

**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

1.1 . Competition Policy in Transition: The Issues

Kurt Stockmann¹

I.

Competition policy is not a matter to be looked at in an isolated way. Rules on restrictive agreements and anti competitive mergers as well as vigorous enforcement of such rules are important, even indispensable in a market economy, but they are not sufficient to guarantee the proper functioning of markets if other government policies are not compatible with the market mechanism. Trade policy, industrial policy, regional policy, and even social policy have also to be in conformity with the basic market principles. We all know that governments in market economies often fail sufficiently to respect the two basic rules which they ought to follow in this regard. First, they intervene more often than justifiable in markets, to the detriment of the economy as a whole and to consumers, by legislative or administrative measures, or even by engaging in activities that should better be left to the private sector. Second, even if there are sound reasons for intervention, governments often act in a way not compatible with the market mechanism, for example by following protectionist policies or by subsidising large and inefficient enterprises to protect employment, once again to the detriment of the economy and of consumers. My impression is that countries in the West have become in recent years somewhat more conscious of these contradictions, as is illustrated by privatisation and deregulation policies adopted by many states, both of which extend that part of the economy where competition can function normally.

One aspect, however, seems to have received insufficient attention in some countries, that is the social side of the system. If a substantial part of the population does not regard government policies, for instance reforms in connection with privatisation and deregulation, as socially equitable, this part will feel insecure and unfairly treated. There may be social unrest and that social unrest in turn may become an important factor in the economy. Developments in some Latin American countries during the past years indicate that neglect of the social side of a country's development may easily endanger the success of economic reforms. Bringing both sides into a workable balance is a delicate but necessary challenge for governments. A good economic performance of a country is certainly one of the preconditions for satisfactory social policies, but the opposite is also true. Unless policies are accepted by the majority of a country's population as socially equitable, there will be no satisfactory economic performance in the long run.

This especially applied for countries in Central and Eastern Europe in transition. Many observations made with regard to their transition process can also generally be true for many other countries which intend to introduce free market competition and an adequate protection of competition. Governments in these countries, which I would like to refer to as "transition countries", have to do more than introduce and implement antitrust laws. The challenges they face go far beyond this, and these challenges have to be taken into account in any attempt to identify the basic issues of competition policies in these countries. They have to develop traditions and institutions that pluralistic and democratic market

¹ Vice President, Federal Cartel Office (Bundeskartellamt). Germany.

economies need. All this often raises enormous difficulties of many kinds, most important of which may be psychological. The policies will fail unless the governments of these countries can convince their population that they are sound and appropriate for establishing a new order in which life will be better, and unless the process of transition takes social concerns duly into account. To formulate and implement competition policies in an environment where there is general insecurity about the future, a great potential for social unrest, and little knowledge how a market economy functions requires much more of an effort than is necessary in established market economies.

Furthermore, competition policies are not a matter of purely national concern any more. In a more and more integrated world economy competition regimes increasingly overlap. This may cause conflicting decisions and rising costs for the affected companies. Convergence of national economic policies, including competition policies, seems to be inevitable, if not desirable, and in Europe this process is clearly under way.

What are the main issues of competition policy countries in transition have to face? I believe that there are five such issues. First, countries in transition should introduce adequate and practical substantive rules on competition. Second, they should establish appropriate procedures allowing for swift and effective action. Third, they should provide for the institutional framework necessary for the effective implementation of rules and procedures. Fourth, they should provide the ways and means to ensure that competition aspects are duly taken into account when other government policies are formulated and implemented. Fifth, among others via their antitrust authorities, countries in transition should make great efforts to explain the market economy and all its elements, including competition, to the public in general and the business community in particular

II.

1. As to the first point, there can be little doubt that from the beginning, when there are still few competitive markets and many markets still dominated by monopolies, a market economy requires the introduction of modern substantive antitrust rules, i.e. rules that conform to the now uncontested basic principles of modern competition theory and the experience of Western countries. The rules should be practical and simple so that both the administration can effectively enforce them and the emerging business community and the population understand and respect them.

The point raises, however, a number of issues all of which are linked to the fundamental question of what purpose should be served by competition law in a country in transition toward a market economy. The reply to this question is obviously decisive for the content of such law. Traditionally, most antitrust laws are primarily concerned with protecting actual and potential competition, and this is true even for most of those laws which still use in general, or at least in some areas, broad "public interest" standards. Other issues like consumer or employment protection, privatisation, or the protection of the environment, are in general either outside these laws or play at most a secondary role. Limiting the functions of antitrust authorities to the area of restrictive business practices appears to be a sound policy for at least three reasons. First, it avoids the risk of tying up resources in administrative activities which are different in nature and often likely to be of lesser importance for the economy as a whole. Second, the more responsibilities an antitrust authority has, the more difficult it will be to shield it from undue political and of interest group pressure which is detrimental to impartial and efficient antitrust enforcement. Third, antitrust

officials will often lack the expertise necessary to deal competently with other than competition issues. Thus, it seems, in principle, preferable for countries in transition to keep antitrust law separate from other fields.

A specific issue, however, may be unfair competition. There can be no doubt that countries in transition need legislation against unfair trade practices. In most countries, antitrust authorities do not enforce unfair trade practices law; enforcement is left either to another authority and/or the private sector. There are some exceptions from this general trend, e.g. the U.S.A., Japan, Poland and the United Kingdom. One of the arguments against giving antitrust authorities responsibilities in this area is based on the concern that they may be flooded with cases of little economic and competitive significance and thereby be distracted from more important work. Although this is a valid argument, it may have somewhat lesser weight because in the absence of a well functioning and experienced judiciary in some countries the antitrust authority may be the only agency able to protect fair competition at all.

Furthermore, there may also be an argument for giving anti-dumping responsibilities to the antitrust authority, as anti-dumping policies often have anticompetitive rather than pro competitive effects, a risk which may be better controllable if enforcement lies with the antitrust authority.

As to deconcentration and privatisation, there can be no doubt about the need to restructure and privatise most state monopolies . Sometimes new competition regimes provide competition authorities with sweeping powers in this area. Such rules raise doubts about their practicality, not least because of Germany's experience with the privatisation of the East German economy (see V).

2. As to the content of a competition law for countries in transition, the basic requirements are fairly obvious. The new laws should have a general prohibition of restrictive agreements between competitors (horizontal agreements) accompanied by effective sanctions. They should furthermore permit effective action against restrictive vertical arrangements when market power is involved. A third set of rules should allow for the effective control of anti competitive concentrations. Fourth, the laws should allow to counteract abusive conduct of market dominating buyers or sellers. Simple and easily verifiable rules would have considerable advantages over broad public interest standards for two reasons. First, general rules on restrictive arrangements such as price cartels would be self-executing, as such cartel agreements would be automatically void. Second, such rules would also reduce the risk of undue outside influence on the antitrust authority, a risk substantially higher if the authority had broad discretionary powers.

a) Most commentators feel, and I share this view, that emphasis should be on horizontal restrictive arrangements and merger control, while vertical restraints and abuse control over dominating firms may be, at least in the longer run, of relatively lesser importance. Although there are many legislative options, it appears as regards restrictive horizontal arrangements, arising by contract or concerted action, the appropriate measure is an outright general prohibition combined with fine (possibly imprisonment) sanctions. Such rules would draw on experience in most countries with substantial enforcement practice. Moreover, such rules have the advantage of being simpler and certainly easier enforceable than rules for control of abuse which generally require more resource intensive and time consuming analysis.

b) As to vertical restraints which often have pro-competitive rather than anticompetitive effects, there appear to be two basic options. First, as often recommended, the law could deal with vertical restraints, like many modern antitrust laws, separately and more leniently, focusing on market power. This solution would have the advantage of greater clarity compared with rules covering both vertical and horizontal arrangements and would not affect such vertical restraints which are pro competitive. The second option would be not to distinguish in the law itself between horizontal and vertical restraints, like the U.S. and EC laws, but to interpret and enforce the rule according to their different competitive significance. Appropriate secondary regulation, guidelines etc., could then clarify the different actions to be expected in horizontal and vertical cases. The most important issue is that the law must permit effective action against strategies undertaken by dominant enterprises to foreclose markets by using vertical restraints.

c) As to the control of concentration, the substantive standard has to be chosen. In German and in EC merger control it is tested whether the merger or acquisition is likely to create or strengthen a market dominating position. A "substantial lessening of competition" test like the one used in U.S. merger law, would certainly also be appropriate. It is of particular importance that in any case the law defines as clearly as possible what constitutes a merger and that the test to verify whether a dominant position is created or strengthened is practical. Excessive reliance on mathematical standards or rigid market share criteria may lead to unsatisfactory results. Such standards should be used with caution and subject to modifications allowing for a realistic analysis of the competitive situation in a given case. It is most important that the law allows due account to be taken of the presence or absence of barriers to entry.

d) Lastly, control over abuses by market dominating firms appears to be a necessary fourth area of competition law for transition countries. Because there are often many highly concentrated markets and dominant positions not based on superior efficiency in economies in transition, control of abuses might or even should play a significant role. This is a particularly delicate area of antitrust because it carries the danger that competition authorities might restrain rather than encourage competition, e.g. by overly strict price abuse controls. Hence, the field of such control should be confined to the strictly necessary, especially in terms of to whom such control applies. This is the more important as there are still many unresolved questions over when market power requires control of abuses. A strict market share criterion may increase this risk. A high market share does not automatically imply market power, and market power may exist even when the market share is low. Some antitrust authorities of Eastern Europe countries in transition, for example, are fully aware of the problems in this area. Thus, it is the declared policy of the Hungarian antitrust authority "not to act as a price authority", a policy not yet fully understood and accepted by the public [Ferenc Vissi (1992): Dilemma of Formulating and Implementing Competition Policy in Hungary, Discussion paper submitted to a CEPR/ECARE Seminar on Competition Policy in Europe, Brussels, May 1992, p. 17].

This does not exclude the possibility that in some areas where monopoly situations continue to exist, price regulation may be necessary for a certain period or even permanently.

III.

Even the best substantive rules are of no great use if procedural rules do not allow speedy and effective enforcement. In principle many solutions are conceivable between the traditional negotiating procedure of Scandinavian antitrust laws and procedures relying heavily on the judiciary, as in the U.S.A. for example. For a number of reasons, however, it would seem preferable for transition countries to rely primarily on administrative procedures.

First, it appears that the expertise necessary to deal competently with competition cases is more easily and rapidly acquired by administrative authorities than by regular courts. The fact that often the court system is not yet fully developed and functional in many transition countries adds to the weight of this aspect. Secondly, it would allow speedier proceedings if decisions covering the whole range of rules requiring specific implementation were entrusted to an administrative body, leaving to the courts the task of reviewing such decisions on appeal. This would mean that the authority would not only take administrative measures in the narrower sense of the word, for example issuing orders prohibiting anti competitive mergers or exempting a cartel of small and medium-sized firms from the general ban on restrictive arrangements among competitors, but also impose quasi-criminal sanctions, especially fines. Only where imprisonment was provided, would decisions have to be taken by courts.

Experience with administrative enforcement of competition law in Western Europe is generally positive, reflecting the advantages mentioned above. The fact that EC proceedings are often not particularly speedy is not a consequence of their administrative nature.

IV.

Adequate institutions are as important as appropriate substantive and procedural rules, or possibly even more so. In this context, two trends seem to be worthwhile mentioning which appear to be relevant also for countries in transition.

One of the preconditions for successful enforcement of competition law seems to be the independence of the enforcing authority from political and interest group pressure. The importance of this element is increasingly recognised internationally and numerous new competition laws and amendments to existing laws reflect this trend. If one compares, for example the first competition laws of Hungary and Poland with the new laws of these countries, one finds that the antitrust authorities established by the new legislation are much better protected against the type of pressure mentioned. Many more examples illustrating this trend could be cited from Western Europe, for example France, and some of the Scandinavian countries.

A second trend although not necessarily of the same weight as the first which is certainly worth taking into consideration is motivated by similar reflections and experiences. This is the tendency to entrust commissions or committees rather than individuals with ultimate responsibility in decision making in competition cases. In the experience made in some countries, pressuring and capturing of decision makers is more easily prevented if decision are taken by a panel of three or five rather than by one person

Another institutional question is whether implementation of the law should be entrusted to one authority only or whether there should be also field offices or independent regional competition authorities. The answer to this question depends on the political structure of a

country, for example whether it is a central or a federal state, and on other relevant considerations such as the size of the country.

V.

In the light of experiences in market economies an issue of central importance appears to be the link of competition policy and other governmental policies relating to, for example privatisation, trade, industrial structures, research and development etc. The damage governments can and do cause by inappropriate policies towards competition often dwarfs the effects of private restraints.

In the narrow sense the competitive impact of governmental policies in other areas than competition law and policy is often obvious. There can be little doubt, for example that it is of greatest importance for domestic markets whether the government follows protectionist or liberal trade policies. In the first case, competitive pressure from imports is reduced or even eliminated, in the second it can exercise a very effective control over powerful domestic producers. Likewise, industrial policies involving heavy subsidies to certain sectors of the economy held to be important for the future of the country may seriously distort competition with substitute products, and disadvantage other sectors. Privatisation may consist, on the one hand, simply in transforming state-owned monopolies in private monopolies, or it may be achieved by breaking up such state monopolies into a number of independent and viable units able to compete with each other.

Conformity of other government policies with the market mechanism is obviously of great importance if emerging market economies are to perform satisfactorily. In principle there are many ways in which competitive concerns of this kind can be taken into account. For example, some of the laws and draft laws in Central and Eastern Europe provide antitrust authorities with powers to act directly against anticompetitive measures adopted or contemplated by other government bodies. Although there can be no doubt about the legitimacy of the legislators' motivation and the appropriateness of the aims intended to be achieved by such legislation, there appears so far to be little evidence that such powers have been successfully used or are likely to be effectively used in the future.

A more practical alternative to direct executive functions for antitrust authorities in other policy areas would be a firmly and formally established advisory and consultative role. Such role would be preferable for a number of reasons. First, it would avoid the risk of overburdening the authority with difficult tasks for which it may not have the necessary resources. For example, the Treuhandanstalt, the German authority which was charged with the privatisation of the East German economy, employed close to 4.000 people, and this number was in no way a consequence of overstaffing. Also, such an approach would avoid politicisation of the authority and thereby reduce the risk of undue political pressure detrimental to its functions. Even if the authority were provided with the instruments necessary to enforce its decisions against other parts of the administration in areas outside competition law, enforcement may raise formidable practical problems. Furthermore, direct involvement may require other than competition issues to be taken into account, and the authority may not have and may be unable to acquire the necessary expertise to do so.

In light of all this, it seems preferable to establish a right to be involved in all legislative projects and all major policy decisions, in order to present at an appropriate time competitive concerns. As a routine matter, the authority may thus have the right to comment

on the competition aspects of any proposed legislation. As far as the authority's own field of jurisdiction is concerned, it should of course have the powers to take appropriate action, for example to prevent any privatisation that would be incompatible with competition law.

VI.

Transition to a market economy with adequate protection of competition raises considerable problems of mentality and understanding. Large parts of the population will not easily understand what a market economy and the protection of competition means, how it functions, and what are its preconditions. Explaining all this is a primary task, in the first phase of transition. One of the institutions best equipped to explain and educate is the antitrust authority, and it should be an element of its policy to inform the public as comprehensively as possible about its activities, to explain its functions, the rules to be obeyed, the way it interprets these rules and how it intends to apply them. A high profile in the media seems to be imperative both in the interest of a speedy education of the people in general and the business community in particular. Effective enforcement would be substantially facilitated if the public supported the idea and the institution.

1.2. LA RELACION ENTRE POLÍTICA DE COMPETENCIA, COMERCIO Y DESARROLLO

Leyda Reyes Díaz²

La nueva dinámica internacional, caracterizada por la reorientación de las políticas comerciales de los países hacia esquemas de mayor apertura, constituye un reto importante para los países en desarrollo, en lo que tiene que ver con su capacidad de inserción internacional ante nuevas formas de competencia comercial. Muchas naciones en la década de los noventa, iniciaron un proceso de reformas estructurales tendientes a preparar las condiciones para un mejor desempeño en el nuevo contexto internacional. Se ha configurado entonces un nuevo panorama económico mundial en el que predominan reglas de juego sustancialmente transformadas.

En todo este proceso, las empresas nacionales se enfrentan a una competencia cada vez mayor si tomamos en cuenta, que pasan de una situación privilegiada de protección, a otra más compleja donde los parámetros para asegurar su permanencia en el mercado están basados en criterios de eficiencia y competitividad. Sin políticas estatales de control de precios y con mercados abiertos a la competencia del extranjero ya no es posible mantenerse “artificialmente” en el mercado³.

En este contexto, la política de competencia adquiere mayor atención, siendo uno de los temas nuevos de comercio al estar presente en gran cantidad de acuerdos comerciales. Una política de competencia es entonces un complemento necesario a la apertura comercial, pues incide en un espectro más amplio recayendo tanto en la estructura como en la conducta de las empresas. La necesidad de incluirla en los procesos de negociación, deriva de que con la apertura de los mercados, las actividades de las empresas traspasan las fronteras internacionales y es preciso lograr que los beneficios de los procesos de liberalización no sean menoscabados por prácticas empresariales anticompetitivas. De hecho en un documento de la UNCTAD se ha indicado que la globalización, las grandes fusiones y las posibilidades cada vez mayores de realización de prácticas anticompetitivas transfronterizas guardan una relación directa con el crecimiento de los países en desarrollo y tienen consecuencias para su integración en la economía mundial⁴.

² Coordinadora del Programa Modernización del Comercio Exterior. Secretariado Técnico de la Presidencia, República Dominicana.

³ El proteccionismo propició industrias ineficientes y poco competitivas; los controles de precios por su parte, incentivaron la creación de restricciones a la participación de nuevos competidores, ya que los mismos fomentaban la colusión entre posibles competidores. En tal sentido, los controles en lugar de mejorar el bienestar de los consumidores tuvieron el efecto contrario.

