

2005 LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM

THIRD MEETING
19-20 JULY 2005
MADRID • SPAIN



DOCUMENTATION

TABLE OF CONTENTS

Agenda [E]

OPENING SESSION

Opening Remarks by Mr. Dennis Flannery, Executive Vice-President of the Inter-American Development Bank [E]

Opening Remarks by Mr. Antonio Vives, Deputy Manager Sustainable Development, Inter-American Development Bank [E]

SESSION I: FIGHTING HARDCORE CARTELS

Issues Paper [E]

Contributions:

- Argentina [E / S]
- Brazil [E]
- Chile [E / S]
- Costa Rica [E / S]
- Ecuador [S]
- Jamaica [E]
- Venezuela [E / S]

SESSION II: PEER REVIEW OF BRAZIL'S COMPETITION LAW AND POLICY

Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review [E / S]

Policy Brief [E]

SESSION III: THE ROLE OF MERGER CONTROL IN LATIN AMERICA

Issues Paper by the Secretariat [E]

Contributions:

- Argentina [S]
- Chile [S]
- Dominican Republic [S]
- Mexico [E]
- Panama [E]
- Peru [E / S]
- Venezuela [S]

SESSION IV: ORGANISATIONAL DEVELOPMENT THROUGH ASSESSMENT

Background Note by the Secretariat [E]

Contributions:

- Portugal [E]



AGENDA



THIRD ANNUAL MEETING
of the
LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM
19-20 July, 2005

**hosted by the Spanish Ministry for Economy and Finance
in co-operation with the Spanish Competition Authorities**

held at the Ministry of Economy and Finance, Paseo de la Castellana 162, Madrid

AGENDA

Tuesday

9:15 a.m. **Registration**

10:00 a.m. **Opening Remarks**

Mr. Ramón Guzmán (to be confirmed)
Director-General for International Financing
Ministry for Economy and Finance, Spain

Mr. Dennis Flannery (to be confirmed)
Vice-President
Inter-American Development Bank

Mr. Frédéric Jenny
Chairman, OECD Competition Committee, France

**Introductory Speech – The Importance of Competition for the
Investment Climate**

Mr. Antonio Vives (to be confirmed)
Head, Sustainable Development Department, IDB

SESSION I

Fighting Hard Core Cartels

Chair: Mr. Ismaël Malis, Président, National Competition Commission, Argentina

11:00 a.m. **Presentation by Mr. Walter “Terry” Winslow, OECD Secretariat**

11:20 a.m. **Presentations by 3 countries**

11:55 a.m. **Coffee Break**

12:10 a.m. – 2:00p.m. **GENERAL DISCUSSION**

Moderator: Mr. Walter “Terry” Winslow, OECD Secretariat

SESSION II	Peer Review of Brazil's Competition Law and Policy
	Chair: Mr. Frédéric Jenny, Chairman, OECD Competition Committee, France
	Examiners: Mr. Alberto Heimler, Director, Research Department, Autorità della concorrenza e del mercato, Italy Mr. Pedro F. Mattar Porcile, Nacional Prosecutor, Fiscalía Nacional Economica, Chile
4:00 p.m.-4:15 p.m.	Opening Remarks by the Chairperson Presentation of the Report on Brazil's Competition Law and Policy by Mr. Jay Shaffer, OECD Secretariat
4:15 p.m.-4:25 p.m.	Opening Remarks by Brazil
4:25 p.m.-5:25 p.m.	Questions and answers session with the Examiners
5:25 p.m.-6:00 p.m.	Further questions by other Delegations
6:00 p.m.-6:50 p.m.	General discussion on the overall merits of the review and its recommendations
6:50 p.m.-6:55 p.m.	Brazil's response to the assessment
6:55 p.m.-7:00 p.m.	Chairman sums up

Wednesday

SESSION III	The Role of Merger Control in Latin America
	Chair: Mr. Gustavo Paredes, Commissioner, CLICLAC, Panama (to be confirmed)
10:30 – 11:00 a.m.	Presentation by Mr. John W. Clark, OECD Secretariat
11:00 a.m. - 11:45 a.m.	Presentations by 3 countries
11:45 a.m.-2:00 p.m.	GENERAL DISCUSSION:
	Moderator: Mr. John W. Clark, OECD

SESSION IV	Organisation Development through Assessment
	Chair: Spain (to be confirmed)
4:00 p.m.-5.15 p.m.	Presentations: Mr. Abel Mateus, President, Autoridade da Concorrência, Portugal (to be confirmed) Mr. Paul Malyon, OECD Secretariat Mr. William Kovacic, The George Washington University Law School (to be confirmed)
5.15 p.m.-6:00 p.m.	GENERAL DISCUSSION
	Moderator: Mr. Bernard Phillips, OECD Secretariat

16/11/2005 10:36 AM

SESSION V	Conclusions and Future Work
	Chair: Mr. Frédéric Jenny, Chairman, OECD Committee on Competition Law and Policy, France
6:00 p.m.-6:50 p.m.	GENERAL DISCUSSION
6:50 p.m.	Closing Remarks: IDB and Mr. Rainer Geiger, DAF Deputy Director, OECD Secretariat



OPENING SESSION

Opening Remarks by IDB Executive Vice President
Dennis E. Flannery

At the Third Meeting of the Latin American Competition Forum
Madrid, Spain; July 19, 2005

Good morning ladies and gentlemen. I am very pleased to welcome you to the Third Latin-American Competition Forum, which this year is being held in Madrid - thanks to the support of the Spanish Ministry of Economy and Finance and the Spanish Competition Authorities.

Those of you attending this meeting for the first time will find that this forum brings together high-level representatives from most IDB borrowing members countries, and also from OECD countries and other multilateral institutions such as Comunidad Andina (CAN) or UNCTAD.

The IDB and the OECD signed in 2003 a Joint Statement of Priorities for Cooperation, first in the list of these priorities is competition. The Inter-American Development Bank (IDB) and the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) decided to work together to achieve effective competition law and policy in Latin America and the Caribbean.

This cooperation was launched by bringing together senior officials from Latin America and the Caribbean competition authorities to the Latin American Competition Forum.

The first meeting of the Forum took place at the OECD headquarters in Paris in April of 2003. At that time, Latin American and Caribbean Competition agencies asked the Bank and the OECD to have a meeting of the Forum every year, so the second meeting was held last year at IDB headquarters in Washington.

I want to thank Joe Phillips, head of the OECD Competition Division, and his staff, who have made this Third Forum a reality. I must also mention the contributions of the IDB Special Office in Europe, and the financial support of the Sustainable Development Department (SDS) of the Bank, and the Multilateral Investment Fund (MIF), without whose contributions we would not be gathered here today.

When we close the Forum tomorrow, the representatives of the Competition Authorities attending the meeting will have the opportunity to dialogue with our Regional Departments. We will learn about their problems and try to help them to solve them.

Poverty reduction and economic and social growth are the goals of the Inter American Development Bank, and our pillars are: modernization of the state, regional integration, social development and increased competitiveness.

Competition is essential in the Bank agenda. It is critical to our modernization of the state, regional integration, increased competitiveness and social development strategies.

A competitive market economy is now widely recognized as the only viable means to create sustainable economic efficiency and growth. However, competitive economies, in order to provide the desired social and economic benefits and to make markets work to the benefit of all

citizens - including the disadvantaged, need competition laws enforced by independent authorities, and regulatory reforms guided by competition principles.

Competition policy is an important policy instrument at domestic and at international levels. A competition policy forces companies to run themselves efficiently and ensures a level playing field and the rule of law. Competition forces economic operators to adjust to changes and to innovate, leads to lower prices and higher quality for the consumer. Competition leads to greater dynamism in industry and to market specialization of economies.

But markets need to be protected against the creation of dominant positions, cartels and abuses of market power. The only way to protect them is by means of strong competition authorities, well-trained, adequately resourced, and with a complete toolkit of legal powers.

Competition law and policy is an essential aspect of providing economic security for vulnerable citizens. Cartels cause waste and inefficiency and by restricting output they reduce countries productivity and hinder their development. This is one of the topics to be discussed today.

For countries that are trying to integrate in a regional system, competition policy must achieve and maintain the integration of markets.

I wish to add that competition makes a link between our main goals poverty reduction and sustainable economic development.

Competition promotes and accelerates economic change, which redistributes wealth as it increases overall wealth. Economic changes produces winners and losers. Losers are those who perceive themselves poorer relative to others who gain in wealth and social power.

Wealth redistribution is prevented by persistent privileges or predominant situations which continue to be the main obstacle to the development of competition law and policies in developing countries.

In Latin American and Caribbean countries, persistent inequality and social exclusion and the difficulty of access to economic opportunities for millions of people is in part the direct result of the lack of a competition culture. To counter social exclusion and inequality we must foster competition.

The Latin American Competition Forum promotes dialogue, consensus building, networking between policy makers, and dissemination of best practices in competition law and policy in a collegial setting. Our aim is to increase the competitiveness of Latin American economies, leading to higher economic growth and employment, greater economic efficiency, and a higher average standard of living in the medium to long-term.

The region must face competition from other fostering regions and countries, especially countries like China and India in Asia. The only means to face this challenge is to gain competitiveness. This can only be done through stronger markets where competition laws and authorities operate to ensure adequate conditions to protect business initiatives.

In our two previous meetings, Chile and Perus competition law and policies were peer-reviewed. During this third meeting, Brazils competition law and policy will be peer-reviewed. We welcome this exercise in our headquarters and I am sure that IDB staff will learn from it.

For the rest of this meetings agenda, we and our partners of the OECD decided to concentrate on three topics: Mergers, Cartels and Evaluation as a means to improve performance of competition authorities.

I wish you a fruitful meeting, and hope the discussion and dialogue will help you in your important task of promoting competition and enforcing your countries laws. When you return to your countries, you may take with you this message: Competition is on the Inter-American Development Banks agenda, and we are in the process of establishing regular co-operation with OECD and, hopefully in the future, with other regional institutions in the area of competition.

The Importance of Competition for the Investment Climate

**Third Annual meeting of the Latin
American Competition Forum
Madrid, July 19, 2005**



Antonio Vives
Deputy Manager
Inter-American Development Bank
Private Enterprise, Financial Markets and the Environment

Structure of Presentation

- Business Climate for Competition in LAC
- What is the IDB doing about it
- Competition and development
- Putting it together

Business Climate for Competition

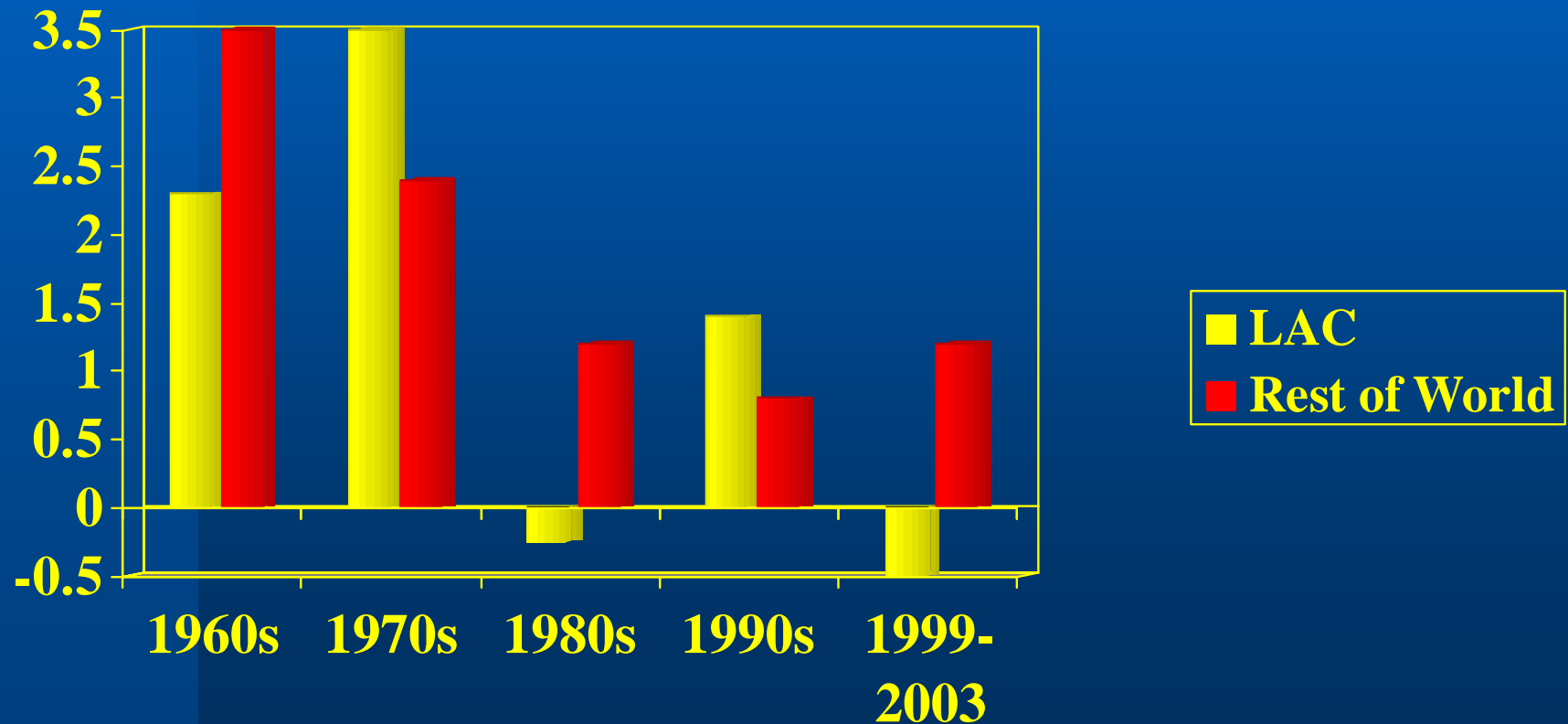
- Economic stability
- Entry and exit for more competition
 - Procedures
 - Labor regulations
- Regulation to stimulate and not hinder
- Fight corruption to avoid dominant power
- Transparency for a level playing field and stimulate entry

Business Climate for Competition

- International openness
- Judicial system to enforce competition decisions, stimulate entry and finance
- Financial market development to permit enterprise entry and growth
- Institutional development
- And.....competition law and policy

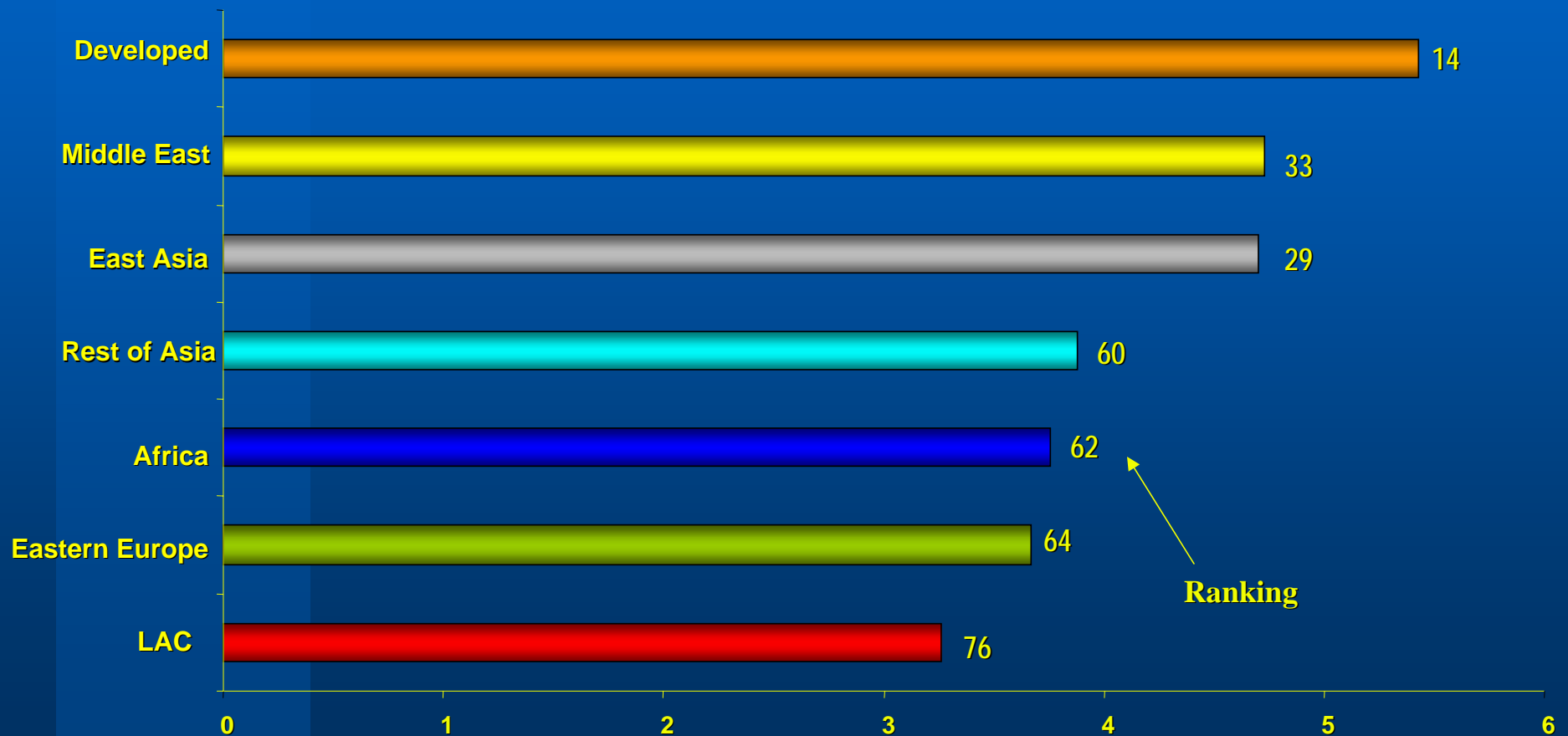
Economic Growth has Been Uneven

Relative Per Capita Economic Growth



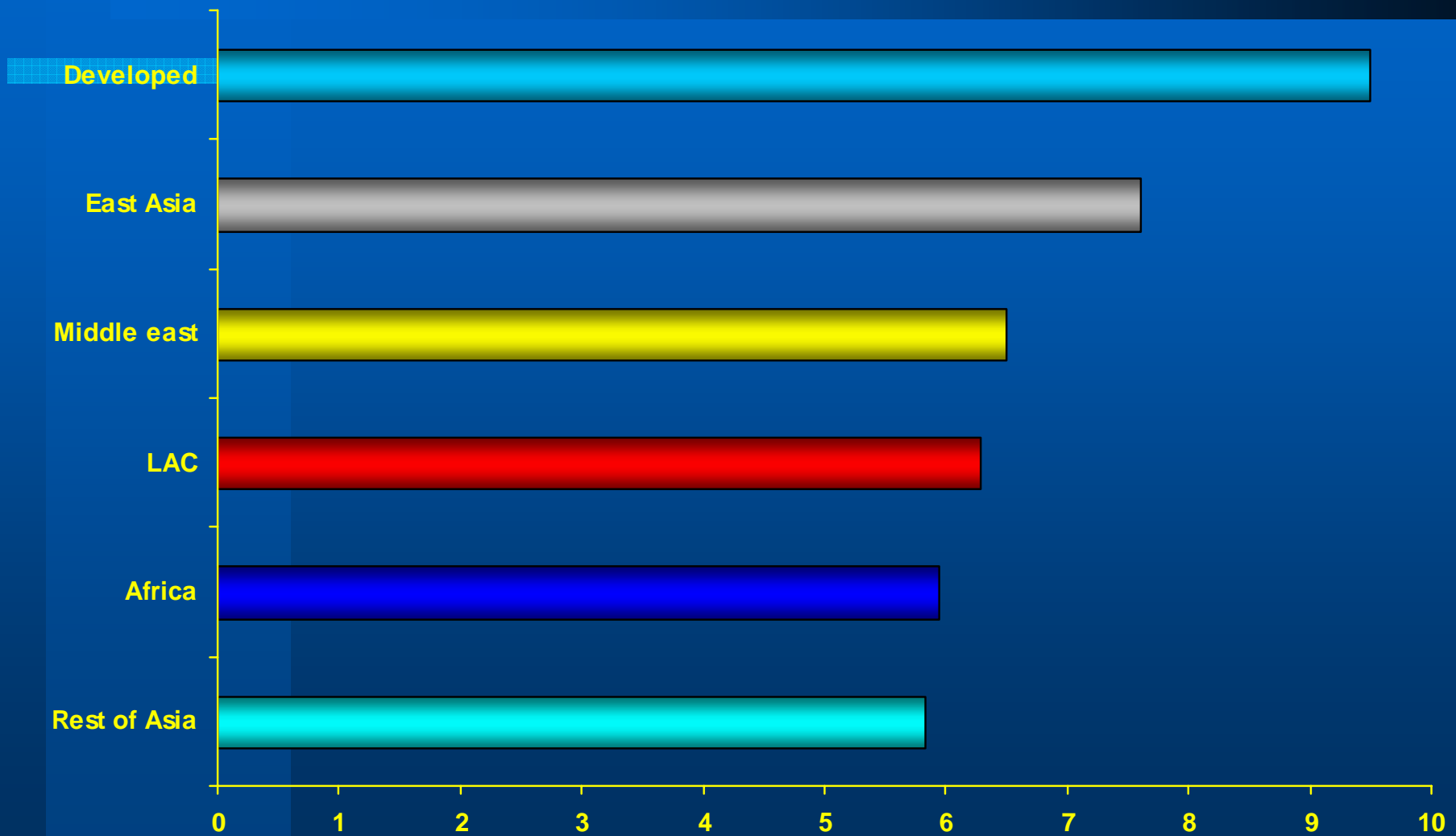
Weak Rule of Law

Contracts and Law Subindex



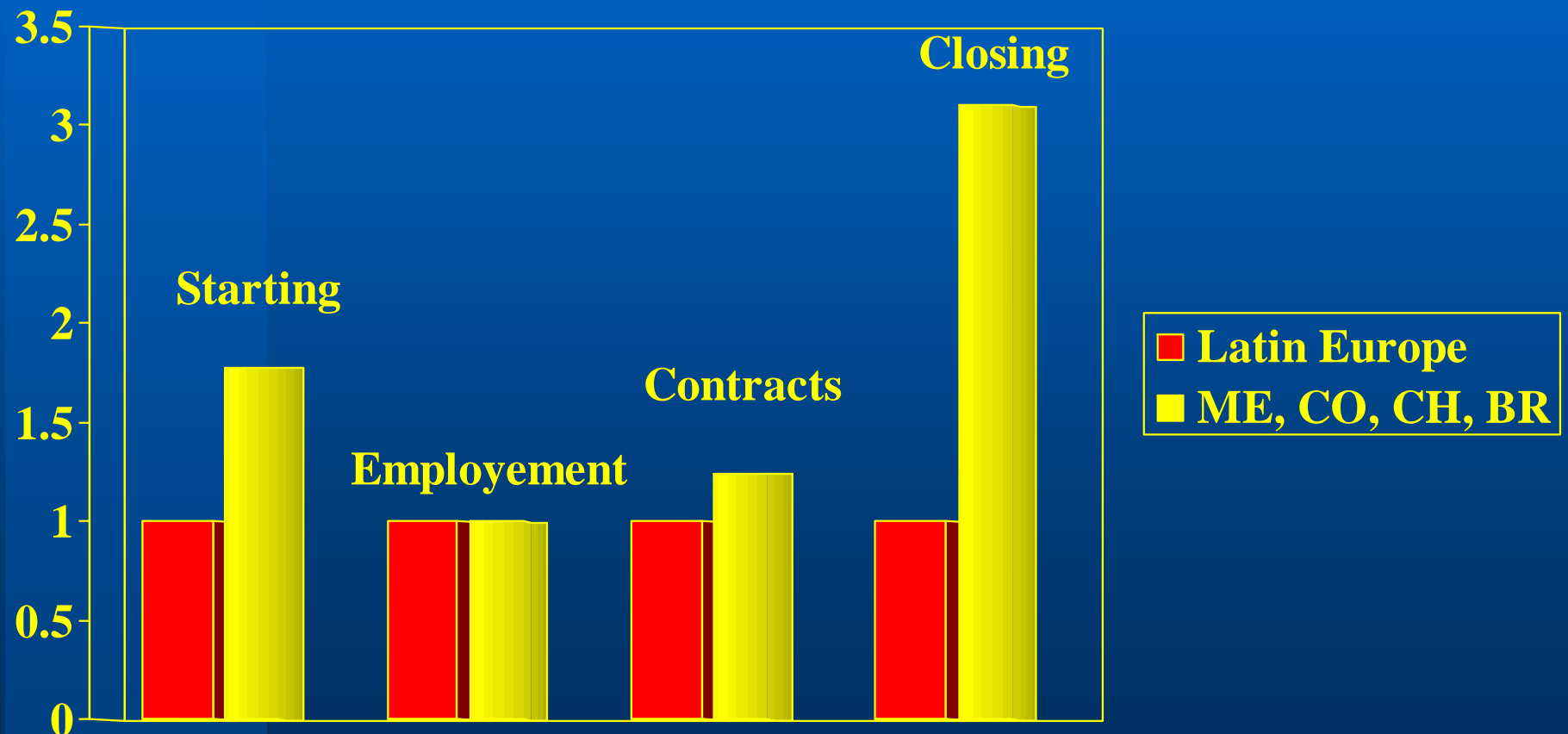
Source: The Global Competitiveness Report 2003-2004

Expropriation Protection Index

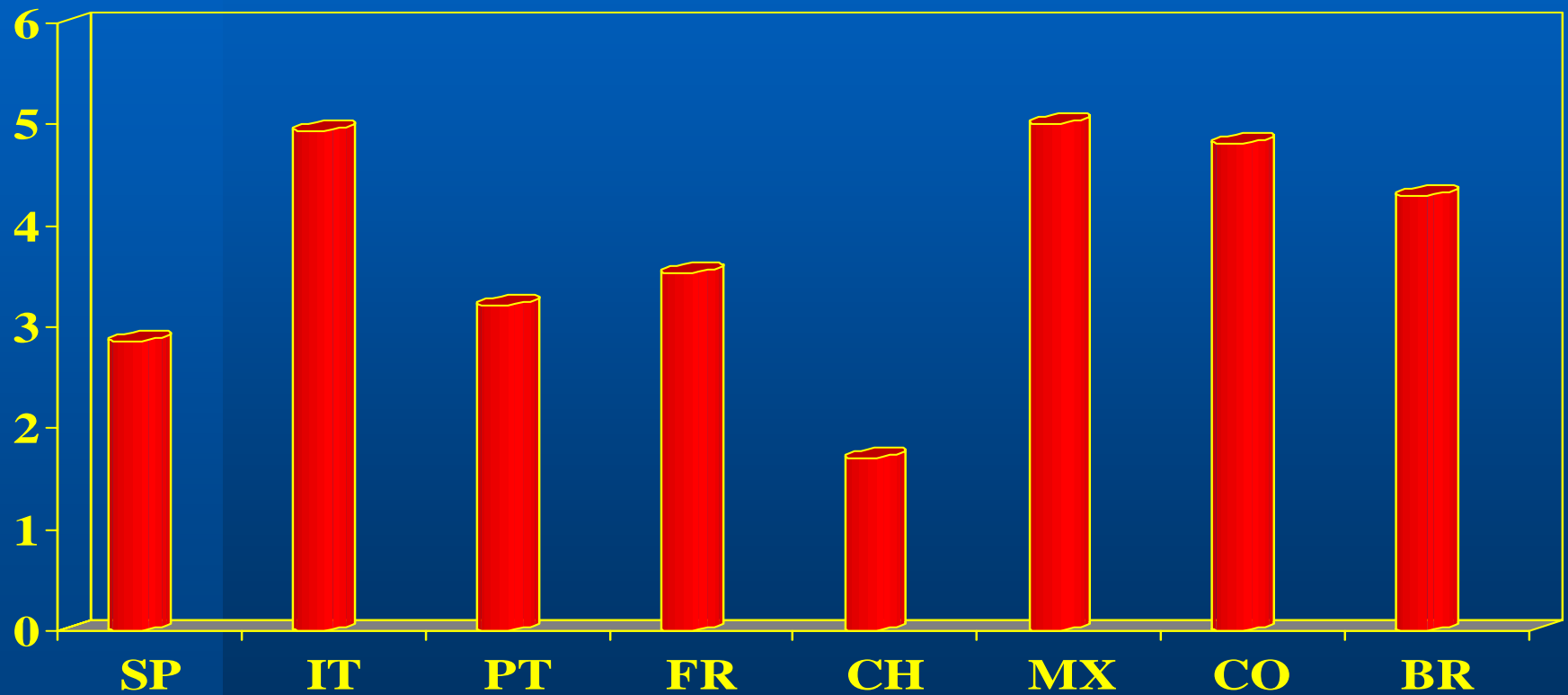


Source: ICRG, average for 1980s and 1990s

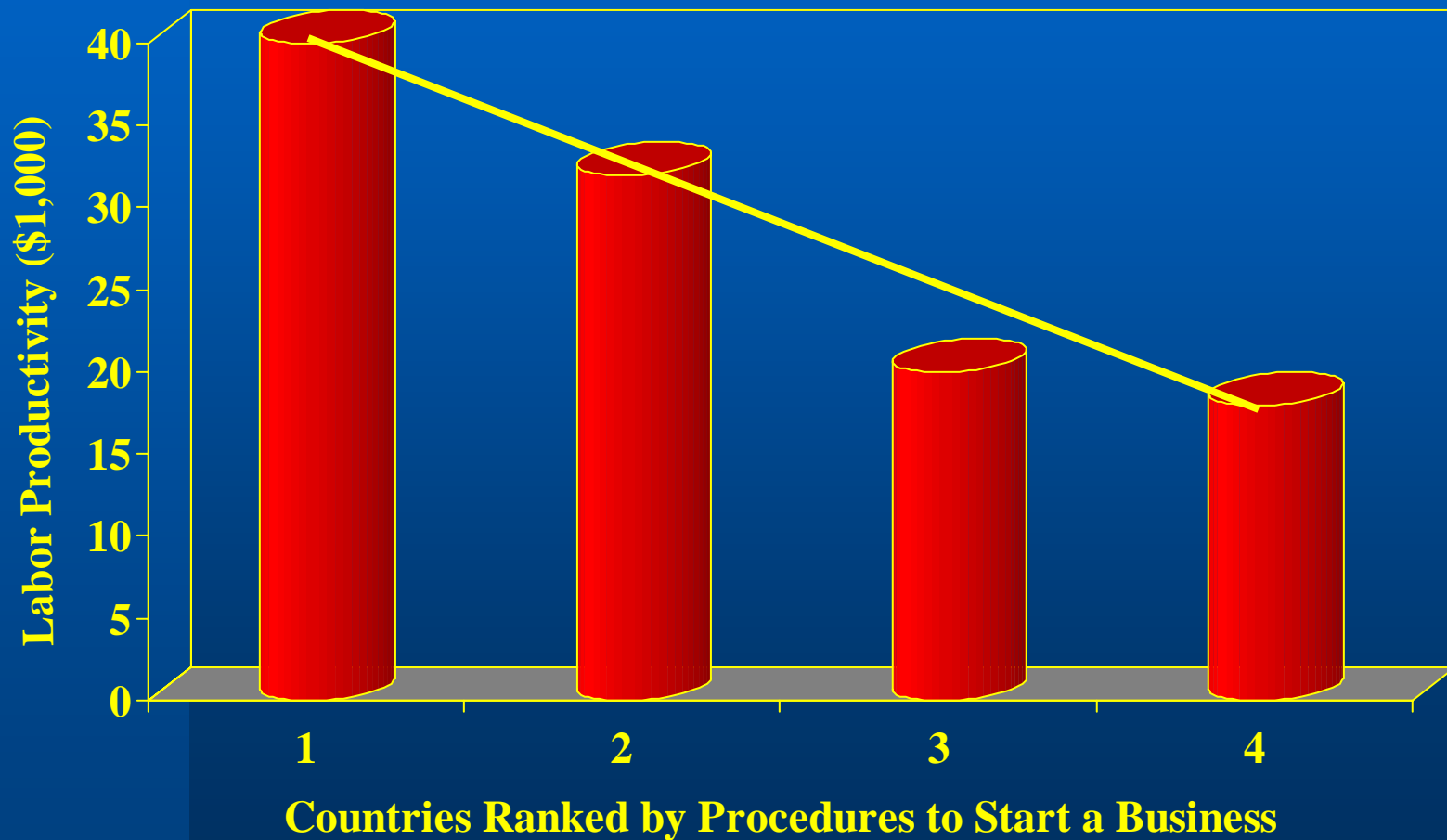
Entry and exit: Latin Europe vs. LA



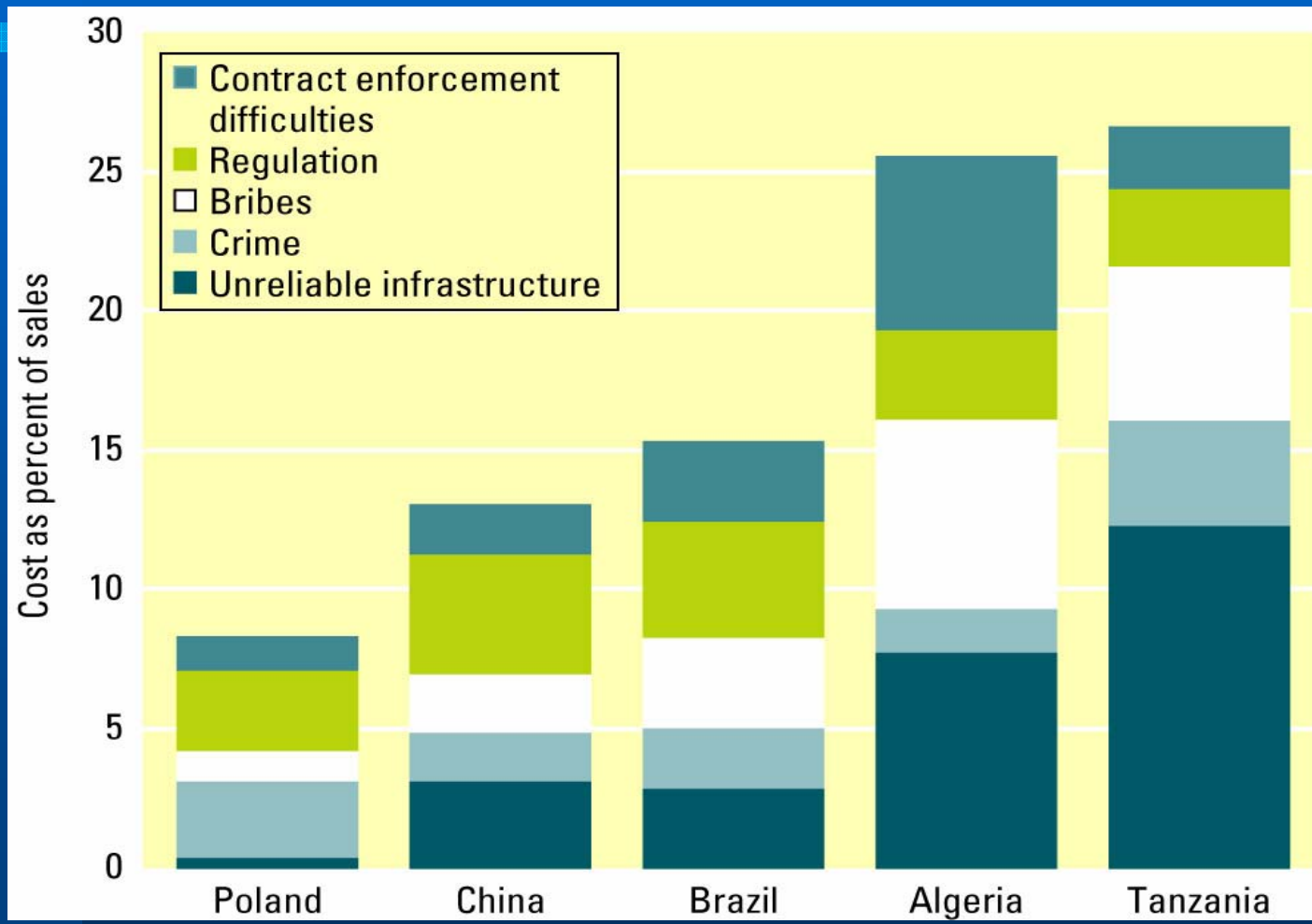
Opacity: ROR premium over US



More Procedures, Less productivity



Business Climate Constraints Impose Increased Costs



Source: World Bank ICS data in WDR 2005

What is the IDB doing about it

- Business Climate Initiative
- Building on Doing Business of the WB and the joint BEEPS (Business Enterprise Economic Performance Surveys)
- Series of targeted interventions to address very specific problems, after consensus on priorities with the public and private sectors

The Initiative Focus On

- Financial Systems Development
- Legal and Regulatory Frameworks
- Governance
- Institutional Development
- Secured Transactions
- Public Private Partnerships
- Competition law and policy

Competition and development

- Competition is part and parcel of the business climate, but many times looked at in isolation
- Many studies have shown a positive relationship between competition at home and country competitiveness and hence development
- Does it mean we must foster competition in all countries and all sectors?

Latin America ranks low

Growth Competitiveness Index



Source: The Global Competitiveness Report 2003-2004

Competitiveness Rankings

EU AREA

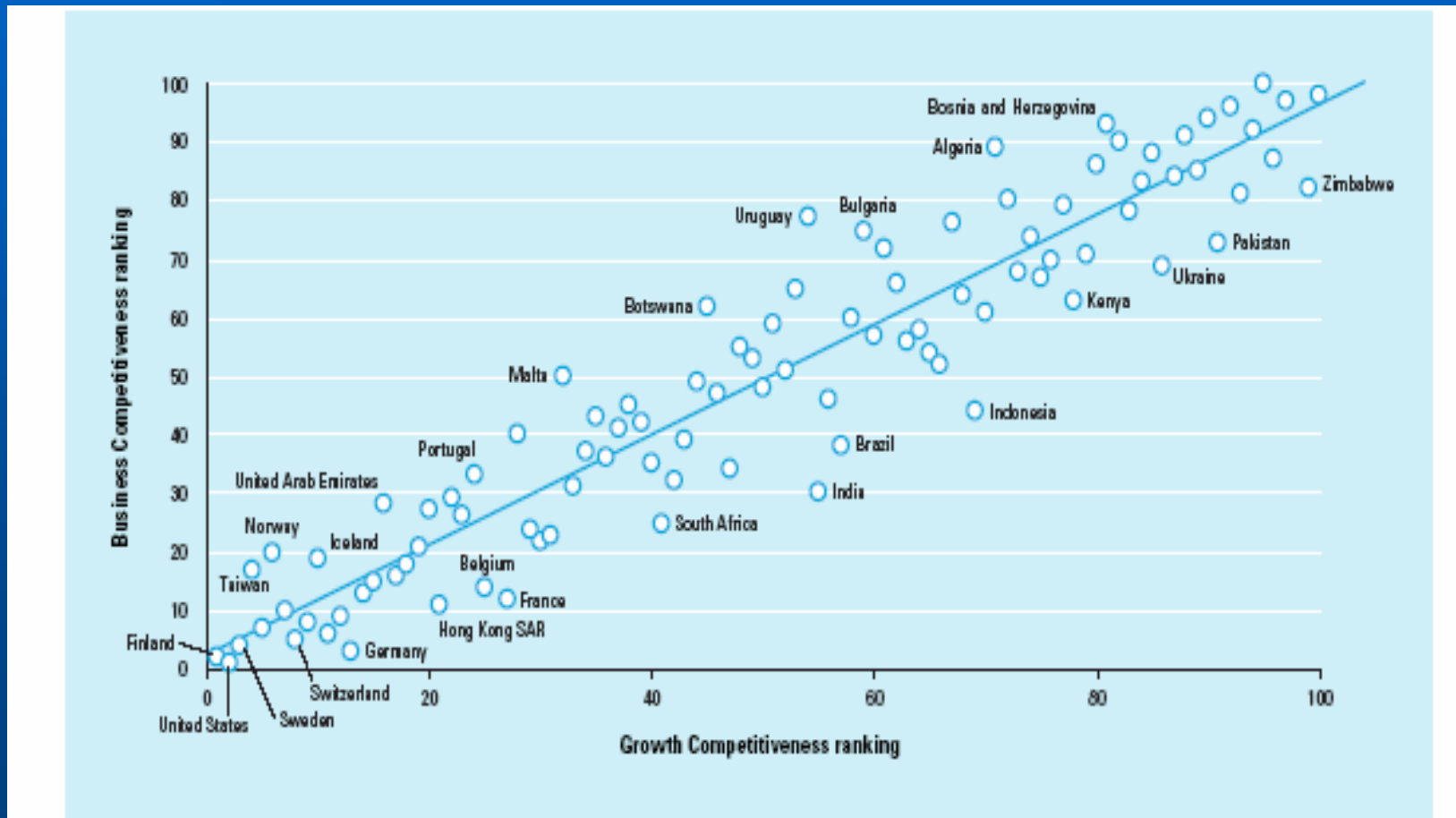
- ✓ Finland: 1
- ✓ Germany: 13
- ✓ United Kingdom: 11
- ✓ Austria: 17
- ✓ Spain: 23
- ✓ France: 27
- ✓ ... Italy: 47

LAC

- ✓ Chile: 22
- ✓ Mexico: 48
- ✓ El Salvador: 53
- ✓ Brazil: 57
- ✓ Colombia: 64
- ✓ Argentina: 74
- ✓ Venezuela: 85

* Source: World Economic Forum. 2004-200

Competition, competitiveness, growth

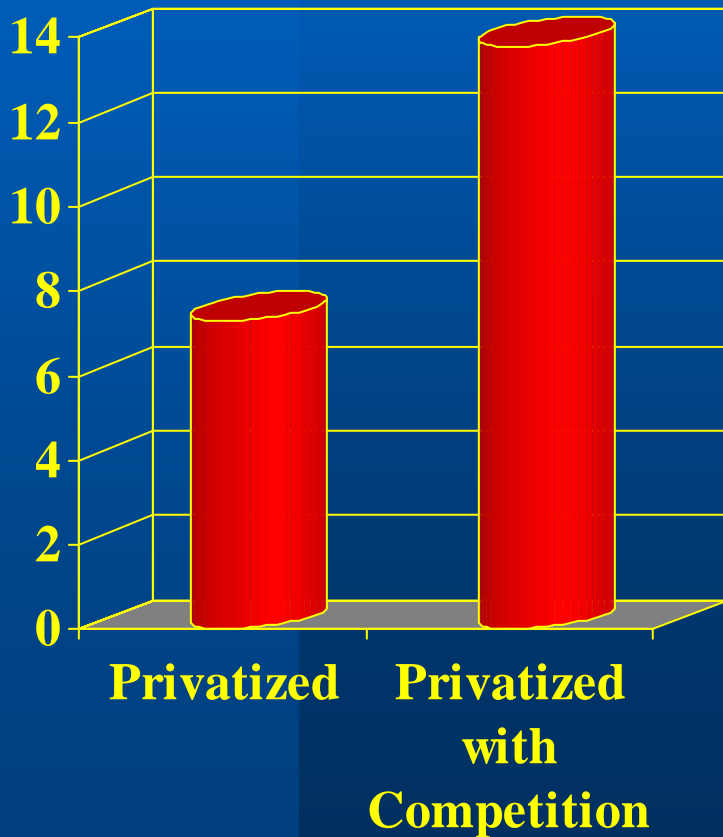


Source: The Global Competitiveness Report 2004-2005

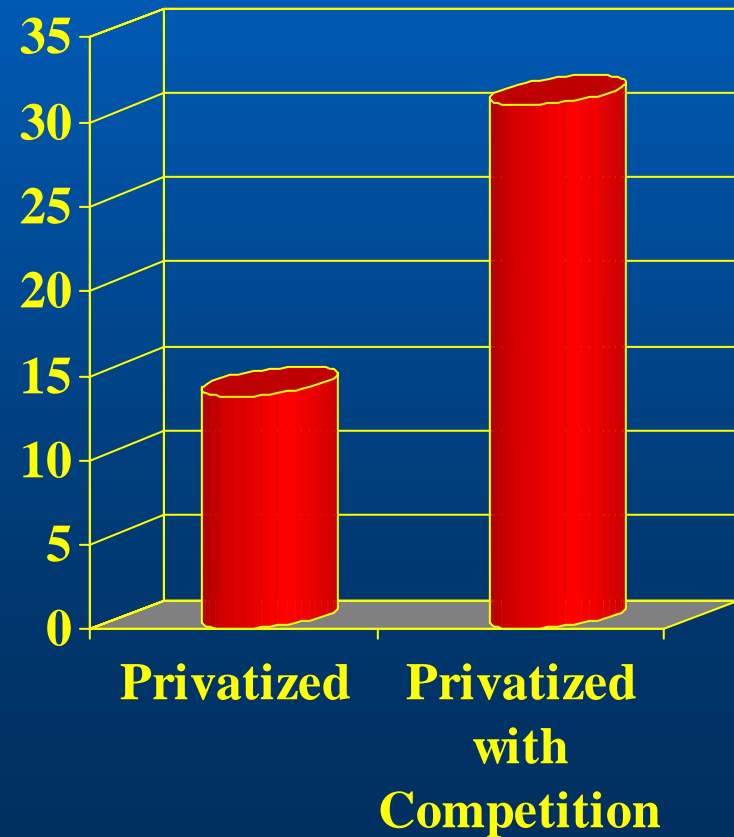
Productivity and Competition: An example

Growth of phone main line connections and productivity

Percent



Percent



Legacy of Import Substitution in LAC

- Protection from foreign competition
- Promotion of local industry and public monopolies
- Low absorption capacity for new technologies
- Low levels of investments in human capital
- Low productivity gains
- Low institutional effectiveness
- Low competition.....low competitiveness

Competition, competitiveness, growth

- Competition can help substitute for inefficient regulation and institutions, but it can also stifle economies of scale, nascent industries, innovation, etc..
- Balance is even more complicated in developing countries
- Context, context, context
- Complete and developed legal and institutional “markets”

Competition Is Not
An End In Itself

Multi-Layered Dynamic



Compatibility, complementarity, harmonization and integration required

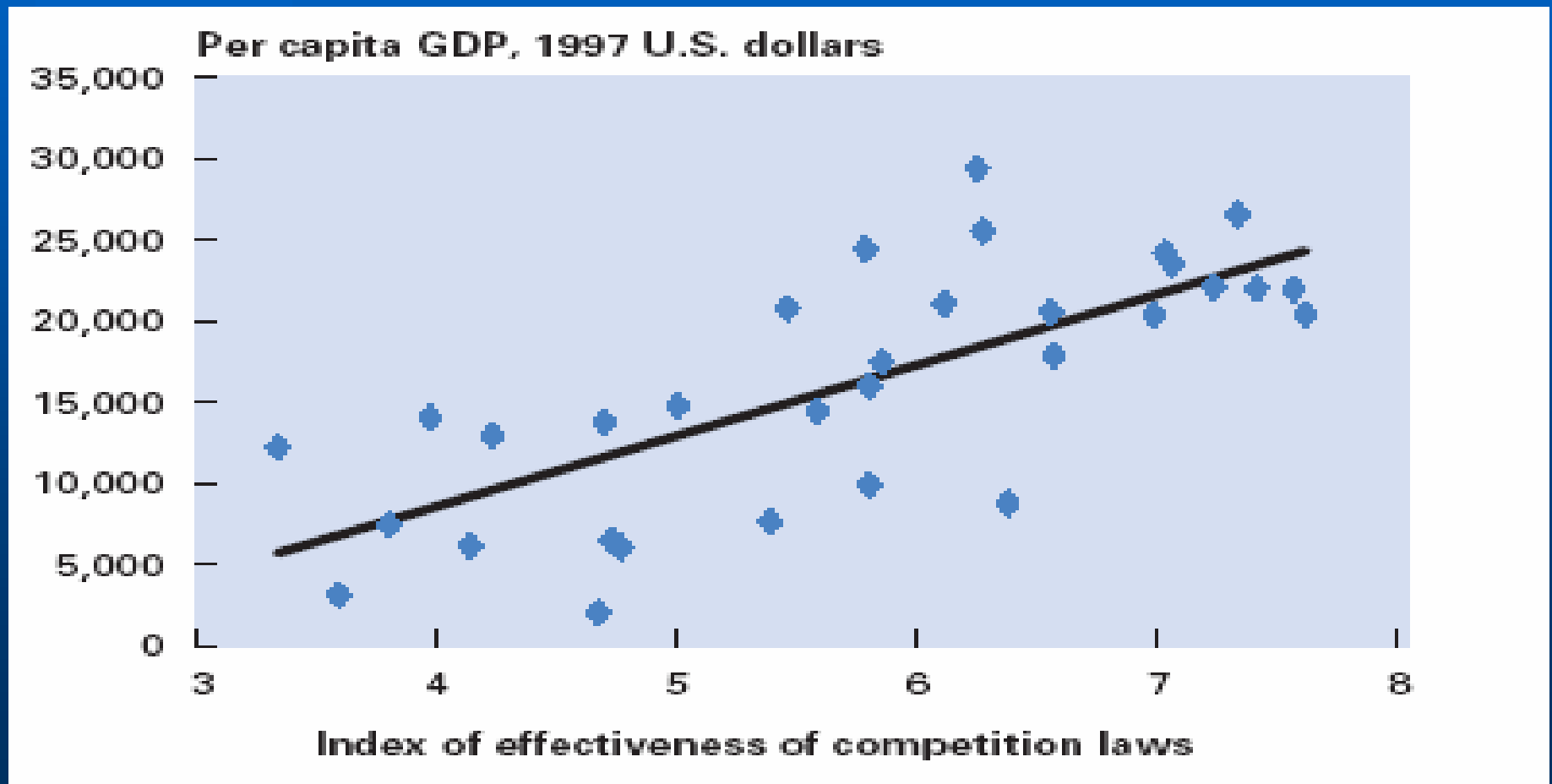


...and the glue.....

- Advocacy
 - Accountability
 - Monitoring
 - Enforcement
-
-for the last three we do not have effective words in Spanish or Portuguese!!

