDE).

The amendments as currently crafted appear to offer the prospect for significant improvements in Brazilian antitrust enforcement. Certainly a CADE with commissioners unable to succeed themselves will be stronger if its members are experienced antitrust professionals, and steps along these lines are already being taken, as during the conference it was announced that the government’s nominees to fill the two currently vacant CADE seats are Carla Lobão, a former CADE staff attorney currently in private practice in Brasilia, and Paulo Corrêa, currently deputy secretary of SEAE.

EN BREVE

**Boletín Informativo
de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, Pro-Competencia.
15 de mayo de 2001. Año 2. N° 16**

Superintendencia Pro-Competencia

Parque Central. Torre Este. Nivel Lecuna. Piso 19
Av. Lecuna. Caracas 1010. Venezuela
Tel/fax: (58.212) 509.0555 - 509.0577 - 509.0589

Web: www.procompetencia.gov.ve

E-mail: info@procompetencia.gov.ve

En este número:

- Editorial: La Ley Antimonopolio y la autonomía de Pro-Competencia
- Legislación: La libre competencia en el sector de hidrocarburos gaseosos
- De interés: Nuevas normas para la revisión de expedientes
- Corte ratifica decisión de Pro-Competencia
- Opinión: Convenios de cooperación y competencia

Jefe de Prensa:

José Luis Briceño

Coordinadora de Información:

María Antonieta Magaldi

Colaboraron en este número:

Mónica LLerena

Marion Barrios

Cira Ugas

LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS ABUSIVES EN EUROPE* 1999 - 2000

Par: Pierre Arhel**

e-mail: pb.arhel@frgateway.net

Le présent article montre que la législation applicable aux discriminations abusives fait l'objet d'un double développement : d'une part le droit communautaire libéralise les pratiques des entreprises jusqu'au seuil de part de marché de 30 %. D'autre part, le Gouvernement français, tirant les enseignements de la spécificité des comportements commerciaux qui prévalent dans la grande distribution en France, renforce sensiblement les dispositions permettant de lutter contre les discriminations abusives. L'article montre également la richesse des développements jurisprudentiels en la matière ; cependant, si les autorités de concurrence et les juridictions font une large application du droit de la concurrence, les interdictions comportent plusieurs limites.

Les législations européennes de la concurrence permettent en principe aux opérateurs économiques de négocier librement les différents éléments des transactions commerciales. Les discriminations, qui ne sont que le corollaire du commerce et de la négociation sont donc également autorisés. Certains comportements peuvent cependant dégénérer et donner lieu à des discriminations abusives. Les règles traditionnelles du droit de la concurrence permettent de lutter contre ces discriminations lorsqu'elles sont la manifestation d'une entente ou d'un abus de position dominante. La Communauté européenne et la plupart des Etats membres se sont dotés de telles règles. Celles-ci ont été, dans certains Etats membres, complétées par des règles permettant d'appréhender les pratiques même lorsqu'elles sont le fait d'entreprises ne détenant pas une position dominante ou n'affectent pas le marché pris dans son ensemble ou ne résultent pas d'une concertation.

Ces règles ont fait, au cours des deux dernières années ⁽¹⁾, l'objet de nombreux développements d'ordre tant législatif que jurisprudentiel, que l'on examinera de façon successive.

I. - Les développements d'ordre législatif

La période de référence a été marquée par deux développements majeurs : la réforme communautaire des restrictions verticales et, au niveau national, les Nouvelles Régulations Economiques.

A. - La réforme communautaire des restrictions verticales ⁽²⁾

La Commission Européenne a adopté, le 22 décembre 1999, un règlement d'exemption par catégorie couvrant la plupart des restrictions verticales auxquelles recourent les entreprises détenant une part de marché ne dépassant pas 30 % ⁽³⁾. Il convient dès lors d'examiner les règles applicables en dessous et au-dessus de ce seuil.

1) Entreprises détenant une part de marché ne dépassant pas 30 %

Lorsque le seuil de 30 % n'est pas dépassé, les discriminations sont couvertes par le règlement de 1999 puisqu'elles ne figurent pas dans la liste noire des quelques pratiques, visées à l'article 4, qui sont exclues du bénéfice de l'exemption par catégorie (prix fixes et prix minimum imposés, protection territoriale absolue, etc.). Elles ne sont même pas visées par l'article 5 qui soumet l'exemption à certaines conditions. La Commission avait envisagé de reprendre dans le règlement les conditions de licéité de la distribution sélective prévues par la jurisprudence (critères de sélection objectifs et uniformes, appliqués de façon non discriminatoire ⁽⁴⁾), mais elle

* Première publication : Petites affiches 5 févr. 2001, n° 25 (Paris)

** Docteur en droit Chargé d'enseignement à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

¹ Un premier bilan, portant sur les années 1997 et 1998 a été publié dans la Revue du Marché Commun n° 431 de sept. 1999

² Sur cette question, voir P. Arhel, La pratique des accords de distribution, 2^{ème} édition, 2000, EFE/LGDJ, préf. L. Vogel, à jour de la réforme sur les restrictions verticales

³ JOCE, n° L 336, 21 déc. 1999; comm. S. Poillot Peruzzetto, Rev. trim. de dr. com. 2000, n° 1; P. Arhel, Petites Affiches 7 janv. 2000, n° 5, Les restrictions verticales : une réforme en profondeur; F. Delbarre et D. Redon, BRDA 15 févr. 2000, p. 11, Exemption des accords verticaux; L. Idot, Europe, févr. 2000, p. 203; C. Henin et D. Delesalle, La modernisation des règles communautaires de la concurrence : les accords verticaux, Petites Affiches, 22 mars 2000, n° 58, p. 6; C. Halimi-Dechelette, La réforme du droit communautaire des restrictions verticales à la concurrence, Contrats, conc. consom. avr. 2000, p. 4; Global Competition review, févr. Mars 2000, p. 32; voir également, sur les restrictions verticales, M. BÉHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, Les contrats de distribution, 1999, LGDJ

⁴ Communiqué. 30 sept. 1998, sur l'application des règles de concurrence communautaires aux restrictions verticales [suivi du Livre vert sur les restrictions verticales], spéc. point 22 ; JOCE, n° C 365, 26 nov., COM [1998] 544 final ; Communiqué de presse Comm. CE n° IP/98/853 du 30 sept. 1998, BRDA 21/1998, p. 16, obs. D. Redon, Contrats, conc., consom., janv. 1999, p. 16, obs. S. Poillot-Peruzzetto, DPDA 18 nov. 1998, bull. 132, p. 6667 ; P. STORRER, Restrictions verticales, pouvoir de marché et sécurité juridique, Bull. actualités Lamy dr. éco., déc. 1998 ; L. DE MONTBLANC et M. KOEHLER DE MONTBLANC, Droit de la concurrence, vers une révolution, Act. fid., juill. 1999, n° 831 ; J.-B. BLAISE et L. IDOT, obs. RTD eur. 1999. 271

y a finalement renoncé. Par ailleurs, la définition que l'article 1d du règlement de 1999 donne de la distribution sélective ne reprend pas ces conditions de licéité. On notera notamment avec intérêt qu'il n'y est pas fait référence au caractère objectif des critères de sélection ; il est indiqué en effet que les distributeurs sont sélectionnés sur la base de critères « définis ». Ce choix terminologique confirme l'approche libérale adoptée par la Commission. On rappellera à cet égard que les autorités de concurrence et tribunaux admettent en général que la condition d'objectivité implique que les critères de sélection soient suffisamment précis pour prévenir les discriminations dans la mise en œuvre des critères⁽⁵⁾.

Les opérateurs économiques bénéficient ainsi d'une grande liberté. Celle-ci comporte cependant une double limite : d'abord, le règlement de 1999 prévoit la possibilité de retirer le bénéfice de l'application du règlement lorsque l'accès au marché en cause, ou la concurrence sur celui-ci, est restreint de façon significative par l'effet cumulatif de réseaux parallèles de restrictions verticales similaires pratiquées par des fournisseurs ou des acheteurs concurrents. Les autorités chargées d'appliquer cette disposition seront attentifs aux discriminations dans la mesure où ces pratiques peuvent avoir des incidences sur l'accès au marché et sur la concurrence. Mais surtout, plusieurs Etats membres sont dotés d'une réglementation permettant de sanctionner les discriminations même si elles ne résultent pas d'une entente ou d'un abus de position dominante. Tel est le cas de la France et du Portugal. Pour ce qui concerne la France, on verra que le projet de loi sur les Nouvelles Régulations Economiques envisage d'étendre cette réglementation particulière (cf. infra).

2) Entreprises détenant une part de marché supérieure à 30 %

Au dessus du seuil de 30 %, il convient de se référer non seulement à la jurisprudence (cf. infra) mais aussi aux lignes directrices que la Commission a établies afin d'aider les entreprises à évaluer la conformité de leurs accords verticaux au regard des règles communautaires de la concurrence⁽⁶⁾. Ici, la commission innove peu. Elle reprend en effet les règles relatives aux critères de sélection des distributeurs agréés résultant de la jurisprudence. Ainsi, elle rappelle que les « revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs de caractère qualitatif, qui sont fixés de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire ».

Pour ce qui concerne la sélection dans les réseaux de distribution exclusive, la Commission précise que la combinaison avec la distribution sélective est couverte par l'exemption par catégorie lorsque les ventes actives par les distributeurs restent libres⁽⁷⁾. Il en résulterait une faculté (et non une obligation, contrairement à l'orientation adoptée en France⁽⁸⁾), pour les fournisseurs à la tête d'un réseau de distribution exclusive, de choisir leurs distributeurs en fonction de critères de sélection d'ordre qualitatif.

B. - Les Nouvelles Régulations Economiques⁽⁹⁾

En droit français, les discriminations abusives sont interdites non seulement par les règles classiques relatives aux ententes et abus de position dominante, mais aussi par les dispositions relatives aux abus de dépendance économique (art. L. 420-2 du code de commerce : ancien article 8-2 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986⁽¹⁰⁾ et celles qui sont consacrées aux discriminations non compensées par des contreparties réelles, aux avantages injustifiés exigés préalablement à la passation de commandes et aux avantages manifestement dérogatoires aux conditions générales de vente obtenus sous le menace d'une rupture brutale des relations commerciales (art. L. 442-6 du code de commerce : anciens articles 36-1, 36-3 et 36-4 de l'ordonnance). Ces dispositions spécifiques sont complétées à plusieurs égards par le projet de loi sur les Nouvelles Régulations Economiques⁽¹¹⁾.