⁴ La Nota de referencia de la UNCTAD, también indica que “la experiencia de esos países durante el pasado decenio parece indicar que se ha prestado poca atención a las cuestiones de competencia y que esa poca

En este trabajo partimos del concepto, de que la promoción de la competencia efectiva debe encauzarse, hacia la creación de las mejores condiciones, para la formación de precios de mercado y demás condiciones de venta y suministro de bienes y servicios, que se traduzca en un incremento de la competitividad y en un aumento significativo del bienestar de los consumidores. Derivado de esta concepción establecemos la relación entre la política de competencia, comercio y desarrollo.

Si queremos establecer un nexo entre competencia, comercio y desarrollo podría ser interesante tomar en cuenta el contexto de la dinámica económica que está predominando. De esta manera el comercio lo visualizamos asociado a la globalización y a la competitividad; el desarrollo lo vemos desde la perspectiva del crecimiento económico y el bienestar social. La competencia la vinculamos tanto al comercio como al desarrollo.

Este enfoque reconoce que las políticas de competencia y la protección del consumidor son dos cuestiones de naturaleza distinta, con ámbitos diferentes, pero también identifica objetivos comunes que evidencian complementariedad de las mismas con miras a lograr mayores niveles de bienestar social, esto último muy relevante cuando se hace referencia al desarrollo. La política de protección del consumidor trata de evitar que los beneficios de la eficiencia y la innovación derivados de la competencia no sean absorbidos por los productores por prácticas abusivas, sino que puedan ser compartidos. La legislación que combate las conductas desleales o engañosas puede estimular la competitividad así como también las herramientas legales bien instrumentadas, que refuerzan la posición de los consumidores⁵.

En las economías de mercado es necesario contar con un conjunto de reglas aplicadas por el poder público que garanticen el funcionamiento de los mercados ya que en ciertas condiciones el libre juego de la oferta y la demanda conlleva estructuras económicas no deseables desde el punto de vista del bienestar social. En estos casos se justifica la intervención del Estado para corregir estas fallas del mercado ya que cuando las empresas gozan de excesivo poder de mercado sus acciones tendrán dos tipos de impactos sobre la sociedad: de eficiencia y de equidad. En décadas pasadas esto fue materializado mediante políticas de controles de precios. En la actualidad dicha intervención estatal tiende a realizarse por medio de política de competencia.

Si tal como expresamos en párrafos anteriores, el desarrollo lo vinculamos a crecimiento económico y bienestar social, entonces es preciso poner atención a los efectos de eficiencia y equidad derivado de la conducta de las empresas en el mercado.

Existen puntos de vista compartidos ampliamente, en términos de asociar competencia y eficiencia de las empresas. En un mercado competitivo la dinámica incita a las empresas a ganar clientes produciendo bienes y servicios con calidad y al precio más bajo posible. En este sentido, la ineficiencia es sancionada mediante pérdida de mercado. La capacidad de las empresas para ajustarse continuamente a los cambios del mercado (entrada de nuevos

atención, en algunos casos, ha contrarrestado los efectos positivos que puedan haberse derivado de la liberalización y la privatización". UNCTAD (TD/B/COM.2/CLP/30, mayo del 2002).

⁵ No obstante, es preciso señalar que la imposición de costos excesivos impuestos a las empresas para la observancia de la protección del consumidor, puede ser contraproducente, ya que podrían ser trasladados nuevamente a los consumidores.

competidores, aumento de cantidades, cambios de precios, etc.) constituye un indicador importante de su competitividad.

Las reglas de competencia buscan la asignación eficiente de los recursos productivos, eficiencia que está ligada a la idea de que los bienes y servicios sean ofrecidos a todos los agentes económicos en condiciones de amplia variedad de oferentes, precio de equilibrio de mercado y calidad adecuada. De hecho, el principal objetivo de la ley de competencia en muchas jurisdicciones es el logro de una asignación eficiente de los recursos y por lo tanto la maximización del bienestar nacional asegurando que el proceso competitivo no será distorsionado o entorpecido por medio del abuso de una posición dominante o los acuerdos para restringir la competencia lo cual va en detrimento del bienestar social⁶.

En definitiva, una economía de mercados muy concentrados, con pocos oferentes, tendería a ser una economía menos eficiente, pues los agentes económicos podrían estar pagando rentas de monopolio en los bienes y servicios que consumen y ver mermadas las posibilidades de ahorrar, invertir en nuevas actividades productivas o consumir en otros mercados⁷. Las políticas de competencia propician que los agentes económicos se mantengan en poder de su excedente como consumidores (los monopolios no se lo pueden extraer), lo cual genera mayores niveles de ahorro y bienestar. En consecuencia, aumentan las posibilidades de inversión de las empresas o los niveles de consumo. Esto facilita el incremento de los niveles de actividad económica (PIB) y la renta per cápita.

La existencia de políticas de competencia instrumentadas adecuadamente puede generar una contribución importante a la competitividad y el desarrollo, ya que se fomenta la innovación y la calidad de los productos mejora, la oferta tiende a ser proporcional a la demanda y salen beneficiados los consumidores intermedios y finales.

Mientras más alto es el entorno competitivo al interior de un país, la competitividad internacional es potenciada. ¿Cómo ocurre esto? cuando las políticas de competencia propician que la economía se encuentre lo más cerca posible a una situación de competencia perfecta dinámica⁸; es decir, cuando los recursos se mueven libremente de un mercado a otro buscando igualar su remuneración en todos ellos. Claro está, esto ocurrirá cuando en la economía no haya barreras a la entrada ni a la salida. Sin darse cuenta, cuando las empresas buscan prevalecer sobre otras e invierten recursos para la

⁶ Muchas jurisdicciones reconocen que los acuerdos específicos entre las firmas que pueden reducir la competencia pueden ser promotores de la eficiencia y por lo tanto permiten la creación de tales acuerdos. Los países difieren en el énfasis puesto sobre la eficiencia, muchos de ellos incluyen objetivos sociales y consideraciones de justicia en sus legislaciones.

⁷ La noción del excedente del consumidor y el excedente del productor, puede ilustrar este fenómeno en alguna medida. El precio de reserva es el precio más alto que un consumidor está dispuesto a pagar por un determinado producto. Existen muchos precios de reserva ya que no todos los consumidores valoran los bienes en la misma medida; pero cuando un mercado es competitivo, lo que ocurre es que el precio de equilibrio coincidirá con un solo precio de reserva. En consecuencia, todos aquellos consumidores que estaban dispuestos a pagar precios más elevados se benefician tan solo pagando el precio de equilibrio. La diferencia entre el precio de reserva y el precio de mercado se denomina excedente del consumidor. Esta diferencia puede ser interpretada como un ahorro en manos de los consumidores derivado de la competencia. En condiciones de monopolio, por ejemplo, la cantidad producida es menor y el precio de venta mayor que el que resulta en condiciones de competencia. Se produce una transferencia de riqueza del consumidor al productor originando un problema de equidad.

⁸ Stigler (1968).

innovación, mejoran la calidad de su producto buscando beneficios adicionales producto de este esfuerzo, empujan al crecimiento económico y a la eficiencia. Otras firmas, en su afán de no ser desplazadas también harán lo propio en el mismo sentido.

Lo anterior conllevará en algún momento una situación tendiente a la igualación de los competidores y de los productos que se traducirá en disminución de precios. Los consumidores salen beneficiados de precios más bajos. Se propicia así una dinámica favorable al desarrollo⁹ por el dinamismo de las empresas¹⁰. Bajo esta lógica, la competencia, a pesar de que puede generar “destrucción creadora”, al impulsar la innovación y la eficiencia, se constituye en un mecanismo de crecimiento de la economía y eleva el nivel de bienestar de la sociedad.

Parece ser un hecho que los mercados internacionales se han liberalizado mucho más rápido que los mercados internos o domésticos. Por tanto, la política de competencia en el comercio internacional se relaciona con un nuevo esfuerzo por hacer efectivo el acceso de los bienes y servicios a los mercados globales, garantizando la libre concurrencia o lo que algunos denominan la “contestabilidad” de los mercados.

Para los países en desarrollo, la política de competencia es importante por varias razones, por ejemplo, esta permite aumentar la disputabilidad de los mercados internos y el fortalecimiento del comercio y las políticas de inversión que han sido puestas en marcha por ellos mismos. La marcada importancia y necesidad de la política de competencia para los países en desarrollo, la visualizamos además desde una perspectiva interna y externa y bajo un enfoque sistémico que se impone con la apertura de mercados.

Bajo la perspectiva externa, la política de competencia es importante ya que existe bastante evidencia de que las prácticas anticompetitivas en el plano internacional afectan la competitividad de las empresas de los países en desarrollo y a la vez dificultan el proceso de desarrollo mismo. En países donde no existe ninguna reglamentación de competencia no se cuenta con la posibilidad de usar herramientas legales para eliminar la conducta anticompetitiva.

En este enfoque sistémico consideramos como elementos a tomar en cuenta la relación de la política de competencia con la promoción de los derechos de los consumidores, la competitividad y el desarrollo. Bajo esta perspectiva, los países en desarrollo deben perseguir que su legislación de competencia salvaguarde la competitividad¹¹. Esto podría lograrse con una legislación que armonice la totalidad de las acciones que el gobierno

⁹ La competencia adquiere una dimensión de cooperación social, pues impulsa a la superación personal y empresarial de los rivales. (Schwartz,2002).

¹⁰ No obstante, es preciso señalar que estos efectos no son favorables para todos. Durante ese proceso puede ocurrir el fenómeno conocido como “destrucción creadora” según la definió Joseph Shumpeter. Esta consiste en que algunas empresas tendrán que salir del mercado porque quedaron obsoletas. Según Shumpeter, la destrucción de procesos productivos obsoletos es una de las vías de creación e innovación en una economía de mercado.

¹¹ Según una nota de la UNCTAD “la competitividad de las empresas de los países en desarrollo (y a mayor abundamiento, de los propios países en desarrollo) en lo que hace a integrarse en la economía mundial, depende en gran medida de que adquieran capacidad necesaria para aplicar las tecnologías disponibles y para innovar, así como de la existencia de una infraestructura de apoyo competitiva (en particular de recursos humanos, financieros y de servicios). UNCTAD, (TD/B/COM.2/CLP/30, mayo del 2002).

asuma en la promoción de la competencia, lo cual debería incluir las iniciativas de liberalización comercial, medidas que faciliten la entrada a las industrias y servicios domésticos, desmonopolización, políticas públicas que apoyen los esfuerzos realizados por las empresas para ser competitivas y mantenerse en esta posición, entre otras. Esta es una dimensión clave de la política de competencia para permitir a los países la maximización de los beneficios de la liberalización comercial. El estímulo a la inversión extranjera directa es también un elemento adicional importante para la política de competencia.

En suma, dos principios importantes de la política de competencia son, por una parte, que la asignación de los recursos productivos dependa de las fuerzas del mercado pero sujeto a la restricción de asegurar que los objetivos de equidad social se alcancen con eficiencia y, por otra parte, a diferencia de la ley de competencia, la política de competencia debe garantizar en alguna medida la creación de condiciones previas que aseguren el adecuado funcionamiento de la competencia. Esto significa, que la atención no deberá fijarse centralmente en los castigos para el cumplimiento de las reglas, sino que la política en sí misma debe propiciar condiciones para dicho cumplimiento.

Desde la situación y dinámica económica interna de los propios países, la necesidad de contar con un régimen de competencia es bastante obvia, si se considera que en ausencia del mismo se corre el riesgo de ser víctima de prácticas anticompetitivas, ejercidas por empresas nacionales o extranjeras que abusan de su posición dominante en el mercado. En ausencia de una legislación especializada, los gobiernos se encuentran sin herramientas para solucionar conflictos surgidos en el ámbito de la competencia y estarán imposibilitados para hacer frente a demandas de consumidores, ejerciendo el papel de simples espectadores impotentes e incapaces, de hacer algo para evitar el quehacer abusivo de muchas empresas. Esto además del costo económico también tendrá un costo político y social con el cual tendrán que cargar los gobiernos de turno.

Si nos ubicamos en el entorno internacional, el cuestionamiento que surge es, de qué manera los países en desarrollo, en los cuales no existe una cultura de competencia, podrán hacer frente a los retos de la apertura comercial cuando incluso en su interior no se han ejercitado en competir. Por otra parte, los consumidores que constituyen una parte importante en el mercado, derivado de su capacidad de elección han sido obligados por años a conformarse con las ofertas de productores nacionales que muchas veces bajo el pretexto de “industrias nacientes” que nunca crecieron, les han ofrecido bienes a un precio mayor y menores niveles de calidad. Nos encontramos entonces con que ni los oferentes ni los demandantes operan con una mentalidad formada bajo una cultura de competencia. No es de extrañar entonces, que se perciba una gran resistencia al cambio. De hecho en muchos casos, existe resistencia a instaurar regímenes de competencia bajo argumentos esgrimidos producto de la ausencia de una cultura en este sentido.

No obstante lo anterior, con cultura de competencia o no, los retos están presentes: en los acuerdos de libre comercio existen capítulos de competencia; las empresas tienen que aumentar sus niveles de competitividad y al respecto, la teoría económica afirma que cuando el mercado no está dominado por distorsiones, los factores que originan competitividad funcionan mejor y los resultados suelen ser los esperados; de ahí que para los países en desarrollo, es vital contar con un régimen de competencia, dadas las distorsiones existentes en sus mercados y dado que los beneficios de una mayor eficiencia económica no necesariamente se traducen en mayores niveles de bienestar para la

población consumidora. A esto se suma el elemento de que para lograr desarrollo sostenible es también necesario que los mercados funcionen adecuadamente.

Existen ventajas concretas, derivadas de que los países en general apliquen políticas de competencia, a saber:

- Posibilidad de ampliación del espectro de posibilidades de acuerdos de cooperación entre países
- Fomento de la convergencia de normas de competencia.
- Mejoramiento de la eficiencia, la calidad y menores costos en la aplicación de los instrumentos internacionales de cooperación.
- Acceso a información relevante de que disponen otros países.
- Disminución de posibles enfrentamientos entre países por la aplicación extraterritorial de las leyes de competencia.
- Mayor certidumbre para la inversión extranjera.

En esta dinámica aperturista, donde se van profundizando los niveles de integración económica es vital contar con la convergencia adecuada de las políticas nacionales en aras de optimizar los efectos de dicha integración ya que la ausencia de incompatibilidades o conflictos entre las distintas reglamentaciones nacionales facilita la acción internacional en el área de política de competencia. Justamente, los acuerdos de libre comercio constituyen un espacio adecuado para incentivar la cooperación y la asistencia técnica; sin embargo no podemos dejar de señalar que eso conlleva también la adaptación de normas, mecanismos regionales y compatibilidad en algunas medida entre los distintos regímenes de competencia.

En el orden de ideas esbozadas en el párrafo anterior, es relevante señalar que cuando se presentan casos con trascendencia internacional, la cooperación en la aplicación de los instrumentos internacionales indudablemente contribuye a mejorar la eficiencia calidad de esa aplicación sin dejar de lado además, las grandes posibilidades de disminución de costos, al posibilitar el acceso a información relevante que disponen otros países. Esto también contribuye a disminuir posibles enfrentamientos entre naciones por la posibilidad de aplicación extraterritorial de las leyes de competencia.

Hasta ahora no hemos abundado en un punto que consideramos relevante, de cara a las ventajas de que los países que no tienen leyes de competencia puedan adoptarla. Nos referimos a la inversión extranjera. Las medidas de liberalización del comercio y las inversiones están cercanamente ligadas a la política de competencia en su quehacer de abrir los mercados y promover una mayor competencia. La aplicación de políticas de competencia sin discriminación, ofrece certidumbre a los inversionistas en relación a que no tendrán que enfrentar a prácticas comerciales restrictivas por parte de ningún competidor sea este nacional o extranjero. Por otro lado, al país receptor de la inversión garantiza que la inversión extranjera directa no conlleve de ninguna manera limitación al comercio ni abusos de posición de dominio.

La política de competencia también entraña beneficios en otros ámbitos. Por ejemplo, las agencias financieras internacionales y las entidades privadas que auxilian a los inversionistas en sus decisiones de inversión en el extranjero, toman en cuenta la existencia de políticas de competencia para calificar positivamente el desempeño y competitividad de los países.

La existencia o no de una política de competencia propicia o inhibe la inversión extranjera dependiendo de las características y propósitos del inversionista. Por una parte, un buen grupo de empresas considera necesario que la inversión en otros países esté resguardada de intereses monopólicos que puedan estar establecidos. Por otra parte, otras pueden considerar beneficioso la inexistencia de reglas de competencia, porque eso le permite, haciendo uso de prácticas anticompetitivas y fuerte inversión financiera, apoderarse, en condiciones de monopolista, de un determinado mercado.

Si fijáramos nuestra atención en los distintos tipos de instrumentos internacionales en materia de derecho y política de competencia podemos identificar por lo menos los siguientes: i) acuerdos bilaterales de cooperación para la aplicación de leyes de competencia; ii) tratados bilaterales de asistencia judicial mutua para cuando se plantean casos penales relacionados con el monopolio; iii) diversos tratados entre países que incluyen cláusulas de cooperación en asuntos antimonopolio; iv) acuerdos bilaterales de cooperación técnica en reglamentación económica que incluyen el derecho y la política de competencia; v) acuerdos de libre comercio, uniones aduaneras y mercados comunes que incluyen cláusulas de política de competencia.

La participación en alguna medida en estos instrumentos es todavía insuficiente por parte de los países en desarrollo. Esto es especialmente relevante si consideramos que aquellos países que no cuentan con un régimen de competencia no tienen mucho que buscar en algunos de ellos, donde se presupone la existencia de una institución reguladora y una autoridad de competencia; sin embargo, la otra cara de la moneda nos presenta que la participación en acuerdos de libre comercio que incluyen disposiciones en esta materia pueden constituirse en un impulso poderoso para estimular la adopción de una ley y el funcionamiento de la misma.