Increased per capita income increases effectiveness of competition law

(or is it the other way around?)



Source: World Bank ICS data in WDR 2002

Closing remarks

- Because of complexity we have to work on pieces
- But it is the whole that makes it work
- Not to wait for perfection
- In developing countries, many pieces are missing, many do not fit. **Do not go for a perfect piece** but rather the one that fits the most in the current puzzle.
- Aim to complete the legal and institutional pieces.....with glue.

The Importance of Competition for the Investment Climate

**Third Annual meeting of the Latin
American Competition Forum
Madrid, July 19, 2005**



Antonio Vives
antoniov@iadb.org
Tel. 202 623 1608



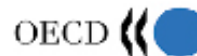
SESSION I: FIGHTING Hardcore CARTELS



ISSUES PAPER



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK
MULTILATERAL INVESTMENT FUND SUSTAINABLE DEVELOPMENT DEPARTMENT
SPECIAL OFFICE IN EUROPE



**ORGANISATION FOR ECONOMIC
CO-OPERATION AND DEVELOPMENT**
COMPETITION DIVISION

FIGHTING HARD CORE CARTELS IN LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN

1. “Prosecuting hard core cartels” was one of the topics of the most recent in a series of OECD seminars for Latin American and Caribbean competition officials. The seminar was held in October 2004 in Santiago, Chile, and was co-hosted by Chile’s competition enforcement authority. As usual, officials from non member countries presented actual cases, and those presentations provided the context for the discussion of key legal and economic principles. These case-based discussions were supplemented by reports on recent events in those countries without competition laws.¹
2. The cases and discussions showed that since 2000, when a previous OECD seminar in Latin America had focused on anti-cartel enforcement, countries in the region have developed increased awareness of the importance of prosecuting cartels and, in some cases, increased tools for doing so. There were, of course, differences among the countries on the level of public awareness, the strength (and even the existence) of competition laws, and the extent, sophistication, and success of anti-cartel activity. Some countries had serious, important investigations underway, but others did not. The imposition of significant fines has been rare, and some cases have been under review by the courts for years. Despite positive developments, it was clear that those who advocate and/or engage in anti-cartel enforcement in this region continue to face significant difficulties.
3. These difficulties are to some extent the result of the region’s history, which in general has seen considerable state intervention in economic matters and in some cases has included government approval and even sponsorship of cartels. (This note uses the terms “hard core cartel” and “cartel” interchangeably.) At the same time, the difficulties are not unique. Recent advances in anti-cartel enforcement in OECD countries has required a great deal of work to increase public and governmental awareness of the harm caused by cartels (and other anticompetitive practices), as well as to develop the necessary legal tools and skills.
4. This Forum’s discussion of anti-cartel enforcement will be organised so as to build on both the common aspects of Latin American and Caribbean enforcement and the relevant experiences of OECD members. This note does not discuss any of the case studies submitted to OECD training seminars, in part because the OECD treats submissions to such seminars as non-public in order to encourage candour. In addition, this Forum is not a training seminar, but rather a policy discussion in which high levels officials from the region can discuss with each other and with officials and experts of OECD countries the ways in which they have overcome past obstacles, the challenges they currently face, the ways in which they can assist each other, and the ways in which the international community can assist them.
5. As background for that discussion, this note describes the 1998 OECD Council Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels² and some of the

principal findings of more recent OECD and other work in this field. In light of what is at least an historical tendency for the public and governments in this region to adopt a tolerant if not supportive view of cartels, the note goes into some detail in discussing cartels' harm and the kinds of activities that can increase awareness of their harm. It also addresses substantive legal standards, the treatment of government-sponsored cartels, sanctions, investigation tools, and international co-operation, but those sections are less detailed. Although the note raises many questions, it is not a questionnaire but rather a "menu" of topics and issues that participants may choose to address in their written submissions and at the Forum meeting itself.

I. AWARENESS OF CARTELS' HARM – A PREREQUISITE FOR PROGRESS AND A CONTINUING CAMPAIGN

6. As noted above, many countries in Latin America and the Caribbean have histories of government-sponsored cartels, and this history undoubtedly contributes to a widespread lack of awareness of how harmful cartels are.³ Based on experiences in the region and elsewhere, it is clear that this lack of awareness is directly or indirectly responsible for many of the difficulties faced by competition advocates and officials.

7. Most obviously, perhaps, a lack of public awareness of cartels' harm makes it more difficult to persuade legislatures to enact competition laws and to provide the investigation methods and sanctions necessary to fight effectively against cartels. Even in countries with adequate competition laws, however, a failure of the public and government departments and officials to understand cartels' harmfulness can create or contribute to a host of problems. The problems are greatest in developing countries that lack a "competition culture," but they exist even in OECD countries. Even in OECD countries where a competition culture is best established, the competition authorities face a never-ending challenge to educate the public and other parts of government of the benefits of their anti-cartel (and other) law enforcement.

8. In countries whose anti-cartel laws provide adequate investigative tools and sanctions, a lack of awareness of cartels' harm can contribute to some or all of the following problems.

- The competition authority may be inadequately funded or may be subject to undue influence. This is very common problem in developing countries.
- Other parts of government may compel price fixing in order to make markets more "orderly," or may enact standards and rules that facilitate price fixing or other anticompetitive conduct. In some developing countries, including Peru, this tendency has led to the adoption of competition laws that can terminate even government imposed price fixing.
- Other parts of the government may not cooperate in investigations of private anticompetitive conduct. For example, the police force may be unwilling to assist in "dawn raids." And where judicial approval of such raids is necessary, judges may be reluctant to provide it.
- Individuals and businesses that are aware of cartel activity may be reluctant or unwilling to alert the competition authority or to cooperate in investigations. In varying degrees, this is a problem throughout the world. Some time ago, one OECD competition authority noted that its attempt to encourage people to complain about cartels had not been successful, apparently because cartels were not seen as a serious enough offence for people to overcome their reluctance to offend their fellow citizens by becoming "informants."

- In countries where independent competition authorities must rely on public prosecutors to bring criminal cases, the view that cartels are not sufficiently reprehensible to warrant criminal action undercuts the competition agency's authority and its effectiveness. The Mexican competition authority, for one, has had difficulty in persuading prosecutors to prosecute cartels criminally.
- A failure to appreciate the harm of cartels also makes it more difficult for competition authorities to impose strict sanctions, persuade courts to do so, or obtain convictions from juries. In some form, this problem exists everywhere. For example, even though New Zealand has a very competition-oriented culture, judges there regularly refused to impose large fines for cartel activity until a government report seeking legislative changes emphasised the amount of harm cartels cause and the reasons for strict sanctions.

A. The OECD Anti-cartel Recommendation as “Competition Advocacy” on the Harm Caused by Cartels

9. The 1998 Recommendation served as a catalyst for reform in part by identifying specific requirements for effective action. Thus, the body of the Recommendation focused on three topics: (1) ensuring that sanctions are adequate to halt and deter cartels, (2) providing competition authorities with adequate, compulsory investigation tools, and (3) seeking to improve international co-operation in anti-cartel enforcement by, among other things, using legislative and other means to remove unwarranted legal obstacles to the sharing of confidential information among competition authorities.

10. These substantive topics will be discussed in subsequent sections of this note, but it is important to call attention to the several ways in which the Recommendation has been a vehicle for “competition advocacy” to increase awareness of cartels’ harm. In the first place, the process of considering and adopting the Recommendation permitted competition advocacy within OECD members’ governments, as competition officials explained the policy basis for the Recommendation and sought their governments’ approval. Moreover, the issuance of the Recommendation attracted public and governmental attention, particularly in countries that had not traditionally been strongly opposed to cartels.

11. Second, the Recommendation’s preamble lays the predicate for its substantive recommendations by describing in a conclusory but quite specific way the harm that cartels cause to consumers and to the world trading system. The penultimate clause refers to cartels as “the most egregious violations of competition law,” and explains that they “injure consumers in many countries by raising prices and restricting supply, thus making goods and services completely unavailable to some purchases and unnecessarily expensive to others.” The final clause adopts a global perspective, explaining that cartels’ “distortion of world trade creates market power, waste, and inefficiency in countries whose markets would otherwise be competitive.” The “most egregious” label has become part of the standard description of cartels.

12. Third, the Recommendation invited non member countries to associate with the cartel. The association process is relatively simple and is described on the OECD website. An association request must be made by a country’s government, not merely by its competition authority, which may pose an obstacle for interested non member competition authorities but also provides them an opportunity for intra-governmental competition advocacy. In October 1998, a group of Western hemisphere competition officials issued a communiqué affirming the importance of anti-cartel activities, but Brazil is the only non member country to have associated itself with the Recommendation.⁴

13. Fourth, the Recommendation called upon the OECD Competition Committee to review members' experience in implementing the Recommendation and to report in two years on any necessary further action. As discussed below, this and subsequent Committee reports have continued to provide information about cartels' harm and explore the most effective ways of fighting them.

14. In its 2000 report on implementation of the Recommendation ("the First Report"),⁵ the Competition Committee noted the lack of data on cartels' harm, observed that improved public knowledge would bolster support for effective anti-cartel action, and announced its intention to pursue this issue (among others) in its further work. To provide policymakers and the public some sense of the magnitude of cartels' harm, the First Report applied formulas from the United States sentencing guidelines to available data concerning international cartels recently prosecuted by the United States. These formulas, which had also been used in the United Kingdom to make public estimates of cartels' harm as a means of educating the public, presume that cartels produce overcharges amounting to 10 percent of the affected commerce and cause overall harm amounting to 20 percent of affected commerce. Applying the 10 percent formula, the report estimated that the recently detected cartels had overcharged United States consumers by USD one billion, and overcharged other consumers by an unknown but much larger amount.

B. Follow-up Analyses of Cartels' Harm

15. Follow-up Committee work on cartels' harm was described in a 2002 "Harm and Sanctions Report"⁶ and a second "implementation" report ("the Second Report")⁷ that was issued in 2003. The analysis in these reports was based primarily on survey data from OECD countries, though non members were invited to make relevant contributions to the October 2001 meeting of the OECD Global Forum on Competition (GFC). In addition, a draft of the Harm and Sanctions Report was discussed with non members at this meeting.

16. OECD countries' survey responses reported on 145 cartel cases (less than half of those they prosecuted during the relevant period). It was possible to estimate the amount of affected commerce in only 16 of these cases, but their total exceeded USD 55 billion, which under the above noted formula implies overcharges of USD 5.5 billion (and total harm of USD 11 billion). In 14 of the cases, it was possible to make actual estimates of overcharges, expressed as percentages of affected commerce. The estimates ranged from a low of 3 percent to a high of 65 percent, with the median in the 15-20 percent range. Since the total amount of cartels' harm to consumers exceeds amount of the overcharges, it was clear that the total harm is substantial indeed. Like the First Report, these reports noted that cartels may be particularly harmful to developing countries, but the survey data did not provide a means for examining this issue.

17. There have been other important analyses of cartels' harm, including their harm to developing countries. For example, a study presented to the second GFC meeting indicated that developing countries imported an estimated USD 81.1 billion of products affected by 16 cartels.⁸ (These are not exactly the same cartels as those in the OECD study, though there is overlap.) These imports were estimated to represent 6.7 percent of their imports and 1.2 percent of their GDP. This volume of commerce implies overcharges of USD 8.1 billion using the formula in the sentencing guidelines or USD 12-16.2 billion using the median found in the OECD reports. Those numbers probably overstate the overcharges from those 16 cartels, but probably understate the overcharges to developing countries of all cartels.

18. Other studies have also made findings on cartels' harm. One study used estimates from more than 500 cartel episodes to conclude that the average overcharge is in the range of 20-30 percent, with higher overcharges for international cartels.⁹ Another study, funded by the Inter-American Development Bank and focusing on the desirability of including competition law provisions in the proposed Free Trade Area of the Americas, found that in Latin America and elsewhere, the monetary amount of imported vitamins grew faster in countries without anti-cartel laws.¹⁰ This finding supports the often expressed view that cartels target countries without such laws (and perhaps those with weak enforcement records).

19. Most of the foregoing studies relate to the harm caused by international cartels, but domestic cartels may well cause even more total harm, particularly in developing countries with no competition laws or without aggressive anti-cartel programmes. Most of the cases reported by OECD countries involved domestic cartels, some of which lasted for decades, involved many participants, and affected billions of the national currency.

C. Anecdotal, "Popular" Evidence of Cartels' Harm

20. The OECD's reports on hard core cartels have all included some "popular" evidence of cartels' harm, because such evidence, though anecdotal and sometimes indirect, can be useful in gaining the attention of laymen and in showing that cartel members know that their conduct is both harmful and illegal. Such evidence is often subject to various forms of confidentiality protections, however.

21. The decision of some individuals in the global lysine conspiracy to contest the allegations against them provided powerful evidence of the true nature of cartels. Public record evidence in that case, including videotapes, has been seen around the world. The Committee's First Report quoted the now-famous statement that "Our competitors are our friends. Our customers are the enemy." The 2002 and 2003 reports contained some similar, if less spectacular, evidence. A representative of a driving school noted that competing on price would "give away" money to customers, and that "would be a stupid thing to do." Officials from a large corporation piled evidence of a cartel into cars, drove to the country, and destroyed the evidence in four bonfires that lasted all day.

22. The Committee's Third Report is still under preparation, but relevant information from some recent cases is public. During a meeting of participants in the copper plumbing tubes cartel sanctioned by the European Commission in 2004, one individual stated: "The objective is to keep the prices in the high price countries high – if possible to increase [them] even more." The Commission's 2003 peroxide case was remarkable in both its duration (30 years) and the sophisticated way in which the cartel's operations were concealed.

23. Cartels that have a direct or obvious impact on consumers can be particularly useful as vehicles for raising awareness of cartels' harm. In the United Kingdom, a case against sellers of replica "England" and "Manchester United" football shirts and other such merchandise attracted great public attention even though it involved a relatively small amount of commerce. Ownership of houses or apartments is an important goal for Koreans, and cases against two construction cartels were extremely popular and highly publicized because of the cartels' indirect but clear increase in the price of apartments.

24. Various Latin American competition authorities have brought anti-cartel cases in recent years, but it is unclear whether or to what extent there is evidence in such cases that has been or could be used to illustrate the nature and harm of cartels.

D. Communication by Competition Authorities

- 25.** It is important for competition authorities to maintain proactive communications policies in order to educate the public and other government institutions about the benefits of all their activities, including anti-cartel enforcement. The need for and range of such policies was addressed in a Competition Committee roundtable discussion in October 2002.¹¹ In some OECD countries, these policies have been important in overcoming a traditionally suspicious attitude towards competition and a tolerance of cartels. In all OECD countries, they serve general educational purposes and are important in promoting the detection and deterrence of cartels.¹² Brazil was among the countries that reported a substantial increase in its communication efforts.
- 26.** Communication policies can be implemented in many ways, depending on variables such as resource levels, target audience, and national culture. The Korea Fair Trade Commission uses a cartoon character on its website, but this approach was not considered appropriate for Germany.
- 27.** A roundtable discussion in October 2004 dealt specifically with raising awareness of cartels' harm, and considered both general education programmes aimed at different groups (the business community, lawmakers, the general public) and specific programmes for procurement authorities. This roundtable has not been published but will be discussed in the Competition Committee's third "cartel report."
- 28.** In general, these two roundtables reflect an ongoing need for competition authorities to have active programmes to communicate clearly and consistently about anti-cartel and other work. Representatives of various authorities noted that the public, lawmakers, and even the business community often lack a good understanding of the premises or benefits of competition law enforcement, even actions against most cartels. There is greater public understanding of the harm of bid rigging (collusive tenders) and the reasons for prosecuting it, but there is a continuous need to educate procurement officials to be alert for such activity. In addition to showing that cartels are harmful, publication of information about cartel cases is important to showing that competition authorities are capable of detecting and prosecuting cartels, and that successful prosecution leads to substantial penalties.

Raising General Awareness of Cartels' Harm

- 29.** In raising general awareness of cartels' harm, quantitative estimates of the harm caused by cartels can be very useful, even if the underlying data and methods require that the estimates be qualified substantially. Monetary amounts are useful both in attracting attention and conveying the fact of harm, even if the amount is uncertain. Even anecdotal evidence of falling post-cartel prices is perhaps the most persuasive form of evidence, but the lysine case shows that when evidence from the parties can be released, statements about expected higher prices and/or profits or reflecting "guilty knowledge" are also useful. Although any competition authority would prefer to use evidence of harm from its own cases, evidence from other sources is necessary when competition advocates are seeking a country's first competition law and may also be necessary in many other situations. In addressing business groups, it is useful to stress that enterprises are often harmed by cartels.

30. When factual evidence is not available, competition authorities may often be able to educate the public and lawmakers by focusing on the practical way in which challenged or even hypothetical conduct affects consumers. Simple examples may be particularly useful in countries (or sectors of the economy) in which competition enforcement is (or would be) new and its implications are not widely understood. In such situations, it may not be necessary to quantify harm but merely to explain how harm may come about using terms and examples to which the audience can relate. For example, in dealing with those whose initial reaction is that cartels help local firms remain in business, one can at least begin by seeking to refocus the discussion on consumer prices. Or, to use an actual example involving what might be seen as a “soft core cartel,” if lawmakers in an Anglophone country question the value of a case challenging a professional organisation’s ban on advertising, one can communicate more clearly by alleging the “suppression of truthful information” – such as “Se Habla Español.”¹³

31. Seminars, conferences, and other public events can provide useful forums for increasing public awareness – particularly in the host country. The United Nations Conference on Trade and Development addresses anti-cartel enforcement in meetings and conferences.¹⁴ The WTO Working Group on Trade and Competition has also prepared materials and organised discussions of anti-cartel enforcement.¹⁵ In 2004, the International Competition Network created a Cartel Working Group, which prepared materials that were discussed at its June 2005 conference in Bonn, Germany.¹⁶ In Latin America, a number of countries have hosted meetings of the Iberoamerican Competition Forum, and Chile – and perhaps other countries in the region – holds an annual “National Competition Day.”

32. Public events and non-public intra-governmental discussions need not relate specifically to cartels or even to competition law in order to provide useful forums for anti-cartel advocacy. Discussions of public procurement provide an obvious opportunity, but events or meetings on other topics – such as corporate governance, corruption, or consumer protection – can also be useful vehicles for raising awareness of the importance of effective action against cartels. Developing countries have a particular interest in foreign and domestic investment, and their policymakers often regard competition law enforcement as harmful to investment. Therefore, competition officials can use public and intra-governmental meetings on investment to promote competition law enforcement as a benefit to the investment climate.¹⁷

Raising the Awareness of Procurement Officials

33. Bid rigging (collusive tendering) is a great concern to developed and developing countries throughout the world. Procurement officials are typically in the best position to detect signs of unlawful bidding arrangements, and they can to some extent influence how bidding procedures are organized to make the formation of cartels more difficult. Few countries have programmes to systematically educate procurement officials about bid rigging, however. Some have recently begun developing limited programmes, but in many OECD countries, procurement authorities and officials are not yet sufficiently aware of the danger of cartels and of the important role they can play in preventing and detecting them.

34. The most comprehensive programmes for procurement officials are found in the United States and Canada. The competition authorities in both countries organize seminars, speeches, and other educational programmes to reach out to the procurement community. The United States has published brochures on the danger of cartels and a checklist of suspicious behaviour and statements.¹⁸ Canada’s multimedia presentation on detecting and deterring bid rigging is available on CD ROM and on the Competition Bureau’s website.¹⁹

35. Although other countries' efforts to involve procurement authorities in discovering and preventing cartels are more recent, some have already shown positive results. In Sweden, for example, increased interest in bid rigging was triggered by a case against a cartel among asphalt producers that had targeted national and local road building projects. Media reports highlighted the losses for taxpayers caused by the cartel, as well as the fact that prices soon dropped by ²⁰ percent. Sweden's checklist for detecting bid rigging closely follows that of the United States, emphasising that competition authorities can benefit from the experiences and established programmes of others in order to more effectively reach out to public procurement officials.

36. The role of procurement officials in fighting bid rigging should not be limited to the detection of cartels once they have occurred. Competition authorities can advise procurement authorities on measures to make bid rigging less likely by making the formation of cartels more difficult and/or more costly.²⁰ For example, since a small number of similar competitors increases the likelihood of collusion, procurement authorities should seek a larger number and a better mix of competitors. The frequency of interaction among participants in procurement procedures increases the potential for collusion, and varying the scope of tenders can help reduce the extent to which the same parties participate in the same tenders. Moreover, procurement authorities can minimise the extent to which contracts of a similar size come up for bids at regular intervals.

37. Competition officials can also urge other steps to deter bid rigging. For example, the United States sometimes "debars" companies convicted of bid rigging from bidding on future government contracts. While this remedy must be applied cautiously to avoid reducing competition for the duration of the debarment, its availability and selective use is seen as a substantial deterrent. In some countries, every participant in a procurement procedure is required to sign a written statement of compliance or a statement of independent bid determination. Such statements can deter bid rigging by requiring firms to disclose the material facts about any communications and arrangements with competitors regarding the tender call, or by requiring bidders to certify that there were no consultations, communications, or agreements with competitors relating to pricing or intent to submit an offer.

E. Potential Issues for Discussion in Written Submissions and at the Forum

38. The foregoing discussion raises many issues that participants may want to address, and many different kinds of information could be relevant to those issues. For example:

1. To what extent, and in what ways, does lack of awareness of cartels' harm obstruct your efforts to obtain the powers needed to fight cartels or to use your existing powers effectively?
 - Have you encountered the difficulties described in this note? Have you encountered other difficulties? Have there been instances in which specific legislative or enforcement initiatives have been frustrated by legislators, prosecutors, judges, or others on the ground that cartels are beneficial or not particularly harmful?
2. To what extent, and in what ways, do you promote awareness of cartels' harm?
 - Do you have easily understandable, publicly available brochures or other documents focusing on the harm caused by cartels? Are such documents available on your website?
 - To what extent do you have proactive programmes to distribute information on cartels' harm to the general public, lawmakers, government regulators,

and business interests? What kinds of activities do you use – e.g., speeches, newspaper articles or advertising, other media shows or advertising?

- At what point does your competition authority make public the allegations against enterprises? Are the decisions finding competition law violations made public? Is there an attempt to write such official documents in a manner that can increase public awareness of cartels' harm – for example, by including colourful details in allegations, or by discussing cartels' harm in general as background in decisions relating to cartels?
 - To what extent do you have a programme to educate procurement officials on the means by which they can detect and deter bid rigging? Do you have written materials on this topic? Do you have meetings with or training programmes for procurement officials?
3. What kinds of evidence have you used to explain cartels' harm?
- Have you used the information on cartels' harm from OECD Competition Committee reports? Information from other international organizations or other countries? What kinds of information – quantitative estimates, colourful anecdotes, large fines, etc. – have you found most useful? How could information on cartels' harm be made more helpful?
 - To what extent have you sought to gather and distribute information about the harm cartels have caused in your country? Based on your experience, do you have particular suggestions on gathering and/or presenting relevant evidence or arguments?
4. Assuming that your country has an anti-cartel law, would it assist your anti-cartel advocacy and enforcement activities for your country to associate itself with the 1998 OECD Recommendation? If you proposed such association to your government, would discussing the proposal provide a useful opportunity for competition advocacy within your government?

II. STANDARDS FOR PROVING THE EXISTENCE AND LEGALITY OF CARTELS

39. The OECD Recommendation defines “hard core cartel” as an anticompetitive agreement, concerted practice, or arrangement by competitors to fix prices, restrict output, rig bids (collusive tenders), or divide markets. It did not, however, seek either to define these terms or to state what legal standards a country should apply in assessing whether conduct or other evidence is sufficient to show (a) the existence of an agreement, concerted practice, or arrangement by competitors or (b) that the agreement is anticompetitive and illegal. Clearly, however, these are important issues.

A. Proving the Existence of an Agreement

40. The statutory and case law of OECD and other countries uses differing terminology, but by definition all horizontal restraint cases, including those constituting cartels, require proof of some kind of “agreement” – some kind of “meeting of the minds.” Proof of an agreement is difficult in many horizontal restraint cases, because the agreement is seldom written down and the parties often claim to have acted unilaterally. Direct evidence is difficult to find, but circumstantial evidence of agreement – that is, evidence of facts and circumstances supporting an inference of agreement – is admissible and can be very convincing.

41. Consciously parallel conduct by the alleged parties to the agreement is circumstantial evidence, but it is generally insufficient to support a finding of agreement unless “plus factors” – additional circumstantial evidence – are also shown. Sometimes, the improbability of parallel conduct absent agreement can itself be a plus factor (e.g., identical list prices and discounts for differentiated products over many years, with simultaneous price increases even when costs are declining). Evidence from telephone logs, email, other correspondence showing frequent contact can also be a plus factor (though evidence of a secret meeting is more persuasive), especially when the communication is closely followed by simultaneous, identical actions. Similarity in the language of documents from different firms, pretextual explanations for price increases, and evidence that allegedly unilateral conduct would be contrary to the parties’ self interest absent an agreement are other kinds of circumstantial evidence. None of this evidence can be looked at in a vacuum, taken together, all of the evidence must make concerted action more probable than unilateral action.

42. In civil or administrative cases, where the applicable standard of proof requires something along the lines of showing that it is “more likely than not” that there was an agreement, circumstantial evidence is often dispositive.²¹ Circumstantial evidence can also be important in criminal cases, but in such cases the higher standard of proof (e.g., “beyond a reasonable doubt”), the need to make an additional showing of “intent” or “guilty knowledge,” and the possible need to persuade jurors who may have difficulty drawing inferences means that some direct evidence is much more important as a practical matter. (This is one reason for questioning whether criminalisation of cartels would be beneficial in some countries.)

43. If agreements are inferred when the conduct shown does not make it more likely than not that there was some meeting of the minds, anti-cartel enforcement would tend to deter legitimate conduct. On the other hand, insistence on direct testimonial or physical evidence of the agreement, especially in civil or administrative cases, would appear to be an unwarranted barrier to effective enforcement. The peer review report on competition law and policy in Chile noted that although some cartel agreements had been inferred from circumstantial evidence, it had been suggested that the commissions that then decided cases had a tendency to reject even persuasive circumstantial evidence and to insist on “concrete” evidence that company representatives had actually reached an agreement.²²

B. Proving that an Agreement is Illegal

44. Several countries treat cartel and some other agreements differently from other types of anticompetitive agreements, sometimes by making certain agreements automatically or “per se” illegal even in the absence of evidence that the parties had market power or more direct evidence of effects. (In Columbia, Costa Rica, Mexico, and Panama, these agreements are described as being “absolutely prohibited.”) Stated differently, this approach says: “Since the parties to this agreement presumably believed that it would have some effect, and since we know cartel agreements are always or nearly always anticompetitive, we will conclusively presume that this agreement had anticompetitive effects.” Although many countries require some sort of evidence of anticompetitive effects, the study of cartels over the last five years has increased interest in specifying a lesser standard of proof in cartel cases.

45. Another evidentiary issue in cartel and other cases is whether and how the parties may defend on the ground that the agreement was “justified.” It is often said that no justifications may be offered in cartel or other “per se” cases, but the process by which an agreement is characterised as “price fixing,” for example, often take into account possible efficiency justifications.

46. Issues relating to whether a competition authority must show market power and whether and what efficiency or other justifications may be offered are illustrated by a cartel case described in last year's peer review report on competition law and policy in Peru.²³ Peru's law presumes that cartel agreements "harm the general economic welfare," and for years Peru treated this presumption as conclusive and applied a "per se" approach. In 2003, however, the Competition Tribunal held that accused members of a cartel must be given an opportunity to show that their agreement did not cause such harm.

47. This case was described by the competition authority as applying a "rule-of-reason" approach, and it caused considerable controversy in Lima, but the peer review report suggested that the decision was unlikely to have any substantial impact unless it portends some future change. In the first place, the Tribunal did not remand the case for further findings, but rather found the conduct illegal after rejecting proffered justifications but without any examination of market power or other evidence relating to anticompetitive effects. If this was the rule of reason, it was at most what is sometimes referred to as a "quick look" or "truncated" rule of reason, under which some agreements among competitors may be condemned without a "full-blown" analysis of market power and effects if they lack efficiency justifications or there is anecdotal evidence of effect.²⁴ In the second place, the change was described as moving from a United States to a European model, but the European Commission has for some time considered hard core cartels to be essentially "per se unexemptable."

48. It is sometimes suggested that developing countries – or those developing countries that are just beginning competition law enforcement – should make greater use of absolute prohibitions because they do not have the data, the expertise, or the resources to do a full-blown rule-of-reason analysis. However, these suggestions seldom provide a means of identifying what additional agreements might fall into an expanded "per se" category. One clear candidate would be agreements among competitors to refuse to buy or sell to enterprises that deal with the competitors' existing or potential competitors. In a number of countries, such agreements are considered a subcategory of horizontal "boycotts" that are subject to the per se rule or are condemned as hard core cartels.²⁵

C. Potential Issues for Discussion in Written Submissions and at the Forum

1. How may the existence of a cartel agreement be proved in your country? What kinds of circumstantial evidence have been used?
2. How does your country distinguish between hard core cartels and legitimate, procompetitive joint ventures that may have some provisions which restrict price or other competition in ways that might be characterised as price fixing or other cartel agreements if they occurred outside the joint venture context?
3. What must be proven in order to declare an alleged cartel agreement to be illegal? If anticompetitive effects must be proven, is it necessary to define product and geographic markets and demonstrate that the cartel has market power? What other methods of showing effects are used? To what extent and how may cartel members seek to justify their conduct?

III. GOVERNMENT-SPONSORED CARTELS

49. Although the economic policies of Latin American governments have become more market oriented in recent years, the history of interventionism and its persistence in some situations calls for a separate, though brief, consideration of cartels that are mandated or encouraged by national or local governments.

A. Applicability of Competition Law

50. In general, the competition laws of OECD countries do not apply either to government entities that adopt regulations mandating price fixing or other cartel activity, or to the enterprises that adhere to those regulations. When government entities encourage cartel activity, their activity is not likely to be covered, and the liability of cartel members is likely to depend on whether the “encouragement” included approval and oversight or merely informal suggestions.

51. The Treaty of Rome, however, does subject Member States to some competition law and related requirements, however, and in developing and transition countries it is quite common to find provisions that apply to government entities – even ministries – not only when they engage in proprietary (commercial) activity, but also when they engage in regulatory activity that is unauthorised and anticompetitive. These provisions often apply also to unauthorised anticompetitive conduct by government officials.

52. The competition laws of both the countries that have been peer reviewed in previous meetings of this Forum apply in some situations to government entities acting in their regulatory capacity. The scope of this coverage is more limited in Chile, where the law applies to discriminatory action that creates an uneven playing field, but does not apply to rules that are not discriminatory but may have anticompetitive effects.

53. In Peru, while the Free Competition Law does not apply to governments acting in a regulatory capacity, the “Market Access” law permits the competition authority to issue reports finding that regional or municipal ordinances, and some ministerial orders, are unjustified barriers to competition. If the responsible government council does not respond, the restriction is automatically invalidated. If it responds by claiming that the restriction is justified, the competition authority may bring a legal action seeking to require its elimination. The scope of the law is very broad, in that it (a) permits anticompetitive rules to be condemned automatically if they are “illegal” (extending beyond the area in which the government entity is authorised to regulate), and (b) permits “legal” rules to be condemned if they are “irrational” in the sense that they are more restrictive than necessary to achieve their legitimate regulatory purpose. In one case, the Competition Tribunal found Ministry of Transport rules that in essence fixed prices for road freight transport to be both illegal and irrational.

B. Potential Issues for Discussion in Written Submissions and at the Forum

1. To what extent do government entities in your country sponsor, support, or facilitate cartels, either officially or unofficially?
2. Does your current or proposed competition law apply to anticompetitive rules and activities by government entities when the rules and activities reflect government action in its regulatory capacity? Under what circumstances? How does the law distinguish between (a) regulations that include some anticompetitive provisions as part of a legitimate regulatory scheme, and (b) anticompetitive regulations whose claimed legitimacy is a disguise?

IV. SANCTIONS IN CARTEL CASES

54. There is increasing consensus that strong sanctions against hard core cartels are necessary to deter future cartel activity. The most commonly used sanctions are civil or administrative corporate fines, but since those fines are seldom large enough to deter cartels, there is increasing interest in criminal, civil, and/or administrative sanctions on responsible individuals.

A. Available Sanctions

55. Fining Enterprises. OECD studies suggest that whether fines are criminal, civil, or administrative, they should exceed the amount of the unlawful gain that the cartel members realised from their conspiracy, to take into account the fact that that potential cartel participants will tend to discount the expected costs of penalties by some factor that represents their view on the likelihood of detection and punishment. Since only one in two or three cartels, or even one in six, are prosecuted and punished, it is often suggested that the fines against those that are prosecuted should be at least two or three times the gain.

56. Despite recent large increases in the size of fines, few have reached the level of two or three times the unlawful gain. In some situations, maximum penalties have been too low, a problem that the United States recently addressed by increasing maximum corporate fines from USD 10 million to USD 100 million. In other situations, courts have been reluctant to impose fines at or near the maximum levels permitted under domestic laws. As indicated above, competition authorities have sought to address this problem by increasing judges' awareness of cartels' nature, the harm they cause, and the need for deterrence.

57. In addition, theoretically sound measures of penalties, such as the amount of the actual overcharge, are difficult to prove and may, especially if a multiplier is applied, result in fines so large that they would bankrupt even very large enterprises.²⁶ Other measures, such as a percentage of profits, are problematic because of the ease with which cartel members can manipulate their profits. The most successful approaches include those that have been based on the cartel members' total turnover or gross revenues, or on the volume of commerce affected by the cartel.

58. Latin America has seen relatively few large fines. Last year's peer review report on Peru noted that the Competition Tribunal tends to reduce the fines of the Competition Commission, and that some attribute to the Tribunal's disapproval of the Commission's deterrence-based approach. There does not appear to be much information available about how Latin American competition institutions and/or courts assess what constitutes an appropriate fine.

59. Fines as Individual Sanctions. In light of the extreme difficulty of fining enterprises enough to deter cartel activity, increasing attention is being paid to fining natural persons for their participation in a cartel. The utility of such sanctions is clear. Such sanctions not only provide additional deterrence, they create an incentive for culpable individuals to defect from the cartel and to co-operate with the investigation.

60. The effectiveness of fines against individuals is undercut if and when enterprises are willing and able to assure individuals that they will reimburse them for the fines they pay. Reimbursement for fines is illegal in some countries, and it would appear to be possible to monitor against many forms of reimbursement, but it would be difficult to prevent

reimbursement through pay increases stretched over a considerable period. Nevertheless, individual fines can clearly be useful, because enterprises will not necessarily guarantee reimbursement for fines, and when one does so, the individual cannot be sure that the enterprise will follow through on its promise. The deterrence value of individual fines would presumably be reduced if enterprises paid premiums in advance to compensate for the risk, but such payments (a) may be unlikely, and (b) would not prevent individual fines from being a powerful incentive for an individual to seek leniency and co-operate with an investigation. Fines against individuals can be an especially useful tool where imprisonment is not an option, but it is noteworthy that in the United States, where imprisonment is most common, the maximum individual fine was recently increased from USD 350,000 to USD 1 million.

61. Criminalisation and Imprisonment. Although corporate cartel participants can be fined through civil and administrative procedures, the bad publicity, stigma, and possible other consequences that may accompany a criminal fine can be an additional deterrent. If criminal sanctions are also available for the responsible individuals, criminalisation can increase deterrence even more and provide significantly greater incentives for leniency applications and co-operation.²⁷ Moreover, criminalising cartel activity may bring with it stronger investigative powers, including expert surveillance and search techniques.

62. For these reasons, there is increasing interest in some countries in making cartels criminal violations. On the other hand, the higher standards of proof and greater rights of the accused would to some extent make prosecution more difficult, and for this reason proponents of criminalisation generally propose it as a supplement, rather than a substitute, for the existing civil or administrative system. Two-track systems can also present some difficulties, and New Zealand has resisted criminalisation based in part on a study concluding that in its system, criminalisation would lead to fewer prosecutions and fewer successful cases.²⁸

63. In addition, criminalisation could be problematic in countries where cartels are not viewed as sufficiently serious violations for the criminal justice system – the prosecutors, judges, and juries – to bring good cases and to convict cartel members. Notably, Chile’s recent amendments to its competition law decriminalised the law but substantially increased the maximum fines – a trade that was considered beneficial since the public has not accepted the view that cartels are a serious crime. In the end, the costs and benefits of criminalisation will vary from country to country depending on its legal and cultural traditions and other factors.

64. Other Individual Sanctions. Individual sanctions can include penalties other than (or as well as) fines or imprisonment. Possible sanctions include temporary or permanent bans on serving as an officer or director of an enterprise (or an employee of the government), orders to engage in community service (perhaps assisting the competition authority in its communication programmes), and travel restrictions.

65. Private Actions for Damages. Private actions for damages by cartels’ victims are common in a few OECD countries and are authorised by the laws of some additional countries. Even when damages are purely compensatory, they can add to the deterrence provided by competition authorities’ cases, and several OECD countries are seeking to make it easier for victims to bring private damage actions. Compensatory damages are not “sanctions” in the sense of being a penalty, but the availability of treble damages in the United States is a sanction in this sense (and also provides a significantly greater incentive for victims to bring damage cases).

B. Potential Issues for Discussion in Written Submissions and at the Forum

1. What sanctions are available under your current or proposed law? What has been your competition authority's experience in applying those sanctions?
2. Of the sanctions listed above that you currently do not have, which do you think would be most useful in your country? Which ones appear unobtainable or unworkable in your country, and why?

V. TOOLS FOR INVESTIGATING CARTELS

66. The 1998 Recommendation called for ensuring that competition authorities' investigation powers are compulsory and adequate. Given cartels' obvious illegality and the elaborate mechanisms that are sometimes used to maintain their secrecy, it is clear why the ability to use compulsory process is necessary, and most competition authorities have this ability. However, given this obvious illegality and the potential imposition of severe sanctions, it is also clear that this power is not sufficient as a means to investigate cartels.

A. Investigative Tools

67. Dawn Raids. Destruction of documents demanded by a competition authority is generally punishable as a criminal or a serious civil law violation, but it has become evident that competition authorities need the ability to act with the element of surprise to acquire documentary and electronic evidence (computer files) that may contain evidence of an unlawful cartel agreement. Competition authorities with the necessary authority have found the "dawn raid," whereby investigators conduct a surprise visit to the offices of suspected cartel members, to be an effective tool. Mexico's Federal Competition Commission lacks (but is seeking) the necessary authority; Brazil apparently has and uses the authority; it appears that other non-OECD countries in the region generally lack this authority.

68. Because of dawn raids' intrusive nature and its costs to the investigated entity, the laws of some countries require that formal approval be obtained from an independent magistrate or judge, satisfying some standard for reasonable probability that a violation has been committed or that relevant evidence exists on the premises. Whether or not competition authorities need to obtain such approval beforehand, they sometimes need assistance from the police. The need to obtain co-operation from judges and police can cause difficulties for competition authorities in developing countries. In addition, such authorities may have difficulty mustering the substantial resources needed for dawn raids.²⁹

69. Sealing Business Premises and Inspecting Personal Residences. Although the European Commission has long had the power to conduct dawn raids, it only recently received the ability to seal business premises and to inspect personal residences.

70. Oral Testimony. The competition authorities in many countries lack the ability to compel oral testimony or statements from individuals. This tool becomes more important as cartel operators become more sophisticated, and eliminate "paper trails" of their agreement.

71. Leniency Programmes. Leniency programmes are a relatively new and dramatically successful investigative tool, providing a means to both detect cartels and acquire evidence with which to prosecute them. Such programmes promise amnesty from punishment to the first cartel participant (and only the first) that comes forward to offer co-operation with the competition

agency. The programmes may also offer leniency short of full amnesty to other cartel participants who subsequently approach the enforcement authority to offer their co-operation. Leniency is usually sought by corporate cartel participants, but can apply to individuals in those countries whose competition laws expose responsible individuals to sanctions.

72. As discussed in Competition Committee reports,³⁰ leniency programmes create uncertainty within cartels by providing a powerful incentive for members to "defect." Jurisdictions that have adopted the most refined leniency programmes have experienced a substantial increase in the number of cartels uncovered, the number of successful prosecutions, and the level of average fines.³¹ Brazil has a programme, which will be discussed during the peer review at the Forum meeting.

73. Leniency programmes do not work, however, unless there is: (a) a high degree of certainty regarding the nature of the leniency that will be granted, and (b) a credible threat of strong sanctions for those who do not co-operate. At present, the latter requirement may limit the potential benefits of leniency programmes in much of Latin America. Thus, the Mexican authority is seeking both the ability to offer leniency and the power to impose substantially higher maximum fines. Without a tradition of strong sanctions, competition authorities in the region may also wish to consider other mechanisms to provide incentives for individuals to defect from cartels. Korea, for example, recently introduced a monetary reward system for individuals who inform the KFTC about a cartel, thus creating incentives that do not rely on the threat of sanctions.³²

74. Improved International Co-operation. As is discussed in the next section, international co-operation is still limited by national laws that impose unnecessarily broad bans on the sharing of confidential information with foreign competition authorities, but some improvements in international co-operation have made it a more valuable investigative tool.

75. Specialised Cartel Units and Expertise. Although there is no single "correct" way to organise a competition authority, more authorities have created specialised cartel units to ensure that investigators have the specialised skills needed for anti-cartel work. Other authorities regard industry expertise as more important, at least in some fields, and are organised more on the basis of industries. No matter how a competition authority is organised, it is vital in dawn raids and important in other situations that some investigators have excellent skills in information technology.

76. *Criminal Investigation Tools*. The criminalisation of cartel conduct typically provides additional surveillance and other investigative tools.

B. Strategies to Compensate for Deficient Investigation Tools

77. When countries lack the sanctions and other powers needed for leniency programmes and/or the power to conduct dawn raids, one approach some OECD countries have used is to focus on visible conduct that may facilitate or manifest cartels rather than to devote substantial resources to trying to uncover and prosecute secret, truly hard core cartels. For example, an authority can monitor trade associations' information exchange programs to see whether they are anticompetitive in and of themselves or even a means of preventing cartel members from cheating on the cartel.

78. In addition, a competition authority without powerful anti-cartel investigation tools can focus on agreements among competitors to observe uniform hours of business, refrain from

advertising, or otherwise eliminate a potentially significant form of competition. Such agreements are easier often to detect than agreements that fit more neatly into one of the four categories of agreement that are mentioned in the 1998 Recommendation, and they can be very harmful to competition either as partial restrictions on output or by raising entry barriers.

79. Finally, one can be on the alert for “exclusionary boycotts” – horizontal agreements not to deal with customers or suppliers unless they agree that they will not compete with the parties to the agreement or do business with the parties’ competitors or potential competitors. As noted above such agreements are in fact considered cartels and/or condemned as per se illegal in some OECD countries. Since their principal impact stems not (directly) from restraining competition among the parties, but from the resulting exclusion of third parties, such agreements may be easier to detect than those referred to in the Recommendation because they are more likely to produce victims that know or strongly suspect that they have been harmed by illegal conduct.

C. Potential Issues for Discussion in Written Submissions and at the Forum

1. What investigative tools does your authority use in cartel cases, and what problems does it face?
 - If your authority has the ability to use dawn raids, have its investigations been harmed by a lack of co-operation by judges or police?
2. What additional investigative tools would you most like your competition authority to have?
 - Do you regard the current or likely fines and other sanctions in your country as large enough to provide an incentive for cartel members to seek leniency?
 - Have you considered cash rewards or other incentives for co-operation?
3. To what extent does your authority focus on agreements among competitors of the sort described in the preceding section – agreements that may be (a) more easily detectable and “provable” than the kinds of agreement listed in the 1998 Recommendation, but may be (b) anticompetitive in and of themselves or as a means of facilitating one of those four kinds of agreement?

VI. INTERNATIONAL CO-OPERATION, INCLUDING SHARING INFORMATION IN CARTEL INVESTIGATIONS

80. International co-operation in discovering, investigating, and prosecuting international cartels has reached unprecedented levels, but continues to be limited by national laws that place undue restrictions on sharing confidential information with foreign competition authorities.

A. Informal Co-operation

81. The term “informal co-operation” has come to refer to all co-operation among competition authorities that does not include sharing “confidential information” (for the most part, information gathered by use of compulsory process).

82. Despite its limitations, informal co-operation can contribute to more effective enforcement. Conferences, bilateral meetings, and other exchanges of know-how spread both expertise and mutual understanding. Bilateral co-operation agreements facilitate case-specific co-operation by

further clarifying the parties' understanding of each others' systems and expectations. Case-specific informal co-operation can include discussion of investigation strategies, market information, and witness evaluations. A recently developed form of successful informal co-operation is the coordination of surprise inspections in several jurisdictions, enabling the participating authorities to maintain the surprise element of their investigations and to avoid the possible destruction of evidence.

B. Formal Co-operation

83. Except pursuant to specific laws and treaties or after receiving confidentiality waivers from enterprises being investigated, competition authorities are banned from sharing confidential information with their foreign counterparts. In terms of actual formal co-operation, the most important recent development is that whereas confidentiality waivers were unheard of prior to the development of leniency programmes, such waivers have been included in leniency applications and have provided an opportunity for greater co-operation.

84. These bans on information sharing by competition authorities are broader than those applicable to some other areas of law and broader than necessary to protect confidential information. Because cartels are secret and increasingly have some international aspect, the bans are particularly harmful to anti-cartel enforcement. Truly effective action against cartels will require additional countries to adopt laws that permit competition authorities to share confidential information in appropriate cases and subject to adequate protections. Except with respect to formal co-operation among the European Union's Member States, there has been little recent progress in this area, but the Competition Committee is continuing its efforts to promote the enactment of laws and procedures that permit enforcement co-operation while protecting confidential information from improper disclosure or use.

85. Currently, the Committee is working to develop "recommended practices" that identify safeguards that countries should consider applying when they consider legal reform in this area. During this process, the Committee is holding extensive discussions with representatives of the business and legal communities. It is hoped that by issuing recommended safeguards, the Committee can assist countries that want their laws to permit the information sharing that is and protecting information that is shared.

C. Potential Issues for Discussion in Written Submissions and at the Forum

1. To what extent has your competition authority engaged in informal case-specific co-operation? With whom, and with what success?
2. To what extent did informal co-operation call your attention to alleged cartel activity of which your authority had not been aware? What kind of information was contained in those communications?
3. Have there been instances in which your competition authority's inability to receive confidential information from a foreign authority has prevented or hindered its ability to obtain the evidence necessary to prosecute a cartel operating in your country?

VII. OTHER POTENTIAL TOPICS AND ISSUES

86. Another problem that many competition authorities in the region seem to face is a court system that is often slow, sometimes hostile or resistant to competition law enforcement, and sometimes corrupt. Participants are invited to address these and any other topics in their written submissions and at the Forum meeting.

¹ Of the participating non-OECD countries, Argentina, Brazil, Chile, Columbia, and Peru have competition laws and enforcement programmes. In Jamaica, a court has held that the combination of investigative and decision making powers in the Fair Trading Commission is unconstitutional; the FTC is doing only competition advocacy at present. Ecuador, Guatemala, and Nicaragua have no competition law. The Andean Community reported on the ongoing efforts there to adopt a new Community competition law.

² OECD, Recommendation of the Council Concerning Effective Action against Hard Core Cartels, 25 March 1998 [C(98)35/FINAL]. Both the Recommendation and the OECD Competition Committee reports and roundtable discussions cited in this note are all available at <http://oecd.org/competition>.

³ See, e.g., Submission of Brazil to the 4th Meeting of the OECD Global Forum on Competition, *Challenges/Obstacles Faced by the Brazilian Competition Defense System for the Attainment Of Greater Economic Development Through Competition*. (February 2004)(noting a national tradition of tolerating cartels and discussing the importance of educating the media and the public to generate support for competition law enforcement, and promoting academic study of competition policy); Ignacio De León, *Institutional Analysis of Competition Policy in Transition and Developing Countries: The Lessons fro Latin America*, Washington University Global Studies Law Review, Vol. 3, 405 (2004)(as late as the 1980's, cartels were not only tolerated, but openly promoted by the state); Claudio Monteiro Considera and Paulo Corrêa, *The Recent Brazilian Economic Development: From Price Control to Regulatory Rules and Competition Policy*, Submission to the 2nd Meeting of the OECD Global Forum on Competition (February 2002); Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, *Trade Associations and Cartel Leadership: The Brazilian Competition Defense System Experience*, IV International Cartel Workshop, Rio de Janeiro (September 2002)(emphasising the continuation of cartels after the end of price controls and the importance of sanctions as a means of educating trade association members and others); Ignacio De León, *The Role of Competition Policy in the Promotion of Competitiveness and Development in Latin America*, World Competition 23(4):115-136 (2000)(stressing that Latin American “development “ policies once regarded competition with disdain and contempt, and the importance of competition advocacy in this context).

⁴ See John W. Clark, Consultant, OECD Competition Division, *Competition Policy and Regulatory Reform in Brazil: A Progress Report*, OECD Journal of Competition Law and Policy, Vol 2, No. 3, at 181 (2000). Among other things, this report recommended that Brazil focus more attention on hard core cartels.

⁵ OECD, Report by the Competition Committee on Effective Action against Hard Core Cartels (2000).

⁶ OECD, Report by the Competition Committee on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws (2002).

⁷ OECD, Second Report by the Competition Committee on Effective Action against Hard Core Cartels (2003).

⁸ OECD, Secretariat Report on the OECD Global Forum on Competition: Preventing Market Abuses and Promoting Economic Efficiency, Growth and Opportunity (2004). The presentation was made by Simon J. Evenett, currently a professor at the University of St Gallen, Switzerland, and the study, *International Cartel Enforcement:: Lessons from the 1990's*, was prepared by him together with Margaret C. Levenstein and Valerie Y. Suslow. The study is available at <http://oecd.org/competition/GlobalForum>.

