

**UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT  
CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y  
DESARROLLO**

**Regional Seminar for Latin America and Caribbean Countries  
on the Post-Doha WTO Competition Issues  
São Paulo, 23 - 25 April, 2003**

**Seminario Regional Post Doha para los países de América Latina y el Caribe  
sobre los temas de Competencia de la OMC  
São Paulo, 23 - 25 de abril de 2003**

**Seminário Regional Pós Doha dos Países da América Latina e Caribe sobre os Temas  
de Concorrência na OMC  
São Paulo, 23 - 25 de abril de 2003**

**Edited by Philippe Brusick and Ana María Alvarez**

**Foreword by**

**Rubens Ricupero  
Secretary – General of UNCTAD**



*UNITED NATIONS*

*Geneva, 2003*

## 2.1. Comércio internacional e desenvolvimento

**Calixto Salomão Filho**  
**Universidade de São Paulo. Brasil**

### I – Introdução

O presente ensaio tem pretensões muito limitadas. A intenção é apenas identificar a relação entre comércio internacional e desenvolvimento do ponto de vista histórico e teórico para, em seguida, individualizar brevemente (e sem possibilidade de aprofundamento) os principais instrumentos jurídicos capazes de fazer do comércio internacional um instrumento de desenvolvimento.

### II – A relação entre comércio internacional e desenvolvimento

A análise desse tema na história é necessária e reveladora. O tratamento do comércio internacional como questão de Estado, particularmente relevante para o bem estar e desenvolvimento de cada nação, é uma constante.

Na Antigüidade, são conhecidas as passagens que dão conta da importância estratégica do comércio com as colônias – especialmente em Roma.

Na Idade Média, o comércio e a produção para o comércio são verdadeiros centros propulsores do desenvolvimento das Cidades-Estado. A ponto de permitir a transferência para as corporações – responsáveis pela produção – de grande parte dos poderes políticos nas Cidades-Estado<sup>1</sup>.

Sem solução de continuidade, chega-se ao mercantilismo, em que o comércio internacional torna-se a razão de ser do próprio Estado. Não é possível pensar em desenvolvimento interno sem comércio internacional. A ânsia desenvolvimentista manifesta-se em vultuosos investimentos representados pelas empresas coloniais. Tudo na busca de fontes de matéria prima e de novos mercados consumidores, i. e., na busca da ampliação do comércio internacional<sup>2</sup>.

Solução de continuidade tampouco ocorrerá com a Revolução Industrial, entendida como movimento econômico que vê na mudança do estado da técnica produtiva o principal fator de desenvolvimento econômico. Esta só se estabelece como padrão econômico mundial quando, ao final da Guerra dos Sete Anos, a Inglaterra consolida sua hegemonia no comércio internacional<sup>3</sup>.

A partir de então ela aproveitará de sua vantagem relativa em matéria de evolução do estado da técnica para obter os máximos ganhos possíveis do comércio internacional. Serão então estes a dar grande parte do impulso desenvolvimentista desta nação. É exatamente o fato de ter uma vantagem relativa no comércio internacional – consistente no

---

<sup>1</sup>M. Weber, *General economic history*, London, George Allen Unwin Ltd., 1923, p. 141-142.

<sup>2</sup> Nesse sentido, v. F. Galgano: “Ciò che muove l'intento regolatore dello Stato è l'interesse politico (anche se convergente con l'interesse economico della classe mercantile) ad accrescere la potenza finanziaria dello Stato (e gli agi delle classi dominanti) e, poiché ciò essenzialmente dipende dal gettito fiscale, l'interesse ad espandere la vita economica, a sviluppare i traffici, a moltiplicare il volume della produzione nazionale e, soprattutto, il volume delle esportazioni, giacché opera *la tendenza a considerare il profitto del commercio internazionale come la sola vera fonte di eccedenza, e quindi come la sola fonte sia dell'accumulazione che delle rendite statali*” (*Storia del diritto commerciale*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 59).

<sup>3</sup> Com o Tratado de Paris de 1763, que põe fim à Guerra dos Sete Anos, confirma-se o domínio inglês sobre o comércio internacional, o que permite a esse país impor seu modelo desenvolvimentista nas relações comerciais internacionais – cfr. P. Bonfante *Storia del commercio*, 2ª edição, Torino, G. Giappichelli, 1936, p. 108 e ss.

maior valor de troca dos bens por ela produzidos – que faz com que esse país possa manter-se à frente dos demais em matéria de desenvolvimento até o final do século XIX.

Dada essa vantagem inicial, não é tampouco um acaso que a partir de então todos os casos vitoriosos de desenvolvimento econômico derivem (ao menos no momento inicial) de circunstâncias excepcionais ou da criação de um fortíssimo mercado interno decorrente de circunstâncias históricas específicas (como é o caso dos EUA no final do século XIX) ou de imensas subvenções estatais ou internacionais para o desenvolvimento (como é o caso da Alemanha e do Japão no imediato pós-guerra). Dado o passo inicial, essas nações brevemente se ombrearão à Inglaterra e França na dianteira do desenvolvimento industrial, podendo então também beneficiar-se do comércio internacional.

O comércio internacional deixa então de ser um instrumento de desenvolvimento, não por sua ineficácia, mas porque diversas nações (EUA, Japão, Alemanha) por circunstâncias históricas diversas, conseguem nele prevalecer. O comércio internacional torna-se, então, instrumento de desenvolvimento para alguns – e de subdesenvolvimento para outros – portanto uma fonte importante de desequilíbrios regionais.

Como a evolução histórica parece demonstrar, isso se deve, mais do que tudo, à criação de condições de concorrência absolutamente desiguais entre Estados por força de circunstâncias históricas específicas.

A apresentação da questão em termos concorrenciais não é mera retórica. Como se verá a seguir, permite pôr a questão em termos teóricos próprios, reduzindo a carga normalmente ideológica desse tipo de discussão.

## **II – A discussão teórica**

A discussão teórica da questão do desenvolvimento econômico se faz normalmente em termos econômicos e, com frequência, também ideológicos.

A escola que hoje indiscutivelmente prevalece na cena internacional influenciando doutrina, governos e organismos internacionais é a chamada escola institucionalista econômica, que tem como figura de maior destaque D. North, ganhador do prêmio Nobel de Economia. Segundo North e seus seguidores as diferentes fases de desenvolvimento de cada nação são determinadas pelos respectivos desenvolvimentos das instituições<sup>4</sup>. Assim sendo, basta aos países subdesenvolvidos adaptarem suas instituições aos padrões do primeiro mundo para atingirem o desenvolvimento. Nesse quadro, o comércio internacional pouca ou nenhuma influência teria sobre o desenvolvimento relativo dos países. O caminho está aberto então para os defensores de um comércio internacional absolutamente livre e destacado de qualquer preocupação com o desenvolvimento, que deve perseguir apenas os ideais smithianos de livre comércio. Não por acaso, então, os mesmos organismos (FMI, Banco Mundial) que sugerem aos países modificações institucionais, de modo a moldar suas instituições às dos países desenvolvidos são os grandes propugnadores de um comércio internacional absolutamente livre.

De outro lado, muito influente sobretudo no ambiente latino americano nos anos 60 e 70 está a teoria estruturalista cepalina. Muito mais apegada à realidade histórica, procura demonstrar as diferenças estruturais entre as economias subdesenvolvidas e desenvolvidas, relacionando tais diferenças a fatos históricos específicos e em particular à influência condicionante que o comércio internacional e o sistema de trocas desiguais tiveram para o

---

<sup>4</sup> Cfr. D. North, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

desenvolvimento dos vários países<sup>5</sup>. As políticas por eles sugeridas, sobretudo no sentido da busca de desenvolvimento econômico por meio da promoção do mercado interno, vista como solução quase única em face de um sistema internacional de trocas estruturalmente desigual, foram muito úteis para o desenvolvimento dos países latino americanos, sobretudo o Brasil, naquele período.

Exaurido o sistema pelo esgotamento dos mercados internos, devido sobretudo à falta de políticas de redistribuição de renda que permitissem a ampliação contínua dos mercados internos, a teoria fica exposta a críticas, sobretudo dos teóricos ligados às idéias institucionalistas, que afirmam ser exatamente o receituário estruturalista o mais infenso a permitir mudanças institucionais.

Com a realidade de internacionalização dos mercados e com o enorme aumento da velocidade das mudanças tecnológicas, é preciso rever a disputa acadêmica entre estruturalistas e institucionalistas. De um lado a simples desconsideração da realidade histórica por parte dos institucionalistas os faz ignorar a enorme e constante influência do comércio internacional sobre o desenvolvimento. De outro, os estruturalistas, extremamente precisos e exatos nas análises das razões para o subdesenvolvimento, apresentam um receituário corretivo insuficiente.

É imperioso a qualquer país que hoje queira se desenvolver acostar ao desenvolvimento do mercado interno (e à necessária distribuição de renda para tanto) uma correta inserção no mercado internacional.

Ocorre que para fazê-lo é necessário distinguir as bases jurídicas dessas relações. No fim das contas o comércio internacional assenta-se sobre bases jurídicas, sobre valores que devem orientar a relação entre esses países. É, portanto, na correta compreensão dessa principiologia jurídica – mesmo que ainda não bem aplicada nos tratados internacionais sobre comércio – que está a possibilidade de elaborar uma teoria que permita inserir o comércio internacional nos objetivos desenvolvimentistas de cada país.

Ora, a teoria jurídica do comércio internacional – a um só tempo racional e única capaz de colocá-lo sobre bases isonômicas – é a teoria concorrencial. Segundo ela, o comércio global nada mais é que um grande sistema de concorrência entre países, e as regras que o disciplinam são exatamente regras que visam a garantir a igualdade de condições entre os países.

---

<sup>5</sup> Dentre as várias criações do pensamento cepalino destacam-se as obras de R. Prebisch e C. Furtado, respectivamente do primeiro “O desenvolvimento econômico na América Latina e alguns de seus problemas principais” in *Cinqüenta anos de pensamento na CEPAL*, Rio de Janeiro, Record, 2000, p. 69 e do último “Desenvolvimento e subdesenvolvimento”, in *Cinqüenta anos de pensamento na CEPAL*, cit, p. 239 e o clássico *Formação econômica do Brasil*, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1986. Por trás da análise histórica extremamente acurada e crítica e da correta percepção dos entraves estruturais do desenvolvimento, Furtado desenvolve um determinismo que marcará sua obra. Convencido da impossibilidade de superar os determinantes internacionais do subdesenvolvimento, Furtado desenvolve um certo pessimismo, parecendo atribuir um eterna função periférica às nações não beneficiadas pelo sistema internacional de trocas. A Escola histórico estrutural, ainda que seguindo a sorte da teoria econômica do desenvolvimento em geral, tenha sido preterida no meio acadêmico econômico (inclusive brasileiro) em prol da teoria neoclássica (e suas variações), fez seguidores de peso. Apenas para mencionar dois discípulos diretos de Furtado cfr. M. Conceição Tavares, *Acumulação de capital e industrialização no Brasil*, Campinas, Editora Unicamp, 1974 e J. M. Cardoso de Mello, *O capitalismo tardio*, São Paulo, Brasiliense, 1982. Esses dois últimos autores reforçam o papel da evolução histórica interna das forças de poder no processo de desenvolvimento (ou subdesenvolvimento) econômico.

Visto dessa maneira o comércio internacional, a polêmica institucionalistas – estruturalistas nada mais é que a tradição, em termos macroeconômicos, da tradicional polêmica entre estruturalistas<sup>6</sup> e neoclássicos em matéria antitruste.

Isso significa também que os principais institutos jurídicos do comércio internacional podem – e devem ser revistos – em termos dos grandes pilares do direito da concorrência – controle estrutural e comportamental.

A própria estrutura do Acordo da OMC de 1994 é bastante sugestiva nesse sentido. Distingue, com efeito, entre as exceções estruturais, que prevêm a possibilidade de subtrair permanentemente à aplicação dos Acordos OMC (como é o caso dos acordos regionais e aqueles a favor das nações em desenvolvimento) e exceções temporárias, que são as demais<sup>7</sup>.

São exatamente esses dois grupos de exceções a permitir uma compreensão do comércio internacional a partir da idéia de igualdade material de condições de concorrência, pressuposto necessário para que este se transforme em instrumento de desenvolvimento e não de desequilíbrio internacional.

Essa última observação deve ser antes de tudo aprofundada. Afirmar que concorrência induz desenvolvimento<sup>8</sup> não significa dizer que a concorrência é o único valor que pode levar a esse objetivo econômico. Significa, no entanto, e isso é válido particularmente para o comércio internacional, que a idéia de concorrência, proporcionando os meios para a obtenção de igualdade material entre os Estados, cria condições de desenvolvimento não só por causar equilíbrio mas também por permitir a reinserção do comércio internacional dentro das políticas de Estado, o que é, como visto, sua vocação histórica. É exatamente a busca pelo reequilíbrio, típicas das preocupações concorrenciais, que permite essa reinserção ativa do Estado como promotor e incentivador do comércio internacional.

### III – Os instrumentos desenvolvimentistas do comércio internacional

Sobre essas premissas é possível passar a elencar e muito rapidamente analisar os instrumentos desenvolvimentistas do comércio internacional. Serão eles divididos, segundo a lógica concorrencial há pouco mencionada, em medidas estruturais e comportamentais.

#### Medidas estruturais

##### a) Os blocos regionais

Entre os instrumentos estruturais de promoção desenvolvimentista do comércio internacional destaca-se, inicialmente, a formação de blocos regionais, desde que certas condições sejam preenchidas.

O fator positivo da integração regional está exatamente na ampliação do comércio entre regiões onde vigem condições econômicas e sociais semelhantes. Faz prever portanto que, estabelecidas regras uniformes de concorrência, haverá efetiva igualdade de condições jurídicas e macroeconômicas de atuação no mercado. Pode-se prever, portanto, um sistema comercial de trocas equivalentes ou não desiguais.

<sup>6</sup> A relação involuntária entre estruturalistas cepalinos e estruturalistas harvardianos já foi destacada alhures – cfr. C. Salomão Filho, “Regulação e desenvolvimento” in C. Salomão Filho (org.) *Regulação e desenvolvimento*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 45.

<sup>7</sup> Cfr. nesse sentido P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell’organizzazione mondiale del commercio*, Padova, CEDAM, 2002, p. 296.

<sup>8</sup> O que já foi feito em outra sede – cfr. C. Salomão Filho, “Regulação e desenvolvimento”, cit. p. 47 e ss.