Finalmente, concluimos afirmando que la política de competencia es una de las formas con que cuenta el estado para lograr un funcionamiento más competitivo y eficiente de los mercados. La evidencia empírica parece indicar que para interpretar y aplicar adecuadamente la política de competencia es necesario identificar si los comportamientos de los agentes económicos persiguen eliminar la competencia a través de determinadas prácticas o en cambio mejorar la eficiencia. La política de competencia también puede ser un instrumento valioso para fomentar la competitividad y el desarrollo, ahora bien es importante tener presente, que esta es un instrumento y no un objetivo en sí mismo como lo es el desarrollo económico.

1.3. Vertical restraints, abuse of dominance and mega-mergers in sectors of relevance to developing countries

by

Patrick Krauskopf
Vice-director and Chief of international affairs
at the Secretary of the Swiss Competition Commission

in collaboration with

Pierre-Olivier Pirlot
Reporter
at the Secretary of the Swiss Competition Commission*

§1 Vertical restraints

1. All industries depend on distribution and the level of services provided by such distribution. Distribution can be regarded as an element of efficiency in the process of reaching appropriate customers. Very few producers distribute directly to retailers or consumers; rather, they rely on specialized distributors (generally wholesalers). The agreements needed for organizing such distribution may contain restrictions on competition.

1. Definition

2. Manufacturers may impose conditions on the distributor with whom they deal beyond requiring them to pay the wholesale price for their products. In the contract binding the distributors, manufacturers may specify the retail price at which the products must be resold, impose other terms of business or special forms of behaviour. Apart from price restraints, territorial restrictions limiting the place where dealers may resell products and customer restrictions limiting the group(s) of buyers to which products can be resold are widespread in distribution agreements. Such contractual terms are commonly called vertical restraints¹²

3. In the Model Law on Competition the definition is the next: the concept of vertical restraints refers to certain types of business practices that relate to the resale of products by manufacturers or suppliers and are thus embodied in

* Patrick Krauskopf, docteur in law, lawyer, Vice-director of the Secretary of the Swiss Competition Commission; Chief of international affairs, Member of the Expert commission for the Revision of the Swiss Act on Cartels; Pierre-Olivier Pirlot, economist, reporter at the Secretary of the Swiss Competition Commission. This paper reflects the author's opinion only. The oral presentation of this text is official. The authors thank Christian Hegner, trainee at the Secretary of the Swiss Competition Commission and Sabrina Carron, casehandler at the Secretary of the Swiss Competition Commission for their contributions.

¹² European Competition Law and Economics. A comparative perspective. 2001.

agreements between operators on a line of business situated at different stages of the value-added chain. They include resale price maintenance, exclusive dealing and exclusive territory or territorial (geographical) market restrictions on distributors.

2. The three main kinds of restrictions

2.1. Resale price maintenance

4. This is basically found in an agreement among retailers, enforced by the producers, not to compete on prices (thereby creating a “network”). In general, resale price maintenance refers to the setting of *retail* prices by the original manufacturer or supplier.

2.2. Exclusive dealing

5. This is found in an agreement between a manufacturer who offers a sales contract conditional on the buyer’s accepting not to deal with the goods of a competitor. The restriction is placed on the firm’s choice of buyers or suppliers.

2.3. Exclusive territory or territorial market restrictions

6. This is found in an agreement by which a manufacturer restricts the retailers to competing on the distribution of its products.

3. Economic analysis

7. As mentioned above, a manufacturer who conclude a contract with a distributor to sell his product may place vertical restrictions on the distributor's actions beyond requiring him to pay the wholesale price for the product. These vertical restrictions are determined through contractual negotiations between the manufacturer and the distributor. The manufacturer places these restrictions with the effect of realising de facto vertical integration between manufacturer and reseller. Examples of restrictions include requirements that the distributor for example has to sell a minimum number of units, that distributors should not be situated near each other, that distributors should not sell competing products, and that distributors should charge no lower than a particular price.

3.1. Why are restrictions used instead of vertical integration?

8. Manufacturers often rely upon independent firms to distribute their products rather than doing it themselves, because the costs of monitoring employees at distribution outlets exceeds the costs of using independent firms. For example, the distribution outlets may be far apart, making it costly for managers reach them and spend time becoming familiar enough with local market conditions to be able to judge the efficiency of a particular distribution outlet.

9. Vertical restrictions can be useful in solving problems of distribution especially in the following three main fields that commonly arise when distribution is expensive and a manufacturer retains a distributor to retail his products:

- There is a double monopoly markup by successive monopolies in manufacturing and distribution.
- Some distributors may free ride (don't do their share in promoting the good) on other distributors.
- Some manufacturers may free ride on other manufacturers.

3.1.1. Double Monopoly Markup

10. If the manufacturer and the distributor are both monopolists, each adds its monopoly markup, so consumers face two markups instead of one. This double markup provides an incentive for firms to either vertically integrate or use vertical restrictions to promote efficiency and thereby increase joint profits.

3.1.2. Free Riding Among Distributors

11. In a typical distribution arrangement, several independent firms distribute one manufacturer's product. Each distributor benefits from the promotional activities of other distributors without having to pay for them.

3.1.3. Free Riding by Manufacturers

12. It is also possible that competing manufacturers can free ride the efforts of each other. Suppose that two competing manufacturers both use the same distributor to sell their product and that one manufacturer conducts a massive advertising campaign to entice consumers to go to the distributor to buy its product. The second manufacturer benefits from the increased customer flow. In fact, because the free-riding manufacturer does not advertise, he has lower costs than the advertising manufacturer and can therefore sell at a lower price. The distributor then can (correctly) tell a customer who is enticed into the store by the advertising of the first manufacturer, that the second manufacturer's product is a much better deal at a lower price. This effect obviously only occurs when both manufacturers produce similar goods.

13. Each of these problems may be solved with vertical restrictions:

- For the first problem the solutions may be: maximum retail price, quantity forcing with sale quota or to adopt a more complicated pricing scheme than merely charging a distributor price per unite of output.
- For the second problem the solution may be: an exclusive territory or a limitation of the number of distributors or the resale price maintenance.
- For the third problem, the solution may be exclusive dealing.

3.2. Desirable or Undesirable effects of vertical restrictions

14. Vertical restraints are no longer regarded as *per se* suspicious or *per se* pro-competitive. Economists are less willing to make sweeping statements. Rather, they rely more on the analysis of the facts case by case.

15. Among Experts it's a common view that the market structure is extremely important in determining the impact of vertical restraints. The fiercer interbrand competition is, the more likely are the pro-competitive and efficiency effects to outweigh any anti-competitive effects of vertical restraints. Anti-competitive effects are only likely where interbrand competition is weak and there are market entry barriers at either producer or distributor level. In addition it is recognized that contracts in the distribution chain reduce transaction costs and can therefore allow the potential efficiencies in distribution to be realized. In contrast, there are cases where vertical restraints raise market entry barriers or further dampen horizontal competition in oligopolistic markets.

16. Analysis should concentrate on the impact on the market rather than the form of the agreement. For example, whether entry is foreclosed by a network of agreements or whether the vertical agreement coupled with market power permits producers or distributors to practice price discrimination between different States.

17. Given the risk associated with either entry into new markets or significant market expansion (creation of new trade flows that integrate the market), consideration should be given to a more favourable treatment of vertical restraints where these are accompanied by significant material or immaterial investment. This more favourable treatment should be limited in time (justification of a agreement).The nature of the products, the need for services and for investment to undertake efficient distribution and the needs and knowledge of consumers may all be important elements in determining both the objective efficiencies promoted by vertical restraints and any anticompetitive effects.

18. Vertical restrictions can also merely be used for other anticompetitive purposes. For example, they may be used to catalyse an industry or to prevent market entries.

19. Anti-competitive theories refer to the possibility that vertical minimum price fixing may be used to sustain a dealer's cartel or facilitate upstream collusion by reducing the manufacturer's incentive to lower wholesale prices. There are two main effects of minimum fixed retail price on competition.

- First, the distributors can no longer compete on pricing issues and this leads to a total dismiss of intra-brand price competition.
- Second, there is increased transparency on price and responsibility for price change. The later effect makes horizontal collusion easier, at least in concentrated markets.

3.3. Consumer: price discrimination

20. Vertical restrictions, just like vertical integration, can be used for price discrimination. Suppose consumers in the state of Parana have an inelastic demand for some product, and consumers in Bahia have an elastic demand. The manufacturer wants to charge a high wholesale price to the distributor in Parana and a low one to the distributor in Bahia. If the manufacturer tries to do so, however, the independent Bahia distributor can profitably resell the product it buys from the manufacturer in Parana. By granting exclusive territories to the independent distributors in exchange for no resale agreements, the manufacturer can charge a low wholesale price in Bahia and a high one in Parana.

21. This point is very important for the competition policy in the European Union. The aim of competition policy concerning vertical restraints is, as written in the European green paper: "The Commission has always insisted on the freedom for intermediaries to respond to price differences between Member States and engage in parallel trade as central to its policy of ensuring that distribution arrangements have a market integration and not a market partitioning effect."¹³

22. This can in fact be applied in all countries even if the question of a unified common market, as in Europe, doesn't arise. This aspect concerns in particular Switzerland that doesn't want its consumers to be victimized by unfavourable and unjustified price differences compared to its neighbouring countries.

4. Doctrines / Theories and legal framework - some examples

4.1. USA

23. The goal of US antitrust law is to promote consumer welfare; it has no goal to promote market integration. Vertical restraints are mainly governed by Section 1 of the Sherman Act, which provides that every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several states, or with foreign nations, is illegal.

24. In 1977, the Supreme Court ruled in *GTE Sylvania* that non-price vertical restraints are to be subjected to analysis under the rule of reason, recognizing that such restraints may "promote inter-brand competition by allowing the manufacturer to achieve certain efficiencies in the distribution of his products".

25. US courts tend to be more cautious about the anticompetitive effects of interbrand restraints, and may demand a thorough market analysis including inquiry into both the extent of the foreclosure and the buyer's and seller's business justifications. The degree to which competing manufacturers are

¹³ Green paper on vertical restraints in EC Competition policy.

deprived of outlets for their products, or distributors are prohibited from using alternative suppliers, is a threshold factor in analysis of such restraints.

4.2. Europe

4.2.1. In general

26. The Treaty rules on competition applicable to undertakings are set out in Articles 81 ff. Article 81 is of particular relevance to vertical restraints. This Article provides for a ban on agreements which may affect trade and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition. Agreements falling within its scope are void unless exempted under Article 81. Among other conditions for exemption, the agreement must not eliminate competition and the efficiency gains or other objective advantages it promotes must outweigh the disadvantages from the loss of competition. Consumers must also obtain a fair share of the gains.

27. Under Council Regulation 19/65, the Commission is empowered to adopt "block exemption" regulations which define certain categories of agreements which generally fulfil the conditions of Article 81 and so are exempted. The Council Regulation 19/65 requires that Commission block exemption regulations contain lists of conditions which must be fulfilled, the types of agreements covered, restrictive clauses which are exempted and clauses which must not be included. By example Commission Regulation (EC) No 1400/2002 of 31 July 2002 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices in the motor vehicle sector.

4.2.2. Parallel trade

28. The European Commission has developed a systematic policy concerning parallel imports or exports. Among others, it considers that, although existing exclusive distribution agreements (which could be accepted due to rationalization), parallel trade must always be authorized because it constitutes the only guarantee against member States' market compartmentalization, and the application of discriminatory policies concerning prices. The exemption rules on exclusive agreements contained in Commission Regulation No. 1983/83 explicitly prohibits all restrictions on parallel imports and also includes a provision stating that every exclusive dealer is responsible for losses coming from a client outside its territory.

29. The rules on *de minimis* define categories of agreements that are too small to have an appreciable impact on trade or competition and are consequently outside the scope of Article 81(1). Above this level, Article 81(1) applies virtually automatically to certain vertical agreements which, by their very nature, can only distort competition, in particular to agreements which limit the freedom of distributors to set their resale prices (Resale Price Maintenance) and agreements which establish absolute territorial protection for exclusive distributors. This point is central to the Commission policy. Not only is Article 81(1) applied, but an Art 81(3) exemption is unlikely to be granted. The possibility of some alternative sources of supply must always exist. Although

exclusive distributors may be forbidden from actively promoting the product outside their allocated exclusive territory, they must be free to respond to orders coming from outside that territory (passive sales). Customers must be free to purchase from any distributor they wish in the EU, even outside their territory of residence, and make or arrange for personal imports. Intermediaries and other traders must be able to buy from any distributor and sell in any other market, in particular in response to significant price differences between Member States.

4.3. Switzerland

30. Aside from the fact that the author is of Swiss origin, there is an interest in presenting the Swiss system concerning vertical restraints set by the Swiss Competition Authorities in their respective communication paper (**Communication concerning the treatment of vertical restraints**). It lists a number of contract types which generally implicate anti-competitive effects. This is in particular the case when agreements contain passages with the following content:

- the direct or indirect maintenance of resale prices, respectively the imposing of minimal resale prices.
- the direct or indirect limitation of resale territory or the limitation of customers to whom may be resold by the retailer;
- the limitation of resale modalities inflicted on a retailer accepted within a selective distribution system;
- the limitation of cross-selling possibilities between distributors within a selective distribution system, even if the distributors are situated on different levels of the value-added chain;
- the prevention of resale concerning spare parts even if the applicant does not belong to a selective distribution system;
- the infliction of non-competition clauses lasting longer than five years respectively lasting longer than one year after the termination of the vertical agreement.

5. Vertical restraints in developing countries

31. The facts and statements above could be implemented into a competition policy for a country on the verge of developing such a system.

32. For these countries, the distribution network for a certain number of products may not yet have attained the optimal size and density. In this sense, it is (as mentioned above) very important for investments to be possible in order to let such networks actually grow and develop. Therefore some vertical restraints may have to be allowed in order to protect such possibilities of investment (for example territorial exclusivities). The risks that naturally come along with investments may easily be higher in an environment where vertical

restraints are handled very restrictively. The impossibility of applying vertical restraints may cause investors to back off and in such prevent the respective networks or market to develop properly.

33. This is also valid with regard to organizing a distribution network for parts of a specific country or the whole country itself. A company could for example distribute its products by means of an exclusive distribution network restraining parallel imports and even fixing resale prices. It is always important to remember that such a distribution system has to be justified with strong arguments and efficiency-related reasoning.

34. Moreover, the concept stating that small countries (defined by the number of inhabitants respectively by its buying power) are more easily foreclosed and therefore victimized in terms of price discrimination applies also to developing countries. Therefore, it is necessary for these countries to implement a restrictive competition policy as regard to vertical restraints.

§2 Market power and dominance

1. Definition

35. By introducing the next chapter treating dominance we would like to refer to the definition of dominance as used in the Model Law On Competition.¹⁴ The concept of the abuse of a dominant position of market power refers to the anti-competitive business practices in which a dominant firm may engage in order to maintain or increase its position in the market.

36. In this concept there are two elements, namely the question of dominance and the ability to exert market power.

- A firm holds a dominant position when it accounts for a significant share of a relevant market and has a significantly larger market share than its next largest rival. However, one has to pay attention to the fact that a dominant position in itself is not anti-competitive as such.
- Market power represents the ability of a firm (or a group of firms acting jointly) to raise and profitably maintain prices above the level that would prevail under competition for a significant period of time. It is also referred to as monopoly power. The exercise or abuse of a dominant position of market power leads to reduced output and loss of economic welfare. In addition to higher than competitive prices, the exercise of market power can be manifested through reduced quality of service or a lack of innovation in relevant markets.

37. Factors that tend to create market power include a high degree of market concentration, the existence of barriers to entry and a lack of substitutes for a

¹⁴ Model Law on Competition, box 8.

product supplied by firms which conduct is under examination by competition authorities. Abuse of a dominant position of market power can vary widely from one sector to another. Abuses include the following: charging unreasonable or excessive prices, price discrimination, predatory pricing, refusal to deal or to sell, tied selling or product bundling and pre-emption of facilities.

38. An alternative is the definition of dominant position provided by the European Court of Justice: "a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers"¹⁵. This definition contains two elements: an ability to prevent effective competition and an ability to behave independently of three sets of market actors.

39. In general competition laws or regulations prohibit:

- To obtain dominance by means other than superior ability to serve consumer needs and/or
- To abuse a dominant position.

40. In almost all competition statutes, abuse includes using dominance to exclude new competition or restrict the actions of existing rivals. In many such statutes, it is also extended to exploitative behaviour, i.e. setting prices higher than they would be if the market were competitive instead of dominated by a single firm or a group of oligopolists.

2. Methodology: proving an abuse of dominance

2.1. Market definition

41. Determining whether a firm has a dominant position needs the reference to a defined market. That means more specifically, that the firm has a dominant position or is a monopoly or has power only with respect to a market. Market definition normally has two basic dimensions, namely the product and geographical one. The question one has to ask for determine these dimensions is the one of the substitutability or the one of the customer's options. What other product could the customer use? Where else could the customer get it? What would be the difference in costs, convenience, and ultimately in competitiveness?

42. In many countries, market definition has received the most systematic attention in relation with merger review. Once a satisfactory market definition has been found, the usual next step is to determine the market share of the possibly dominant firm and perhaps other leading firms. In some markets, supply side substitutability must be carefully considered when assigning market shares. This applies whenever there are firms able and willing, without having to incur significant sunk costs, to quickly enter the market if prices were raised

¹⁵ *United Brands v Commission*, Case 27/76 [1978] ECR 207, [1978] 1 CMLR 429.

above competitive levels for any non-transient period of time. Their potential to modify existing product lines or change geographical sales patterns could be accounted for by giving such firms an estimated share of the market, thus making it less likely that an existing supplier would be considered dominant. In this point of view the analysis of barriers to entry is very important.