⁹ See, e.g., John M. Connor, Price Fixing Overcharges: Legal and Economic Evidence (2005), on file with OECD. See also Gregory J. Werden, *The Effect of Antitrust Policy on Consumer Welfare: What Crandall and Winston Overlook*, Economic Analysis Group Discussion Paper 30 (2003) (estimating average price increase of more than 20 percent).

¹⁰ Julian L. Clarke and Simon J. Evenett, *Tackling International Ant-Competitive Practices in the Americas: Implications for the Free Trade Area of the Americas*, (April 2003). The same authors had

reached similar conclusions in *The Deterrent Effects of Anti-Cartel Laws: Evidence from the Vitamins Cartel*, September 2002. This and other work by Professor Evenett is available at <http://evenett.com>.

¹¹ OECD, *Communication by Competition Authorities* (2003).

¹² The website of the United States Department of Justice contains a range of materials, including *Price Fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: What They Are and What to Look For; Antitrust and the Consumer*, <http://www.usdoj.gov/atr/contact/newcase.htm>.

¹³ The author of this note was head of the Health Care Division of the US Federal Trade Commission's Bureau of Competition when professional associations launched a campaign to persuade the US Congress to exempt them from the FTC Act. Competition law enforcement against professional groups had only recently begun. Many people were uncertain about what such enforcement implied, and this uncertainty was exploited by those seeking the exemption. The resulting legislative battle, in which the exemption was eventually (but barely) defeated, demonstrated the importance of explaining the benefits of competition enforcement in simple, "non-competition" terms. These explanations can be included in all sorts of speeches, brochures, and documents – even, to some extent, in formal legal documents. For example, whereas the formal complaint in a then-ongoing case against the American Medical Association referred generally to the use of ethical rules to restrict certain advertising, the next such case challenged the "suppression of truthful information" and included specific examples of the suppression of obviously useful information. One of the examples was the ability to speak Spanish.

¹⁴ UNCTAD's website is <http://www.unctad.org>.

¹⁵ See, e.g., WTO, *Provisions on Hard Core Cartels*, WT/WGTCP/W/191 (June 2002). The WTO's website is <http://www.wto.org>.

¹⁶ Information about the ICN's various activities relating to anti-cartel enforcement is available at <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/cartels.html>, and the website for the Bonn conference is <http://www.icn-bonn.org/>.

¹⁷ See, e.g., Simon J. Evenett, *Links between Development and Competition Law in Developing Countries*, September 2003. This study, funded by the United Kingdom's Department for International Development as a case study for the World Development Report 2005: Investment Climate, Growth and Poverty, is noteworthy in part because of its partial reliance on anti-cartel (and other) cases reported to the OECD Global Forum on Competition, including cases from Brazil and Mexico.

¹⁸ Available at <http://www.usdoj.gov/atr>.

¹⁹ See <http://competition.ic.gc.ca/epic/internet/incb-bc.nsf/en/ct02296e.html>.

²⁰ WTO requirements on national procurement laws may limit the extent to which such laws can be adjusted to make the formation of cartels more difficult. However, even within the framework set forth by these rules, some adjustments can be made to reduce the likelihood of cartels.

²¹ See, e.g., Richard Whish, *Competition Law*, Fourth Ed. (2001), at 83 (describing the European Commission's *Dyestuffs* case as having found a price fixing agreement on the basis of "various pieces of evidence, including the similarity of the rate and timing of price increases and of instructions sent out by parent companies to their subsidiaries and the fact that there had been informal contact between the firms concerned."

²² OECD/IADB, *Competition Law and Policy in Chile: A Peer Review* (2004).

²³ OECD/IADB, *Competition Law and Policy in Peru: A Peer Review* (2004).

²⁴ See generally Timothy J. Muris, *California Dental Association v. Federal Trade Commission: The Revenge of Footnote 17*, 8 Sup. Ct. Econ. Rev. 265 (2000); Timothy J. Muris, *GTE Sylvania and the Empirical Foundations of Antitrust*, 68 Antitrust L.J. 899 (2001).

²⁵ More generally, the truncated rule of reason discussed in the articles cited in the previous footnote could perhaps be used, but identifying the “inherently suspect” conduct that may be condemned under that approach can itself be a complex process.

²⁶ Most countries take account of an enterprise’s ability to pay in calculating the fine to be imposed.

²⁷ That the threat of criminal sanctions weighs much heavier than financial sanctions is further evidenced by the experience of the United States where individuals repeatedly offered to pay high financial fines if they could avoid jail time, but nobody has ever offered to go to jail in order to avoid paying a fine.

²⁸ Review of the Trade Practices Act 1974, Chapter 10, Penalties and other remedies, at 150-63 (2003).

²⁹ Conducting a dawn raid requires careful planning and execution. Enforcement officials must make meticulous preparations in advance, such as obtaining information about the target firm's organisational structure and its business locations and preparing a detailed scenario for the search. If more than one location is to be searched it is usually necessary to arrive at these locations simultaneously and to co-ordinate the activities at each of them through a central command. Documents or materials that are carried away must be carefully preserved and catalogued.

³⁰ OECD, Report by the Competition Committee on Leniency Programmes to Fight Hard Core Cartels (2002); also published in OECD, *Fighting Hard-Core Cartels – Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes* (2002).

³¹ Recent developments relating to leniency programmes include new systems for receiving oral requests, improved international co-operation (discussed in the next section of this note), and, in the United States, the adoption of a law limiting a corporate amnesty applicant’s private damages exposure to the damages actually inflicted by the applicant’s conduct, provided the applicant cooperates with private plaintiffs in their damage actions against remaining cartel members.

³² Several commentators have suggested that a reward scheme could be an effective tool to uncover cartels and could also make the formation of cartels more costly and therefore less likely. See Cécile Aubert, Patrick Rey, & William E. Kovacic, *The Impact of Leniency and Whistleblowing Programs on Cartels* (2004).



CONTRIBUTIONS

*ISMAEL MALIS
*DIEGO POVOLO
*JORGE PEREDA

ANTI-CARTEL ACTIVITY IN ARGENTINA

INTRODUCTION

This paper is a brief summary of anti-cartel activity in Argentina. It is intended as a contribution to the discussion in Session I: Combating intrinsically harmful cartels at the Third Annual Meeting of the Latin American Competition Forum.

Before discussing the subject, it should be noted that Argentina has had anti-trust legislation since Law 11210 in 1923, an act which has been updated constantly until 1999 with the passing of Law 25,156. The current law can be consulted on the following website: <http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/textactley25156.htm>.

The body responsible for the application of Law 25,156 is the National Commission for the Protection of Competition (CNDC). The CNDC is an agency of the Ministry of the Economy of the Nation which deals with cases of anti-competitive practices and, under the new law, regulates mergers and concentrations. A summary of the CNDC's activities can be found on the following website: <http://www.mecon.gov.ar/cndc/home.htm>

This paper is structured in five sections. Section I contains a brief summary of anti-cartel activity undertaken by the CNDC in recent years. Section II is a brief examination of the legal standard for the sanctioning of cartels. Section III comments briefly on the application of the law in the case of Government acts, in particular concerning regulated markets. Section IV comments on the structure of sanctions in Argentine law and, lastly, Section V makes brief mention of the available investigative tools.

I. THE CNDC'S ACTIVITIES IN COMBATING CARTELS

In the last five years, the CNDC dealt with twelve cases of collusion. In four of them, the firms involved were sanctioned, and in the remainder, the complaint was dismissed or the explanations provided by the parties were accepted. The majority of the cases occurred in the gas markets, although there were also cases in health, communications media, air transport and the financial system.

The number of cases of collusion investigated by the CNDC is rising markedly. At present, over 30 cases involving a dozen markets are under investigation.

Of these cases, it is worth mentioning two intrinsically harmful cartels under investigation in the cement and oxygen for medical use markets. Both cases involve markets of considerable economic importance and show how the significant improvement in investigative methods used by the CNDC has been reflected in the obtaining of key evidence for deciding the cases.

In the cement case, the system of allocation of market shares organised by the chamber of producer firms is being investigated.

The oxygen case involves four actors which control over 95% of the local market. These firms were accused of maintaining an informal agreement under which they were alleged to have shared out customers and fixed prices in public and private tendering. Here the investigation began with a

large scale operation in which the offices of all the firms involved were raided, and a large quantity of emails, memos and documents were seized to prove the existence of systems for monitoring the agreement, declining to tender, supplementary supply and compensation.

Both investigations have completed the gathering evidence stage and the report is in course of preparation.

II. STANDARDS TO PROVE THE EXISTENCE AND LEGALITY OF CARTELS

Article 2 of the Act lists the most common forms of collusion: pricing agreements, fixing market shares or production volumes, sharing out markets, agreed positions in tendering, and limitation of research and development. However, the same article provides that such acts will be illegal to the extent that they meet the criteria contained in article 1 of the Act.

Article 1 prohibits acts whose object or effect is to limit, restrict, falsify or distort competition or market access... such that it might cause harm to the general economic interest.

In other words, Argentine legislation does not consider collusive practices, or any other, as illegal *per se*. The general rule in Argentina is the application of common sense.

Case law, on the other hand, has tended to consider as illegal, practices of collusion which have been sufficiently proved. The reasoning has been that insofar as the agreement has the object or effect of increasing prices or limiting quantities supplied, the harm to the general economic interest can be clearly inferred.

In cases of concealed collusion, the standard of proof required and the evaluation of the effects on the general economic interest have been more demanding. In such cases, the case law is less homogeneous.

Cases of explicit collusion

The first case of explicit collusion was “Silos Areneros de Buenos Aires v. Arenera Argentina and Others” (1986). In that case, the sand dredging firms in the city of Buenos Aires, with the support of the unions of barge skippers, established caps on production for each firm. These were determined by a committee made up of the sand-dredging firms and unions.

The investigation found that the agreement between the indicted firms and the unions had been operating between 1982 and 1985, and that the effect was a reduction in the average number of trips by the sand barges and an increase in the price of sand.

In the face of this evidence, the CNDC imposed the highest fines on the sand dredging firms and slightly lower fines on the unions involved.

The foregoing investigation led to the opening of further investigations in other parts of the country. The most important were: “CNDC v. Areneras del Litoral and Others” (1988) and M. Altamirano v. Arenera de la Cruz and Others” (1991).

In both cases, the investigation led the CNDC to similar conclusions as in the “Silos Areneros de Buenos Aires” case, the firms being fined very heavily and the unions which acted as supervisors with lower fines.

A particular feature of the second case was that a group of firms was acquitted because from the outset they admitted their involvement in the agreements, which was under pressure from others involved, and had provided evidence which demonstrated the practice more clearly.

In the liquid petroleum gas (LPG) market, the chief case of explicit collusion is “Lara Gas and Others v. Agip and Others (1993). In that case, the refining companies which had an 85% market share maintained an agreement organised and supervised by the chamber to which the firms belonged.

The evidence found included parallel pricing led by the four principal actors, sharing of customers organised through a system of clearing of containers, and other practices under which the indicted refiners refused to sell LPG to certain customers.

The sanctions recommended by the CNDC were then applied by the Secretary of Commerce and confirmed by the higher courts including the Supreme Court of the Nation.

The decision of the court in this case was of great importance as a legal precedent, as the court upheld the finding of harm to the economic interest even though in that case the quantities and prices involved in the competition could not be determined. The court relied on the argument that horizontal agreements deprived purchasers of the benefits that they could potentially obtain if the prices and conditions prevailing in the markets concerned were competitive.

Finally, the CNDC v. Cablevisión and Others” case (2002), was an agreement between three cable operators in the metropolitan area of Buenos Aires (Cablevisión, Multicanal and VCC) under which they fixed uniform prices for the encrypted signal of first division football matches. This agreement had a vertical component as the clubs (TRISA and TSC) had a share in the ownership of transmission rights, and they too were sanctioned.

Cases of concealed collusion – another type of evidence

The “Secretariat of Energy v. YPF, Esso and Shell” case (1994) is an important precedent with respect to parallel pricing. In this case, the CNDC considered that the mere fact of parallel prices was not enough for a practice to be considered illegal.

The energy authority complained that these three oil companies, the largest in the market, were fully integrating rises in the price of oil and changes in tax, but not reductions. The CNDC closed the proceedings considering that the degree of consistency and simultaneity of the changes in prices was not sufficient to prove a concerted practice.

In the “Fecliba v. Roux Ocefa, Rivero and Fidex” case (1998) the CNDC took the same view, taking into account the relative nature of the parallel, and also the existence of other factors with other competitors and low barriers to entry.

Conversely, in the “Bariloche Neighbourhood Councils v. Suppliers, distributors and/or sellers of bottled LPG” case (2003), where the CNDC investigated a price agreement for bottled gas in the town of Bariloche and sanctioned the firms involved in the practice, the evidence used was basically the parallel pricing detected, supported by some witness statements.

In the “Aviabue v. American Airlines and Others” case (2001), the complaint contained the serious weakness that the firms allegedly participating in the agreement operated in different relevant markets. However, the absence of visible effects on the behaviour of the markets affected also contributed to the CNDC’s decision to drop the case.

In the “La Casa del Grafito v. Rich Kinger and Bruno Cape” case (1989) in which there had been a complaint of sharing the market, the CNDC considered that the lack of consistent participation in the market to be a key argument in accepting the explanations of the defendants.

Distinction between cartels and horizontal agreements

As indicated above, Argentine legislation does not make an explicit distinction between intrinsically harmful cartels and horizontal agreements with pro-competitive aspects. All agreements should be examined in the light of common sense.

Thus, based on an analysis of the balance between pro and anti-competitive aspects of horizontal agreements, the CNDC has built up a wealth of case law on horizontal agreements. Of particular importance is the case law relating to the health sector, where a series of guidelines have been developed for analysing agreements signed by associations of service providers. All of this can be consulted on our website: <http://www.mecon.gov.ar/cndc/salud.htm>.

III. APPLICATION OF THE ACT IN REGULATED MARKETS

The Argentine Protection of Competition Act does not apply to acts of the State in the sphere of public law. Article 3 of the Act provides that *“Subject to the provisions of this Act are all public or private natural or legal persons... who carry on economic activities in all or part of the national territory, ...”*

The CNDC does not have jurisdiction in relation to regulatory frameworks for public services or any other regulation issued by the State on the functioning of markets/ However, in the majority of markets where the State has granted a concession for the operation of public services, there is at present a system of regulation of prices using the *price cap* or *rate of return* method.

In addition, the Act authorises the CNDC *“... to give its opinion on competence and free competition with respect to laws, regulations, circulars and administrative acts, without such opinions having binding effect”*

Likewise, with regard to potential anti-competitive practices carried on by firms subject to control by regulatory authorities, the Act empowers the CNDC to investigate and impose sanctions and *“... revokes any authority related to the purpose of this Act granted to other State organisms or entities”*.

With the above-mentioned powers, the CNDC has formulated various recommendations in favour of competition in the natural gas, LGP and cellular telephony markets, in some cases adopted by the regulatory bodies, and has a broad scope of action with respect to anti-competitive practices in the majority of markets for public services.

IV. SANCTION IN CASES OF CARTELS

Sanctions are laid down, in general for all offences, in Chapter VII of the Act. These apply to both firms and natural persons and consist of, i) cessation of the acts or conduct and removal of their effects; and ii) fine from ten thousand pesos (\$ 10,000 equivalent to US\$ 3,500) to one hundred and fifty million pesos (\$ 150,000,000 equivalent to US\$ 51,000,000, graduated on the basis of the loss incurred by the persons affected by the prohibited activity, the benefit obtained by all the persons involved in the prohibited activity or the value of the assets involved. In the case of re-offending, the amounts of the fines are doubled.

The authority imposing the fine is also empowered to apply to the competent court for the offending firms to be dissolved, liquidated, broken up or divided.

When the offences set out in this Act are committed by a notional entity, the fine shall be applied jointly to directors, managers, administrators, trustees or members of the supervisory board, agents

or legal representatives of the notional person who by their action or omission of duties of control, supervision or oversight have contributed to, encouraged or allowed the commission of the offence.

In such cases, an additional sanction of incapacity to engage in commerce from one (1) to ten (10) years may be imposed on the notional person and the persons listed in the preceding paragraph.

Finally, it should be noted that natural or legal persons injured by acts prohibited under this Act may take action for compensation for damages and injury in accordance with the ordinary law in the appropriate court (Art. 51).

From the first antimonopoly law, No. 11,210 until the passing of the present Act, No. 25,156, the possibility of ordering a prison sentence was also envisaged in cases of collusion, subject to trial in a court of law. This requirement meant that although fines were applied in a number of cases, no prison sentence was ever imposed throughout the entire period concerned.

In addition, the maximum fine applicable under the previous law was \$ 529,289, which limited the application of the criteria of unlawful damage caused when it was not easy to estimate. For example, in the “CNDC v. Cablevisión and Others” case (2002), the CNDC estimated the damage much higher than the maximum fine fixed by the previous law, but applied the maximum fine of \$ 529,289 to each of the firms involved in the practice, with a reduction of one third for the firms which held rights.

The new Act passed in 1000 significantly increased the amount of fines, which facilitates the application of the criteria of the law, when it is difficult to estimate the damage or benefit.

The application of fines is considered more appropriate than custodial sentences. The elimination of prison sentences promoted the investigation of conduct by administrative bodies, facilitating the participation of both the complainant and the defendant in the investigation process, which leads to a better analysis of each questionable situation. Faced with the difficulty of obtaining explicit proof of the existence of cartels, the application of prison sentences would be very difficult, given that for this type of sanction, the requirements of the judicial power, the only power which can impose such sentences, are very strict, which would mean that it would be practically impossible to sanction.

V. TOOLS FOR INVESTIGATING CARTELS

The CNDC has wide powers of investigation. It can require information from public and private entities, and can even impose fines on third parties who do not cooperate or who obstruct the process. They may also summon witnesses, obtained expert opinions and carry out raids, although the latter requires a court order.

In this regard, it is important to emphasise that the CNDC has always enjoyed the maximum cooperation from the police and the courts.

In the most recent investigations, raids have undoubtedly been the key to obtaining evidence to decide the cases. Such proceedings require considerable resources both in carrying out the proceedings and the subsequent processing of the information. There is no doubt that if the CNDC had more resources that would enhance both the scope and depth, as well as speed of investigation of cartels.

Finally, a programme of leniency could also have positive effects for this type of practice, but that would require a change in the law.

*ISMAEL MALIS

*DIEGO POVOLO

*JORGE PEREDA

LA LUCHA ANTI-CARTEL EN LA ARGENTINA

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo constituye una breve reseña sobre la actividad anti-cartel del Estado en la República Argentina. El mismo tiene como propósito hacer un aporte a la discusión de la Sesión I: Luchando contra los Carteles Intrínsecamente Nocivos del Third Annual Meeting of the Latin American Competition Forum.

Previo al desarrollo del tema es importante señalar que nuestro país cuenta con una legislación antitrust desde la sanción de la Ley 11210 en el año 1923, norma que fue actualizándose hasta el año 1999 con la promulgación de la Ley 25.156. La Ley actualmente vigente puede ser consultada en la página web: <http://infoleg.mecon.gov.ar/txtnorma/texactley25156.htm>.

El organismo de aplicación de la Ley 25.156 es la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC). La CNDC es un Organismo dependiente del Ministerio de Economía de la Nación que entiende en los casos de prácticas anticompetitivas y, desde la sanción de la nueva ley, realiza el control previo de fusiones y concentraciones. Una reseña de la actividad de la CNDC puede encontrarse en la página web: <http://www.mecon.gov.ar/cndc/home.htm>

El presente trabajo está estructurado en cinco títulos. En el Título I, se hace un resumen de la actividad anti-cartel desplegada por la CNDC en los últimos años. En el Título II se examina brevemente el estándar legal para la sanción de carteles, en el Título III se realiza un breve comentario respecto de la aplicación de la ley a los actos de gobierno, en particular en todo lo relacionado a mercados regulados, en el Título IV se comenta el esquema de sanciones de la ley Argentina y finalmente en el Título V se formula una breve alusión a las herramientas de investigación disponibles.

I. LA ACTIVIDAD DE LA CNDC EN RELACIÓN A LA LUCHA CONTRA LOS CARTELES

En los últimos cinco años la CNDC resolvió doce casos de colusión. En cuatro de ellos se sancionó a las empresas denunciadas, en el resto se desestimó la denuncia o se aceptaron las explicaciones brindadas por las partes. La mayor parte de estos casos se verificó en los mercados de gas, aunque también hubo casos en los mercados de salud, medios de comunicación, transporte aéreo, y sistema financiero.

El número de casos de colusión investigados por la CNDC está en franco crecimiento, actualmente se encuentran en trámite más de 30 casos que involucran a una docena de mercados.

De estos casos, vale la pena mencionar a dos carteles intrínsecamente nocivos bajo análisis en los mercados del cemento y del oxígeno para uso medicinal. Ambos casos involucran a mercados de gran relevancia económica y muestran como la mejora significativa en los procedimientos de investigación utilizados por la CNDC ha traído aparejada la obtención de evidencia clave para la resolución de los mismos.

En el caso del cemento se investiga un sistema de asignación de cuotas de mercado organizado por la cámara que nuclea a las empresas productoras.

El caso de oxígeno involucra a cuatro actores que controlan más del 95% del mercado local. Estas empresas fueron imputadas por mantener un acuerdo informal mediante el cual se habrían repartido clientes y se habrían fijado precios en licitaciones públicas y privadas. Aquí la investigación se inició con un gran operativo por el cual fueron allanadas las oficinas de todas las empresas involucradas, secuestrándose gran cantidad de e-mails, memorandos y documentos que permitirían probar la existencia de mecanismos de monitoreo del acuerdo, renuncia a licitar, oferta complementaria y compensación.

Ambas investigaciones han superado ya la etapa de prueba y se encuentran en la etapa de elaboración del dictamen.

II. ESTANDARES PARA PROBAR LA EXISTENCIA Y LEGALIDAD DE LOS CÁRTELES

El Artículo 2° de la Ley tipifica las formas más usuales de colusión: concertación de precios, fijación de cuotas de mercado o volúmenes de producción, repartos de mercado, concertación de posturas en licitaciones, y limitación a la investigación y desarrollo. Sin embargo el mismo artículo establece que dichos actos serán ilegales en la medida en que se configuren los supuestos del Artículo 1° de la Ley.

El Artículo 1° prohíbe los actos que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado ... de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

En otras palabras, la legislación argentina no considera a las prácticas colusivas, ni a ninguna otra, como ilegales *per se*. La regla general en nuestro país es la aplicación de la regla de la razón.

La jurisprudencia, en cambio, ha tendido a considerar ilegales a las prácticas de colusión explícita que hayan sido suficientemente probadas. El fundamento ha sido que en la medida que el acuerdo tiene por objeto o efecto incrementar los precios o limitar las cantidades ofrecidas, el daño al interés económico general puede ser claramente inferido.

En los casos de colusión encubierta, el estándar de prueba requerida y la evaluación de los efectos sobre el interés económico general han sido más exigentes. Por ello la jurisprudencia es menos homogénea.

Casos de Colusión Explícita

El primer caso de colusión explícita sancionado fue “Silos Areneros de Buenos Aires c/Arenera Argentina y Otros” (1986). En este caso las empresas areneras de la ciudad de Buenos Aires, con el apoyo de las entidades sindicales que nucleaban a los conductores navales, establecieron cupos de producción para cada empresa. Los mismos eran determinados en el seno de una comisión integrada por las empresas areneras y los sindicatos.

La investigación determinó que el acuerdo entre las empresas denunciadas y los sindicatos había regido entre 1982 y 1985, y que el efecto del mismo fue una disminución del promedio de viajes realizados por los buques areneros y un aumento del precio de la arena.

Ante esta evidencia, la CNDC aplicó multas más elevadas a las empresas areneras, y un poco más bajas a los sindicatos involucrados.

La investigación precedente dio lugar a la apertura de nuevas investigaciones en otros puntos del país. Las más importantes fueron, “CNDC c/Areneras del Litoral y Otros” (1988) y M. Altamirano c/ Arenera de la Cruz y Otros” (1991).

En ambos casos, la investigación llevó a la CNDC a conclusiones similares a las de “Silos Areneros de Buenos Aires”, sancionando a las empresas con multas más elevadas y a los sindicatos que actuaban como vigilantes con multas más bajas.

El segundo caso tuvo la particularidad de que un grupo de empresas fue absuelto por haber reconocido desde un principio su participación en los acuerdos, por presión de los otros participantes, y haber aportado pruebas que permitieron demostrar mejor la práctica.

En el mercado del gas licuado de petróleo (GLP), el principal caso de colusión explícita es “Lara Gas y Otros c/ Agip y Otros (1993). En este caso, empresas fraccionadoras que reunían una participación del 85% del mercado, mantenían un acuerdo organizado y vigilado por la cámara empresaria que nucleaba a dichas empresas.

La evidencia encontrada incluía paralelismo de precios liderado por los cuatro principales actores, reparto de clientes organizado mediante un sistema de clearing de envases, y otras prácticas que llevaban a los fraccionadores denunciados, a negarse a vender GLP a determinados clientes.

Las sanciones aconsejadas por la CNDC fueron luego aplicadas por el Secretario de Comercio y confirmadas por los tribunales de alzada incluyendo a la Corte Suprema de la Nación.

El fallo de la corte en este caso tuvo una gran importancia jurisprudencial, ya que la Corte convalidó la determinación de un perjuicio al interés económico aun cuando en este caso no podían determinarse las cantidades y precios de competencia. La corte se valió del argumento de que los acuerdos horizontales privan a los compradores de los beneficios que potencialmente podrían obtener si los precios y condiciones imperantes en los mercados afectados fueran las de competencia.

Finalmente, el caso CNDC c/ Cablevisión y Otros” (2002), fue un acuerdo entre los tres operadores de cable de la zona metropolitana de Buenos Aires (Cablevisión, Multicanal y VCC) a través del cual se fijaron precios uniformes para la señal codificada de los partidos de fútbol de primera división. Este acuerdo tuvo un componente vertical dado por la participación de los titulares de los derechos de transmisión de los partidos (TRISA y TSC), los cuales también fueron sancionados.

Casos de Colusión Encubiertos – Otro tipo de Evidencia

El caso “Secretaría de Energía c/ YPF, Esso y Shell” (1994) es un precedente importante respecto del paralelismo de precios. En este caso la CNDC consideró que el mero paralelismo de precios no basta para que una práctica sea considerada ilegal.

La autoridad de energía denunció que estas tres petroleras, las más grandes del mercado, trasladaban integralmente los aumentos en el precio del petróleo o los cambios impositivos, pero no a las bajas. La CNDC cerró las actuaciones considerando que el grado de concordancia y simultaneidad en las variaciones en los precios no era suficiente como para probar una práctica concertada.

En el caso “Fecliba c/ Roux Ocefa, Rivero y Fidex” (1998) la CNDC se pronunció en el mismo sentido, teniendo en cuenta la relatividad del paralelismo, pero también la existencia de otros factores como otros competidores y bajas barreras a la entrada.

En cambio, en el caso “Juntas vecinales de Bariloche/ Expendedores, distribuidores y/o vendedores de GLP envasado” (2003), donde la CNDC investigó un acuerdo de precios del gas envasado en la ciudad de Bariloche y sancionó a las empresas involucradas en la conducta, la evidencia utilizada fue básicamente el paralelismo de precios detectado, apoyado por declaraciones de algunos testigos.

En el caso “Aviabue c/ American Airlines y Otros” (2001), la denuncia presentaba la grave inconsistencia de que las empresas presuntamente participantes del acuerdo operaban en distintos

mercados relevantes. Sin embargo la falta de efectos visibles sobre el comportamiento de los mercados afectados también contribuyó a la decisión de la CNDC de archivar el caso.

En el caso “La Casa del Grafito c/ Rich Kinger y Bruno Cape” (1989) en el que se había denunciado un reparto del mercado, la CNDC consideró la ausencia de estabilidad en las participaciones de mercado como un argumento clave para aceptar las explicaciones de los denunciados.

Distinción entre Carteles y Acuerdos Horizontales

Como se ha indicado, la legislación argentina no hace una distinción explícita entre carteles intrínsecamente nocivos y acuerdos horizontales con aspectos pro-competitivos. Todos los acuerdos deben ser examinados bajo la regla de la razón.

Por ello, a partir del análisis del balance entre los aspectos pro y anticompetitivos de los contratos horizontales, la CNDC ha desarrollado una amplia jurisprudencia referida a acuerdos horizontales. Particularmente importante es la referida al sector salud, donde también se han elaborado un conjunto de Pautas para el análisis de los acuerdos firmados por las asociaciones de prestadores. Todo lo cual puede consultarse en nuestra pagiana web: <http://www.mecon.gov.ar/cndc/salud.htm>.

III. APLICACIÓN DE LA LEY EN MERCADOS REGULADOS

La Ley de Defensa de la Competencia Argentina no es aplicable a los actos del Estado dictados en la esfera del derecho Público. El Artículo 3° de la Ley establece que “*Quedan sometidas a las disposiciones de esta ley todas las personas físicas o jurídicas públicas o privadas ... que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, ...*”

La CNDC no entiende respecto de los marcos normativos de los servicios públicos o cualquier otra regulación que dicte el Estado sobre el funcionamiento de los mercados. Sin embargo en la mayor parte de los mercados en los que el Estado ha entregado una concesión para la explotación de servicios públicos, actualmente existe una regulación de precios por el sistema de *price cup* o *rate of return*.

Por otra parte, la ley faculta a la CNDC para “... *emitir opinión en materia de competencia y libre concurrencia respecto de leyes, reglamentos, circulares y actos administrativos, sin que tales opiniones tengan efecto vinculante*”

Asimismo, en lo que se refiere a las potenciales prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por empresas sometidas al control de organismos reguladores, la ley faculta a la CNDC para investigar y sancionar y “... *deroga toda atribución de competencia relacionada con el objeto finalidad de esta ley otorgada a otros organismos o entes estatales*”.

Con las facultados mencionadas, la CNDC ha formulado diversas recomendaciones pro-competitivas en los mercado de gas natural, GLP y telefonía celular, adoptadas por los organismos reguladores en algunos casos, y tiene una amplia actuación en materia de prácticas anticompetitivas en la mayoría de los mercados de servicios públicos.

IV. SANCIONES EN LOS CASOS DE CÁRTELES

Las sanciones están legisladas, en general para todas las conductas, en el Capítulo VII de la Ley. Las mismas son aplicables tanto a las empresas como a las personas físicas y consisten en: i) el cese de los actos o conductas, con la remoción de sus efectos; y ii) multa de diez mil pesos (\$ 10.000 equivalentes a US\$ 3.500) hasta ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000 equivalentes a US\$ 51.000.000), graduada en base a: la pérdida incurrida por todas las personas afectadas por la actividad prohibida, el beneficio obtenido por todas las personas involucradas en la actividad prohibida, o el valor de los activos involucrados. En caso de reincidencia, los montos de la multa se duplicarán.

Asimismo la Autoridad de Aplicación está facultada para solicitar al juez competente que las empresas infractoras sean disueltas, liquidadas, desconcentradas o divididas;

Cuando las infracciones previstas en esta ley fueren cometidas por una persona de existencia ideal, la multa también se aplicará solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona de existencia ideal que por su acción o por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción.

En tal caso, se podrá imponer sanción complementaria de inhabilitación para ejercer el comercio de uno (1) a diez (10) años a la persona de existencia ideal y a las personas enumeradas en el párrafo anterior.

Finalmente cabe destacar que las personas físicas o jurídicas damnificadas por los actos prohibidos por esta ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común, ante el juez competente en esa materia (Art. 51).

Desde la primera ley antimonopólica – N° 11.210- hasta la sanción de la ley actual –N° 25.156 - se preveía adicionalmente la posibilidad de aplicar penas de prisión para casos de colusión, previa instancia judicial. Esta exigencia determinó que, aun cuando en varios casos de colusión llegaron a aplicarse multas, nunca se aplicó la pena de prisión en todo el período referenciado.

Por otra parte, la multa máxima aplicable según ley anterior era de \$ 529.289, limitaba la aplicación del criterio del perjuicio ilícito causado cuando este no era fácil de estimar. Por ejemplo en el caso “CNDC c/ Cablevisión y Otros” (2002), la CNDC hizo una estimación del perjuicio muy superior a la multa máxima fijada por la ley anterior, pero aplicó la multa máxima de \$ 529.289 a cada una de las empresas que intervinieron en la conducta, con una reducción de un tercio para las empresas titulares de los derechos.

La nueva ley promulgada en el año 1999, eleva significativamente el monto de las multas, lo cual facilita la aplicación de los criterios de la norma, cuando la estimación del perjuicio o del beneficio es dificultosa.

La aplicación de multas se considera más apropiada que las sanciones privativas de la libertad. La eliminación de penas de prisión, promovió la investigación de conductas por parte de organismos administrativos, facilitando la participación tanto del denunciante como del denunciado en el proceso de investigación, lo que se concluye en un mejor análisis de cada situación cuestionada. Frente a la dificultad de obtención de pruebas explícitas que acrediten la existencia de los cárteles, la aplicación de penas de prisión se haría muy dificultosa, dado que para este tipo de sanción, las exigencias del poder judicial –único poder con facultad para imponerlas- son muy rigurosas, lo que determinaría que prácticamente sea imposible sancionar.

V. HERRAMIENTAS PARA LA INVESTIGACIÓN DE CÁRTELES

La CNDC tiene amplias facultades de investigación. Puede requerir información a entes públicos y privados, e incluso aplicar multas a los terceros requeridos que no colaboren u obstruyan el proceso. También puede citar testigos, realizar pericias y llevar a cabo allanamientos, aunque para estos últimos se requiere una autorización judicial.

En este sentido es importante destacar que la CNDC ha contado siempre, con la mayor cooperación de la policía y la justicia.

En las investigaciones más recientes, los allanamientos han sido sin duda la clave para la obtención de evidencia para resolver los casos. Estos procedimientos demandan muchos recursos tanto para la

realización del procedimiento como para el procesamiento posterior de la información. Es indudable que si la CNDC tuviese mayores recursos se podría potenciar tanto el alcance y profundidad como la celeridad en la investigación de carteles.

Finalmente, un programa de indulgencia también podría tener efectos positivos para este tipo de prácticas, pero para ello se requiere una modificación de la ley.

Recent aspects of hard core cartel prosecution in Brazil¹

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer ²

The present report shows some challenges on Brazilian anti-cartel enforcement, regarding aspects asked by the OECD's paper called "fighting hard core cartels in Latin America and The Caribbean". In this context, the report treats the following issues: increasing focus on hard core cartels; burden of proof on judgments of hard core cartels and tools to investigate cartels.

I- Increasing focus on hard core cartels

Some statistics show that the Brazilian competition authorities have increased the focus on prosecution of hard core cartels. Until 1999 only one case related to cartel had been judged by CADE³. But in the period between March 2002 and June 2005 fifteen cases have been judged.

CADE also has increased the value of fines imposed on cartel convictions. For example, in the first case judged by CADE, the fine imposed was the minimal established by law: 1% of the pretax revenue of the defendants in the year before the beginning of the investigation procedure⁴. The reason that CADE opted to impose the minimal fine was the fact that Brazil had ended price control in the steel market just one year before. So at this time the main function of the condemnation was to educate the firms.

Notwithstanding, in others cases CADE has imposed much higher fines, because it realized that the fine must be sufficiently high to prevent the practice of forbidden conduct. So, this new pattern of fine imposition was used in the second case judged by CADE: a cartel on fuel retailer market. CADE imposed the following pecuniary fines: a) to gas station retailers: 10% of the pretax revenue of the FY of 1999; b) to the class association that coordinate the cartel: R\$ 400.000,00 (US\$ 166,000.00); c) to the managers: 10% of the fine imposed to the gas stations. CADE also imposed other kinds of penalties, as showed below:

¹ Report to section I of the third meeting of the Latin American Competition Forum: fighting hard core cartels in Latin America and The Caribbean.

² Commissioner of CADE. Former Chief of Legal Counsel to the Brazilian Justice Department. Former Law Clerk of the Brazilian Supreme Court. State Attorney of the State of São Paulo. LLM for the University of São Paulo (USP). Professor of Economic Law.

³ CADE is a federal independent competition agency with authority throughout the Brazilian territory and is the decision maker competition authority in the Brazilian Administrative System.

⁴ But the value, in absolute term, is not so insignificant: US\$ 22,000,000.00; US\$ 16,000,000.00 and US\$ 13.150,000.00 for each defendant.

1) At the violator's expense, half-page publication of the CADE abridged findings in a court-appointed newspaper for two consecutive days, during three consecutive weeks.

2) ineligibility for official financing or participation in bidding processes involving purchases, sales, works, services or utility concessions with public administration, for a period equal to five years.

3) Annotation of the violator on the Brazilian Consumer Protection List.

4) The violator was prohibited to enter into installmental overdue debt payment with the federal government and had previously granted tax incentives or public subsidies canceled.

5) If the CADE order to cease the practice is disregarded, a daily fine of R\$ 6.000,00 (US\$ 2,500.00) shall be imposed.

Finally, it is important to clarify that recently a law was enacted, which forbids the regulatory agency of oil (ANP) to cancel the working authorization of gas station retailers that were convicted by CADE.

In further cases CADE has maintained this pattern of high fines. In three recent cases, two of them involving the domestic gas market and another involving a bid rigging case, CADE imposed a fine of 15% of the pretax revenue of the defendants in the year before the start of investigation procedure and also imposed personal fines to the managers of the firms involved (10% of the fine imposed to the firms).

II- Burden of proof on judgments of hard core cartels

Cartels are forbidden in Brazil: article 20 of Brazilian competition law states what kind of misconduct could be considered as a competition offense: "Notwithstanding malicious intent, any act in any way intended or otherwise able to produce the effects listed below, even if any such effects are not achieved, shall be deemed a violation of the economic order: I. - to limit, restrain or in any way injure open competition or free enterprise; II. - to control a relevant market of a certain product or service; III. - to increase profits on a discretionary basis; and IV. - to abuse one's market control".

So, the effects of the conduct (concrete or potential) are very important to the analysis of whether a conduct is a violation of competition law or not. So, the demonstration of the existence of market power is essential, because without it there is no potential production of effects.⁵

But, of course, in evaluating the market power what is relevant is the sum of the market shares of all the defendants involved in the cartel and not the isolated market shares of each agent⁶. Furthermore, in the cases in which there is participation of class associations, the market power must be considered given the representation of the respective association, measured from the dimension of the percentage of participants of the economic category that are affiliated to the association⁷.

CADE's experience shows that in cartel cases the existence of an agreement must also be proved. In other words, the sole existence of parallel prices is not sufficient to convict companies in a cartel case.

⁵ Existence of market power has been analyzed in all cases judged by CADE.

⁶ It was specifically dealt with in the Administrative Procedure of the gas stations of the Federal District.

⁷ This assertive was emphasized in all the cartel cases that were led by associations. For more details, see Pfeiffer, Roberto. Trade associations and cartel leadership: The Brazilian Competition Defense System experience.

In most of the cases the proof was evidentiary. For example, in the gas station retail Cartel in Florianópolis,⁸ CADE used the following proofs: telephone recording, (oral) testimony and economic evidences. By means of judicial authorization, phone calls were intercepted; they evidenced talks that demonstrated in detail the cartel organization, shedding lights on the coordinating role the stationers association's president had – a fact that enabled the authorities to disclosure various aspects of the cartel's modus operandi. These proofs showed that in a meeting among the owners of the gas stations convoked by the President of the Union, it was decided that, in 21/06/2000, all the gas stations would set the price of R\$ 1,34 per liter of gasoline, which meant an increase above 20% of the price that was practiced before.

The management of cartel by its leader was very “classic”. The President of the class association personally visited the gas stations or got information from third parties. The class association staff prepared a daily mapping of practiced prices, compelling those who disregarded the agreement to keep the prices uniform.

Even though the law does not require the evidence of effects, an economic study was conducted, analyzing the evolution of the prices in the second semester of 2001, indicating that the effects were achieved. The mainly function of this study was to show how cartels could harm consumer welfare.

On the other hand, in two cases CADE adopted the “parallelism plus doctrine” to proof the occurrence of cartel⁹. The first one was the case in which it could be proved that the three biggest Brazilian steel companies colluded in order to raise plain steel prices to the same level at the same time.¹⁰

CSN readjusted its prices in August 1st 1996 (3,63% for hot plated steel sheets and 4,34% for cold plated steel sheets), Cosipa readjusted its prices in August 5th 1996 (3,59% for hot plated steel sheets and 4,31% for cold plated steel sheets) and Usiminas readjusted its prices in August 8th 1996 (4,09% for hot plated steel sheets and 4,48% for cold plated steel sheets).

The new prices were preceded by communiqués sent to buyers in July 17th, 1996 (CSN) and July 22nd, 1996 (Cosipa and Usiminas); besides, a meeting was held in the Ministry of Finances' Secretariat for Economic Monitoring (SEAE) in July 30th, 1996. Representatives of the three companies and one of the steel producers Association (IBS – Brazilian Institute of Metallurgy) informed the government body that they would raise their prices. The Secretary replied that the practice would be eligible for cartel.

This case was decided under the parallelism plus theory. So, the plus factors found as sufficient to conclude that there was a collusion were: a) the fact that the first company to raise the price was the company with the lowest market share; b) there wasn't an increase in costs that could explain the joint raise of prices; c) the companies used the same way at almost the same time to communicate the price raising; d) the joint meeting at SEAE¹¹.

⁸ Administrative Procedure nº 08012.002299/2000-18.

⁹ See, among others, Kovacic, William “The Identification and Proof of Horizontal Agreements under the Antitrust Laws” – Antitrust Bulletin 5. 1993: “Courts generally have held that a pattern of ‘conscious parallelism’ or oligopolistic interdependence, without more, does not permit an inference of conspiracy on the whole, courts require plaintiffs who emphasize parallel conduct to introduce additional facts, often termed ‘plus factors’, to justify an inference of collective actions”.

¹⁰ Administrative Proceedings nº 08000.015337/94-48, Respondentes Companhia Siderúrgica Nacional – CSN; Companhia Siderúrgica Paulista – Cosipa e Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais – Usiminas. Reporting Board Member Ruy Santacruz.

¹¹ Concerning this aspect, the following understanding was adopted: if the companies asked for a joint meeting to communicate the price raising, they must have to know that each one will raise their prices. So, this fact was an evidence of the collusion.

Defendants suited an injury against the condemnation. The Federal Court Decision of first degree, however, found that the CADE's decision was correct. The Judge highlighted that the conduct for conscious parallelism without rational economic explanation could be used to condemn a cartel.¹²

This decision is also important because the judge explained the damages of cartel behavior, affirming that Cartel limits the consumer's choice¹³. This kind of consideration is important to build a competition culture.

III- Investigation tools in the Brazilian law

I will analyze some tools that Brazilian law gives to competition administrative authorities to investigate violations. First of all, authorities could request data and documents from individuals, agencies, authorities and other public or private entities. The disrespect of the administrative requisition is subject of fines¹⁴. So, often all requests are obeyed.

SDE¹⁵ could make inspection in defendants' facilities, without judicial order, but conditioned to a prior 24-hour notice. However, this tool is not frequently used, on account of the prior notice. Indeed, SDE has often requested from the Judiciary a "dawn raid" to search warrant for several items¹⁶.

In Brazil some agreements between competition authorities and federal police and criminal prosecutors have been brought important results. Under this joint operation "dawn raids" are requested to address criminal and administrative purposes. In general judges have provided authorization to "dawn raids" in the cases that the necessary evidences of an injury have been demonstrated. So, it is possible to affirm that federal police and federal and estate public prosecutors are willing to assist the administrative competition authorities in "dawn raids".

Furthermore, when police or criminal prosecutors open a criminal investigation they can ask a judge to authorize wire-tapping or a disclosure of data banking. These two

¹² The following affirmation is relevant to the understanding of the decision: "In this case, there is the following situation: the only three firms that produce common steel sheet in the national market, after more than a year without an alteration in the price of the product, decide to increase the prices in similar levels in close dates. In the time of the conduct, there was no determinant cause for the continuity of the exercise of the economic activity developed by the firms that kept them from maintaining the prices that were being practiced by them for a longer time, such as the increase of productive inputs or the costs of production".

¹³ "Thus, the conduct of the firms causes damages to free competition because it keeps the consumer from choosing to buy the product from another supplier that did not participate in the price readjustment". "(...) On the other hand, for example, if the opposite situation occurred, in which there was an increase in prices in the steel sector by the three firms, but practiced in distinct times, the market forces would be acting towards the stimulation of free competition and offering the consumer choices of suppliers, which generates dynamism in the market and it can even cause the reduction of the prices of the competitor that readjusted its prices first to avoid a loss in market share".

¹⁴ Article 26 of Brazilian Competition Law states that: "In the event any data or documents requested by CADE, SDE, SPE or other public entity acting under this Law are unreasonably denied, concealed, tampered with or delayed, this shall constitute a violation subject to a daily fine of 5,000 (five thousand) UFIR, which fine may be increased up to twenty fold in keeping with the violator's economic status".

¹⁵ Economic Law Office of the Ministry of Justice – SDE commences administrative proceedings intended to investigate and restrain violations of the economic order. CADE will judge these proceedings.

¹⁶ Article 35-A. of Brazilian Competition Law states that: "The Federal Attorney-General's Office upon request of SDE may order the Judicial Branch to issue a search and seizure warrant for papers of any kind, as well as accounting books, computers and magnetic files pertaining to the company or to an individual for the purpose of discovery in this procedure, preliminary investigation or administrative proceeding. In this case the provisions of article 839 et seq. of the Code of Civil Procedure, when suitable, shall apply, and filing of a main action is not required.

tools can only be used in criminal investigation but the results of the criminal investigation (for example, documents, transcription of talks, monetary transferences between competitors, etc.) can be used also in the administrative proceedings, as “borrowed proofs”. In this context, formal cooperation between competition authorities and police and criminal prosecutors is very important, because it brings fundamental proofs.

It is also very important to mention the existence of a leniency program in Brazil that was recently implemented. It brings the following benefits to the violator: 1) extinction of punitive action imposed by the public administration in favor of the violator, in cases when the proposal had been presented, SDE has not been previously informed of the notified anticompetitive practice or SDE does not have sufficient evidence to ensure the sentencing of the company or the individual at the time the covenant is proposed; or 2) reduction of applicable penalty by one to two thirds considering the graduation of the fine the actual collaboration rendered and the good faith of the violator in complying with the leniency covenant. In any case, the fine applied shall not exceed the lowest fine applicable to the other co-authors of the anticompetitive practice (relative to the percentages of gross revenue).

The effects of the leniency covenant shall be extended to the directors and officers of the qualified company, who are involved in the anticompetitive practice.

With respect to the crimes against the economic order set forth by Law 8.137/90, the execution of the leniency covenant implies the suspension of the statement of limitations and impedes the filing of the accusation. If the leniency covenant is complied with by the undertaking, punishment for the crimes is extinguished.

Only the first violator to qualify could participate of the leniency agreement. The covenant may only be executed if the following requirements have cumulatively been observed: 2.2.) the company or individual ceases all involvement in the anticompetitive practice notified or under investigation; 2.3. There isn't sufficient evidence to ensure the sentencing of company or the individual at the time the covenant is proposed; 2.4. The company or individual confesses its participation in the unlawful practice and cooperates fully and permanently with the investigations and the administrative procedures.

THE ROLE OF THE TRIBUNAL FOR THE DEFENCE OF FREE COMPETITION IN COMPANY MERGERS AND IN COMBATING HARD-CORE CARTELS

CHILE

Chile is a small and open economy whose Gross Domestic Product depends heavily on exports, especially of commodities. In the last two decades our country has managed to grow at a relatively high rate, taking into account the events of the last few years. We have succeeded in generating confidence among foreign investors that our country is a serious and responsible partner. The functioning of the legal framework and public institutions in general has been of great importance in achieving and maintaining this positive image of Chile as an investment platform.

In addition to the foregoing, the existing confidence in our economy is based on the existence of an obvious respect for the functioning of the free market system. In this field Chilean economic regulation aims in essence at defending free competition in the markets while endeavouring to keep regulation and price controls to the minimum required; they are applied specifically to cases where natural monopolies exist.

It is a fact that the "pure" perfect competition model is only a special case which is rarely observed in the real world. Each market is a world in itself, with its own particular characteristics which set it apart from the traditional model in one way or another. For that reason, what is required is a body which can observe, analyse and correct potential deficiencies in specific markets by bringing the effects of the functioning of these markets more into line with what ought to be expected in competitive markets.

It was with this objective in mind that more than 40 years ago the Anti-Trust Commission (*Comisión Antimonopolio*) was created in Chile, through Law 13.305. This legislation was then improved with the promulgation of Decree-Law No. 211 of 1973, which created the National Economic Prosecutor's Office (*Fiscalía Nacional Económica*), which is the body that represents the general interest of the community and whose main function is to investigate any deeds, acts or agreements which would tend to impede, eliminate, restrict or obstruct competition in the markets. This institutional set-up was supplemented by the Regional Preventive Commissions (*Comisiones Preventivas*), the Central Preventive Commission and the Resolutive Commission (*Comisión Resolutiva*), which for their part had as their objective to follow up the investigations of the Prosecutor's Office and to take measures that would tend to correct possible deficiencies in the proper functioning of the market.

A little over a year ago, with the enactment of Law 19.911, the Preventive Commissions and the Resolutive Commission were abolished and replaced by the new Tribunal for the Defence of Free Competition (*Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*). The main objective of this change was to create an autonomous institution, which would operate with a permanent structure, consisting of a group of regular judges with expertise

commensurate with their responsibilities and subject to the rules governing conflicts of interest, thereby ensuring their independence, and alternate judges to take the place of the regular judges in the event any of the latter being absent or non-competent, and which would also have full-time professional and administrative staff to support them.

The current revised text of Decree-Law No. 211 sets the Prosecutor's Office and the Tribunal a clear objective: "To promote and defend free competition in the markets"¹. That is to say, the main purpose of the anti-trust system in Chile is to promote and protect the competitive process in the interests of economic efficiency and the well-being of consumers.

The law does not define free competition but it does mention a series of circumstances which provides the Tribunal with a yardstick against which to consider deeds, acts or agreements which might impede, restrict or obstruct free competition.