1) Interdiction de tout avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu.

Le projet introduit l'interdiction de tout avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu et en fournit des exemples : "un

⁵ P. Arhel, La pratique des accords de distribution, op. cit. p. 117 et s.

⁶ JOCE C-291/1 du 13 oct. 2000, comm. PA, JCP éd. E., 20 juill. 2000, n° 29

⁷ JOCE, n° C 291/1 préc. ; voir spéc. n° 162

⁸ cf. infra Cass. com. 25 janv. 2000

⁹ sur cette réforme, voir P. Arhel, "Les pratiques tarifaires", EFE/LGDJ, 2^{ème} éd. févr. 2001

¹⁰ L'ordonnance de 1986 a été abrogée par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 (JO 21 sept. 2000) relative à la partie législative du code de commerce. Ses dispositions ont cependant été reprises dans le titre IV du livre IV du Code de commerce (publié au JO le 21 sept. 2000, il est entré en vigueur de 23 sept. à 0 heures). La numérotation est également modifiée. A titre d'exemple, les articles 31 et suivants de l'ancienne ordonnance de 1986 sont devenus les articles L. 441-3 et s. du code de commerce.

¹¹ sur ce projet, voir V. Sélinsky, Nouvelles régulations économiques : comment améliorer l'effectivité du droit de la concurrence, Lamy droit économique, n° 127, avr. 2000; C. Pecnard et I. Jamnet, Les Echos 20 avr. 2000; voir aussi JCP n° 15-16, 13-20 avr. 2000, p. 644, et JCP Ed. G. n° 14, 6 avr. 2000 ; X. Delpech, Les nouvelles régulations économiques, version Sénat, D. 2000, n° 39

tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat".

2) Création d'une infraction per se d'abus de dépendance économique

Cette nouvelle interdiction permettra notamment de sanctionner les discriminations, lorsqu'elles sont la manifestation d'un abus de dépendance économique, même lorsqu'elles n'entravent pas le fonctionnement normal du marché.

3) Sanction des discriminations par le juge

Outre la cessation des pratiques discriminatoires, qui ne pose pas de problèmes majeurs, ni dans la jurisprudence, ni dans la doctrine, le projet permet au ministre de demander la nullité des clauses ou des contrats discriminatoires et la répétition de l'indu ; cette faculté est déjà utilisée par le ministre, mais avec des succès mitigés ; ces pouvoirs ont par ailleurs été critiqués par la doctrine. Le texte prévoit également le paiement d'une amende civile dont le montant sera au moins égal au double du montant des sommes indûment perçues, sans toutefois dépasser le plafond de 2 millions d'euros.

4) Saisine du juge des référés

Le projet prévoit enfin que "le juge des référés peut ordonner la cessation des pratiques discriminatoires ou abusives ou toute autre mesure provisoire" ; il s'agit d'une simple clarification rédactionnelle : la version actuelle de cette disposition est ambiguë et soulève certaines interrogations sur la faculté de saisir le juge des référés avant même de saisir le juge du fond.

II. - Les développements d'ordre jurisprudentiel

A. - Les règles traditionnelles de lutte contre les discriminations abusives

1) Règles relatives aux ententes illicites

a) Preuve de la discrimination

La Cour de cassation a étendu au droit des ententes sa jurisprudence, sur la charge de la preuve des discriminations, qu'elle avait établie sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce. Cette fois, elle l'a fait sur le fondement du droit des ententes : « si la preuve de l'existence de pratiques discriminatoires incombe à celui qui s'en prétend victime, il appartient au vendeur de justifier de la licéité des remises de prix qu'il accorde à certains clients, lorsque celles-ci ne sont pas contestées » ⁽¹²⁾.

b) Sélection des revendeurs des réseaux de distribution sélective

Il résulte d'une jurisprudence constante que la sélection discriminatoire des distributeurs agréés fait tomber le système de distribution sous le coup du droit des ententes. Cette règle a été appliquée à plusieurs reprises.

- Affaire Biotherm

La cour d'appel de Paris a, sur renvoi après cassation, condamné le fait de subordonner l'agrément d'un magasin spécialisé à l'affectation d'un certain nombre de préposés à la vente de ses produits, alors que le fournisseur ne soumettait pas l'agrément des pharmacies d'officine au respect de cette exigence ⁽¹³⁾.

- Affaire de la porcelaine de Limoges

Le Conseil de la concurrence a condamné plusieurs discriminations dans le secteur de la porcelaine de Limoges ⁽¹⁴⁾ :

*** Clause se référant à la notion de "commerce traditionnel".**

Les conditions d'agrément des contrats Bernardaud et Raynaud se référant à la notion de "commerce traditionnel", ont été condamnées car elles pouvaient aboutir à exclure certaines formes modernes de distribution.

*** Exigence d'une vitrine sur rue**

¹² Cass. com. 24 oct. 2000, Société Concurrency et a. c/ société Philips électronique grand public, n° X 98-12.947 ; voir également, sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce (ancien art. 36-1, Ord. 1986), Cass. com. 13 janv. 1998, SA Alpha GACD et a. c/ SA Microméga et a., Dalloz Affaires, n° 105/1998, p. 283 ; JCP n° 5, 29 janv. 1998

¹³ CA Paris 22 sept. 1999, Sté Gaphav SA et a. c/ Sté Biotherm Distribution et Cie, BRDA 1^{er} févr. 2000

¹⁴ Cons. conc. déc. n° 99-D-78 du 15 déc. 1999, Porcelaine de Limoges, BOCCRF 7 mars ; Rec. Lamy n° 810, comm. PA

A également été condamnée l'exigence d'une vitrine sur rue d'au moins trois mètres de long. Cette clause est en effet de nature à dissuader certaines formes de commerce, et notamment les grandes surfaces, d'accéder à la distribution des produits en cause. Cette condamnation peut se prévaloir de nombreux précédents ⁽¹⁵⁾.

*** Refus discriminatoire d'admission à un réseau de distribution sélective**

A enfin été condamné le refus de vente opposé par Bernardaud à un distributeur qui entendait adhérer au réseau. Le fournisseur avait soutenu que le distributeur n'avait pas une activité suffisante et qu'il existait déjà un grand nombre de distributeurs dans la même ville, argument qui ne pouvait prospérer.

- Affaire Pierre Fabre

Dans une affaire opposant la Sté Pierre Fabre à un pharmacien qui vendait les produits du fournisseur sur Internet, la cour d'appel de Versailles ⁽¹⁶⁾, annulant la décision de première instance ⁽¹⁷⁾, a estimé que la vente en ligne n'était pas, au cas d'espèce, appropriée ; elle a précisé que « le fournisseur ne saurait accepter, sans commettre un acte discriminatoire, que l'un de ses distributeurs agréés, procède, sans agrément et même sans l'avertir, à la commercialisation des produits sur un site Internet ».

- Affaire Seiko

La cour d'appel de Paris a condamné une clause d'exclusivité en faveur des « horlogers-bijoutiers-joailliers » : « considérant qu'en acceptant comme seuls revendeurs les « horlogers-bijoutiers-joailliers » disposant d'une surface de vente située dans une artère commerçante ou un centre commercial, la société Seiko France institue ainsi l'exclusion de la grande distribution sans établir que cette exclusion soit objectivement justifiée ; que partant elle révèle une pratique discriminatoire contraire aux exigences de l'ordonnance (de 1986) ».

La société Seiko France s'est prévaluée de la lettre de classement que lui a adressée la Commission en réponse à la notification de son contrat type de distribution et a soutenu avoir supprimé l'exigence chez le revendeur agréé de la qualité d'« horlogers-bijoutiers-joailliers » et avait reconnu la faculté à celui-ci de ne pas être spécialisé dans le commerce de détail d'articles d'horlogerie, de bijouterie, de joaillerie et d'orfèvrerie, mais ces arguments ont été rejetés. Concernant la modification de la clause litigieuse, la cour y voit au contraire la démonstration que la société Seiko France avait bien conscience du caractère discriminatoire du contrat ⁽¹⁸⁾.

c) Sélection des revendeurs des réseaux de distribution exclusive

La cour de cassation est revenue sur sa jurisprudence sur la sélection des distributeurs exclusifs en annulant l'arrêt d'une cour d'appel qui avait approuvé le refus par la Sté Seita d'intégrer un distributeur dans le réseau : "en se déterminant ainsi, par référence à des critères quantitatifs et qualitatifs imprécis, discrétionnairement mis en application par la Seita, et qui ne permettent pas de vérifier si les concessionnaires sont choisis selon les mêmes critères objectifs opposables à tous les candidats, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision" ⁽¹⁹⁾.

d) Conditions d'adhésion à une organisation professionnelle.

Le Conseil de la concurrence a condamné une organisation professionnelle dont les statuts comportaient des clauses subordonnant l'admission à l'organisation à la présentation du candidat par un ou plusieurs membres se trouvant en concurrence avec lui et dispensant de motiver les refus éventuels d'admission. Selon le Conseil, ces clauses pouvaient avoir pour effet d'écarter des candidatures dans des conditions discriminatoires ou injustifiées ⁽²⁰⁾.

e) Limites de l'interdiction des discriminations

Si, comme on l'a vu, le droit des ententes interdit les discriminations d'origine concertée, l'application de ce droit comporte des limites. En effet il n'est applicable qu'aux pratiques résultant d'un accord de volontés, dès lors qu'ils ont une certaine portée et à condition que les situations soient comparables. Ces conditions n'étaient pas remplies dans les affaires examinées ci-après.