2.2. Barriers to entry

43. Barriers to entry to a market refer to a number of factors which may prevent or deter the entry of new firms into an industry even when incumbent firms are earning excess profits. There are two broad classes of barriers: structural (or economic) and strategic (or behavioural), which can appear the following way:

- sunk costs (in particular in association with economies of scale and scope and product differentiation -- with the latter often related to advertising or marketing expenditures or to patents, trademarks or other intellectual property);
- government erected statutory or regulated barriers (e.g. in relation to international trade barriers, mandatory standards, industrial incentives and other policy interventions);
- the possible use of strategic behaviour by incumbents to discourage entry (including raising rivals and own cost).

44. Other factors that could constitute barriers to entry, or evidence thereof, include constraints on other firms' expansion, vertical integration tending to foreclose access to necessary inputs or distribution channels, low rates of change in market shares, and an absence of large buyers who might sponsor entry. Sometimes the persistence of abuse itself is taken as evidence of barriers, on the grounds that, if dominance could have been checked by entry it would have been.

3. Types of abuse of dominance

45. Holding a dominant position or a jointly dominant positions, is generally not abusive or illegal. However, some behaviour of firms in a dominant position may be. The definition of what is abusive, or at least what is illegal, depends on the objective of the law. As noted above, if economic efficiency is the main objective, welfare reducing actions should be considered to be abusive. If, alternatively, fair trading is the main objective then, e.g., taking advantage of a better bargaining position may be considered abusive. Other possible objectives -- pluralism, promotion of small business, etc. -- would all imply a set of actions that hamper their achievement and would therefore be abusive given that objective.

46. These behaviours include a whole range of firm strategies aimed at raising barriers to entry to a market. Such barriers to entry are factors which

prevent or deter the entry of new firms into an industry even when incumbent firms are earning excess profits.

3.1.1. Requiring Firms to Deal Exclusively with a Dominant Firm

47. Exclusive dealing is most often problematic in the context of dominant firms employing contractual arrangements or pressure to require distributors not to deal in the products of competing firms. Such tactics could foreclose would-be competitors from entering a market. The probability of such foreclosure depends on the extent and duration of the exclusive arrangements and on other conditions, such as whether there are economies of scale and scope in distribution, so it would cost more for new, smaller would-be competitors to get their products to the market.

3.1.2. Tying

48. Tying or bundling articles or services can sometimes be an abuse of dominance. It might be considered both exploitative and exclusionary. In one common view, conditioning the sale of one product on the sale of another can enable a dominant firm to “leverage” its market power in one market into a second market. Tying might also be a method of “regulatory abuse.” If the dominant firm is subject to price or profit regulation in the market in which it is dominant, then it may tie an unregulated product to a regulated one, and thus extract profits that are otherwise forbidden to it by charging the monopoly price for the bundle.

3.1.3. Predation

49. Exclusion could be attempted through short-run pricing so low as to induce exit or deter entry, or through non-price conduct which raises rivals' costs. Under the traditional theory, the predator, which is usually already a dominant firm, sets its prices low enough, for long enough, that its competitors leave the market and others are deterred from entering. Usually such a strategy requires the predator to sustain short term losses along with its victim(s). It therefore makes little sense unless there are significant barriers to entry into the affected market. Otherwise, the predator will be unable to raise prices and recoup its losses once the victim(s) exit the market. There may also be cases where predation amounts to an investment in reputation, enabling the predator in other markets or at other times to secure a larger, more profitable market share by merely threatening to predate.

3.1.4. Price discrimination and intellectual property rights

50. Price discrimination basically refers to non-cost justified price differences for the same product or charging the same price for different products. Here the “product” includes the accompanying bundle of delivery services, after-sales maintenance, and terms and conditions of payment. Price discrimination is only profitable if the seller has market power, different buyers have different preferences for the goods (usually because of varying abilities or willingness to

switch to competing products), and buyers can be prevented from selling to each other.

51. In some countries, price discrimination is treated as abuse of dominance, while in others it could be prohibited even where there is no showing of dominance. Where it is subject to prohibitions against abuse of dominance, such dominance may be easy to demonstrate since the practice itself amounts to proof of market power (which may or may not be significant enough to constitute dominance).

52. One class of price discrimination that often receives special attention is loyalty discounts or rebates. These effectively reduce a customer's price as long as it does not buy from other sellers; that is, they are often a nearly explicit form of exclusive dealing constraint. This tactic raises the customer's cost of switching suppliers and hence increases the costs of entry, because a new supplier must compensate the customer for the higher price the initial seller will charge for units already purchased, as well as offer lower prices on the subsequent units. One other case is a price squeeze, that is, a vertically integrated firm charging its downstream competitors a price for an input that is "too high" relative to the price it charges downstream consumers, may be abusive if competitors lack good alternative sources. It may also be difficult to distinguish a price squeeze from competition.

3.1.5. Refusal to deal

53. It may be an abuse for a single firm in a dominant position to refuse to supply an input to a competitor in a downstream market. The firm's intent to create or maintain a dominant position is often relevant. An objective test of this "intent" is whether the refusal to deal creates a high probability that the firm will gain a dominant position in an otherwise competitive market. Interrupting an existing relationship may be treated differently, and more harshly, than refusal to enter a new one. Duty to deal increasingly takes the form of the doctrine of "essential facilities," setting out conditions under which the firm that controls the facility must make them available to others. By example a firm with monopoly power may not exclude rivals from the monopolised market by restricting a complementary or collaborative relationship without an adequate business justification. Under this form of "truncated" analysis, proof of actual harm to competition is not required.

3.1.6. Price levels

54. Excessive pricing by a dominant firm is illegal in some countries' competition laws, although this rule is not often enforced aggressively outside of transition economies. The central, difficult issue is defining and identifying what is "excessive." Common points of reference are costs and prices in other, similar markets. Prices, costs and profits are naturally related to each other, but inferences from those relationships might not always be straightforward. For example, a finding of excessive profits would seem to imply excessive prices. It is also possible, however, that both prices and costs might be excessive, implying inefficiency, hence profits may not be excessive, and that might weigh

against finding the price level to be abusive. Given the difficulties in defining an excessive price, and the intrusive regulation required to enforce pricing rules, it is not surprising that enforcement actions against excessive pricing are rare. The exception to this is in the area of access pricing which we will return to below.

4. Doctrines/Theories and legal framework, some examples

4.1. Europe

55. In applying what is now Article 82 of the Treaty of Amsterdam, the European Court of Justice has defined dominance as: "...a position of economic strength...which enables [a firm] to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers". In the *Michelin Judgement*, the Court of Justice of the European Communities stated that under article 82 of the EEC Treaty a dominant position refers to a situation of economic strength, which gives the enterprise the power to obstruct the maintenance of an effective competition in the market concerned and because it allows the enterprise to conduct itself in a way that is independent from its competitors, clients and, finally, consumers. In addition to market share, the structural advantages possessed by enterprises can be of decisive importance. For example, the Court of Justice of the European Communities in the *United Brands Judgement* took into account the fact that the undertaking possessed a high degree of vertical integration, that its advertising policy hinged on a specific brand ("Chiquita"), guaranteeing it a steady supply of customers and that it controlled every stage of the distribution process, which together gave the corporation a considerable advantage over its competitors. In consequence, dominance can derive from a combination of a number of factors which, if taken separately, would not necessarily be determinative.

56. As regard to market share, the jurisprudence indicates that market share exceeding approximately 65 per cent, the presumption of dominance becomes very strong, but still refutable if barriers to entry are sufficiently low. At a market share in the 40-45 per cent range, dominance is presumed, but can be refuted if there is another equivalent firm in the market or in the presence of low barriers to entry. Dominance might even be found in the range of 20-40 per cent range, but rarely below 25 per cent and never below 10 per cent.

4.2. USA

57. U.S. law is now relatively permissive towards the unilateral conduct of even those firms having substantial market power. The reasoning is that vigorous competition is to be encouraged, "even if the conduct disadvantages competitors and increases a firm's dominance". The mere possession of significant market share has not, in and of itself, been viewed as anticompetitive. Significant market share may have been achieved as a result of efficiency and vigorous competition, not through monopolistic practices. There is a recognised tension between the need to encourage innovative and efficient performance that can result in market power on the one hand, and on the other

hand to ensure that firms with such market power do not engage in abusive conduct that facilitates the acquisition or preservation of monopoly power. Given this tension, U.S. courts have tended to focus more on the economic effects of particular business practices than on scale alone.

58. The common definition of “monopoly” in US jurisprudence, namely the power to control prices or exclude competition, can be understood as a special case of the EU's broader concept of dominance. The term “market power” is sometimes used in legal discussions to mean the same thing as monopoly power, and sometimes to refer to power over price or entry that is not quite as strong as monopoly power.

59. US courts set higher market share levels for finding “monopoly” under the Sherman Act. A firm with a market share of 80-90 per cent or more would generally be found to be a monopolist, and a share over 70 per cent would support that inference, but not conclusively. Most US courts are reluctant to find monopoly below 70 percent, and a market share below 40-50 per cent virtually precludes a finding of monopoly. On the other hand, liability in the US under the Clayton Act for some conduct that is usually treated as abuse in other jurisdictions— exclusive dealing, tying, or discrimination—may be established at much lower market share levels and a lesser degree of economic or market power.

5. Conclusion: Dominance in developing countries

60. As said above the definition of what is abusive, or at least what is illegal, depends on the objective of the law. If economic efficiency is the main objective, then welfare-reducing actions should be considered to be abusive. If, alternatively, fair trading is the main objective then, e.g., taking advantage of a better bargaining position may be considered as abusive. Other possible objectives -- pluralism, promotion of small business, etc. -- would all imply a set of actions that hamper their achievement and would therefore be abusive given that objective.

61. Thus, in a country on the verge of developing its industry, the aim of promoting small businesses could be more fertile than a policy aiming at raising economic efficiency.

62. In the view of a competitive industry in a developing country it is also very important to consider the geographical market in order to decide upon the question – even if a certain company is in a dominant position on the national market - of letting this company expand and strengthen its position on the national market

§3 Mega-Mergers

63. At this point we will not define the a merger or even a mega merger for the following reasons: on one hand, this too time-consuming an issue and, on the other hand, the subject is relatively well known to competition law and

economy experts. We will therefore refer to box 11 of Model Law on Competition, which gives an excellent sum up of the subject.

1. Definition

64. A merger is the concentration of two or more enterprises whereby the identity of one or more disappears and the result is a single enterprise. The takeover of one enterprise by another usually involves the purchase of all or a sufficient amount of the shares of another enterprise to enable it to exercise control, and it may take place without the consent of the former. A joint venture involves the formation of a separate enterprise by two or more enterprises.

65. Concentration of economic power occurs *inter alia* through mergers, takeovers, joint ventures and other acquisitions of control, such as interlocking directorates⁹⁴. Such acquisitions of control might, in some cases, lead to a concentration of economic power which may be horizontal (for example, the acquisition of a competitor), vertical (for example, between enterprises at different stages of the manufacturing and distribution process), or conglomerate (involving different kinds of activities).

2. Why institute a merger control¹⁶?

66. Some countries with smaller markets believe that merger control is unnecessary because they do not want to impede restructuring of firms trying to obtain a “critical mass” which would enable them to be competitive in world markets. Others believe that having a “national champion” even abusing a monopoly position domestically might allow it to be competitive abroad in third markets. Two objections can be made to these views. First, it is often the case that monopolies enjoy their “monopoly rent” without becoming more competitive abroad, at the expense of domestic consumers and eventually of the development of the economy as a whole. Second, if the local market is open to competition from imports or FDI, the world market might be relevant for the merger-control test, and the single domestic supplier might anyway be authorized to merge. It should also be noted that prohibiting a cartel, while being unable to act against the cartel members if they merge, is unwarranted. Moreover, by not having a merger-control system, a host country deprives itself of the powers to challenge foreign mergers and acquisitions which might have adverse effects on the national territory.

67. As a rule, merger control aims at preventing the creation, through acquisitions or other structural combinations, of undertakings that will have the incentive and ability to exercise market power. Mergers that are in unusually concentrated markets, or that create firms with unusually high market shares, are thought more likely to affect competition.

¹⁶ Model Law on Competition, box 11.

68. Depending on the degree of experience of the competition authorities and varying from one jurisdiction to another, the test of legality of a merger is derived from the laws about dominance or restraints or a separate test is developed and phrased in terms of measures of the actual or potential effect on competition and the competitive process. In earlier versions of the Model Law, merger control was thus included in the possible elements for articles on the abuse of a dominant position.

69. Most merger control systems apply some form of market share test, either to guide further investigation or as a presumption about legality. Most systems specify procedures for pre-notification to enforcement authorities in advance of larger, more important transactions, and special processes for pre-expedited investigations, in order that problems can be identified and resolved before the restructuring is actually undertaken when the merger is consummated.

3. Mega merger in developing countries

70. Concerning the point of view of developing countries several conclusions can be drawn from the « World investment report » and from notes proposed by the secretariat of UNCTAD¹⁷.

71. Concerning the construction or strengthening of a dominant position the conclusions drawn in the second chapter of this speech can be applied.

72. Moreover, the need for specific policies concerning cross border M&As will derive from an analysis of the impacts of different forms of FDI, most notably greenfield FDI and cross border M&As.

73. WIR 2000 suggests that, especially at the time of entry and in the short term, M&As (as compared to greenfield investment) may involve, in some respects, smaller benefits or larger negative impacts from the perspective of host-country development. UNCTAD summarizes¹⁸:

- Although both modes of FDI entry bring foreign capital to a host country, the financial resources provided through M&As do not always add to the capital stock, while in the case of greenfield FDI they do. Hence a given amount of FDI through M&As may correspond to a smaller productive investment than the same amount of Greenfield FDI, or to none at all. However, when the only realistic alternative for a local firm is closure, cross-border merger or acquisition can serve as a "life preserver".
- FDI through M&As is less likely to transfer new or better technologies or skills than Greenfield FDI, at least at the time of entry. M&As may lead

¹⁷ In particular mentioned in "IMPACT OF INTERNATIONAL INVESTMENT FLOWS ON DEVELOPMENT: OUTCOME OF THE EXPERT MEETING ON MERGERS AND ACQUISITIONS, 19-21 JUNE 2000 *Note by the UNCTAD secretariat.*

¹⁸ Press release: SURVIVAL IN GLOBAL BUSINESS ARENA IS KEY DRIVER OF CROSS-BORDER MERGER AND ACQUISITION BOOM Questions mount in developed and developing countries as merger activity hits record levels, states new UNCTAD report.

directly to the downgrading or closure of local production or functional activities (e.g. R&D), or to their relocation in line with the acquirer's corporate strategy.

- FDI through M&As does not generate employment when it enters a country. It may lead to lay-offs, although in the case of a firm which would have gone bankrupt if it have not been acquired, it can also maintain employment. Greenfield FDI, by contrast, necessarily creates new employment at entry.
- FDI through M&As can increase concentration and lead to anti-competitive results. It can also, however, prevent concentration from increasing when takeovers help preserve local firms that might otherwise have gone under. Greenfield FDI, by definition, increases the number of firms in existence and does not increase market concentration upon entry.

74. Under *special circumstances*, however, cross-border M&As can play a useful role, a role that greenfield FDI may not be able to play. This is the case, for instance, during financial or economic crises, when firms in a country experience several difficulties or face the risk of bankruptcy, and when no alternative to FDI is available. Large capital-intensive privatizations may also fall into this category, when domestic firms are not able to raise the required funds or lack other assets (such as managerial practices or technology) that are needed to make the privatized firms competitive.

75. Regardless of circumstances, WIR2000 stresses, the effects of cross-border M&As can be influenced by policies. Policy matters especially when it comes to the risks and negative effects of cross-border M&As.

76. For UNCTAD, the most important policy concern is competition policy. The principal reason is that M&As can pose threats to competition, both at the time of entry and subsequently. As FDI restrictions are liberalized worldwide, it becomes all the more important that regulatory barriers to FDI are not replaced by anti-competitive practices of firms. Efforts to attract FDI need to be complemented by policies that review the anti-competitive implications of M&As. This suggests that the culture of FDI liberalization that has become pervasive, combined with the growing importance of M&As as a mode of FDI entry, has to be complemented by an equally pervasive culture recognizing the need to prevent anti-competitive practices of firms. In the context of cross-border M&As, the adoption and implementation of competition laws, paying attention not only to the domestic but also to international M&As is required. A precise and secure legal framework is a prerequisite for successful M&As.

77. Moreover, there may be a need to pay more attention to how cross-border M&As affect SMEs, e.g. in the areas of financing, access to markets and competition. Experts noted that if well run local firms are taken over with the intention to eliminate competitors, the domestic production base could be weakened. In some countries, cross-border M&As have led to a loss of indigenous brands, a loss of jobs and increased industrial concentration as local competitors, in particular SMEs, are driven out of the markets. Allowing mergers

between local competitors has sometimes been seen as a measure to pre-empt take-overs by foreign firms. From the perspective of the impact of M&As on market concentration and competition, the size of the corporations involved plays a critical role.

78. The report concludes: "Competition policy can no longer be pursued effectively through national action alone. The very nature of cross-border M&As - indeed the emergence of a global market for firms - puts the phenomenon into the international sphere. This means that competition authorities need to have in place, and to strengthen, cooperation mechanisms among themselves at the bilateral, regional and multilateral levels, in order to respond effectively to M&As and anti-competitive practices of firms that affect their countries. International action is particularly important when dealing with cross-border M&As with global dimensions, especially for smaller countries that lack the resources to mount and enforce such policies on their own"

1.4. ABUSO DE POSICION DOMINANTE (*)

Dra. Teresita Dutrenit Montaña¹⁹

I) INTRODUCCIÓN

1.1 La Competencia

La defensa de la competencia, nos convoca antes de nada, a preguntarnos cuál ha sido la finalidad perseguida por el Estado, en su decisión de intervenir en el mercado, regulando y controlando las relaciones de competencia.

La competencia guarda no solo razones económicas sino también éticas, y es el Estado quién debe velar porque esa relación se desarrolle armónicamente.