For instance, Article 3 of D.L. 211 itemises a number of types of conduct which will be deemed deeds, acts or agreements that impede or restrict free competition in a list which is far from exhaustive. It is the responsibility of the Tribunal itself to define in what circumstances there exists a real or potential infringement of free competition. For that reason, the work of the Tribunal in this initial period of operation is considered very important, since now is when the community in general is being informed of the broad outlines of what is meant by free competition in this country and what specific types of conduct are considered to run counter to it.

Under the reforms implemented by Law No. 19.911 the Tribunal cannot act on its own initiative, that is, it can only act in response to instructions from the National Economic Prosecutor's Office or at the request of any private individual. Secondly, the fines structure was amended and prison sentences were abolished. It should, however, be emphasised that prison sentences had never been imposed while the previous law was in force. On the other hand, the maximum fines applicable were increased from a value of 10,000 UTM² (an amount equivalent to approx. US\$ 516,000 / € 423,000) to a maximum of 240,000 UTM (equivalent to approx. US\$ 12,400,000 / € 10,150,000). This measure in particular was resisted by some sectors.

It should also be noted that the National Economic Prosecutor's Office has full powers to investigate private individuals regarding possible acts that infringe free competition; these powers include being able to call on the assistance of the police. In the event of a lack of cooperation from the private individuals being investigated, the Prosecutor is authorised to seek a warrant to arrest the person in question from a criminal court judge.

The Tribunal believes that the changes just described are positive; being able to impose bigger fines is a faithful reflection of the importance attached to penalising acts which infringe free competition, such as, for example, hard-core cartels.

¹ Article 1, Decree-Law No. 211 of 1973

² *Translator's Note: Unidad Tributaria Mensual* : Monthly Tax Unit - an inflation-indexed unit of account used for tax purposes

Even so, the new changes have created greater certainty that acts of collusion are unlawful, which is an advance on the previous legislation. Even though acts of collusion were prosecuted previously, the fact that these acts are considered unlawful was not enshrined so explicitly in the law. On the other hand, it can now be seen that Article 3, letter a), of Decree-Law No. 211 confirms that what shall be deemed to be deeds, acts or agreements that impede, restrict or obstruct free competition are *"explicit or tacit agreements between economic agents or practices agreed between them that are intended to fix sale or purchase prices, limit production or assign to them market areas or quotas, which constitutes an abuse of the power that said agreements or practices confer on them"*.

As far as company mergers are concerned, it must be pointed out that Chilean legislation requires neither prior authorisation nor notification of mergers. Nevertheless, in this, its first year of operation, the Tribunal for the Defence of Free Competition has had to express an opinion on two major telecommunications mergers that were referred to it. This occurred, presumably, because the interested parties preferred to consult the Tribunal about the legitimacy of the transaction with regard to its effects on competition before exposing themselves to the risk that the Prosecutor's Office or any private individual who might be affected by it might initiate legal proceedings. The consultation procedure is quicker and provides the guarantees of a due process by enabling possible interested parties to make their views known.

Where the consultation procedure is used, the parties must abide by the Tribunal's decision. On the other hand, as already indicated, either the National Economic Prosecutor's Office or any third party may start proceedings against the parties involved in any act which in their opinion infringes free competition. This includes company merger processes.

In order to assess whether a merger should be approved, refused or approved subject to conditions, in practice the Tribunal weighs up the information available in accordance with the rules of healthy criticism by inviting all the interested parties to present whatever evidence they deem to be material.

There are no pre-set recipes or guides for determining that a particular merger should be approved or refused, which will depend on the pre and post-merger scenario in each market analysed. Nevertheless, the Tribunal has endeavoured to lay down criteria regarding the method of analysing a merger process, shaping them on the rulings that have been handed down up to now.

In fact, two rulings of great importance have been handed down in respect of mergers, which relate to:

- 1) The VTR–Metrópolis merger; this case involved the amalgamation of the two largest cable television companies in the country;
- 2) The Telefónica Móvil–Bellsouth merger, which involved the amalgamation of the second and fourth largest mobile telephony companies in the country, a market which at the time consisted of four operators.

With regard to the first merger, it should be emphasised that what was approved, subject to conditions, was the creation of a company which accounts for virtually 100% of the cable television market. This merger was approved because the Tribunal considered that the benefits that the greater competition in the broadband Internet and fixed-line telephony markets would bring outweighed the costs of the potential abuse of a dominant position that a company enjoying a virtual monopoly might create. On the other hand, it was considered that these costs could be effectively limited by imposing restrictions on the merger when it was approved. Without exception, these restrictions tend to limit and/or control the market power that the merged company is gaining in the cable television market. And so, given that in the Tribunal's opinion there were great benefits and that the costs arising from the monopoly could be limited by imposing conditions, the merger was approved, even though eight conditions that the new company had to meet were set.

Some examples of the conditions imposed on the merged company are described below. Firstly, it was prohibited from participating, either directly or indirectly, in the ownership of satellite or microwave television operating companies in Chile. The objective of this condition is to facilitate eventual competition in the pay-to-view television market. It was also prohibited from participating in the ownership of those companies designated as dominant in the fixed-line telephony market, so as to prevent a company from concentrating market power in two of the three markets in which it offers services. Also prohibited were bundled sales of the services offered, which can be offered as a package only if they are also offered separately; this restriction seeks to avoid cross-subsidies between regulated (telephony) and non-regulated services. In addition, acceptance was also given to the merged company's proposal with regard to not increasing prices or reducing pay-to-view programme quality for a period of three years from the coming into effect of the merger.

In any event, if it becomes evident that the merged company is failing to comply with the conditions laid down or shows any signs of conduct that infringes free competition, the Tribunal may follow up any instructions, referral, request or complaint from any private individual or the National Economic Prosecutor's Office. Furthermore, the Prosecutor's Office has been specially entrusted with the task of monitoring compliance with such conditions.

In the case of the second merger, when it was approved the number of mobile telephony operators in Chile fell from four to the three. As in the previous case, both the costs and the benefits of this merger were assessed, as were potential technological developments in the market in question. On the basis of all this evidence, the Tribunal for the Defence of Free Competition concluded that the efficiency gains and cost savings that would be achieved by the merger outweighed the costs of the potential abuse of a dominant position. Once again, as in the case of the VTR–Metrópolis merger, the merger was approved by the Tribunal subject to certain conditions which seek to minimise the risks of abuse of a dominant position by the merged company. For example, the merged company is required to transfer part of the spectrum for which it was granted a licence in a particular frequency band, since following the merger the company would come to control 100% of that band of the spectrum, which would prevent competing companies from exploiting possible technological advances applicable to this frequency band, and, secondly, it would have the cost asymmetry that would benefit an already dominant company with much

more spectrum per client than the rest of its competitors. The Office of the Under-Secretary of State for Telecommunications was asked to ensure the maximum possible reduction in the barriers with which consumers are faced when trying to change mobile telephony provider, so as to limit the existence of captive clients in the various companies and to increase competition in the mobile telephony market.

To sum up: in only one year the Tribunal for the Defence of Free Competition has expressed opinions on two mergers of great significance for the country. It should be emphasised that even though public opinion has not always agreed with the decisions, in discussions it is believed that these decisions were soundly based and were taken honestly and responsibly; apart from natural divergences, public opinion in general has taken the view that the Tribunal has functioned as it was hoped it would do when Law 19.911 was promulgated – as an autonomous, professional and responsible organisation.

Eduardo Jara Miranda

Chairman of the Tribunal for the Defence of Free Competition

Chile

LUCHANDO CONTRA LOS CARTELES DUROS: LA PERSPECTIVA CHILENA

I.- Situación al momento del examen inter-pares de Chile (2003)

El desarrollo en relación a acuerdos horizontales en general, contenidos en el examen inter-pares del sistema de competencia chileno presentado ante el Foro de Competencia de América Latina OECD/IDB, en Abril de 2003, pusieron en evidencia que si bien, importantes esfuerzos habían sido orientados por la Fiscalía Nacional Económica, en adelante FNE, al combate de carteles absolutos como una de las figuras anticompetitivas más perniciosas, los resultados no permitían situar a Chile dentro de la vanguardia en este tema.

En un apartado, dicho informe expresa: *“No sorprende que haya habido pocas causas de posibles carteles absolutos, los cuales son difíciles de investigar y más difíciles aún de comprobar. Además, funcionarios y académicos chilenos concuerdan con la opinión expresada en la asamblea de febrero de 2003 del Foro Global de la OCDE sobre competencia de que, en una economía pequeña, la élite empresarial puede estar en condiciones de limitar la producción y aumentar los precios mediante la colusión tácita (es decir, sin necesidad de llegar a un acuerdo verbal o escrito). También se sugirió que si las empresas han alcanzado un acuerdo explícito, la comunidad empresarial de esa economía, reducida y muy unida, podría hacer prácticamente imposible dar con algún ejecutivo que esté dispuesto a proporcionar pruebas manifiestas contra sus compañeros de asociación ilícita, porque ello significaría no poder volver a ocupar un cargo ejecutivo en Chile nunca más. No obstante, la Fiscalía pudo utilizar el testimonio de un miembro de un cartel al menos en una de las causas. / Al parecer, la Fiscalía ha procurado en general demostrar la existencia de prácticas de fijación de precios mediante sondeos que evidencian una uniformidad o fluctuaciones de precios que no es posible explicar de otro modo.”*¹

Luego de dar cuenta de algunas causas que a la fecha de dicho informe se encontraban pendientes de ser resueltas, habiendo sido algunas de ellas falladas al día de hoy, en el informe citado se dio cuenta de algunas medidas que estaba adoptando la Fiscalía destinadas a mejorar la aplicación de la ley a los carteles duros, incorporándose al mismo las recomendaciones del informante. El párrafo pertinente expresa:

“La Fiscalía está tomando medidas destinadas a mejorar la aplicación de la ley a los carteles absolutos. Una de las modificaciones propuestas en la agenda pro-desarrollo es la eliminación de las sanciones penales previstas en la Ley, al mismo tiempo que se aumenta considerablemente el monto de las sanciones pecuniarias a imponer. Dado que la colectividad en general y los responsables de las políticas en Chile todavía no han aceptado la noción de que los carteles constituyen actividades delictivas graves, el cambio de sanciones penales por multas mucho más cuantiosas puede conducir a más medidas punitivas efectivas. La Fiscalía debería revisar la obra publicada sobre sanciones a los carteles absolutos, a fin de preparar el material necesario para las causas y también para la defensa y promoción de la libre competencia, a fin de promover el respaldo a la imposición de multas significativas a los infractores. Dicha obra publicada registra la medida de los perjuicios que ocasionan los carteles, los cuales han sido calculados por algunos hasta en 20% del volumen de la actividad comercial afectada – a veces más- y demuestra por qué las multas deberían ser por montos varias veces superiores a las ganancias obtenidas ilícitamente, a fin de prevenir que las compañías se limiten a tratar esas sanciones como un elemento más del costo de hacer negocios / Además, los organismos de resguardo de la libre competencia deberían aclarar que los carteles absolutos son ilegales por naturaleza, o analizar la

¹ “Política y Ley de Competencia en Chile. Examen inter-pares”, OECD/BID, enero 2004, págs. 44 y sgtes.

*conveniencia de volver a instaurar la regla de naturaleza, lo cual aporta beneficios evidentes en cuanto a su aplicación. Los costos por lo general son producto de calificar incorrectamente a empresas conjuntas como carteles. En vista del prudente enfoque que han seguido los organismos de resguardo de la libre competencia en Chile, puede que el riesgo de tales errores de calificación sea leve*².

II.- Desarrollo posterior.

El sistema chileno de libre competencia ha sido objeto de importantes modificaciones con posterioridad al examen inter-pares³. Si bien, los cambios más importantes son de orden institucional, con la creación por una parte, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en adelante TDLC, órgano del poder judicial, sujeto a la dependencia orgánica de la Excelentísima Corte Suprema, que resuelve por sentencia judicial los casos que se le presentan de libre competencia, y por otra parte, manteniéndose la FNE como agencia de competencia, encargada de la investigación de los atentados a la libre competencia y de presentar ante el TDLC los requerimientos. También, la FNE y el TDLC están encargados de promover la competencia. Intentaremos desde la perspectiva de las reformas efectuadas y de la legislación anterior, analizar los cambios en lo que diga relación directa o pueda afectar de algún modo la aplicación de la ley, respecto de los carteles duros o absolutos:

a) Cambio en la descripción de la conducta de acuerdos:

En el proyecto enviado por el Ejecutivo, la redacción propuesta para la descripción de los acuerdos anticompetitivos en un nuevo artículo 3°, era la siguiente:

Art.3 (inc. 2°): *“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes: a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado”*.

Es decir, aparentemente, la proposición del ejecutivo se acercaba bastante a una sanción per se del cartel absoluto.

Sin embargo y, sin extendernos en los detalles de la tramitación y discusión parlamentaria, el texto finalmente aprobado, expresa:

*“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes: a) Los acuerdos expresos o tácitos entre agentes económicos, o las prácticas concertadas entre ellos, que tengan por objeto fijar precios de venta o de compra, limitar la producción o asignarse zonas o cuotas de mercado, **abusando del poder que dichos acuerdos o prácticas les confieran**”*.

Esto ha llevado a sostener a sectores vinculados al empresariado nacional que para la sanción de cualquier acuerdo, el legislador se ha alejado de la opción de la sanción *per se*, debiendo acreditarse los efectos en el mercado que se producen con ocasión del acuerdo.

Una posición posible para la Fiscalía para contrarrestar esta afirmación y así aspirar a una sanción per se en ciertos casos de carteles duros, pareciera ser el asilarse en la argumentación del carácter meramente ejemplar de las conductas descritas en el art. 3° y, en la existencia tanto a nivel de la doctrina como del derecho comparado, de conductas colusorias que, atendidas su gravedad y manifestación evidente permiten desentenderse de los efectos en el mercado, o a lo menos, aligerar la prueba a este respecto. Algunos antecedentes jurisprudenciales recientes podrían servir de apoyo a esta postura.

b) Facultades de Investigación:

² Op.cit., pág. 47.

³ La modificación fue producto de la Ley N° 19.911 (D.O. 14/11/2003), habiéndose publicado con fecha 07/03/2005 en el Diario Oficial un texto actualizado de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, el D.F.L. N° 1 de Economía, 2005.

La FNE es el único organismo del sistema chileno de libre competencia que cuenta con facultades de investigación, ya que el TDLC que es la otra entidad que hoy integra el sistema, es un tribunal especial y por tanto, resuelve en su mérito las causas que se le presentan, estándole impedido el actuar de oficio.

La FNE no cuenta con facultades para realizar allanamientos, seguimientos ni interceptaciones telefónicas, mecanismos que en otros países son de utilidad para la detección de carteles duros.

No obstante, para la investigación, la Fiscalía cuenta principalmente con información que sea pública, que esté disponible en otras reparticiones fiscales, con los antecedentes proporcionados por particulares, con los antecedentes proporcionados por los propios investigados y con los estudios de mercado que puedan ser elaborados por sus departamentos económicos y técnicos.

Entre sus facultades específicas de investigación se destacan: llamar a declarar o pedir declaración por escrito a los representantes de las empresas involucradas, solicitar informaciones y antecedentes a particulares, solicitar la colaboración de funcionarios público de otros organismos, solicitar antecedentes a oficinas públicas, solicitar personal de la Policía de Investigaciones para ejecutar diligencias específicas, entre otras.

c) Cambio en el monto de las multas:

Entre las medidas o remedios que puede adoptar el TDLC se consideran las multas. El monto que ellas pueden alcanzar se eleva hasta las 20.000 Unidades Tributarias Anuales, esto es, cerca de 12,5 millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, lo que supera en varias veces el máximo legal establecido en la legislación anterior, cuyo monto máximo era aproximadamente el equivalente a 400.000 dólares de EEUU.

El incumplimiento en el pago de la multa impuesta puede ser objeto de un apremio decretado directamente por el TDLC consistente en un arresto de hasta por 15 días, mientras se mantenga vigente el incumplimiento⁴.

En general, sin embargo, las multas impuestas por la antigua Comisión Resolutiva, hoy extinta, han estado muy por debajo de los topes máximos y rara vez han superado los 50.000 dólares⁵.

d) Supresión de las penas corporales:

La reforma del año 2003, eliminó de la Ley de Defensa de la Libre Competencia toda pena privativa o restrictiva de libertad por las conductas que ella describe.

Este aspecto de la reforma contó con la venia del Ejecutivo, atendida la prácticamente nula persecución criminal en cerca de 30 años de aplicación de la ley.

e) Algunas sentencias de interés:

Una sentencia relativamente reciente emanada del máximo tribunal del país, la Corte Suprema de Justicia, pudiera brindar un panorama algo más auspicioso sobre la persecución de los carteles duros en Chile (A).

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia parece haber elevado el estándar probatorio a satisfacer por la Fiscalía para acreditar la colusión en algunas causas que ha conocido recientemente. La decisión de un caso pendiente ante la Corte Suprema, con reclamación presentada por la Fiscalía en contra de la sentencia del TDLC pudiera hacer retroceder en parte la postura de este Tribunal (B).

A.- Caso de la promoción “3 cuotas precio contado”: *negativa coordinada de venta.*

⁴ Art. 28 DFL N° 1 de Economía, 2005; Art. 543 del Código de Procedimiento Civil.

⁵ En el informe del examen inter-pares ya citado, que analiza el monto de las sanciones pecuniarias por tipo de infracción, entre los años 1974 y 2002 describe, para los acuerdos horizontales: 9 causas con sanción pecuniaria, con una sanción media de 50.607 US\$ en la Comisión Resolutiva, reducida a 33.998 US\$ en la multa media fijada en definitiva por la Corte Suprema de Justicia. Op.cit, pág. 84.

En este caso, la empresa administradora de tarjetas de crédito abiertas (bancarias) ofreció para la Navidad 2002 permitir a sus tarjetahabientes pagar el precio de los productos adquiridos en los establecimientos afiliados por medio de las tarjetas (Visa, Mastercard, etc...) en tres cuotas mensuales, sin pie ni devengo de intereses. La administradora de tarjetas asumiría el costo de la promoción, ya que pagaría a los establecimientos comerciales tal como si fuera una operación de contado. Los vendedores de las tres más grandes multitiendas del país se negaron a procesar los pagos de acuerdo con la promoción argumentando que el sistema no les permitía hacerlo o bien que la tienda no se encontraba adherida a la promoción.

La Resolución N° 704 de la Comisión Resolutiva, organismo hoy reemplazado por el TDLC acogió el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica condenando a c/u de las requeridas a una multa de 3000 UTM (150.000 US\$)

La Corte Suprema⁶, conociendo de las reclamaciones en contra de esta Resolución (reclamaciones que en definitiva serían todas rechazadas) expresó interesantes consideraciones que podrán servir para una futura intensificación en la política en contra de carteles duros, entre otras, señaló:

Hubo de parte de las requeridas una negativa coordinada de venta, en relación con el sistema promocional implementado y, dadas las circunstancias y el contexto en que se produjeron tales negativas, se torna imposible admitir que hubiere habido reacciones individuales de cada una de ellas, pues todo apunta en sentido contrario. (Cons. 11°)

No puede aceptarse la hipótesis de que todo lo ocurrido se encuadra en el marco de cuestiones meramente contractuales porque la materia ventilada, si bien puede tener su origen en relaciones contractuales previas ha provocado efectos reflejos, afectando a terceros, como lo es el público usuario de las tarjetas de crédito, en circunstancias que los contratos producen efectos, por regla general, tan solo entre quienes concurren a su celebración. Se está frente a una situación que trasciende por entero del marco contractual para caer en el campo del orden público económico (Cons.12° y 13°)

La noción de mercado relevante carece de importancia (Cons. 16°)

La defensa de haber actuado individualmente, es irrelevante porque los hechos han demostrado lo contrario, porque la ley prevé la circunstancia que se actúe individual o colectivamente y porque quedó establecido que hubo una ejecución paralela de la conducta que se reprocha. (Cons. 16°)

B.- Casos de acuerdos horizontales conocidos y resueltos por el TDLC.

B1.- Sentencia N° 7/2004 TDLC (05.08.04) en el mercado lechero de las regiones VIII, IX y X. (acuerdo de compra en el abastecimiento de leche para su procesamiento)

En este caso, al TDLC correspondió pronunciarse respecto de las reclamaciones en contra del Dictamen N° 1/96 de la Comisión Preventiva de la IX Región (organismo extinto hoy reemplazado también por el TDLC) y de un requerimiento del Fiscal Nacional Económico que imputaba a las principales industrias de procesamiento de leche en Chile, conductas colusorias orientadas a: a) Reparto de Mercado; b) Negativa de Compra; c) Disminución de precios; d) Discriminación de precios; e) Opacidad en el proceso de toma de muestras y resultados de calidad y contenido de la leche; todas ellas, conductas verificadas en el proceso de adquisición de la producción lechera de los productores para su procesamiento en las plantas industriales de las empresas requeridas.

El TDLC sólo acogió el requerimiento en aquella parte en que condenó (multa de 25.000 US\$) a una de las empresas requeridas por la ejecución de conductas de discriminación arbitraria de precios. Fuera de lo anterior, el TDLC introdujo una serie de medidas de transparencia para el mercado de la comercialización de la leche.

Para evaluar la existencia de un acuerdo de reparto de mercado en la adquisición de leche y de disminución en los precios de compra, a falta de una prueba directa de éste y, siendo insuficiente y contradictoria la testimonial rendida, el TDLC hace un análisis del comportamiento de los precios pagados por la industria a los productores y, de la estabilidad de las participaciones de las procesadoras (Cons. 27° a 37°) que lo conduce a dar por no acreditado el supuesto acuerdo. En sus principales consideraciones sostiene a este respecto:

El ingreso de una nueva planta procesadora cambió , temporalmente, el comportamiento de las plantas establecidas, produciendo un aumento en la intensidad de la competencia que, pasado un tiempo, declina. (Cons. 34°)

Esta disminución en la intensidad competitiva pudo ser el resultado de decisiones adoptadas en forma coordinada por las plantas o, también, pudo responder a decisiones adoptadas

⁶ Sentencia de 1 de abril de 2004 en causa Rol N° 3739-03

individualmente por las requeridas, como suele ocurrir con posterioridad a una “guerra de precios”[...]. La colusión para mantener las rentas monopsónicas que tenían las plantas procesadoras antes del ingreso de la nueva planta, al no haberse acreditado directamente, debería verse respaldada desde una perspectiva económica, al menos con la evidencia de la existencia de barreras a la entrada de nuevos competidores y de la obtención de altas rentabilidades en las empresas dueñas de plantas procesadoras, antecedentes éstos que podrían ser un indicio de colusión. La existencia de barreras a la entrada de nuevos competidores, unida a la colusión, habría permitido a las empresas establecidas tener utilidades anormalmente altas. Pero en el expediente no hay ninguna evidencia a este respecto (barreras / utilidades). (Cons. 35°) La estabilidad que se da en la participación de cada empresa productora de lácteos en la recepción de leche fresca, unida a la gran diferencia de precios pagados por las plantas, sería un fuerte indicio de reparto de mercado. Pero la calidad de la información no permite sacar conclusiones definitivas. En efecto, los precios promedios efectivos que se reportan en el cuadro no se corrigen por diferencias en la calidad de la leche recepcionada por las distintas plantas. La alternativa habría sido usar el precio de la leche óptima según la pauta de precios; pero, como en muchos casos el precio efectivo pagado es mayor que el máximo de la pauta, este último dato tampoco es una medida exacta.(Cons. 36°)

Por todo lo anterior, el Tribunal no puede tener por acreditada la existencia de un acuerdo de reparto de mercado entre las requeridas que se materializaría mediante una negativa injustificada de compra con el objeto de provocar una baja arbitraria de precios. (Cons. 37°)

B2.- Sentencia N° 18/2005 TDLC (10.06.05) sobre colusión tácita en la distribución mayorista de combustibles.

En este caso, correspondió al TDLC pronunciarse respecto al requerimiento de la FNE que imputó a las principales distribuidoras mayoristas de combustibles del país, un colusión tácita que habría tenido por efecto el no traspasar totalmente a público las caídas en los precios fijados por Enap (empresa pública reguladora del precio del petróleo en Chile).

El TDLC, analizando principalmente los márgenes de comercialización de las empresas, estimó que la prueba existente era insuficiente para tener por acreditada la colusión que se imputa ya que, las características del mercado pueden encontrar su razón en otras causas. (Cons. 14° a 32°) Pese a lo anterior, el TDLC compartía varios de los fundamentos que, mientras que para la FNE eran una prueba suficiente de la colusión tácita, para el TDLC, no.

Esto último y otras circunstancias de la decisión de la Sentencia 18/2005 llevó a la FNE a reclamar en su contra para ante la Excma. Corte Suprema. La decisión del máximo tribunal de la república sobre este caso pudiera hacer que el TDLC revisara sus criterios y elevados estándares que ha establecido para la acreditación indirecta de un acuerdo.

III.- Conclusiones.

Los esfuerzos que la FNE ha desplegado y pueda desplegar en el futuro para desarrollar una política eficaz en contra de los carteles duros en Chile, se ha encontrado con importantes barreras.

El prudente enfoque en contra de los carteles duros, de que da cuenta el informe OECD/BID del 2003, comparándolo con lo resuelto por algunas sentencias del TDLC, permite observar que en estas últimas se exige un elevado estándar probatorio para la acreditación de acuerdos anticompetitivos que ha hecho difícil que las causas en esta materia hayan obtenido resultados realmente satisfactorios para la FNE ante el TDLC. La decisión pendiente de la Corte Suprema en uno de los casos de carteles absolutos (combustibles), pudiera significar alguna modificación de los criterios en que ha basado su evaluación el TDLC.

La falta de tradición histórica de importantes sanciones a los carteles duros y el tamaño del mercado chileno, son elementos que desincentivan las autodenuncias que pudieran verse fomentadas con el establecimiento de un programa de clemencia, programa que tantos resultados ha brindado en la persecución de carteles duros en otros países.

En la última modificación de la ley de competencia en Chile se definieron los carteles como serios atentados a la libre competencia pero algunas importantes alternativas, como por ejemplo, la política de clemencia, no fueron consideradas. Asimismo, en esta modificación se eliminaron las sanciones criminales para los carteles duros, pero se aumentaron considerablemente las multas, teniendo en cuenta que este tipo de sanciones resulta más eficaz para el mercado chileno.

La importante sentencia de la Corte Suprema en materia de negativa coordinada de venta podría dejarnos más optimistas respecto de futuras condenas por carteles duros.

Todo parece indicar entonces que, junto con la persecución de casos de carteles graves, como se ha hecho hasta aquí, la labor más importante que en estos momentos corresponde desarrollar a la FNE es una seria política de promoción de la libre competencia en esta materia, específicamente de prevención de carteles duros en la economía nacional. Lo anterior, mediante una labor encaminada a crear conciencia social de lo nocivo que resulta para nuestra economía, para la eficiencia y para el bienestar de los consumidores, la existencia de carteles. Es quizá en esta área en donde más debiera potenciarse la labor de advocacy que hasta hoy ha realizado la FNE en materias generales sobre libre competencia.

Focalizar los esfuerzos de advocacy en aquella conducta respecto de la cual existe mayor consenso de su gravedad a nivel de los diferentes sistemas de competencia, pudiera permitir sentar las bases de un acuerdo social en Chile que pueda traducirse en un futuro próximo en una reforma legislativa que pueda incorporar, por ejemplo, un programa de clemencia.

**Third Meeting of the
LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM
Madrid, 19-20 July 2005**

**Commission for the Promotion of Competition
(*Comisión para Promover la Competencia*)**

San José, Costa Rica

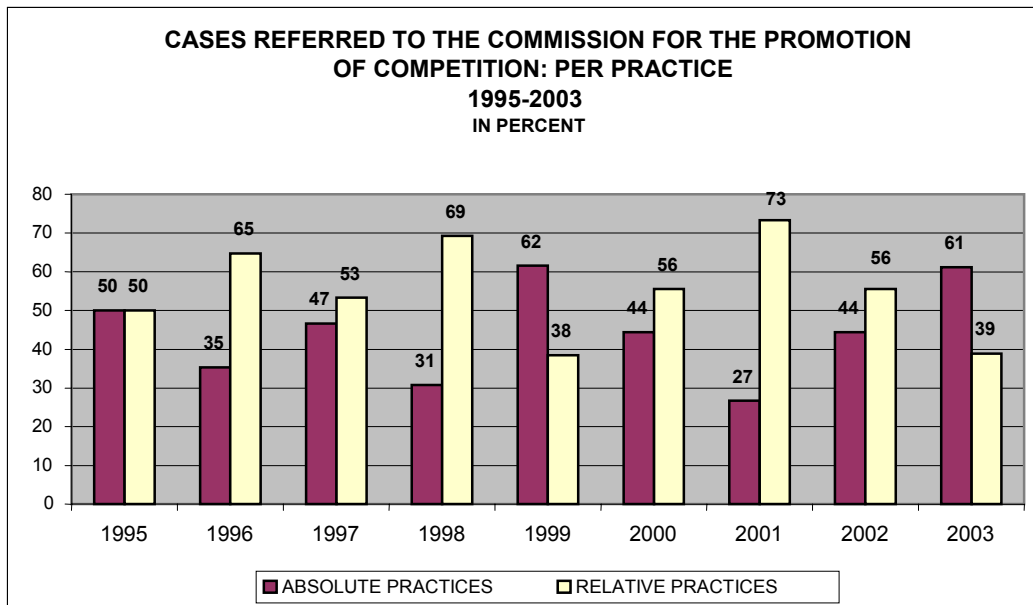
I. Notes on combating cartels

For the purposes of achieving effective competition, the market must consist of suppliers who are independent of each other. To that end, it is essential to prevent certain companies from agreeing to collude instead of competing. The most common example of collusion occurs in the field of prices: the cartels by which competing companies jointly agree to fix the level of prices prevent consumers from being able to take advantage of competition between suppliers in order to obtain competitive prices.

Agreements of this kind are prohibited in most legal codes. In the case of Costa Rica, with the promulgation of the Law on the Promotion of Competition and Effective Defence of the Consumer, Law 7472 of 20 December 1994, collusive practices between competing economic agents which are intended, among other things, to fix or manipulate prices are deemed *per se* to have no legal effect. To this end, Article 11 of Law 7472 defines as absolute monopoly practices (which the law distinguishes from vertical or relative ones) understandings, arrangements or agreements between competing economic agents with any of the following aims:

- a) To fix, raise, agree or manipulate the purchase or sales price at which goods or services are supplied or demanded in the markets or to exchange information to the same end or effect;
- b) To create an obligation to produce, process, distribute or market only a restricted or limited quantity of goods or to provide a restricted or limited number, volume or frequency of services;
- c) To divide, allocate, assign or impose parts or segments of an existing or future market for goods or services by specific or specifiable clients, suppliers and times or spaces;
- d) To establish, agree or coordinate participation or non-participation in bids, tenders, sales or public auctions.

The statistics show that the cases submitted to the Commission for the Promotion of Competition for absolute practices have represented, throughout the ten years of the Commission's existence, a significant percentage of all cases investigated and penalised, and this trend is being maintained. This can be seen from the following chart:



As regards the penalising of collusive practices, Law 7472 presumes the special seriousness of these practices by penalising them with the higher parameters¹. It is hoped that the increase in penalties will be a useful instrument in discouraging collusive practices, even though the amounts of the sanctions in Costa Rica are thought low in relation to international standards. The total amount of the fines imposed by the Commission can be seen in the following table²:

**AMOUNT OF FINES IMPOSED BY THE COMMISSION
1995 - JUNE 2004**

YEAR	NO. OF WAGES	COLONS	DOLLARS
1995	250	11,180,741	62,033
1996	0	0	0
1997	5	156,410	672
1998	12	626,400	2,433
1999	633	35,369,920	123,697
2000	839	56,179,012	182,139
2001	1,947	6,692,260	20,331
2002	1,965	151,233,523	419,918
2003	1,254	122,587,048	307,128
2004	870	72,758,120	168,500
Total	7,775	456,783,434	1,286,852

¹ Absolute monopoly practices are punishable by a fine of 0 to 680 the minimum wage; or up to 10% of annual sales generated during the previous financial year or up to 10% of the value of the offender's assets, whichever shall be the greater. The minimum wage payable in June 2005 is 117,014 Costa Rican colons, which is equivalent to approximately US\$245.

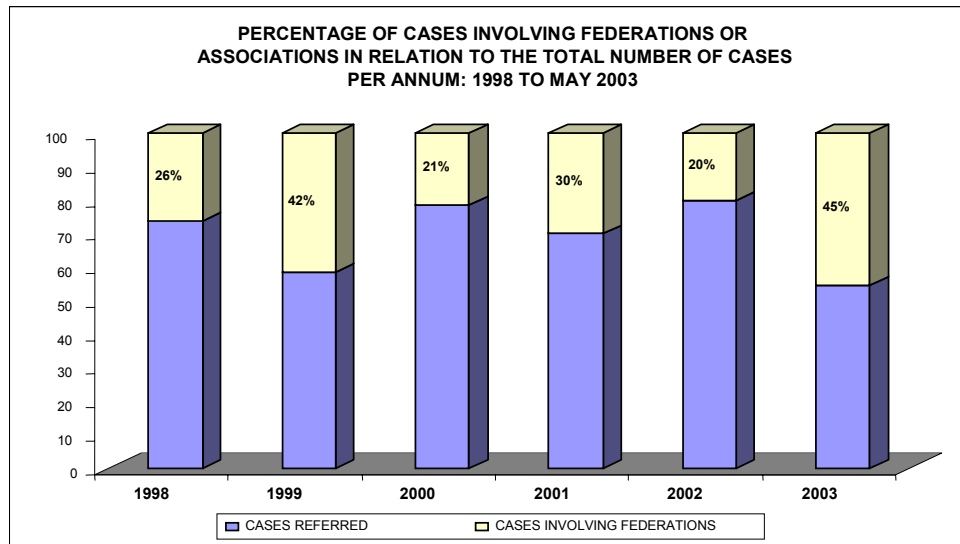
² The dollar amounts were calculated using the average exchange rate for each year.

As far as suppression of collusive practices is concerned, it is a fact of life that, due to greater awareness of competition legislation and its reaches, pursuing cartels is becoming an increasingly more difficult task and obtaining evidence is becoming increasingly more limited due precisely to the caution of companies acting in collusion, who are now more concerned to leave little or no evidence. This is combined with legal constraints with which the Commission for the Promotion of Competition is faced with regard to its powers to collect evidence compulsorily or by means of searches or seizures, instruments which it is not expressly authorised to use in the law, as well as budgetary constraints too.

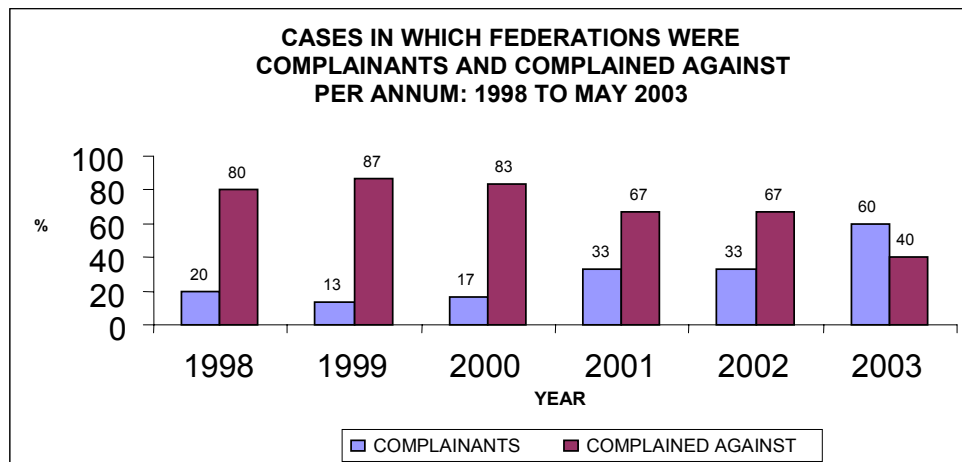
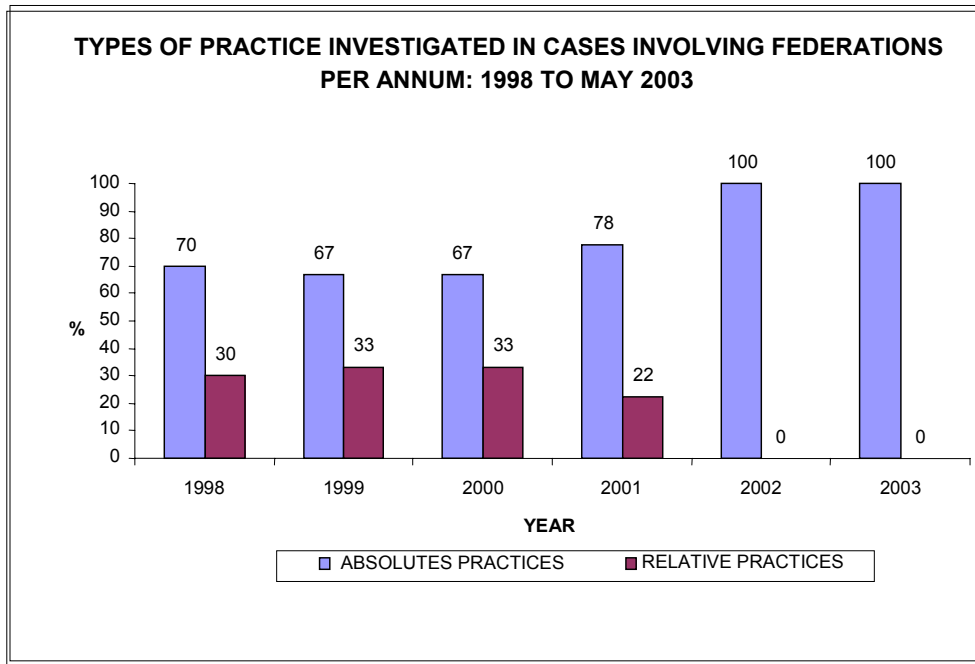
In other legal codes, in order to combat collusive practices particular importance has been attached to policies aimed at encouraging those involved in cartels to provide evidence of the agreements themselves. To that end, the fight against cartels has been stepped up by the adoption of policies of leniency. Another mechanism which could help to promote the reporting of these cartels is to make it easier to bring claims for damages (bringing private lawsuits).

The Commission for the Promotion of Competition has tried to spread word of competition legislation to the corporate sector, essentially to business federations and associations, as being institutions which might to some extent lend themselves to reaching price agreements between competitors.

In fact, out of the cases heard by the Commission, many have involved business federations or associations, as can be seen from the following chart:



In the great majority of cases in which business federations or associations have been involved the practices reported have been horizontal or absolute monopoly practices. In the same way, in the majority of cases the position of the business federation or association involved has been that of the party against whom the complaint was filed and not that of the party filing the complaint (except in 2003, when the reverse tendency was seen for the first time). The foregoing can be seen from the following charts:



As mentioned earlier, the Commission for the Promotion of Competition has made efforts to promote the culture of competition in the business federations and associations sector, even though it is clear to us that the creation of a competition culture is a slow process, which may take several decades.

II. Notes on the control of mergers

Within any modern competition policy, in addition to the central theme of suppressing anti-competitive behaviour, as in the case of the fight against cartels, there is also the control of structures, that is to say, the field of the control of mergers.

Economic policy in Latin America has gradually been moving towards greater liberalisation and flexibility of the productive sectors, so much so that when it comes to the defence of competition, it is necessary to take due precautions to prevent the processes of change in market structures from giving rise to an excessive increase in the degree of corporate concentration. For that reason, it is essential to introduce a series of instruments to ensure greater control of concentration operations between companies and greater efficiency of those controls.

To that end, there can be no doubt that it is vital to establish a compulsory requirement to notify the competition authority in advance of those concentrations which exceed certain thresholds. Some legal codes have highlighted the desirability of introducing the possibility of terminating the procedure by mutual agreement, in order to make it more flexible and speedy.

In the case of Costa Rican legislation the regulatory framework applying to the control of business concentration operations is short and simple. Practically the only provision is Article 16 of Law 7472, which stipulates:

"Concentrations. What shall be understood by concentration shall be any merger, acquisition of control or any other act by virtue of which companies, partnerships, associations, shares, capital stock, trusts or assets in general are amalgamated that are effected between competitors, suppliers, clients or other economic agents, which have the intention or effect of reducing, impairing or impeding free competition in goods or service of an equal, similar or substantially related nature.

In the investigation of concentrations, the criteria for measuring substantial power in the relevant market laid down in the present Law in relation to relative monopoly practices shall be observed."

In addition, under Law 7472 "prohibited concentrations" are punishable by total or partial deconcentration, as may be ordered by the Commission, and by a fine of up to 410 times the monthly minimum wage. In particularly serious cases the offender may be fined a sum of up to 10% of annual sales generated during the previous financial year or up to 10% of the value of its assets, whichever shall be the greater, i.e. the same penalty as applies to absolute monopoly practices.

Following on from what was said earlier, there is in no requirement in Costa Rica to notify the competition authority of mergers in advance nor are any precise thresholds set for determining which mergers should be analysed, which results in a case-by-case analysis of the mergers that take place which come to the notice of the Commission or of which it is notified voluntarily. In those circumstances it is

essential for the Commission to carry out publicity work concerning the problems that could arise if a concentration of which it has not been notified prior to its completion is determined to be of an anti-competitive nature. This means making an effort to ensure that economic agents understand this risk and take it into account in their decisions and resort voluntarily to obtaining a prior opinion on the possible effects of any mergers or concentrations they are planning to complete. Preventive work is more desirable than corrective work after the event; the latter can prove very complex and expensive, especially in a case like that of Costa Rica, given the limitations of the legislation in this field.

In general, monitoring and assessing concentration operations is a matter of public interest, insofar as these operations can lead to an increase in market power and, therefore, to a restriction of free competition. This is so insofar as a business concentration entails changes in the structure of the markets which may impact on the behaviour and performance of the companies participating in them.

One major topic for the analysis of the effects of a concentration on the market is undoubtedly the detailed study of barriers to entry. Some people maintain that when one has a market with few or very low barriers to entry, new competitors can be expected to enter if situations of sustained and significant increases in prices arise as a result of a concentration of power, and that in the reverse situation, i.e. when a market has very high barriers to entry, it is not restrained in the long term by potential competition, as a result which one could envisage the structure of the market being maintained, thereby increasing the incentives for possible abuses of market power.

For others, the subject of potential competition is of less relevance in markets in which the degree of concentration reaches high figures and where those changes in market structure as result of a business concentration operation result in themselves in the creation of barriers to entry or the exit of competitors, so that competition and efficiency would suffer damage from the concentration itself.

We believe that the legislation and the practices of competition authorities in Latin America in the field of merger controls should not be based solely on assessing whether a dominant position is being created or strengthened but should take as its fundamental criterion the possible hindering of the maintenance of effective competition in the market. The appraisal of concentrations should therefore consider not only the position of the company that is created by the concentration on the markets affected but also other factors, the most prominent of which are the existing competition, the potential competition, the barriers to market entry and the compensatory power of demand (or supply), among others.

On this subject, it has been stressed that these factors must be assessed in the context of the recent development and future prospects of the market, taking into account both its short-term growth and its technological maturity and the importance of the substitution process for more innovative alternative products. Technology-intensive markets, for example, being characterised precisely by the importance of knowledge and innovation and whose competitive structure is based essentially on offering new products, require an analysis that focuses not only on current competition but also on barriers to entry.

**Third Meeting of the
LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM
Madrid, 19-20 July 2005**

Comisión para Promover la Competencia

San José, Costa Rica

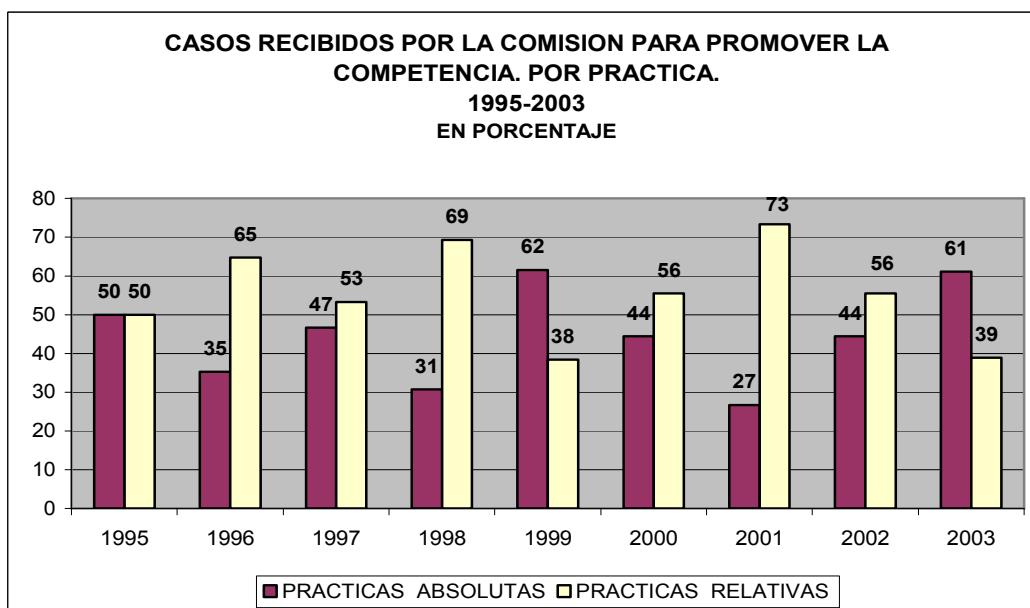
I. Apuntes sobre el combate de los carteles

Con el propósito de lograr una competencia efectiva, es necesario que en el mercado existan proveedores independientes entre sí. En ese sentido, debe evitarse que determinadas empresas acuerden coludir en lugar de competir. El ejemplo más común de colusión es en el tema de precios; los carteles por los cuales las empresas competidoras fijan de común acuerdo el nivel de los precios impiden que los consumidores puedan aprovechar la competencia entre proveedores para obtener precios competitivos.

Los acuerdos de esta naturaleza están prohibidos en gran parte de los ordenamientos. En el caso de Costa Rica, con la promulgación de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472 de 20 de diciembre de 1994, se consideran nulas *per se* las prácticas colusivas entre agentes económicos competidores que tengan el propósito, entre otros, de fijar o manipular los precios. En este sentido, el artículo 11 de la Ley 7472 define como prácticas monopolísticas absolutas (que la ley diferencia de las verticales o relativas) los arreglos, las combinaciones o los convenios entre agentes económicos competidores entre sí, con cualquiera de los siguientes propósitos:

- a) Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de compra o venta al que son ofrecidos o demandados los bienes o servicios en los mercados o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.
- b) Establecer la obligación de producir, procesar, distribuir o comercializar solo una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación de un número, un volumen o una frecuencia restringidos o limitados de servicios.
- c) Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado de bienes o servicios, actual o futuro mediante la clientela, los proveedores y los tiempos o los espacios determinados o determinables.
- d) Establecer, concertar o coordinar las ofertas o la abstención en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.

Las estadísticas muestran que los casos presentados ante la Comisión para Promover la Competencia por prácticas absolutas han representado, a lo largo de los diez años de existencia de la Comisión, un porcentaje importante del total de casos investigados y sancionados, y esa tendencia se mantiene. Lo antes señalado se aprecia en el gráfico siguiente:



Respecto a la sanción de las prácticas colusorias, la Ley 7472 presupone la especial gravedad de esas prácticas, sancionándolas con los parámetros más elevados¹. Se espera que el incremento de las sanciones sea un instrumento útil para desincentivar las prácticas colusorias, si bien los montos de las sanciones en Costa Rica se estiman bajos en relación con estándares internacionales. El monto total de las multas impuestas por la Comisión puede apreciarse en el siguiente cuadro²:

**MONTO DE MULTAS IMPUESTAS POR COPROCOM
1995- JUNIO 2004**

AÑO	# DE SALARIOS	COLONES	DOLARES
1995	250	11.180.741	62.033
1996	0	0	0
1997	5	156.410	672
1998	12	626.400	2.433
1999	633	35.369.920	123.697
2000	839	56.179.012	182.139
2001	1.947	6.692.260	20.331
2002	1.965	151.233.523	419.918
2003	1.254	122.587.048	307.128
2004	870	72.758.120	168.500
Total	7.775	456.783.434	1.286.852

En el tema de la represión de prácticas colusorias, es una realidad que debido al mayor conocimiento sobre la legislación de competencia y sus alcances, la persecución de carteles se torna en una labor cada

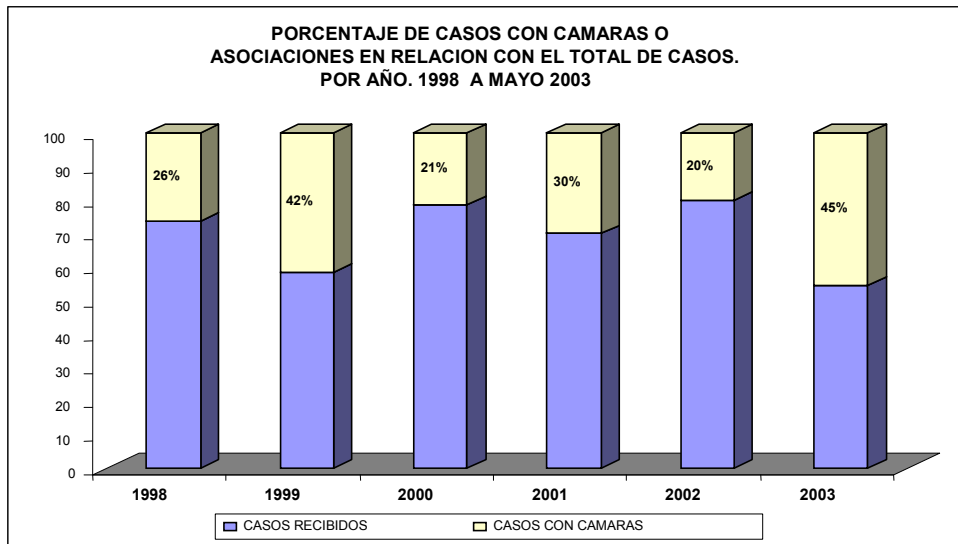
¹ Las prácticas monopolísticas absolutas serán sancionadas con una multa de 0 a 680 veces el salario mínimo; o bien hasta un 10 % de las ventas anuales obtenidas durante el año fiscal anterior o hasta un 10 % del valor de los activos del infractor, el monto que resulte más alto. El salario mínimo aplicable a junio del 2005 está en ¢117.014 moneda de Costa Rica, equivalente aproximadamente a US\$245.