- Exigence d'un accord de volontés

¹⁵ voir p. ex. : Cons. conc. déc. n° 96-D-57 du 1^{er} oct. 1996, Produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, BOCCRF 11 févr. 1997, Contrats, conc., consom., mars 1997, n° 50, Rev. conc. consom., mars-avr. 1997, n° 96, obs. P. Robino, Rec. Lamy, n° 703, obs. J.-L. Respaud, Petites affiches 18 juin 1997, n° 73, comm. PA

¹⁶ CA Versailles 2 déc. 1999, Sté Pierre Fabre Dermo Cosmétique et a. c. Alain Breckler, Conc. Act. Express n° 270, 23 mars 2000, p. 8; BRDA 5/00, p. 6

¹⁷ TC Pontoise 15 avr. 1999, D. 1999, n° 44, p. 726

¹⁸ CA Paris 11 sept. 2000, SA Carrefour France et a. c/ SA Seiko France

¹⁹ Cass. com. 25 janv. 2000, Sté Scaglia c/ Sté Seita, Contats. Conc. consom. avr. 2000, p. 16 ; A. Georges et O. Billard, Distribution exclusive et sélection des distributeurs, Les Echos, 10 oct. 2000 ; voir aussi, dans la même ligne, Trib. com. 31 janv. 2000, Petites Affiches 5 juill. 2000, n° 133, p. 14, obs. J. Calvo, Coexistence d'un système de distribution exclusive et de réseaux parallèles de distribution sélective sur un même marché

²⁰ Cons. conc. déc. n° 98-D-81 du 21 déc. 1998, secteur de l'expertise des objets d'art et de collection, BOCCRF 31 mars; BRDA bull. 498, 18 avr. 1999, p. 9281

Le Conseil de la concurrence a conclu à un non-lieu dans l'affaire Ferodo dans la mesure où aucun accord de volonté n'était établi : « s'il n'est pas contesté que Ferodo Abex consentait à ses revendeurs des conditions différentes qui n'étaient pas fondées sur des justifications objectives mais résultaient de négociations commerciales bilatérales entre ce fournisseur et chacun des revendeurs, il résulte de l'absence dans les conditions générales de vente de toute référence à un barème quantitatif ou à des conditions spécifiques pour l'obtention des prix spéciaux, remises ou ristournes consenties par Ferodo Abex aux autres revendeurs et du fait que chaque revendeur pouvait légitimement penser qu'il s'était vu attribuer une zone de semi-exclusivité, qu'il n'est pas établi que ces revendeurs étaient en mesure de savoir, lorsqu'ils contractaient avec Ferodo Abex, qu'ils adhéraient à un système de distribution discriminatoire (...) »⁽²¹⁾.

- Portée de la pratique discriminatoire

Le droit des ententes n'est applicable qu'aux pratiques susceptibles d'avoir un impact sur le marché. Ainsi, un fournisseur imposant une clause d'approvisionnement exclusif à ses distributeurs peut valablement appliquer à ses distributeurs des discriminations de faible portée : "une discrimination injustifiée par les prix n'a d'incidence négative sensible sur la compétitivité du (distributeur) et n'affecte donc l'appréciation portée sur l'absence d'amélioration de la distribution que pour autant qu'elle soit significative et dure longtemps"⁽²²⁾. De même, les avantages tarifaires ponctuels ne sont pas interdits : le fait "qu'il soit arrivé occasionnellement qu'un concurrent ait obtenu une remise à laquelle il n'aurait pas pu prétendre (n'implique) pas pour autant discrimination du fait des clauses elles-mêmes ou de leur application intentionnelle, ni potestativité des remises ni absence de critère objectif"⁽²³⁾. Le Conseil de la concurrence s'est aligné sur cette position⁽²⁴⁾.

- Similarité des situations

Le Conseil de la concurrence a considéré que le fait d'imposer un paiement comptant à un client dépositaire alors que les clients grossistes répartiteurs bénéficient de délais de paiement n'est pas interdit. Selon lui, les grossistes répartiteurs étant soumis à des obligations différentes de celle des dépositaires, « rien n'impose à ces deux catégories de distributeurs les mêmes conditions commerciales »⁽²⁵⁾.

2) Règles relatives aux abus de position dominante

Les discriminations peuvent, en droit tant communautaire que national, constituer des abus de position dominante lorsqu'elles sont le fait d'entreprises détenant une position dominante.

a) Application du droit communautaire

Les autorités communautaires font une large application de l'interdiction des abus de position dominante aux discriminations.

- Confirmation de la condamnation de Deutsche Bahn AG

La Cour de Justice a confirmé la condamnation des tarifs discriminatoires de Deutsche Bahn AG. Elle estime notamment qu'il ressort clairement de l'arrêt attaqué que le Tribunal de première instance a caractérisé le comportement reproché à la DB, à savoir l'abus de sa position dominante en imposant des tarifs discriminatoires sur le marché des transports terrestres de conteneurs maritimes en provenance ou à destination de l'Allemagne : les tarifs étaient plus élevés pour les transports réalisés entre un port belge ou néerlandais et l'Allemagne que pour les transports réalisés entre les localités allemandes et les ports allemands⁽²⁶⁾.

- Application extensive de la notion de désavantage ou d'avantage dans la concurrence.

L'interdiction des abus de position dominante est applicable aux discriminations lorsqu'elles créent un désavantage ou un avantage dans la concurrence, c'est-à-dire quand elle affecte la capacité concurrentielle d'un agent économique. Ainsi, le Tribunal de première instance a condamné l'octroi, par Irish Sugar, de remises à l'exportation. Selon lui, en accordant à l'exportation des remises refusées aux « clients nationaux », Irish Sugar a appliqué des conditions inégales à des prestations équivalentes, créant de ce fait un désavantage dans la concurrence. Il a précisé qu'« un client « national » d'Irish Sugar qui est en concurrence avec une entreprise d'un autre Etat membre sur le marché irlandais a manifestement un désavantage dans la concurrence par rapport à un client « exportateur subventionné en concurrence avec la même société « étrangère » dans l'Etat membre d'origine de cette dernière ». Dans la même affaire, le Tribunal a également condamné les discriminations de prix appliquées par Irish Sugar entre d'une part les clients industriels, qui utilisent le sucre dans la fabrication de denrées alimentaires et de boissons, et d'autre part les emballeurs de sucre, qui lui font concurrence sur le

²¹ Cons. Conc. déc. n° 99-D-31 du 18 mai 1999, garnitures de freins pour poids lourds, BOCCRF 31 août ; Rec. Lamy n° 795, obs. V. Sélinsky ; confirm. CA Paris 15 févr. 2000, SPFI et a., BOCCRF 31 mars ; Contrats conc. consom. avr. 2000, p. 17

²² Com. CE déc. IV/35.079/F3 du 24 févr. 1999, Whitbread, pt 159, JOCE L 88 du 31 mars 1999 ; Europe mai 1999, p. 20, comm. L. Idot

²³ Cass. com. 4 mai 1999, n° 97-11.243, SA Concurrence c/ Sté JVC Vidéo France

²⁴ Cons. conc. déc. n° 99-D-67 du 3 nov. 1999, SA Concurrence et SA Semavem, BOCCRF 31 janv. 2000

²⁵ Cons. conc. déc. n° 99-D-05 du 19 janv. 1999, BOCCRF 12 mai 1999

²⁶ CJCE, 27 avr. 1999, aff. C-436/97P, Deutsche Bahn AG c/ Commission

marché du sucre destiné à la vente au détail et qui s'approvisionnent auprès d'elle pour leurs achats de sucre industriel : Irish Sugar accordait diverses réductions de prix à tous ses clients sauf aux emballeurs de sucre qui lui faisaient concurrence. L'entreprise s'était défendue en soutenant que l'article 82 ne s'appliquait pas lorsque les clients de l'entreprise dominante opéraient sur des marchés différents, mais le Tribunal a rejeté le moyen ⁽²⁷⁾.

- Application de l'interdiction des discriminations aux réductions de prix sélectives

Le Tribunal de première instance a condamné l'octroi, par Irish Sugar, de remises non justifiées par des considérations économiques, telles que les quantités achetées, aux clients situés dans la zone frontalière avec l'Irlande du Nord, afin de réduire le volume des importations à bas prix provenant de l'Irlande du Nord. Irish Sugar a soutenu qu'elle était confrontée à une perte de chiffre d'affaires et à des difficultés financières et avait donc décidé de faire face à la concurrence, là où elle se manifestait, en utilisant les faibles moyens financiers qui lui restaient. Le moyen est rejeté : l'entreprise ne peut, selon le Tribunal, sans priver l'article 82 du traité de Rome (ancien art. 86) de tout effet utile, justifier des prix sélectifs et discriminatoires en se prévalant de l'insuffisance de ses ressources financières ⁽²⁸⁾.

- Application de l'interdiction des discriminations aux pratiques de fidélisation de la clientèle

Les pratiques de fidélisation de la clientèle revêtent un caractère discriminatoire dans la mesure où elles ont « pour effet d'appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en ce que deux acheteurs d'une même quantité d'un même produit paient un prix différent suivant qu'ils s'approvisionnent exclusivement chez l'entreprise en position dominante ou qu'ils diversifient leurs sources d'approvisionnement » ⁽²⁹⁾.

Plusieurs d'entre elles ont été examinées par les autorités communautaires. On pense notamment aux pratiques d'Irish Sugar ⁽³⁰⁾ et de British Airways ⁽³¹⁾. On notera également que les pratiques de fidélisation ont également été appréhendées par le droit des concentrations. Ainsi, la Commission européenne n'a autorisé l'alliance entre les compagnies aériennes Alitalia et KLM qu'à la condition notamment que les entreprises donnent l'opportunité aux nouveaux entrants de participer à leur programme de fidélisation ⁽³²⁾.

- Application de l'interdiction des discriminations même lorsque l'entreprise en cause ne tire pas de profit de la discrimination

La Commission européenne a condamné le Comité Français d'Organisation de la Coupe du monde de football 1998, pour avoir imposé aux consommateurs résidant hors de France des conditions de transaction non équitables : ces derniers n'avaient la possibilité d'acheter des billets directement auprès du Comité qu'à la condition d'indiquer une adresse postale sur le territoire français. Ce faisant, elle a rejeté l'argument selon lequel le CFO n'a tiré aucun avantage de la pratique : « si les preuves qu'une entreprise dominante s'est procuré un avantage financier ou concurrentiel par suite de ses activités peuvent établir l'existence d'un abus, elles ne sont pas essentielles pour en faire le constat » ⁽³³⁾.

- Application conjointe des articles 82 et 86

L'article 82 du traité est applicable non seulement aux comportements des entreprises privées, comme l'illustrent les exemples examinés ci-dessus, mais aussi, en vertu des dispositions de l'article 86 (ancien art. 90) aux mesures étatiques. La Commission européenne a ainsi pu condamner pour abus de position dominante une mesure de l'Etat portugais instituant une structure tarifaire qui accordait une réduction de 50 % sur les redevances d'atterrissage pour les vols intérieurs, mais pas pour les vols intracommunautaires, et un rabais quantitatif variant en fonction du nombre mensuel d'atterrissages effectués aux aéroports de Lisbonne, de Porto et de Faro. Elle a condamné également une mesure de l'Etat espagnol sur lequel s'appuyait un système différencié en fonction de l'origine du vol ⁽³⁴⁾. Dans les deux cas, la Commission a rejeté la justification fondée sur l'article 86-2. On notera également que la Commission a condamné des tarifs discriminatoires applicables dans les aéroports finlandais, mais il s'agissait au cas d'espèce d'une application classique de l'article 82 ⁽³⁵⁾.