En cuanto a las **razones económicas**, en el fax interna de los estados en una economía de mercado se hace necesaria la libre competencia evitando de esta forma el abuso de poder económico y otras conductas anticompetitivas que no solo perjudican a los consumidores sino también a otros agentes económicos en su legítimo derecho a competir, en la fax externa la creciente integración de la economía mundial conlleva a tutelar la transparencia del mercado, y la regulación de la competencia comienza a formar parte de la integración.

La liberalización del comercio, tanto a nivel mundial como regional, genera crecimiento económico pero se hace necesario tomar en cuenta los distintos niveles de desarrollo y tamaño de las economías, debiéndose evitar la adopción de políticas o medidas que puedan afectar negativamente el comercio y la inversión. Y es conveniente por tanto diseñar sistemas, tomando la experiencia Europea y de Estados Unidos.

Partiendo de esta base, es conveniente que el comercio internacional este regulado por un conjunto de reglas o principios mínimos a ser acatados por los operadores económicos públicos y privados.

En lo que refiere a las **razones éticas**, concordamos con Areeda y Kaplow, citado por Ferrer²⁰ cuando expresan: ***“...independientemente de los resultados económicos asociados con la competencia, puede existir un valor independiente en dispersar el poder económico y en confiar en fuerzas del mercado impersonales. Es especialmente valiosa la oportunidad del individuo libre de llevar adelante sus negocios y de prosperar en base a sus propios méritos determinados por un mercado libre.”***

¹⁹ Dirección General de Comercio. Uruguay. **Las opiniones expresadas en este trabajo no comprometen ma que a la autora y no representan necesariamente la opinión oficial de la Dirección General de Comercio.**

²⁰ Ferrer, Daniel – Prácticas Anticompetitiva y Abuso de Poder Económico – Fundación de Cultura Universitaria – Edición 1993.

Es por ello que la regulación de la competencia esta comprometida con el interés general, el bien común, por lo que la regulación de la competencia necesariamente guarda consideraciones éticas y no solamente económicas, hay por ende una suerte de valores insertos en la defensa de la competencia que proporcionan la *ratio legis* de la norma.

Las normas jurídicas reflejan valores, y esos valores son los inherentes a la personalidad humana, a la libertad de participación, al derecho de propiedad, a la igualdad frente a la ley, etc.

No debe olvidarse que esta normativa debe estar al servicio del hombre y su realidad es la que determina el derecho

Por estas razones se hace vigente lo que indicaba el Profesor de Derecho Administrativo y Ex Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República - Alberto Ramón Real²¹: “ *La experiencia histórica demuestra que las creaciones más valiosas y duraderas de la especie humana sólo pueden lograrse en un ambiente de razonable equilibrio entre el individualismo y el poder institucionalizado. Los abusos autoritarios del poderoso Leviatán, que es el Estado de nuestros días, son tan dañinos como la anarquía individualista, despreocupada de los racionales valores colectivos. Por tanto es necesario, hoy como siempre y aún más que nunca, reivindicar el fuero inalienable del Hombre, motor y destinatario insustituible de toda la vida social y de todo progreso cultural. Nada nos parece más adecuado a tales fines que revivir y desentrañar el sentido y las proyecciones de fórmulas vigentes, es las que resplandece la filosofía humanista del régimen institucional de los pueblos libres*”

1.2 Regulación y Competencia

La normativa sobre competencia es uno de los instrumentos legales con que cuentan los poderes públicos para el desarrollo de la Política de Competencia, pero no el único, el fomento es otro de los pilares que un Estado debe desarrollar. Es con la combinación de la desregulación, liberalización y privatización que el Estado debe fomentar la competencia, siendo necesario armonizar la actividad de los entes reguladores con la actividad de las autoridades de competencia, teniendo estas últimas el carácter exclusivo en la aplicación de la normativa sobre defensa de competencia, y los entes reguladores por su parte velarán por el mantenimiento de la competencia efectiva en sus respectivos mercados mediante la aplicación de su normativa.

II) EL TRATADO DE ASUNCION 1991 PAISES DE LA REGION -

El nuevo orden económico mundial lleva a la asociación de los Estados en bloques generando la formación de esquemas de integración.

En el ámbito regional, se destaca el **Tratado de Asunción de 1991** entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, que consta además de cuatro Anexos, el I) el Programa de Liberación Comercial, el II) el Régimen General de Origen, III) Solución de Controversias y

²¹ Alberto Ramón Real, Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya en “ Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado” Fundación de Cultura Universitaria – junio 2001

el IV) referido a Cláusulas de Salvaguardia²². El propósito fundamental del Tratado de Asunción es la concreción a través de sus mecanismos de un Mercado Común, es decir de un Area de Libre Comercio entre los Estado Partes, por medio de la eliminación de las trabas aduaneras y otras restricciones al comercio que permitan la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, el establecimiento de un arancel externo común frente a terceros Estados, la armonización legislativa y la coordinación de las políticas macroeconómicas.

En el Tratado en el Capítulo I) de Propósitos y Principios, el art. 4 inc.2 dispone: “*Paralelamente, los Estados Partes coordinarán sus respectivas políticas nacionales, con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial.*”

Mas allá de esta previsión en materia de competencia, es en 1996 con el **Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR Decisión Nro.18/96** que establece una cláusula general:

“Constituyen infracción a las normas del Presente Protocolo, independientemente de culpa, los actos individuales o concertados, de cualquier forma manifestados, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en el mercado relevante de bienes o servicios en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados Partes”

El art.5 del Protocolo de Fortaleza, dispone : *“La simple conquista del mercado resultante del proceso natural fundado en la mayor eficiencia del agente económico en relación a sus competidores no constituye violación de la competencia”*

Esta cláusula es concluyente en cuanto a que no se prohíbe el monopolio cuando el mismo se apoya en razones de eficiencia en el mercado, y lo que si no se admite es el abuso que se haga de ese monopolio²³.

Por nuestra parte entendemos que estamos frente a la aplicación de la regla de la razón o de lo que es razonable, lleva necesariamente al estudio pormenorizado de esa mayor eficiencia.

Se definen las prácticas limitativas o restrictivas a la concurrencia, tales como aquellas que imponen precios y condiciones de compra y venta de bienes en violación a la libre competencia como impedir el acceso de nuevas empresas al mercado y toda manipulación del mercado con la finalidad de imponer determinados precios²⁴

²² Gros Espiel, Héctor – “MERCOSUR El Tratado de Asunción” – Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo - 1991

²³ Bugallo, Beatriz, “Abuso de Posición Dominante: Derecho Comparado y Derecho Uruguayo Vigente” en Revista de Derecho – Universidad de Montevideo 2002

²⁴ Ruiz Díaz Lambrano, Roberto “MERCOSUR, INTEGRACION Y DERECHO”. Ciudad Argentina, Edición 1998

La **legislación argentina** ley 25.156 establece en su art.1 una cláusula general que incluye el abuso de posición dominante, y la define en el art.4 como: “ *A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo, o sin ser la única, no esta expuesta a una competencia sustancial, o cuando por el grado de integración vertical u horizontal esta en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado en perjuicio de estos.*”

Argentina no sólo definió la posición dominante sino que fue más lejos, estableciendo cuales son las circunstancias que deberán tenerse presente para la existencia de una posición dominante (art.5)

Brasil, sigue la línea del derecho europeo en cuanto a la enunciación general que se hace del abuso de posición dominante, agregando en su art.21 una serie de actos que deberán tenerse en cuenta para la determinación del abuso de posición dominante.

III) LEGISLACION NACIONAL - COMUNITARIA Y ESPAÑOLA

En el numeral 3.1 se desarrollará los antecedentes europeos, por lo que se hace necesario mencionar al sistema norteamericano.

La primer **legislación Antitrust** se remonta a fines del siglo XIX, más concretamente a 1890, cuando se promulga en los Estados Unidos la *Sherman Act* (primera norma en defensa de la competencia de los mercados) como reacción al crecimiento de grandes monopolios privados en el Este industrial.

El art.2 de la **Sherman Act** establece: “ *Toda persona que monopolice o intente monopolizar o si se combina con cualquier otra persona o personas para monopolizar cualquier parte del comercio o de la industria entre los diversos Estados...será considerado culpable de una falta y convicto de la misma será penado con una multa...o con prisión hasta un año o ambas penas a discreción del Tribunal.*”

Posteriormente se asiste a una moderación de la prohibición de la Sherman Act, mediante **la aplicación de la regla de la razón o de lo que es razonable (rule of reason)**.

La aplicación de la *rule of reason* tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana, que lleva al análisis de las circunstancias del caso aplicando lo que es razonable. La **Rule of Reason** se opone al principio de la ilegalidad per se, es decir a la ilegalidad absoluta y automática de ciertas prácticas. Esas prácticas consideradas en primer instancias restrictivas, luego de analizadas pueden llegar a ser beneficiosas desde el punto de vista de la eficiencia y de la competencia²⁵

En ese sentido Pascual y Vicente²⁶ expresa: “...en lo que refiere a la posición dominante, lo perseguido en la actualidad por las autoridades estadounidenses ya no es tanto la posición

²⁵ Pascual y Vicente, Julio “Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa”

²⁶ Pascual y Vicente, Julio “ Diccionario...”

de dominio en sí misma, sino la obtención o el mantenimiento de esa posición por medios ilícito.”.

La legislación uruguaya ha seguido el modelo del Tratado de Roma de 1957 arts.85 y 86, actuales arts. 81 y 82, apartándose del sistema norteamericano.

La ley 17.243, art. 14 dispone: “ *Prohibense los acuerdos y las prácticas concertadas entre los agentes económicos, las decisiones de asociaciones de empresas y el abuso de posición dominante de uno o más agentes económicos que tengan por efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios ...y genere un perjuicio relevante al interés general”*

A los solos efectos enunciativos el articulado ilustra una serie de conductas anticompetitivas, las que resultan similares al derecho comunitario europeo (art.82) constituyendo las primero cuatro de las conductas mencionadas el supuesto de abuso de posición dominante como se verá cuando analicemos la legislación europea.

Nuestra legislación no definió que se entiende por posición dominante ni por abuso de posición dominante, y al haber tomado como modelo el Tratado de Roma de 1957, se considera necesario el examen de las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia Europea, las Decisiones de la Comisión Europea

También se considera necesario examinar la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia Español no podemos olvidar que España en cuanto a la conducta anticompetitiva de abuso de posición dominante siguió al modelo comunitario

El **Derecho Comunitario** Tratado de Roma de 1957 en sus arts. 85 y 86 ha permanecido sin cambio en la actual redacción de los arts.81 y 82 del Tratado de Ámsterdam.

El art.82 (ex artículo 86) :

“Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados Miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente en:

- a) *imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*
- b) *limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores,*
- c) *aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- d) *subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.*

Si nos detenemos en la lista enunciativa de practicas abusivas del Tratado Europeo y los ejemplos utilizados en el art. 14 de la ley 17.243, resultan similares.

La **ley de Defensa de la Competencia Española** en su art. 6 ha prohibido el abuso de posición dominante, careciendo igual que el derecho comunitario de nociones generales o definiciones, estableciéndose a vía de ejemplo una serie de conductas abusivas.

De la normativa mencionada surge que se ha sancionado el abuso que de esa posición realizan los agentes económicos y no la posición dominante en sí.

Cabe recordar que en el ámbito de la Comunidad Europea al no proporcionar el art. 82 del Tratado base suficiente para prohibir operaciones de concentración de dimensión comunitaria susceptible de afectar negativamente a la competencia al crear o reforzar una posición dominante, se tuvo que recurrir al dictado del Reglamento 4064/89 el que permite prohibir las concentraciones cuando tengan como consecuencia obstaculizar significativamente la competencia efectiva.

Lo mismo sucedió con la normativa española recién en 1992, se dictó el Reglamento de Concentraciones que permitiera prohibirlas cuando supusiese alcanzar o reforzar una posición de dominio.

3.1. ANTECEDENTES EUROPEOS

Los antecedentes en materia de abuso de posición dominante, se remontan en el ámbito nacional a Alemania que en 1923 dicta la **Ordenanza contra el abuso de las posiciones de poder económico**.

Frente al norteamericano "principio de la prohibición", Alemania instaura el "principio del abuso", según el cual no se prohíben ni regulan los carteles, ni las posiciones de dominio, aunque si se establece sobre los cárteles el control estatal y se sancionan los abusos de posición dominante.

Al término de la Segunda Guerra Mundial, subyace el temor del rearme germano, por ello los aliados imponen a Alemania las Ordenanzas Militares para descartelizar su estructura productiva de (carbón, acero, química). Y en 1957 Alemania promulgara una ley contra limitaciones de la competencia, que representa la declaración de invalidez de los cárteles pero con excepciones no prohibiendo los monopolios.

Holanda en el año 1956 y Bélgica en 1960 disponen que el abuso de poder económico sólo se prohíbe a partir del momento en que la autoridad administrativa de control declara que es contrario al interés general, careciendo los tribunales ordinarios de facultades para sancionar el abuso mientras tal declaración no se haya producido.

En el Reino Unido se aprueba (1948) el Registro de Acuerdos Restrictivos; Francia dictará en 1953 un decreto donde se fijan las normas de competencia y se condenan los acuerdos restrictivos. España en 1963 dictará una ley sobre Prácticas Restrictivas.

Las fuentes originarias o primarias del derecho comunitario de la Unión Europea están conformadas por el Tratado de París de 1951 que creo la CECA - Comunidad Europea del Carbón y del Acero, y los Tratados de Roma de 1957 que crea la CEE y la CEEA – Comunidad Europea de la Energía Atómica.

El Tratado de la CECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero) de 1951 establecía: “*en el caso que la Alta Autoridad observe que las personas públicas o privadas adquieran sobre los productos del mercado una posición dominante que les permita una concurrencia efectiva dentro de una parte importante del mercado común y utilizan esa posición a los fines contrarios de este Tratado,...les dirigirán recomendaciones oportunas para evitar que esta posición sea utilizada a esos fines...*”

No interesa el origen de esa situación de predominio, es decir la conquista de una posición dominante no es ilícita por sí, y tampoco interesan los medios empleados para conseguir esa posición dominante, lo que sí importa es que quién haya adquirido esa posición dominante tenga una conducta correcta y cuando se aparta de la misma incurre en el abuso²⁷.

El Tratado de Roma de 1957 que instituyó la Comunidad Económica Europea, se basaba en los arts. 85 y 86 que trataban sobre acuerdos restrictivos entre empresas con efecto apreciable sobre el comercio entre los países miembros y sobre el abuso de posición dominante.

Una diferencia sustancial entre estos dos tratados versa sobre el control de concentraciones previsto en el de París de 1951, mientras que en el Tratado de Roma no se prevé, retomándose el control recién con el Reglamento del año 89.

IV) LA POSICION DE DOMINIO

4.1 CONCEPTO – EVOLUCION

El concepto de posición de dominio ha variado en la Comunidad Europea a través de la Comisión Europea y de los conceptos del Tribunal de Justicia Europeo.

En 1965 la **Comisión Europea** en Memorándum sobre el problema de las concentraciones en el mercado común afirmaba: “*La posición de dominio es, en primer lugar, un poder económico, es decir, la facultad que tiene cada empresa dominante de ejercer sobre el funcionamiento del mercado una influencia notable y en principio previsible*” (subrayado nuestro)

Esa misma Comisión 6 años después, en la **Decisión Continental Can de 9 de diciembre de 1971**²⁸ definió a la posición de dominio “*...las empresas se encuentran en posición de dominio cuando pueden desarrollar comportamientos independientes gracias a los cuales están en condiciones de actuar sin tener excesivamente en cuenta a los competidores, a los compradores o a los proveedores.*”(subrayado nuestro)

Pero será con la **Sentencia Continental Can de 21 de febrero de 1973**, que el TJE ampliará su interpretación en dos aspectos: 1) puede darse el abuso de posición dominante si una empresa que ya tiene esa posición busca reforzarla obstaculizando la competencia de forma que las otras empresas solo pueden subsistir en el mercado si

²⁷ Pellicer Valero, Jesús – “Las Prácticas Abusivas” – Redemar Nro. 104, 1967

dependen directamente de la empresa dominante. Y aquí ya no interesa la relación de causalidad entre el abuso y la posición dominante para que se considere abusivo el reforzamiento de dicha posición dominante siempre que haya un efecto sustancial en la obstaculización de la competencia; 2) deja de ser un concepto subjetivo o causal y se pasa a una conceptualización objetiva del abuso de posición dominante.

El Tribunal de Justicia Europeo (TJE) definirá a la posición de dominio en su conocida sentencia **United Brands** de 14 de febrero de 1978 Considerando 65: *“La posición de dominio...afecta a una posición de potencia económica detentada por una empresa a la que le da el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado en cuestión, al proporcionarle la posibilidad de comportamientos independientes en una medida apreciable respecto de sus competidores, de sus clientes y, finalmente de los consumidores²⁹s.”*

Se mantiene la noción en el caso **Hoffman- La Roche** (13 de febrero de 1979) *“...la noción de explotación abusiva es una noción objetiva que contempla los comportamientos de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, precisamente por la presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia esta ya debilitado y que cuyo efecto es obstaculizar, mediante el recurso a medios diferentes de los que gobiernan una competencia normal de los productos o servicios sobre la base de prestaciones de los operadores económicos, el mantenimiento del grado de competencia existente todavía en el mercado o el desarrollo de esta competencia³⁰”*

Esta posición luego fue incorporada por la **Comisión Europea** en la **Comunicación del 9 de diciembre de 1997 (97/C 372/03)** definiendo la posición de dominio *como aquella que permite al que la ostenta comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y en último término de sus consumidores³¹”* (12)

De las sentencias transcritas surge que ya no interesa la afectación directa de clientes, proveedores o competidores, sino que el abuso radica cuando se está afectando la estructura de un mercado o de la competencia.