² El cálculo de los montos en dólares se realizó utilizando el promedio del tipo de cambio para cada año.

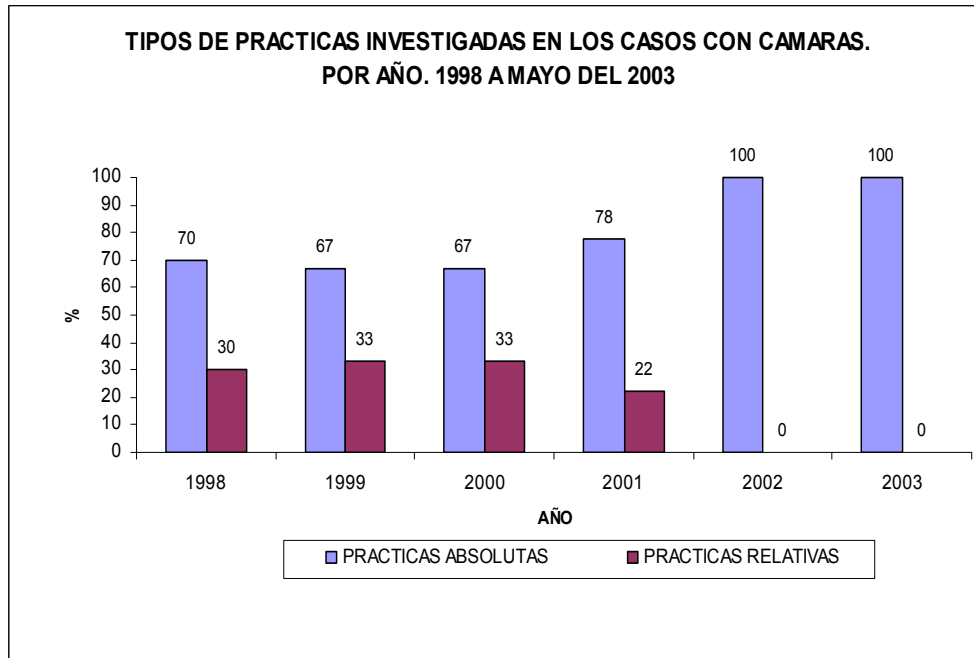
vez más difícil y la obtención de prueba es cada vez más limitada debido, precisamente, a la cautela de las empresas que coluden, que ahora se preocupan más por dejar pocas o ninguna evidencia. Por ello, en Costa Rica la Comisión para Promover la Competencia ha recurrido cada vez más a la prueba indiciaria o indirecta como medio de demostración de la existencia de carteles; este tipo de prueba es admisible pues en Costa Rica las sanciones a las prácticas colusorias son de naturaleza administrativa, no penal. La Comisión también enfrenta limitaciones legales en cuanto a sus facultades para recabar pruebas de manera forzosa o mediante allanamientos o requisas, instrumentos que no le están expresamente autorizados en la ley, así como también limitaciones presupuestarias.

En otros ordenamientos, para combatir las prácticas colusivas se le ha dado especial relevancia a políticas tendientes a incentivar la puesta en evidencia de los acuerdos por parte de los mismos participantes. En ese sentido, se ha intensificado la lucha contra los carteles mediante la adopción de políticas de clemencia. Otro mecanismo que podría contribuir a la denuncia de estos carteles es el de facilitar reclamaciones de daños y perjuicios (ejercicio privado de acciones). Estos mecanismos no son aún de plena aplicación en Costa Rica, pues no están previstos en la legislación.

La Comisión para Promover la Competencia ha procurado difundir la normativa sobre competencia en el sector empresarial, fundamentalmente en las cámaras y asociaciones de empresas, por ser órganos que en alguna medida podrían prestarse para el establecimiento de acuerdos sobre precios entre competidores. De hecho, dentro de los casos conocidos por la Comisión, muchos han involucrado a cámaras o asociaciones de empresas, tal y como puede observarse en el siguiente gráfico:



En la gran mayoría de los casos en que han se han visto involucradas cámaras o asociaciones de empresas, las prácticas denunciadas han sido prácticas monopolísticas horizontales o absolutas, como se aprecia en el cuadro siguiente. Asimismo, en la mayoría de los casos la posición de la cámara o asociación empresarial involucrada ha sido la de parte denunciada, no de parte denunciante (salvo en el año 2003 en que se aprecia por primera vez una tendencia inversa).



En la actualidad, la Comisión para Promover la Competencia, al cumplirse diez años de vigencia de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, ha acumulado una experiencia importante y ha logrado desarrollar en el medio cierta cultura sobre competencia, particularmente en los sectores empresariales y profesionales. No obstante, la experiencia de la Comisión también ha puesto en evidencia la necesidad de revisar el contenido a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, específicamente en sus capítulos sobre competencia, con el fin de contar con más y mejores instrumentos para corregir las distorsiones del mercado.

En este último punto, cabe destacar que dentro del Programa Compal, apoyado por el gobierno suizo (véase en <http://compal.unctad.org>), el proyecto para Costa Rica, implementado por la Comisión para Promover la Competencia conjuntamente con la Unctad, un consultor nacional y otro internacional se encuentran preparando un informe sobre las fortalezas y debilidades de la Ley de Promoción de la Competencia. Dicho informe tendrá como finalidad realizar un diagnóstico de la legislación actual y hacer recomendaciones sobre los cambios que deberán ser incluidos en la Ley de Competencia y en cuanto a su ejecución. Se espera que para fines de este año, el organismo cuente con los insumos aportados por tal informe lo que contribuya a tomar las acciones correspondientes para proponer reformas, de ser el caso, a la legislación vigente.



LEY ORGÁNICA DE LA LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA

Dirección Nacional de Políticas de Comercio Exterior

ANTECEDENTES

- El entorno económico y político actual del Ecuador da una importancia prioritaria a la apertura comercial y al intercambio global, los mismos que se han constituidos en lo pilares del crecimiento económico.

ANTECEDENTES

- En este marco general la Política de Comercio Exterior se desarrolla en objetivos tales como: la consolidación y profundización de la orientación exportadora, que implica la diversificación de la Oferta exportable y de los mercados de destino, la consolidación y ampliación de los tratamientos preferenciales actuales; impulsar un entorno normativo con reglas claras para el comercio y la inversión extranjera; continuar con la reducción de barreras arancelarias y actualización de las no arancelarias acordes con las normativas de la OMC;

ANTECEDENTES

contar con un mecanismo eficaz de solución de controversias para verificar y validar el resultado de las negociaciones; estimular la productividad mediante la posibilidad de contar con mercados ampliados que permitan el desarrollo de economías de escala y por consiguiente se persiga el incremento de nuestra participación en el comercio mundial.

ANTECEDENTES

- La Constitución vigente determina que el Estado debe promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos, a través de la promoción de la libre competencia; sancionar prácticas monopólicas y otras que impidan o la distorsionen, todo esto en defensa del bien común.

ANTECEDENTES

A nivel hemisférico, solamente 14 países disponen de Autoridades y Leyes de Competencia. Ecuador y Bolivia en el marco de la CAN no cuentan con Autoridad y Ley en esta materia.

ANTECEDENTES

- El Proyecto de Ley Orgánica de la Libre Competencia Económica asume el reto de contribuir al desarrollo económico del Ecuador, dentro de la economía social de mercado, a través de la promoción de una competencia sana entre los agentes económicos, como herramienta que contribuirá a sobrellevar la globalización y la liberalización comercial.

LEY ORGÁNICA

- La Ley de la Libre Competencia Económica, es calificada como Orgánica porque organiza una actividad del Estado ecuatoriano y regula el derecho a obtener la garantía contra las actividades, acuerdos o conductas prohibidas realizadas por los agentes económicos.

¿Qué se pretende legislar?

- El postulado principal de la competencia, se sustenta en que la rivalidad entre agentes económicos, produce resultados mas eficientes que los métodos del control de mercado.
- Para que dicha competencia sea eficaz, se requiere que en el mercado esté constituido por oferentes independientes entre sí y sometidos a la presión de la competencia y competitividad.

¿Qué es la Competencia?

- Es el mecanismo fundamental en toda economía de mercado que confronta la oferta (productores y comerciantes) y la demanda (clientes intermedios y consumidores).
- Los demandantes buscan la mejor relación entre calidad y servicios, atención y precio del producto o servicio requerido.

CARACTERISTICAS GENERALES

- El Proyecto de Ley Orgánica de la Libre Competencia Económica cuenta con 57 artículos, una Disposición General, dos Disposiciones Transitorias, contenidos en nueve capítulos.

CARACTERISTICAS GENERALES

- El Proyecto de Ley Orgánica de la Libre Competencia Económica en sus primeros cinco capítulos contiene las disposiciones sustantivas para promover la libre competencia, conductas anticompetitivas, competencia desleal y los criterios para su calificación.
- El capítulo VI detalla las atribuciones del órgano de regulación, fomento, protección de la competencia y competencia desleal.

CARACTERISTICAS GENERALES

- Por su parte el capítulo VII contiene la parte adjetiva de la Ley, en cual se describen los procedimientos, infracciones y sanciones correspondientes.
- La Ley concluye con un capítulo de definiciones necesarias para la promoción de la competencia.

ELEMENTOS SUSTANCIALES

OBJETO

- Promover mercados competitivos
- Proteger el proceso de competencia y libre concurrencia
- Prevenir y eliminar monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de mercados relevantes.
- Regula el derecho a reclamar y obtener la garantía del Estado contra las actividades acuerdos o conductas prohibidas

AMBITO DE APLICACIÓN

- La Ley se aplica a todos los agentes económicos definidos en la misma.
- Se deja a salvo las normas sobre competencia económica prevista en el Acuerdo de Cartagena y las decisiones que se aprueben.
- Las normas de competencia económica contenidas en tratados internacionales celebrados o que celebre el Ecuador tendrán el efecto previsto en dichos instrumentos.

MONOPOLIOS, OLIGOPOLIOS Y PRACTICAS

- Se garantiza el derecho de toda persona para invertir en cualquier actividad económica, sin que pueda oponerse a este derecho la existencia de empresas estatales o con capital público.

FOMENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA

- ✓ Serán inexistentes, de acuerdo con la Constitución de la República, las normas administrativas de carácter general que:
 - Impliquen trámites adicionales no previstos en la Ley.
 - Exijan pruebas informaciones, copias certificadas de cualquier documento público.

FOMENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA

- Son anulables los actos administrativos cuyo objeto o efecto, inmediato o mediato, sea limitar o menoscabar la libertad económica como:
 - Aquellos que exijan prueba de hechos o actos no controvertidos en cualquier trámite que curse ante las instituciones detalladas en el artículo 118 de la Constitución Política.

FOMENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA

- Exijan la comparecencia personal del interesado para la realización de trámites. Será suficiente la existencia de un mandato contenido en carta poder.
- Exijan el cumplimiento de un requisito cuando el mismo debió acreditarse para obtener la culminación de un trámite anterior ya cumplido.

FOMENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA

- Los perjudicados por normas o actos administrativos que violenten alguno de los derechos establecidos en la Constitución o la Ley, podrán presentar la acción de amparo constitucional. La autoridad competente, en la providencia de admisión al trámite, deberá pronunciarse sobre la suspensión de la norma o del acto.

RESTRICCIÓN A LA COMPETENCIA

ACUERDOS PROHIBIDOS

- Se prohíben los convenios, acuerdos o contratos, decisiones colectivas, resoluciones y prácticas concertadas, verbales o escritas, entre dos o más agentes económicos cuyo objetivo o resultado sea restringir, prevenir o afectar la competencia

RESTRICCIÓN A LA COMPETENCIA

- Se exceptúan aquellos actos que restrinjan la producción o la oferta comercial, siempre que se demuestre que tienen por objeto integrar o funcionar capacidades productivas de varios agentes económicos, aumentar el grado de eficiencia de la actividad económica ; promover la innovación tecnológica o procurar un aumento de la inversión en la actividad respectiva.

RESTRICCIÓN A LA COMPETENCIA

CONDUCTAS UNILATERALES PROHIBIDAS

- Se prohíben las conductas unilaterales de los agentes económicos, que levanten injustificadamente barreras a terceros en el mercado relevante.

RESTRICCIÓN A LA COMPETENCIA

ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

- Se considera que un agente económico tiene poder en el mercado cuando puede fijar su conducta unilateralmente por ser el único oferente, o a un sin ser el único no estar sujeto a una competencia económica efectiva.

RESTRICCIÓN A LA COMPETENCIA

- La obtención de poder sustancial en el mercado o su incremento no atenta por si solo contra la competencia económica. Sin embargo el realizar conductas unilaterales para levantar barreras en el mercado por parte del agente económico constituye infracción a la presente Ley.

COMPETENCIA DESLEAL

- Se prohíben conductas y actos de competencia desleal entre agentes económicos, en violación de normas de buena fe comercial, ética comercial, usos honestos y sana costumbre en el comercio, siempre que dichos actos no se encuentren previstos en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

ORGANOS DE REGULACIÓN Y FOMENTO DE LA COMPETENCIA

INTERÉS PÚBLICO

- El Estado a través del Consejo Nacional de la Competencia y la Intendencia, ejercerá la defensa de los derechos sobre competencia económica, y competencia desleal y velará su cumplimiento, de oficio o a petición de parte.

CONSEJO NACIONAL DE LA COMPETENCIA

- Se crea el Consejo Nacional de la Competencia adscrito a la Superintendencia de Compañías, integrado por cinco vocales; presidido por el Superintendente de Compañías quien tendrá voto calificado.

CONSEJO NACIONAL DE LA COMPETENCIA

- Dos Doctores de Jurisprudencia, un Ingeniero Comercial y un Economista elegidos por el Presidente de la República de terna enviada por el COMEXI.
- Ecuatoriano, mayor de 40 años de edad y menor de 75, acreditar al menos diez años de ejercicio profesional.

CONSEJO NACIONAL DE LA COMPETENCIA

- Los integrantes del Consejo no pueden desempeñar otro empleo público o privado, con excepción de la docencia universitaria.
- El Consejo Nacional de la Competencia sesionará permanentemente en la ciudad de Quito.

CONSEJO NACIONAL DE LA COMPETENCIA

ATRIBUCIONES

- Calificar las conductas previstas en la presente Ley.
- Investigar, solicitar información, requerir a los agentes económicos.
- Opinar sobre leyes, reglamentos pertinentes sin efectos jurídicos.
- Emitir normas de carácter general en competencia.
- Absolver consultas.

LA INTENDENCIA NACIONAL DE COMPETENCIA

- La Intendencia de Competencia es un órgano administrativo dependiente de la Superintendencia de Compañías y bajo el control del Consejo Nacional de la Competencia
- Tendrá a su cargo investigar las prácticas de anticompetitivas, competencia desleal, monopolios, las practicas monopólicas y de restricción a la competencia en los términos de esta Ley.

LA INTENDENCIA NACIONAL DE COMPETENCIA

- Corresponde a la Intendencia de Competencia iniciar, previa autorización del Consejo Nacional de la Competencia, las acciones ante la sala respectiva de la Corte Superior, por la vía verbal sumaria para el juzgamiento de todas las infracciones establecidas en esta Ley.

DISPOSICIONES COMUNES PARA EL CONSEJO NACIONAL DE LA COMPETENCIA Y LA INTENDENCIA DE COMPETENCIA

- Esta prohibido que sea Intendente de Competencia o miembro del Consejo Nacional de la Competencia
- Parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del Presidente y Vicepresidente de la República...
- Inhabilidades particulares
- Causas de remoción

DISPOSICIONES COMUNES PARA EL CONSEJO NACIONAL DE LA COMPETENCIA Y LA INTENDENCIA DE COMPETENCIA

- Incurrirá en el delito castigado por el artículo 277 del Código Penal.
- Caben las mismas causas de recusación que para los jueces, respecto al Intendente de Competencia y a los miembros del Consejo Nacional de la Competencia.

PROCEDIMIENTO, INFRACCIONES, SANCIONES Y PRESCRIPCION

- El procedimiento para investigar y conocer sobre presuntas infracción a la Ley, se iniciará de oficio o por denuncia presentada por el afectado.
- Las denuncias que se presenten deberán ser deducidas por persona identificada y jurídicamente capaz. Estas denuncias sólo pueden ser deducidas por quienes tienen interés directo.

PROCEDIMIENTO, INFRACCIONES, SANCIONES Y PRESCRIPCIÓN

- La competencia para conocer las acciones originadas en esta Ley, le corresponde a las Salas especializadas de lo Civil y Mercantil de las Cortes Superiores. A sus fallos será aplicable la Ley de Casación

PROCEDIMIENTO, INFRACCIONES, SANCIONES Y PRESCRIPCION

- Quienes pretenda ejercitar una acción, según lo previsto en esta Ley, podrá solicitar a la Corte Superior respectiva, la práctica de diligencias previas de conformidad con el Código de Procedimiento Civil.
- El Intendente de Competencia podrá solicitar a la Corte Superior, se dicten medidas cautelares cuando existieren claros indicios de la realización de un acto contrario a esta ley.

DE LAS INFRACCIONES

- Constituyen infracción a esta Ley, la violación a los artículos referentes a conductas anticompetitivas y desleales.
- Los agentes económicos que hayan demostrado durante el procedimiento haber sufrido daños y perjuicios a causa de la práctica anticompetitivas, desleales, monopólico o concentración ilícita, tendrán derecho a la correspondiente indemnización por daños y perjuicios,

DE LAS SANCIONES

- La Corte Superior podrá ordenar, mediante sentencia:
 - La suspensión, corrección o supresión de la práctica que se trate.
 - Multa de hasta el 100% de la ganancia anticompetitiva o desleal, por haber declarado falsamente o entregar información falsa al Consejo, con independencia de la responsabilidad penal en que se incurra.

PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

- Las acciones que emanan de esta Ley prescriben por el transcurso de tres años desde el cometimiento de la infracción
- La facultad del Consejo Nacional de la Competencia para calificar las conductas descritas en la presente Ley, caduca en tres años desde el cometimiento de la infracción.

NORMAS COMPLEMENTARIAS

- Son normas supletorias para la aplicación del procedimiento establecido en esta Ley, las disposiciones del Código Civil, de Procedimiento Civil y demás normas pertinentes.

NORMAS COMPLEMENTARIAS

- Cuando el Consejo encontrare en los casos sometidos a su conocimiento indicios de responsabilidad penal, remitirá el expediente al Ministerio Público, para que inicien las acciones correspondientes.

DEFINICIONES

- En la aplicación de los preceptos de esta Ley se asumirán las siguientes definiciones:

ACUERDO: Arreglo expreso o tácito, formal o informal, escrito, verbal o de cualquier modo expresado, entre agentes económicos, tendiente a obtener beneficios mutuos, recíprocos o de cualquier forma entre ellos con convenios.

DEFINICIONES

AGENTE ECONÓMICO: Toda persona natural o cualquier organización, agrupación, asociación de derecho o de hecho, nacional o extranjera, dotada o no de personería jurídica, inclusive el patrimonio autónomo, sean instituciones del sector público o privado, la fuerza pública, tenga o no finalidad de lucro, que actúe habitualmente en la producción, el suministro, la provisión o comercialización de bienes y servicios en el mercado nacional.

DEFINICIONES

Mercado Relevante: En análisis de la competencia el mercado relevante es el mercado a tener en cuenta desde el punto de vista de la demanda como desde la perspectiva de la oferta, con elementos particulares.

REFORMAS

- A continuación del artículo 361 del Código Penal, agréguese los siguientes artículos:

“Art 361 a.- El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, persona o empresa, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, o cualesquiera otro documento....

REFORMAS

- Art. 361 b.- El que, para descubrir un secreto de persona o empresa se apoderare por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetivos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios e instrumentos señalados en el artículo 361

REFORMAS

- “Art. 361 c.- La difusión, revelación o cesión de un secreto de una persona o empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva se castigará con lapena de prisión de dos a cuatro años y multa de US \$ 1.000 a US \$ 5000. Si el secreto se utilizara en provecho propio las penas se impondrán en su mitad inferior” .

REFORMAS

- “Art. c.- La difusión, revelación o cesión de un secreto de una persona o empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva se castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de US \$ 1.000 a US \$ 5000. Si el secreto se utilizara en provecho propio las penas se impondrán en su mitad inferior”.

REFORMAS

- “Art. d.- El que con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento realizare alguna de las conductas descritas en los artículos anteriores será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de US \$ 500 a US\$ 1.000.”

DEROGATORIAS

- El Libro IV “DE LA COMPETENCIA DESLEAL”, artículos 284, 285, 286 y 287, de la “Ley de Propiedad Intelectual”, publicada en el Registro Oficial 120: de 1 de febrero de 1999;

FUERO

- Los miembros del Consejo gozarán de fuero de Corte Suprema; las demás autoridades y funcionarios gozarán de fuero de Corte Superior.

DISPOSICION GENERAL

- Los accionistas de las Instituciones del Sistema Financiero Privado no podrán ser, por si o por interpuestas personas, accionistas, socios, directores, gerentes, mandatarios o representantes legales de medios de comunicación colectiva, escritos, televisivos o radiales. Además, esta limitación se extenderá a las personas y en la forma prevista en el artículo 74 de la Ley de Instituciones del Sistema Financiero.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

- Para la desmonopolización de los monopolios de Derecho, se seguirán las reglas previstas en el Reglamento General a esta Ley, sin embargo ningún monopolio de Derecho podrá subsistir después de cinco años de promulgada esta Ley.



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK
MULTILATERAL INVESTMENT FUND · SUSTAINABLE DEVELOPMENT DEPARTMENT
SPECIAL OFFICE IN EUROPE



**ORGANISATION FOR ECONOMIC
CO-OPERATION AND DEVELOPMENT**
COMPETITION DIVISION



FIGHTING HARD CORE CARTELS

**Prepared by Mr. David Miller, General Manager of the Jamaican Fair Trading
Commission for the Third Meeting of the Latin American Competition Forum,
Madrid, Spain – July 19 to 20, 2005**

FIGHTING HARD CORE CARTELS

Jamaica's Fair Competition Act (FCA) addresses cartel activity in the following sections:

- Section 10 – Powers of entry and search, etc.
- Section 17 – Agreements having effect of substantially lessening competition
- Section 18 – Agreements containing exclusionary provisions
- Section 34 – Price Fixing
- Section 35 – Conspiracy

Although the FCA and the Fair Trading Commission (FTC) have been in existence since 1993, the Staff has never conducted an investigation into cartel activity. Some of the reasons relate to:

1. Legal Framework
2. Peculiarities of a Small Economy
3. Staffing of the Commission
4. Investigative Tools
5. Level of Awareness of the Harm Caused by Cartel Activity

LEGAL FRAMEWORK

The FCA

For an alleged cartel activity to be illegal, it must fall under the FCA. It is absolutely necessary that product and geographic markets are defined and it must be demonstrated that the cartel has market power.

The level of fines which are established under Section 47 of the FCA is not a deterrent to cartel activity. The maximum fine which can be imposed on an entity is J\$5,000,000 or approximately US\$83,000; and on an individual, J\$1,000,000 or approximately US\$15,000. It must be noted also that the FTC does not have the power to impose fines; it is the Court which is vested with this power. The highest fine that a Jamaican Court has ever issued for any breach of the FCA is J\$750,000 or approximately US\$12,000. The benefit of having a cartel may easily exceed the maximum fine under the FCA, hence individuals and businesses that are aware of cartel activity do not have any 'incentive' to come forward. It must be noted that for the Year 2004, the average annual Turnover of the thirty-four (34) companies which are listed on Jamaica's Stock Exchange is US\$111,643,313; and the average annual Profit before taxes is US\$15,275,002.

One very effective approach to penalizing persons who engage in cartel activity is to base fines on the total turnover or gross revenue of the cartel members, or on the volume of commerce affected by the cartel. We would not be inclined to support the view that they should be based on profit because profit can be manipulated. In light of the current difficulty in fining enterprises enough to deter cartel activity, it would also be useful to

focus on fining and/or imprisoning persons for their participation. This would create an incentive for individuals to defect from the cartel and to cooperate with the investigation. It could be argued that enterprises may seek to reimburse individuals for the fine imposed on them in their personal capacity. For that reason the act of reimbursement should also be made illegal. Reimbursement may be difficult to prove as it may take many forms, but if it is made illegal, enterprises may not be able to ‘guarantee’ such reimbursement and individuals would not be sure that enterprises will follow through on their promises.

The FTC does not have a leniency programme in place but given the fact that the existing level of fines does not encourage whistle-blowing, such a programme would seem to be almost useless.

Section 10 of the FCA gives the FTC powers of entry and search. While the provisions contained in this Section appear sufficient, the Section does not give the FTC the power to seal off premises; it does not define “premises”; and it fails to address the question of search of persons.

The Staff is of the view therefore, that the FCA in its current form is one of the limitations in investigating anti-cartel activity, and that it could be strengthened by:

1. Establishing penalties at a level where they will act as a deterrent. The suggestion is that they be linked to the value of offenders’ annual turnover, for example. Fines ought to exceed the amount gained by the unlawful activity. In other words, the fines must be so high that perpetrators ‘feel it’ in their pockets. This would import the need for administrative fines; or the need to remove the restrictions set out in Section 47.
2. Authorizing the sealing off of premises, documents, computers, equipment, etc., during the conduct of a cartel investigation;
3. Extending the power of search under Section 10 to individuals and to personal property, for example motor vehicles. Currently the Section refers to “premises”, but perhaps a stipulation should be made regarding residences;
4. Extending the powers of interviewing/examining persons/witnesses to the Staff who conducts the relevant investigations. At present, this power is restricted to Commissioners.

Other Statutes

Proving the existence of a cartel agreement is very difficult. Any information, which would constitute circumstantial evidence of the existence an agreement, is useful. For example, evidence from telephone logs, e-mail and other correspondence showing frequent contact, especially when the communication is closely followed by simultaneous, identical action, would be useful. Other indicators such as timing of price movements or similar percentage changes in prices, when considered in isolation, may

not be enough to prove the existence of a cartel, but all indicators when considered together may be sufficient to make a case.

Direct testimonial or physical evidence of the agreement is often times needed to support, or tie together, the various pieces of circumstantial evidence in order to make a case 'concrete'. This is where wire tapping has proven to be a very useful investigative tool in certain jurisdictions. e.g. the United States of America. Note that wire tapping is not allowed under Jamaican Law.

There are no criminal sanctions against cartel activity, in Jamaica. Criminalisation could be used as a supplement to administrative fines to increase deterrence even more and provide significantly greater incentives for leniency applications and cooperation. Since cartels are not viewed as sufficiently serious violations for the criminal justice system, and crimes of violence are very high on the priority list of the Government, it may be considered an inappropriate use of limited resources if criminal sanctions were to be put in place. In any case, there appears to be a trend away from dealing with cartel activity as a criminal offence. We note for example, that Chile has recently decriminalized the offence and substantially increased the maximum fine. It seems therefore that a substantial increase in the level of fines may be the best solution.

Individual sanctions such as temporary or permanent bans on someone proven to be engaged in cartel activity, from serving as a Director of an enterprise; orders to engage in community service; or restrictions on travel, may also be workable within the Jamaican context.

Although Statutory powers exist under the FCA, it is in need of strengthening. Government departments and officials however, do not possess the kind of appreciation for the damage caused by cartels, which will encourage them to support the proposals for strengthening investigation methods and sanctions, such as sealing off premises and wire tapping, and significantly increasing penalties - all necessary tools in the fight against cartels. This means that the FTC must seek to engage in more serious advocacy.

PECULIARITIES OF A SMALL ECONOMY

In Jamaica "everybody knows everybody"; "and everybody is related to everybody". Many persons are related by blood, or are associated with each other from childhood or by way of extended families; and many persons know each other through service and sports clubs. For example, it is not unusual to see two or more competitors having lunch together or interacting on the social scene, on a regular basis hence the discovery of such a meeting need not be an indicator of cartel activity. For this reason, wire tapping would be useful in assisting in identifying the existence of a cartel.

A person who comes forward to expose cartel activity may be "branded" as a "squealer" and it may be difficult for that person to find employment in the future because such an act would be communicated within the informal network which exists in the business sector. This makes it more difficult for one person to expose the actions of others.

Other peculiarities, which may make it more difficult to identify cartel activity, are:

1. Parallelism in business, where each enterprise when deciding its prices and other market strategies, takes into consideration the likely reactions and counteractions of its competitors to its own moves. To that extent, similarity in prices, movement in prices and other competitive variables could be the result of parallelism or tacit collusion rather than overt collusion. Tacit collusion exists where in the absence of any formal attempts to implement a collusive outcome, firms understand that if each firm competes less vigorously they might all be able to enjoy higher prices and higher profits. This type of collusion is not proscribed under the FCA;
2. There are not many players within each industry. Players may agree (without using a formal written agreement) to share the market in order that all persons remain in business;
3. The fact that “follow-the-leader” is a very natural practice within our country and competitors employ the same or similar pricing strategies. All players may move prices at the same time but it is very likely that the costs of inputs to everyone could have increased simultaneously. e.g. petroleum sector in which all the marketing companies are purchasing from a common source;
4. New competitors are created when employees decide to start their own business which is similar to that of their ex-employer. The new player ‘copies’ the policies and strategies and operates in an identical manner;
5. The tendency of Governments in developing countries to protect selected industries thereby stifling competition;
6. The Government’s interest in promoting foreign and domestic investment. Investors often regard competition law enforcement as harmful to investment and Government officials often times yield to the requests of potential investors.

Although there appears to be no economic reasons which justify the conduct of cartel activity, from the perspective of the proper functioning of the market, various businesses may claim that they form an “export cartel” and collude because they compete on the international marketplace and therefore need to join together in order to operate as efficiently and as cost-effectively, as possible.

The Staff has to be cautious in conducting its investigations because indicators of the existence of cartels are not clearly visible. Indicators in other jurisdictions may not necessarily be indicators within the Jamaican context. Further, while recognizing examples from other jurisdictions, it may be difficult to explain its applicability to our own country as Jamaicans view their business environment as being somewhat unique. e.g. a price increase by two enterprises in one jurisdiction may be an indicator of a cartel, but a price increase of a similar nature in Jamaica may not be an indicator because one

enterprise may recognize that its competitor is able to benefit from charging a higher price and therefore follow that competitor and increase its own price.

STAFFING OF THE COMMISSION

The level of expertise, which is required in identifying and investigating cartel activity, does not currently reside in the FTC. There exists no data, expertise, practical experience or resources to conduct a full-scale cartel investigation. Access to expertise in areas such as Information Technology, Engineering, Forensic investigating, Interviewing skills, Search techniques, Research methods, Expert surveillance, is almost non-existent. In a country of almost three (3) million people, the Technical Staff of the FTC consists of three (3) attorneys and three (3) Economists; and there is inadequate funding of the Commission to allow it to access the expertise or to train the Staff sufficiently. The number of Staff members and the limited nature of its expertise make it difficult to carry out Searches effectively. Ideally, Search Teams should comprise persons with expertise in almost all the areas listed above.

Since the inception of the FTC the focus has been more on consumer complaints with cases of Misleading Advertising consuming the majority of our efforts. About a year ago the decision was made to shift our focus away from consumer complaints and place a greater emphasis on competition matters and the incidences of anti-competitive practices within the market. This shift could be seen as prophetic, as the Minister with responsibility for Commerce Science & Technology issued a directive effective June 1, 2005, enjoining the Commission to divest itself of consumer protection matters and concentrate more on investigations into anti-competitive activities.

Whereas we feel that in a few sectors there could be cartel activity taking place we are cautious about channeling the limited resources into work that might yield nothing. At the same time we are not unaware of the possibility that individuals and businesses know of the Commission's lack of experience, expertise, knowledge, and resources, in investigating cartel activity, and therefore they do not feel obliged to come forward and report such activity; enjoying some measure of "comfort" in continuing to engage in cartel activity.

INVESTIGATIVE TOOLS

There exists no compulsory investigative tools. The FTC has never conducted a Dawn Raid and does not have the practical experience in conducting one.

We do not envisage having a difficulty in engaging the services of the Police Force and the Judiciary to assist in acquiring and executing warrants; but we would have a difficulty in acquiring the requisite human resources with the technical capacity.

There have been no instances in which specific legislative or enforcement initiatives have been frustrated by legislators, prosecutors, judges or others on the grounds that cartels are not harmful.

Sections 42 and 43 of the FCA provide:

that any person who in any manner impedes, prevents or obstructs any investigation, or who refuses to produce any document, or destroys or causes to be destroyed any document, or to supply any information when required to do so, is guilty of an offence and is liable on conviction in a Resident Magistrate's Court to a fine not exceeding J\$500,000 and/or to imprisonment for one year or to both such fine and imprisonment.

The limitation of these Sections is that the FTC would have to apply for a summons and await a hearing by the Court, by which time the relevant information could be effectively secreted or destroyed. Thus Sections 42 and 43 provide very little incentive to cooperate with an investigation.

It is recognized that where strong sanctions do not exist, an Agency has to consider other mechanisms to provide incentives for individuals to defect. Korea for example, has instituted a monetary reward system. It is unlikely that such a system could be implemented in Jamaica as there is no Budget for such an item of expenditure. It is to be noted that pursuant to Section 47 (1) of the FCA, any pecuniary penalty which is imposed by the Court is paid to the Crown.

Despite the limitations, some of the tools which could be applied in Jamaica are:

1. The use of Searches. Despite not having powers of sealing off, if used correctly, Searches can be an effective tool in terms of gaining immediate access to critical information. Warrants are issued only after satisfying the issuing authority that there is sufficient evidence or reasonable grounds to prove anti-competitive behaviour. On the only occasion on which the FTC conducted a Search, accusations of "fishing" were raised - the party being investigated claimed a lack of evidence strong enough to support a Search. There is definitely room for improvement in Search techniques. One method is to be able to observe the planning and execution of a Search being conducted by an Agency experienced in the conduct of Searches;
2. Focus on visible conduct that may facilitate or manifest cartels. This includes monitoring of trade associations' information exchange programmes to see whether they are anti-competitive in and of themselves;
3. Focus on agreements regarding for example:- uniform hours of business, refraining from advertising or attempts to eliminate competition;
4. Focus on horizontal agreements not to deal with customers or suppliers unless they agree that they will not compete with the parties to the agreement or do business with the parties' competitors or potential competitors.

LEVEL OF AWARENESS OF THE HARM CAUSED BY CARTEL ACTIVITY

The lack of awareness of the harm caused by cartels is directly and indirectly responsible for many of the difficulties faced by Competition Agencies. Insufficient knowledge and experience on the part of Law makers makes it somewhat easier for businesses to maintain anti-competitive activities. Law makers, Government officials, business people and the public in general, are not aware of the harm that is caused by cartels as they lack a good understanding of the premises or benefits of competition law enforcement; and are not aware of the activities which may constitute cartel activity. Often times Government officials involved in procurement, whether innocently or not, become guilty of engaging in activities which could be considered as assisting in the creation and maintenance of cartels.

Our Competition Law applies in most circumstances to anti-competitive rules and activities by Government entities when the rules and activities reflect Government action in its regulatory capacity. Many Government officials are not aware of, and do not believe that they should adhere to the provisions of the FCA, hence they constitute one of our target groups for education. It is also necessary to increase the Judges' awareness of the nature of cartels; the harm that they cause and the need for deterrence, in order that they may feel justified in imposing the maximum fine allowed.

Even though public education has always been very high on its list of priority tasks the FTC recognizes the need for increased work in this area. Seminars, workshops and meetings with Government officials, members of the Judiciary, educational institutions, business groups and professional associations, are included in our annual agenda of activities. For the past five (5) years the FTC has hosted an annual public seminar (the Shirley Playfair Lecture); and this year for the first time it will be broadcast on national television. The panelists will make presentations on various aspects of competition, including cartel activity. Other forms of Public Education include speeches, radio and television interviews, newspaper articles and an annual Newsletter.

Ongoing programmes to communicate clearly and consistently about cartel activity will begin to be a more significant part of our Public Education campaign. We have done some work on educating a limited number of Government procurement officials and we are now planning a short seminar aimed at educating Government officials on cartel activities. Such officials are in a position to detect signs of cartel activity such as bid-rigging and they ought to be able to influence how bidding procedures are organized so as to make the formation of cartels more difficult.

We intend that our future Public Education programme contain:

1. Information about cartel cases, such as background, nature, mode of operation.
2. Public statements, constructed in such a way as to highlight the harm caused by cartel.
3. Quantitative estimates (in dollars) of the level of damage, or potential damage, caused by cartels and the effect which it has on the economy. To date, we have been unable to do this. Until recently, we were not ourselves aware of the economic harm in any tangible way.

4. An indication of the fall in prices resulting from the detection and prosecution of cartel activity.
5. The use of brochures and the website. e.g. brochures produced by the US DOJ, on the danger of cartels and a checklist of suspicious behaviour.
6. Information provided by the 1998 OECD Recommendation; the OECD Competition Committee reports; and the International Competition Network's Cartels Working Group.

Since we have no experience in gathering the relevant evidence, presenting arguments and in distributing information about cartels' harm caused in our country, we await the publication of the experiences of other countries and look forward to participation in international workshops/seminars to assist in improving our technical capacity.

Venezuelan experience in the application of an antimonopoly policy: horizontal agreements.

The application of provisions against agreements between competitors is the area where there is the greatest experience in Venezuelan competition policy. In the period between 1992 and 1997, the Superintendence issued twenty decisions involving the application of articles 9 and 10 of the Act. Some of those cases are discussed in this section. In particular, all the cases of agreements between competitors relating to the application of articles 9 and 10 which were the subject of judicial proceedings are discussed. In these cases, and especially the initial decisions, Procompetencia had to develop criteria on the basis of which an agreement between competitors should be evaluated. One of those criteria was to make a conceptual distinction between “concerted practices” and “agreements” between competitors, and to establish the items of evidence essential to demonstrate each practice, so as to be able to make decisions and apply the required sanctions.

It is important to point out that although Procompetencia found the existence of several cartels, some of its decisions did not stand, following review by the First Court of Administrative Litigation concerning the legality of the administrative activity. However, the decisions of the First Court of Administrative Litigation were always based on the existence of procedural defects and not defects of substance.

1. – The premixed concrete case: the beginnings.

In this case¹, the first investigated by Procompetencia, proceedings were instigated against three producers of premixed concrete in the metropolitan area of Caracas in 1992 which had drawn up identical price lists and tables.

A first element which had to be addressed was the conceptual difference between “concerted practices” and “agreements” between competitors. On this occasion, the Superintendence maintained that although both practices require an exchange of consent between the firms to implement the practice, concerted practices also required the material execution of the agreement. According to this criterion, there are fundamental differences when it comes to proving an agreement and a concerted practice. In the former case, it is sufficient to obtain a written instrument from which the intent to collude can be identified, whether or not it has been executed. In the second case, there is no express agreement between the parties (or rather, the existence of such an agreement cannot be proved), but it can be inferred from the actions of the firms that such an agreement exists.

In the particular case of the producers of premixed concrete in the metropolitan area of Caracas, although the Superintendence could not show the existence of an express agreement between them, there was evidence that they were engaging in a concerted practice.

¹ Decision No.SPPLC/0002-93 of 17 May 1993. “Administrative doctrine of PROCOMPETENCIA 1992-1993”.

Thus the necessary items of evidence were established to demonstrate the concerted practice. For that purpose, Procompetencia leading decisions of the Commission of the European Communities on the subject used as a reference, namely: the S.A. Française des matières colorantes (Francolor) v. Commission of the European Communities (dyes) case,² and the Suiker Unie v. Commission of the European Communities (sugar industry) case³. The Procompetencia decision uses the principles enshrined in those decisions to state that it is contrary to the rules of competition “for a producer to cooperate with his competitors in any way to determine a coordinated course of action relating to price increases and to ensure their success by eliminating in advance any uncertainty concerning the conduct of the others in connection with key aspects such as the amount, date and place of the increases”⁴.

The firms investigated, for their part, claimed that the equality of the prices was not evidence of shared intentions. They also argued that the price lists were for reference purposes, and that the prices actually charged were different from those in the price lists. Lastly, they indicated that the price lists were applied to a small percentage of total transactions in the market. However, the Superintendencia held in its decision that the premixed concrete firms were guilty of concerted practices in fixing prices and imposed fines on them. The price lists had similarities not only for the prices of normal and special premixed concrete, but also in the surcharges on sale of the product and the period of validity of the lists. Furthermore, it was indicated that the existence of reference price lists used between competitors has a direct impact on the setting of the prices actually charged.

In addition, Procompetencia considered that there were additional factors in the market investigated which allowed the implementation of the concerted practice, among which it highlighted:

“...the small number of premixed concrete firms in the relevant market for premixed concrete sold in the Caracas area, the fact that premixed concrete is a uniform and homogenous product since its essential characteristics do not vary from one firm to another, and the communication facilities that existed between the firms because they belonged to the same trade association are all concurrent economic factors which suggest the effective existence of a cartel between the firms investigated”⁵.

The judgement of the First Court of Administrative Litigation: the first round.

² Compendium of EU competition decisions 1964-1972, page 130, Decision 69/43.

³ Compendium of EU competition decisions 1973-1980, page 3, Decision 73/109.

⁴ S.A. Française des matières colorantes (Francolor) v. Commission of the European Communities.

⁵ Decision No.SPPLC/0002-93 of 17 May 1993. “Administrative doctrine of PROCOMPETENCIA 1992-1993”, p.70.

The Venezuelan Competition Act envisages the possibility of firms sanctioned by Procompetencia appealing to the administrative litigation jurisdiction⁶ to review the legality of the sanction. Accordingly, the premixed concrete firms appealed to the First Court of Administrative Litigation seeking to have the sentence of the Superintendence overturned, asserting the following arguments, among others,:

1.- The official who conducted the administrative proceedings was not competent to do so. Under the Act on the Promotion and Protection of the Exercise of Free Competition, the administrative proceedings must be conducted by the Assistant Superintendent.

2.- There was a false supposition in law and in fact in the decision. The false supposition in law was the incorrect view that it was not necessary to show the anti-competitive effects of the supposed practice restrictive of competition. The false supposition in fact was the absence of evidence to show an agreed intention by the competitors to fix identical prices, given the reference character of the price lists.

3.- The abuse of power, evident from the transformation by the administration, contrary to the purpose of the law, of *natural* presumptions into presumptions of *law alone*, when the sanctioned firms cannot rebut the presumptions derived from the objective confirmation of the prohibited conduct.

4.- The calculation of the fine does not comply with the parameters laid down in article 50 of the Act on the Promotion and Protection of the Exercise of Free Competition⁷.

In the first judicial review of a Procompetencia decision, the First Court did not rule on arguments of substance. The arguments used to decide that the decision was null and void were that the official who conducted the case was not the Assistant Superintendent, who had that function under the law and who must be appointed by the President of the Republic. In fact, the Superintendence was unaware that as an administrative organ it was subject to a system of administrative law whose purpose was to defend individuals against excesses of the public administration. The designation by the Superintendent of the Director of Investigation and Promotion to act as a presiding official was illegal on the grounds of *ultra vires*, since only the President of the Republic had that power, and only the assistant Superintendent could notify the opening of proceedings and conduct them.

Medical liquid oxygen case.

In this case, two producers of medical liquid oxygen who jointly held a 75% share of the market had been issuing identical price lists for liquid oxygen in bottles since 1990. In

⁶ Article 53 of the Act on the Promotion and Protection of the Exercise of Free Competition.

⁷ The amount of the fine shall be fixed in relation to the seriousness of the offence, taking into account: (1) the manner and scope of the restriction of competition; (2) the size of the market affected; (3) the market share of the defendant; (4) the effect of the restriction on free competition, on other actual and potential competitors, on other parts of the economic process and on consumers and users; (5) the duration of the restriction of competition; and (6) recurrence of the prohibited conduct.

1993, the Superintendencia decided to open proceedings against these firms, based on a complaint about concerted practices⁸.

In this case, Procompetencia maintained the principles on concerted practices established in the premixed concrete case. It was thus indicated that the elements that constituted a concerted practice were the existence of collusion between the parties to the agreement (objective evidence of the practice) and the will of the parties to act in concert (intellectual element).

As in the previous case, the influence of doctrine and comparative jurisprudence was used extensively by the Superintendencia. Thus, it was indicated in the decision that parallel conduct in firms is evidence of the existence of an agreement not to compete, as pointed out in United States case law in the decisions in *Morton Salt Co. v. U.S.*; *Pittsburgh Plate Glass v. U.S.*; and *Safeway Stores v. F.T.C.* It also makes reference to the criteria set out in the “Dyes”, “European Sugar Industry”, “Pittsburgh Corning Europe”⁹ “Vegetable Parchment”¹⁰, “Hi Fi Pioneer”¹¹, “Benelux Glass”¹² and “Zinc Producers Group” cases¹³. In these cases, it is considered that the fixing or simultaneous increasing of prices by identical percentages for the same products, the application of those increases on the same or similar dates, the lack of competition in the market, the homogeneity of the products, the contacts or exchange of information between the firms and the discriminatory measures against competitors who are not party to the agreement are indications of the existence of a concerted practice.

The investigated firms claimed that during the administrative proceedings their right to defence had been violated in that they were not allowed to see the other’s price lists, thus they argued that they did not have access to the items that constituted the prohibited conduct. The investigated firms also argued that the price lists were for reference and that did not “*per se*” alone constitute a violation of competition law. For the oxygen producers, parallel prices do not constitute a concerted practice, but can be evidence that must be added to other evidence to prove the practice. In any case, the firms justified the parallel prices as an expression of the fierce competition in highly concentrated markets where economic agents have similar costs structures.

In this case, the Superintendencia held that there was sound, precise and convergent evidence that left no room for doubt that there had been a concerted practice, such as the parallel issue of reference price lists for exactly the same dates by the firms involved and the contacts between the firms. In addition, the possibility that there had been a concerted practice relied on the following characteristics of the liquid oxygen market: concentration of the market, advertising of prices lists as a form of control by the cartel, the homogeneity of the product as a factor in executing the practice and the inelasticity of

⁸ Decision No.SPPLC/0002-93 of 15 November 1993. “Administrative doctrine of PROCOMPETENCIA 1992-1993”.

⁹ Compendium of EU competition decisions 1964-1972, p. 337, Decision 72/403

¹⁰ Compendium of EU competition decisions 1973-1980, p. 493, Decision 78/252

¹¹ Compendium of EU competition decisions 1973-1980, p. 709, Decision 80/256

¹² Compendium of EU competition decisions 1981-1985, p. 475, Decision 84/388

¹³ Compendium of EU competition decisions 1981-1985, p. 485, Decision 84/405

demand. For all these reasons, the Superintendence decided that the investigated firms were guilty of concerted price-fixing practices.

The judgement of the Court: is the Superintendence properly evaluating the evidence?

The firms sanctioned by the Superintendence appealed to the First Court of Administrative Litigation seeking to have the sentence of the Superintendence overturned, claiming, among other arguments, that:

1.- Their right to a defence had been violated because they had been denied access to the evidence that was being used to prosecute them for the matter for which they were sanctioned, depriving them of the defence provided in article 31 of the Act on the Promotion and Protection of the Exercise of Free Competition¹⁴.

2.- Procompetencia had incorrectly interpreted the scope of the Act on the Promotion and Protection of the Exercise of Free Competition as regards the items of evidence of what constitutes a concerted practice. In this regard, they state that it is not in accordance with the Act that concerted practices can be proved by indications and presumptions, because there is no legal basis for that.

3.- Procompetencia based its decision of false facts when it claimed to infer conduct to fix prices from a single indication (the price lists), without their being other evidence of such a concerted practice.

4.- The lack of any mention in Procompetencia's decisions of the restrictive effect on free competition, since for the investigated firms, the purpose of the Act is to sanction conduct which has a restrictive effect and not conduct which has not produced an anti-competitive effect.

Concerning the complaint that the firms were denied a defence, the First Court of Administrative Litigation held that review of the administrative proceedings and the evidence that demonstrated the practice is an expression of the right to defence enjoyed by persons in a state governed by the rule of law, and thus will allow the accused to defend themselves fully, asserting and proving what is necessary to defend their legal position to the full. Thus, in the face of any conduct by the Administration aimed at restricting or obstructing the subjects of the proceedings from reviewing and examining the administrative proceedings deprives those persons of a defence. For that reason, as the action by Procompetencia restricted the right to defence by denying the firms access to the evidence which was being used to convict them (identical price lists), the First Court of Administrative Litigation annulled the sanction.

Notwithstanding the foregoing, the First Court of Administrative Litigation took care to explain the value of the evidence and presumptions as proof with special emphasis on

¹⁴ Article 31 provides that data and information provided by firms shall be confidential, except where the Act requires their registration or publication. Under that article, Procompetencia decided not to allow access to the price lists of the firms investigated in the proceedings.

concerted practices. In that respect it points out with reference to the decision of the Superintendence that there are two fundamental and crucial pieces of evidence which served to show the concerted practice in the present case, namely:

- 1.- The parallel conduct, evidenced by the reference price lists and the same dates of validity.
- 2.- Contact between the parties, particularly due to the contacts between the sanctioned firms as members of the National Association of Gas Manufacturers of Venezuela.

With respect to the first, the First Court of Administrative Litigation indicated that the violation of the firms' right to defence by denying access to the price lists prevents that evidence being used as evidence of the concerted practice. As regards the evidence of contacts between the firms, it was pointed out that

"...the National Association of Gas Manufacturers of Venezuela allows direct communication between its members, which facilitates exchange of information, and that meetings of the executive board, made up of firms members of the Association, on marketing issues are indicative of contacts between firms which could refer to pricing.

Beyond that, it cannot be inferred, as the Superintendence did, that there was complete evidence of acting in concert.