Os efeitos dessas estruturas sobre o desenvolvimento econômico dos países membros é evidente. Em primeiro lugar, ampliando o mercado (relevante) incentivam o desenvolvimento do parque industrial próprio de cada país. Mas mais do que isso. Desde que acompanhada de uma correta política de desenvolvimento tecnológico e de transferência de tecnologia dos países industrializados permite o aumento do investimento fundado em desenvolvimento tecnológico. Isso por dois motivos: em primeiro lugar por proporcionar mercado ampliado às empresas dispostas a investir em tecnologia (e, portanto, retornos de investimentos tecnológicos potencialmente maiores e mais rápidos). De outro, exatamente por se dar em economias em estágio de desenvolvimento semelhante não implica riscos de destruição do parque industrial em decorrência de diferenças tecnológicas historicamente determinadas e insuperáveis sem medidas estruturais duradouras.

Enfim, há uma terceira influência bastante positiva sobre o processo de desenvolvimento econômico. Trata-se da influência sobre o mercado de trabalho. A semelhança de condições macroeconômicas significa de um lado que o processo de integração não implicará perda de emprego e, portanto, exclusão social, mas sim provavelmente aumento dos postos de trabalho, em função da ampliação do mercado. De outro, em mercados comuns com países membros dotados de semelhanças macroeconômicas, as chamadas cláusulas sociais, tão discutidas em matéria de comércio internacional<sup>9</sup> são de aplicação muito mais viáveis. Estabelecer requisitos comuns para segurança no trabalho é possível, sem criar entraves ao desenvolvimento econômico ou aprofundar condições iníquas de comércio internacional (como pode ocorrer nas relações comerciais entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos).

Não por acaso, portanto, em vista de todas essas vantagens mesmo o Acordo OMC com sua filosofia (neo) liberal e liberalizante, reconhece ainda, a possibilidade de estabelecimentos de zona de livre comércio (uniões aduaneiras).

A nova versão de Marrakesh do artigo XXIV estabelece, no entanto, ao contrário do que estabelecia o artigo XXIV n. 3 do Acordo GATT 1947 que essas estruturas não podem significar novas restrições a terceiros Estados, mas só benefícios aos Estados membros, o que sem dúvida afeta bastante a capacidade, necessária sobretudo nos Mercados Comuns, de estabelecer uma política comercial externa comum para os Estados membros.

#### a.1) Mercosul

Para que os efeitos desenvolvimentistas acima discutidos se produzam é, no entanto, necessário que, dentro do Mercado Comum do Sul crie-se um verdadeiro espaço econômico comum do ponto de vista jurídico, já que do ponto de vista macroeconômico as semelhanças talvez nunca tenham sido tão realçadas.

Mas quais são as regras que permitem afirmar a existência dessas precondições jurídicas para a formação de um mercado único?

Parece óbvio que é fundamental assegurar condições concorrenciais em dois níveis diversos. Por um lado, é necessário garantir a segurança formal, i.e. que a concorrência seja leal e permanente. Por outro lado também precisam ser asseguradas as condições de concorrência no sentido material. Isso exige o estabelecimento de equilíbrio em relação a todas as normas sobre produção, estocagem, distribuição e venda, que podem influenciar significativamente as condições concorrenciais. Aí vão dois exemplos: regras de proteção ao

---

<sup>9</sup> Cfr. a respeito A. Amaral Jr., "Cláusula social: um tema em debate" in *Revista de Informação Legislativa* 141 (1999) p. 120-141, e a respeito das cláusulas sociais nos mercados comuns C. Salomão Filho, "O Mercosul como modelo de regulação do mercado" in J. G. Rodas, *Contratos internacionais*, 3ª edição, São Paulo, RT, 2002, p. 422 e ss.

consumidor e regras sobre condições de trabalho. Níveis de proteção disformes em relação ao consumidor e aos trabalhadores resultam em condições produtivas e concorrenciais disformes entre os Estados-parte. Eis o motivo primordial da necessidade de elaboração de princípios conjuntos em relação a essas regras para o estabelecimento de condições concorrenciais reais e uniformes.

Ocorre que, no momento, ao invés de estabelecer princípios básicos, fortemente institucionais, que pautem toda a elaboração legislativa, a legislação do Mercosul, tanto da concorrência quanto do consumidor, procura ser detalhista. Procura mais do que harmonizar, unificar as legislações. Ao fazê-lo torna-se excessivo para países que não dispõem da regulação. Para países que já possuem diplomas sobre o assunto – como por exemplo o Brasil – revela-se muito permissiva ou lacunosa. Sua aplicabilidade e efetividade torna-se, então, mais remota e sua eficácia – como elemento regulamentador de mercado – é fortemente diminuída<sup>10</sup>.

Há falta de um sem número de regras comuns, pelas quais o livre mercado poderia ser vinculado a questões éticas e sociais. O debate sobre tais regras ainda deverá ocorrer no processo de integração regional. Da mesma forma como as regras concorrenciais, elas também são importantes para a implementação de uma regulamentação comum do mercado para todos os empreendimentos e a criação de um real mercado comum.

Somente uma regulamentação econômica nesses moldes tem o potencial de garantir o autocontrole do mercado. De acordo com a definição de “concorrência” ora empregada<sup>11</sup>, o autocontrole do mercado implica assegurar condições formais e materiais de concorrência por meio de certas regras de proteção à concorrência no sentido formal e material. Essas regras mínimas permitiriam ao mercado e aos agentes privados impulsionar o processo de integração diminuindo a necessidade de criação de instituições supra nacionais pelos Estados-partes.

E é, na verdade, nessas expectativas de integração real que residem, pelas razões vistas, as maiores possibilidades de desenvolvimento.

#### a.2) Alca

Por todo o exposto, parece claro que uma Zona de Livre Comércio<sup>12</sup>, na forma como vem sendo estruturada a Alca, dentro dos limitados moldes do Acordo OMC de Marrakesh, tem limitadas possibilidades de influenciar o desenvolvimento.

De um lado, realizar-se-á entre países de desenvolvimento relativo absolutamente diverso e que têm, portanto, condições absolutamente desiguais de concorrência.

De outro, tratando-se de um típico acordo para a criação de Zona de Livre Comércio consistirá, na verdade, em uma pura e simples negociação por liberação comercial setorial nos moldes do Acordo OMC.

Assim, muito mais que considerações desenvolvimentistas de ordem geral, não cabíveis por não aplicáveis, serão relevantes na sua negociação considerações de política

<sup>10</sup> V., nesse sentido, C. Salomão Filho, “O Mercosul como modelo de regulação do mercado”, cit., p. 423 e 424.

<sup>11</sup> Para uma exposição mais detalhada, cf. Calixto Salomão Filho, *Regulação da Atividade Econômica*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 29 e ss.

<sup>12</sup> Para a distinção entre Mercado Comum, União Aduaneira e Zona de Livre Comércio cfr. C. L. Marques, “Regulamento comum de defesa do consumidor do Mercosul – primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor”, in RDC 23-24 (1997), p. 83; e J. A. Denot Medeiros, “Mercosul: quadro normativo e institucional Pós-Ouro Preto”, BILA 16 (1995), p. 1-17.

industrial para cada setor envolvido. É, aliás, a ligação da política industrial setorial ao comércio exterior que se dedicará o próximo tópico.

#### b) Comércio exterior e política industrial interna

A interação entre política industrial e princípios concorrenciais é, hoje, um dado de fato. Mesmo entendido, como deve ser, sob uma perspectiva institucional, o direito antitruste convive com a política industrial, admitindo-se exceções àquele por imperativos desta (especialmente em matéria de controle das estruturas).

De outro lado, a interação entre política industrial interna – mesmo quando relacionada ao comércio internacional – e desenvolvimento é cada vez mais reconhecida. A tendência hoje prevalente em matéria de teorias desenvolvimentistas das relações internacionais defende ser o direito ao desenvolvimento não só um direito aplicado aos países subdesenvolvidos mas também aos cidadãos desses países, bem aos moldes das modernas teorias sobre direitos humanos no campo internacional<sup>13</sup>. Assim, os países subdesenvolvidos não seriam apenas titulares de direitos (ou expectativas) em relação aos países desenvolvidos mas também teriam obrigações em relação a seus cidadãos, consistentes exatamente em políticas que permitam fazer com que o desenvolvimento satisfaça as necessidades mínimas, sobretudo dos grupos menos favorecidos.

Assim, na perspectiva desenvolvimentista moderna a visão do comércio exterior do ponto de vista da política industrial e agrícola se impõe como maneira de direcioná-la à melhoria das condições de vida dos indivíduos.

##### b.1) Política de exportações

Evidentemente, quando se fala em política de exportações como instrumento de política econômica no comércio internacional, a primeira coisa que vem à mente é uma política de subsídios às exportações, o que traz à baila também a discussão sobre políticas antidumping.

Aqui não é possível dar ao tema o aprofundamento que mereceria. O que se pretende é apenas inseri-lo na perspectiva desenvolvimentista.

Para tanto, é preciso ainda mais uma vez utilizar princípios concorrenciais. Fica claro então que o subsídio pode e deve ser admitido desde que sirva para reequilibrar situações de comércio desiguais. Entre elas deve-se incluir, particularmente para os países subdesenvolvidos, as condições financeiras e de crédito. Não é possível afirmar, com efeito, que existam condições equivalentes de concorrência quando empresas de diferentes países estão diante de condições de crédito absolutamente diversas, e empresas de determinados países não têm acesso ao crédito internacional. Nesse caso é e deve ser totalmente admissível o auxílio por bancos de fomento estatal<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. entre outros P. T. Muchlinski, “Basic needs – theory and development law” in F. Snyder, P. Slinn International Law of Development, comparative perspectives, Abingdon, Professional Books, 1987, p. 237 (240).

<sup>14</sup> O apoio do governo brasileiro, por meio do Programa de Financiamento às Exportações (Proex) à estratégia de exportação de jatos regionais pela Embraer originou, em 1996, o contencioso Brasil – Canadá sobre exportação de aeronaves civis. Nesse ano, o Canadá apresentou um primeiro pedido formal de consultas ao Brasil por meio do mecanismo de solução de controvérsias da OMC. Baseando-se no Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC, o Canadá denunciou o programa de financiamento do governo brasileiro como subsídio proibido, exigindo, portanto, sua extinção. Os argumentos apresentados pelo Brasil fundaram-se, em resumo, na justificativa de que o Proex não caracterizava subsídio proibido, mas sim medida niveladora das condições de concorrência da Embraer no mercado externo. Do ponto de vista jurídico, foram três os principais argumentos apresentados para a defesa dessa tese: (i) com base na letra K da Lista Ilustrativa anexa ao Acordo de Subsídios, o Proex não conferia uma “vantagem substancial” (*material advantage*) em benefício do comprador; (ii) a equalização aplicada pelo Proex estaria amparada pelo artigo 27.4 do Acordo de Subsídios; e



De outra parte, as regras sobre medidas anti-dumping tornam-se cada vez mais objeto de crítica. Mesmo em uma perspectiva geral, não desenvolvimentista, as regras anti-dumping são exceção e vistas como limitadoras da concorrência, exatamente por irem além da mera punição a preços predatórios, transformando-se em verdadeiros instrumentos de proteção industrial, sobretudo para os países desenvolvidos<sup>15</sup>.

Na prática, desde a entrada em vigor do Acordo OMC de 1994, que tornou a aplicação de tais medidas mais severa, transformaram-se as mesmas no grande instrumento de proteção industrial dos países desenvolvidos contra a indústria e agricultura dos países em desenvolvimento<sup>16</sup>.

Em ausência de tratamento diferenciado em matéria anti-dumping para os países em desenvolvimento – o que é imperioso em termos concorrenciais, dadas as dificuldades relativas de sua indústria – as regras anti-dumping transformaram-se em poderoso instrumento, capaz de anular completamente as – já poucas – vantagens concedidas pelo Acordo OMC aos países em desenvolvimento. Ou seja, as vantagens no estabelecimento de regras protetivas para as “baby industries” dos países subdesenvolvidos, que compõem um capítulo à parte do Acordo OMC<sup>17</sup>, acabam por indiretamente se estender, sem princípio e sem razão, aos países em desenvolvimento, via legislação anti-dumping. Impõe-se, portanto, como estratégia fundamental de desenvolvimento para os países subdesenvolvidos propugnar por uma revisão do Acordo Anti-dumping da OMC<sup>18</sup>.

## b.2) Regras protetivas da indústria

Ao contrário do que foi dito acima para os países desenvolvidos, para os subdesenvolvidos deve haver não só uma política de exportação como também grau suficiente de proteção industrial, que permita criar condições concorrenciais uniformes entre a indústria estrangeira e a indústria local.

Note-se bem, na perspectiva concorrencial, o que se justifica é apenas nível de proteção suficiente para igualar materialmente (e não apenas do ponto de vista formal) as condições de concorrência. De resto, também aqui esta é regra bastante próxima da idéia desenvolvimentista já que é capaz de permitir proteger determinado setor, preservando o emprego, sem de outro lado estimular a verdadeira preguiça tecnológica e indisposição para transformações típicas das indústrias não sujeitas à concorrência.

---

(iii) o momento em que poderia ser identificado o possível subsídio do Proex, se no momento da emissão, pelo Banco do Brasil, da “carta de compromisso”, que garantia o apoio do Proex à operação de venda, ou após a entrega da aeronave. Se vinculado à primeira hipótese, a suspensão do programa não afetaria os contratos já firmados para entrega futura de aeronaves (V., para maiores detalhes, V. C. Leão, “O contencioso comercial Brasil-Canadá – impasses e trajetória diplomática”, in A. Amaral Júnior (coordenador), *OMC e o comércio internacional*, São Paulo, Aduaneiras, 2002, p. 285 e ss.). Sobre a estratégia que consolidou a Embraer como uma das grandes empresas mundiais de jatos e o papel fundamental do apoio governamental para o seu sucesso, v. o interessante estudo da UNCTAD que destaca a Embraer como exemplo de competitividade para empresas de países emergentes: J. E. Cassiolato, R. Bernardes, H. Lastres, *Transfer of technology for successful integration into the global economy – a case study of Embraer in Brazil*, United Nations, New York and Geneva, 2002.

<sup>15</sup> Cfr. as críticas contidas no relatório da United Nations Conference on Trade and Development, “Anti-Dumping and Countervailing Procedures – use or abuse? Implications for developing countries”, in *Policy Issues in International Trade and Commodities*, Study Series n. 9, Genebra, United Nations, 2001, p. 14.

<sup>16</sup> Os dados do relatório citado na nota anterior demonstram que desde então países em desenvolvimento, especialmente Argentina, Brasil, África do Sul e Índia tornaram-se os principais alvos de processos anti-dumping na OMC – cfr. p. 4.