En España el **Tribunal de Defensa de la Competencia** (TDC)–**Retelevisión c/ Telefónica** definió: *“ el abuso es un concepto objetivo por el que la empresa dominante recurriendo a métodos diferentes a los que constituyen la competencia normal en las transacciones comerciales, amenaza el mantenimiento de la competencia existente en el mercado o el incremento de la competencia³².”* (subrayado nuestro)

²⁸ Diario Oficial Nro. L007 del 8/01/1972 – 72/21/CEE Decisión de la Comisión relativa a la aplicación del art. 86 del Tratado CEE

²⁹ Sentencia United Brands Company et United Brands Continental BV contra Comisión – Asunto 27/76

³⁰ Sentencia 13 de febrero de 1979 – Asunto 85/76, L 223, TJCE, Rec.1979

³¹ Se menciona expresamente en la Sentencia del TDC- Res.362, Exp.Nro.362/99,Bacardí

³² Sentencia del TDC de 8 de febrero de 2000 Exp.456/99 – Expedientes Sancionadores.

Se asiste entonces en España a un cambio sobre el concepto de posición de dominio dada por el dictado de tres resoluciones en el año 1999 por el TDC **de Aluminios Navarra, Electra Avellana y Bacardi**³³.

Todas ellas definen a la posición de dominio en estos términos: *“La posición de dominio de una empresa concreta en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que una empresa tenga esa aptitud dependerá de que se den una serie de circunstancias que, para la empresa en cuestión, podrían resumirse en **poder económico e independencia de comportamiento**. Así dirá que una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tiene en el mismo poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para actuar sin tomar en cuenta las posibles reacciones de los competidores y de esta manera ser capaces de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto”*

Antes de las Resoluciones la noción que se manejaba de posición dominante era de **aquella empresa que actuaba en casi total ausencia de competencia**. Esta solución si bien resultaba inadecuada, obedecía al concepto de posición dominante contenido en la derogada ley española de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963, que hacía especial hincapié en que la empresa dominante no se encontraba sometida a una competencia sustancial.

Tampoco coincidía con la postura del TJE en **Sentencia Hoffman – La Roche**, donde se expresa: *“que a diferencia de lo que ocurre en las situaciones de monopolio la posición de dominio no es incompatible con la existencia de una competencia.”*

El caso Hoffman_La Roche versaba sobre un grupo multinacional con Sede en Ginebra y principal fabricante de Vitaminas del mundo, y estableció contratos de suministro exclusivos o preferenciales con diversos grandes compradores de vitaminas al por mayor que incorporaban éstas a sus propios medicamentos, productos alimenticios y piensos. Los contratos ya fueran para compensar la exclusividad o para el fomento preveían unos descuentos de fidelidad, basados en la proporción de las necesidades del cliente. Pero lo curioso que esos descuentos de fidelidad se calculaban conjuntamente con todas las compras a Roche, con lo que esta se beneficiaba del acuerdo de fidelidad incluso en el caso de las vitaminas respecto de las que no goza de posición dominante³⁴.

Por lo tanto no hace falta llegar al monopolio para disfrutar de una posición de dominio en el mercado.

Vicente y Pascual³⁵ expresa: “ En la Decisión Gema de 2 de junio de 1971, la Comisión reprocha a la empresa dominante que pretenda aprovechar su posición para convertirse en monopolista. Y basta recordar que en la Decisión Continental Can, la Comisión decidió

³³ Sentencias Bacardi 362/99; Aluminios Navarra 344/98 y Electra Avellana 441/98

³⁴ OMC –Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia. Comunicación de la Comunidad Europea (98-0882)

³⁵ ob.citada

que la adquisición por Continental Can con una posición dominante en el mercado común, de su principal competidor constituía un abuso en tanto se suprimía la competencia existente.”

El concepto actual de posición de dominio, trata de la independencia de comportamiento en el mercado, solo con esa independencia del comportamiento de proveedores, competidores y clientes resultara su posición de dominio, ya que sin esa independencia aunque la empresa abarque gran parte del mercado no podrá actuar en él, al margen de las leyes de la oferta y la demanda.

4.2 CRITERIOS DE IDENTIFICACION DE LA POSICION DE DOMINIO

Las autoridades comunitarias utilizan diferentes criterios para identificar la posición de dominio.

En ese sentido la sentencia **United Brands** “...el que una empresa tenga una elevada cuota de mercado no permite concluir que ostente un control automático del mismo que, en todo caso, habrá de apreciarse a la luz de otros factores” “...la investigación sobre la cuestión a saber si una empresa está en posición de dominio debe hacerse examinando, en primer lugar, su estructura y la situación de competencia existente. Por lo que refiere a los factores de estructura de la empresa considera tales como: recursos y métodos de producción, métodos de presentación, transporte y venta, tecnología e integración vertical. Y en lo relativo a los factores de situación de competencia en el mercado se señala que hay que tener en cuenta el número y fuerza de los competidores, cuotas de mercado y volúmenes de venta, precios y barreras de entrada³⁶” (17)

Otros criterios analizan el comportamiento de la empresa y el de sus competidores así como el grado de dependencia en que se encuentra la empresa respecto a la que tiene posición de dominio. El análisis estructural se lleva prácticamente en todos los casos, mientras que los otros son complementarios de éste.

4.2.1 ANALISIS ESTRUCTURAL

En el análisis estructural se toman en cuenta: los recursos y métodos de producción, los métodos de presentación (embalaje); el transporte y las ventas y la tecnología e integración vertical, la situación de la competencia en cuyo caso se examina el número y fuerza de sus competidores, la cuota de mercado y volúmenes de venta, el precio y las barreras de entrada.

De todos estos factores, nos detendremos en la cuota de mercado y en las barreras de entrada

Cuota de Mercado

La cuota de mercado expresa el porcentaje de las ventas de una empresa por comparación con las ventas totales de las empresas en su conjunto durante un tiempo determinado (un año). Alta cuota no es asimilable a posición de dominio o baja cuota no quiere decir que no tenga posición de dominio.

³⁶ Sentencia 27/76

La Sentencia del TJE **United Brands** estableció “...el que una empresa tenga una elevada cuota de mercado no permite concluir que ostente un control automático del mismo, lo que habrá de apreciarse a la luz de otros factores.”

Sin embargo esa elevada cuota de mercado es “*altamente significativa*” como se dijo en la Sentencia **Hoffman-La Roche** (Vitaminas), es más se señaló que “*cuotas extremadamente importantes constituyen, en si mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición de dominante*” “*siempre y cuando se mantengan durante un periodo de cierta duración...*”

Es de resaltar el caso **Michelin NV** en donde el Tribunal Europeo apoyándose en el precedente Hoffman – La Roche, concluyó: “*Michelin NV con pleno conocimiento, y a través de métodos diferentes de aquellos que caracterizan la competencia normas en los bienes o servicios sobre la base de los agentes económicos trató de asegurar que su sistema de descuento perturbara el mantenimiento del grado de competencia que todavía existe en el mercado o el crecimiento de la competencia. Comparto el punto de vista de la Comisión en el sentido de que el sistema de descuento aplicado por Michelin NV puede ser considerado un “descuento de fidelidad”...Personalmente creo que incluso puede decirse que existió clara intención por parte de Michelin de congelar la estructura del mercado con el propósito de mantener su cuota de mercado.* (subrayado nuestro)³⁷

En conclusión para el Tribunal Europeo cuanto mayor sea la cuota de mercado habrá mayor probabilidad de una posición de dominio

³⁷ Sentencia del 9 de noviembre de 1983, caso 322/82 Nederlandshe BanderIndustrie Michelen, citada también en Sentencia del TDC Iberias, Exp.nro. 514/01

La **Sentencia AZCO III** de 1991 el TJE afirmó: “ ... *una cuota de mercado del 50% constituye por si misma salvo circunstancias excepcionales la prueba de la existencia de una posición de dominio.*”

Esta sentencia ha sido sumamente criticada no solo porque no toma en cuenta los otros factores estructurales de competencia sino por lo sostenido por la Comisión Europea en la aplicación del Reglamento 4064/89 sobre Concentraciones, la que se abstiene de considerar que la mera tenencia de una cuota de mercado del cincuenta por ciento supone una presunción de posición dominante.

El TDC antes de alinearse a la doctrina del Tribunal Europeo entendía que la cuota de mercado era el elemento esencial de la posición dominante.

Posteriormente en la **Sentencia Bacardi** proclamo que “*una elevada cuota de mercado (70%) de una empresa no determina necesariamente una posición de dominio para la misma. Es solo un factor que con el concurso de otros puede procurar una posición de dominio*”

La doctrina actual del TDC entiende que no corresponde atribuir posición de dominio porque haya altas cuotas de mercado o que no la hay porque la cuota sea baja, habrá de analizarse los otros requisitos necesarios para que exista una posición de dominio: **poder de mercado e independencia de comportamiento.**

Barreras de Entrada

Son definidas como aquellos costes o dificultades que puede tener una empresa para entrar en un nuevo sector productivo.

Se identifican las siguientes barreras de entrada: a) obstáculos legales (existencia de patentes y marcas, existencia de un monopolio legal, etc.)

b) inversiones de capital, c) las economías de escala que se obtienen al elevar el volumen de producción y frenan el acceso al sector por parte de nuevas empresas, d) dificultad de acceso a los canales de distribución.

El TJE en las sentencias **Hoffman – La Roche y United Brands** identificó como barrera de entrada las inversiones elevadas que deban realizarse.

Señala Gabriel Martínez Medrano ³⁸ “ Uno de los economistas que mejor ha estudiado la estructura de mercado es Michel Porter..., en su obra señala las siguientes barreras de entrada: i) economías de escala, ii) diferenciación de productos (fidelización de los clientes a las marcas de las empresas que ya participan en el mercado,iii) necesidades de capital, iv) acceso a los canales de distribución (por ej: el limitado espacio físico en las góndolas del supermercado),...”

4.2.2 ANALISIS DE LA DEPENDENCIA

³⁸ Martínez Medrano, “ El Abuso de Posición Dominante en la ley Argentina de Defensa de la Competencia” – Boletín Latinoamericano de Competencia – Nro. 14 – Abril 2002

En lo que concierne a este análisis, la doctrina se encuentra dividida. Hay quienes sostienen que si el análisis estructural resulta complejo para definir el mercado relevante se debe analizar la dependencia económica.

Otros entienden que el derecho de la competencia no tiene por finalidad principal proteger a los consumidores sino más bien a la competencia, por ello cuando se analiza el volumen de negocios con la contratante o la larga duración de las relaciones comerciales no es bueno utilizar el abuso de posición dominante para sofocar los problemas que pueda suponer la ruptura de relaciones.

La Comisión Europea³⁹ ha entendido que ciertas prácticas anticompetitivas, (boycotts, cartéles de importación, etc) pero también de ciertas restricciones verticales (por ejemplo, acceso discriminatorio a asociaciones de empresas, cuando ser miembros de la asociación es necesario para acceder al mercado; acuerdos exclusivos) o determinados abusos de posición dominante (precios predatorios, denegación del acceso a instalaciones esenciales, etc) son obstáculos a la entrada que aíslan los mercados. En caso contrario dichas prácticas atraerían la entrada.

4.2.3 ANALISIS DE LA DEPENDENCIA

En lo que concierne a este análisis, la doctrina se encuentra dividida. Hay quienes sostienen que si el análisis estructural resulta complejo para definir el mercado relevante se debe analizar la dependencia económica. Otros entienden que el derecho de la competencia no tiene por finalidad principal proteger a los consumidores sino más bien a la competencia, por ello cuando se analiza el volumen de negocios con la contratante o la larga duración de las relaciones comerciales no es bueno utilizar el abuso de posición dominante para sofocar los problemas que pueda suponer la ruptura de relaciones.

V) ABUSO DE POSICION DOMINANTE

En Uruguay el art.1321 del Código Civil dispone: “El que usa de su derecho no daña a otro con tal que no haya exceso de su parte.”

Es admitido pacíficamente en nuestro país, que este artículo consagra la Teoría del Abuso de Derecho.

Siguiendo los antecedentes de nuestra legislación en defensa de la competencia, acudiremos para la definición del abuso de posición dominante a las sentencias del TJE, la Comisión Europea y del TDC.

De acuerdo a lo ya expuesto en el numeral IV) sobre Posición Dominante, el concepto objetivo sobre posición dominante parte con la **Sentencia Continental Can**, antes se sostenía un concepto subjetivo en donde se exigía que la empresa con posición dominante desplegara todo su poderío para cometer el abuso.

En la Sentencia se dijo: “...constituye abuso fuera de toda falta el que una empresa en posición dominante refuerce esta hasta el punto de comprometer la libertad de comportamiento del consumidor.”

³⁹ Comunicado de la Comisión Europea de fecha 23 de febrero de 1998 – (98-0882)

La sentencia **Hoffman – La Roche** declaró “...el concepto de explotación abusiva es un *concepto objetivo*.”

La doctrina que sigue esta concepción objetiva, entiende que para poder imputar a una empresa de abuso de posición dominante no es necesario que realice una conducta de explotación sino que bastaría que la empresa dominante aunque lleve a cabo una conducta correcta puede llegar a ser una conducta de explotación desde su posición de dominio.

Se deduce que no interesa la conducta, sino quién la realiza; lo que para una empresa que no tiene posición de dominio no es reprochable, para una empresa con posición dominante esta prohibido.

Con la ya nombrada sentencia **United Brands** del año 1978, se estableció 189:” *...que l’existence d’une position dominante ne saurait priver une entreprise se trouvant dans une telle position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont attaques, et qu’il faut lui accorder, dans une mesure raisonnable, la faculté d’accomplir les actes qu’ elle juge appropriés en vue de protéger ses dits intérêts, on ne peut admettre de tels comportements lorsqu’ ils ont précisément pour objet de renforcer cette position dominante et d’ en abuser.*”

Este término razonable es utilizado por primera vez para medir la licitud de los actos de la empresa dominante.

Este mandato implica que la empresa dominante debe reaccionar frente a sus competidores para proteger sus intereses particulares siempre que sea razonable y lo será cuando su comportamiento no implique reforzar su posición dominante o abuse de la misma

La Comisión Europea en su **Decisión BPB Industries PLC**, de fecha 5 de diciembre de 1988, adhiriéndose a la posición del TJE, calificó como abusiva la conducta excluyente

En este mismo sentido se ha definido a través de la sentencia Michelin⁴⁰.

La Comisión Europea en su **Decisión BPB Industries PLC**, de fecha 5 de diciembre de 1988, adhiriéndose a la posición del TJE, calificó como abusiva la conducta excluyente de un distribuidor dominante destinada a impedir el acceso de los otros competidores a los clientes.

Aquí el agente económico no busca mejorar su posicionamiento mediante mejores precios o mejores servicios o un mejor producto, sino sencillamente que la restricción de la competencia esta dado por un comportamiento exclusorio.

⁴⁰ TD Competencia Resoluciones - Resolución 456/99 Retevisión c/ Telefónica del TDC: “El abuso de posición de dominio puede dirigirse a la explotación de los consumidores o a obstaculizar indebidamente la acción de los competidores .Es doctrina consolidada en el derecho de competencia comunitario (caso 322/81 Michelin) y español (Resolución de 26 de febrero de 1999, Exp.413/97 Ariel c/ Telefónica) que incumbe a la empresa con posición dominante una especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de unas condiciones no distorsionadas de competencia. Por otra parte la doctrina reconoce la necesidad de que la empresa dominante mantenga su esfuerzo competitivo, ya que solo así se derivaran los efectos beneficiosos de la competencia.”

Idéntico criterio ha sostenido el TDC Español en su sentencia de **Airtel c/ Telefónica** – “De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria antes citada, TSM y Telefónica como empresas dominantes en el mercado de telefonía móvil y en el vecino de la telefonía fija, tenían una especial responsabilidad respecto de los efectos que el conjunto de exclusivas tenían o podían tener en un mercado en el que el nivel de competencia estaba debilitado tanto por su posición dominante como por el hecho de haber sido recientemente abierto a la competencia y estar el segundo operador iniciando sus actividades.”

*“ Para que pueda apreciarse el abuso no es preciso que se produzca en términos absolutos un “**cierre de mercado**” como interpretan las imputadas, pues admitir esta afirmación en términos estrictos, no solo resultaría contrario a la jurisprudencia comunitaria antes citada, sino que supondría una restricción muy importante en la aplicación del art. 6 de LDC... y se resuelve que se ha resultado acreditada la existencia de una conducta de abuso de posición dominante prohibida por el art.6 de la ley 16/89 consistente en dificultar la entrada y asentamiento en el mercado de AIRTEL S.A. mediante la celebración de contratos con cláusulas de exclusiva y retribuciones muy superiores con los distribuidores y sus agentes ...”⁴¹*

Resulta de interés el voto discrepante del vocal Pascual y Vicente respecto a esta resolución, los argumentos mencionan la Sentencia del TJE del 26 de noviembre de 1998 sobre una empresa periodística

En el caso **Retelevisión c/ Telefónica**, el Tribunal Español afirmó: “ *En realidad, el abuso de posición dominante, sobre todo en su aspecto anticompetitivo, puede revestir una gran cantidad de formas, y con frecuencia, los casos que se presentan ante las autoridades de competencia carecen de precedentes formales y no se repiten con las mismas características. Lo que subyace en común a todos los casos de abuso, son independencia de la forma que adopten, es el concepto objetivo por el que la empresa dominante, recurriendo a métodos diferentes a los que constituyen la competencia normal en las transacciones comerciales, amenaza el mantenimiento de la competencia existente en el mercado o el incremento de tal competencia, tal como señala la sentencia Hoffman –La Roche del TJE⁴²”*

En el **Informe Anual sobre la Política de Competencia de 1996**, la Comisión Europea, estableció el criterio: “*El derecho comunitario prohíbe los comportamientos contrarios a la competencia de las empresas que ocupan una posición dominante en el mercado. Asimismo, los comportamientos competitivos que normalmente no infringen las reglas comunitarias de competencia, podrían hacerlo si son practicadas por empresas en posición dominante. Este enfoque se basa en que el comportamiento de estas empresas produce efectos muy importantes sobre la competencia. Esto es especialmente cierto cuando las*

⁴¹ Tribunal de Defensa de la Competencia – Resolución 413 – Expedientes Sancionadores; se trataba de la suscripción de contratos de exclusividad con los distribuidores de telefonía móvil analógico. La Sentencia en cuestión afirmó: “De acuerdo con la Jurisprudencia comunitaria, los compromisos de compra en exclusiva no están prohibidos con carácter general. La apreciación de sus efectos en el mercado depende de las características de este último (sentencia 28 de febrero de 1991, Delimitis C-234/89, sentencia de 1 de abril de 1993 BPB Industries plc y British Gypsum Limited.”