*In the light of the foregoing, the Court holds that it is not in accordance with the spirit of the constitutional text to take as a fundamental proof for the sanction imposed on the appellant firms the existence of an Association which groups manufacturers of gases at national level."*¹⁵

As regards the items of economic evidence used by the Superintendence to determine the feasibility of implementing the concerted practice, the First Court of Administrative Litigation held that for such factors to be taken as evidence, it is essential that the same inference can be drawn from each concerning the matter under investigation. In making such an analysis, the First Court of Administrative Litigation considered that factors such as the lack of competition in the market, the homogeneity of the products and the nature and characteristics of the firms, far from evidencing a concerted practice, reflected the characteristics and specific conditions of the product and its market.

Airlines case: competition in public services.

In 1994, the Superintendence initiated proceedings into the conclusion of agreements to fix prices, limit production and share markets against two airlines which had signed and executed a commercial cooperation agreement for the joint operation of routes to Havana and Santo Domingo, in which they fixed prices and rationalised routes from Caracas.

¹⁵ Judgement of the First Court of Administrative Litigation of 5 June 1997.

On that occasion, the Superintendence said that agreements between competitors which consist of fixing prices, directly or indirectly, by their nature constitute a restriction of competition and that such conduct or practices are one of the most serious contemplated in countries with a tradition of free competition. Thus, the Superintendence states that the seriousness of that conduct is due to the fact “that the proper functioning of a price system, where prices are determined by the free play of supply and demand, is necessary in order for competition in the market to yield the maximum benefit to producers and consumers. For this reason, supervision of conditions which ensure that these conditions pertain in the market are one of the paramount aims of the Act on the Promotion and Protection of the Exercise of Free Competition”¹⁶.

As regards agreements to limit production, the Superintendence stated that they tend to cause a rise in the price of a product or service or contain a fall in prices, thus a restriction of competition can be observed. In this connection, it indicates that “given the normal behaviour of demand, restricting production can have the effect of increasing prices, even though the increase cannot be calculated directly. Consequently, if competitors in concert fix controls to restrict the quantity of goods to be supplied or services provided, the takers will be forced to pay a higher price. This control of supply allows parties to the agreement to manipulate demand and achieve the price they desire. In consequence, such conduct frequently forms part of broader agreements in cartels to fix prices or share markets”¹⁷.

For this reason, it was considered that as the service provided by the airlines is the carriage of passengers on regular flights, an agreement to rationalise routes reduces the number of flights and limits the service. Procompetencia rejected the firms’ argument that the rationalisation agreement allowed them to operate more efficiently, since it would allow them to increase the number of passengers on each flight and reduce costs. Indeed, it was held that in a competitive market, each airline can decide the number of flights that it will provide based on costs and demand. If a flight ceases to be profitable to the provider, the provider can cease to operate it, without the need to agree that with its competitors. Finally, the decision of Procompetencia determined that the agreement did not imply a sharing of the market or geographical areas, and fines were imposed for agreement to fix prices and limit production.

The Superintendence adopted the criteria set out in European and United States doctrine and case law stemming from competition authorities concerning agreements between airlines, in which the prejudicial effects and injury caused by agreements between two or more airlines to fix fares (*Ahmed Saeed Flugreisen v. Zentral zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V* case in the European Court of Justice).

The Superintendence also adopted the criteria set out in the report by the Department of Justice concerning the injury caused by the implementation of agreements on fares within

¹⁶ Decision No. SPPLC/00030-94 of 8 July 1994. “Administrative doctrine of PROCOMPETENCIA 1994”.

¹⁷ Decision No. SPPLC/00030-94 of 8 July 1994. “Administrative doctrine of PROCOMPETENCIA 1994”, p.340.

the International Air Transport Association (IATA) to determine the restrictive character of the Pool agreement or rationalisation of routes from Caracas to Havana and Santo Domingo.

The judgement of the Court: can competition policy be applied to public services?

This case was again decided in favour of the investigated firms. The First Court of Administrative Litigation decided to annul the decision because it was not within the jurisdiction of the Superintendence. Thus, the Court found that firms which engage in an economic activity which consists of exclusive public services¹⁸, where private parties participate by means of a concession, cannot be investigated or sanctioned by a competition authority. The First Court of Administrative Litigation points out that in such cases, the activity is subject to the limitations of the regulatory authority created for the purpose by the State to supervise its activity. For the Court, there is no free competition to protect in such cases, since it is not the market but an external government organ which regulates the activity¹⁹.

We need to make some critical comments concerning this judgement. Firstly, by implication, the judgement claims to ignore the right to economic freedom of firms which carry out an economic activity which constitutes a public service, and which represents the constituent element of a system of free competition and markets. To state that there is no free competition to protect in cases where private persons participate by concession in providing exclusive public services, such that free competition exists only in those economic activities which can be carried on freely without any limitation is wrong. As indicated above, the different variables of competition available to firms in a market are inter-dependent. The fact that one of them is fixed by particular legislation does not mean that the firms cannot compete in other variables. Although it is true that entry and exit from such activities by private persons, and thus free competition, is limited by the State, it is no less true that when that limitation is removed, the private persons to some extent maintain their freedom in managing the business. Economic or enterprise freedom is a true subjective right which cannot be waived or denied, and it must be maintained and respected, at least to the extent of an inalienable core essential for the exercise of that right.

Thus it can be asserted that the basic decisions which affect the operation of the firm and management policies which may be adopted in providing various services are a palpable example of this essential core in the free operation of the firm in activities where there is maximum State intervention. The State's powers of control and management are limited to factors related to the provision of the service and thus cannot extend to the management autonomy of the private concessionaire. The rule seems clear, the private person manages the public service and the State supervises its operation.

In addition, the exercise of economic freedom is clear when the State places private persons who have obtained a concession in conditions of competition. These conditions

¹⁸ Passenger air transport is declared a public service in the Civil Aviation Act.

¹⁹ Judgement of the First Court of Administrative Litigation of 24 September 1997.

are clear from the participation of several firms in providing the same public service, from the fixing of margins for setting prices on a competitive basis which allow the provision of good quality, competitive, safe and sustainable services, and from the prohibition of monopoly practices in the provision of the service (price agreements, sharing of geographical markets, practices which hinder the sustainability of the service, etc.).

The opinion expressed by the First Court of Administrative Litigation was recently modified by the Supreme Court of Justice in the case of *Aerovías Venezolanas S.A. v. Ministry of Transport and Communications*²⁰. In that judgement, the Supreme Court set aside the opinion of the First Court that economic freedom is affected absolutely and generally because it is a public service. On the contrary, such limitations specific to the provision of a public service may co-exist with economic freedom and free competition. Thus, the Supreme Court held that:

*“This circumstance of coexistence or validity of economic freedom even in the context of reserved activities is not alien to our legal system, in which, for example, concessions are granted for “cellular telephony” and “operation of the phosphorus industry” in which more than one firm is present and able to compete with each other, based on market rules, to the extent that they do not conflict with the system of reserved activities”*²¹.

The judgement of the Supreme Court of Justice thus reflects the interpretation by the Superintendence in the airlines case.

The pharmaceutical laboratories case: (or is it possible to compete when prices are regulated?)

At the end of 1994, the Superintendence initiated proceedings against 37 pharmaceutical laboratories for concerted practices in fixing conditions of sale²². The laboratories had changed their conditions of sale between June and August 1994, as follows: (1) sales on credit up to twenty (20) days maximum, from the date of delivery of the goods, with a discount of up to 2%. From the 21st day, interest on arrears would be applied at market rates. (2) Cash sales, if payment made within five (5) days following delivery, a discount of 5 % would be given for prompt payment.

The case in question is important since at the time when the laboratories decided jointly to modify their conditions of sale and set new conditions, there was regulation of maximum prices for sales of medicines to the public. This was asserted by all the laboratories in the course of the proceedings as an argument against the Procompetencia investigation.

²⁰ Judgement of the Administrative Policy Division of 8 June 1998.

²¹ Idem

²² Decision No. SPPLC/0025-95 of 26 May 1995. “Administrative doctrine of PROCOMPETENCIA 1995”.

For its part, the Superintendence maintained, as in previous decisions, that concerted practices suppose a series of acts by the economic agents who engage in the practice which can only be determined by examining the market. Thus, it indicates that one of the instruments necessary to examine the practice is the concept called in antimonopoly theory as “parallelism” of the competition variables in the markets.

Thus the Superintendence indicates that parallelism in the concerted practices has a time dimension and a quantitative dimension. The time dimension refers to the simultaneous modification of a variable in time, while the quantitative dimension refers to the determination of a level of the supposedly concerted competition variable, within which an alignment of the competitors participating in the practice will be observed.

Thus the Superintendence indicates that to “prove the existence of concerted practices in the determination of a competition variable, such as, for example, conditions of sale, resort has to be made to observation of the behaviour of that variable over time, paying special attention to any pattern or behaviour which might apply generally to firms operating in the market in which the practice is occurring, for example, a simultaneous variation in the same direction and of the same magnitude.”.

The Superintendence considered that the laboratories, by their concerted action, were seeking to use their bargaining power to impose the same conditions of sale on all firms with which they did business. Thus it declared that there was a restriction of competition in the fixing of the discounts offered by competing firms intended to prevent the use of variables with which they could effectively compete. The pharmaceutical laboratories were sanctioned and fined.

As regards the arguments wielded by the laboratories concerning the regulation of prices of medicines and the possibility of fixing conditions of sale such as the discount for prompt payment and conditions of sale on credit, given the State regulation of that market, the Superintendence indicated that:

“While it is true that competition is in fact limited by the Executive Power through the regulation of prices to the consumer, the fact remains that at other levels in the chain, variables such as terms of trade, credit, etc. are the result of an interplay, and so long as this is respected, greater benefits are guaranteed to economic agents operating in the rest of the chain.

In the particular case of the pharmaceutical laboratories, despite the fact that their economic activity takes place within the regulatory framework, there are other variables with which they can effectively compete and the way in which they manage them will be to the benefit or detriment of consumers.

The existence of controls in other variables may be a mitigating factor but at no time an exemption from the prohibition of agreements and concerted practices as laid down in

*article 10 of the Act on the Promotion and Protection of the Exercise of Free Competition.*²³

All the laboratories appealed to the First Court of Administrative Litigation seeking nullity of the decision of the Superintendence. Judgement in the proceedings is currently pending.

Case of rates for cinema advertisements in newspapers.

In March 1996, the Superintendence opened an investigation into six newspaper publishers in the capital region on receiving from the Ministry of Development²⁴ a letter addressed to the Association of Venezuelan Cinema Operators signed by six publishers in which they indicated an increase in rates for the publication of cinema advertisements in their newspapers.

During the investigation, the Superintendence found that the agreement between the publishers to fix rates for cinema advertisements had been going on since May 1994. In its decision, the Superintendence held that the agreement investigated constituted a horizontal agreement to fix prices, indicating in that regard that “price is possibly the most important factor in a commercial transaction and the most visible signal that economic agents send to the market. An agreement between competitors to fix prices distorts the market, and thus prevents the market from sending the principal message used by consumers to decide their preference between one product and another²⁵.”

In the case in question, it was indicated that as the price of cinema advertisements was not the result of the independent observation and consideration by the publishers, taking into account their costs, raw materials, technology and other variables which determine the individual supply but had become the result of an express agreement, there was clear evidence of the will to abandon any intention to compete on the basis of price, one of the main variables which affect business activities.

Finally, the publishers were fined and ordered to cease the practice immediately. Of the six publishers sanctioned, four appealed to the First Court of Administrative Litigation seeking nullification of the decision. However, only two of the appeals were held to be admissible, and a judgement in the proceedings is currently pending.

Case of Carabobo State Pharmaceutical College: agreements to exclude a competitor.

In February 1995, the Superintendence initiated proceedings for alleged violation of articles 9 and 7 of the Act against a regional pharmaceutical association (the College)

²³ Decision No. SPPLC/0025-95 of 26 May 1995. “Administrative doctrine of PROCOMPETENCIA 1995, p. 207”.

²⁴ Now the Ministry of Industry and Trade, following the reform of the Organic Law of the Central Administration.

²⁵ Decision No. SPPLC/0017-96 of 18 July 1996. “Administrative doctrine of PROCOMPETENCIA 1996”, pp.251-252.

which had agreed at its assembly to boycott any drugs firm which sold products to a new competitor (municipal pharmacy), i.e. the existence of an agreement to exclude a competitor by incitement not to sell to it the products which it requested (medicines).

In that case, the Superintendence interpreted the content of the provision as prohibiting a boycott, which it took to mean the following²⁶: (a) agreements not to compete in negotiations with their suppliers; (b) agreements to exclude a new competitor; and (c) agreements to exclude a competitor from an association (e.g. a joint purchasing group).

In that regard, the Superintendence found that the boycotts to which article 7 refers relate to a practice executed “by a third party, who has been incited to do so by a group of agents or one agent acting alone²⁷. In other words, it requires the presence of three agents. Firstly, the excluded party, secondly, the agent carrying out the action and thirdly, the agent inciting the second to engage in the practice.”

In the case in question, the Superintendence obtained a certified copy of the minutes of the Executive Board of the association concerned in which it expressly stated its intention to boycott a competitor of its member pharmacies. The Superintendence also found that, due to the statutes of the association and its internal structure, it had sufficient influence to force all its member firms to comply with the terms of the declaration, i.e. it was a firm agreement.

These elements led the Superintendence to the following conclusion concerning this case:

“this is a case of a boycott in that certain economic agents agreed to incite third parties to engage in conduct which seeks to prevent the entry of a new competitor or to cause the exit of a competitor, in this case the Municipal Pharmacy. On this occasion the three parties as defined in the provisions of article 7 can be identified, namely, the CARABOBO STATE PHARMACEUTICAL COLLEGE constitutes the first agent with sufficient economic power to incite third parties, i.e. the DRUG FIRMS to engage in anti-competitive conduct against the MUNICIPAL PHARMACY, consisting of refusal to supply medicines to the latter”.

Beers case: increasing the competitor’s costs.

In this case, a group of exclusive distributors of the brewer REGIONAL, entered a complaint about another brewer, POLAR, for allegedly inciting its own distributors to destroy bottles returnable to the former. It would have the effect of increasing its costs and thus encourage its exit from the market.

Although in this case, the complaint was inadmissible due to lack of evidence to infer the possibility that such a practice was occurring, the Superintendence, although in vague

²⁶ See also SPPLC 0030-94 (AEROPOSTAL)

²⁷ SPPLC/0010-95. Administrative doctrine (1995), p.41.

terms, established the parameters by which the prohibition contained in article 8 should be understood.

“From the text of the article it can be taken that for there to be a violation of this provision, two conditions are required, namely: firstly, there must be manipulation of factors of production, distribution, technological development or investment (referred to below as factors). Secondly, that this manipulation causes harm to free competition. Thus this article prohibits any effect on free competition provided that it is caused by the manipulation of factors.

In theory, the withdrawal, retention and destruction of a competitor’s bottles would be a manipulation of factors of production of an excluding character. However, as indicated above, to order the opening of proceedings to determine the prohibited practices, the Superintendence must presume that the practice is occurring. This is a value judgement which begins with a presumption from the arguments and evidence presented by the complainants that the practice is genuinely occurring. It is therefore necessary to determine whether there is evidence that allows the presumption that POLAR and its distributors engaged in the alleged conduct”²⁸.

Although there is practically no doctrine on article 8, in this decision the interpretation of the Superintendence was that for a practice to be considered illegal under that prohibition, an essential item of evidence was proof of the anti-competitive effects.

Final considerations: What does the future hold for the application of legislation against agreements between competitors?

The antimonopoly laws stem from the application of economic science to law. The result surpasses the mixing of two disciplines to become a discipline with its own characteristics and its own systems of analysis. This can also be observed in Venezuelan legislation. With regard to prohibitions of agreements between competitors, the Act on the Promotion and Protection of the Exercise of Free Competition is broad, it includes different categories of agreement which are closely linked to the economic analysis underlying these practices. The content of the provisions to prevent horizontal agreements not only take into account the various economic effects but also distinguishes between the different legal forms that the agreement may take. In addition, there is a marked international influence in Venezuelan doctrine, especially American case law and the doctrine of the European Union.

Nevertheless, the result of the experience of the application of the Act has not been encouraging. No decision of the Superintendence appealed in the Courts has been upheld. However, no decision, whether those involving agreements between competitors or those concerning other dispositions, has been annulled on grounds of economic

²⁸ SPPLC/0023-98 (POLAR and REGIONAL)

analysis or defects in the substance. On the contrary, the judges have focused firmly, no doubt with reason, on the procedural defects of the administrative decision.

The reason why the decisions of the Superintendence have been so ineffective in the courts is most probably the complexity of the analysis involved. In the legal academic world, at least until now, the development of tools based on economic analysis has not been usual and it is not clear that it would be reasonable to do so. The accumulation of economic knowledge involves a cost, and the proportion of antimonopoly cases in the First Court of Administrative Litigation is certainly insignificant. However, the constantly reiterated fact that all the decisions of the Superintendence have been annulled raises a dilemma.

The emphasis by the courts on the procedural aspects of administrative decisions can be seen as a signal against the Venezuelan antimonopoly organisation. The agents can regard Venezuelan antimonopoly policy as a cost and not as a barrier to anti-competitive practices. If the benefits of collusion are greater than the costs of the judicial proceedings, firms have an incentive to engage in it. In small, low-income economies like Venezuela, industries tend to be more concentrated, and the risks of collusion rise, thus to send a signal against the antimonopoly organisation may encourage collusion in a large number of industries, and this clearly imposes costs on consumers.

The foregoing is a challenge for competition policy in Venezuela. In the short term, the agency should concentrate on improving its legal expertise and substantiating its decisions in sanctions proceedings. Secondly, the agency should focus its action on promoting competition, so that it not only takes action against firms which engage in anti-competitive practices, but also works to create institutional conditions to increase competition. In the long term, alternatives such as the establishment of links with the academic world, public opinion, and development of specialised courts are possible.

Fortunately, history is on the side of antimonopoly organisations. In France, the organisation responsible for competition policy had to wait forty years to win its first case in the courts. In Canada, it was a century before the courts saw a judge with training in an antimonopoly agency.



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK
MULTILATERAL INVESTMENT FUND SUSTAINABLE DEVELOPMENT DEPARTMENT
SPECIAL OFFICE IN EUROPE

**ORGANISATION FOR ECONOMIC
CO-OPERATION AND DEVELOPMENT**
COMPETITION DIVISION

INTRODUCCIÓN

En la mayor parte de las naciones latinoamericanas estuvieron caracterizadas por políticas proteccionistas, la sustitución de importaciones, el control de precios, prácticas monopólicas gubernamentales y propiedad estatal de industrias y servicios. Los gobiernos y el sector privado actuaron dentro de reglas que garantizaban, a los empresarios, la protección contra la competencia y, al gobierno, las ejecutorias para asignar y distribuir recursos.

La década de los ochenta representó una fase crucial dentro del cual se vieron obligados a abandonar los esquemas de protección y de industrialización de acuerdo con los criterios CEPALISTAS de sustitución de importaciones. De hecho, la crisis de la deuda y los problemas de inflación y de desmejoramiento en los principales indicadores de calidad de vida, reflejaban desajustes estructurales que motivaron la adopción de estrategias para corregir los graves desequilibrios macroeconómicos. Más aun, cuando comenzaban a producirse discusiones a nivel internacional acerca de la necesidad de globalización y de inserción de las economías en condiciones de mayor competitividad.

La mayoría de los países latinoamericanos comenzaron la transición hacia una economía menos controlada como reacción ante la crisis de la deuda. Para principios de los años 90, casi todos los países habían iniciado las reformas estructurales, reduciendo las barreras comerciales, privatizando empresas del Estado, desregulando la economía y promoviendo la competencia. Puede afirmarse que para la actualidad, la liberalización en el plano comercial se encuentra bastante avanzada.

La promoción de la competencia en estos países se convierte en una tarea más amplia que la aplicación de una ley antimonopolio. Para aquélla hay que afectar el desempeño de monopolistas que han estado protegidos por distintas administraciones. Se debe emprender un proceso educativo orientado a modificar conductas, actitudes y la cultura, entendida como la manera en que se hacen las cosas, persuadiendo a consumidores y productores que la liberación y la competencia es mejor opción que los controles y aumenta el beneficio de ambos por la eficiencia que genera.

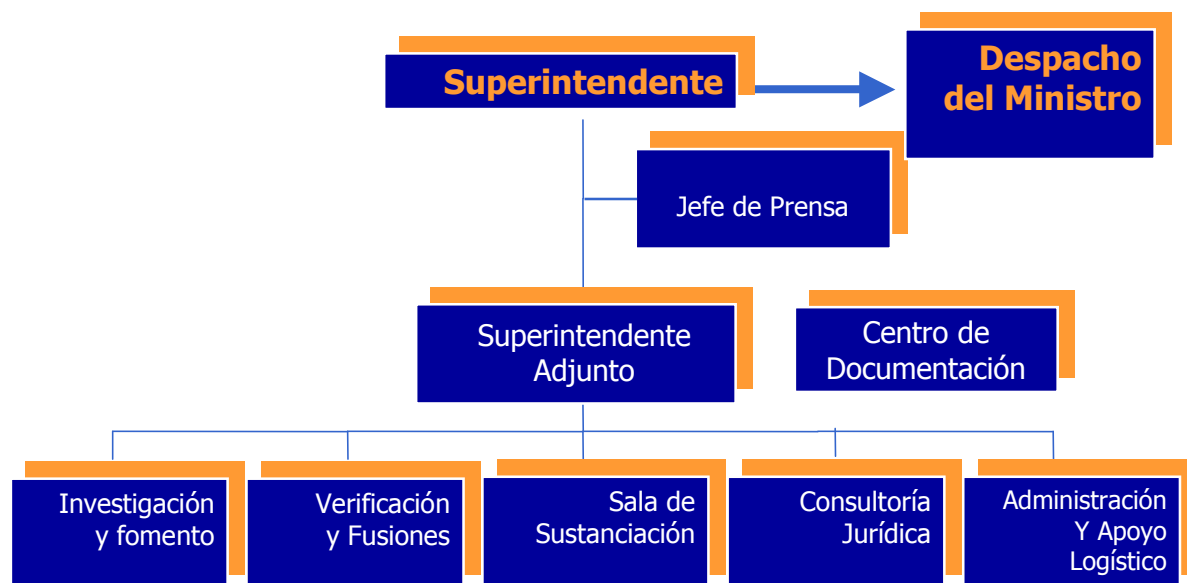
En el caso de Venezuela, las políticas de competencia comenzaron a gestarse en el marco de las reformas económicas iniciadas en 1989. Así en el año 1992, con la promulgación de la “Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia” se crea como órgano desconcentrado, adscrito al Ministerio de la Producción y el Comercio, la Superintendencia, la cual tiene autonomía funcional, aunque no cuenta con independencia, ni autonomía presupuestaria y financiera, lo que es una de sus debilidades institucionales.

LA INSTITUCIÓN

La Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia “Procompetencia”, es el organismo responsable de la aplicación de la ley que regula la actuación de los agentes económicos con el fin de evitar las prácticas restrictivas del funcionamiento del mercado que afectan el beneficio de los consumidores y productores, y que además; tiene entre sus propósitos, prestar el apoyo técnico al Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio en el desarrollo de las políticas públicas en el área de su competencia, principalmente en la realización de estudios económicos sectoriales e investigaciones preliminares que sirven de fundamento para el análisis y estudios de los precios, comportamiento del mercado, medidas de salvaguarda, análisis de medidas complementarias, revisión de diversas leyes, entre otros.

Actualmente, nuestra agencia de competencia cuenta con un personal que está alrededor de los cincuenta funcionarios entre personal administrativo y especialistas en competencia, conformado por abogados (9) y economistas (8).

El siguiente diagrama describe en forma sucinta la estructura organizativa de Procompetencia:



Marco Legal e Institucional

La superintendencia, Procompetencia como ya se señaló, nace con la promulgación de la Ley en el año 1992, siendo éste el único instrumento legal que en forma general regula la competencia en Venezuela, sin embargo, a medida que se fue desarrollando la institución se introdujeron otros instrumentos jurídicos que fortalecieron su capacidad de respuesta, ya que han hecho factible la aplicación de la Ley, es decir, reglamentos, lineamientos legales, etc. Adicionalmente, en las leyes del sector de telecomunicaciones y del sector eléctrico, se introducen principios que regulan la competencia. Así tenemos lo siguiente:

Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia

- Reglamento N° 1
- Reglamento N° 2. Concentraciones económicas
- Excepción Global a acuerdos de Distribución y Compra Exclusiva
- Lineamientos de Evaluación de Concentraciones Económicas
- Lineamientos de Evaluación de Franquicias

Asimismo, en el año 1999, el gobierno de Hugo Rafael Chávez propicia una nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la cual se introducen elementos sobre competencia en los siguientes artículos:

- Artículo 112 : *“Derechos económicos”, “Libre empresa”*
- Artículo 113: *Se prohíben los monopolios, y abusos de las posiciones de dominio, en beneficio y protección del consumidor, productores y de las condiciones de competencia*
- Artículo 299: *La Libre Competencia como principio rector del régimen socioeconómico de la República.*
- Disposición 18º: *Creación de la Ley y del organismo rector de la libre competencia en el país. (*)*

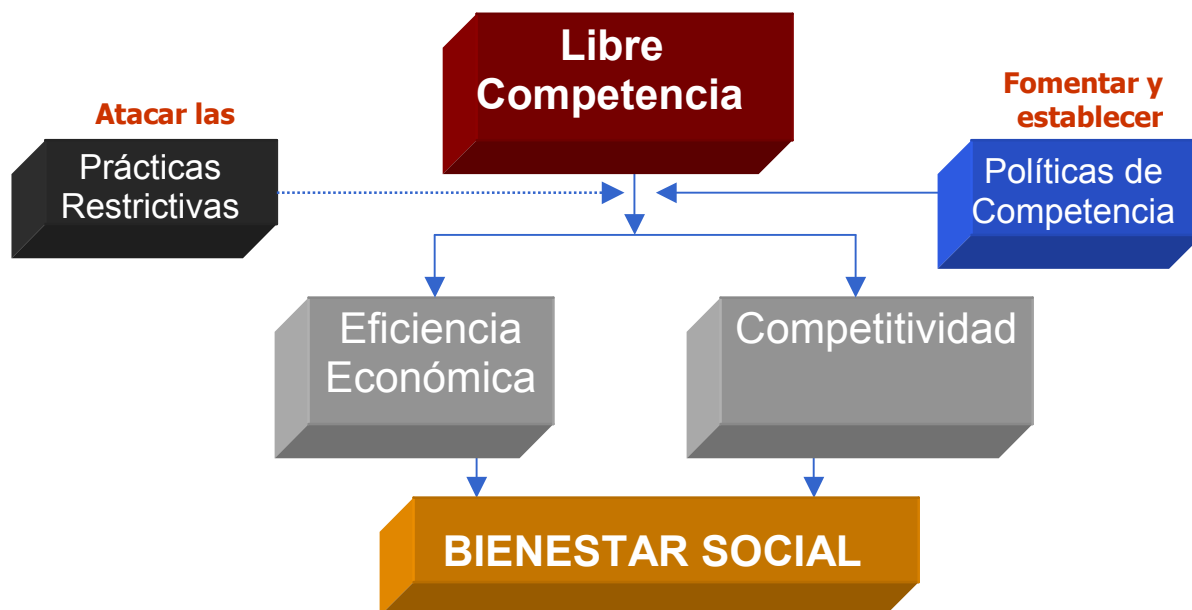
Cabe destacar que Procompetencia es la máxima instancia administrativa en materia de competencia en Venezuela. Las partes involucradas en los casos de competencia pueden recurrir a la vía judicial una vez finalizado el procedimiento administrativo. Ahora bien, los organismos jurisdiccionales competentes encargados de la revisión de las actuaciones de Pro-Competencia tienen poca comprensión técnica de los aspectos económicos planteados en la resoluciones emanadas de la institución, lo cual se traduce en mucho de los casos en decisiones contrarias al criterio de Pro-Competencia, lo cual no contribuye con la política de promoción y afianzamiento de una cultura hacia la competencia.

() Esta nueva ley no se ha aprobado todavía.*

Objetivos a Alcanzar

El objetivo principal de Procompetencia es la promoción y protección de la Libre Competencia en beneficio de los productores y consumidores en el territorio. Esto se traduce en:

- Incremento en el número de opciones de los consumidores.
- “Disciplina” en la conducta de los oferentes-demandantes.
- Las empresas (oferentes y demandantes) se ven obligadas a moderar precios, condiciones de comercialización y mejorar calidad y tipos de productos de los productos.
- Con ello, se estimula la innovación y el dinamismo de los mercados.



¿Cuál es nuestra responsabilidad?

Nuestra Agencia de Competencia tiene como principal y general responsabilidad lo siguiente:

1. La contribución y apoyo en la formulación de políticas económicas o medidas que promuevan y mejoren la dinámica de la competencia en los mercados en particular y en la economía en general.
2. Lucha efectiva contra las prácticas comerciales restrictivas

Ahora particularmente nuestra responsabilidad concreta en:

- Determinar y sancionar las prácticas o conductas anticompetitivas, y demás medios que puedan impedir, restringir o limitar el goce de la libre competencia.
- Monitorear los mercados mediante la apertura de investigaciones preliminares, a fin de determinar la existencia de prácticas anticompetitivas.
- Autorizar conductas restrictivas de la libre competencia.
- Elaborar Informes de Políticas Públicas y/o especiales de diversos sectores que lo ameriten.
- Revisar y analizar Leyes y/o proyectos de leyes desde el punto de vista Jurídico - Económico que forman parte de la Agenda Legislativa y que guarden relación con el área de competencia de la Superintendencia.
- Fortalecer las acciones de Cooperación Interinstitucional.

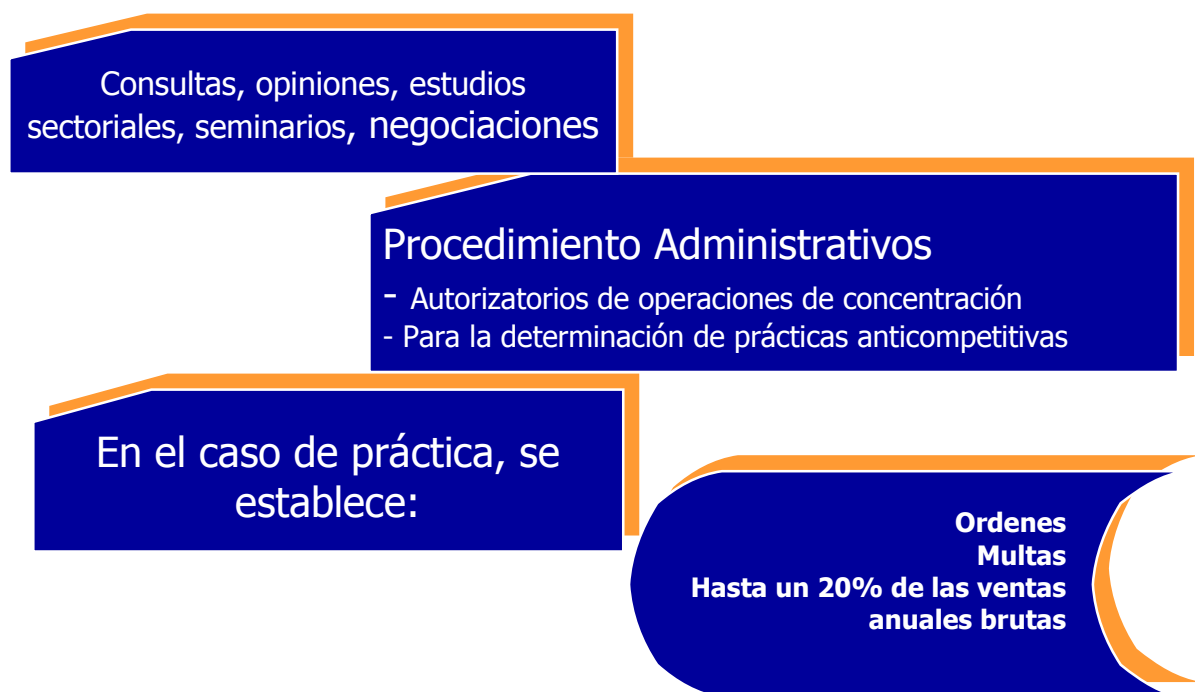
¿A través de qué medios actuamos?

Promover la Competencia y la Eficiencia

- Opiniones y consultas
- Seminarios
- Informes de Políticas Públicas
- Negociaciones
- Interviniendo las prácticas anticompetitivas, a través de procedimientos administrativos
- Observando que las concentraciones no causen daños al mercado.

Proteger la Libre Competencia

El diagrama siguiente refleja esquemáticamente como actúa Procompetencia



¿Cuál es nuestro umbral de Acciones?

Las agencias de competencia dependiendo de la naturaleza de su creación y de las características de sus mercados priorizan las diversas prácticas anticompetitivas que van a atacar, en el caso de Venezuela, se contempló en nuestra legislación, lo siguiente:

En materia de prácticas de explotación para la obtención de rentas no lícitas



- Abusos de posición de dominio
- Acuerdos entre competidores

En materia de prácticas de exclusión



- Abusos de posición de dominio
- Acuerdos entre competidores
- Competencia desleal
- Boicot

En Competencia Desleal, con desplazamiento de competidores:



- Violación de los secretos industriales.
- Simulación de productos
- Publicidad falsa o engañosa dirigida a limitar la libre competencia.
- Publicidad comparativamente falsa
- Soborno comercial
- Otros actos desleales, tales como:
- Aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

En materia de Concentraciones, siempre que:

- Produzcan o refuercen una situación de dominio.
- Generen efectos restrictivos de la libre competencia.



- Joint venture
- Fusiones Adquisiciones

Sujetos de Aplicación de la Ley

A pesar que Venezuela es un país con una alta influencia del sector público en la actividad económica, en su legislación sobre competencia no se contempló discriminación alguna, es así, que nuestra Ley se aplica en forma general a:

- Personas naturales o jurídicas
- personas públicas o privadas
- Agrupación de alguna de las anteriores, o de su vinculación con otras.



Siempre que realicen actividades económicas, con o sin fines de lucro, en el territorio nacional

La abogacía por la competencia en Venezuela

A pesar que Venezuela se ha caracterizado por la volatilidad en la aplicación de sus políticas económicas, pasando por diversos enfoques de apertura por un lado, y la aplicación de controles por otro, el desarrollo de la normativa en materia de competencia se inserta en el área de abogacía, en la medida que los lineamientos técnicos aplicables a los diversos sectores proporcionan a los agentes económicos un mayor entendimiento acerca de las disposiciones legales, y brindan mayor claridad acerca de los procedimientos y las implicaciones de legalidad que pudieran tener actuaciones por parte de los mismos.

Sin embargo, tenemos una serie de limitaciones para promover eficientemente la política de competencia y por ende la cultura asociada a ella, entre otras cosas por algunas debilidades institucionales que están presentes. Destacan las siguientes:

-PROCOMPETENCIA cuenta con una estructura organizacional adecuada que le permite resolver los casos satisfactoriamente, sin embargo y dada las limitaciones presupuestarias para llevar a cabo la tarea de promoción, no dispone de recursos suficientes para llevar a cabo estudios en los que se analicen las condiciones de competencia de sectores estratégicos para el país, ni para la generación de indicadores de impacto de las políticas de competencia en términos de eficiencia y bienestar del consumidor, lo cual limita la capacidad de respuesta eficiente y oportuna a las crecientes solicitudes de sectores públicos y privados como ente formador de políticas públicas.

-Poca comprensión y apoyo por parte del sector oficial: A pesar de que la Ley y la Superintendencia tienen casi 13 años de haber sido creada, existe en el país un gran desconocimiento de la materia de competencia. Tanto la institución como las decisiones que se toman son poco comprendidas por el sector político oficial; lo que se traduce en un escaso apoyo en lo que a recursos financieros, técnicos y humanos se refiere.

-Presencia a nivel nacional: A pesar de que la Ley Para Promover y Proteger la Libre Competencia permite la constitución de agencias de competencia en los distintos estados

del país, en la práctica tal situación nunca se ha materializado, lo que impide que muchos agentes económicos pequeños que se ven afectados por prácticas anticompetitivas no hagan las denuncias correspondientes. Sin embargo, es oportuno señalar, que en la actualidad esta en proyecto la creación de dependencias en otras ciudades del país.

-En cuanto a la relación con algunos sectores regulados, es importante destacar que se han introducido principios de competencia en diversas leyes, por ejemplo: Ley de Telecomunicaciones, Ley del Sector Eléctrico y recientemente, Ley del Gas, incluyendo además, la opinión previa de la Superintendencia para la aprobación de algunas operaciones por parte de los entes reguladores. En cuanto al sector Telecomunicaciones, el trabajo de la Superintendencia con la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) se ha basado en reuniones sostenidas con la idea de debatir algunas políticas regulatorias que puedan ser aplicadas al sector y que mejoren la dinámica de la competencia en el mercado en general y en particular, la coordinación para la realización de los diferentes estudios y consultas de casos de fusión, creación de empresas, análisis técnico sobre prácticas anticompetitivas, etc.

La regulación del sector eléctrico en Venezuela ha tenido serios tropiezos, la pertinencia e importancia del sector, se ha venido discutiendo por diferentes entes públicos y privados desde la década de los 90's. En este sentido, en julio del año 2002 se publicó el estudio "Costo Venezuela: Opciones de Política para Mejorar la Competitividad", realizado por CONAPRI y co-financiado por la CAF, en el mismo se presentó un diagnóstico del sector y se dejó planteado la importancia de la definición de un marco regulatorio para superar las deficiencias encontradas. A la fecha, ya el sector cuenta con dicho marco regulatorio, además ha sido creada la Comisión de Energía Eléctrica. Vale destacar, que la Ley del sector, contempla la participación de nuestra agencia de competencia, sobretodo en las consideraciones sobre las variables de competencia, inversiones, etc. Sin embargo, se encuentra en una fase incipiente, por lo que se hace necesario realizar los estudios pertinentes a fin de promover y evaluar la competencia en el Sector Eléctrico Nacional de acuerdo a las siguientes variables:










- a) Estructura de mercado y dinámica de Competencia
- b) Tarifas, Costos y Calidad del servicio.
- c) Nivel de Inversiones requeridos para que el sector sea competitivo.

Por último, en el aspecto de la promoción, vale destacar que PROCOMPETENCIA al igual que las Agencias de Competencia de la Comunidad Andina, es beneficiaria del proyecto "Armonización de las Reglas de Competencia en la Región Andina", financiado por la CAN-CEE, el cual tiene como objetivo contribuir y consolidar el Mercado Común Andino mediante la disposición e implementación efectiva de las normas de competencia sub-regional y nacionales que aseguren que los beneficios logrados en el proceso de integración no sean menoscabados por prácticas restrictivas a la libre competencia, así como contribuir con el fortalecimiento institucional de las agencias de competencias de la región.

En el marco del proyecto en referencia, PROCOMPETENCIA recibió apoyo para actividades tales como realización de dos seminarios en Caracas, pasantías de funcionarios en las oficinas de competencia de la Región Andina, para la contratación de expertos en áreas puntuales y para realizar un estudio del ambiente institucional de la Oficina, el cual arroja como una de las líneas del fortalecimiento institucional la necesidad de contar con

estudios de impacto en la libre competencia, además el estudio evidenció las limitaciones presupuestarias de la institución, por lo que se acude a otras fuentes complementarias de asistencia técnica.

ALGUNOS CASOS EMBLEMATICOS

-  **En el año 1996:** Se determinó que el llamado a cerrar las farmacias que no estaban de turno, por parte de la Federación Farmacéutica, era una práctica de exclusión.
-  **En el año 1996:** Se determinó que las empresas de periódico habían incurrido en un cartel para fijar el precio de los espacios publicitarios de las carteleras de cine.
-  **En el año 1999:** Se determinó que no hubo prácticas desleales, por concepto de simulación de productos y publicidad engañosa, ante una denuncia de la empresa Swagelock
-  **En el año 2001:** Se demostró que las empresas de Seguros Caracas, Nuevo Mundo, General de Seguros y Seguros Guayana fijaban sus baremos conjuntamente, realizando la práctica de acuerdos concertados.
-  **En el año 2001:** Se sancionó a los equipos de béisbol profesional y empresas Polar que habían cometido prácticas de exclusión en el arrendamiento de espacios publicitarios, patrocinio y comercialización de productos en las temporadas de béisbol.
-  **En el año 2002:** Se sancionó a C.V.G. Venalum, por abuso de posición de dominio contra la empresa Sural. En este caso, por violar las condiciones contractuales para el suministro de aluminio a Sural. Se impuso multa de 569 Millones 790 Mil 418 bolívares.
-  **En el año 2003:** Se sancionó a un grupo de empresas productoras de cemento por “acuerdos y prácticas concertadas para la fijación del precio del cemento portlant gris tipo 1”, (cartel); durante el ejercicio económico 2002. Se impuso multas por 2.400 millones de bolívares.
-  **En el año 2003:** Suscribimos el Proyecto Competencia, auspiciado por la comunidad Andina y la comunidad Europea para fortalecer institucionalmente a las agencias de competencias de los países andinos.
-  **En el año 2005:** Se sancionó a dos canales de televisión por haber incurrido en la práctica contemplada en los ordinales 1 y 3 del artículo 10 de la Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia. (ver anexo resolución)

¿Cuáles son nuestros retos?

Buscar mecanismos que permitan solventar:

- La falta de promoción de la política de competencia, como elemento de apalancamiento estratégico de políticas públicas y su inserción dentro de las políticas industriales.
- Las debilidades que presenta hoy día nuestro marco legal.
- La poca preparación que tienen los jueces en materia de competencia.
- La restricción presupuestaria que tiene la Institución

Acuerdos Horizontales

Bosquejo general:

1.- Beneficios económicos basados en una política de competencia.

1.1. Mercados en Competencia: *Son aquellos en los cuales existen muchos oferentes y demandantes sin que ninguno de ellos tenga poder para imponer condiciones de forma unilateral.*

1.2. Características de un mercado en Competencia:

- *Bienes Homogéneos*
- *Información Perfecta*
- *Empresas precio-acceptantes*
- *Perfecta movilidad de factores.*

2.- Ineficiencia de los monopolios y carteles

2.1. Mercados en Monopolio: *Son aquellos mercados en los que existe un solo oferente de un bien determinado para el cual no existen sustitutos cercanos.*

2.2 Características de los mercados en Monopolio:

- *Control de factores claves*
- *Economías de Escala*
- *Patentes*
- *Licencias y Concesiones*

2.3 Consecuencia de las ineficiencias en el Mercado:

- *Productos de baja calidad*
- *Perdida de la oportunidad de elegir*
- *Ausencia de incentivos para investigaciones y desarrollo*
- *Precios monopolísticos.*

3. Carteles: *Según CONRATH, los carteles son aquellos acuerdos entre competidores que restringen la libre competencia.*
4. Acuerdos Horizontales: *Son acuerdos que se producen entre competidores para coordinar sus actividades y maximizar beneficios. Se diferencian en la forma en que se materializan y estos pueden ser: acuerdos o convenios, prácticas concertadas y decisiones colectivas.*
- 5.- Condiciones necesarias para que se cree un Cartel y sea sostenible.

5.1. *Estructura del mercado:*

- a) *Tener algún grado de poder de mercado*
- b) *Mercados concentrados*
- c) *Altas Barreras a la entrada*
- d) *Homogeneización del producto*
- e) *Tamaño de la demanda*
- f) *Poder de compra de los demandantes*
- g) *Licitaciones*
- h) *Demanda Inelástica*

5.2. *Estructura del acuerdo*

a) *Costos de la negociación*

- a) *Costos de control*
- b) *Mayor número de oferentes posible*
- c) *Penalizaciones*

5.- Los acuerdos entre competidores en diferentes legislaciones

DECISIÓN 285:

Artículo 3.- *Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.*

Los acuerdos a que se refiere el inciso anterior, podrán incluir aquellos de tipo horizontal o vertical que se celebren entre partes relacionadas de las empresas.

Artículo 4.- *Se consideran acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas:*

- a) *La manipulación indebida o fijación directa o indirecta de precios u otras condiciones de comercialización, en términos discriminatorios con relación a los que hubieran prevalecido en operaciones comerciales normales;*
- b) *La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones. Asimismo, las limitaciones o prohibiciones de exportar, importar o competir;*
- c) *El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento, en especial las maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas;*

- d) *La aplicación en las relaciones comerciales, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;*
- e) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos; y,*
- f) *Otros de efectos equivalentes.*

DECISIÓN 608 (actualmente vigente)

Artículo 7.- *Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:*

- a) *Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;*
- b) *Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;*
- c) *Repartir el mercado de bienes o servicios;*
- d) *Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,*
- e) *Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.*
- f) *Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.*

Artículo 8.- *Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:*

- a) *La fijación de precios predatorios;*
- b) *La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios;*
- c) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones supletorias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;*
- d) *La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva;*
- e) *La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;*
- f) *La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros; y,*
- g) *Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.*

LEY PARA PROMOVER Y PROTEGER EL EJERCICIO DE LA LIBRE COMPETENCIA

Artículo 10: *Se prohíben los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas para:*

1º Fijar, de forma directa o indirecta, precios y otras condiciones de comercialización o de servicio;

2º Limitar la producción, la distribución y el desarrollo técnico o tecnológico de las inversiones;

3º Repartir los mercados, áreas territoriales, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento entre competidores;

4º Aplicar en las relaciones comerciales o de servicios, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros; y

5º Subordinar o condicionar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

7.- Tipos de carteles y casos prácticos en Venezuela.

a) Para fijar precios y otras condiciones de comercialización

b) Para repartirse el mercado, áreas territoriales, fuentes de aprovisionamiento (Caso: Bigott - Catana)

c) Para limitar la producción, la distribución y el desarrollo tecnológico (Caso: producción, Avensa- Aeropostal, Territoriales, Tepuy Marina y Marítima Ordaz)

d) Para atar otros productos a la venta

e) Otros (Caso: licitaciones AES y EDC)

PROYECTO DE LEY: LEY PARA PROMOVER LA LIBRE COMPETENCIA Y LA EFICIENCIA

La cual se encuentra para su segunda discusión ante la Asamblea Nacional

Artículo 7: Acuerdos Horizontales

Se prohíbe todo contrato, acuerdo, convenio, decisión, o práctica concertada entre competidores reales o potenciales, que tengan por efecto la reducción, limitación o eliminación de la competencia, sin que medien eficiencias que la compensen, y en especial las siguientes:

1. Controlar la publicidad, promociones u ofertas y otras variables de competencia.

2. Aplicar en las relaciones comerciales de bienes y servicios precios o condiciones desiguales para prestaciones equivalentes.

3. Subordinar o condicionar las relaciones comerciales de bienes o servicios a la aceptación de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o arreglo con los usos del comercio no guarden relación con el objeto de esa relación comercial.

Se prohíben los acuerdos horizontales que tengan lugar en el seno de una agrupación, sujeto de aplicación de esta Ley, cuyo efecto sea la reducción o eliminación de la competencia entre sus miembros.

Artículo 8: Cartelización

Se prohíbe todo contrato, acuerdo, convenio, decisión o práctica concertada entre competidores reales que tenga por objeto:

- 1. Fijar, directa o indirectamente, los precios de compra o de venta de bienes o servicios, y/u otras condiciones de comercialización.*
- 2. Limitar o restringir la producción, la solicitud, la distribución, la comercialización, el desarrollo de investigaciones o técnico y las inversiones.*
- 3. Repartir los mercados, fuentes de abastecimientos, o áreas territoriales.*
- 4. Abstenerse de presentar o concertar ofertas, posturas en licitaciones, remates, concursos o subastas.*

Se prohíbe la Cartelización que tenga lugar en el seno de una agrupación, sujeto de aplicación de esta Ley.

Acuerdos Horizontales

¿Qué es un acuerdo horizontal?

Un acuerdo horizontal es un acuerdo entre competidores para coordinar sus actividades. Como cualquier otro contrato, los acuerdos horizontales se llevan a cabo cuando las partes involucradas pueden obtener un beneficio de él¹. Las firmas que participan en un mercado buscan, en general, incrementar sus beneficios hasta donde sea posible, y debido a que los beneficios de los monopolistas son mayores que los beneficios de las empresas que rivalizan en un mercado competitivo, en cualquier industria existen incentivos para que las empresas coordinen sus actividades y actúen como un único oferente.

Los acuerdos horizontales, además de afectar la situación de las empresas que lo realizan, también afectan a los consumidores. Al actuar como un monopolista, las empresas que forman un cartel están en la posibilidad de cobrar por sus productos precios más altos de lo que podrían si compitieran. Por lo tanto, el efecto de los carteles es la reducción de la oferta, la cual incrementa los precios de los productos y, por tanto, disminuye el bienestar de los consumidores. Esta es la razón que subyace a la prohibición de los acuerdos entre competidores en las leyes antimonopolio.

Ahora bien, no todos los acuerdos entre las empresas que compiten en un mercado, afectan negativamente a la competencia. Algunos acuerdos horizontales, también tienen efectos favorables para los consumidores. Por ejemplo, las empresas pueden realizar acuerdos para

¹ Posner, R. Economic Analysis of Law. Little, Brown and Co. Bostons, 1992.

desarrollar conjuntamente nuevas técnicas de producción. Estos acuerdos tienen por objeto evitar la dualidad de inversiones, por lo que reducen los costos de investigación y desarrollo de cada empresa. Sin embargo, también es cierto que todo acuerdo, eficiente o no, facilita la comunicación entre las empresas que lo forman, de manera que se establecen las condiciones para el tipo de colusión que reduce la competencia.

Algunos autores² hacen la distinción entre el término acuerdo (horizontal) y cartel. Los acuerdos horizontales se refieren a cualquier acuerdo entre competidores, mientras que los carteles son únicamente los acuerdos entre competidores que restringen la competencia y, por tanto, perjudican a los consumidores. Desafortunadamente, la línea divisoria entre estas dos categorías no es muy clara, pues es común que los acuerdos generen resultados eficientes y anticompetitivos simultáneamente, y es por ello que la aplicación de la política antimonopolio requiere de un detallado análisis de los efectos de estos contratos.