<sup>17</sup> Como exemplo dessas regras podem-se destacar, dentre outras, as regras especiais – e mais permissivas – sobre subsídios contidas no Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (1994), artigo 27. 2 (a) e 27. 3.

<sup>18</sup> Ver as interessantes sugestões de modificação do relatório citado, p. 20 e ss.

Evidentemente, incluindo na idéia de criação de condições equânimes de concorrência as diferenças macroeconômicas entre os países e sua respectiva influência sobre a indústria, bem como todas as variáveis que podem influir sobre o desempenho da indústria (taxa de juros real, acesso ao mercado de crédito etc), cria-se um razoável grau de proteção reequilibradora. O limite a esta proteção, ainda dentro de um raciocínio concorrencial está na não criação de barreiras absolutas à entrada de produtos estrangeiros; monopolização da indústria nacional e conseqüente entrave do desenvolvimento e progresso tecnológico (características típicas dos monopólios) e efeitos inflacionários sobre os preços do setor.

Impõe-se, então, uma fina análise concorrencial do comércio internacional, que envolve definição de mercados relevantes e projeções de preços. Trata-se de prática raramente adotada nos contenciosos OMC.

Mas não apenas isso. O Acordo OMC de 1994, ao contrário do anterior, não reconhece regras diferenciadas para os países em desenvolvimento no caso das salvaguardas<sup>19</sup>. O Acordo sobre salvaguardas prevê apenas prazos um pouco mais longos (artigo 92) e a possibilidade de reimposição por um período maior de salvaguardas, o que não é permitido aos demais países. A evidente insuficiência desses benefícios para os países em desenvolvimento em face do montante dos desequilíbrios entre estes e os países desenvolvidos só faz realçar a importância dos mercados comuns (Mercosul) como formas indiretas de proteção – que se daria seja diretamente por meio de tarifas externas comuns protetivas, ou então, dados os limites do existente Acordo OMC a estas, indiretamente, em função do maior grau de auto-suficiência de que se revestem os países membros de um mercado comum alargado.

#### Medidas comportamentais

No campo dos comportamentos, a ordem econômica internacional e as relações comerciais internacionais apresentam problemas talvez ainda mais complexos que no campo das estruturas.

A característica típica e marcante das relações comerciais dos últimos 30 anos é, sem dúvida, a dependência tecnológica.

Cria um clima de forte desigualdade entre as partes contratantes, ao qual o direito deve fazer frente, de modo a permitir a paridade de condições de concorrência.

---

<sup>19</sup> O Acordo GATT de 1947 em si pouco ou nada tinha de protetivo para os países em desenvolvimento. Ocorre que a partir dos anos 60 e sobretudo nos anos 70, como esforço da união dos países em desenvolvimento e as disputas dos países desenvolvidos, ganham força a UNCTAD e dentro dela as teses estruturalistas. Isso culmina com ganhos efetivos para países em desenvolvimento nas negociações da Tokyo Round (1973-1979). Nela e nos acordos que a sucederam os países em desenvolvimento são beneficiados por dois princípios: o da não reciprocidade e o das preferências aduaneiras. Em especial esse último importa benefícios relevantes para os países em desenvolvimento, aos quais por meio de tratados específicos são concedidas tarifas mais reduzidas pelos países desenvolvidos.

A partir da Uruguay Round de 1994 a filosofia muda completamente. O Acordo OMC de 1994 de filosofia fortemente neoliberal, ainda que não revogue expressamente os princípios acima (que não estavam contidos no Acordo GATT de 1947, mas sim em acordos bilaterais paralelos firmados em conseqüência) traz princípios liberais a ele opostos. Na sua recente aplicação os princípios acima tiveram sua aplicação fortemente limitada, primeiro por meio do Acordo sobre Agricultura e do Acordo sobre Produtos Têxteis – ambos no fundo prejudiciais aos países em desenvolvimento – e segundo por meio da redução do conceito de países em desenvolvimento e das preferências a eles relacionados aos chamados países menos avançados (conceito definido pela ONU e que inclui 40 países, na sua maioria da África e Ásia Ocidental e nenhum país da América Latina) – v. para o histórico crítico dessa evolução a interessante descrição de P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'organizzazione mondiale del commercio*, cit., p. 449-474.

Para tanto, serão analisados a seguir muito brevemente os principais princípios e algumas regras relevantes do Acordo TRIPS, para em seguida tentar individualizar algumas soluções que possam dar maior equilíbrio ao sistema, em alguns casos previstos no Acordo TRIPS e, em outros, derivados de princípios gerais orientadores da ordem econômica internacional.

#### a) Acordo TRIPS

A filosofia do Acordo TRIPS firmado em Marrakesh em 15 de abril de 1994 insere-se plenamente na filosofia neoliberal do conjunto de Acordos OMC firmados àquele tempo.

Esta filosofia, como bem sabido, nada tem a ver com o estabelecimento de padrões equânimes de concorrência, mas sim com a absoluta liberdade para que o poder econômico possa prevalecer e as grandes estruturas possam – pretensamente – criar eficiências<sup>20</sup>. No plano internacional, o Acordo TRIPS faz muito mais. Em nome da defesa do poder econômico, i. e., para proteger os direitos de propriedade intelectual (principalmente dos países de primeiro mundo) põe em xeque até mesmo a filosofia (pretensamente liberalizante) do Acordo OMC e limita, efetivamente, como se verá, em muitos casos, o livre comércio de mercadorias ou serviços. Ao fazê-lo, aumenta a dependência tecnológica dos países em desenvolvimento.

O Acordo é estruturado em princípios e regras. Dentre os primeiros, dois destacam-se como os mais importantes: os princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida (artigo 4º). Esses princípios devem ser bem entendidos. O primeiro, do tratamento nacional, impõe o tratamento das pessoas e das empresas estrangeiras não inferior ao tratamento das pessoas e das empresas nacionais e o segundo, da nação mais favorecida, impõe a extensão a todas as partes contratantes do tratamento mais favorecido estabelecido em relação a um ou mais países.

Vistos isoladamente, parecem objetivar apenas estabelecer regras de equilíbrio formal entre os participantes. Ocorre que a eles se encaixam regras materiais do tratado que, sucessivamente introduzidas nos ordenamentos internos para compatibilizá-los ao tratado, alteram por completo muitas das proteções industriais e sociais, sobretudo dos países em desenvolvimento.

Assim, por exemplo a substancial redução do número de produtos não patenteáveis e, em particular a exclusão dos medicamentos dessa lista, em conseqüência da fortíssima pressão da indústria farmacêutica dos países desenvolvidos. Além disso, a título exemplificativo, podem ser citados os dispositivos que prevêm prazos bastante longos para os privilégios de patentes (o artigo 33 prevê 20 dias enquanto o comum na América Latina sempre foram prazos inferiores a 10 anos) e regras rigorosas e restritivas para o licenciamento de patentes (artigo 21).

Todo esse quadro se mostra fortemente protetivo da tecnologia do mundo desenvolvido, reforçando de outro lado a dependência dos países em desenvolvimento.

#### b) Visão concorrencial do comércio internacional aplicada às patentes

Evidentemente se faz necessária uma completa revisão, ou ao menos reinterpretção, no âmbito do comércio internacional, das regras sobre propriedade

---

<sup>20</sup> V. para a crítica a esse conceito v. C. Salomão Filho, *Direito concorrencial – as estruturas*, 3ª edição, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 176 e ss.

intelectual, de forma que estas não se transformem em instrumento de dominação e dependência. Para tanto se impõe a visão concorrencial da questão<sup>21</sup>.

Do ponto de vista concorrencial, duas ordens diversas de considerações devem ser aplicadas às patentes, correspondentes exatamente aos grandes ramos da proteção contra as condutas anticoncorrenciais. São eles: a proteção contra o abuso de posição dominante e contra os atos que possam limitar a concorrência ou levar à dominação dos mercados.

As primeiras partem da premissa da dominação e os últimos procuram evitá-la. Como se verá, ambos os ilícitos têm previsão direta ou indireta, por meio de princípios gerais nos Acordos OMC e TRIPS. Basta, então, dar-lhes correta interpretação.

#### b.1) Abuso de posição dominante

O primeiro risco concreto é que as disposições bastante genéricas e protetivas contidas no Acordo TRIPS em benefício das patentes possam ampliar o abismo tecnológico existente entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, permitindo efetivamente a dominação por multinacionais dos primeiros, inclusive de setores socialmente muito relevantes, como o químico e o farmacêutico.

Essa posição de dominação de setores relevantes econômica e socialmente, decorrente da detenção exclusiva de um bem material (ou imaterial), detenção essa que gera monopólio, é exatamente o que deu ensejo ao desenvolvimento da chamada “essential facilities doctrine” (curiosa e emblematicamente, essa doutrina é originária exatamente dos EUA, talvez o país que mais tenha pressionado por uma versão fortemente pró-patentária do Acordo TRIPS, que acabou prevalecendo).

Ora, segundo essa teoria os detentores dos referidos bens, criadores de monopólio, estão obrigados a garantir o acesso a eles por parte dos concorrentes ou agentes econômicos que deles dependem para desenvolver suas atividades. É o que vem sendo chamado no Brasil de função social da propriedade dos bens de acesso.

Esse acesso é necessário e deve ser feito a preços não monopolistas, i. e., concorrenciais. Em matéria de patentes isso significa que, sobretudo em se tratando de bens essenciais, a transferência de tecnologia para os países e empresas dos países em via de desenvolvimento é imperativa.

A idéia da transferência de tecnologia, como princípio, está prevista no Acordo TRIPS. O artigo 7º do referido Acordo prevê que a proteção e aplicação dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e a para a transferência e disseminação da tecnologia, para a vantagem recíproca dos produtores e usuários do conhecimento tecnológico e em uma forma que leve ao bem estar econômico e social, e para o equilíbrio dos direitos e obrigações.

A redação do Acordo, particularmente em sua parte final, deixa clara a fórmula de compromisso entre os interesses dos vários países envolvidos.

A reforçar sua afirmação está o artigo 8º n. 2, que dispõe sobre abuso de direito à patente, permitindo a adoção de medidas de proteção, caso o abuso seja contrário ao espírito do tratado e impeça a transferência de tecnologia.

---

<sup>21</sup> Como espera-se ter demonstrado alhures a visão concorrencial do direito industrial, exatamente por permitir a restrição de sua aplicação, é exatamente a que melhor protege o interesse à difusão da tecnologia – cfr. C. Salomão Filho, *Direito concorrencial – as condutas*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 127 e ss.

Existente o princípio da prevenção de abusos e da circulação da tecnologia, imperativo é dar-lhe interpretação concorrencial, única compatível com um comércio internacional realmente equilibrado e não discriminatório (e aqui a discriminação consistiria exatamente na recusa de acesso do terceiro mundo à tecnologia dos países desenvolvidos) princípios estes previstos no preâmbulo tanto do Acordo GATT 1947 quanto do Acordo OMC 1994.

E a interpretação concorrencial é dada exatamente pela “essential facilities doctrine”. Note-se que os efeitos práticos de sua aplicação mereceriam tratamento mais aprofundado em sede própria. Vão desde o controle da prática de preços competitivos (não monopolistas) nos contratos de transferência de tecnologia até a própria exigência de contratação<sup>22</sup> de licença com transferência de tecnologia em setores essenciais<sup>23</sup>.

## b.2) Criação de condições para a concorrência

Evidentemente impedir que os abusos ocorram não é suficiente. É necessário, de alguma forma, impulsionar a concorrência. Sem ela a garantia contra abusos é inócua pois, como sabido, o poder econômico quando estabelecido, não pode ser totalmente controlado.

Em particular em relação à transferência de tecnologia, a existência de concorrência é fundamental para convencer os detentores de tecnologia que é necessário dividi-la, com preços mais competitivos, sob pena de perder espaço no mercado. Do ponto de vista do suprimento do mercado é obviamente fundamental por fornecer ao consumidor o produto a valor competitivo.

Na estrutura do Tratado TRIPS não muitos são os espaços deixados à introdução da concorrência. Um dos poucos instrumentos relevantes para tanto, que merece aprofundamento, é o das importações paralelas.

Admitir a importação paralela significa permitir a importação de produtos cobertos por direitos de propriedade intelectual de outros países desde que eles tenham sido colocados legalmente no mercado com o conhecimento de ou mesmo por meio do detentor da patente.

Apesar da forte pressão exercida pelos países em desenvolvimento para que as importações paralelas fossem formalmente admitidas no Acordo TRIPS por meio do princípio do exaurimento internacional esse princípio não foi reconhecido, atendendo aos interesses dos países desenvolvidos<sup>24</sup>.

Isso não significa que ele não possa – e deva ser – introduzido ao nível nacional. O próprio Acordo TRIPS torna isso possível ao prever em seu artigo 30 que os países podem prever exceções aos direitos exclusivos conferidos pela patente. A Corte da EU já o fez, adotando o chamado princípio do exaurimento comunitário<sup>25</sup>, segundo o qual admitem-se as

---

<sup>22</sup> A obrigação ativa de contratar é uma das características da aplicação da “essential facilities doctrine” – cfr. C. Salomão Filho, *Direito concorrencial – as condutas*, cit., p. 233 e ss.

<sup>23</sup> É preciso deixar claro que na “essential facilities doctrine”, a obrigação de contratar não aparece apenas como forma última de coibir o abuso. Dessa forma a obrigação de contratar aqui referida não se limita às hipóteses previstas no artigo 40 n. 3 do Acordo TRIPS e no artigo 68, *caput* e inciso I da lei de propriedade industrial brasileira (lei 9.279 de 14/5/96), em que a licença compulsória é prevista para caso de abusos. A idéia dos deveres concretos dos detentores de *essential facilities* cria uma obrigação direta de satisfazer o mercado, em condições simulares aos mercados concorrenciais. Inclui, portanto, necessariamente a possibilidade de licenciamento compulsório para a “comercialização que não satisfazer nas necessidades do mercado”, formulação bastante moderna – e correta do ponto de vista teórico – prevista no artigo 68 inciso II de nossa lei de propriedade intelectual.

<sup>24</sup> Cfr. nesse sentido P. Picone, A. Ligustro, *Diritto dell'organizzazione mondiale del commercio*, cit., p. 409 e ss.

<sup>25</sup> Cfr. Terrapin vs. Terranova, sentença de 12/06/76, in *Raccolta di Giurisprudenza della Corte e del Tribunale di Primo Grado* 1976, p. 1.039).

importações paralelas desde que o bem tenha sido comercializado diretamente ou com o consentimento do detentor dos direitos de propriedade intelectual em outro país membro. Sucessivamente esse princípio fixado pela Corte foi recepcionado pelo artigo 7º da diretiva sobre marca comunitária.