⁴² Tribunal de Defensa de la Competencia – Expedientes Sancionadores Nro.456/99

empresas recurren a prácticas de exclusión; es decir cuando adoptan un comportamiento que elimina a un competidor o limita o impide sus actividades. Aunque una empresa en posición dominante tiene derecho a defender su posición compitiendo con otras, le incumbe también una responsabilidad particular de no reducir aun más el grado de competencia que subsiste en el mercado. Las prácticas de exclusión pueden dirigirse contra competidores ya establecidos en el mercado o concebirse para impedir el acceso de nuevos competidores.”

Reiteramos esta concepción objetiva del abuso de posición dominante deriva en la especial responsabilidad de comportamiento que tiene la empresa dominante, responsabilidad esta que no es exigida a las empresas no dominantes.

En ***Retelevisión c/ Telefónica***, se ha ido más lejos aún en materia de responsabilidad al afirmar: “ *Por otra parte la doctrina reconoce la necesidad de que la empresa dominante mantenga su esfuerzo competitivo, reaccionando con eficacia a las acciones de sus competidores, ya que solo así se derivarán los efectos beneficiosos de la competencia.”*

Tenemos entonces que no solo se exige a las empresas con posición dominante un comportamiento responsable en relación con los otros agentes económicos, sino que las mismas deben mantener el mismo espíritu empresarial.

Esta jurisprudencia del TJE sobre la exigencia de responsabilidad de las empresas dominantes es continua. Ver ***Sentencia Michelin de 1981***, ver ***Sentencia Irish Sugar de 1999***.

En la frecuentemente citada sentencia ***Retelevisión c/ Telefónica***, el TDC distingue el comportamiento lícito e ilícito de la empresa dominante, Fundamentos de Derecho – 14: “ *Ante la dificultad de distinguir las conductas abusivas de un operador dominante de las que constituyen un legítimo esfuerzo competitivo, La Comisión y el Tribunal de Justicia Europeos han venido utilizando el criterio de que la conducta para ser legítima debe tener una **justificación objetiva** (Centre Belge d’Etudes de Marche Telemarketing, 1986, Tetra Park 1998, BPB 1999) y para la apreciación del abuso entonces será tan necesario considerar los componentes restrictivos o desleales de la conducta en cuestión y el alcance de sus efectos directos e indirectos, como la intensidad y el grado de la posición dominante, las amenazas que presentan los competidores, la proporcionalidad de la respuesta y su intención excluyente o competitiva.”*

Se advierte que la jurisprudencia europea y también la española que la sigue, reconoce dos tipos de abusos.

El **abuso de posición dominante** es el que se desarrolla por parte de quién tiene posición de dominio y se vale de ella para fijar precios superiores a los competitivos o, lo que es lo mismo, producir un volumen inferior al competitivo.

El **abuso de posición dominante** en cambio es la conducta de quién tiene posición dominante y se sirve de la misma para excluir a sus rivales, o sea la disminución de la franja competitiva de un mercado.

VI) EL MERCADO RELEVANTE

La importancia de la determinación del mercado relevante no es caprichosa, resulta el mapa del que surgirá cuáles son los competidores reales de las empresas afectadas, y si esos competidores tienen la capacidad de restringir la competitividad.

La delimitación que se haga del mercado relevante generará en el caso de una definición amplia una subestimación de cuotas del mercado, y si se lleva a cabo una definición estrecha resultará una sobreestimación de las cuotas de mercado.

Las autoridades de competencia europeas, han formulado a través de la Comisión Europea una comunicación sobre la definición del mercado relevante.

Según la **Comunicación (97/C 372/03) el mercado del producto** relevante comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideran **intercambiables o sustituibles** en razón de sus características, su precio o el uso.

Basta recordar la Sentencia United Brands que se ampara en uno de los criterios para apreciar la sustitución del producto (las características técnicas del producto) en la que se expresaba: “ las posibilidades de competencia en relación con el art. 86 del Tratado deben ser examinadas en función de las características del producto en causa debe poder individualizarse por sus características particulares de tal forma que lo diferencien de otros productos hasta el punto de que sea poco intercambiable con ellos, y que no sufra su competencia de manera sensible.”

Por su parte la **Comisión Europea** :” El mercado de productos pertinente incluye, además de los productos objeto del acuerdo, cualquier otro producto idéntico o equivalente...los productos de que se trate han de ser intercambiables, aspecto éste que ha de ser apreciado por los consumidores en principio, han de tomarse en consideración conjuntamente las propiedades de los productos, su precio y su uso. En casos específicos, algunos productos pueden, sin embargo, constituir un mercado distinto en razón de sus propiedades, de su precio o de su utilización, es lo que ocurre sobre todo cuando los consumidores manifiestan preferencia respecto de ellos⁴³”

Y el **mercado geográfico** relevante comprende las zonas donde desarrollan las actividades las empresas afectadas por otro agente económico.

VII) CONCLUSIONES

La figura Abuso de Posición Dominante es conjuntamente con los pactos colusorios las conductas anticompetitivas legisladas por Uruguay.

Lo que se sanciona es el abuso de la posición dominante y no la posición dominante *per se*, nuestra legislación ha seguido el modelo europeo también en no definir que se entiende por posición dominante y abuso de la misma.

⁴³ Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del art. 85 (DOCE Serie C Número 231 del 12 de setiembre de 1986) -Citada por Gabriel Martínez Medrano –Boletín Latinoamericano de Competencia- Nro.14 Año 2002

La posición dominante de acuerdo a la jurisprudencia europea y la española que la sigue, contiene dos aspectos básicos para definirla: poder de mercado e independencia de comportamiento frente a los competidores, consumidores y proveedores.

También es de resaltar que no interesa la conducta sino quién la desarrolla,- lo que para una empresa no es reprochable por carecer de posición de dominio, para quién si la tiene la conducta esta prohibida.

BIBLIOGRAFIA

Abreu Bonilla, Sergio - Mercosur e Integración – Fundación de Cultura Universitaria – Montevideo, 1991

Barbé Pérez, Héctor – “ Los principios generales de derecho como fuente de derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo” en Los Principios Generales de Derecho en el Derecho Uruguayo y Comparado - Fundación de Cultura Universitaria – junio 2001

Bugallo, Beatriz – Abuso de Posición Dominante derecho comparado y derecho uruguayo, Revista de la Universidad de Montevideo – 2002
Caffera, Gerardo – El Negocio Jurídico y la legislación nacional sobre Defensa de la Competencia, Anuario de Derecho Civil Uruguayo – Tomo XXXI, pag. 581
Cajarville Peluffo, Juan Pablo – “ Recursos Administrativos” – Fundación de Cultura Univesitaria – Edición Actualizada ley 17.243 – 2000

Delpiazzo, Carlos “ Desafíos actuales del Control” – Fundación de Cultura Universitaria, 2001

Dromi, Roberto “ Competencia y Mercado” – Ciudad Argentina – 1999

Ferrer, Daniel – “Practicas Anticompetitivas y Abuso de Poder Económico” Fundación de Cultura Universitaria – Edición 1993

Fernández Ordoñez, Miguel – “ La Competencia” Edición 2000 Madrid

Gamarra, Jorge – Tratado de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XIX, pág.203

Gros Espiell, Héctor – MERCOSUR El Tratado de Asunción –Instituto de Estudios Empresariales de Montevideo – 1991

Instituto Artigas del Servicio Exterior, Evolución del Mercosur. OEA 1994

Julliet, Rénee – Rabe, James – “Monopolization and Abuse of dominant position” – Universidad de Lege –1970

Olivera García, Ricardo – Introducción al Derecho de Competencia en “ El Nuevo Régimen del Derecho de la Competencia”. Universidad de Montevideo –2001

Pascual y Vicente, Julio – “ Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y Europa” – Editorial Civitas –2002

Peirano Facio, Jorge “Responsabilidad Extracontractual” pags. 292 y 293

Pellicer Valero, Jesús – “ Las prácticas abusivas” – Redemar Nro. 104, 1967, pag. 339

Real , Alberto Ramón – “ Los principios generales de derecho en la Constitución Uruguay” en “ Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado” – Fundación de Cultura Universitaria – junio 2001

Ruiz Diaz Lambrano, Roberto – “Mercosur Integración y Derecho” Editorial Ciudad Argentina –1998

Tradacete, Angel “ Aplicación Práctica de la Prohibición de Acuerdos Restrictivos de la Competencia en Derecho Comunitario – 2002

Vogel, Luis “Droit de la Concurrence et la Concentration Economique “ 1988

1.5. CHALLENGES OF IMPLEMENTING A COMPETITION REGIME IN A SMALL DEVELOPING COUNTRY: BARBADOS

by Michelle C Goddard⁴⁴

1. Introduction

This paper deals with the development of the framework for the enforcement of competition law in Barbados and addresses some of the challenges and issues that arise in establishing an effective legal and administrative framework.

The experience of Barbados suggests that although competition policy may be considered to be a useful tool in assisting small economies in increasing economic efficiencies, significant enforcement challenges will arise from:

- Human and financial resource constraints;
- Tensions between promoting domestic rivalry of businesses and the efficiencies required to achieve international competitiveness; and
- Inherent and particular cultural and economic characteristics of small environments. These factors can significantly undermine the benefits which are expected to accrue from the implementation of a competition regime and are likely to pose concerns in developing an effective and consistent competition regime in small territories.

2. Competition policy and small economies

The necessity and desirability of implementing a competition framework in small developing open economies, such as Barbados, has been explored by several commentators.

It has been argued that trade liberalisation and the dismantling of Government barriers should be enough to open the market and that imports or the threat of imports will sufficiently temper the market power of domestic producers. In these circumstances the necessity of a competition policy has been challenged. Indeed, Hong Kong and Singapore have sought to rely on open trade and investment policies and sectoral regulation in promoting competitive markets.

There can be little doubt that private anti-competitive practices can reduce or defeat the benefits that may be gained from trade liberalisation and that anti-competitive conduct exists even in small open economies. Given that a good competition policy and laws can enhance economic efficiency, improve consumer welfare and assist in creating a more competitive domestic market, competition laws and policies are emerging as a key element in developing countries economic policies.

The debate on the efficacy of competition policy in small economies appears to have moved away from the argument that small economies have no need for a competition policy to focus on the specific modalities for design and implementation of laws in these jurisdictions.

⁴⁴ Chief Executive Officer, Fair Trading Commission, Barbados. The views expressed in this paper are the views of the author and do not represent the views of the Fair Trading Commission or any individual Commissioner.

Characteristics of small economies

The debate on competition policy in small economies has largely focused on its application to territories like Canada, New Zealand, Hong Kong, Singapore which are comparatively small economies in the global marketplace. Definitions of smallness have looked at measures of size, at economic structure and entry barriers with no actual measure of size⁴⁵ and at economies “that are approaching the minimum size needed to operate a full set of regulatory and competition policies and institutions.”⁴⁶

In this debate the characteristics and difficulties of the economies such as those in the Caribbean region which are often characterised as micro economies have received limited critical analysis⁴⁷.

Applying the conventional economic measures of smallness, such as population or Gross Domestic Product, confirms that Barbados is most certainly a small jurisdiction, with a land mass area of 432 sq km (166 sq miles), a population of 264,000 and an annual GDP of US\$2,600.4 million.⁴⁸

The Barbados economy is based on an open trading system with heavy reliance on imports. Other characteristics include:

- Monopolistic and oligopolistic market structures - high concentration levels with only a single dominant firm in several important sectors; and
- Inefficient small firms - small production units in agriculture and manufacturing precluding firms from benefiting from economies of scale or scope.

3. Designing a Competition Framework for Barbados

The introduction of a competition regime was embraced by the Government of Barbados as part of an overall trade reform programme and its commitments to its obligations under WTO. In the implementation of this programme, policy barriers to trade and price controls were reduced and progress made on the liberalisation of the telecommunications sector. Government also divested some of its interests in the insurance and banking sectors and embarked on a policy of corporatising state enterprises.

It is recognised that domestic competition policy should be consistent and work in tandem with commercial, monetary and industrial policy. It is to be noted however, that in Barbados, as in other jurisdictions, restrictions and conflicts still exist such as restrictive entry to professions, monopoly rights granted to firms and restrictive marketing arrangements. The Barbados Agricultural Development and Marketing Corporation (BADMC), a state enterprise established in 1993 to regulate and promote exports, presently has a monopoly on the importation of all poultry products.

⁴⁵ Gal “Competition Policy for a Small Market Economies” Harvard University Press (2003)

⁴⁶ OECD Global Forum on Competition – Submission from New Zealand (2003)

⁴⁷ Empirical Research Paper by Dr. Taimoon Stewart on Competition Issues in Small Economies in the Caribbean is presently under preparation.

⁴⁸ Statistics drawn from WTO Trade Policy Review Barbados – Report by the Government – WT/TPR/G/101; 10 June 2002

In designing its current competition policy Government recognised that effective regulation of domestic business enterprise would be a necessary component in the development of the market. This recognition was coupled with regional obligations in CARICOM and the need to ensure that the benefits expected from the establishment of the CARICOM Single Market and Economy (CSME) were not frustrated by anti-competitive practices.

Prior to the introduction of the legislation the Government therefore commissioned studies⁴⁹ to obtain empirical data on the market structure and the state of domestic competitiveness as well as recommendations on the appropriate policy framework. These studies noted the existence of oligarchic and monopolistic structures and indicated that there were a number of business practices that would be considered as unfair by jurisdictions with a competition regime. These included anti-competitive practices to prevent competitive entry, refusals to deal and resale price maintenance. Unfortunately the studies did not fully address the peculiarities of the small economy and only limited attempts were made to design a competition regime that took these characteristics into account.

4. The Fair Competition Act 2002-19

The Fair Competition Act came into force on 2nd January 2003. The objectives of the Act, as set out in the short title, are to:

- (a) promote and maintain competition;
- (b) prohibit the prevention, restriction or distortion of competition and the abuse of dominant positions in trade in Barbados and within the CARICOM Single Market and Economy; and
- (c) ensure that all enterprises, irrespective of size, have the opportunity to participate equitably in the marketplace.

The legislation contains standard competition provisions and draws from UK, EU, Canada and US legislative models. There are overlapping provisions addressing similar conduct which will pose challenges for enforcement and administration⁵⁰ and it will be critical to ensure that appropriate use is made of precedents from relevant jurisdictions.

The Act covers:-

- ❖ Anti-competitive agreements and practices including rule of reason;
- ❖ Abuse of dominance with efficiency;
- ❖ Anti-competitive Mergers – The Act provides for mandatory pre-notification of mergers by enterprises which cease to be distinct and which together control more than 40% of any market;
- ❖ Interlocking directorates – Directorates between significant competitors that weld together policies are prohibited;
- ❖ Authorisation – Public benefit test is applied for the exemption of certain agreements from the provisions of the legislation;

⁴⁹ Pelzman, J., Gordon, G., and S. Langer (2000) "Establishment of a Fair Trade Commission in Barbados: Initial Diagnostic and Survey of Domestic Market Competitiveness" prepared for Inter-American Development Bank /Barbados; L.H. Consulting Ltd. (2001) "Policy Framework for the Introduction of Fair Competition Legislation".

⁵⁰ For example resale price maintenance is addressed in Part VI (based on Canadian provisions) as well as in Part IV (based on UK provisions) of the Fair Competition Act

- ❖ Penalties – Provision is made for criminal and civil penalties. Some fines are linked to turnover of enterprises; and
- ❖ Enforcement – Enforcement is by the Fair Trading Commission and the courts. Private rights of action have also been granted.

5. Challenges of Enforcement

Effective enforcement is the key to a successful competition regime, as well -designed and drafted laws are of limited utility without appropriate enforcement.

Enforcing a competition regime is a formidable task for small economies given

- Difficulties of institution building with significant human and financial resource constraints;
- Limits of domestic regimes and the difficulties of extra-territorial enforcement;
- Tensions between the promotion of domestic rivalry and the desire of firms to merge to achieve greater economies of scale and international competitiveness; and
- Cultural characteristics of small environments with familiarity of players and lack of public knowledge of the benefits of competition law.

It is therefore essential that strategies be developed to address these issues and a consideration of some of the approaches that may be useful in Barbados are set out below.

5.1 Institution Building – Financial and Human Resource Constraints

The Fair Trading Commission of Barbados was established on 2nd January 2001 to safeguard the interests of consumers, regulate utility services supplied by service providers, monitor and investigate conduct of service providers and business providers and to promote and maintain effective competition in the economy. The Commission has been charged with responsibility for the administration and enforcement of several pieces of legislation including Fair Trading Commission Act 2000-31, the Utilities Regulation Act 2000-30, Telecommunications Act 2001-36, the Consumer Protection Act 2002-20 and the Fair Competition Act 2002-19.

The agency was designed to capitalise on the synergies between the disciplines of utility regulation, fair competition and consumer protection. In enforcing these myriad pieces of legislation the Commission is responsible for, inter alia:

- Setting rates for regulated utilities⁵¹
- Establishing service standards for regulated utilities
- Dealing with customer complaints on billings and service standards
- Determining terms of interconnection agreements between telecommunications carriers
- Resolving disputes between telecommunications carriers
- Investigating and prosecuting unfair trade practices
- Monitoring use of unfair contract terms
- Enforcing product safety provisions

⁵¹ The regulated service providers/utilities are Cable & Wireless (Barbados) Ltd. – Telecommunications sector; Barbados Light and Power Co. Ltd. – Electricity sector. It is expected that the water and sewerage and natural gas sectors will also fall to be regulated by the Commission.