Aunque los carteles tienen un efecto negativo sobre los consumidores, es necesario señalar que el mismo principio que promueve su formación, la búsqueda de mayores beneficios, hace que estos acuerdos sean vulnerables. Una vez que todas las firmas de un mercado han acordado incrementar el precio, cada una de ellas tiene incentivos para romperlo. Supóngase que en una industria existen cuatro empresas que compiten. Al principio actúan de manera independiente y el precio de mercado de un determinado producto es de \$ 10. Las empresas tienen incentivos para coludir e incrementar el precio del producto, digamos, a \$ 15. Como las firmas han acordado no competir y vender a un mismo precio, los beneficios de todas ellas se incrementarán. Ahora bien, los miembros del cartel, una vez fijado el nuevo precio, tienen incentivos para romper el acuerdo, por ejemplo, ofreciendo el producto a \$ 13, de manera que, ya que todas las demás cobran \$ 15, sus ventas y beneficios podrían incrementarse significativamente.

Por lo tanto, para que un cartel efectivamente tenga alguna influencia en el precio en las cantidades de mercado es indispensable que las firmas que lo componen estén en capacidad de detectar alguna violación del acuerdo. Si esto no es posible, el cartel fracasará, el perjuicio sobre los consumidores será transitorio, y la aplicación de política antimonopolio será innecesaria.

Condiciones para que un cártel sea sostenible.

La probabilidad de que un grupo de firmas de una misma industria acuerden coordinar sus actividades con éxito depende tanto de la estructura de mercado, como de la estructura del acuerdo.

En primer lugar, es indispensable que el cartel puedan imponer un incremento de precios, es decir, el cartel debe tener algún grado de poder de mercado. Es bien sabido que la posibilidad de ejercer poder de mercado depende en gran medida de la estructura de este. Así, es más probable que un acuerdo entre competidores pueda dar lugar a un incremento de precios en industrias concentradas o con altas barreras a la entrada.

Cuanto más concentrada sea una industria, mayor la probabilidad de un acuerdo de que competidores represente una cuota de mercado significativa. La concentración de mercado también es importante porque en la medida que en un mercado el número de competidores sea menor, los costos de negociación serán menores. Resulta menos costoso llegar a

² Conrath, C. Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition. U.S. Department of Justice, 1995.

acuerdos cuando el número de agentes es menor. Esta variable es importante también porque afecta la estructura del cartel. Los costos para controlar el cumplimiento del acuerdo son menores cuando el número de agentes que lo conforman es menor. Cuando un acuerdo está conformado por pocas empresas las violaciones del cartel serán más fáciles de detectar.

La existencia o ausencia de barreras a la entrada también afecta el potencial para la colusión. Aún en una industria concentrada, las empresas que forman un cartel pueden ser incapaces de incrementar los precios de manera sostenida. En caso de que no existan impedimentos para la entrada de nueva competencia, el incremento de precios producto de la colusión aumentaría los beneficios de la industria y, por tanto, se crean incentivos para la entrada de nuevas empresas. La entrada de nuevas empresas incrementa la oferta y, por tanto, reduciría los precios, haciendo que la acción colusiva de las empresas del cartel no tenga efecto.

No sólo la concentración y las barreras a la entrada afectan la posibilidad de éxito de un cartel. Cualquier estudio sobre el poder de mercado debe incluir también otros factores tales como el grado de diferenciación del producto, el tamaño de la demanda, el crecimiento o decrecimiento de ésta, la estructura de los canales de distribución o el poder de compra de los consumidores³.

Pero la posibilidad de ejercer una acción anticompetitiva también depende de la estructura interna del acuerdo. Para que un acuerdo anticompetitivo sea viable, los beneficios que cada una de las empresas obtiene deben ser mayores que los costos de organización. Estos costos, como se señaló anteriormente, dependen del número de agentes que participan en el cartel. Sin embargo, otros factores afectan también la estructura interna del acuerdo. Es más fácil y menos costoso hacer cumplir un acuerdo donde los productos son homogéneos. Un acuerdo en precios cuando los productos son diferenciados no es viable, pues solo incrementará los beneficios de los oferentes que venden productos de mayor calidad, mientras que los productos menos apreciados por los consumidores perderán ventas, creándose el incentivo para que éstos rompan el acuerdo.

Existen otros elementos que propician la formación de acuerdos. En los que se produce cámaras o asociaciones que reúnen a los productores de una industria, es más probable que se produzca la colusión, pues los costos de comunicación entre los competidores son menores.

Finalmente, un acuerdo tiene una mayor probabilidad de tener éxito cuando se establecen penalizaciones a aquellos que lo incumplan. Si esto es posible, la empresa que viole el acuerdo debe pagar un costo. La existencia de asociaciones o cámaras gremiales con normativas bien desarrolladas pueden propiciar la imposición de “multas” para estos casos.

Los acuerdos entre competidores concentran (coordinan) la toma de decisiones de agentes independientes. En un sentido los acuerdos horizontales tienen el mismo efecto que la fusión de empresas, pues hacen que la independencia de acciones desaparezca. Sin embargo existe una importante diferencia entre estos dos tipos de concentración de la toma de decisiones. Las fusiones entre empresas tienen un carácter más permanente, pues las firmas de hecho se convierten en un solo agente económico. Cuando se evalúan los posibles efectos de una fusión se considera fundamentalmente la posibilidad de que se incremente el poder de mercado de la nueva firma. En un acuerdo entre competidores es necesario además conocer su estructura interna con el fin, en orden de establecer la posibilidad de que

³ Jaquemin. The New Industrial Organization: Market Forces and Strategic Behavior. MIT, Cambridge, 1987.

sea sostenible en el tiempo. En este sentido los acuerdos son más vulnerables que las fusiones; un efecto anticompetitivo derivado de un cartel puede desaparecer antes que uno derivado de una fusión. Sin embargo, debido a que las fusiones concentran la toma de decisiones de todos los aspectos de la producción, son más proclives a crear eficiencias⁴.

Tipos de acuerdos horizontales.

En principio, no hay ningún elemento positivo que permita concluir que todo acuerdo entre competidores restringe la competencia. Aunque es cierto que las firmas pueden incrementar sus beneficios coordinando sus decisiones para actuar como un monopolista, también es cierto que existen acuerdos que generan eficiencias con lo cual se incrementan los beneficios y el bienestar de los consumidores. Incluso, aún los acuerdos entre competidores que, en principio, tienen un objeto claramente pro-competitivo son susceptibles de generar restricciones a la competencia, pues facilitan la comunicación entre sus miembros e incrementan la posibilidad de coordinar otras formas de competencia.

La prohibición de los acuerdos entre competidores es, probablemente, el más ortodoxo de los dispositivos de la política antimonopolios. Las empresas en un mercado rivalizan por los clientes ofreciendo precios más bajos o productos de mejor calidad. Cuando las firmas convienen en fijar los precios de los bienes, las cantidades (que indirectamente afectan al precio) o cualquier atributo cualitativo de los productos eliminan una característica que es inherente a la competencia, a saber: la independencia en el comportamiento económico.

Es importante resaltar el hecho de que las variables utilizadas por las empresas para competir no son independientes. Las decisiones de los consumidores no se basan únicamente en el precio del producto, sino también en los atributos cualitativos de cada una de las alternativas ofrecidas. Las empresas pueden acordar la fijación de cualquier variable, por ejemplo, el horario en el cual sus productos están a la venta. Incluso en el caso de que los precios no se vean afectados, el bienestar del consumidor disminuye afectado en la medida que se reduce la calidad del producto, entendiendo ésta en su sentido amplio, es decir, cualquier elemento que afecte la forma en que un bien o servicio satisface la necesidad de los consumidores⁵. Una reducción de la calidad sin incremento de precios tiene el mismo efecto sobre el bienestar del consumidor que un incremento de precios sin mejora en la calidad.

Aunque la discusión de las secciones anteriores sobre la naturaleza de los acuerdos se han enfocado en la fijación de precios, son extensible a cualquier otra variable de competencia. La distinción entre acuerdos de precios y acuerdos en variables distintas del precio es, aunque útil para estructurar conceptualmente los diferentes tipos de acuerdos horizontales, insuficiente. Al afectarse cualquier variable de competencia se afecta la relación precio/calidad que utiliza el consumidor toma sus decisiones de compra.

Las firmas también pueden coludir para incrementar los costos de los consumidores, los costos de sus competidores e incluso los de toda la industria, incluyendo los propios. En general estas conductas tienen dos efectos: en primer lugar con el incremento en los costos se reduce la oferta de productos en el mercado y, por lo tanto, se incrementan los precios; en segundo lugar; ese mismo incremento de costos hace más costosa la entrada en el

⁴ Bork . The Antitrust Paradox: A policy at War with Itself. Free Press. 1993

⁵ Calidad, aquí, se entiende como cualquier atributo que pueda apreciar el consumidor, y no solamente sus características físicas. Por ejemplo, el hecho de que un producto esté disponible en comercios más cercanos supone, para los consumidores, un incremento en la calidad.

mercado. Esto es válido también para el caso en el que se incrementan los costos de los consumidores, pues éstos enfrentan mayores restricciones para buscar nuevas alternativas.

Es necesario señalar que este tipo de conducta, aunque normalmente son producto de un acuerdo entre competidores, también pueden realizarse por una sola empresa y son racionalmente económicos siempre que el incremento de precios derivado de la reducción de la oferta sea mayor que el incremento de costos. En este trabajo, claro está, solo son de interés los primeros⁶.

Pero los acuerdos entre competidores no siempre son perjudiciales para los consumidores. Los *joint ventures* son beneficiosos para el desarrollo de algún nuevo producto, alguna técnica de producción o de comercialización, incluyendo publicidad conjunta. En ocasiones estos acuerdos buscan evitar alguna falla de mercado, como los efectos externos (externalidades) o el problema del polizón (*free rider*). Este tipo de acuerdos estaría justificado en razones de eficiencia⁷. Aún cuando colateralmente conduzca a la coordinación de otras variables que supongan una restricción al comportamiento competitivo, no puede derivarse, a priori, que el efecto neto sobre el bienestar del consumidor deba ser siempre negativo.

En general, existe consenso acerca de que algunos tipos de acuerdos son inherentemente restrictivos de la competencia, sin que puedan aportar beneficios apreciables para los consumidores. Estos acuerdos son, seguramente, el ejemplo paradigmático de una restricción a la competencia y fundamentalmente se refieren a la fijación de precios o cantidades por parte de un grupo de competidores. La práctica antimonopolio norteamericana conoce a estos acuerdos como acuerdos desnudos (*naked agreements*) y debido a su carácter inherentemente anticompetitivo, la jurisprudencia los ha considerado ilegales *per se*.

Los acuerdos ilegales *per se* tienen por único efecto incrementar el poder de mercado de las firmas participantes, lo que les permite incrementar los precios y, con ello, su propio beneficio. En esta categoría de acuerdos están incluidos los carteles de precios, para fijar cantidades, para repartir mercados o los boicots, es decir, las conductas destinadas a excluir a algún competidor establecido o entrante.

La regla *per en* contra de los acuerdos para no competir es una regla de decisión según la cual no se admite ninguna prueba alguna una vez que el acuerdo ha sido probado. Es decir, que existe la presunción de que los efectos de estos acuerdos son siempre anticompetitivos. Una vez que la existencia del acuerdo para fijar precios ha sido demostrada, no se requiere la prueba de efectos restrictivos de la competencia sino que éstos se presumen⁸.

⁶ Aunque la idea de que una empresa o un grupo de ellas incrementan sus costos conscientemente puede resultar contraintuitiva, este tipo de acuerdos han sido un tema de creciente interés en la literatura. Usualmente se conoce como *raising rivals costs* o *raising cheaters cost*. Ver Coate and Kleit. Exclusion, Colusion or Confusion: The Underpinnings of raising Rivals' Costs. FTC, 1989. Salop and Scheffeman, Cost Raising Strategies. Journal of Industrial Economics, Vol. 36, pp. 19-34.

⁷ Kattan, J. Antitrust Analysis of Technology Joint Ventures: Allocative Efficiency and the Rewards of Innovation. FTC. Antitrust Law Journal. Vol 61, 1993.

⁸ La regla *per se* tiene un cierto grado de arbitrariedad. En efecto, esta regla se aplica a los acuerdos que inherentemente tienen un efecto anticompetitivo. Sin embargo como se ha señalado ya, todas las variables de competencia usadas por las empresas son interdependientes, por lo que al fijar una se afectan las demás. De alguna manera todo acuerdo para la fijación de una variable de competencia afecta el precio. Tal como Bork, *Ibid*, ha señalado.

Presumiblemente es más probable que un juez pueda defender un acuerdo de vendedores de automóviles para cerrar los domingos que un acuerdo de los mismos vendedores para incrementar en \$200 el precio de cada

Los acuerdos entre competidores, sin embargo no solo incluyen acuerdos para fijar precios, cantidades, división de mercados y boicots. Los competidores de un mercado también pueden coludir de otras maneras, que difieren con estas en el sentido de que su efecto anticompetitivo es menos evidente, es decir, afectan el precio y las cantidades de mercado de manera indirecta.

Las empresas pueden, por muchas razones, preferir estrategias colusivas basadas en costos a estrategias de fijación directa de precios o cantidades. Cuando los costos de hacer cumplir el acuerdo son elevados, las firmas tienen incentivos para recurrir a acuerdos sobre los costos o acerca de la calidad del bien. El control sobre los acuerdos para fijar precios puede ser mucho más difícil que el control sobre la calidad de los productos o la cantidad de publicidad utilizada⁹.

Algunos acuerdos para fijar variables de competencia pueden tener un efecto indeterminado o incluso favorable para los consumidores. Una asociación de profesionales puede fijar estándares mínimos para la prestación de servicios profesionales o crear códigos de ética. De esta manera, los profesionales acumulan una mejor reputación, pero reducen los costos de búsqueda de los consumidores. Estos estándares pueden tener un efecto similar al de los controles sanitarios de origen gubernamental impuestos en algunos productos. Por lo tanto, aún cuando los acuerdos entre competidores restringen la competencia, también son susceptibles de generar eficiencias que favorezcan a los consumidores¹⁰.

En general para que un acuerdo sea restrictivo de la competencia se requiere que, el grupo de firmas que lo conforman posean, conjuntamente, poder de mercado. También es necesario que el acuerdo sea sostenible, es decir, que las firmas que no participen en el acuerdo o que lo violen puedan ser excluidas de los beneficios de la colusión o que puedan ser penalizadas. Ahora bien, dado que los acuerdos horizontales también pueden dar lugar a eficiencias estas deben ser consideradas para establecer el resultado neto del acuerdo. Tales consideraciones deben ser obviadas cuando los beneficios puedan obtenerse por medios alternativos diferentes a la colusión, es decir, cuando un cartel genera un efecto beneficioso para los consumidores que puede ser alcanzado por medios menos restrictivos. Éste argumento no debe ser contemplado a la hora de determinar la posibilidad de que no se trate de un acuerdo restrictivo. Finalmente, aún los acuerdos que generen eficiencias no deben incluir la fijación de variables de competencia de manera innecesaria¹¹.

Los acuerdos entre competidores en la legislación venezolana.

Se dice comúnmente, que la legislación venezolana en materia de libre competencia está, en gran medida, inspirada en la legislación europea. Como algunos autores han señalado, este hecho es frecuente en un número de países en los que recientemente se han creado

auto. Sin embargo no existe diferencia entre los dos casos. Ambos son restricciones a la competencia cuyo único propósito es incrementar el ingreso de los vendedores restringiendo la cantidad vendida.

La regla per se no implica que éstos acuerdos sean más perjudiciales para los consumidores que otros acuerdos entre competidores, sólo que la prueba de esos es más fácil o, mejor aún, es evidente. Los acuerdos que no se consideran ilegales per se pueden ser tan o más perjudiciales que estos, pero la prueba de sus efectos es más costosa. Esta regla es por tanto una categoría jurídica relacionada con el aspecto probatorio de las conductas anticompetitivas, que no dice nada sobre la magnitud de sus efectos.

⁹ Langenfeld y Morris. Analyzing agreements among competitors: What Does the Futures Hold? The Antitrust Bulletin, Vol. XXXVI, Number 3, Fall, 1991.

¹⁰ Coate, M. Horizontal Restraints in the Professions. The Antitrust Bulletin, Vol. XXXIV, Number 4, Winter, 1991.

¹¹ Langenfeld y Morris, *Ibid*.

sistemas de competencia y, muy probablemente, se debe a la tradición del derecho codificado (*civil law*). No obstante, aunque la influencia de la práctica antimonopolio norteamericana no es tan clara en la estructura de los textos legales, sí lo ha sido en lo relativo al desarrollo de metodologías de análisis¹² sobre los efectos de las prácticas comerciales sobre la competencia. Estas dos influencias están también presentes en la legislación venezolana.

Los acuerdos entre competidores contenidos en la legislación venezolana son de diversos tipos. De una manera general, puede afirmarse que las principales prohibiciones referentes a estas prácticas son las contenidas en los artículos 9º y, especialmente, en el 10º. Sin embargo, otras disposiciones también pueden ser aplicadas, como los artículos 5º, 7º y 8º. Esta variedad de disposiciones se debe a la existencia de diferentes tipos de acuerdos entre competidores.

En el centro de las disposiciones que prohíben los acuerdos horizontales están los acuerdos que la legislación norteamericana ha considerado *per se*. Este tipo de acuerdos está contenido, en la legislación venezolana, en el artículo 10º de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia:

Se prohíben los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas para:

1º *Fijar de forma directa o indirecta precios y otras condiciones de comercialización o de servicio;*

2º *Limitar la producción, la distribución y el desarrollo técnico o tecnológico de las inversiones;*

3º *Repartir los mercados, áreas territoriales, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento entre competidores.*

4º *Aplicar relaciones comerciales o de servicios, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros; y*

5º *Subordinar o condicionar a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.*

Es fácil ver la similitud de esta disposición, con del artículo 85 del Tratado de Roma¹³. Sin embargo, existe una diferencia; mientras que para la legislación europea se indispensable que los acuerdos tengan por objeto o efecto restringir la competencia, este artículo de la legislación venezolana exime al órgano de probar los efectos de ésta. Nótese que en la redacción del artículo se establece una prohibición a los acuerdos para fijar precios, limitar cantidades, etc., sin hacer referencia a que éstos deban tener un efecto sobre el mercado, esto es, que el artículo 10º de la legislación venezolana no requiere la prueba de los efectos,

¹² Ver, por ejemplo: Kovacic, W. Getting Started: Creating New Competition Policy Institutions in Transition Economies. Brooklin Journal of International Law, Vol. 23, number 2, 1997.

¹³ Artículo 85º: Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir, falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y en particular las que consistan en: (omissis)

por lo que de alguna manera es análogo a la categoría de prohibición *per se* que contra este tipo de acuerdos ha sido comúnmente aplicada en la legislación norteamericana.

En este sentido, se ha sostenido recientemente¹⁴ que en la prohibición del artículo 10 subyace una presunción *¿legal? iures et de iure*, que no admite prueba en contrario. Según esto, todos los acuerdos para fijar precios, limita la producción o distribución, repartir mercados, aplicar discriminaciones injustificadas o atar cláusulas, limitan la competencia inherentemente. No obstante, estas prácticas son susceptibles de autorización, para lo cual se requiere probar que dichos acuerdos dan lugar a eficiencias que se transmitirán a los consumidores. En los procedimientos autorizatorios¹⁵, no obstante la carga de la prueba recae en el administrado, y no en la Superintendencia.

Según lo anterior¹⁶, la existencia de un procedimiento para autorizar los acuerdos entre competidores contenidos en el artículo 10º no es inconsistente con la presunción *iures et de iure*. En efecto, según esta presunción, todo acuerdo para fijar precios, limitar la producción, discriminar en precios u otras condiciones o atar cláusulas, inherentemente restringe la competencia. Sin embargo, es de hacer notar que la ley venezolana tutela dos bienes jurídicos, a saber: la libre competencia y la eficiencia¹⁷. Debido a que es posible que un acuerdo de los contenidos en el artículo 10º pueda dar lugar a resultados eficientes, es posible autorizar dichas prácticas, aunque se presuma una restricción a la competencia.

Otra característica importante del artículo 10º, es: que no señala expresamente que dichos contratos deban ser entre competidores. Ahora bien, resulta incomprensible que una ley prohíba los acuerdos para fijar precios entre vendedores y compradores. En este sentido, es importante notar que la doctrina de la Superintendencia ha acotado el ámbito de dicha prohibición a los acuerdos entre competidores, estableciendo tres elementos de tipicidad requeridos para que se configure una violación de este artículo, a saber¹⁸: a) que la conducta sea el producto de un concierto de voluntades que logre una acción conjunta, b) que su comisión debe ser atribuida a un grupo de competidores y c) su objeto debe estar contenido en los ordinales del artículo 10º.

Ahora bien, la anterior interpretación no debe entenderse como una que promueve necesariamente una política antimonopolio estricta contra los acuerdos horizontales, ni busca catalogar todos los acuerdos entre competidores como acuerdos que siempre restringen la competencia. En efecto, ya se señaló anteriormente que existen otras disposiciones aplicables a los acuerdos horizontales, de manera que los contemplados en el artículo 10º tienen una cercana analogía con los que la doctrina americana denomina *naked agreements*.

¹⁴ Kiriakidis, La Dualidad de Prohibiciones en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Separata a la Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad Central de Venezuela, 1997.

¹⁵ La facultad por parte del Ejecutivo Nacional de dictar reglamentos para autorizar prácticas contenidas en la ley, en general, y de acuerdos entre competidores en particular, está dispuesta en el artículo 29 de la Ley. El Régimen de Autorizaciones está desarrollado en el Reglamento Número 1.

¹⁶ Kiriakidis, *Ibid*.

¹⁷ **ARTÍCULO 1º:** Esta Ley tiene por objeto promover y proteger el ejercicio de la Libre Competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopolísticas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica.

¹⁸ El criterio según el cual el ámbito del artículo 10º se limita a agentes competidores ha sido, seguramente, uno de los criterios más consistentes de la Superintendencia. En efecto, como se discute más adelante, éste fue mantenido en la primera decisión de la Superintendencia en el año 1992. Particularmente desarrollado se encuentra en la Decisión SPPLC/0001-94 (AVAVIT). Más recientemente se ha ratificado en la resolución SPPLC/0001-96 (Coca Cola y Pepsi Cola).

A diferencia de las dos anteriores, el resto de las disposiciones aplicables a los acuerdos entre competidores requieren la prueba de los efectos anticompetitivos en el mercado. Así, el artículo 9 prohíbe: “los acuerdos o convenios que se celebren directamente o a través de uniones, asociaciones, federaciones, cooperativas y otras agrupaciones de sujetos de aplicación de esta ley, que restrinjan o impidan la libre competencia entre sus miembros”. Subyace a esta prohibición, la idea según la cual la existencia de asociaciones gremiales o sectoriales reduce los costos de llegar a acuerdos entre competidores de un mismo mercado.

La necesidad de probar los efectos restrictivos de la competencia, también se encuentra en el artículo 8° de la Ley, que prohíbe las conductas “tendientes a manipular los factores de producción, distribución, desarrollo tecnológico, en perjuicio de la libre competencia”. Es decir, que no se presume que toda manipulación de los factores de producción inherentemente restringe la competencia. Para que a la luz de este artículo una determinada conducta pueda ser considerada ilegal se requiere que tienda afectar la competencia; sin embargo, no se requiere que los efectos se hayan materializado, es decir, que es suficiente con que exista la potencialidad del daño.

La necesidad de probar los efectos anticompetitivos (o su potencialidad de daño) no está clara en la prohibición del artículo 7°. En efecto, el artículo 7° de la Ley prohíbe “las acciones que se realicen con la intención de restringir la libre competencia, a incitar a terceros sujetos de esta Ley a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su adquisición o prestación; a no vender materias primas o insumos o prestar servicios a otros”. Literalmente, las conductas enunciadas en este artículo son prohibidas si tienen la intención (la potencialidad) de restringir la competencia. Sin embargo, las conductas contenidas en este artículo son las conocidas como prácticas de boicot, es decir, la incitación a terceros para la exclusión de un competidor, por lo que sería razonable la presunción de que toda conducta incluida en este artículo restringe la competencia.

Esta interpretación es consistente con lo dispuesto en el Régimen de Autorizaciones que desarrolla el Reglamento Número 1. En efecto, en su artículo 7° dicho Reglamento establece que: “la Superintendencia no podrá autorizar... los acuerdos... para boicotear u obstaculizar el acceso al mercado...”. Esto es, que una vez que se ha mostrado que una determinada conducta tiene por intención la realización de un boicot no cabe su autorización, pues existe la presunción de que no puede dar lugar a eficiencias en el mercado¹⁹.

Es importante notar resaltar dos elementos inherentes a las prohibiciones establecidas en los artículos 7° y 8° de la Ley. En primer lugar, en la sección anterior que existe una estrecha relación entre ellas y los conceptos anteriormente discutidos sobre de acuerdos que incrementan los costos de los consumidores, de los competidores o de toda la industria. En segundo lugar, estas prácticas difieren de las prohibiciones de los artículos 9° y 10° porque no se refieren exclusivamente a acuerdos entre competidores, sino también a agentes que actúan de manera unilateral.

Finalmente, para determinar de si un tipo de acuerdo es o no restrictivo de la libre competencia, puede ser aplicada la disposición contenida en el artículo 5° de la Ley. Esta disposición²⁰, titulada en la Ley como “prohibición general” proscribire: “las conductas,

¹⁹ De hecho, esta interpretación se encuentra también en la Doctrina Administrativa. Ver SPPLC/0010-95 (CASO COLEGIO FARMACÉUTICO DEL ESTADO CARABOBO). Este caso se discute más adelante.

²⁰ Kiriakidis, *Ibid*, ha discutido la viabilidad de aplicación de esta norma. En efecto, este autor sostiene que, a pesar de que la misma Superintendencia ha evadido su aplicación por evitar el riesgo de que en la vía

prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia”. Esta prohibición opera como una cláusula residual, de manera que si una determinada conducta no está tipificada específicamente en la Ley, puede ser evaluada en virtud de ella. En el caso de los acuerdos entre competidores, la aplicación de esta norma podría ser relevante para la evaluación de *joint ventures* o convenios de producción, distribución, comercialización o promoción conjunta, es decir, acuerdos que en principio son claramente pro-competitivos y que generan eficiencias, pero que simultáneamente pueden establecer cláusulas anticompetitivas²¹.

La experiencia venezolana en la aplicación de la política antimonopolios: Acuerdos horizontales.

La aplicación de las disposiciones en contra de los acuerdos entre competidores representa el área de mayor experiencia en la política de competencia venezolana. En efecto, en el periodo entre 1992 y 1997, la Superintendencia emitió veinte resoluciones que envolvían la aplicación de los artículos 9º o 10º de la Ley. En esta sección se discuten algunos de estos casos. En particular, se discuten todos los casos de acuerdos entre competidores relacionados con la aplicación de los artículos 9º y 10º, que han sido ventilados en procedimientos judiciales. En estos casos, y especialmente en las primeras decisiones, Procompetencia debió desarrollar los criterios sobre los cuales un acuerdo entre competidores debe ser evaluado. Uno de estos planteamientos fue diferenciar conceptualmente las “prácticas concertadas” de los “acuerdos” entre competidores, y establecer los elementos indispensables para demostrar cada práctica, para así poder dictar sus decisiones y aplicar las sanciones de rigor.

Es importante señalar que a pesar de que Procompetencia determinó la existencia de varios carteles, algunas de sus decisiones no quedaron firmes, en virtud de la revisión que realizó la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo sobre la legalidad de la actividad administrativa. Sin embargo, las decisiones la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo siempre se basaron en la existencia de vicios formales, y no en cuanto a vicios en la sustancia.

1.- Caso Concretos Premezclados: los inicios.

En este caso²², el primero investigado por Procompetencia, se inició un procedimiento sancionador contra 3 empresas productoras de concreto premezclado en el área metropolitana de Caracas en 1992 que habían elaborado listas y tablas de precios idénticas.

jurisdiccional pueda ser declarada una norma penal en blanco (por ser demasiado amplia y poco precisa), existen elemento jurídicos para su aplicación.

²¹ En la Decisión SPPLC/0040-95, la Superintendencia evaluó un contrato de copacking entre dos empresas competidoras en el mercado de salsa de tomate. La Superintendencia sostuvo que: “un contrato de copacking o manufactura conjunta no está prohibido por la Ley, pues no encuadra en ninguna de las prohibiciones contenidas en ella... cualquier agente económico está en libertad de escoger en que forma producir sus bienes, y lo puede hacer a través de encargar a otro la producción... Sin embargo, el problema surge de las especificaciones implícitas en el contrato, pues si bien éste en principio no es restrictivo, las demás condiciones que figuren en él si lo pueden ser... Luego es preciso concluir que la cláusula 2 del contrato de copacking... contiene una restricción a la competencia consistente en un acuerdo entre competidores de limitación a la producción.” Es decir, que los contratos que en principio son procompetitivos, pueden contener cláusulas restrictivas. Si alguna de éstas no representa una violación de alguna prohibición particular, el artículo 5º sería aplicable en la medida que pudiera tener efecto restrictivos sobre la competencia

²² Resolución N° SPPLC/0002-93 de fecha 17 de mayo de 1993. “Doctrina Administrativa de PROCOMPETENCIA 1992-1993”

Un primer elemento que debió tratarse fue la diferencia conceptual entre las “prácticas concertadas” y los “acuerdos” entre competidores. En esta ocasión, la Superintendencia sostuvo que, si bien ambas prácticas requieren un intercambio de consentimientos de las empresas para ejecutar la práctica, las prácticas concertadas requieren, además, la ejecución material de lo acordado. Según este criterio, existen diferencias fundamentales a la hora de demostrar un acuerdo y una práctica concertada. En el primero de los casos, basta obtener un instrumento escrito con el cual se pueda identificar la intención de coludir, independientemente de si se ha ejecutado o no. En el segundo caso, por su parte, no existe (o más adecuadamente, no puede probarse la existencia de) un acuerdo expreso entre las partes, pero de las actuaciones de las empresas puede inferirse que tal acuerdo existe.

En el caso particular de las empresas productoras de premezclados en la zona metropolitana de Caracas, la Superintendencia pese a que no pudo demostrar la existencia de un acuerdo expreso entre ellas, existían indicios de que se estaba llevando a cabo una práctica concertada.

En este sentido se establecieron elementos necesarios para la demostración de la práctica concertada, para lo cual Procompetencia utilizó como referencia decisiones líderes de la Comisión de las Comunidades Europeas en dicha materia, a saber: el caso (colorantes) S.A. Francaise des matieres colorantes (Francolor) vs. Comisión de las Comunidades Europeas²³ y el caso (Industria del Azúcar) Suiker Unie c. vs. Comisión de las Comunidades Europeas²⁴. En efecto, la decisión de Procompetencia utiliza los principios encartados en dichas decisiones para expresar que es contrario a las reglas de competencia “que un productor coopere con sus competidores, en cualquier modo, para determinar un curso coordinado de acción relativo a los incrementos del precio y asegurar su éxito eliminando previamente toda incertidumbre en relación con la conducta de los otros en relación con los elementos esenciales de actuaciones tales como el importe, objeto, fecha, y lugar de los incrementos”²⁵

Las empresas investigadas alegaron en su oportunidad que la igualdad de los precios no representaba un indicio que demostrara intercambio de voluntades. Adicionalmente argumentaron que las listas de precios tenían un fin referencial, y que los precios efectivamente cobrados eran distintos a los previstos en las listas de precios. Por último, señalaron que la lista de precios fue aplicada a un pequeño porcentaje de las transacciones totales del mercado. Sin embargo, la Superintendencia sostuvo en su decisión que las empresas de concretos premezclado eran culpables de prácticas concertadas para fijar precios y les impuso multas. Las listas de precios tenían similitud no sólo en los precios del concreto premezclado de tipos normal y especial, sino también en los recargos a la venta del producto y vigencia de las listas. Por otra parte, se señaló que la existencia de listas de precios referenciales utilizadas entre competidores incide directamente en la fijación de los precios efectivamente transados.

Por otra parte, Procompetencia consideró que existían elementos adicionales en el mercado investigado que permitían la realización de la práctica concertada, entre los cuales destacó:

“...el reducido número de empresas concreteras de premezclado participante en el mercado relevante conformado por el concreto

²³ Recueil des décisions de la Commission en matière de concurrence 1964-1972, pág. 130, Decisión 69/43

²⁴ Recueil des décisions de la Commission en matière de concurrence 1973-1980, pág. 3, Decisión 73/109

²⁵ S.A. Francaise des matieres colorantes (Francolor) vs. Comisión de las Comunidades Europeas

premezclado vendido en la zona de Caracas, el hecho de que el concreto premezclado es un producto uniforme u homogéneo al no variar en sus características esenciales entre una empresa y otra y las facilidades de comunicación que existen entre las empresas concreteras al pertenecer a la misma asociación gremial son todos ellos elementos económicos concurrentes que sugieren la existencia efectiva de un cartel entre las empresas investigadas”²⁶

La sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo: el primer round.

La Ley de competencia venezolana prevé la posibilidad de que las empresas que hayan sido sancionadas por Procompetencia recurran ante la jurisdicción contenciosa administrativa²⁷ para que ésta revise la legalidad de la decisión sancionatoria. En este sentido, las empresas premezcladoras de concreto recurrieron a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo para solicitar la nulidad de la decisión sancionatoria de la Superintendencia exponiendo, entre otros, los siguientes argumentos:

- 1.- Que el funcionario que sustanció el procedimiento administrativo era incompetente para hacerlo. El procedimiento administrativo según la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia debe ser sustanciado por el Superintendente Adjunto.
- 2.- Que existía un falso supuesto de derecho y de hecho en la decisión. El falso supuesto de derecho se hace ostensible por la consideración errónea de que no es necesario demostrar los efectos anticompetitivos de la supuesta práctica restrictiva de la competencia. El falso supuesto de hecho se patenta por la inexistencia de material probatorio que demostrara el acuerdo de voluntad de los competidores de fijar precios idénticos, dado el carácter referencia de las listas de precios.
- 3.- La desviación de poder, que se hace patente por la transformación de la administración, en contra del fin perseguido por la norma, las presunciones *hominis* en presunciones *iuris tantum*, al no poder desvirtuar las empresas sancionadas las presunciones que se derivan de la consagración objetiva de la conducta prohibida
- 4.- El cálculo de la multa no se ajusta a los parámetros establecidos en el artículo 50 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia²⁸.

En esta primera revisión judicial de una decisión de Procompetencia, la Corte Primera no decidió sobre argumentos de fondo. Los argumentos utilizados para la decidir que el acto estaba viciado fueron los de que el funcionario que sustanció el caso no había sido el Superintendente Adjunto, quien por ley tiene tal función y debe ser nombrado por el Presidente de la República. En efecto, la Superintendencia desconoció que por ser un órgano administrativo está sometida a un régimen de derecho administrativo cuyo objeto es defender a los particulares ante los excesos de la Administración Pública. El nombramiento, hecho por el Superintendente para que el Director de Investigación y Fomento fungiera

²⁶ Resolución N° SPPLC/0002-93 de fecha 17 de mayo de 1993, pág. 70 “Doctrina Administrativa de Procompetencia 1992-1993”

²⁷ Artículo 53° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia

²⁸ La cuantía de la sanción se fijará atendiendo a la gravedad de la infracción, para lo cual se tomará en cuenta: 1) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia; 2) La dimensión del mercado afectado; 3) La cuota de mercado del sujeto correspondiente; 4) El efecto de la restricción de la libre competencia, sobre otros competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes del proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; 5) la duración de la restricción de la competencia; y 6) la reincidencia en la realización de las conductas prohibidas.

como funcionario sustanciador era ilegal por incompetencia, por cuanto dicha facultad la tiene sólo el Presidente de la República, y es sólo el Superintendente Adjunto quien puede notificar la apertura del procedimiento y la sustanciación del mismo.

2.- Caso Oxígeno Medicinal Líquido.

En esta caso dos empresas productoras de oxígeno medicinal líquido que tenían una participación conjunta del 75 % en el mercado, venían emitiendo listas de precios idénticas del oxígeno líquido en tanque desde 1990. En 1993 la Superintendencia decidió abrir un procedimiento sancionador a esas empresas, a raíz de una denuncia por prácticas concertadas²⁹.

En este presente caso Procompetencia mantuvo los principios establecidos en la decisión de Concretos Premezclados sobre las prácticas concertadas. En efecto, se indicó que los elementos constitutivos de una práctica concertada eran la existencia de una conducta colusiva entre los autores del pacto (elemento objetivo de la práctica) y la voluntad de estos autores de actuar en conjunto (elemento intelectual).

Como en el caso anterior, la influencia de la doctrina y jurisprudencia comparada fue extensamente usada por la Superintendencia. Así, se señaló en la Resolución que el comportamiento paralelo entre empresas es un indicio de la existencia del pacto para no competir, tal y como lo había señalado la jurisprudencia estadounidense en las sentencias Morton Salt Co. vs U.S.; Pittsburg Plate Glass vs. U.S.; y Safeway Stores vs. F.T.C. Igualmente se hace referencia a los criterios expuestos en los casos “Colorantes”, “Industria Europea del Azúcar”, “Pittsburg Cornign Europa”³⁰ “Pergamino Vegetal”³¹, “Hi Fi Pioner”³², “Vidrio en Benelux”³³ y “Grupo Productor de Zinc”³⁴. En estos asuntos se considera que la fijación o aumento simultaneo de precios por porcentajes idénticos de los mismos productos; la proximidad o identidad de la fecha de aplicación de dichos aumentos; la escasa competencia en el mercado; la homogeneidad de los productos; los contactos entre las empresas o intercambio de informes entre las mismas y las medidas discriminatorias aplicadas a los competidores que no forman parte del pacto, son indicios de la existencia de una práctica concertada.

Las empresas investigadas alegaron durante el procedimiento administrativo la violación al derecho a la defensa por cuanto no se les permitió ver las listas de precios de la otra, por tanto argumentaron no tener acceso a los elementos que constituían la conducta prohibida. Igualmente las empresas investigadas argumentaron que las listas de precios eran referenciales y que por sí solas no constituían “*per se*” una violación a la ley de competencia. Para las empresas productoras de oxígeno, el paralelismo en los precios no configura una práctica concertada, puede ser un indicio que debe ser adicionado con otros para que pueda probarse la práctica. En todo caso, las empresas justificaron el paralelismo de precios como una manifestación de feroz competencia en mercados de alta concentración en donde los agentes económicos tienen estructuras de costos similares.

²⁹ Resolución N° SPPLC/00028-93 de fecha 15 de noviembre de 1993. “Doctrina Administrativa de Procompetencia 1992-1993”

³⁰ Recueil des décisions de la Commission en matière de concurrence 1964-1972, pág. 337, Decisión 72/403

³¹ Recueil des décisions de la Commission en matière de concurrence 1973-1980, pág. 493, Decisión 78/252

³² Recueil des décisions de la Commission en matière de concurrence 1973-1980, pág. 709, Decisión 80/256

³³ Recueil des décisions de la Commission en matière de concurrence 1981-1985, pág. 475, Decisión 84/388

³⁴ Recueil des décisions de la Commission en matière de concurrence 1981-1985, pág. 485, Decisión 84/405

En este caso la Superintendencia consideró que existían indicios graves, precisos y convergentes que no dejaban lugar a dudas acerca de la realización de una práctica concertada, tales como la conducta paralela en la emisión de listas referenciales de precios con fechas de vigencia exactamente iguales para las empresas involucradas, y los contactos entre las empresas. Por otra parte la posibilidad de que hubiese una práctica concertada descansaba en las siguientes características del mercado de oxígeno líquido: concentración del mercado, la publicidad de las listas de precios como forma de control del cartel, la homogeneidad del producto como elemento para lograr la ejecución de la práctica y la estabilidad de la demanda. Por todas esas razones, la Superintendencia decidió que las empresas investigadas eran culpables de prácticas concertadas para fijar precios.

La sentencia de la Corte: ¿está la Superintendencia evaluando adecuadamente los indicios?

Las empresas sancionadas por la Superintendencia recurrieron ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y para obtener la nulidad de la decisión de Procompetencia alegaron, entre otros argumentos, que:

- 1.- Se les había violado el derecho a la defensa, al impedirles el acceso a los elementos que servían para inculparla del hecho por la cual fue sancionada, colocándola en posición de indefensión por aplicación del artículo 31 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.³⁵
- 2.- Que Procompetencia interpretó en forma incorrecta el alcance de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia en cuanto a los elementos que constituyen una práctica concertada. En tal sentido, señalan que no es ajustado a la Ley que las prácticas concertadas puedan probarse por indicios y presunciones, porque no existe fundamento legal para ello.
- 3.- Procompetencia fundamentó en hechos falsos su decisión al pretender deducir de un solo indicio (las listas de precios) una conducta para concertar precios, sin que existan otros elementos probatorios de tal práctica concertada.
- 4.- La falta de indicación en la decisión de Procompetencia del efecto restrictivo de la libre competencia, ya que para las empresas investigadas el objetivo de la Ley es sancionar las conductas que tengan un efecto restrictivo y no aquellas conductas que no han producido un efecto contra la competencia.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo decidió ante el alegato de indefensión de las empresas, que la revisión del expediente administrativo y de las pruebas que configuran la práctica es una manifestación del derecho a la defensa que gozan los particulares en un Estado de Derecho, y que por tanto permitirá a los presuntos inculpados defenderse plenamente, alegando y probando todo aquello que sea necesario para la mejor defensa de su posición jurídica. Así, ante cualquier conducta de la Administración dirigida a restringir o impedir a los administrados revisar, examinar el expediente administrativo coloca a los particulares en indefensión. Por tal razón, al ser la actuación de Procompetencia restrictiva del derecho a la defensa al impedir el acceso a las empresas de los elementos que servían para inculparlas (lista de precios idénticas), la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo anula la decisión sancionatoria.

³⁵ El Artículo 31 prevé que los datos e informaciones suministrados por las empresas tendrán carácter confidencial, salvo si la Ley establece su registro o publicidad. Bajo tal artículo Pro-Competencia decidió no dar acceso a las listas de precios de las empresas investigadas en el procedimiento.

No obstante lo anterior, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se detiene a precisar el valor de los indicios y presunciones como elementos probatorios con especial énfasis en las prácticas concertadas. Al respecto señala en referencia a la decisión de la Superintendencia que son dos los indicios fundamentales y determinantes que han servido para demostrar la práctica concertada en el presente caso, a saber:

1.- La conducta paralela, evidenciada por las listas referenciales con precios y fechas de vigencia iguales.

2.- Contacto entre las partes, particularmente el derivado de los contactos que como miembros de la Asociación Nacional de Fabricantes de Gases de Venezuela existe entre las empresas sancionadas.

Respecto al primero de ellos, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo señaló que la violación del derecho a la defensa de las empresas por impedir el acceso a las listas de precios, impide valorar dicha prueba como elementos indiciario de la práctica concertada. En cuanto a los indicios de contactos entre las empresas, se señaló que

“... la Asociación Nacional de Fabricantes de Gases de Venezuela permite la comunicación directa entre sus miembros, lo cual propicia el intercambio de información, y que las reuniones de la alta gerencia – de las empresas pertenecientes a la Asociación – sobre temas de comercialización son indicativos de contactos entre las empresas que podrían estar referidos a precios.

Más de allí no puede deducirse – como lo hizo la Superintendencia – que se halla configurado la plena prueba de la concertación.

En virtud de lo antes señalado, estima esta Corte que no es acorde con el espíritu del texto constitucional tomar como prueba fundamental para la sanción impuesta a las empresas recurrentes, la existencia de una Asociación que agrupe a los fabricantes de gases a nivel nacional.”³⁶

En cuanto a los indicios económicos que la Superintendencia utilizó para determinar la factibilidad de la realización de la práctica concertada, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo expuso que, para que tales elementos se tomen como indicios, es indispensable que de cada uno de ellos se pueda obtener la misma inferencia sobre el hecho que se investiga. Al hacer tal análisis, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo consideró que elementos tales como la escasa competencia en el mercado, la homogeneidad de los productos y la naturaleza y características de las empresas, lejos de evidenciar una práctica concertada, atienden a características y condiciones específicas del producto y de su mercado.

Caso Líneas Aéreas: La competencia en servicios públicos.

En el año 1994, la Superintendencia inició un procedimiento sancionador por la celebración de acuerdos para fijar precios, limitar la producción y repartir mercados a dos líneas aéreas que habían suscrito y ejecutado un acuerdo de cooperación comercial para la operación conjunta de rutas a la Habana y Santo Domingo, en el que fijaban precios y se racionalizaban las rutas desde Caracas.

³⁶ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 5 de junio de 1997.

En aquella oportunidad la Superintendencia señaló que los acuerdos entre competidores que consistan en fijar precios, directa o indirectamente constituyen por su propia naturaleza una restricción a la competencia y que dichas conductas o prácticas son una de las faltas más graves contempladas en los países con tradición en materia de libre competencia. Así, la Superintendencia indica que la gravedad de tal conducta se debe “a que el funcionamiento adecuado de un sistema de precios, donde éstos se determinen de acuerdo al libre juego de la oferta y la demanda, es necesario para que la competencia en el mercado proporcione sus máximos beneficios a productores y consumidores. Por esta razón, la vigilancia de las condiciones que aseguren que los presupuestos señalados se verifiquen en el mercado, son uno de los primordiales fines de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia”³⁷.

En cuanto a los acuerdos para limitar la producción, la Superintendencia manifestó que tienden a provocar un alza en el precio de un producto o servicio o contienen la caída de los precios, por tanto puede observarse la restricción de la competencia. En este sentido, se señala que “dado el comportamiento normal de la demanda, una limitación de la producción puede tener el efecto de aumentar los precios, aún cuando tal aumento no pueda ser calculado directamente. De forma que si los competidores fijan controles concertados para restringir la cantidad de bienes a ofrecer o de servicios a prestar, los demandantes se verán obligados a pagar un precio mayor. Este control sobre la oferta permite a los participantes en el acuerdo manipular la demanda y lograr el precio que pretenden. En consecuencia, tales conductas forman parte frecuentemente de acuerdos más amplios de carteles de fijación de precios o de repartición de mercados”³⁸.

Por tal motivo, se consideró que en virtud de que el servicio que prestan las líneas aéreas es el de transporte de pasajeros mediante vuelos regulares, un acuerdo de racionalización de rutas, reduce el número de frecuencias, limitando la prestación del servicio. Procompetencia desechó la argumentación de las empresas de que el acuerdo de racionalización les permitía operar con mayor eficiencia, ya que esto les permitiría incrementar el número de pasajeros en cada vuelo y reducir los costos. En efecto, se sostuvo que en un mercado competitivo, cada aerolínea puede decidir el número de vuelos que va a ofrecer basándose para ello en los costos como en las condiciones de la demanda. Si un vuelo deja de ser rentable para la oferente está puede dejar de hacerlo, sin necesidad de acordarlo con los competidores. Finalmente, la decisión de Procompetencia determinó que el acuerdo no implicaba una repartición de mercado o áreas territoriales, y se impusieron multas por acordar precios y limitar la producción.

La Superintendencia acogió los criterios expuestos por la doctrina y jurisprudencia europea y estadounidense emanada de las oficinas de competencia en materia de acuerdos entre líneas aéreas, en las cuales se exponen los efectos perjudiciales y daños ocasionados por los acuerdos celebrados entre dos o más empresas aéreas para fijar tarifas. (Caso Ahmed Saeed Flugreisen vs Zentral zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V. De la Corte de Justicia de Europa)

Igualmente, la Superintendencia acogió los criterios expuestos en el informe realizado por el Departamento de Justicia a propósito de los daños causados por la ejecución de acuerdos

³⁷ Resolución N° SPPLC/00030-94 de fecha 8 de julio de 1994. “Doctrina Administrativa de Procompetencia 1994”

³⁸ Resolución N° SPPLC/00030-94 de fecha 8 de julio de 1994. “Doctrina Administrativa de Procompetencia 1994, pág. 340”

sobre tarifas aéreas celebradas en el seno de la Asociación Internacional de Transporte Aéreo "IATA" para determinar el carácter restrictivo del acuerdo Pool o racionalización para las rutas a la Habana y Santo Domingo desde Caracas.

La sentencia de la Corte: ¿puede aplicarse política de competencia en los servicios públicos?

El presente caso fue, es una vez más decidido a favor de las empresas investigadas. En efecto, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo decide anular la decisión por vicio de incompetencia de la Superintendencia. Así, la Corte determina que no pueden ser investigadas ni sancionadas por un organismo de competencia las empresas que realizan una actividad económica que constituyen servicios públicos excluyentes, donde los particulares participan por vía de concesión³⁹. Señala la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que en esos casos, la actividad se encuentra sometida a las limitaciones del órgano regulador que a tal efecto el Estado ha creado para vigilar la ejecución de la actividad. Para la Corte, no existe libre competencia que proteger en esos casos, pues no es el mercado sino un órgano público externo el que regula la actividad⁴⁰.

A esta sentencia debemos hacer algunos comentarios críticos. En primer lugar, la sentencia pretende desconocer, tangencialmente, el derecho a la libertad económica de las empresas que realizan una actividad económica que constituye servicio público, y que representa el elemento constitutivo de un régimen de libre competencia y mercados. En efecto, declarar que no existe libre competencia que proteger en los casos en los cuales los particulares participan por vía de concesión para prestar servicios públicos excluyentes, por cuanto la libre competencia está presente sólo en aquellas actividades económicas que pueden ser desarrolladas libremente, sin limitación alguna, es un error. Tal como se señaló anteriormente, las diferentes variables de competencia de que disponen las firmas en un mercado son interdependientes. El hecho de que alguna de ellas esté fijada por una determinada legislación, no significa que las firmas no puedan competir en otras variables. Si bien es cierto, que para los particulares la entrada y la salida en dicha actividad, se encuentra limitada por el Estado, con lo cual se la libre competencia, no es menos cierto que al levantarse dicha limitación los particulares mantienen en cierto grado su libertad, en ejercicio de la empresa. La libertad económica o de empresa es un verdadero derecho subjetivo que no puede ser desconocido o negado, y el mismo debe mantenerse y respetarse, al menos hasta un núcleo irreductible y esencial para su ejercicio.