No Brasil, as regras da lei de propriedade industrial são bem pouco claras no que diz respeito à importação paralela. Não há um regime expresso sobre importação paralela em caso de patentes, diferentemente do que ocorre com as marcas. Para estas prevê o artigo 132, inciso III a fórmula própria do exaurimento, segundo o qual a importação paralela é permitida, desde que seja feita pelo ou com o consentimento do titular da marca.

Para as patentes a situação é mais indefinida. Só existem dois dispositivos (artigo 68 §§ 3º e 4º) disciplinando a importação paralela, ambos traduzindo hipóteses excepcionais. Na primeira, trata-se da possibilidade de importação paralela em caso de licença compulsória e na segunda no caso de importação para exploração de patente pelo detentor dos direitos a ela relativos.

Isso não significa, de modo algum, que em hipóteses não previstas nesse dispositivo (i. e., por exemplo a exploração nacional da patente) não seja possível a importação paralela, obviamente desde que presentes as condições de colocação no mercado internacional pelo detentor da patente ou com seu conhecimento.

Sendo a regra geral dada pelo princípio da livre concorrência (artigo 170, inciso III da Constituição Federal) e sendo o patenteamento uma exceção, qualquer regra visando aumentar o âmbito de proteção das patentes e limitar ainda mais a concorrência deve ter previsão expressa. Não é o que ocorre em relação às importações paralelas, sendo imperioso, portanto, admitir a importação paralela no caso de patentes, respeitadas sempre as condições de colocação no mercado internacional pelo seu titular ou com seu consentimento.

#### IV – Conclusão

A conclusão geral que se pode tirar da relação entre comércio internacional e desenvolvimento nos leva necessariamente às raízes, a um tempo mais profundas e mais simples de ambos os conceitos.

Para que o primeiro seja instrumento do segundo é preciso garantir um mínimo de igualdade material entre os participantes da cena internacional. Só assim é possível reduzir a desigualdade das trocas e fazer do comércio internacional mais do que um fluxo de bens um fluxo de informação e tecnologia para os países em desenvolvimento. Reconhecer a desigualdade estrutural do comércio internacional leva também a admitir remédios estruturais e, em especial, reconhecer a legitimidade de mercados comuns e assemelhados como forma de estímulo e de garantia de estabilidade das condições industriais e sobretudo sociais nos países em via de desenvolvimento.

Assim, na cena internacional, desenvolvimento e concorrência, ambos entendidos no sentido de igualdade material de exercício da atividade econômica, parecem indicar na mesma direção.

## **2.2. COMPETITION POLICY IN BILATERAL AND PLURILATERAL AGREEMENTS : Involvement of the Member States of the Caribbean Community ”**

by Yvor Carryl  
Programme Manager, CARICOM Single Market and Economy  
CARICOM Secretariat

### **INTRODUCTION**

Laws and certain institutional arrangements relating to the control of anticompetitive practices have been included for some time within the legal and regulatory architecture of Caribbean economies. Even if in scope, substance and capacity for enforcement it could be said that both policy and law were rudimentary. Competition law and the economic disciplines relating to market structure and conduct were not areas of interest either in academia or national policy for two and one half decades since 1973. The main focus of competition policy as such was selective regulation of public utilities and somewhat more extensively measures which are aimed at consumer protection. This lack of continuous development was, a product of many factors including the economic philosophies which relegated the market and private sector to second place behind state domination of the economy, behind interventionist industrial policies of the state wherever the market did function and as a consequence of strong and sustained import restrictive trade regimes.

Neither the development of competition policy and the law and institutions for enforcement nor the practice of enforcement proceeded very far since the UN Set and since 1973 when Article 30 on Restrictive Business Practices was included in the Treaty which was signed at Chaguaramas in Trinidad and Tobago. Establishing the Caribbean Community and Common Market. The entire policy outlook began however changed slowly but progressively from the middle 1980's as the initial tentative steps began towards market deregulation, privatisation and the down grading of protectionist trade policies began. The climate of interest and reform towards more robust regime on competition became more pronounced with the launch of the Uruguay Round of Trade negotiations and took flight over the a little more that a decade ago when the Conference of Heads of Government of the Caribbean Community in the Grand Anse Declaration of 1989 declared the intention to radically change the regional integration programme, towards deepening economic integration beyond a Common Market to create a Caribbean Single Market and Economy (CSME). What is most interesting is that competition policy was no longer the concern only of domestic market regulators but increasingly the concern of CARICOM trade negotiators and CARICOM's prominent role in the FTAA Working Group on Competition and the inclusion of provisions on competition in all of recent trade agreements to which CARICOM is party testify to CARICOM's appreciation of the development and the external trade dimensions of competition policy

### **TRADITIONAL EFFORTS AND PRACTICE IN THE CONTROL OF UNFAIR TRADE PRACTICES**

The most significant types of policies other than Article 30 in the Treaty which were employed by Member States of the Caribbean Community before 1993 and actually legislated and enforced were consumer protection oriented as represented under consumer protection, standards legislation and regulated industries legislation rather than preserving and promoting competition per se.

Competition Type policies under Consumer Protection Regimes

The term “.. consumer trade practice...” is used in CARICOM States Consumer Protection legislation and means generally ‘... any practice which is carried on in connection with the supply of goods or the supply of services for consumers and which relates inter alia to with methods of salesmanship in dealing with customers ...’ The thrust of these policies were to minimize exploitation and the protection of health and safety of consumers. They were less concerned with market structure and conduct that materially retarded or eliminated competition. Thus typical examples can be found under consumer protection acts such as, the Antigua and Barbuda Consumer Protection and Safety Act , the Guyana Sale of Goods Act in Chapter 90:10; Vol.13 of the Laws of Guyana, and the Trinidad and Tobago Consumer Protection and Safety Act No 30 of 1985. These Acts sought to restrain a variety of practices including misleading and deceptive conduct, bait advertising, offering gifts and products, misleading statements, coercion, and pyramid selling

The enforcement provisions were however rather weak. For example under the Antigua and Barbuda Act relating to misleading and deceptive conduct “... the Director or Minister in the appropriate circumstances may take action allowed under the Act ( namely conciliatory action and then summary action (if necessary) in the Magistrates court having (i) having investigated and reviewed the particular commercial practice and concluded that it may mislead or confuse the consumer and (ii) made a reference to the consumer Guidance Council...”

A second type of policy is to be found under Standards Acts such as the Belize Standards Act 1992, the St Lucia Standards Act No.14. of 1990, the St Vincent and the Grenadines Consumer Protection (Bureau of Standards Act) 1992, the Guyana Sale of Food and Drugs Act in Chap.34.03 Vol 6. of the Laws of Guyana. These Acts are very similar in their thrust declaring in the case of the Antigua and Barbuda Standards Act Chap.411 that “.. a person is liable on summary conviction to a fine ...and to additional penalty... where such person sells, offers for sale or supplies to another person any goods, service, process or practice for which a compulsory standard is declared and which does not conform to that standard...”or ...makes a statement or representation or uses a mark which conveys or is likely to convey that any goods, services, process or practice complies with a standard when it does not. . As with the consumer protection Acts standards laws we designed to enforce compulsory standards with the aim of providing protection to consumers mainly of goods.

#### Regulation of Selected Industries: Monopolistic Practices and Abuse of a Dominant Position

A third policy which was and is still widely practiced by CARICOM Member States found expression under Regulated Industries legislation which came closer to regulation of competition in the anti trust sense. The approach is to treat selected sectors of the economy under selective regulation .The premise for this approach was that competition was not possible in certain sectors because in the small economies of the Caribbean they are “natural monopolies”. The Jamaica Office of Utilities Regulation Act 1995, the Trinidad, Tobago Regulated Industries Act 1998, and the Guyana Public Utilities Commission Act 10 of 1990 (amended in 1994,1997 and 1999) are good examples since they treat with practices affecting pricing and rate setting by electricity, water and telephone service suppliers. Tentative steps towards reining in anti competitive conduct particularly those related to abuse of a dominant position was evident in the Trinidad Act however provides under section 6 for “...facilitating competition between service providers where competition is possible and desirable”. Provision is also made in this law for the regulatory body... ‘to monitor their activities to ensure that their dominant position is not abused and does not spill over into sectors where competition should prevail’.

It is not until the advent of new thinking in the telecommunications sector that competition policy aimed at a particular sector deliberately sought to promote entry, participation and competition by new competitors in a particular market The competition policy developed by



a subgroup of CARICOM Member States, the OECS , to promote competition in the telecommunications sector goes much further than any previous sectoral specific regulated industries legislation. Seven countries which are members of the OECS adopted a model bill with the undertaking to enact it in their respective jurisdictions. The Dominica bill is the “ Protection Against Unfair Competition Act” This Act if not in scope, of certainly in respect of its intention comes much closer to the classic anti trust law used elsewhere in the world.

## CONTEMPORARY DEVELOPMENTS ON COMPETITION POLICY AND LAW

Article 30 of the Common Market Annex to the Treaty Establishing the Caribbean Community and Common Market provided that certain practices were incompatible with the Annex “... in so far as they frustrate the benefits expected from the such removal or absence of duties and quantitative restrictions as is required by this Annex...The practices cited were (i) agreements, between enterprises , decisions by association of enterprises and concerted practices between enterprises which have as their object or result the prevention, restriction or distortion of competition within the Common Market and (ii) actions by which one or more enterprises take unfair advantage of a dominant position within the Common Market or a substantial part of it.

Enforcement was to be accomplished by arbitration procedures provided under the Dispute Settlement mechanism of Article 11 under the supervision of the Common Market Council and by Members States who were require to “... introduce uniform legislation for the control of restrictive practices of business enterprises...” One of the significant aspects of Article 30 especially since it was written in 1972 was the establishment of the nexus between trade liberalization within the Common Market and restrictive business practices. A second significant issue was that the Treaty called for member states to enact “uniform legislation” to enforce the provisions of Article 30, while a third was the use of Dispute Settlement mechanisms under Article 11 of the Treaty to resolve differences among the contracting parties .As will be evident from the rest of this paper CARICOM has retreated from uniform legislation and Dispute Settlement mechanisms for enforcement of competition law but has leaped forward in respect of a regional level enforcement competence under a Community Competition Commission and the Caribbean Court of Justice.

Movement towards preparation and enactment of legislation by CARICOM Member States in the spirit of Article 30 did not proceed for more than two decades until the advent of the Jamaica Fair Trading Act of 1993 and subsequently patterned after Jamaica have been the St Vincent and the Grenadines Fair Competition Act No.23 of 1999, the Barbados Fair Competition Act 2003 and the Trinidad and Tobago Unfair Competition Act 1996 (this is still to be enacted into law). These are full fledges anti-competition laws with provision for the establishment of Competent Authorities to undertake investigations and to enforce the relevant rules with the support of the Court. They aim at restrictive trade practices including, vertical agreements such as price fixing and horizontal agreements such as market division and output restrictions; monopolistic practices and abuse of dominance but have generally so far except the Trinidad and Tobago Bill not sought to control mergers and acquisitions. The main argument in favour of an approach to competition policy and law which excludes control of mergers has been that the smallness of CRICOM economies would justify merger activity which build large scale companies that can compete in the global markets.

The Revised Treaty Establishing the Caribbean Community including the Single Market and Economy.

CARICOM' global integrated strategy for the twenty First century comprises three distinct but integrated elements reflected in Article 78 Objectives of Community Trade policy, namely ; (i) the deepening of regional economic integration through the creation of the CSME which must result in the full integration of the national markets of all member states and seamless

transactions in the course of the free movement of goods , services, capital skills and in the exercise by nationals of the Community of the right to establish commercial presence anywhere in the Community; (ii) the widening of the Community, essentially comprised of new full members and extending the market frontiers available to CARICOM enterprises by establishing bilateral trade and economic cooperation agreements with other neighbouring Caribbean Basin States and ; (iii) the judicious but full participation of all the Member States in the multilateral trading system under the WTO. In order to create the CSME while pursuing the other two elements of the strategy a fundamental revision and renegotiation of the Treaty signed at Chaguaramas in 1973 was undertaken and completed in 2001.

Five important features of the Treaty which are relevant to this paper are: (i) the grant of extensive rights to nationals of the community to carry on economic activity in any part of the CSME without restrictions on the free movement of goods, services, capital, skills and the freedom to establish commercial presence ; (ii) the comprehensive programme of trade liberalization of goods and services and the liberalization of capital markets (iii) the creation of institutions with some supra national competence particularly the Caribbean Court of Justice , to enforce the Treaty , to protect the integrity of rights granted under the Treaty and to increase stability and predictability of benefits expected by the contracting parties and (iv) Article 78 (3) which calls for the Community to undertake , the establishment of common instruments, common services, and the joint regulation, operation and efficient administration of the internal and external commerce of the CSME and Article 80: Coordination of External Trade Policy where under paragraph 2 which states that "...The Community shall pursue the negotiation of external trade and economic agreements on a joint basis in accordance with principles and mechanisms established by the Conference" and (v) the preservation of the principle of special and differential treatment for those states which are least able to compete in the CSME.

The significance of these provisions in respect of competition issues are that they provide a valid basis for comprehensive competition policy for the CSME, they confirm CARICOM's appreciation of the significance of the interrelation between competition within the CSME, the development dimension and the process of trade liberalization within the CSME and between the CSME and the rest of the world; and they answer the valid question of why small economies need competition policy if they undertake market deregulation, privatisation and trade liberalization all of which induce significant competition

One of the pillars of the revised Treaty therefore is Chapter Eight : Competition Policy and Consumer Protection. Competition policy as declared in Article 169 : Objectives of Community Competition Policy ; seeks to "... ensure that the benefits expected from the establishment of the CSME are not frustrated by anti competitive business conduct..." More specifically it seeks the promotion and maintenance of competition and the enhancement of economic efficiency in production, trade and commerce , the prohibition of anticompetitive business conduct which prevents restricts or distorts competition or which constitutes the abuse of a dominant position in the market and the promotion of consumer welfare and protection of consumer interests.

The substantive competition policy of the CSME under Articles 177, 178 and 179 adopts the prohibitions approach and prohibit ; agreements between enterprises, decisions by associations of enterprises, and concerted practices by enterprises which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the Community; actions by which an enterprise abuses its dominant position within the Community; or any other like conduct by enterprises whose object or effect is to frustrate the benefits expected from the establishment of the CSME.

Anti-competitive business conduct within the meaning of the foregoing includes the following:

the direct or indirect fixing of purchase or selling prices;  
the limitation or control of production, markets, investment or technical development;  
the artificial dividing up of markets or restriction of supply sources;  
the application of unequal conditions to parties undertaking equivalent engagements in commercial transactions thereby causing competitive disadvantage;  
making the conclusion of a contract subject to the acceptance by the other party to the contract of additional obligations which, by their nature or according to commercial practice, have no connection with the subject matter of the contract;  
unauthorized denial of access to networks or essential infrastructure;  
predatory pricing;  
price discrimination;  
loyalty discounts or concessions;  
exclusionary vertical restrictions; and  
bid-rigging.