²⁷ TPICE 7 oct. 1999, aff. T-228/97, Irish Sugar ; Rec. 2969 ; Europe, déc. 1999, p. 15; Petites Affiches n° 234 du 24 nov. 1999

²⁸ TPICE 7 oct. 1999, préc.

²⁹ CJCE 13 févr. 1979, Hoffmann-La Roche, aff. C-85-76, Rec. CJCE, p. 461

³⁰ TPICE 7 oct. 1999, préc.

³¹ Com. CE 14 juill. 1999, IV/D 2/34.780, comm. J. Finnegan, Commission sets out its policy on commissions paid by airlines to travel agents, Competition policy newsletter, n° 3, oct. 1999, p. 23

³² Com. CE com. presse n° IP/99/628 du 11 août 1999 comm. E. Armani, Alitalia-KLM : A new trend in assessing airline alliances ? Competition policy newsletter, n° 3, oct. 1999, p. 19

³³ Com. CE 20 juill. 1999, Coupe du monde de football 1998, aff. n° IV/36.888, JOCE L 5/55, pt. 102; Conc. Act. Express n° 268, 9 mars 2000, p.7; Europe mars 2000, n° 79, comm. L. Idot

³⁴ Com. CE déc. 2000/521, 26 juill. 2000, JOCE L 208, 18 août 2000 ; comm. O. Stehmann, Commission prohibits discriminatory landing fees at Spanish airports, Comp. Policy Newsletter, n° 3, oct. 2000

³⁵ Com. CE déc. 10 févr. 1999, Ilmailulaitos/Luftfartsverket et Com. CE déc. 10 févr. 1999, Aéroports portugais, JOCE L 69, 16 mars 1999; Communiqué de presse n° IP/99/101, du 10 févr. 1999; Europe mai 1999, p. 19, comm. L. Idot; DPDEA bull. 140, 19 mai 1999, p. 6348; Contrats, conc. consom. juin 1999, n° 96, obs. S. Poillot-Perruzzetto

- Application de la procédure de courtoisie positive

Le premier cas d'application formelle de la procédure de courtoisie positive⁽³⁶⁾ par la Commission européenne a concerné une affaire de discriminations présumées, appliquées par des compagnies aériennes européennes et dont aurait été victime le système américain informatisé de réservation Sabre. La Compagnie American Airlines reprochait aux entreprises françaises de ne pas fournir à Sabre une information sur les vols aussi complète et ponctuelle que celle fournie au système Amadeus dont Air France est en partie propriétaire, et de ne pas lui faire profiter des mêmes possibilités techniques. L'enquête préliminaire n'a révélé aucune discrimination à l'encontre d'Iberia, de Lufthansa et de SAS. Une communication de griefs a été notifiée à Air France, mais la Commission a ensuite décidé de classer l'affaire après la signature entre Air France et Sabre d'une charte de bonne conduite⁽³⁷⁾.

b) Application du droit national**- Traitement discriminatoire en faveur des filiales**

Les entreprises détenant une position dominante ne peuvent accorder des avantages discriminatoires à leurs filiales lorsque cet avantage crée un désavantage dans la concurrence pour les concurrents de ces filiales. La société REP, opérant dans le secteur du traitement des déchets, a ainsi été condamnée pour avoir appliqué des tarifs préférentiels aux sociétés du groupe auquel elle appartient. Ces tarifs ne s'expliquaient par aucune contrepartie réelle de la part des clients du groupe et n'étaient pas proportionnels au tonnage. Ils ont donc eu pour effet de fausser la concurrence au détriment des sociétés n'appartenant pas au groupe et d'entraîner un désavantage concurrentiel pour les autres entreprises⁽³⁸⁾. De même, TF 1 a été condamné pour avoir traité de façon discriminatoire les annonceurs selon qu'ils appartenaient ou non à son groupe⁽³⁹⁾. Le Conseil de la concurrence peut même prendre des mesures conservatoires lorsque les avantages dont bénéficient une filiale portent une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante⁽⁴⁰⁾.

En revanche, le Conseil de la concurrence n'a pas condamné l'augmentation, par France Télécom, de la redevance mensuelle d'abonnement aux codes Télétel, dans la mesure où elle était appliquée de façon générale à l'ensemble du secteur sans favoriser, au détriment de leurs concurrents, les filiales de France Télécom⁽⁴¹⁾.

Le Conseil de la concurrence a également estimé, dans l'affaire relative aux pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citelum sur le marché de l'éclairage, qu'une subvention croisée octroyée par une entreprise publique à une filiale détenant une position dominante en vertu d'un monopole légal est interdite si elle est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs⁽⁴²⁾ ou lorsqu'elle a conditionné une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, a entraîné une perturbation du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle. Au cas d'espèce, il a cependant estimé, compte tenu de la faible ampleur de la pratique en cause, que les conditions d'application de l'article L. 420-2 du code de commerce n'étaient pas remplies⁽⁴³⁾.

- Entreprise ne s'imputant pas des charges supportées par les utilisateurs d'un service concurrent

La cour d'appel de Paris, confirmant la position du Conseil de la concurrence, a estimé que les prix pratiqués par France Télécom lors de la commercialisation des fichiers extraits de la base de l'annuaire téléphonique étaient discriminatoires. Ce faisant, elle a précisé que France Télécom ne s'imputait pas, à l'occasion de la commercialisation des fichiers, des charges équivalentes à celles que supportent les utilisateurs d'un service concurrent⁽⁴⁴⁾.

- Entreprises bénéficiant d'un monopole légal

Le Conseil de la concurrence a rappelé, à propos des prix pratiqués par un centre d'insémination artificielle, les règles de transparence et de non discrimination susceptibles de s'imposer aux entreprises bénéficiant d'un monopole légal : "lorsque le titulaire du monopole légal de la fourniture d'une prestation de service est en même temps le concurrent potentiel d'entreprises offrant des produits exigeant le recours à cette prestation de service, ce titulaire peut restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché aval de la fourniture du produit et

³⁶ la procédure de courtoisie positive permet à une autorité de concurrence de demander à une autre autorité d'enquêter sur des comportements anticoncurrentiels qui portent atteinte à ses intérêts importants.

³⁷ Com. CE communiqué de presse IP/00835 du 25 juill. 2000, disponible à l'adresse suivante : <http://europa.eu.int/rapid/start/welcome.htm> ; comm. E. Armani, Sabre contre Amadeus e.a. : un dossier riche en enseignements, Comp. Policy Newsletter, n° 3, oct. 2000

³⁸ CA Paris 13 avr. 1999, SA Dectra, SA Genet et a., BOCCRF 12 mai

³⁹ Cons. conc. déc. n° 99-D-85, 22 déc. 1999, BOCCRF ; 31 mars ; Rec. Lamy n° 812, obs. C. Robin ; confirm. CA 21 nov. 2000, TF1 c/ SA Edition Montparnasse

⁴⁰ Cons. conc. déc. n° 99-MC-06 du 23 juin 1999, société Grolier Interactive Europe/online Groupe, BOCCRF 30 oct. 2000

⁴¹ Cons. conc. déc. n° 99-D-55, 7 oct. 1999, BOCCRF 31 mars ; DPDA bull. 522, 23 avr. 2000, p. 8846

⁴² voir aussi en ce sens, Cons. conc. déc. 00-D-54 du 28 nov. 2000, INC

⁴³ Cons. conc. déc. n° 00-D-47, 22 nov. 2000

⁴⁴ CA Paris 29 juin 1999, France Télécom c/ Filetech

abuser de sa position dominante par l'établissement d'un prix de sa prestation de services discriminatoire, non transparent et non orienté vers les coûts encourus, ou en subventionnant le produit pour lequel il est concurrencé par une réduction artificielle du prix du service monopolisé fourni simultanément; (...) de telles pratiques sont de nature à interdire à ses concurrents de faire des offres dans des conditions compétitives avec les siennes ⁽⁴⁵⁾.

- Discrimination entre grossistes et détaillants

La société Exacompta était poursuivie pour avoir instauré et mis en pratique un régime de remises de fin d'année à usage des seuls détaillants, en excluant de son bénéfice les grossistes qui étaient pourtant habituellement soumis aux mêmes conditions tarifaires que les détaillants. Le Conseil a cependant considéré que l'infraction n'était pas établie : "considérant que (...) les remises dont il s'agit (...) sont la contrepartie d'un service spécifique rendu par les détaillants à leur fournisseur en présentant à la vente une gamme élargie de produits Exacompta, les grossistes devant au contraire, de par leur fonction même, pouvoir offrir aux détaillants un grand nombre de références ; que les remises quantitatives et qualitatives consenties aux grossistes ne bénéficient pas de manière significative aux détaillants, compte tenu de leurs volumes de vente et que, dès lors, l'octroi à ces derniers de remises de fin d'année en fonction de la diversification des gammes de produits offerts à la vente constitue (...) un outil de promotion des ventes adapté à leur statut ; que les conditions d'attribution de ces remises sont définies de façon objective et qu'aucun élément du dossier ne permet de penser qu'elles auraient été appliquées de façon discriminatoire, notamment en excluant de leur bénéfice des entreprises susceptibles de fournir le même service, ou qu'elles limiterait la liberté des détaillants d'établir leur politique commerciale de façon autonome ⁽⁴⁶⁾.

- Remises de fidélité

On ne reviendra pas sur le caractère discriminatoire des remises de fidélité ⁽⁴⁷⁾. On notera seulement ici que les autorités nationales de concurrence condamnent elles aussi ces remises lorsqu'elles sont octroyées par des entreprises en position dominante; cette condamnation s'étend également aux remises de couplage, qui produisent les mêmes effets. Les pratiques suivantes, choisies à titre illustratif ont retenu notre attention :

* Remises de couplage consenties par la société ODA, régisseur exclusif de la publicité dans les pages jaunes départementales de France Télécom et commercialisant à ce titre les espaces publicitaires des pages jaunes locales de Versailles, mises sur le marché par France Télécom ⁽⁴⁸⁾.

* Pratiques de couplage mises en oeuvre par TDF dans le secteur de la diffusion hertzienne des chaînes de télévision ⁽⁴⁹⁾.

* Pratique de couplage instituée par la société Lilly à partir de la date où le brevet qu'elle détenait sur la Vancomycine était tombé dans le domaine public et où ses concurrents avaient commercialisé des médicaments génériques de la Vancomycine ⁽⁵⁰⁾.