- Developing industry codes
- Investigating anti-competitive conduct

The importance of maximising the use of human capital, minimising regulatory cost and avoiding duplication of administrative costs were critical factors which influenced the structure of the Commission as a multi-sector regulatory enforcement institution.

Structure

The Commission is an independent statutory corporation. It is headed by a Chairman together with a Deputy Chairman and five other members appointed for periods of up to five (5) years. All Commissioners are appointed on a part-time basis. The Commission is responsible for adjudicating on matters and providing overall strategic direction. Management of the Commission rests with the Chief Executive Officer who is an *ex officio* member of the Commission. The Commission is assisted by a staff of 28 persons across the agency's functional areas who are responsible for administrative support and investigating cases and providing advice to Commission on matters before it.

Financial Resources

The Commission's activities are funded by the Consolidated Fund through a combination of government grant and loan. The grant meets the expenses attributable to competition and consumer protection activities. The costs of utility regulation are funded by a levy on regulated utilities, which is used to repay the loan from Government.

Given its multi-sectoral role it is essential that the Commission have appropriate financial and human resources to carry out its wide legislative mandate. However the agency is reliant on Government for funding and in effect therefore the Commission has to compete with critical Government services such as health and education for financing. This has affected the ability of the Commission to obtain adequate financing for its functions.

Ensuring the availability of funds for enforcement of the legislation is a challenge. In attempting to ensure that the Commission can effectively and in a timely manner defend or initiate major litigation the Commission has set up a Litigation Reserve Fund – a mechanism for maintaining reserves to meet the costs of litigation. It is hoped that this will assist the Commission in facing the formidable resources of those companies which will come before it.

Pursuant to section 10 of the Fair Competition Act the Commission is empowered to prescribe fees to defray expenses. The Commission is presently examining feasible options that can be utilised and is developing a cost recovery policy for appropriate services that ensures that fees charged for particular services (mergers and authorisations) are not prohibitive and do not act as a deterrent to business activity.

Human Resources

As a statutory corporation funded by the Consolidated Fund, the staff complement is determined not by the Commission but by the Ministry of the Civil Service, who set terms and conditions for the entire public service and have a limited understanding of the role and requirements of a competition agency. One should note that as a result of these factors the Commission has only a single officer fully dedicated to competition matters.

Whilst the Commission has been fortunate to recruit a cadre of dedicated professionals the Commission's ongoing ability to attract, recruit and retain qualified professional staff is severely hampered. Salaries are tied to the public sector salary scale and this, coupled with the fact that the Commission is competing in the market with private sector entities, makes the task of recruiting skilled staff extremely difficult. It is imperative that the competition agency be allowed a measure of independence in determining and setting its own terms and conditions for staff and this matter will need to be addressed by policy makers.

The challenges of enforcing the laws are compounded by the absence of the appropriate knowledge based skills. Identifying and proceeding to develop and learn the skills required for competition investigations will be a complex and continuing process for professionals in this area. There is a dearth of technical expertise and training programmes in competition law and policy in the region and there are no core courses for economists or lawyers at the University of the West Indies in this area.

The Commission will need to devise mechanisms to keep staff who develop the requisite skills through practical experience and exposure to international training. Notwithstanding the above constraints the Commission has been attempting to develop creative solutions to buttress its limited human resources. During the embryonic stages, the Commission has benefited greatly from the secondment of an experienced officer from the Australia Competition and Consumer Commission for a period of three months. The Commission has also established a legal and economic internship to promote wider interest and understanding of the field.

5.2 Limits of domestic regimes and the difficulties of extra-territorial enforcement

The impact of the activities of international cartels on domestic economies has often been highlighted as a good reason for the introduction of competition legislation in small territories. A major challenge facing us in Barbados is that our domestic competition law does not have extra-territorial reach to address anti-competitive practices at the global level.

It is to be noted that a national law does not assist with the investigation and discipline of international cartels even where the activities are clearly seen to adversely affect our economies. The action of the domestic agency will be ineffective where proof of commission of offence is only available outside the territory. It is hoped that the establishment of the CARICOM regional institutional framework – the Community Competition Commission – will greatly assist our territories in concluding co-operation agreements with major trading partners whose businesses adversely affect our markets.

5.3 Tension between promoting domestic rivalry and the desire to consolidate for international competitiveness - merger control regulation

Merger control regulation can be especially difficult for a small developing economy. It is essential that the need for competitiveness within the local market be balanced with the desire to encourage the development of competitiveness internationally. The need for business in our economies to attempt to develop economies of scale and scope in the international trading environment is self-evident. The development of formal and informal alliances can also be beneficial to business in accessing a greater pool of scarce skilled personnel, developing technology and for general research and development. The players

in the local business community argue that to impede mergers of firms in small economies would adversely affect their ability to compete in the global market. Michael Porter⁵² has maintained that domestic competitiveness and strong domestic rivalry is pivotal to firms becoming internationally competitive. It may also be argued therefore that in order to create international competitiveness domestic rivalry must be aggressively promoted.

⁵² Porter: Competitive Advantage of Nations (1990) The Free Press

The manner and extent to which a merger control regime is administered may therefore need to take into account the above considerations to ensure that domestic businesses are not hampered by an unduly restrictive regime.

With our limited resources merger control poses additional challenges to the Commission. Merger decisions must be made in a timely manner that facilitates business re-organisation. The analysis and assessment of merger control regulation involves consideration of complex arrangements and transactions which require intensive utilisation of human resources.

5.4 Cultural Characteristics

The history of entrepreneurship and business activity in Barbados provides an interesting backdrop against which the present business culture can be examined and the likelihood of the success of a competition regime assessed.

It has been noted that the dominant business interest in Barbados developed through the merger of the merchant and planter sectors:

“The merger between the two sectors was not limited to business interests; for ties of common white race, political participation and interest; intermarriage and association in social affairs cemented the relationship.”⁵³

Our economy, transformed from a plantation economy with a dominant planter elite, remains a society in which mercantile behaviour is controlled by a small concentrated group of persons. In these small economies everyone knows each other particularly in the dominant business class where persons will have attended the same schools, golf clubs and own adjoining beach houses. The existence of collusive behaviour is likely to be prevalent and extremely difficult to prove as one will need to get information from a cohesive body of persons.

Cultural issues also arise in attempting to educate the general public on the benefits of competition policy in an environment where a history of formal price controls has led to a general public expectation that there should be similarity in pricing.

5.5 Competition Advocacy

Limited attempts were made to educate and inform stakeholders prior to the passage of the legislation. An Advisory Committee consisting of a wide range of interests – businesses, manufacturers, consumer groups, trade unions - was established to review and comment on the legislation. Several seminars/workshops were hosted by both public and private sector entities. However the legislation was passed with limited public debate.

Developing the knowledge and garnering the support of these diverse stakeholders is important in the enforcement of the competition law. The Commission intends to meet this

⁵³ Barrow: “Small Business in the Context of Corporate Ownership and Control in Barbados” Bulletin of Eastern Caribbean Affairs Vol. 5. No. 4 Sept/Oct 1979

goal by utilising its website, developing publications, producing television and radio programmes and hosting seminars and workshops.

5.6 Determining agency priorities

The level of complaints lodged with the Commission together with its limited resources means that the Commission will often be placed in a reactive rather than a proactive role. It is imperative that the Commission manage its agenda, set its priorities and deflect demands to do too much too early.

6. Conclusion

The Fair Trading Commission, as a small enforcement agency, is facing significant challenges in attempting to implement an effective and credible competition regime.

The costs of establishing an effective institutional competition regime are prohibitive. A comparison with the number of employees and budget of a competition agency in a developed country is likely to reveal that there is a higher per capita cost for agencies in developing countries. Unfortunately, the small size of our economies does not reduce the level of technical analysis, investigation or data set required.

Against this background one must ask a fundamental question:

“Can small developing countries with significant resource constraints really develop effective competition regimes?”

List of References

1. Carryl: "Competition Policy: Implications for CARICOM Single Market and Economy"; Caribbean Dialogue Vol. 5 Nos 1&2.
2. OECD Global Forum on Competition "Small Economies and Competition Policy: A Background Paper" CCNM/GF/COMP (2003) 4.
3. OECD Global Forum on Competition "Competition Policy and Small Economies – Note by the Secretariat"; CCNM/GF/COMP (2003) 5.
4. OECD Global Forum on Competition "New Zealand - Competition Policy in Small Economies: Issues Arising", CCNM/GF/COMP/WD (2003)29
5. Stewart: "Addressing the specific needs of developing countries in implementing new competition laws", WTO Symposium on Competition Policy, Geneva; 22 April 2002.
6. Stewart: "Flexibility and Progressivity as underpinnings of a multilateral framework on competition policy"; WTO Symposium on Trade and Competition Policy, Geneva; 22 February 2003.
7. WTO– Communication from Trinidad and Tobago-WT/WGTCP/W/143; 2 August 2000.
8. WTO Trade Policy Review Barbados – WT/TPR/S/101; 10 June 2002.

1.7. La política de competencia y la promoción de las PYMES en Guatemala

Lic. Guido Rodas, Viceministro de Inversión y Competencia

Ministerio de Economía, Guatemala

Introducción

Aunque muchos objetivos han sido atribuidos a la política de competencia en los pasados cien años, algunos temas principales se destacan entre los demás. El más común de los objetivos citados es el mantenimiento del proceso competitivo o de la libre competencia. Otros objetivos asociados a dicho fin son: la libertad de comercio, libertad de opción, y el acceso a los mercados.

En algunos países la libertad de la acción individual es vista como el equivalente económico de un sistema de democracia constitucional. En otros países, el énfasis se pone sobre la política de competencia como medio de asegurar la libertad económica, o sea, la libertad de competencia.

Durante las pasadas dos décadas, el papel de la política de competencia se ha expandido de forma significativa hasta incluir la reducción de los efectos adversos de la intervención del gobierno en los mercados. También se ha procurado mejorar el acceso y abrir mercados por medio de reducir las barreras a la entrada mediante la desregulación, la privatización, la reducción de aranceles o la remoción de cuotas, y licencias.

En los últimos años, se han agregado nuevos objetivos relacionados con el enriquecimiento del papel de los mercados, entre estos incluyen la protección de las empresas pequeñas, preservar el sistema de libre empresa y mantener la equidad y la honestidad. Algunos objetivos tales como moderar o reducir la inflación, son recurrentes, y se basan en que es menos probable las medidas de estabilización de precios resulten exitosas cuando existen tendencias monopolistas en una economía⁵⁴.

La inclusión de las PYMES en el tema de la competencia, especialmente en los países en desarrollo, obedece a la creciente importancia que las pequeñas empresas tienen como generadoras de empleo, destinos de inversión y creadoras de nuevos productos para la diversificación de las economías. No obstante, las políticas de promoción de la competencia y el fomento de las PYMES, no se han integrado en el caso de Guatemala, debido a que las políticas relacionadas con las PYMES se diseñaron antes de que se considerara una política de competencia.

En la política del gobierno en Guatemala, las acciones para desarrollar mercados competitivos, así como para el incremento y estímulo a las pequeñas y medianas empresas, se encuentran a cargo del Ministerio de Economía. Para tal efecto, se asignó la responsabilidad de cada una de dichas áreas al Viceministerio de Inversión y

⁵⁴ Ver OECD, A Framework for the Design and Implementation of Competition and Policy, p.4. Washington 1999.

Competencia, y al Viceministerio de Desarrollo de la Pequeña y Mediana empresa, respectivamente.

Marco Legal para el Desarrollo de Mercados y libre competencia

Con la finalidad de promover la libre competencia, se estableció la Dirección de Promoción de la Competencia, la cual inició sus acciones en el año 2,000, teniendo como objetivo estimular y velar por el desarrollo de acciones económicas y comerciales que favorezcan la adecuada inserción de la actividad económica nacional en el mercado interno y externo.

Dentro de las principales actividades de la promoción de la competencia se encuentran las siguientes:

- (a) Formular la política nacional de competencia. La competencia como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento sustancial del modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia de acuerdo con las exigencias de la economía general ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos acorde a lo establecido en el artículo 130 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
- (b) Elaboración de la ley de Promoción de la Competencia, la cual responde al objetivo específico de garantizar la existencia de libre competencia, siendo compatible con las demás leyes que regulan el mercado. La propuesta es un sistema de control flexible de los acuerdos que limitan la competencia en el mercado nacional y prohíbe tanto el ejercicio abusivo del poder económico como aquellas conductas unilaterales que por los medios desleales sean capaces de falsear sensiblemente la competencia.

Promoción y Desarrollo de las Pequeñas y Medianas empresas

El Ministerio de Economía, a través de la Viceministro de Desarrollo de la Microempresa, Pequeña y Mediana Empresa, pretende posibilitar medidas y acciones que permitan favorecer el proceso de desarrollo económico-social en el marco del fortalecimiento al proceso democrático y cumplimiento a los acuerdos de Paz. En un ambiente de productividad y competitividad, como bases al fortalecimiento e incorporación del sector de la MIPYMES en el proceso y desarrollo de Guatemala.

El Viceministerio de Desarrollo de la Micro Pequeña y Mediana Empresa, es el encargado de facilitar el desarrollo competitivo de este sector. Sus tareas principales consisten en:

1. Establecer políticas de desarrollo competitivo y contribuir a monitorear las políticas económicas que afecte al sector.
2. Evaluar programas públicos de desarrollo competitivo de acuerdo con la política sectorial.
3. Propiciar y gestionar la canalización de recursos nacionales e internacionales, financieros y técnicos para el desarrollo competitivo del sector.
4. Favorecer y facilitar el desarrollo de mercados y servicios financieros y técnico-empresariales para el sector.

Se pretende dar continuidad a las acciones encaminadas en materia de atención a la MIPYMEs, puesto que las necesidades del dicho sector aumentan, en la medida que damos paso a la apertura del mercado global, teniendo como propósito y objetivo fundamental, apoyar efectiva y eficientemente a los protagonistas del crecimiento económico, los propietarios de microempresa, pequeñas y medianas, con quienes se podrán mejorar las tasas e índices de crecimiento en mejorar las condiciones de vida del guatemalteco, la creación de empleo y el desarrollo tecnológico y competitivo procurando la sostenibilidad de las microeconomías del sector.

La función del Viceministerio actualmente busca concretarse en las acciones encaminadas a desarrollar los componentes de los programas establecidos por el Viceministerio, tales como la facilitación en el otorgamiento de créditos productivos, la formación en desarrollo empresarial, la formación en desarrollo de mercados nacionales e internacionales y la atención de la asociatividad y agremiación. Dichos componentes, deben atenderse en el marco de política orientada a la sistematización, tecnificación, promoción comercial nacional e internacional, cooperación interinstitucional y multiparticipación.

El Viceministerio se sustenta en tres actividades

- A- Asistencia Crediticia
- B- Capacitación
- C- Competitividad y comercialización.

Asistencia Crediticia

Se han dirigido políticas derivadas de la necesidad de combate a la pobreza, el desempleo masivo, estimular la producción y la productividad, a través de las acciones realizadas desde el inicio del Programa Nacional de Promoción de las MIPYMEs. A la fecha en este rubro se han otorgado alrededor de US\$ 31 millones a diferentes entidades de servicios financieros.

Capacitación y Asistencia Técnica

Los servicios de carácter técnico empresarial se han orientado a incrementar la capacidad de gestión de los propietarios de microempresas y pequeñas empresas, y crear el ambiente de negocios que permita el crecimiento y evolución de las empresas hacia esquemas que les permitan mantenerse en el mercado local y su ingreso a mercados internacionales.

En los proyectos de capacitación y asistencia técnica entre los años 2000 y 2002, se ha otorgado US\$ 300 mil, Los eventos abarcan diversidad de temas, dependiendo de la actividad a la que se dedica el empresario, se han impartido cursos administrativos y técnicos en las siguientes áreas: Planificación Operativa, Gerencia Administrativa, Asesoría en Beneficiado Húmedo, Administración Básica, Costos de Producción, Comercialización, Atención y Servicio al Cliente, Negociación Gana-Gana, Gestión de Mercadeo, Bordado a Máquina, Administración de proyectos, Contabilidad, Asesoría Post-Beneficiado, Asesoría Fiscal, Deshuesado de aves, Repostería, Agremiación, diseño y patronaje, Corte y confección, etc.

Se espera que en el futuro se puedan coordinar de mejor forma las actividades provenientes de las políticas de promoción de la competencia y de desarrollo de las MIPYMEs, en la medida en que se vayan sedimentando y formalizando legalmente las políticas de competencia. Queda por resolverse el problema de armonizar las acciones y beneficios mutuos que puedan esperarse de incluir consideraciones de desarrollo de las MIPYMEs en el diseño de los instrumentos de promoción de la competencia.

Section 1

Power point presentations

- 1.A. Adverse effects of international cartels on developing countries:
limits of domestic competition legislation 67
Paulo de Tarso Ramos Ribeiro, former Minister of Justice, Brazil
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200381a.ppt>
1. B. Adverse effects of international cartels on developing countries:
limits of domestic competition legislations 68
François Souty, Competition Council, France
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200381b.ppt>
1. C. Vertical restraints, abuse of dominance and mega-mergers in sectors
of relevance to developing countries 69
Patrick Krauskopf, Swiss Competition Authority
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200381c.ppt>
1. D. Challenges of implementing a competition regime in a small developing
countries: Barbados 70
*Michelle Goddard, Chief Executive Officer, Fair Trading Commission,
Bardados*
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200381d.ppt>
1. E. La Política de Competencia y la Promoción de las PYMES en Guatemala 71
Guido Rodas, Vice Minister, Ministry of Economy, Guatemala.
<http://www.unctad.org/en/docs/ditccclp200381e.ppt>