There are four significant aspects of the substantive policy on competition within the CSME. One is its silence on the control of mergers and acquisitions. The reason for this is reflective of the approach taken by Member States in national policy as discussed previously. There is also no specific reference to cartels whether hard core or otherwise. What is interesting however is the fact that Article 177 prohibit agreements which contain typical cartel type practices such as price fixing, division of markets and limitation of production, markets, investment and technical development.

Another point concerns the prohibition against the abuse of dominance under article 177 along with the exclusion from the rules of competition conduct which protect of rights relating to intellectual property and behaviour which is directed exclusively to increasing efficiency, in production provision of services, distribution of goods and services and the promotion of technical or economic progress. On the other hand, Article 31 within Chapter relating to Right of Establishment Provision of Services and Movement of Capital, authorise Member states to maintain or to establish a public sector or private sector monopoly. the public sector monopoly will be subject to the community rules of competition while the private sector monopoly must observe the principle of national treatment in respect of participation of non nationals in its operations. The issue of whether these provisions are perfectly reconcilable will be both based on objective circumstances and the interpretation of the Treaty by The Caribbean Court of Justice which has exclusive and compulsory jurisdiction in the interpretation and application of the Treaty Establishing the Caribbean Community.

The second aspect of the Community Competition policy concerns exclusions and exemptions. Article 188: Scope of Application suggests that the rules of competition will apply to all sectors of the economy except some specified types of activity. It states that ... the rules of competition shall not apply to –

combinations or activities of employees for their own reasonable protection as employees;  
arrangements for collective bargaining on behalf of employers or employees for the purpose of fixing terms and conditions of employment;  
business conduct within the meaning of Article 177 duly notified to COTED in accordance with Article 170;  
negative clearance rulings within the meaning of Article 180 or exemptions within the meaning of Articles 181 and 183;  
activities of professional associations designed to develop or enforce professional standards of competence reasonably necessary for the protection of the public and approved by the Commission.

This article is not the only place within the Treaty where exemptions and their implications for enforcement of the competition policy will arise. One is Article 30 within Chapter Three which excludes certain services traditionally provided by Central, Regional and Local Governments which are increasingly being moved into the realm of the market system. The Community Competition Commission is empowered under Article to invoke the principle of differential treatment by employing de minimis rules under Article 180 to, "...exempt from the provisions of the that part the Chapter any business conduct referred to it if it considers that the impact of such conduct on competition and trade in the CSME is minimal..." The Council for Trade and Economic Development is empowered under 182 to develop special rules for particular sectors and under Article 183 to suspend or exclude the application of Article 177 to specific sectors.

The third aspect is that the policy on competition is silent on the matter of jurisdiction between the competition law and its relevant Statutory Authority designated under the Competition Law to enforce the rules and agencies such as authorities established under Regulated Industries Act discussed previously. It is also a matter of interpretation how the invocation of Safeguards under Articles 47,92 and 150, restricting import competition will affect the application of rules of competition in the context of a Single Market and Economy.

The fourth aspect concerns the legal and institutional arrangements for enforcement and cross border cooperation. Because the international juridical personality of the Caribbean Community is an Association of Sovereign States each jurisdiction retains the right to legislate the policies of the Community through its national legislature. This right along with the recognition that in this particular area of economic regulation that one size does not easily fit all, encouraged a retreat from Article 30 of the 1973 Treaty which called for uniform implementing legislation by all the Member States. This retention of sovereign competence unlike in the European Union is expressed in Article 170(b) which states that ;

The Member States shall:

take the necessary legislative measures to ensure consistency and compliance with the rules of competition and provide penalties for anti-competitive business conduct;  
provide for the dissemination of relevant information to facilitate consumer choice;  
establish and maintain institutional arrangements and administrative procedures to enforce competition laws; and  
take effective measures to ensure access by nationals of other Member States to competent enforcement authorities including the courts on an equitable, transparent and non-discriminatory basis. What is significant however are

What is significant is paragraph (d) which compels Member States to respect the fundamental overarching principles of the Treaty that is Article 7:National Treatment , Article 8; Most Favoured Nation Treatment and Article 9 ; General Undertaking on Implementation which strictly require Member States to abstain from any measures which could jeopardise the attainment of the objectives of the Treaty and take all appropriate measures whether general or specific to ensure the carrying out of the obligations of the Treaty. It also requires respect for the principle of transparency and due process. Procedural due process is further elaborated under Articles 175 and 176 where the Community Competition Commission is required to act to enforce the rules of competition. At any rate the issue of due process is addressed in the sense that the Common Law tradition of the English Speaking Caribbean provides for due process as a constitutional right and is well established in the jurisprudence of the Member States of the Community.

Of great significance is the arrangements for shared jurisdiction between National and Community Competition Authorities in the enforcement of the Community Competition Policies. The national authorities have jurisdiction in anticompetitive cases which can be

defined as having no effect on cross border trade. The Community Commission is authorized under Article 173: Functions of the Commission to; apply the rules of competition in respect of anticompetitive cross border business conduct and promote and protect competition in the Community. Its powers are substantial under Article 174; Powers of the Commission, which empowers the Commission in respect of cross- border transactions or transactions with cross border effects to monitor, investigate, detect, make determinations or take action to inhibit and penalize enterprises whose business conduct prejudices trade or prevents, restricts or distorts competition within the CSME. The commission is empowered to issue cease and desist orders, order payment of compensation impose fines for breaches of the rules and may refer matters to the Caribbean Court of Justice to effect enforcement .A unique feature of the Caribbean Court of Justice is that the Treaty provides under Article 222; Locus Standi of Private Parties for the Court under certain circumstances to allow persons, natural and juridical of a contracting Party with the special leave of the Court to appear as parties before it. This provision is important for private enterprises in cross border cases where the State may not wish to initiate proceedings on behalf of an enterprise or where in the Court has found that the interest of justice requires that the persons be allowed to espouse a claim directly..

A related jurisdictional question arises in respect of the operation of the CSME in respect of trade remedy relating to dumping under Chapter Five which is the jurisdiction of dumping authorities. On the other hand Article 177 under chapter Eight contains prohibitions against predatory pricing. In cross border cases within the CSME this may present difficulties that would have to be dealt with. However since the Council for Trade and Economic Development has competence to address matters under both chapters one route may involve a determination by consensus on which would be the appropriate authority to act. This of course points to the question of further institutional development under the regime on free circulation which is to be negotiated pursuant to Article 239: Undertaking, where there may be opportunity to resolve issues of this nature

The final important aspect of policy concerns cooperation among the Member States to achieve effective enforcement of the Community Competition Rules. Member states are required under Article 170 to ensure that their respective national competition authorities cooperate with the Community Commission, act to investigate anticompetitive conduct referred to them by the Commission and cooperate with each other in the detection and prevention of anticompetitive business conduct and the exchange of information regarding such conduct. The Commission in turn is required under Article 173 to provide technical assistance to the Member States; It must promote the establishment of institutions and the development and implementation of harmonized competition laws and practices by the Member States to achieve uniformity in the administration of the applicable rules. In this regard the Caribbean Community Secretariat has already developed a Model Competition Law. Recently also a CARICOM Regional Legislative Drafting Facility was established to assist Member States to accelerate the implementing legislation required to establish the CSME . The drafting facility is in the process of refining the Model Law on competition and will assist Member States with regulations.

An important issue relating to Competition Policy is special and differential treatment. The Treaty contains a Chapter Seven which recognizes that the CSME may disadvantage a state, region of the Community or a sector of the economy of a Member State. It also recognizes a set of countries which are entering the CSME with prior disadvantages. The rules of competition in respect of the activities of Public Undertakings under Article 152 are not applicable and under Article 146 disadvantaged countries may with authorization from the Council For Trade and Economic Development temporarily derogate from the rights and obligations set out in the Treaty.

## THE EXTERNAL DIMENSION

One of the issues which clearly arise for CARICOM is the interface of its Competition policy with third states under bilateral Agreements or in Plurilateral Agreements. CARICOM has established Bilateral Agreements with Venezuela, Columbia, the Dominican Republic, and Cuba and has recently concluded one with Costa Rica. It also participates in wider Regional Preferential Agreements specifically the ACP-EU Partnership Agreement which was signed in COTONOU on 23 June 20009 The COTONOU Agreement) the negotiations to establish the Free Trade Agreement for The Americas( FTAA) .

These agreements all provide for trade liberalization for goods and services through market access commitments but in addition provide for wider economic cooperation including such areas as investment and intellectual property protection. Consistently with its own recognition of the nexus between development, trade liberalization and competition all these agreements except the agreements with Venezuela and Colombia contain provision for the control of anticompetitive conduct. Common to the approach in all the agreements are the following; acceptance of the principle that anticompetitive practices may undermine the benefits intended from the actions taken to liberalise trade; an undertaking by the contracting parties to implement national legislation to enforce competition policy; and an undertaking to cooperate to achieve effective enforcement. The gray areas are the institutional arrangement and procedures and that of dispute settlement The provisions are very general and therefore would require additional action in the respective circumstances to achieve effective enforcement except the FTAA which is more, comprehensive robust and specific in a number of respects. CARICOM is vice chair of the FTAA Working Group on Competition Policy

### Bilateral Agreements

Three of the five Bilateral Agreements between CARICOM and its Caribbean Basin neighbours contain provisions for the control of anti competitive practices.

#### CARICOM-Dominican Republic Free Trade Agreement

The provisions in the Agreement Establishing the Free Trade Area between the Caribbean Community and the Dominican Republic under Articles XI of the Agreement on Trade In Goods and under Article XVII relating to the Agreement on Trade in Services Regional Agreements. Both express the idea that anti competitive conduct should not be allowed to restrict trade but neither Article enumerate elements of competition policy, make a general call for the contracting parties to take action under their respective laws and Article XVII introduces the mechanism of consultations to facilitate cooperation leading to effective enforcement.

#### CARICOM-Cuba Agreement

The Trade and Economic Co-operation Agreement Between the Caribbean Community and the Government of the Republic of Cuba has ad one of its objectives under Article 2 (ix)... the discouragement of anti –competitive business practices between the parties. Article 23 however set out the undertaking for the parties to adopt common provisions to prevent anti competitive practices, measures and mechanisms to promote competition and to ensure their application between the parties

#### CARICOM Costa Free Trade Agreement

Negotiations to establish a CARICOM Costa Free Trade Agreement was concluded recently and in the vein of both the agreements with the Dominican Republic and Cuba general provisions for immediate and future mechanisms that would facilitate the taking action against anti competitive practices have been included under the FTA.

## Regional Agreements

The COTONOU Agreement and ongoing negotiations under the FTAA process.

The Member States of the Caribbean Community are contracting parties to the ACP-EU Partnership Agreement which was signed at COTONOU on 23 June 2000. Article 45 of this agreement contains the provisions on competition policy. It is important because in separate paragraphs it spells out principles, which are crucial to the Members of the Caribbean Community. Paragraph 1 establishes the nexus between competition trade and development by declaring that "... competition policies and rules are of crucial importance in order to improve and secure an investment friendly climate, a sustainable industrialisation process and transparency in the access to markets. Secondly the provisions are clear that enforcement will be at both national and regional levels and provide for prohibitions as an approach It calls for in paragraph 2 " the parties to undertake to implement national or regional rules and policies including the control under certain conditions the prohibition of agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices between undertakings which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition... and agree to prohibit the abuse of a dominant position in the common market of the Community and in ACP States.." Thirdly the principle of Special and Differential Treatment is included both as a general fundamental principle of the Agreement but also within Article 45(3).

Member States of the Caribbean Community are also involved in ongoing negotiations to establish a Free Trade Area of the Americas A draft Chapter on Competition has been developed There are proposals on principles, substantive policies, possible commitments and rules , institutional framework capacity building and cooperation. It will be risky to read too much in the proposals which exist but those for the institutional framework and cooperation are of particular importance because they will have implications for how enforcement will proceed in cases where anti competitive practices are cross border in reach and effects. There seems to be thinking that neither domestic law on competition nor the judicial and administrative procedures relating to enforcement should be covered by either the general or specific aspects of the Dispute Settlement arrangements being proposed to be included under the FTAA. It appears that some aspects of monopolies could be subject to dispute settlement procedures. However the end of the negotiations will better inform on exactly how the Americas intends to proceed in respect of controlling anti competitive practices within the general framework of the Free Trade Area.

### IMPLICATIONS FOR A MULTILATERAL FRAMEWORK

Bilateral and plurilateral agreements on competition could limit the possible scope of a multilateral framework on competition in respect of the content and the scope of policies and possible commitments and rules and disciplines For example based on the experience of CARICOM and its bilateral Agreements referred to earlier the provisions are general identifying no specific anti competitive practice to be attacked . This suggest that rule of reason will be the preferred approach, on a case by case basis and , working backwards from prime face evidence that trade is affected and anti competitive practices are the underlying cause. The emphasis on the rule of reason approach limits latitude to negotiate prohibitions even in respect of egregious practices. CARICOM resistance to regulating mergers and acquisitions means resistance accepting commitments or disciplines relating thereto.

Both as a consequence of the domestic bias and the emphasis on domestic enforcement , the content of existing agreements and may weaken support for a comprehensive multilateral framework. The insistence on enforcement under domestic administrative and judicial

proceedings and domestic law without challenge to the sovereignty of these will limit the scope of a multilateral institutional capacity to police and enforce the rules or of a dispute settlement regime that can be really effective. Different, requirements, standards and commitments set in the various bilateral and plurilateral agreements will result in the lowest possible common denominator being applied to cooperation in the multilateral framework when a regime on cooperation will be very important in solving problems relating to cross border anti competitive competition practices and effects

On the other hand the widespread acceptance of competition policy and related disciplines under bilateral and plurilateral agreements may reduce the uncertainties of how to treat anti competitive practices with cross border reach and effects in a future multilateral framework. There is, as a result of these types of agreements increasing possibilities for convergence of policy and legislation and there is increasing clarity on approach, substance and modus operandi that may be helpful in encouraging future multilateral negotiations on competition in respect of principles, substantive policy, possible scope of rights and obligations, institutional arrangements for enforcement, and cooperation among parties to achieve effective enforcement. CARICOM insistence on special and differential treatment provisions in all its bilateral and regional agreements means that it would insist on specific Sand D provisions to be a key principle in multilateral framework

## CONCLUSIONS

The Caribbean Community is now in the process of establishing a comprehensive framework for enforcement against anti competitive practices which are likely to undermine the gains from earlier policy actions relating to deregulation and privatisation and ongoing trade liberalisation. The Member States except for Jamaica have not faced the full range of challenges of either implementing or attempting to investigate, prosecute or enforce judgements against anti competitive practices. In developing the regime on competition account was taken of both the development and external dimensions. This is reflected in the content of bilateral and plurilateral agreements in which Community Member States are contracting parties. The cases of successful enforcement under these agreements have not yet begun to be recorded but the entrenched principles that anti competitive practices should not be allowed not undermine the expected gains from trade liberalisation concessions made and that contracting parties would ensure that mechanisms including existing domestic law would be applied to control or prevent anti competitive practices both within the jurisdictions of each contracting party and between the parties will contribute to greater competition in regional and global markets.