3) Affaires en cours d'instruction

Parmi les nombreuses affaires en cours d'instruction, les secteurs des produits pharmaceutiques et des télécommunications ont retenu notre attention.

a) Pratiques tarifaires de Glaxo Wellcome

La Commission européenne a ouvert une procédure contentieuse, sur le fondement de l'article 81 (ancien art. 85), à l'encontre des clauses de double prix figurant dans les conditions générales de vente de Glaxo Wellcome en Espagne. Cette entreprise facture à ses grossistes en Espagne le prix prévu par la réglementation espagnole de prix lorsque les produits sont destinés à être vendus en Espagne et facture un prix supérieur lorsque les produits sont destinés à être exportés. Une telle pratique entrave le commerce intracommunautaire. La Commission n'a pas retenu l'argument de Glaxo Wellcome selon lequel les prix espagnols lui seraient imposés par les autorités espagnoles à un niveau très bas et que le seul prix sur lequel elle aurait un pouvoir de décision serait le prix à l'exportation. Selon la Commission, les réglementations nationales de prix ne sont pas susceptibles de justifier une entrave aux règles de concurrence ⁽⁵¹⁾.

b) Pratiques tarifaires dans le secteur des télécommunications

⁴⁵ Cons. conc. déc. n° 98-D-65 du 20 oct. 1998, Coopérative agricole "Les éleveurs mosellans", BOCCRF 16 févr. 1999

⁴⁶ Cons. conc. déc. n° 99-D-32 du 25 mai 1999, Distribution de certains articles de papeterie, BOCCRF 31 août 1999, DPDA bull. 508, 10 oct. 1999, p. 9084

⁴⁷ CJCE 13 févr. 1979, préc.

⁴⁸ Cass. com. 6 avr. 1999, Sté Office d'Annonces (ODA) c/ Becheret, RJDA 6/99, n° 730 et 731

⁴⁹ Cons. conc. déc. n° 99-D-14 du 23 févr. 1999, BOCCRF 27 juil. 1999

⁵⁰ Cass. com. 15 juin 1999, Lilly France, BOCCRF 27 juil. 1999

⁵¹ Com. CE communiqué de presse n° IP/99/522 du 16 juill. 1999

Saisie de plusieurs plaintes contre des opérateurs historiques dénonçant des prix discriminatoires, la Commission européenne a lancé une enquête afin de vérifier si ces pratiques tombent sous le coup des articles 81, 82 et/ou 86 ; il convient à cet égard de noter qu'une étude réalisée par une association d'usagers a établi que le rapport entre les tarifs transfrontaliers et nationaux dépasse 120 % dans tous les Etats membres et atteint 500 % dans certains cas, ce que la Commission juge disproportionné⁽⁵²⁾.

B. - Règles particulières applicables aux discriminations abusives

Les discriminations abusives sont interdites non seulement en cas d'entente et d'abus de position dominante (cf. supra), mais aussi en cas d'abus de dépendance économique ou en cas de violation des dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce (ancien art. 36, Ord. 86).

1) Règles relatives aux abus de dépendance économique

Les abus de dépendance économique sont interdits en France et en Allemagne. Seule la pratique allemande retiendra ici notre attention. Une pratique relevant de la technique de la corbeille de la mariée a été condamnée en mai 1999, sur le fondement de l'interdiction des abus de dominance relative. Cette pratique, bien connue en France⁽⁵³⁾, consiste, pour un distributeur, à exiger un avantage discriminatoire à ses fournisseurs à la faveur d'une opération de concentration. Au cas d'espèce, était visée l'exigence d'un avantage tarifaire rétroactif par la société Metro AG à l'occasion du rachat de la société Allkauff : à l'occasion de la fusion, Metro s'était rendue compte que le groupe qu'elle rachetait avait bénéficié dans le passé de meilleures conditions d'approvisionnement qu'elle et entendait donc réclamer un avantage compensatoire⁽⁵⁴⁾. On sait que dans un cas analogue, la cour d'appel de Paris a considéré qu'en régularisant la situation tarifaire à l'occasion de la fusion, le distributeur mis en cause n'a fait que recourir à la formule de la transaction, prévue à l'article 2044 du code civil, pour mettre un terme à une contestation⁽⁵⁵⁾.

2) Interdiction per se des discriminations abusives

a) Discriminations portant sur les modalités de vente

La portée de l'interdiction des discriminations prévue à l'article L. 442-6-I-1° (ancien art. 36, 1, Ord. 86), est très large. Outre les prix, les délais de paiement et les conditions de vente, elle porte sur les modalités de vente. La Cour de Cassation estime que les « avoirs » et reports d'échéance accordés par un fournisseur pour faire face à une situation de « sur-stocks » constituent des modalités de vente qui, au cas d'espèce étaient discriminatoires⁽⁵⁶⁾.

b) Avantages tarifaires compensés par des contreparties réelles

La cour d'appel de Nîmes a été saisie des pratiques d'un fournisseur qui appliquait un tarif général, notamment aux magasins Intermarchés et un tarif plus avantageux pour les magasins Leclerc. La cour a estimé que cette pratique constituait une discrimination mais qu'une réparation ne se justifiait pas dans la mesure notamment où elle était compensée par des contreparties réelles résidant dans les différences entre les niveaux auxquels s'opéraient les négociations : « attendu qu'eu égard au caractère de la structuration de leur propre réseau de distribution (les sociétés à l'enseigne Intermarché) qui ont directement négocié avec le GROUPE BIGARD leurs conditions d'achat, sans bénéficier du poids de l'intervention de centrales d'achat aux niveaux national et régional, comme c'est le cas pour les magasins LECLERC dont la structuration particulière représente une force de vente autrement plus considérable (...)»⁽⁵⁷⁾.

c) Création d'un désavantage ou d'un avantage dans la concurrence

A l'image du droit communautaire, les dispositions du code de commerce qui interdisent les discriminations prévoient que le comportement n'est condamnable que s'il crée un désavantage ou un avantage dans la concurrence. La Cour de Cassation estime cependant que cette condition n'implique pas une obligation de

⁵² Com. CE, rapp. d'act. 1999, p. 32 ; communiqué de presse n° IP/99/786 du 22 oct. 1999

⁵³ Cons. conc., déc. n° 93-D-21, 8 juin 1993, BOCCRF 25 juill. ; Rec. Lamy n° 538, obs. ME André ; Cont. conc. consom., août-sept. 1993, n° 153, note L. VOGEL ; RJDA 12/93 n° 1055 ; Dalloz Affaires 1999, p. 1464, L. VOGEL, L'abus de puissance d'achat : du contrôle direct au contrôle indirect, Dalloz Affaires, 1999, p. 1464 ; CA Paris, 5 mars 1996, BOCCRF 12 avr., Dalloz affaires 1996.412, DPDA 429 du 1^{er} mai 1996, p. 805

⁵⁴ voir Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1997/1998, cité par J. Poyer dans La loi allemande sur les restrictions de concurrence, entre changement et continuité, Rev. conc. consom., janv-févr. 2000

⁵⁵ CA Paris, 5 mars 1996, BOCCRF 12 avr., Dalloz affaires 1996.412, DPDA 429 du 1^{er} mai 1996, p. 805.

⁵⁶ Cass. mom. 6 avr. 1999, Sté Phytoservice c/ Sté Novatis Agro, Lett. Dist. juin 1999 ; BRDA 9/99, p. 12 ; RJDA 7/99 n° 848 ; Contrats conc. Consom. Juil.-août 1999, p. 17

⁵⁷ CA Nîmes 13 juill. 2000, SA Groupe Bigard c/ SA Montesud et a. ; LSA 9 nov. 2000

démontrer l'existence d'un préjudice ⁽⁵⁸⁾. Ce faisant, elle a annulé un arrêt de la cour d'appel de Versailles qui, pour rejeter une action engagée à l'encontre d'un fournisseur à qui il était reproché d'avoir accordé des délais de paiement discriminatoires, avait retenu que la preuve de l'existence d'un désavantage ou d'un avantage dans la concurrence n'avait pas été établie et considéré qu'il ne suffisait pas d'invoquer un désavantage ou un avantage virtuel, mais qu'il convenait au contraire d'établir la réalité et l'existence du désavantage pour le partenaire économique.

d) Avantages manifestement dérogatoires des conditions générales de ventes.

Le concept d'avantages manifestement dérogatoires des conditions générales de ventes, au sens de l'article L.442-6-I-3° (ancien article 36-4, Ord.1986), a connu très peu de succès depuis qu'il a été introduit dans le droit des pratiques restrictives par la loi de 1996. Un fournisseur de vêtement "haut de gamme" avait reproché à un distributeur d'avoir obtenu de tels avantages, mais il n'a pas été suivi par le tribunal : "les conditions dérogatoires consenties par la société ESMAR à la demande des Galeries Lafayette ne résultent pas de pressions anormales, ni a fortiori d'une menace de rupture de leurs relations (...)" ⁽⁵⁹⁾.

e) Secteur du cinéma

La nature spécifique de l'activité cinématographique justifie une application particulière de l'article L. 442-6-I-1° (ancien art. 36-1, Ord. 86). Le distributeur peut ainsi valablement déterminer le plan de sortie d'un film apte à assurer la diffusion la plus large et la plus efficace d'une œuvre donnée ; il peut dès lors décider de limiter le nombre de copies d'un film, s'il estime, afin d'en assurer le succès, que celui-ci doit bénéficier d'une exploitation surtout étendue dans le temps. Cependant l'exercice de cette liberté ne doit pas avoir pour objet ou pour résultat de défavoriser systématiquement un exploitant par rapport à l'un de ses concurrents dans un zone de chalandise ⁽⁶⁰⁾.

f) Règles de procédure

Les règles de fond prévues à l'article L. 442-6 (ancien article 36, Ord. 1986) sont complétées par des règles particulière de procédure. Interprétant ces dernières règles, une jurisprudence bien établie estime que le ministre chargé de l'économie est dispensé du ministère d'avocat ou d'avoué lorsqu'il intervient dans le cadre de l'article L. 442-6 ⁽⁶¹⁾. La cour d'appel d'Aix-en-Provence précise que la dispense d'avocat ou d'avoué n'a pas pour effet de dispenser le ministre du respect des autres règles du code de procédure civile; a ainsi été déclarée irrecevable une déclaration d'appel faite au greffe de la cour alors que, conformément à l'article 931 du code de procédure civile, l'appel doit être formé par une déclaration faite au secrétariat de la juridiction qui a rendu la décision ⁽⁶²⁾.

g) Sanction des discriminations

S'alignant sur la position de la cour d'appel de Paris, la cour d'appel de Colmar estime que le ministre chargé de l'économie ne peut se substituer aux victimes pour évaluer à leur place le préjudice causé par les agissements restrictifs de concurrence et en solliciter la réparation ⁽⁶³⁾. On a vu cependant que le projet de loi sur les NRE prévoit que le ministre de l'économie pourra demander, entre autres mesures, la répétition de l'indu.