Bilateral and plurilateral agreements which have been negotiated by Member States of the Caribbean Community since the launch of the Uruguay Round of Trade negotiations are increasingly reflecting appreciation of the link between competition and development and competition and trade. There are important experiences being accumulated from negotiating and including provisions on competition under bilateral and plurilateral agreements. Those aspects relating to substantive policy and rules, institutional arrangements for enforcement and the strength of but more importantly the success of the mechanisms for cooperation among the contracting parties will be valuable in shaping a possible multilateral framework on competition. These agreements will present both challenges and opportunities to negotiators in reaching agreement on the architecture of the multilateral framework.



## REFERENCES

“Agreement Establishing the Free Trade Area between the Caribbean Community and The Dominican Republic” Attachment to SER/FTA (Spec.) 99/1/7 “

“Agreement Between the Caribbean Community (CARICOM) and the Government of the the Republic of Venezuela on Trade and Investment”

Agreement on Trade, Economic and Technical Cooperation Between the Caribbean Community (CARICOM) and the Government of the the Republic of Columbia

Caribbean Community Secretariat “Treaty establishing the Caribbean Community: Chaguaramas , 4<sup>th</sup> July 973”

Caribbean Community Secretariat “CARICOM REVISED TREATY OF CHAGUARAMAS ESTABLISHING THE CARIBBEAN COMMUNITY INCLUDING THE CARICOM SINGLE MERKET AND ECONOMY”- Signed by the Heads of Government of the1Caribbean Community on July 5, 2001 at their Twenty Second Meeting of the Conference in Nassau The Bahamas

FTAA Working Group on Competition Policy “ Inventory of Domestic the Laws and Regulations Relating to Competition Policy in the Western Hemisphere” Report prepared by the Organisation of American States Trade Unit 1998

“ FTAA –Negotiating Group on Competition Policy Report on Development and Enforcement of Competition Policy and Laws in the Western Hemisphere” Report prepared by the Organisation of American States Trade Unit : Tripartite Committee Organisation of American States January 15 2003

“FTAA-Free Trade Area of the Americas Draft Agreement” November 1 2002 ( Chapters on Market Access and Competition Policy)

Legall Sharon (Reporter) Fair Competition Law in the Commonwealth Caribbean (unpublished)

Trade and Economic Cooperation Agreement Between the Caribbean Community (CARICOM) and the Government of the Republic of Cuba”

The ACP-EU Courier September 2000 “ACP –EU PARTNERSHIP AGREEMENT signed in COTONOU on 23 June 2000”

## 2.3. THE FAIR COMPETITION ACT – A POST-DOHA EXAMINATION

by Barbara Lee – FTC. Jamaica

### Introduction

With the post DOHA movement of discussions regarding competition policy and law from the purely domestic and regional arenas to the international stage, via the World Trade Organization (WTO) developing countries are now being forced to address a number of issues, which would hitherto not have required our attention. First among these issues is that of whether or not to adopt a competition policy. The popular view is that privatization and liberalization of an economy create a need for competition policy and law. There is evidence however, that competition laws have varied from country to country, depending on each country's particular political and socio-cultural background and economic needs. The issue that countries like Jamaica, which have already established competition law, have to address is the extent to which domestic policies and laws are or ought to be in harmony with the principles which govern the various multi-lateral arrangements to which they may be party. I note here that despite the diverse levels of development and the language differences of the states now engaged in the Free Trade Area of the Americas (FTAA) negotiations, discussions regarding the chapter on competition policy seem to be making reasonable progress. This is a good sign. By all indications, developing countries will ultimately not be able to escape involvement in discussions and negotiations on competition policy and law at the WTO level; and this could prove to be a major challenge, given the disparate histories and levels of economic strength that exist among countries at that level. This paper will focus on the Jamaican experience vis-a-vis two of the core principles enunciated by the Doha Declaration, viz transparency and procedural fairness. It is not that non-discrimination does not apply to competition enforcement; as a principle it is far more relevant in a discussion on trade policy.

The core principles recognized in the Doha Declaration are considered as under-pinning all agreements within the WTO framework. Thus they are expected to be applied to all issues, including those arising under competition policy and law. It is within that context that all member states of the WTO, developed and developing, need to examine their own domestic competition policy and law.

Even while it is clear that these principles are indispensable to the proper enforcement of any agreement, it is recognised at most, if not all levels, that given the economic diversity of the WTO membership, these principles will have to be applied with flexibility. The Director-General of the Caribbean Regional Negotiating Machinery noted in his presentation at the April 4, 2002 meeting on the WTO work programme on Small Economies that the WTO Work Programme should be a vehicle for obtaining formal recognition of the special needs of small economies, identified to be, inter-alia,

- Lower levels of obligation
- Asymetically phased commitment to obligations
- Exceptions
- Flexibility in applying the various disciplines
- Technical assistance and training

The extent to which these matters will find favour with the WTO, will depend of course, on how credible a case is made out in each instance.

### **Flexibility in competition Policy and Law – Jamaica**

Unlike most other member states of the Caribbean Community (CARICOM) Jamaica has a competition policy, within which competition law was established in 1993. An examination of that law, the Fair Competition Act (FCA) 1993 will reveal a number of features which indicate that the law was crafted to suit the political and economic realities as they were perceived by the stakeholders. It was not by accident that merger control provisions were omitted from the Act, for example.

Whereas, the global market place promises no protection for small markets such markets must seek to protect themselves; and in recognition of the fact that small enterprises are unlikely to be able to compete effectively in the global market place, the Jamaican policy makers thought it appropriate not to impose any restrictions on companies that wished to merge. The presumption of course, is that such mergers as might emerge would result in increased efficiency, which would translate into a higher level of competitiveness at the global level. The question must be however, has that particular exercise of flexibility produced the results contemplated? No studies have been done to determine the answer to that question. Conversely, one must ask as well, what level of harm might have been done to the market in the absence of merger control. Again, there has been no research which would assist. What is clear however, is that absent specific provisions under specific agreements, bi-lateral or multi-lateral, Jamaica's ability to co-operate regarding mergers is severely hampered by the omission merger control provisions from the FCA. Consonant with an asymetrically-phased commitment to obligations, this aspect of the FCA could very well be considered "ripe" for review.

One of the stated objectives of the FCA is "to promote consumer welfare and to protect consumer interest". Thus, the Act contains prohibitions against conduct such as false and misleading advertising; double-ticketing; Sale at a bargain price, commonly referred to as "bait and switch"; and sale above the advertised price. With the imminent promulgation of a **Consumer Protection Act**, the efficacy of retaining these provisions in the FCA might well fall to be reviewed, even though there is an abiding view that since the consumer is the ultimate beneficiary of competition policy, the relevant provisions ought to be retained in the FCA.

In the pre-liberalized era of the 1940's and 1950's a number of entities, referred to as commodity boards, were established to control run-away price increases and to regulate distribution of scarce commodities in a significant part of Jamaica's agricultural sector. By way of example, there is a sugar control authority, which is responsible for the development of the sugar industry and the regulation of sugar production. Despite its existence however, sugar continues to be a dying industry in Jamaica. Arguably, these boards are an anachronism in a liberalized market economy but the FTC has neither the financial nor human resource to conduct a cost-benefit analysis of their existence, so as to be in a position to advocate their disbandment, as being anti-competitive in nature. In the meantime, they continue to exist, albeit inactively, in some cases; and similar bodies may be authorized under section 29 of the FCA. The section vests the Fair Trading Commission (FTC) with the Power to grant authorization for persons to enter into agreements or to engage in practices prohibited by the FCA, where such agreements or practices are "likely to promote the public benefit." It is my opinion that this ability to consider the public benefit must be closely guarded; and developing countries need to maintain competition policies which are reflective of their peculiar circumstances.

## THE FCA AND THE WTO CORE PRINCIPLES

### TRANSPARENCY

Section 2 (a) of the FCA requires, in relevant part, that the Commission make available-

“(i) to persons engaged in business, general information with respect to their rights and obligations under this Act; for the guidance of consumers, general information with respect to the rights and obligations of persons under this Act, affecting the interests of consumers”  
Section (5) (2) (b) requires that the Commission

“undertake studies and publish reports and information regarding matters affecting the interests of Consumers.”

Section(5) (2) (c ) enjoins the Commission “to co-operate with and assist any association or body of persons in developing and promoting the observance of standards of conduct for the purpose of ensuring compliance with the provisions of this Act.”

The sum effect of these provisions is that all target groups of the competition policy are entitled to be provided with relevant information.

In further support of the principle of transparency, Section 8 stipulates that “Hearings of the Commission shall take place in public...” This is balanced however, by wording that allows the Commission whenever the circumstances so warrant, to conduct a hearing in private.

Section (52) of the FCA allows for the making of regulations... for giving effect to the provisions of the Act. Such regulations may prescribe inter alia, the procedure to be followed in respect of applications and notices to, and proceedings of the Commission. Whereas Regulations have been established, setting out certain details regarding the procedure for cases in which a settlement can be reached, there are no regulations in place to guide the administrative procedure for conducting an investigation or for the conduct of a hearing by the Commissioners. In 2002, the Commission submitted instructions for establishing regulations containing such guidelines. Regulations are also being drafted to address the issue of “reasonable quantities” as set out in Section 40 of the Act, which states, in relevant part:

“A person shall not advertise at a bargain price, goods or services which he does not supply in reasonable quantities having regard to the nature of the market in which he carries on business, the nature and size of the business carried on by him and the nature of the advertisement”

Currently, all statutory instruments on competition, together with all findings and decisions of the FTC are available on the Commission’s website. Even as I make reference to the various provisions which the FCA contains, in support of transparency, note must be taken of Section 53, which allows the commission to “...prohibit the publication or communication of any information furnished or obtained, documents produced, obtained or tendered, or evidence given to the Commission in connection with [its] operations” Accordingly, in all cases investigated, sensitive information obtained from enterprises is redacted before publication.

Subsection (2) of the said section 53 makes it a criminal offence to publish or communicate any such information, documents or evidence the publication of which is prohibited by the Commission. The discussion on transparency would not be complete without the observation that under the **Access to Information Act** (AI Act), which comes into force in

August of this year, all Government agencies will be obliged to provide information in appropriate circumstances. It is anticipated that upon the enactment of this Act much time will be spent balancing the requirements thereunder with the FTC's obligation not to disclose confidential and sensitive information.

Like most, if not all other competition statutes the FCA contains exemptions. Among the categories of activities to which the Act will not apply is a category referred to in the relevant Section as "such other business or activity declared by the Minister by order subject to affirmative resolution". The Minister here is the Minister under whose portfolio the FTC falls – currently the Minister of Commerce, Science & Technology. In the face of arguments pointing to the potential for such a provision to undermine transparency, one could repose some confidence in the fact that the Minister's decision must be supported by an affirmative resolution in Parliament. Where the ruling party has a disproportionately large majority in Parliament, however, that confidence could be shaken.

## THE FCA AND PROCEDURAL FAIRNESS

Until the Court of Appeal rendered its judgement in The Jamaica Stock Exchange v The Fair Trading Commission (Supreme Court Civil appeal no 92/97) there was no reason to doubt the essential efficacy of the FCA, as an instrument of justice and fair play. The finding by the Court that the Act "provides no power of delegation by the Commission" of its investigative powers; and that "Sections 5 and 7 clearly disclose a merger of the investigative and adjudicating functions, which is likely to lead to a breach of natural justice" has not only done severe damage to any claim which the FTC would wish to make regarding procedural fairness, but has also eroded its ability to function in a meaningful way.

The court criticized too, Section 7(2) of the Act, which states inter alia :

"The Commission may hear orally any person who, in its opinion, will be affected by an investigation.. and shall so hear the person if the person has made a written request for a hearing..." and found that it would result in the Commission conducting its investigation "purely on written documents and without hearing from persons who may be affected."

Another provision which came in for judicial notice in the Jamaica Stock Exchange case is Section 10, which contains powers of entry and search. Even though the section stipulates among other things:-

that it is only an "authorized officer" who may carry out the relevant activities

the specific purposes for which the power may be used

that a warrant has to be obtained

that the Justice of the Peace (Notary) issuing the warrant must be satisfied that there is reasonable ground for its issuance

the length of time for which documents and records removed may be retained

the Court made the observation that in the absence of appropriate Regulations those powers, which are powers of investigation, still rest in the Commission, bringing into further focus the issue of the dual role of the Commission. Legislative amendments are being pursued to address all these fundamental problems.

Even as the deficiencies of the FCA have to be admitted and addressed, it would be remiss of anyone who is interested in an objective analysis, not to make the point that the Act does provide for "Any person who is aggrieved by a finding of the Commission...[to] appeal to a Judge in Chambers". The Judge may –

"a. confirm, modify or reverse the findings of the Commission or any part thereof

direct the Commission to reconsider, either generally or in respect of any specified matters, the whole or any specified part of the matter to which the appeal relates."

The relevant section goes on to say that the judge shall, inter alia "...give the Commission such directions as he thinks just concerning the reconsideration or otherwise of the whole or

any part of the matter that is referred back for reconsideration". Judge means a Judge of the Supreme Court. Thus, the proceedings of the Commission may be judicially tested for procedural fairness in its enforcement of the law. As stated in earlier paragraphs Regulations are being drafted to address the Commission's administrative procedures regarding its handling of complaints. It is of significance too that the individual's right to private action is properly preserved in the FCA. Section 48 allows any person who suffers loss caused by the conduct of any other person, in contravention of the Act, to bring a civil action for damages.