⁵⁸ Cass. com. 6 avr. 1999, préc.

⁵⁹ Trib. com. 2 avril 1999, Sté ESMAR c/ SA Galeries Lafayette ; Dalloz Affaires 1999, p. 980; comm. PA, "de la rupture brutale des relations commerciales", Rev. Lamy dr. des aff. Juin 1999, n° 17; Lett. Dist. avr. 1999; RJDA 8-9/99, n° 883

⁶⁰ CA Paris 7 juin 2000, SARL Royal c/ Sté Gaumont Buena Vista International, JCP, éd. E. du 27 juill. 2000, n° 30, p. 16 ; GP 21 juill. 2000, p. 14

⁶¹ contra CA Colmar 1^{er} juill. 1999, Scapalsace et a. : 6 jugements

⁶² CA Aix-en-Provence, 19 nov. 1999, Min. Eco. C/ Pompes funèbres du Sud-Est, GP, 19-21 déc. 1999, p. 22, note E. Du Rusquec

⁶³ CA Colmar 1^{er} juill. 1999, Scapalsace et a. : 6 jugements

COMPETITION ACTIVITY RUN HIGH IN 2000

By: DG Competition

Brussels, 15 May 2001

Competition policy activity run high in 2000 as the European Commission continued to update and modernise its rules and practice in the antitrust and merger fields while keeping pace with the increasing number of mergers and acquisitions which have also grown more complex.

The 30th Annual Report on Competition Policy(1) shows the number of new cases in 2000 was 1,206, of which 564 were in the area of state aid control, 345 were merger notifications and 297 were antitrust cases. The overall figure remained broadly stable (1,249 cases in 1999) reflecting a drastic reduction of antitrust notifications following adoption of a number of so-called block exemption regulations. But it masks an increase of 18 percent in merger filings.

« The year 2000 was very busy and challenging as the Commission continued its overhaul of the antitrust procedures while coping with a new increase in merger notifications and considerable technological developments which brought new markets and practices such as business-to-business exchanges under the scope of our competition rules, » European Competition Commissioner Mario Monti commented on the occasion.

«But much remains to be done, not the least in the energy markets where there can be competition only if suppliers are free to compete for customers and customers are free to change suppliers. Only then will the consumer see the full benefits in terms of wider choice and competitive prices, » he added.

This year the Competition report puts greater emphasis on the benefits of this crucial policy for the consumer. The fine of 43 million euros imposed on Opel Nederland in September is significant because it aims to guarantee the right for individuals to buy a car wherever it is the cheapest. The decision to force TotalFina to divest 70 petrol stations on French motorways in order to get approval for its purchase of Elf led to the entrance on the market of Carrefour, an aggressive supermarket chain, with ensuing price cuts.

Accent on modernisation

The year 2000 was marked by intense activity aimed at adapting the rules and practice of competition policy to an environment characterised by technological development, further integration of the single market and the upcoming enlargement of the European Union to the east.

This activity led to the adoption of new block exemption regulations in the field of horizontal agreements providing a safe haven for business agreements on research and development and on certain forms of production agreements such as outsourcing and joined production, provided companies involved do not have significant market power and do not engage in clear-cut violations of competition law. The block exemptions were complemented by guidelines which describe the general approach that should be taken when assessing horizontal agreements. Further progress was also made towards a fundamental reform of the procedure to deal with cartels and abuses of dominant positions, the so-called reform of regulation 17/62 or Modernisation started in 1999 and expected to come into force in 2003.

New guidelines were issued on 'vertical restraints', i.e. distribution, supply and other vertical agreements, to supplement the block exemption regulation of the same name adopted in December 1999.

More particularly, the Commission adopted a long-awaited comprehensive evaluation report on car distribution rules in Europe, which started the debate on the future car distribution regime after the current regulation expires in September 2002.

Merger control under unprecedented scrutiny

In merger control, the Commission set the ground work for a possible review of the Merger Regulation by submitting a report to the Council in June. The report suggests that despite the introduction of new turnover thresholds in 1997 which define whether a merger has so-called Community dimension many mergers and

acquisitions continue to be notified to different national competition authorities rather than benefit from the Commission's one-stop shop review.

In December, the Commission adopted an explanatory notice on merger 'remedies' or how best to avoid creation of dominant positions or other competition problems. The notice provided greater transparency on merger control policy and procedures as well as better guidance to the business and legal communities.

In another significant step, the Commission also adopted a simplified procedure to review unproblematic mergers such as those where there are no or only minimal overlaps.

As the march towards industry consolidation continued, the number and complexity of mergers and acquisitions increased putting the Commission's merger control policy under unprecedented attention and scrutiny from the practitioners and the media. This is particularly so in the WorldCom/Sprint deal, which was prohibited, the merger between AOL and Time Warner and the latter's deal with EMI in the music sector, a deal which was eventually dropped. Other high-profile decisions included Vodafone/Mannesmann; Volvo/Scania, Vivendi/Canal Plus/Seagram and TotalFina/Elf.

More transparency on state subsidies

In the area of State aid control, a field where the European Commission has unique powers, progress was made on modernising the control of subsidies and on increasing transparency, a long-standing concern.

The Commission prepared the introduction, to this end, of a public register of state aid and a scoreboard, which hopefully will help reduce the volume of public funds channeled to businesses by national and regional governments creating distortions of competition in the European single market.

At the same time, the Commission focused on the correct application of its decisions by national governments, notably concerning the effective and speedy recovery of illegal aid.

The Commission also introduced regulations detailing the conditions for exempting small amounts of aid, or the so-called de minimis rule to state aid, as well as aid for small and medium-sized enterprises and for training.

Record cartel fines

The fight against cartels and abuses of dominant position was pursued with determination in 2000 with fines totalling 199.5 million euros, an increase of 77.6percent on 1999. The most important cartel decision was taken against five producers of lysine, a product used in animal feed, who were fined a total 110 million euros.

New technologies pose new challenges

Enforcement of competition rules in 2000 also met with the challenge posed by the increased globalisation of the economy and new technological developments, creating new markets and business practices. The advent of business-to-business (B2B) electronic marketplaces and the use by certain industries of voluntary agreements with environmental aims are just two examples of emerging practices which led to Commission decisions, such as on MyAircraft.com and CECED.

But contrary to certain opinions or fears the existing competition rules proved adequate to deal with the new clicks and portals economy as they are for the traditional bricks and mortars sectors.

Still a lot to do in utilities markets

A large part of the Commission's enforcement activity in 2000 continued to be focused on recently liberalised markets such as telecommunications and energy, where a competitive environment is not yet fully established.

Last year was the second year of electricity liberalisation, but apart from the fact that at the end of 2000 not all EU countries had fully implemented the liberalisation directive, other obstacles remained in the way to the integration of European markets and of free competition. Competition law enforcement concentrated on access to congested interconnectors as well as links between electricity generators.

The opening up of the gas market started in August last year, but as the abolition of monopoly rights and the emergence of so-called 'eligible' clients i.e. those free to choose their supplier became a reality, it also became apparent that the structure of the markets themselves was not favourable to competition.

The international dimension

Finally, the Commission also put special emphasis on the international dimension of competition policy. The fact that the geographical scope of competition cases is widening means that more commercial transactions are falling within the jurisdiction of the growing number of countries that have adopted competition rules. To analyse these cases properly and avoid conflict, the Commission intensified its co-operation with the competition authorities of the United States and other countries. It also started discussions with Japan with a view of concluding a bilateral cooperation agreement on antitrust issues in 2001. Furthermore, the Commission continued to pay close attention to the competition aspects of enlargement, to make sure that the same rules apply with equal effectiveness throughout an enlarged Union.

(1) Available on internet http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html

Statistics 2000 -1999

TOTAL NEW CASES		1,206	1,249
	ANTITRUST	297	388
	MERGERS	345	292
	STATE AIDS	564	569
TOTAL CASES CLOSED		1,209	1,321
	ANTITRUST	379	582
	MERGERS	355	279
	STATE AIDS	475	460

The remarkable reduction in the number of new antitrust cases can be attributed to the new block exemption on vertical restraints which has drastically reduced the need for notification of this type of agreement. A second factor in the reduction of new cases is the drop in the number of complaints. It is interesting to note that almost 30% of the new cases were opened ex officio. In absolute terms, moreover, ex officio procedures increased over the previous year. This development is in line with the policy objective of dealing with standard agreements through legislative action, while using the available resources to pursue a more proactive policy and concentrate on the most dangerous anti-competitive practices.

ANTITRUST NEW CASES 2000 - 1999

	Ex officio	84	77
	Complaints	112	149
	Notifications	101	162
CLOSED CASES			
	Formal decisions	36	68
	Informal Procedures	343	514

MERGERS

Notifications	345	292
Decisions	345	270
Approvals in 1st Phase	321	254
Decisions in 2nd Phase	17	10
Prohibitions	2	1

STATE AIDS

Unnotified aid	86	98
Notified aid	469	469

CONTENT – MEDIA – TELECOM COMPETITION ISSUES*

By: **Herbert Ungerer**^(*)
e-mail: Herbert.Ungerer@cec.eu.int

INTRODUCTION

Europe is currently going through a major telecom reform that will integrate competition law elements into Europe's framework substantially more than in the past.

This is an important change of framework for the sector as a whole and I will refer to it. But my main emphasis will be on a broader phenomenon of which current telecom reform is one element: The current re-positioning of companies in the new value chain telecom–Internet - media – content and the major role the application of competition rules will play for companies as they undertake that search for new markets and revenues.

A CRITICAL PHASE

A main growth motor for the current development continues to be, without doubt, market liberalisation—even if heavy pressure on the telecom markets seems to continue during this year resulting from the set back on the stock markets and from the shock of the high UMTS licence fees that—though uneven across EU Member States—have withdrawn some 110 billion € from Europe's telecom markets, resulting in substantial debt and heavy repercussions in telecom and mobile markets across Europe.

The substantially tighter financial situation in the major telecom growth markets (Internet, mobile) combine, in many European countries, with unresolved issues in launching the new digital cable, satellite and terrestrial platforms, with digital satellite, digital cable, and digital audio all at decisive stages of introduction. Europe's telecom and media sectors are therefore at a critical cross road: There is a requirement to open new business opportunities and revenues. A main element there is further regulatory reform and a still more open market environment.