## CONCLUSION

Transparency and procedural fairness are major principles of just, democratic governance, and together with a number of other elements, form the basis upon which businesses will be constrained to conduct their affairs within the bounds of the law; and all stakeholders will feel confident that their personal and property rights are being recognized and preserved. Where this environment exists at the national level, the capacity of individual countries to fit into a multilateral framework, such as the WTO, is assured. Effective competition enforcement in Jamaica, as anywhere else, goes way beyond having a well crafted law, however. It requires the establishment and maintenance of agencies equipped with the capacity to make the law work. At the policy level, it needs the broadest political support, which should translate into adequate financial support for the relevant agencies. While the benefits of fora such as this cannot be underestimated, much more needs to be done to help enhance the capacity of developing countries to enforce competition law. The strength of any multi-lateral arrangement must ultimately be judged by the strength of its weakest link.

## **2.4. Las negociaciones en el marco de la Comunidad Andina para la introducción de un nuevo régimen de competencia a nivel subregional**

Gonzalo Ruiz  
Gerente de Estudios Económicos  
Instituto de Defensa de la Competencia y  
Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)

Después de una década de vigencia de la Decisión 285 (“Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia”), en los años 2000 y 2001, expertos gubernamentales de los países andinos (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) en materia de libre competencia, realizaron un ciclo de reuniones con la finalidad de perfeccionar el marco regulatorio subregional sobre la materia. La mayor parte de las negociaciones giraron en torno a una nueva propuesta presentada por la Secretaría General de la Comunidad Andina. El presente documento resume algunos de los principales puntos de consenso y disenso en el marco de estas negociaciones, con especial énfasis en la posición mantenida por el Perú en dicho Foro<sup>26</sup>. Asimismo, el documento en su parte inicial presenta algunos elementos que permiten poner en perspectiva el contexto dentro del cual se han venido realizando estas negociaciones. Finalmente, se presentan algunas reflexiones finales.

### **Las negociaciones en el marco de la Comunidad Andina para la introducción de un nuevo régimen de competencia a nivel subregional**

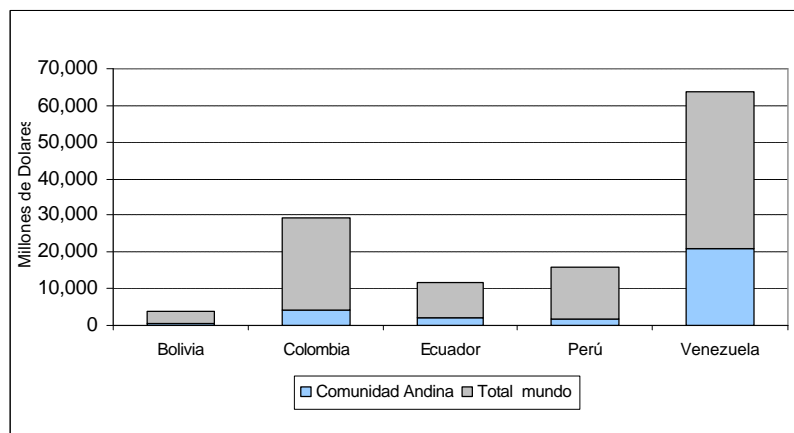
El proceso de integración de la Comunidad Andina y los nuevos marcos regulatorios de competencia

Durante la década del noventa, el proceso de integración subregional de la Comunidad Andina ha registrado avances importantes tendientes a la liberalización del comercio y la conformación de una Unión Aduanera Andina. Durante el período 1992-2001, el comercio total de los países registró un crecimiento promedio equivalente a 6.6% anual, mientras el ritmo crecimiento del comercio en la subregión fue de 13.4%. Cabe señalar sin embargo, que a diferencia de otras experiencias como la europea o del Mercosur, el mercado andino aún es reducido y continúa absorbiendo una proporción relativamente pequeña del comercio exterior que realizan los países miembros.

---

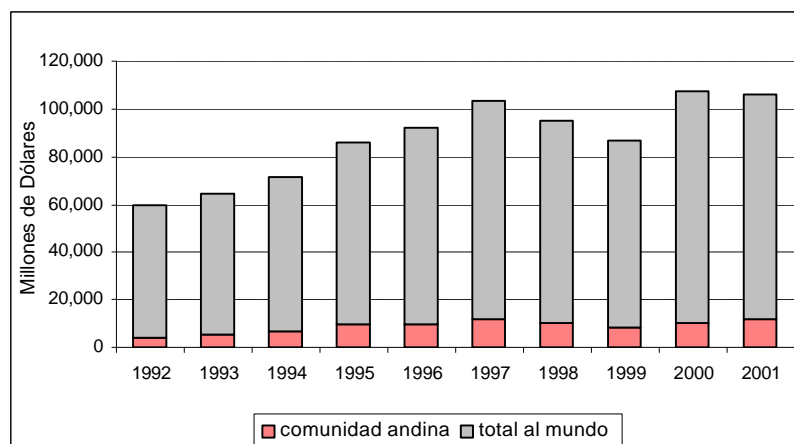
<sup>26</sup> El presente documento no expresa necesariamente la posición oficial del Perú. Las opiniones vertidas en el mismo son de exclusiva responsabilidad del autor.

### Comercio exterior total versus intrasubregional en países de la Comunidad Andina (año 2001)



Fuente: Comunidad Andina de Naciones ([www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org))

### Comercio total e intrasubregional de países de La Comunidad Andina



Fuente: Comunidad Andina de Naciones ([www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org))

El nuevo impulso que ha recibido el proceso de integración en la subregión durante los noventa se dio en un contexto en el que la mayoría de países miembros, emprendían reformas comerciales y de liberalización de sus mercados, lo cual, sin duda, ofrecía una oportunidad importante para la generación de una nueva agenda en materia de integración regional.

Parte de las reformas implementadas en la región consistió en la introducción de nuevos marcos de regulación de la competencia a nivel nacional y la creación de nuevas instituciones encargadas de la aplicación de dichas políticas. El grado de avance alcanzado por los Países Miembros en esta materia, sin embargo, no ha sido uniforme: existen países como Ecuador y Bolivia que aún no han aprobado una ley de competencia.

El hecho de que los Países Miembros hayan emprendido de manera simultánea reformas comerciales tendientes a la liberalización de mercados y la apertura, además de la adopción de nuevos regímenes de competencia, configuró un escenario propicio para que los países vieran la necesidad de la revisión y perfeccionamiento de la normatividad subregional sobre



libre competencia. Adicionalmente a ello se habían detectado algunas deficiencias en la Decisión 285, vigente desde diciembre de 1991, tanto en la forma (procedimiento) como en el fondo (ámbito de aplicación, tipificación de las prácticas que distorsionan la competencia, entre otros), lo cual se ha visto reflejado en el escaso número de casos denunciados durante estos 10 años de vigencia de la Decisión.

Es en este contexto que, durante el año 2000, a iniciativa de la Secretaría General de la Comunidad Andina, se inicia un nuevo proceso de revisión de la normatividad en materia de libre competencia. Dicha revisión se llevó a cabo a través de reuniones de expertos gubernamentales en materia de libre competencia. A continuación se describen los principales puntos de consenso y de disenso en el marco de dichas negociaciones.

### **El proyecto de Decisión de la Secretaría de la Comunidad Andina**

En el marco de las negociaciones llevadas a cabo entre los países andinos se generó un amplio consenso respecto de los aspectos sustantivos (o de fondo) del Proyecto de Decisión, presentado por la Secretaría General. Entre éstos destacan los principios fundamentales que deben regir estos procedimientos, y las conductas que deben ser objeto de esta regulación, entre otros aspectos. De otro lado, uno de los puntos en los que no se logró un consenso está el relacionado con el rol que cumplirían las agencias de competencia en el marco del procedimiento con la nueva Decisión y la necesidad de que el órgano encargado de hacer la investigación sea uno distinto del órgano encargado de tomar la decisión definitiva respecto a los casos.

#### **Puntos de consenso**

Todos los países han coincidido en la necesidad de disponer de una norma en materia de libre competencia que asegure que los beneficios logrados en el marco del proceso de integración no se vean contrarrestados por prácticas anticompetitivas.

Asimismo, existe consenso en que los procedimientos que se definan en el marco de la nueva decisión deben regirse por los principios de no discriminación, transparencia y debido proceso.

En cuanto al ámbito de aplicación de la Decisión, los países han coincidido en que se incluya a las prácticas restrictivas a la libre competencia tales como acuerdos entre competidores, recomendaciones de las asociaciones u otras entidades gremiales; y las conductas de abuso de posición de dominio. Se ha coincidido también en que no se incluya dentro del ámbito de aplicación de la Decisión a las fusiones y concentraciones empresariales, así como a las ayudas estatales.

#### **Puntos de disenso**

Uno de los puntos en los que no se ha logrado un consenso entre los países miembros está relacionado con la posibilidad de introducir exclusiones y excepciones transitorias al ámbito de aplicación de la Decisión, de actividades económicas sensibles necesarias para lograr objetivos fundamentales de su política, sujeto a un conjunto de condiciones<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> "a. Que reporten beneficios significativos al perfeccionamiento o desarrollo de la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes y servicios o fomenten el progreso técnico o económico;  
b. Que sean objetivamente indispensables desde un punto de vista técnico o económico;  
c. Que reporten beneficios a los consumidores; y,  
d. Que no ofrezcan a dichos agentes económicos la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los bienes o servicios de que se trate." (Propuesta de Ecuador y Colombia)

En el Perú, el marco regulatorio de libre competencia contiene muy pocas excepciones de carácter sectorial a su ámbito de aplicación (Decreto Legislativo 701). En este sentido, el Perú, no consideraría apropiado el establecimiento de excepciones para el caso de otros países, pues ello implicaría un trato no recíproco de otros países frente al Perú en aquellos sectores que sean exceptuados. Por otro lado, si se hicieran extensivas dichas excepciones presentadas por los países al Perú, ello distorsionaría el marco regulatorio vigente en el país, representando un retroceso respecto de los avances que se han alcanzado en el Perú en materia de liberalización y reformas tendientes a sentar las bases de una economía de mercado. Asimismo, el mantenimiento de sectores exceptuados o excluidos del ámbito de aplicación de la normatividad subregional de competencia, no sería acorde con el objetivo de profundización y ampliación del comercio intrasubregional perseguido por la Comunidad Andina. En tal sentido, la adopción de una normatividad subregional de competencia debería necesariamente incorporar cronogramas para el desmantelamiento de las excepciones y exclusiones sectoriales existentes en la normatividad de competencia de cada uno de los Países Miembros.

Sin perjuicio de la decisión definitiva por la que se opte, un paso importante previo a la discusión sobre la introducción de excepciones y exclusiones, o sobre plazos para su desmantelamiento; sería conocer qué sectores están actualmente exceptuados o excluidos de la aplicación de las normas nacionales de competencia. La notificación por parte de los países miembros de todas aquellas disposiciones que exceptúan o excluyen a ciertas actividades económicas a la Secretaría General de la Comunidad Andina, puede constituir un paso importante en esa dirección, en concordancia con el principio de transparencia, propugnado por el Proyecto de Decisión.

Un segundo punto de disenso estuvo relacionado con el procedimiento de investigación contemplado por el Proyecto de Decisión. Al respecto, el Proyecto de la Secretaría señala que el órgano encargado de la investigación es la Secretaría General a solicitud de las autoridades nacionales o personas naturales o jurídicas de los países miembros. La Secretaría lidera el proceso de investigación pudiendo solicitar a las autoridades nacionales su colaboración. De manera conjunta se elaborará un Plan de Investigación el cual indicará las acciones a ser adoptadas, cronograma de actividades, entre otros; el cual deberá ser implementado parcial o totalmente (dependiendo de la separación de tareas que se disponga en el Plan entre la autoridad y la Secretaría) por las autoridades nacionales. La Secretaría General, según la propuesta, sería el ente técnico que tendría a su cargo la dirección y coordinación de las investigaciones y sería a la vez responsable de emitir los pronunciamientos a que diera lugar el procedimiento. En este sentido, la Secretaría General sería el órgano que lideraría el proceso de instrucción y, a la vez, emitiría el pronunciamiento final. Las resoluciones de la Secretaría General podrían ser apeladas al Tribunal Andino.

El ordenamiento jurídico peruano, así como la legislación comparada en materia de libre competencia, establece que, en la medida de lo posible, el órgano encargado de la instrucción no sea el mismo encargado de emitir los pronunciamientos. La separación entre el órgano instructor y el que emite el pronunciamiento constituye un mecanismo de pesos y contrapesos (checks and balances) que no sólo permite el análisis de una misma materia desde perspectivas diferentes e independientes unas de otras; sino que también a través de ello contribuye a enriquecer los análisis y pronunciamientos en materia de libre competencia. La experiencia peruana en materia de libre competencia corrobora este hecho.

Si bien la posición de otros Países Miembros ha sido la de preservar la estructura a través de la cual la Secretaría General ha venido llevando a cabo su labor de investigación y resolución de conflictos; el Perú, ha considerado que existe espacio para desarrollar fórmulas más flexibles y participativas, en las que las autoridades nacionales puedan tomar parte activa en la resolución en primera instancia de las controversias; por ejemplo, a través

de comisiones mixtas compuestas por representantes de las agencias de competencia de cada país.

### **Reflexiones finales**

El reinicio de las negociaciones relativas a la introducción de un nuevo marco de competencia a nivel andino, se proyecta para el año 2004. Un tema importante que se deberá abordar en dicha reunión guarda relación con el tratamiento que recibirán los países que aún no cuentan con legislación de libre competencia. Una posibilidad sería que los países establezcan un plazo mínimo de adecuación a la Decisión, dentro del cual se comprometerían a aprobar normas nacionales en materia de libre competencia.

A nuestro juicio, aquí consideramos que –guardando algunas distancias- se enfrenta una disyuntiva similar a la que se enfrenta en el Grupo de Trabajo de Competencia de la OMC. Dado el hecho de que existe un grupo importante de países que no cuenta con legislación de competencia, ¿qué tipo de compromisos podrían asumir los países en el marco de un acuerdo multilateral? Un primer tipo de compromisos son aquéllos relativos a la normatividad en materia de libre competencia. A nuestro juicio, un paso inicial ineludible consiste en la aprobación por parte de los países de una normatividad mínima de competencia. Con miras a dicho objetivo, en el caso de la discusión que se viene sosteniendo a nivel de la OMC, podrían establecerse (al igual que se ha hecho en el caso del acuerdo TRIPs) plazos de adecuación y transición para países que aún no cuentan con dicha legislación. La no existencia de una normatividad nacional en materia de libre competencia, consideramos, haría muy difícil lograr la implementación de un acuerdo multilateral efectivo sobre materia. En primer término, el contar con una autoridad de competencia, permitiría establecer mecanismos transparentes de intercambio de información, de notificación, entre otros. En segundo término, estas autoridades podrían notificar las exclusiones y excepciones constituyéndose en una suerte de “inquiry point” (al estilo del Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio).