The new policy mix rests, beyond many more detailed issues, on two main requirements to relaunch the Telecom – Internet – Media chain:

- Access to the local loop
- and
- Access to content.

TELECOMS: FINDING THE RIGHT BALANCE

Access to the local loop is a main element in the current telecom reform—and it best demonstrates the closely complementary role between:

- Sector specific regulation
- and
- Application of EC Competition Rules.

The general goal of the current EU Telecom Reform package, the first major overhaul of the EU's telecom regulatory framework since full liberalisation of telecoms in the EU in 1998, is to make the framework sufficiently flexible to allow the development towards the new multi-media markets—with a progressive transition of market regulation towards the rules of general competition law, while at the same time strengthening specific regulation where strong ex-ante regulation is needed to allow the new markets to develop.

* Telecommunications Industry Conference - IESE, Madrid, 30 - 31 May 2000

(*) Head of Unit C2 of Directorate C "Information, communication and multimedia" of DG Competition. This document does not reflect the views of the European Commission. Any interpretations or opinions expressed in this document are those of the author.

A main point in focus is access to the local loop. The reform package of July of last year contained the proposal to mandate the opening of the local loop EU-wide by the beginning of this year. The EU regulation on the unbundling of the local loop was passed in record time by the Council of Ministers and the European Parliament and entered into force on 1st January of this year.¹ Even if the implementation record and its impact on the market place is still not satisfactory, the Commission is determined to ensure, in close co-operation with the National Regulators, that the new regulation will progress effective opening of the local telecom access markets.

At the same time, the general reform package has made substantial progress, with agreement in principle at the EU Telecom Council in April and the opening of the co-decision phase between the Council and Parliament before the final adoption, hopefully before the end of this year.

Future regulation will concentrate on checking the market power of the incumbents— with the promise that sector specific regulation will phase out, as effective competition provides a sufficient check on that market power.

Analysis of market power will now be based on proven market definition principles developed under Competition Law practice. In the context of the current reform process the Commission has published in March “Draft Guidelines on Market Analysis and the Calculation of Significant Market Power” for the sector.²

CONTENT BECOMES KEY

Let me then turn from the issue of local access, to the issue of access to content—or the wider issues of the transition to the new multi-media distribution networks. The current market re-structuring in the context of that transition and the introduction of the new systems—be they digital TV or digital audio-broadcasting, or the first precursors of a future Mega-bit Internet with full interactivity—has given rise to a number of complex cases under Competition Law. They have made the application of Competition Rules a major factor of influence in the restructuring of the sector, both at the European and the national levels.

In this context, one cannot overstate the importance of the complementary role of :

- National Competition Authorities and the national sector specific telecom regulators
- and
- The application of EC Competition Rules at the European level by the European Commission.

This complementary role will be further strengthened through the current telecom reform, and the reform of basic Regulation 17 governing European Competition Law application, as it is under way.

Before turning to some details of the application of EU Competition Rules to the new Telecom - Internet - Media - Content paradigm, let me re-call to this business audience some basic principles: The European Commission, in its application of EC Competition Rules, has been consistently positive on market restructuring that is required to exploit market integration and face globalisation, but, competition cannot be sacrificed in the process.

Or in other terms : market operators must be allowed to adjust to the new converging markets in the Telecoms - Internet - Media - Content environment, but there must be no market foreclosure by powerful market actors—that by itself would jeopardise this very adjustment process.

The tools are well known : strict screening under EC Competition Rules. This means:

- Article 81 : anti-competitive agreements ;
 - Article 82 : abuse of dominant positions
- and
- Vetting mergers and acquisitions under the EC Merger Regulation.

Where the trigger is aggregate world-wide turnover of more than 5 billion € and EU-wide turnover of at least two of the participating companies of more than 250 million €, unless each of the undertakings concerned achieves more than two thirds of its aggregate Community-wide turnover within one and the same Member

¹ http://europa.eu.int/comm/competition/liberalization/legislation/#telecom_regulations

² available at http://europa.eu.int/comm/competition/liberalization/legislation/#telecom_guidelines.

State. A more complex test applies for a world-wide aggregate turnover of over 2.5 billion € only where a merger concerns at least three Member States.

What counts for the application of the Regulation is impact on the market place in the European Union—and not the location of companies.

CASE CATEGORIES

Let me then turn to the main case categories in the Telecom - Internet - Media - Content field :

- Local access ;
- Horizontal restructuring ;
- Vertical issues.

The local bottleneck.

I have mentioned the Unbundling Regulation that entered into force by 1st January 2001 in the context of the current telecom reform. In fact, both instruments—sector specific regulation and application of general competition rules—play their (complementary) role in this area. Take the Telia / Telenor case as an example, the first case of a major merger of two telephone incumbents in Europe (in this case in the EEA). Screened under the Merger Regulation, the Commission required, as a condition for approving the merger, the unbundling of the local loops of the parties and the divestiture of the parties cable networks, i.e. the complete opening of the local access market. Even if the merger was subsequently disbanded by the parties, the Commission made it clear in the press release published on the occasion that it may apply similar conditions in similar circumstances in other future cases.

Horizontal

Out of a number of cases of horizontal restructuring—amongst them all of the global telecom alliances of the mid- to late-nineties—let me just mention two cases that have written case-law for the analysis of market power in the Internet : the review, under the EC Merger Regulation, of WorldCom / MCI in 1998 (approved) and of the subsequent WorldCom / MCI / Sprint in 2000 (prohibited). In both cases the Commission identified network effects as a new critical determinant in assessing mergers in the new Internet environment, in this case the Internet backbone market. In WorldCom / MCI the parties offered sufficient remedies, i.e. the divestiture of MCI's Internet operation. In the subsequent WorldCom / MCI / Sprint case the remedies offered were insufficient.

Vertical

As market operators move towards content-based strategies, this third line of cases is likely to become most important—as they have been in the deployment of the new television platforms for some time.

In this line of cases the main concern is that by linking up market positions in upstream content markets and downstream distribution markets actors can exclude existing or potential competitors to an extent that establishes them as effective gatekeepers for the new markets, with the threat of a lasting dominant position. Companies could become able to foreclose markets, by refusing to licence access to content to competitors, or by denying transmission of content via their infrastructures or platforms to other content owners.

In AOL / Time Warner, the link between AOL and Bertelsmann existing at the time would have created such a risk in the online music delivery market. The commitment to cut the link AOL / Bertelsmann allowed to give green light to the merger. In Vivendi / Seagram there was the concern that Seagram's (parent of Universal) control over content could be leveraged into Vivendi's position in the downstream pay-television and Internet services markets in Europe. In this case, a main condition was non-discriminatory access to Universal's music catalogue. Both cases show that access to content becomes crucial, as the converging Telecoms – Internet – Media markets move towards content-based strategies.

Access to premium content is therefore decisive for the new TV and video markets and, within that content, access to sports rights tops more and more the agenda. At the same time the availability of rights for distribution of content via the Internet is becoming critical for new revenue models for that medium.

Be it sports or music or film rights, access to premium content—and the control of it— becomes crucial for future strategies—but makes it also a centre of competition concerns.

In focus is exclusivity in premium content rights and potential exclusionary effects that result from that exclusivity for competitors.

Let us be clear. It is established practice under EC Competition Rules—as in general EU policy—not to question the rights of parties to content they created or lawfully acquired. But it is also established case law that the exercise of those rights must not lead to a situation where the development of competition would be substantially and in a permanent manner impeded.

Competition Commissioner Monti has stated this clearly. I quote: “*Exclusivity of a long duration and for a wide range of rights is unacceptable because it is likely to lead to market foreclosure*”.

This will be the guideline for a number of critical decisions under EC Competition Rules ahead, be they on football rights or other areas of premium content.

As Commissioner Monti has stated on a number of occasions, the Commission respects the specificities of sport, as it has shown in the media sector just a month ago with the approval of the UEFA Broadcasting Regulations, after requesting a number of modifications.³

However, control of content must not lead to build up of market power and exclusionary effects of such a degree that consumer choice and interests are put in jeopardy.

Offering access to content to competitors can ease competition concerns as it has in the Audio-visual Sports case in this country whereby Telefónica and Sogecable jointly acquired and exploited broadcasting rights to the Spanish First League football matches. After the granting by the parties of access to the relevant football rights to the new cable and digital terrestrial television networks in Spain, Commissioner Monti, last Autumn, expressed his satisfaction that “*Spanish viewers now benefit of very interesting pay TV subscription companies as a result of strong competition between digital cable, satellite and terrestrial TV*”. He emphasised in that context the close co-operation with the Spanish Competition Authorities. We hope to conclude the final examination of all competition aspects of this case during this year.

CONCLUSION

Under EC Competition Rules the red light is likely to go on when :

- Under-exploitation of exclusive rights leads to under-provision of services—or in other terms where rights are harboured by market actors without the intention of using them to the benefit of consumers ;
 - When consumer choice is severely curtailed by this and other anti-competitive effects
- and
- Particularly where this hinders severely the deployment of new technologies at a time when the market actors need access to content at fair conditions to develop new strategies in the converging Telecom - Internet - Media - Content markets. This is particularly true at a time when Europe is in a critical stage in the deployment of digital TV, digital audio-broadcasting, and development of high-speed broad band Internet.

Particular vigilance by Competition Authorities will be required where under-exploitation or bundling of rights would artificially hinder market development and interbrand competition between different media, for example in order to favour deployed infrastructures such as proprietary set-top boxes.

The market will need both flexibility to use the new opportunities, and vigilance to avoid the build-up of gatekeeper positions to exclude competitors on a lasting basis. In a number of instances the offering reasonable access commitments and licensing of content may offer a way forward. In other cases, structural measures will be required, and in some cases prohibitions will be unavoidable. We hope that a number of forthcoming case decisions will allow clarifying principles during this year further.