El contar con legislaciones de competencia nacionales y autoridades designadas permitiría, en una segunda etapa, establecer compromisos de mayor alcance para los países miembros. Por ejemplo, compromisos tales como cortesía positiva o negativa (según se acuerde) para la investigación de casos, establecimiento de cronogramas de eliminación de exclusiones o excepciones, serían difíciles de implementar sin la introducción previa en todos los países miembros de una normatividad mínima de libre competencia.

## **2.5. Los regímenes de defensa de la competencia de Argentina y del MERCOSUR frente al mandato establecido por la Declaración de Doha**

Dr. Eduardo Montamat, Vocal  
Lic. Marina Bidart, Analista Económica  
Comisión Nacional de Defensa de la Competencia  
-REPUBLICA ARGENTINA-

En el año 1996 fue firmado el Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR, también conocido como Protocolo de Fortaleza, lo que constituyó el puntapié inicial para la construcción del régimen regional de defensa de la competencia que acompañará la profundización de la integración regional comercial.

La Reglamentación del Protocolo fue concluida durante el ejercicio de la Presidencia Pro Tempore de la República Argentina en el primer semestre de 2002, lo que ha constituido un singular avance para la efectiva aplicación del mencionado acuerdo regional.

El futuro acuerdo multilateral sobre defensa de la competencia a realizarse en el marco de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO constituye un desafío tanto para cada uno de los regímenes nacionales de defensa de la competencia de los socios del MERCOSUR, como para el futuro régimen regional.

Ambas cuestiones se encuentran estrechamente relacionadas por cuanto, según lo establece el Protocolo y su Reglamentación, las investigaciones de las conductas anticompetitivas con impacto regional serán realizadas por las autoridades nacionales de competencia del domicilio de los denunciados.

Si bien dicha investigación deberá realizarse conforme a las pautas ordenadas por el futuro Comité de Defensa de la Competencia del MERCOSUR (organismo intergubernamental cuatripartito conformado por las autoridades de competencia nacionales), la misma se sustanciará conforme a los procedimientos establecidos por cada legislación nacional.

Por ello, esta presentación en primer término informa en qué medida la legislación argentina contempla los principios fundamentales de transparencia, no discriminación y equidad procesal que serán esenciales al futuro acuerdo multilateral de defensa de la competencia, conforme al mandato de la Declaración de Doha.

En segundo término, se trata sobre en qué medida el régimen regional y nacional de Defensa de la Competencia es apto para asumir el compromiso de tomar medidas en contra de los carteles intrínsecamente nocivos.

Finalmente, se hacen consideraciones relativas a las modalidades de cooperación entre autoridades de competencia y el compromiso de creación y/o fortalecimiento institucional de las autoridades de competencia de los países en vías de desarrollo.

### **Los principios fundamentales:**

Los principios de transparencia, no discriminación y equidad procesal se encuentran contemplados en todos los aspectos cubiertos por la legislación argentina de defensa de la competencia: i) la sanción de prácticas anticompetitivas horizontales y verticales, ii) la implementación de medidas remediales y iii) el control de fusiones y adquisiciones.

Con relación al principio de transparencia, la legislación y la práctica de la defensa de la competencia en la República Argentina lo recoge en idénticos términos generales en que es recogido por todos los actos de gobierno, poniendo a disposición del público toda la legislación aplicable, no siendo la misma exigible o aplicable de modo previo a su publicidad.

El principio de transparencia también se ha traducido en el control de la sociedad civil de los procedimientos llevados a cabo por la agencia de competencia. De tal forma que, en las investigaciones que sustancian, tanto los consumidores como las firmas competidoras con interés legítimo pueden hacer sus aportes. Así, entonces, el principio de transparencia no sólo está contemplado en relación a las resoluciones de la autoridad de competencia, sino también en el proceso de la toma de decisión que se desarrolla en las investigaciones realizadas.

Un avance importante dado con relación a este principio, ha sido la creación del Tribunal de Defensa de la Competencia, consagrado como un organismo independiente del poder político. En tal sentido, la nueva legislación argentina sancionada en 1999, prevé la constitución de dicho organismo, estando a la fecha en marcha el proceso de selección de los jueces que lo integrarán.

Por ello, es que la República Argentina estima conveniente enfatizar la importancia de que en el caso de la práctica de la defensa de la competencia, el principio de transparencia se extienda de la esfera típicamente formal de publicidad de la legislación y los actos de gobierno, al proceso investigativo por el que sustancian las resoluciones, permitiendo su seguimiento a los sectores potencialmente afectados de modo directo (consumidores y/o competidores), así como también la necesidad de que la autoridad de aplicación cuente con la debida independencia a lo largo de todo el proceso de toma de decisiones.

Con relación al principio de no discriminación, el mismo se encuentra ampliamente comprendido en sus dos aspectos:

i) no discriminación conforme a la naturaleza económica de los sujetos investigados, lo que se concreta en la ausencia de exclusiones o exenciones de la aplicación de la legislación de competencia, sean estas referidas a tipo de actividad económica, tamaño de las empresas, etc., y

ii) no discriminación conforme a la nacionalidad u otra condición jurídica de los sujetos investigados, lo que se concreta en que cualquier persona de derecho público o privado, individual o colectiva, de cualquier nacionalidad puede denunciar una conducta y solicitar a la autoridad el inicio de una investigación, así como también ser consultada durante una investigación y aportar información de motu propio y en que la práctica investigativa de la autoridad de competencia, no tiene en cuenta la nacionalidad de las empresas o de sus inversores, ni la forma jurídica en que las empresas se organizan (sociedades anónimas, cooperativas, empresas unipersonales, etc.), ni el tipo de propiedad (pública o privada) al momento de evaluar los efectos anticompetitivos de su accionar en el mercado y las posibles sanciones que pudieran corresponder.

Por ello, corresponde enfatizar en relación al principio fundamental de no discriminación a recogerse en un futuro acuerdo multilateral de defensa de la competencia que la autoridad de competencia argentina es neutral frente a la nacionalidad de los sujetos que investiga y que, consecuentemente, en todas sus investigaciones, sean estas sustanciadas conforme a la legislación nacional o a la legislación MERCOSUR, dicho principio será debidamente respetado.

Asimismo, debe decirse que en la práctica la aplicación del principio de no discriminación, tal como es receptado en la legislación argentina, implica que la autoridad de competencia cuente con la información necesaria llevar a cabo investigaciones sobre todos los sectores de la economía, regulados y no regulados, de producción primaria, industrial o de servicios y sobre todo tipo de empresas (grandes y pequeñas, nacionales y extranjeras) tanto a los efectos coercitivos (sanción de prácticas anticompetitivas) como preventivos (control de fusiones y adquisiciones).

Por ello, las investigaciones son altamente demandantes de la información y la cooperación de todos los actores que convergen en los mercados afectados y adyacentes, así como también de expertos privados o gubernamentales en el sector o industria en cuestión, los que conforme al principio de no discriminación y transparencia tienen asegurada plena libertad en su intervenciones.

Asimismo, esta amplia actividad que desarrolla la autoridad de competencia, importa la búsqueda permanente de una estrecha vinculación de la agencia de competencia con los entes de gobierno que regulan sectores económicos específicos, con las agencias competentes en la definición y protección de los derechos de propiedad intelectual y con las autoridades de competencia de la región y del mundo.

Finalmente, en cuanto a la equidad procesal, o principio de debido proceso, el mismo es receptado en la práctica de la defensa de la competencia en la Argentina, ya que la misma se realiza por los cauces formales que regulan toda la actividad procedimental de los actos de gobierno y existen la instancia de revisión independiente judicial de los actos de la autoridad de competencia.

Por ello, se enfatiza que, si bien cada investigación se realiza caso por caso debido a su especificidad económica, la misma se lleva a cabo en los marcos de procedimientos legales formales preestablecidos que garantizan la equidad procesal y evitan, de tal modo, cualquier arbitrariedad que pueda surgir de la metodología casuística aplicada.

#### La sanción de carteles intrínsecamente nocivos

En primer término debe decirse que conforme a la legislación argentina la evaluación de todas las conductas anticompetitivas debe realizarse de acuerdo al principio de la regla de la razón, lo que importa una evaluación caso por caso atendiendo a la verdadera naturaleza de los actos o conductas y acuerdos, observando a las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan (principio de realidad económica).

También el futuro régimen de defensa de la competencia del MERCOSUR también ha receptado el principio de la regla de la razón como directriz fundamental para la investigación de las conductas anticompetitivas.

En consecuencia, ni la legislación argentina, ni el futuro régimen regional de defensa de la competencia contemplan la prohibición “per se” de carteles sean estos locales o internacionales.

Adicionalmente, la legislación argentina al presente no cuenta con un régimen explícito de leniency aplicable a la investigación de carteles, aunque han existido casos en los que la autoridad de competencia graduó las sanciones conforme al grado de cooperación que mostraron las empresas. Por otra parte, la reglamentación del Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR también ha incluido la posibilidad de graduar las sanciones, de acuerdo al grado de cooperación de los denunciados.

No obstante, la República Argentina podría estudiar la introducción de una modificación de la legislación vigente en aras de introducir reglas per se contra los carteles intrínsecamente nocivos, siempre que, a nivel multilateral, el grupo de expertos convenga en que dicha provisión constituiría la forma más adecuada para el tratamiento de los mismos, habida cuenta que dicha práctica afecta notablemente a los países en vías de desarrollo.

#### Modalidades de cooperación voluntaria

La autoridad de competencia de la República Argentina tiene interés en que se estudien los beneficios que podrían derivarse para los países en desarrollo de establecer un acuerdo multilateral que incluya modalidades de cooperación voluntaria entre las autoridades de competencia tales como disciplinas relativas a la notificación, el intercambio de información y cortesía negativa y positiva.

En principio, se entiende que dichos instrumentos podrían ser valiosos por cuanto, con la creciente globalización de los mercados y los procesos productivos, los mercados de los países en desarrollo suelen ser negativamente afectados por decisiones que las firmas multinacionales toman fuera de sus fronteras y no siempre se cuenta con los instrumentos jurídicos necesarios para minimizar dicho impacto.

Si bien hasta el presente se suele contar con mecanismos informales de cooperación a tal efecto, la formalización de los mismos podría mejorar la defensa de la competencia en los países en desarrollo y, consecuentemente, incrementar los beneficios del régimen multilateral de comercio.

#### Asistencia técnica y creación de capacidad

El pasado año la Argentina fue sede de la "Reunión Regional sobre el Rol de la Política de Competencia en la Protección del Consumidor y en el Fortalecimiento de la Competitividad de la Pequeñas y Medianas Empresas" de la UNCTAD, habiendo estado a cargo de las autoridades de competencia nacionales la logística local del evento que reunió a expertos de la Comunidad Europea, los EE.UU. y de varios países de Latinoamérica.

El encuentro sirvió para alertar, dentro del sector público y privado y en particular a funcionarios de otras áreas de gobierno como defensa del consumidor, transporte, comercio exterior, relaciones internacionales, etc., así como también a asociaciones locales de consumidores, sobre el perjuicio que, para los países en vías de desarrollo importan los carteles internacionales intrínsecamente nocivos y la importancia de la cooperación multilateral para lograr combatirlos efectivamente.

Por otra parte, durante el transcurso del año 2001, la autoridad de competencia argentina ha recibido la visita de expertos de la FTC y el DOJ de los EE.UU, así como también de la Comunidad Europea que han dictado seminarios y conferencias sobre metodologías de investigación, que han devenido, no sólo en el incremento de las capacidades investigativas sino también, indirectamente, contribuyendo a lograr la convergencia de nuestra agencia hacia las mejores prácticas internacionales.

Asimismo, funcionarios de la autoridad de competencia argentina participaron de la última Reunión de Expertos Gubernamentales para la revisión de la Ley Tipo de Defensa de la Competencia de las Naciones Unidas (Ginebra, febrero de 2003), lo que ha sido de mucha utilidad a los fines de conocer los distintos regímenes de competencia vigentes en el mundo y los desafíos que importará lograr un acuerdo multilateral sobre defensa de la competencia.

Adicionalmente, la República Argentina ha sido seleccionada como sede de la próxima reunión (junio de 2003) regional del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre

Competencia y Comercio de la OMC, otra actividad que será de vital importancia en aras de incrementar las capacidades de las autoridades de competencia, en este caso, de los países de Latinoamérica.

En base a la experiencia descrita, Argentina entiende que es importante desarrollar este tipo de actividades que creen espacios de discusión y capacitación entre las distintas autoridades de competencia de los países Miembros, así como también con los gobiernos que estén evaluando constituir autoridades de competencia, como modo de creación de las capacidades necesarias para la obtención del adecuado conocimiento para evaluar la conveniencia de un arreglo multilateral sobre políticas de competencia, conforme al párrafo 24 de la Declaración Ministerial de Doha.

Al respecto, se sugiere que esta nutrida agenda de intercambio de experiencias y conocimientos, a la que sustantivamente contribuyen entidades como la UNCTAD y la OECD se profundice en el caso de que se acuerde un régimen multilateral de defensa de la competencia, en aras de la consolidación de la cooperación internacional para sancionar las prácticas empresariales que distorsionan los mercados y que menoscaban las ganancias del intercambio comercial, y del accionar de las autoridades de competencia.

Finalmente, se enfatiza la autoridad de competencia de la Argentina considera importante recibir de parte de dichas organizaciones y de los países más desarrollados, todo tipo de asistencia técnica tanto para la creación de las capacidades necesarias para evaluar la conveniencia de un arreglo multilateral en materia de competencia, como para fortalecer el accionar de la agencia en la prevención y sanción de prácticas anticompetitivas, de modo tal de lograr que no se menoscaben por esa causa los beneficios obtenidos del sistema multilateral de comercio.



## Section II

### Bilateral and plurilateral agreements on competition

#### Presentations Power Point

- 2.A. Cooperation Agreements in the field of Competition  
*Antonio Gonzalez Quirasco, Federal Competition Commission (CFC), Mexico* 114  
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200382a.ppt>
- 2.B. Bilateral and Plurilateral Cooperation in Competition Cases  
*Russell Damtoft, Federal Trade Commission (FTC), United States* 115  
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200382b.ppt>
- 2.C. Competition Policy in Bilateral and Plurilateral Agreements: involvement of Member States of the Caribbean Community  
*Ivor Carryl, Caribbean Community (CARICOM) Secretariat* 116  
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200382c.ppt>
- 2.D. Andean Community  
*Graciela Ortiz, Andean Community* 117  
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200382d.ppt>
- 2.E. Competition Policy in the Free Trade Area of the Americas  
*Santiago Cembrano, Director, Economic Integration, Ministry of Trade, Industry and Tourism, Colombia* 118  
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200382e.ppt>