³ <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/2001/>

PAGINAS WEB:**- AMERICA LATINA:**

- Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (ARGENTINA): <http://www.mecon.gov.ar/cndc/home.htm>
- Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE-BRASIL): <http://www.cade.gov.br/>
- Superintendencia de Industria y Comercio (COLOMBIA): <http://www.sic.gov.co/Delepromo.htm>
- Comisión para Promover la Competencia (COSTA RICA): <http://www.meic.go.cr/coprocom.htm>
- Comisión Federal de Competencia (MEXICO): <http://cfc.gob.mx/>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPI - PERÚ): <http://www.indecopi.gob.pe/>
- MERCOSUR: <http://www.mercosur.org.uy/>
- OEA/OAS-Organización de los Estados Americanos/Organization of American States: <http://www.oas.org/>
- Pro-Competencia – Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (VENEZUELA): <http://www.procompetencia.gov.ve/>
- Secretaria General Comunidad Andina: <http://www.comunidadandina.org>
- SELA-Sistema Economico Latinoamericano: <http://www.sela.org>
- IRELA-Instituto de Relaciones Euro-Latinoamericanas: <http://www.irela.org>

- UNION EUROPEA:

- Parlamento Europeo: <http://www.europarl.eu.int>
- Comisión Europea –DG COMPETENCIA: <http://europa.eu.int/comm/competition/>
- Tribunal de Justicia Europeo: <http://www.curia.eu.int/>
- Austria. Wettbewerbsbehoerde im BMWA: <http://www.bmwa.gv.at/wettbew/start.htm>
- Belgium. Ministère des Affaires Economiques: Concurrence: http://mineco.fgov.be/organization_market/index_fr.htm
- Denmark. Konkurrenceraadet: <http://www.ks.dk/konkuromr/index.html>
- France. Conseil de la Concurrence: <http://www.finances.gouv.fr/conseilconcurrence/>
- France. Direction Générale de la Concurrence de la Consommation et de la Répression des Fraudes: <http://www.finances.gouv.fr/conseilconcurrence/>
- Germany. Bundeskartellamt: <http://www.bundeskartellamt.de/>
- Ireland. Competition Authority: <http://www.irlgov.ie/compauth/home.htm>
- Italy. Autorità Garante de la Concorrenza e del Mercato: <http://www.agcm.it/>
- Netherlands. Nederlandse Mededingings Autoriteit: <http://NMa-org.nl/>
- Netherlands. Ministerie van Economische Zaken: <http://info.minez.nl/>
- Portugal. Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência: <http://www.dgcc.pt/>
- Spain. Direccion General de Política Economica y Defensa de la Competencia: <http://www.meh.es/comun/dgpedc.htm>
- Spain. Tribunal de Defensa de la Competencia: <http://www.meh.es/TDC/tdc.htm>
- Sweden. Konkurrensverket (Competition Authority): <http://www.kkv.se/>
- United Kingdom. Monopolies and Mergers Commission: <http://www.open.gov.uk/mmc/>
- United Kingdom. Office of Fair Trading: <http://www.oft.gov.uk/>

"DIREITO DA CONCORRÊNCIA - CASE LAW"

Por José Inácio Gonzaga Franceschini

Editora Singular, São Paulo

Tel/Fax: +55-61-3862-1242

Web: www.editorasingular.com.br

e-mail: singular@editorasingular.com.br

O autor é advogado, formado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1972, com pós-graduação em Direito Penal-Econômico e Direito Internacional.

É autor dos livros "Lei da concorrência conforme interpretada pelo CADE", "Poder Econômico Exercício e Abuso - Direito Antitruste Brasileiro" e "Introdução ao Direito da Concorrência" e de diversos artigos, notadamente sobre temas de Direito Empresarial, Internacional e Comercial, tanto sob o aspecto substantivo como processual, com destaque para o Direito Antitruste.

LATIN AMERICAN COMPETITION LAW AND POLICY : A POLICY IN SEARCH OF IDENTITY

By Ignacio De Leon

This title will be published in October 2001. You may order it through <http://www.amazon.com>.

Table of Contents

1. Introduction. 2. The Emergence of Competition Policy in Latin America. 3. The Structure-Conduct-Performance Paradigm and its Role on Latin American Competition Policy Analysis. 4. The Promotion of Regulatory Reform by Latin American Competition Agencies: The Improvement of Market Coordination and Market Organic Competition. 5. Institutional Constraints on the Effectiveness of Competition Policy. 6. The Influence of International Competition Principles on the Design of Latin American Competition Policy Schemes. 7. Conclusion: Identifying the Conditions for a Successful Latin American Competition Policy. 8. Epilogue. The Challenge Ahead. Index.

Book Description

Thanks to the strategy of 'apertura' that has characterized economic policy throughout Latin America since the debt crisis, foreign investment is on the rise and a significant degree of economic stability has been achieved. In the global arena, however, the enormous promise of Latin American trade remains only partially realized, as policy makers in the region struggle to design a 'fair' level playing field for encouraging sustained and equitable development, through implementing transparent regulatory business environments across the region. Competition policy has accordingly become a major regulatory issue in both individual Latin American countries and in regional cooperation arrangements.

VII SEMINAR ON COMPETITION POLICY

Foz do Iguaçu - Paraná - Brasil

November 23-24, 2001

IBRAC (Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo) is promoting the 7th edition of its traditional Annual Seminar on Competition Policy on November 23-24 in Foz do Iguaçu - Paraná. The Seminar will focus on:

1- Cartels, administrative and criminal penalties; 2- Competition in regulated markets; 3- Case studies; 4- Institutional development.

The Seminar will bring together senior Brazilian government authorities (CADE, SDE, SEAE), scholars, lawyers, representatives of private sector and the Judiciary.

Contact: Carlos Busto (ibrac@ibrac.org.br)

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 nº 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 nº 12, p. 28)

MODIFICACIONES A LA LEGISLACIÓN SOBRE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA
REPÚBLICA ARGENTINA

Por: **Norma Pascar** (Boletín nº 12, p. 35)

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONOMICAS A PARTIR DE LA
REGLAMENTACION DE LA LEY Nº 25.156

Por: **Julián Peña** (Boletín nº 12, p. 38)

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 Cecilia 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)

3 - COLOMBIA:

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA

Por: **Margarita Alarcón Carrillo** (Boletín nº 1, p. 6)

EL ACCESO AL EXPEDIENTE

Por: **Margarita Alarcón Carrillo** (Boletín nº 2, p. 17)

SOBRE LAS LIMITACIONES DE LA LEY A LA LIBERTADECONÓMICA

Por: **Margarita Alarcón Carrillo** (Boletín nº 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)

4 - 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)

5 - 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)

6 - 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 DEPREDAION 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)

7 - 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)

8 - 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 Díez Canseco Núñez** (Boletín n° 9, p. 79)

9 – 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)

10 – TRINIDAD & TOBAGO

DEVELOPING AND IMPLEMENTING A COMPETITION REGIME: CHALLENGES FACED BY SMALL OPEN ECONOMIES

By: **Taimoon Stewart** (Boletín n° 11, p. 52)

11 - URUGUAY:

SUGERENCIAS PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Por: **Daniel Hargain** (Boletín n° 9, p. 83)

12 - 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)

13 - 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)

14 - INTAL:

BRIEF REVIEW OF COMPETITION POLICY IN THE SOUTHERN COMMON MARKET (MERCOSUR)

Por: **Uziel B. Nogueira** (Boletín n° 4, p. 29)

15 - 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)

16 - OECD:

THE OECD AND COMPETITION POLICY IN LATIN AMERICA
(Boletín n° 8, p. 110)

17 - 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)

18 - 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)

19 - 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)

20 - USA:

PROPOSED CHANGES IN BRAZIL'S ANTITRUST LAW
Por: **Russell Pittman** (Boletín n° 12, p. 105)

20 - 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 nº 3, p. 114)

A POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA DA COMUNIDADE EUROPEIA: O DESAFIO DA GLOBALIZAÇÃO E DO ALARGAMENTO

Por: **Nuno Ruiz** (Boletín nº 3, p. 118)

REGIMEN DE LOS MONOPOLIOS LEGALES EN EL TRATADO CE Y SITUACION ACTUAL

Por: **Ramón Carmona** (BOLETÍN nº 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 NÉGOCIATIONS?

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 n° 6, p. 163)

APLICACION DE LAS REGLAS COMUNITARIAS DE COMPETENCIA A LOS BANCOS

Por **Joaquin López Madruga** (Boletín n° 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 n° 7, p. 117)

EL DERECHO Y LA POLÍTICA DE COMPETENCIA: LA COMUNIDAD EUROPEA Y EL
MERCOSUR

Por: **Nuno Ruiz** (Boletín n° 7, p. 124)

LA LIBERALISATION DES SERVICES PUBLICS EN EUROPE: CONCILIER DYNAMISME ECONOMIQUE ET
MISSIONS D'INTERET GENERAL

Por: **Jean-François Pons** (Boletín n° 8, p. 116)

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN ESPAÑA SE VUELVE SERIO

Por: **Antonio Creus y Natalia Lacalle Mangas** (Boletín n° 8, p. 120)

PLANTEAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA RONDA DEL MILENIO: PROPOSICIÓN EN LA
APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

(Boletín n° 8, p. 126)

THE EU TELECOMMUNICATIONS SECTOR DURING THE 1990S: LIBERALISATION,
REGULATION AND COMPETITION POLICY

Por: **Bernardo Urrutia** (Boletín n° 9, p. 122)

O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA NA UNIÃO EUROPEIA

Por: **Cristina Brandão Leal** (Boletín n° 9, p. 134)

CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA VERSUS LIBRE COMPETENCIA

Por : **Maria Isabel Candelario Macías** (Boletín n° 9, p. 148)

LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LA ERA DE INTERNET

Por : **Amadeo Petitbò Juan** (Boletín n° 10, p. 114)

O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E A PROTECÇÃO DO CONSUMIDOR NA LEI
PORTUGUESA

Por: **José Anselmo Rodrigues** (Boletín n° 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 n° 10, p. 129)

EVOLUTION OF EUROPEAN COMPETITION POLICY IN THE LAST YEAR

By: **Mario Monti** (Boletín n° 11, p. 79)

LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN EUROPA Y EL CIUDADANO

Por: **DG Competencia** (Boletín n° 11, p. 85)

THE EU APPROACH TO COOPERATION BETWEEN COMPETITION AGENCIES TO COUNTER
ANTICOMPETITIVE PRACTICES THAT AFFECT MARKETS WORLDWIDE

By: **K. Mehta** (Boletín n° 11, p. 103)

LUTTE CONTRE LES PRATIQUES DE PRIX IMPOSÉS EN EUROPE

Par: **Pierre Arhel** (Boletín n° 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 n° 11, p. 115)

LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS ABUSIVES EN EUROPE

Por: **Pierre Arhel** (Boletín n° 12, p. 109)

COMPETITION ACTIVITY RUN HIGH IN 2000

Por: **DG Competition** (Boletín n° 12, p. 120)

CONTENT – MEDIA – TELECOM - COMPETITION ISSUES

By: **Herbert Ungerer** (Boletín n° 12, p. 123)