Así, puede afirmarse que las decisiones básicas que afectan la marcha de la empresa y las políticas de gestión que pueden adoptarse en la prestación de los distintos servicios, son un ejemplo palpable de ese núcleo esencial en la libertad de ejercicio de empresa, en actividades de máxima intervención estatal. Las facultades de control y dirección del Estado encuentran su límite en los aspectos vinculados a la prestación del servicio y por tanto no pueden extenderse a la autonomía de gestión del concesionario particular. La regla parece ser clara, el particular gestiona el servicio público y el Estado controla su marcha.

Además, el ejercicio de la libertad económica queda de manifiesto cuando el Estado coloca en condiciones de competencia a los particulares que han obtenido una concesión. Estas condiciones se hacen evidente con la participación de varias empresas en la prestación del mismo servicio público; la fijación de márgenes para el establecimiento de tarifas en

³⁹ El transporte aéreo de pasajeros es declarado servicio público en la Ley de Aviación Civil.

⁴⁰ Sentencia de la Corte Primera de Lo Contencioso Administrativo de fecha 24 de septiembre de 1997.

términos de competencia, que permitan la prestación de los servicios en condiciones satisfactorias de calidad, competitividad, seguridad y permanencia; y la prohibición de prácticas monopólicas en la prestación del servicio (acuerdos de precios, repartición de mercados geográficos, prácticas que obstaculicen la permanencia del servicio, etc.)

El criterio expuesto por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ha sido recientemente modificado por la Corte Suprema de Justicia, en el caso *Aerovías Venezolanas, S.A. vs el Ministerio de Transporte y Comunicaciones*⁴¹. En dicha decisión, el más alto Tribunal desechó la concepción de la Corte Primera de que la libertad económica resulta afectada en forma absoluta y general por tratarse de un servicio público, al contrario tales limitaciones propias de la prestación de un servicio público pueden coexistir con la libertad económica y libre competencia. Así, el Supremo Tribunal estableció que:

*“Esta circunstancia de coexistencia o vigencia de la libertad económica aún en el contexto de actividades reservadas no es extraña en nuestro ordenamiento jurídico, en el cual se da, por ejemplo, el caso de concesiones en materia de “telefonía celular” y la “explotación de la industria del fósforo” en las que se verifica la presencia de más de una empresa, capaces de competir entre sí, en base a las reglas que rigen el mercado, en la medida en que no sean contrarias al régimen de reserva.”*⁴²

La decisión de la Corte Suprema de Justicia se ajusta, por tanto, a la interpretación dada por la Superintendencia en el caso de las aerolíneas.

Caso Laboratorios Farmacéuticos (o ¿es posible competir con precios regulados?)

A finales del año 1994, la Superintendencia abrió un procedimiento sancionador a 37 laboratorios farmacéuticos por prácticas concertadas para fijar condiciones de comercialización⁴³. En efecto, los laboratorios habían cambiado sus condiciones de comercialización entre junio y agosto de 1994, llevándolas a las siguientes modalidades: 1) Ventas a crédito, hasta veinte (20) días máximo, contados desde la fecha de entrega de la mercancía, con un descuento de hasta 2 %. A partir del día 21, se aplicarían intereses de mora a la tasa del mercado. 2) Ventas de contado, si se efectúan dentro de los cinco (5) días siguientes a la entrega se les aplicaría un descuento por pronto pago de hasta 5%.

El caso en cuestión tiene importancia ya que para el momento en que los laboratorios deciden de forma conjunta modificar las condiciones de comercialización y fijar nuevas condiciones, existía una regulación de precios máximo de venta al público para los medicamentos. Esto fue esgrimido por todos los laboratorios en el transcurso del procedimiento como argumento para desestimar la investigación de Procompetencia.

Por su parte, la Superintendencia sostuvo, como en anteriores decisiones, que la figura de las prácticas concertadas supone una serie de actuaciones por parte de los agentes económicos que ejecutan la práctica que sólo podrá determinarse a través del estudio del mercado. Así, señala que unos de los instrumentos necesarios para estudiar la práctica es la

⁴¹ Sentencia de la Sala Político Administrativo de fecha 8 de junio de 1998.

⁴² Idem.

⁴³ Resolución N° SPPLC/0025-95 de fecha 26 de mayo de 1995. “Doctrina Administrativa de Procompetencia 1995”

figura denominada por la teoría antimonopolio como “paralelismo” en las variables de competencia que se dan en los mercados.

En este sentido, la Superintendencia indica que el paralelismo en las prácticas concertadas tiene una dimensión temporal y una cuantitativa. La dimensión temporal se refiere a la modificación simultánea de una variable en el tiempo, mientras que la dimensión cuantitativa se refiere a la determinación de un rango de la variable de competencia supuestamente concertada, dentro de la cual se observará una alineación de los competidores participantes en la práctica.

De esta manera, la Superintendencia señala que para “comprobar la existencia de prácticas concertadas en la determinación de una variable de competencia, como por ejemplo las condiciones de comercialización, se recurre a la observación del comportamiento de esta variable en el tiempo, prestando especial interés a algún patrón de conducta que pudiera generalizarse en las empresas que participan en el mercado en el cual se está produciendo la práctica, por ejemplo una variación simultánea en igual dirección y magnitud”.

La Superintendencia consideró que los laboratorios, con su actuación concertada, buscaban utilizar su poder de negociación para imponer las mismas condiciones de comercialización a todas las empresa que con ellas negociaban. Así, se declaró la existencia de una restricción de la competencia al concertar los descuentos otorgados por empresas competidoras dirigido a evitar el uso de variables con las cuales se podría efectivamente competir. Los laboratorios farmacéuticos fueron sancionados y multados.

En cuanto al argumento esgrimido por los laboratorios sobre la regulación de precios de medicamentos existente y la posibilidad de concertar condiciones de comercialización como lo es el descuento por pronto pago y condiciones por venta a crédito, en virtud de la regulación del Estado en ese mercado, la Superintendencia señaló que:

“Si bien es cierto que efectivamente la competencia está siendo limitada por el mismo Poder Ejecutivo a través de la regulación del precio a nivel del consumidor, no lo es menos que en los restantes niveles de la cadena, variables como las condiciones de comercialización, de crédito, etc., son resultado del intercambio, y en tanto éste sea respetado se garantizan mayores beneficios a los agentes económicos que se encuentran actuando en el resto de la cadena.

En el caso particular de los laboratorios farmacéuticos, a pesar de que su actividad económica se desarrolle dentro del marco de la regulación, existen otras variables con las cuales pueden efectivamente competir y que la forma como éstos las manejan irá en beneficio o en detrimento de los consumidores.

La existencia de controles en otras variables puede ser atenuante pero en ningún momento una exención de la prohibición de acuerdos y prácticas concertadas establecida en el artículo 10 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.”⁴⁴

⁴⁴ Resolución N° SPPLC/0025-95 de fecha 26 de mayo de 1995. “Doctrina Administrativa de Procompetencia 1995”, pág. 207.

Todos los laboratorios recurrieron ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo solicitando la nulidad de la Resolución de la Superintendencia. En los actuales momento el juicio se encuentra en estado de decisión.

Caso Tarifas de Publicación de anuncios de cine en periódicos.

En marzo de 1996 la Superintendencia inició una investigación en contra de 6 editoras de periódicos de la región capital al recibir de parte del Ministerio de Fomento⁴⁵ una comunicación dirigida a la Asociación de Venezolana de Exhibidores de Películas, suscritas por estas 6 editoras y en la cual indicaban un aumento de las tarifas para publicar anuncios de cine en sus periódicos.

Durante la investigación la Superintendencia pudo comprobar que el acuerdo para fijar tarifas de publicación de a nuncios de cine entre las editoras se venía realizando desde mayo de 1994. En su decisión la Superintendencia sostiene que el acuerdo investigado constituye un acuerdo horizontal para fijar precios, indicando al respecto que “el precio es posiblemente el elemento más importante de una transacción comercial y la señal más visible que le envían los agentes económicos al mercado. Por lo tanto, un acuerdo entre competidores para la fijación de precios distorsiona el mercado, por cuanto impide que éste envíe el principal mensaje utilizado por el consumidor para decidir su preferencia entre un producto y otro⁴⁶.”

Para el caso concreto, se indicó que al no resultar el precio de la tarifa de publicación de avisos de cine, de la observación y ponderación independiente de las editoras, tomando en cuenta sus costos, materias primas, tecnología y otras variables que determinan la oferta individual sino que devenía del resultado de un acuerdo expreso, se evidenciaba claramente la voluntad de deponer su animo de competir en función al precio, una de las principales variables que afectan los negocios.

Finalmente, se ordenó la inmediata cesación de la práctica y multó a las editoras. De las 6 editoras sancionadas cuatro de ellas recurrieron ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo solicitando la nulidad de la Resolución. Sin embargo, sólo dos de los recursos fueron admitidos, y actualmente se encuentran en estado de decisión.

Caso Colegio Farmacéutico del Estado Carabobo: Acuerdos para excluir a un competidor.

En febrero de 1995 la Superintendencia inicia un procedimiento sacionatorio contra una asociación regional de farmacéuticos (el colegio), que habían acordado en asamblea boicotear a cualquier droguería que le vendiera a un nuevo competidor (farmacia Municipal), por la presunta violación de los artículos 9º y 7º de la Ley, esto es, por la existencia de un acuerdo para excluir a un competidor mediante la incitación a no venderle los productos que este demanda (medicamentos).

En este caso la Superintendencia interpretó el contenido de esta disposición como una prohibición al boicoteo, entendiendo por estos lo siguiente⁴⁷: a) acuerdos para no competir en las negociaciones con sus proveedores b) acuerdos para excluir a algún nuevo

⁴⁵ Actualmente Ministerio de Industria y Comercio a raíz de la reforma de la Ley Orgánica de Administración Central.

⁴⁶ Resolución N° SPPLC/0017-96 de fecha 18 de julio de 1996. “Doctrina Administrativa de Procompetencia 1996”, pág. 251-252.

⁴⁷ Ver, también SPPLC 0030-94 (AEROPOSTAL).

competidor y, c) acuerdos para excluir a algún competidor de una asociación (por ejemplo, un grupo de compras conjuntas).

En este sentido, la Superintendencia, estableció que los boicots a los que se refiere el artículo 7° se refieren a una práctica ejecutada “por un tercero, quién ha sido incitado por un grupo de agentes o por uno solo actuando de forma unilateral⁴⁸. Es decir, que se requiere la presencia de tres agentes. Uno, el excluido; dos, el que realiza la acción y tres, el que incita al segundo a cometer la práctica.

En el caso en cuestión, la Superintendencia obtuvo copia certificada del acta de la Junta Directiva de dicha asociación, en la que expresamente se declaraba la intención de boicotear a un competidor de las farmacias que esta agrupaba. La Superintendencia también concluyó que, debido a los estatutos de la asociación y a su estructura interna, ésta contaba con suficiente influencia como para obligar a cumplir los términos de dicha declaración a todas las empresas asociadas, es decir, que se trataba de un acuerdo estable.

Estos elementos llevaron a la Superintendencia a concluir lo siguiente sobre este caso:

“se trata de un caso de boicot en el que algunos agentes económicos se han puesto de acuerdo para incitar a terceros a realizar conductas que buscan evitar la entrada de un nuevo competidor o provocar la salida de uno, en este caso la Farmacia Municipal. Verificándose en esta ocasión la presencia de tres las partes identificables en el supuesto de hecho del artículo 7° es decir, El COLEGIO DE FARMACEUTICOS DEL ESTADO CARABOBO constituye el agente con suficiente fuerza económica como para instar a terceros, es decir caso LAS DROGUERIAS a que lleven a cabo conductas anticompetitivas en contras de FARMACIA MUNICIPAL, estas conductas materializadas en la negativa de suministro de medicamentos a la misma”.

Caso Cervezas: incrementando los costos del competidor.

En este caso un grupo de distribuidores exclusivos de la empresa productora de cerveza REGIONAL, denunció a otro productor, POLAR, por la supuesta incitación a sus propios distribuidores a destruir de envases retornables de la primera. Ello tendría por efecto incrementar sus costos y, por lo tanto, propiciar su salida del mercado.

Aunque en este caso la denuncia fue inadmitida por falta de elementos que permitieran inferir la posibilidad de que dicha práctica se estaba ejecutando, la Superintendencia, aunque de forma vaga, estableció los parámetros bajo los cuales debe entenderse la prohibición contenida en el artículo 8°.

“Del texto del artículo se desprende que para que se haya configurado una violación de esta disposición se requiere de dos condiciones; a saber: en primer lugar que exista una manipulación de factores de producción, distribución, desarrollo tecnológico o inversiones (en adelante, factores). En segundo lugar, que esa manipulación tenga un efecto perjudicial sobre la Libre Competencia. Por lo tanto, este artículo

⁴⁸ SPPLC/0010-95. Doctrina administrativa (1995), pág. 41.

prohibe cualquier afectación de la libre competencia siempre y cuando ésta sea realizada mediante el manejo de factores.

En teoría la conducta de retiro, retención y destrucción de envases de un competidor constituiría una manipulación de los factores de producción de carácter exclusionario, sin embargo, como se ha señalado con anterioridad, para ordenar la apertura del procedimiento para la determinación de prácticas prohibidas, el Superintendente debe presumir la comisión de la práctica; juicio de valor que se inicia con la subsunción en los supuestos de tipicidad de la práctica de los argumentos y evidencias presentados por los denunciantes, por tanto es necesario determinar si existen elementos que permitan presumir que POLAR y sus distribuidores han realizado la conducta denunciada”⁴⁹.

Aunque es prácticamente inexistente la Doctrina acerca del artículo 8º, en este acto la Superintendencia interpretó que, para considerar una práctica ilegal a la luz de esta prohibición, un elemento indispensable es la prueba de los efectos anticompetitivos.

Consideraciones finales: ¿Cuál es el futuro en la aplicación de la legislación contra los acuerdos entre competidores?

Las leyes antimonopolio surgen de la aplicación de la ciencia económica al derecho. El resultado supera la mezcla de dos disciplinas para transformarse en una que tiene sus propias características y sus propios sistemas de análisis es la mezcla de dos disciplinas, sino una que tiene sus propias características y sus propios sistemas de análisis. En la legislación venezolana, esto también se observa. En lo que se refiere a las prohibiciones de los acuerdos entre competidores, la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia es amplia, incluye diferentes categorías de acuerdos, que están estrechamente conectadas con el análisis económico que subyace a estas prácticas. El contenido de las normas para evitar los acuerdos horizontales, no sólo toma en cuenta los diferentes efectos económicos, también distingue entre las diferentes formas jurídicas que puede tomar el acuerdo. Además, la doctrina venezolana tiene una marcada influencia internacional, especialmente de la jurisprudencia americana y de la doctrina de la Comunidad Europea.

Sin embargo, el resultado de la experiencia en la aplicación de la Ley no ha sido tan alentadora. Ninguna decisión de la Superintendencia que se haya discutido en los Tribunales ha quedado firme. No obstante, ninguna decisión, ya sea las que envuelven acuerdos entre competidores, como las que tratan con otras disposiciones, ha sido anulada por problemas de análisis económico o por deficiencias en la sustancia. Por el contrario, los jueces han centrado, fijado, seguramente de manera acertada, en los vicios formales del acto administrativo.

La razón por la cual las decisiones de la Superintendencia han tenido poco éxito en los tribunales, es muy probable la complejidad del análisis que envuelve. En el ámbito académico jurídico no es, al menos hasta ahora, común el desarrollo de herramientas basadas en el análisis económico y no está claro si resultaría razonable hacerlo. La acumulación de conocimiento económico supone un costo, pero con seguridad la proporción de casos antimonopolio en la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo es insignificante. Sin embargo el hecho reiterado de que todas las decisiones de la Superintendencia hayan sido anuladas, plantea un dilema.

⁴⁹ SPPLC/0023-98 (POLAR y REGIONAL)

El énfasis puestos por los tribunales sobre los aspectos formales de los actos administrativos puede suponer una señal institucional en contra del organismo antimonopolio venezolano. Los agentes pueden ver la política antimonopolio venezolana como un costo, y no como un impedimento para realizar prácticas anticompetitivas. Si los beneficios de una colusión son mayores que los costos del procedimiento judicial, las empresas tienen incentivos para cometerlas. En economías pequeñas y de bajos ingresos, como la venezolana, las industrias tienden a ser más concentradas, y los riesgos de colusión se incrementan, por lo que enviar una señal en contra del organismo antimonopolio puede facilitar la colusión de un gran número de industrias y, claro está, ello impone costos a los consumidores.

Lo anterior supone, un reto para la política de competencia en Venezuela. A corto plazo la agencia debería centrarse en mejorar la técnica jurídica y la sustanciación de expedientes en los procedimientos sancionatorios. En segundo lugar, la agencia debe enfocar su acción en la promoción de la competencia, de manera que no sólo se actúe sobre las empresas que cometen prácticas anticompetitivas, sino que además se creen las condiciones institucionales para el incremento de la competencia. En el largo plazo, alternativas como el establecimiento de vínculos con la academia, con la opinión pública, así como el desarrollo de tribunales especializados están disponibles.

Afortunadamente, la historia está a favor de los organismos antimonopolios. En Francia el organismo encargado de la política de competencia esperó cuarenta años para ganar el primer caso en los Tribunales. En Canadá, solo después de un siglo, las cortes vieron un magistrado con entrenamiento en una agencia antimonopolio.



SESSION II: PEER REVIEW OF BRAZIL'S COMPETITION LAW AND POLICY



COUNTRY STUDIES

Brazil - Peer Review of Competition Law and Policy 2005

Introduction

“Peer review” is a core element of OECD work. The mechanisms of peer review vary, but it is founded upon the willingness of all OECD countries and their partners to submit their laws and policies to substantive questioning by other members. Brazil’s competition law and policy have been subject to such review in 2005. This report was prepared by Mr. Jay Shaffer for the OECD.

Overview

Related Topics

Competition Law and Policy in Brazil



A Peer Review



INTER-AMERICAN
DEVELOPMENT BANK

2005

OECD 



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK
Sustainable Development
Department
Multilateral Investment Fund

Special Office in
Europe



ORGANISATION FOR ECONOMIC
CO-OPERATION AND DEVELOPMENT

Competition Division

Competition Law and Policy in Brazil

A PEER REVIEW

**The English text is the original version, the Portuguese being
an unofficial translation only.**

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT

Pursuant to Article 1 of the Convention signed in Paris on 14th December 1960, and which came into force on 30th September 1961, the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) shall promote policies designed:

- to achieve the highest sustainable economic growth and employment and a rising standard of living in Member countries, while maintaining financial stability, and thus to contribute to the development of the world economy;
- to contribute to sound economic expansion in Member as well as non-member countries in the process of economic development; and
- to contribute to the expansion of world trade on a multilateral, non-discriminatory basis in accordance with international obligations.

The original Member countries of the OECD are Austria, Belgium, Canada, Denmark, France, Germany, Greece, Iceland, Ireland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Portugal, Spain, Sweden, Switzerland, Turkey, the United Kingdom and the United States. The following countries became Members subsequently through accession at the dates indicated hereafter: Japan (28th April 1964), Finland (28th January 1969), Australia (7th June 1971), New Zealand (29th May 1973), Mexico (18th May 1994), the Czech Republic (21st December 1995), Hungary (7th May 1996), Poland (22nd November 1996), Korea (12th December 1996) and Slovak Republic (14th December 2000). The Commission of the European Communities takes part in the work of the OECD (Article 13 of the OECD Convention).

© OECD 2005

Permission to reproduce a portion of this work for non-commercial purposes or classroom use should be obtained through the Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, France, Tel. (33-1) 44 07 47 70, Fax (33-1) 46 34 67 19, for every country except the United States. In the United States permission should be obtained through the Copyright Clearance Center, Customer Service, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, or CCC Online: <http://www.copyright.com/>. All other applications for permission to reproduce or translate all or part of this book should be made to OECD Publications, 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, France.

FOREWORD

The Inter-American Development Bank and the Organization for Economic Co-operation and Development co-operate in competition law and policy to promote increased economic growth, employment and economic efficiency and a higher average standard of living in the medium to long term. There is increasing consensus that sound competition law and policy are essential to achieving these goals.

“Peer review” is a core element of OECD work. The mechanisms of peer review vary, but it is founded upon the willingness of all OECD countries and their partners to submit their laws and policies to substantive questioning by other members. This process provides valuable insights to the reviewed country and promotes transparency and mutual understanding for the benefit of all.

The benefits of this process are particularly clear in the area of competition law and policy. As a result of the activities of the Competition Committee, OECD countries that once had real conflicts on competition issues have become partners in seeking to halt harmful international cartels and mergers. The Committee has also become an important forum for assessing and demonstrating the usefulness of applying competition policy principles to economic and other regulatory systems.

IDB/OECD co-operation in competition law and policy centers on annual meetings of the Latin American Competition Forum. LACF meetings include substantive roundtable discussions and peer reviews of national laws and institutions. The peer reviews have examined Chile, Peru and now Brazil. The IDB is pleased to participate and finance this work, as part of its efforts to promote a better business climate for investment in the countries of Latin America and the Caribbean.

We want to thank the Government of Brazil for volunteering to be peer reviewed at the third LACF meeting, held in Madrid, on 19-20 July, 2005. It was encouraging to hear Brazil’s Delegation confirm at the meeting that the report’s recommendations were helpful and to hear from Delegates of other countries that

this review has improved their understanding of Brazil's competition law and policy. Finally, we want to thank Mr. Jay Shaffer, the author of the report, and the many competition officials whose written and oral contributions to the Forum have been so important to its success.

Bernard J. Phillips
Head
Competition Division
OECD

Ricardo Santiago
IDB Representative
in Europe

TABLE OF CONTENTS

SUMMARY 7

**1. COMPETITION POLICY IN BRAZIL:
FOUNDATIONS AND CONTEXT**13

**2. SUBSTANTIVE ISSUES: CONTENT AND APPLICATION
OF THE COMPETITION LAW** 17

 2.1 Conduct.....17

 2.2 Mergers27

 2.3 Unfair competition and consumer protection42

**3. INSTITUTIONAL ISSUES: ENFORCEMENT
STRUCTURES AND PRACTICES**45

 3.1 Competition policy institutions.....45

 3.2 Competition law enforcement.....50

 3.3 Other enforcement methods.....69

 3.4 International aspects of enforcement71

 3.5 Agency resources, actions, and implied priorities75

**4. LIMITS OF COMPETITION POLICY: EXEMPTIONS
AND SPECIAL REGULATORY REGIMES**83

5. COMPETITION ADVOCACY93

6. CONCLUSIONS AND POLICY OPTIONS101

 6.1 Current strengths and weaknesses101

 6.2 Recommendations.....103

Boxes

Box 1. Rio de Janeiro- São Paulo Airline Cartel22

Box 2. Microsoft23

Box 3. Nestlé-Garoto33

Box 4. Merger Review Procedures: Proposed Amendments41

Box 5.	Three Legal Institutions Affecting Competition Law Enforcement: The Public Prosecutor, The Attorney General, and The Ministry of Justice	46
Box 6.	Institutional Issues: Proposed Amendments.....	48
Box 7.	Dawn Raid on Crushed Rock	52
Box 8.	Conduct Case Procedures: Proposed Amendments.....	58
Box 9.	Fines: Proposed Amendments	62
Box 10.	Judicial Review in Brazil	65
Box 11.	Competition Advocacy Procedures: Proposed Amendments....	94

SUMMARY

This report assesses the development and application during the past five years of competition law and policy in Brazil. It follows an earlier OECD analysis, prepared in 2000, which reviewed the activities of the Brazilian Competition Policy System (BCPS) since enactment of Brazil's current competition law in 1994. The BCPS consists of three bodies: (1) CADE, the Administrative Council for Economic Defence, an autonomous agency which has dispositive adjudicative authority in BCPS cases; (2) SDE, the Economic Law Office in the Ministry of Justice, which has the principal investigative role; and (3) SEAE, the Secretariat for Economic Monitoring in the Ministry of Finance, which also has investigative authority but is primarily responsible for providing economic analysis in BCPS proceedings.

The previous Report concluded that while much had been achieved in the effort to develop a fully functioning market economy in Brazil, much remained to be done. The Report recommended that the BCPS agencies reduce the effort devoted to the review of competitively innocuous mergers and focus more attention and additional resources on other areas, including cartels, anticompetitive conduct by newly-privatised firms in network industries, and competitive restraints imposed by state and local governments. Statutory amendments to provide enhanced enforcement tools were suggested, including authority for the BCPS to conduct examinations at businesses premises and to establish a leniency program. Certain statutory changes in merger notification filing requirements were also recommended and the agencies were urged to simplify the method by which the "trigger date" for merger notifications is determined. The 2000 Report also identified three important institutional features of the BCPS that warranted attention. These were (1) the involvement of three separate agencies in competition enforcement, resulting in duplication of effort and other inefficiencies; (2) the short, two-year term for CADE commissioners, resulting in rapid turnover and possible impairment of the agency's autonomy; and (3) the absence of a permanent, professional staff at CADE, resulting in a lack of institutional knowledge.

Despite serious handicaps, the BCPS has made substantial headway during the past five years in implementing sound competition policy in Brazil. Especially since 2003, it has effectively addressed the most critical problems within its power to control. Most of the recommendations in the 2000 Report to which it could respond have been accomplished, including particularly the recommendations relating to increased efficiency in merger reviews and reallocation of resources to cartel enforcement. Many other improvements have been made in areas not addressed by the 2000 Report, such as the elimination of case backlogs, the establishment of a certification system for antitrust compliance programs, the

SUMMARY (cont.)

introduction of procedural mechanisms for preventing the integration of merging parties during agency review proceedings and for enjoining anti-competitive conduct in non-merger cases, and enhancement of the agencies' capacity to undertake sophisticated economic analysis. CADE has developed better techniques for protecting competition policy interests in judicial review proceedings. The BCPS has won several competition advocacy victories against anti-competitive regulatory programs and proposals, and has vigorously expanded its interaction with foreign antitrust authorities. All three agencies have participated in the important effort to increase the understanding of competition law among public prosecutors and members of the judiciary, and have engaged actively in promoting the development of a competition culture in Brazil.

The BCPS did not, on the other hand, pursue several of the recommendations in the 2000 Report. Thus, CADE devoted little attention to addressing state and local anti-competitive restraints, both law enforcement and competition advocacy activity in some sectors was barely visible, and CADE was unwilling to place sole reliance on the "first binding document" as the trigger event for merger notification. Other areas in which improvements could be made relate to the transparency of CADE's decisions and guidelines, and its approach to private antitrust litigation. Nonetheless, the areas in which the BCPS deserves commendation substantially exceed, both in number and importance, those in which its performance was in some way deficient.

On the legislative front, the competition law was amended in late 2000, vesting the agencies with authority to conduct on-site inspections and to establish a leniency program. The BCPS has employed those powers vigorously in the past two years. No statutory enactments, however, have been adopted to deal with institutional issues, to create a permanent staff for CADE, or to adjust the merger notification requirements. Recently, the BCPS agencies joined in developing a unified proposal for statutory revisions that will remodel the institutional structure and make many other significant changes to the competition law.

Particular strengths of the BCPS include a strong institutional dedication to high standards of integrity, autonomy, sound policy, and fair procedure; an excellent leadership cadre; and a supportive business community. Weaknesses include a counter-productive institutional structure and a staff that is neither sufficient in size nor compensated adequately to retain qualified employees over the long term. The consequences include poor institutional memory, inefficiency, and delay. There are also statutory provisions relating to merger notification and the leniency program that interfere with efficient and effective law enforcement. The unfamiliarity of the courts with competition law is another source of difficulty.

SUMMARY (cont.)

This Report makes recommendations designed to address the full array of competition law and policy issues facing the BCPS. Some of the proposals recommend action by branches of the government other than the BCPS, while some involves changes that CADE can implement.

In the first category, the report recommends that Brazil:

Consolidate the investigative, prosecutorial, and adjudicative functions of the BCPS into one autonomous agency.

Protect the autonomy of the re-constituted CADE by extending the terms of the commissioners, the Director General, and other senior officers to at least four years (and more preferably five), and by making commissioners' terms non-coincident.

In making appointments, accord due consideration to the importance of technical expertise in economics and competition law.

Fix the Plenary's quorum at four rather than five whenever the number of commissioners available to vote on a case is reduced to four by vacancies or recusals.

Adopt legislation creating CADE career positions and provide adequate resources to hire and retain a sufficient number of qualified professional staff.

Consider the economic feasibility of establishing CADE regional offices.

Revise the proposed bill to eliminate allocation of fine proceeds to CADE and SEAE.

Modify the merger notification and review process to

- Adopt an explicit standard for reviewing the competitive implications of merger transactions.
- Establish a pre-merger notification system.
- Eliminate the present market share notification threshold and adopt thresholds based on the domestic turnover of both the larger and the smaller parties to the transaction.
- Eliminate notification of non-merger transactions.
- Provide for expedited review and clearance of transactions that do not raise competitive concerns.
- Establish a final deadline by which CADE must determine whether to block a merger.
- Establish formal settlement procedures for merger cases.

SUMMARY (cont.)

Modify the leniency program to

- eliminate exposure of leniency participants to prosecution under criminal laws other than the Economic Crimes Law.-- reduce the exposure of leniency participants to civil damages awards.
- adopt regulations assuring that incriminating evidence provided by leniency program applicants will not be used against them if they are found ineligible for participation.

Consider designating specialised judges and appellate panels to resolve competition law issues.

Limit the Economic Crimes Law to cartel violations.

Consider limiting civil suits for antitrust damages to parties and conduct that have been subject to a specific finding of illegality by CADE.

Adopt the provisions in the omnibus sector agency bill establishing standard procedures for enforcing the competition law.

Adopt the provisions in the omnibus sector agency bill establishing standard procedures for the participation of SEAE in agency proceedings to promulgate norms and regulations.

Adopt the pending bill providing for enforcement of the competition law in the banking sector.

In the second category of proposals, the Report recommends that CADE:

Address anti-competitive restraints by state and local governments.

Serve as a competition advocate with respect to federal legislation and regulatory programs.

Update the 2001 Horizontal Merger Guidelines.

Assure that case decisions enable the public to assess consistency, predictability, and fairness in applications of the competition law.

Permit settlement of conduct cases by consent even where the defendant admits unlawful behaviour.

Treat private suits seeking antitrust damages as opportunities for competition advocacy and develop more information about the competitive impact of such litigation.

Continue existing programs to

- focus law enforcement efforts on cartel cases
- develop law enforcement cooperation agreements with sector regulatory agencies and prosecute anti-competitive conduct by firms in regulated sectors

SUMMARY (cont.)

- establish consensus with the Public Prosecutor's Office respecting the role of the public prosecutors assigned to CADE under Article 12 of Law 8884-
- promote understanding of, and appreciation for, competition law both among (1) public prosecutors, to facilitate the cooperation of prosecutors in operating the leniency program and to discourage anti-competitive enforcement of the Economic Crimes Law, and (2) members of the judiciary, to improve the quality of analysis applied by the courts in cases raising competition issues
- increase the recognition and acceptance of competition principles in society at large, as an advocate for development of a competition culture in Brazil.

1. COMPETITION POLICY IN BRAZIL: FOUNDATIONS AND CONTEXT

This report assesses the development and application of competition law and policy in Brazil since 2000. It follows an earlier OECD analysis entitled “Competition Policy and Regulatory Reform in Brazil: A Progress Report,” (hereafter “2000 Report”).¹ The assessment begins with a brief description of the background of competition policy in Brazil and the context in which it presently operates.

Brazil’s economic policies after World War II relied on pervasive government intervention in market operations. The state controlled prices in many sectors, and most of the country’s largest industrial, transportation, and financial enterprises were either state owned firms or publicly sanctioned private monopolies. A competition law (No. 4137) enacted in 1962 created the Administrative Council for Economic Defence (Conselho Administrativo de Defesa Econômica or “CADE”), but the Council had marginal economic impact because its authority extended only to private firms. In 1988, coincident with a series of significant economic changes in Brazil, a new constitution established competition as a key feature of the “economic order.” A privatisation program was launched, barriers to international trade were reduced, and CADE became more active.

The modern era of competition policy in Brazil began in 1994. In response to a period of hyperinflation, the “*Real Plan*” was implemented in that year. Its principal features were the introduction of tight fiscal and credit policies and a new currency (the *real*) pegged to the U.S. dollar.² As a part of the 1994 reforms, a new competition law (No. 8884) was enacted with the expectation that it could be employed to deal with inflated prices. The new law also introduced merger control and made important institutional changes. CADE was re-configured as an independent agency, and certain aspects of enforcement authority were vested in two other agencies: the Secretariat of Economic Law in the Ministry of Justice (Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça or “SDE”) and the Secretariat for Economic Monitoring in the Ministry of Finance (Secretaria de Acompanhamento Econômico or “SEAE”). Collectively, the three agencies comprise the Brazilian Competition Policy System (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência or “BCPS”). Over the next few years, the pace of privatisation

increased; the government agency responsible for general administration of prices was abolished; and new, independent regulatory agencies for telecommunications, petroleum and natural gas, and electricity were created.

The 2000 Report (p. 184) noted that, as of 2000, privatisation was essentially complete in the telecommunications, civil aviation, and bus transportation sectors, but only partially so with respect to electricity, oil and gas, railroads, ports, and banking. From 2000 to 2002, further privatisation projects were undertaken at both the federal and state levels. Significant actions in that period include the public sale of shares of Petrobrás (the federal hydrocarbons company) for USD 4 billion; the sale of 60 per cent of the state bank of São Paulo to Santander Bank for USD 3.7 billion; and the sale of the Cia. Vale do Rio Doce (CVRD, the federal iron ore mining company), for USD 1.9 billion. Other privatisations involved the state banks of Paraná, Goiás, Paraíba, and Amazonas; the state electrical energy distribution companies of Pernambuco, Maranhão, and Paraíba; and the state water and sewerage company of Manaus.

No further privatisations in Brazil have occurred since 2002. As of 2004, the federal government listed 128 government-owned enterprises still under government ownership, including maintenance of a controlling interest in Petrobrás. Other sectors in which government enterprises operate include electricity generation (including nuclear power), airline terminal and seaport services, banking, health services, and sewage systems. State ownership of some firms reflects a policy decision that government control is appropriate to accomplish strategic objectives or to offset market failures, or because the firms involved provide public services. Plans for future privatisation focus on granting concessions to operate freight railways and toll highways.

Since 1994, two significant legislative amendments affecting the competition law have been enacted. In January 1999, a merger filing fee was instituted, the proceeds of which were allocated to CADE (Law No. 9781). In December 2000, subsequent to the 2000 Report, Law No. 10149 added important investigatory powers, clarified procedures for service of process on foreign entities, established a leniency program, increased the merger filing fee, and provided for an equal division of that fee among all three of the competition agencies.

At present, three pieces of proposed legislation designed to re-model the competition law system in Brazil are pending. The first is a wide-ranging revision of Law 8884 that would combine SDE with CADE; add new institutional elements to CADE's structure; redefine SEAE's role in the competition regime; institute a pre-merger notification system; alter the present triggering requirements for reporting mergers; and make other changes in the substantive and remedial

provisions of the law, including the limits applicable to fines imposed for unlawful conduct.³ The second proposal is an omnibus bill intended to revise and standardise the procedural requirements applicable to sector regulatory agencies, including various provisions affecting the relation between the sector regulators and the competition regime.⁴ The third bill would resolve a conflict between the competition agencies and the bank regulatory authorities with respect to jurisdiction over mergers in the banking sector.⁵ These three legislative proposals are discussed in more detail at the relevant points in this report.

2. SUBSTANTIVE ISSUES: CONTENT AND APPLICATION OF THE COMPETITION LAW

The Brazilian Constitution of 1988 establishes an explicit foundation for competition policy. Article 173, paragraph 4 provides that “[t]he law shall repress the abuse of economic power that aims at the dominance of markets, the elimination of competition, and the arbitrary increase of profits.” More generally, Article 170 contemplates that the “economic order” of Brazil shall be “founded on the appreciation of the value of human work and on free enterprise,” and shall operate with “due regard” for certain principles, including “free competition,” “the social role of property,” “consumer protection,” and “private property.” In line with those provisions, Article 1 of Law 8884 states that the statute’s objective is to “set out antitrust measures in keeping with such constitutional principles as free enterprise and open competition, the social role of property, consumer protection, and restraint of abuses of economic power.”⁶

The substantive provisions of Brazil’s competition law appear in Articles 20, 21, and 54. Unlike the laws of many countries, which separately proscribe anticompetitive agreements and abusive conduct by single firms, Articles 20 and 21 deal with all types of anticompetitive conduct, other than mergers, while mergers, acquisitions, and similar transactions are addressed in Article 54. This discussion follows the statutory pattern by dividing the analysis of the law’s prohibitions into two parts, conduct and mergers.

2.1 Conduct

Article 20 contains general language providing that “any act in any way intended or otherwise able to produce the effects listed below, even if any such effects are not achieved, shall be deemed a violation of the economic order.” The specified effects are (1) to limit, restrain or in any way injure open competition or free enterprise; (2) to control a relevant market of a certain product or service; (3) to increase profits on a discretionary basis; and (4) to abuse one’s market control. The article specifies that the “market control” violation described in item (2) does not include control achieved by means of “competitive efficiency.” A concluding sentence provides that market control is “presumed” when a company or group of

companies possesses a 20 per cent share, and vests CADE with authority to change the 20 per cent presumption with respect to specific sectors of the economy.

Article 21 contains a lengthy but non-exclusive list of acts that are considered unlawful if they produce the effects enumerated in Article 20. The listed practices include various kinds of horizontal and vertical agreements and unilateral abuses of market power.⁷ With respect to horizontal agreements, the list covers collusion among competitors, including agreements to fix prices or terms of sale, divide markets, rig bids, and limit research and development. The listed vertical agreements include resale price restraints and other restrictions affecting sales to third parties (including limits on sales volumes and profit margins), as well as price discrimination and tying. As to unilateral conduct, the list specifies various actions to exclude or disadvantage new entrants or existing rivals, including refusals to deal and limitations on access to inputs or distribution channels. Other unilateral practices cited in Article 21 are actions to impose unreasonable contractual terms or conditions, “bar the use of industrial or intellectual property,” “unreasonably sell products below cost,” discontinue production or other business activities without good cause, “affect third-party prices by deceitful means,”⁸ hoard or destroy raw materials and intermediate or finished goods (including agricultural products), “require or grant exclusivity in mass media advertisements,” impair the operation of manufacturing or distribution equipment, impose “abusive prices,” or “unreasonably increase the price of a product or service.”⁹

The 2000 Report noted two peculiarities about the list of anticompetitive activities in Article 21. First, the formulation was characterised as “somewhat unorthodox” (p. 197) because it does not expressly distinguish between activities relevant to the law’s prohibition of restrictive agreements and those relevant to abuse of dominance. Second, and more significantly, the Report noted that some of the enumerated practices are either ambiguously worded or not traditionally considered to be anticompetitive (e.g., “to deny the sale of a certain product or service within the payment conditions usually applying to regular business practices and policies;” “to retain production or consumer goods, except for ensuring recovery of production costs;” or “to take possession . . . of industrial or intellectual property rights or technology”). The Report added that although such provisions created the potential for misapplication, CADE had issued clarifying enforcement guidelines for Articles 20 and 21 that appeared to “place competition analysis at CADE within the mainstream” of conventional antitrust analysis (pp. 197-98).

The enforcement guidelines for Articles 20 and 21 were issued in 1999 as attachments to CADE Resolution 20. That resolution establishes procedures applicable to the presentation of a proposed case to the Council by the assigned Reporting Commissioner, and requires that the commissioner “verify whether the

proceeding [is] duly supported” in accordance with the guidelines.¹⁰ The Attachments to the resolution establish a standard analytic scheme for restrictive practices. Attachment I contains definitions for anticompetitive practices, which are classified into horizontal and vertical categories. Horizontal practices are defined as those constituting “an attempt to reduce or eliminate market competition, whether by establishing agreements between competitors in the same relevant market with regard to prices or other conditions or by adopting predatory pricing.” Four categories exemplifying such practices are given: (1) cartels, which involve agreements between competitors controlling a substantial part of the relevant market “regarding prices, production and distribution quotas and territorial division, in an attempt to increase prices and profits jointly to levels that are closer to monopolistic levels;” (2) other horizontal agreements, which involve “only part of the relevant market and/or temporary joint efforts aimed at achieving a higher level of efficiency, especially productive and technological efficiencies;” (3) illicit practices of professional associations, which involve “any practice that unreasonably limits competition between professionals, mainly price-fixing practices;” and (4) predatory pricing, which involves pricing “below the average variable cost” to eliminate competitors, in market conditions that would permit the costs of the predatory scheme to be recouped through subsequent price increases.¹¹

Vertically restrictive trade practices are defined in Attachment I as “restrictions imposed by manufacturers/providers of products and services in a certain market (‘market of origin’) on vertically related markets, downstream or upstream along the production chain (the ‘target market’).” Six examples are provided: (1) resale price maintenance, (2) customer and territorial restrictions imposed in a distribution chain, (3) exclusive dealing, (4) refusals to deal, (5) tying, and (6) price discrimination. The Attachment notes that vertical restrictions may cause anticompetitive effects in either the market of origin or the target market, by excluding rivals or facilitating downstream or upstream collusion.

According to Attachment I, a finding of illegality for either horizontal or vertical restrictions entails establishing “the existence of market power in the relevant market of origin, as well as an effect on a substantial share of the market that is the target of such practices,” Attachment II elaborates on these themes by outlining the “basic criteria for the analysis of restrictive trade practices,” and describing the specific steps to be followed. They include:

- (1) identifying the precise practice at issue and assuring that there is an adequate evidentiary basis to conclude that the practice was implemented;
- (2) determining the existence of a dominant position, which involves
 - (a) defining the relevant market in both product and geographic

dimensions, by considering actual or potential product or service substitution by buyers; (b) determining market shares and measures of concentration, using either or both of the additive market share (CRx) or the Herfindahl-Hirschman (HHI) indices; and (c) analysing barriers to entry; and

- (3) weighing the economic efficiencies likely to result from the practice against the actual or prospective competitive harm.

In making market power determinations, CADE always undertakes a case-specific analysis, and has neither invoked the 20 per cent “market control presumption” in Article 20 nor exercised the power to alter that percentage for a specific market. As a practical matter, a market share below 20 per cent is presumed to reflect the absence of market power. With respect to cartels, although the guidelines do not establish a “per se rule,” they imply that cartels will be strictly scrutinised by noting that non-cartel agreements entail fewer anticompetitive effects and more pro-competitive benefits and therefore require “a more judicious application” of the rule of reason. In fact, in cartel cases, CADE assumes that anticompetitive effects exist once the existence of market power is demonstrated.¹²

The competition law and CADE’s guidelines provide no special treatment for small firms, although Article 170 of the Constitution specifies that one principle guiding the economic order shall be “due regard” for the “preferential treatment [of] small enterprises organised under Brazilian laws and having their head-office and management in Brazil.” Because CADE does not apply *per se* analysis, however, even horizontal agreements among small firms will rarely entail the requisite market power to run afoul of the law.

The analytical practice of dividing conduct offences into five categories (*per se* and non-*per se* horizontal agreements, *per se* and non-*per se* vertical agreements, and unilateral conduct involving monopolisation or abuse of dominance) is not employed in Brazil. As noted, the *per se* /non-*per se* distinction does not arise because CADE requires market power for all offences. Further, vertical agreements are effectively eliminated as a class because CADE makes no distinction (like that in US antitrust law) between the ordinary degree of market power required to find vertical violations involving non-dominant firms, and the heightened degree of power required to find a monopolistic abuse. Thus, CADE states that it has decided no “vertical” cases as such since 2000, because all of the vertical practices it has addressed since then have been raised in abuse of dominance cases. The following discussion of enforcement activity involving conduct offences under Law 8884 is therefore divided into sections on horizontal agreements and abuse of dominance.

The number and disposition of conduct cases concluded by CADE from 2000 to 2004 are shown below.

Table 1. CADE Decisions in Conduct Cases 2002-2004

Year	Cases Decided	No violation	Violation		Total
			Horizontal	Abuse of Dominance	
2000	39	26	2	11	13
2001	34	18	16	0	16
2002	34	22	11	1	12
2003	23	13	9	1	10
2004	42	24	16	2	18
Total	172	103	54	15	69

Source: BCPS, 2005

2.1.1 Horizontal agreements

The 2000 Report observed (pp. 192-93) that although CADE had to that point considered very few cases involving traditional “cartel” activity, all three agencies were focusing new emphasis on that subject.¹³ In 1999, CADE decided the first true cartel case brought under Law 8884. The Council found sufficient circumstantial evidence warranting a conclusion that the producers of flat rolled steel products had entered into a price-fixing agreement. The steel producers sought judicial review of CADE’s decision and of the associated fines, which CADE set at the statutory minimum of 1 per cent of the firms’ gross turnover for the previous year. Subsequent to the previous Report, the first instance court rendered a decision favourable to CADE. That decision was, however, further appealed by the steel producers and is presently pending.

In a series of cartel cases beginning in 2002, CADE upheld price-fixing charges against retail fuel dealer associations in Florianópolis, Goiânia, Belo Horizonte, and Recife, among others. In these cases, fines were often assessed against association officers and station owners individually, as well as against the association itself. The utilisation of price lists by medical associations also received attention, with cases decided against such practitioner groups as anaesthesiologists in Goiás, doctors in Piauí, and urologists in Ceará.¹⁴ In March 2005, CADE concluded a case against Rio de Janeiro’s four largest newspapers for simultaneously raising prices by 20 percent. On the day of the price increase, all four papers published identical editorial notes, which purported to justify the increases and referred to the paper’s trade association as the organising agent. CADE fined each paper 1 per cent of its annual revenues. A price-fixing case decided in 2004 involved distributors of liquid petroleum (LPG) gas in the city of São Sebastião, in the Federal District. CADE

fined the participating distributors 15 per cent of their annual revenues and added a fine against the owner of each firm owner equal to 10 per cent of the company's fine. Another 2004 case charged an airline cartel, as described in the box below.

BOX 1 RIO DE JANEIRO- SÃO PAULO AIRLINE CARTEL

In August 1999, several newspapers reported that five days after the presidents of Brazil's four major airlines had met, ticket prices for service on the heavily-travelled Rio de Janeiro- São Paulo route increased simultaneously by 10 per cent. SEAE's investigation concluded that the price move was not merely a case of conscious parallelism. In addition to the meeting of the companies' executives, evidence revealed that price data were exchanged among the companies through postings on ATPCO, the computerised airline price data system maintained by the Airline Tariff Publishing Company. A company could configure a price change notice so that, for an initial three-day period, the change could be viewed only by other airline companies and not by consumers or travel agents. The posting company was thus able to abort the change if competitors failed to follow suit. This feature of the ATPCO system had earlier been attacked by the U.S. Department of Justice, but system modifications arising from that case had been implemented only in North America.

In September 2004, CADE determined that the four airlines had colluded to raise prices. Each carrier was fined 1 per cent of the revenue earned on the affected route during 1999 and was enjoined from fixing prices and from posting price adjustments in advance.¹⁵

The BCPS has also challenged horizontal agreements other than price-fixing, including horizontal exclusivity clauses imposed by "Unimeds." Unimeds, found in most Brazilian towns and cities, are co-operative associations of doctors that have traditionally barred their member physicians from contracting with other health plans. CADE's long-standing enforcement policy is to attack such clauses where a Unimed's local market share of physicians is high. CADE decisions against Unimeds since the previous Report have involved associations in the cities of São Paulo, Araguari, Uberlândia, and Macapá. In a 2002 case against a Unimed in the state of Rio Grande do Sul, CADE concluded that the fines imposed in previous cases had not been effective in deterring exclusivity clauses. CADE therefore imposed a fine of approximately USD \$75,000, more than twice the previous level.¹⁶

In another action that involved a horizontal agreement, although arising in the context of a merger case, CADE in March 2005 ordered the termination of an arrangement under which TAM and Varig, Brazil's two largest domestic airlines, shared seats on each other's planes. CADE had approved the arrangement in March 2003 as an initial step in what was expected to be a full merger of the two

companies. The parties subsequently cancelled the merger and CADE concluded that continuation of the agreement was no longer justified.¹⁷

In late 2004, CADE considered an interesting case involving coordinated action by a trade association to obtain anti-competitive legislation. The association of fuel retailers in Brasilia successfully petitioned the municipal government for an ordinance forbidding the construction of filling stations in the parking lots of supermarkets and shopping centres. CADE found this conduct to be unlawful and fined the association and two chain retailer members an amount equal to 5 per cent of their revenues.¹⁸ A separate count in the same case involved an agreement among association members whereby they ceased to sell certain specially-refined diesel oil. The motivation for the agreement was a regulation by the National Fuel Department requiring that refined diesel be sold at the same price as regular diesel whenever regular diesel was unavailable at a filling station. The retailers agreed to stop sales outright to avoid selling refined diesel at the regular diesel price. CADE found that this conduct was likewise unlawful and assessed a fine against the association.

2.1.2 Abuse of Dominance

Most BCPS dominance cases involve some form of exclusionary conduct to foreclose or impede horizontal competitors. CADE's most recent abuse of dominance decision, however, focused on restrictions affecting intra-brand competition. That case, involving Microsoft, is described in the following box.

BOX 2 MICROSOFT

In August 2004, CADE held that Microsoft unlawfully restricted the distribution of Microsoft brand software and associated computing services. Microsoft had established a system of "Large Account Resellers" ("LARs") for sales to substantial corporate customers. LARs were restricted to a specified geographic area, but a given area could be served by multiple LARs depending on how many distributors met Microsoft's requirements for LAR status.

For the Federal District (Brasilia) geographic area, only one firm, TBA Informática ("TBA"), satisfied the LAR qualifications. Microsoft attested in letters to the federal government that TBA was the sole firm authorised to sell Microsoft software and associated services to all federal agencies (including those located outside Brasilia). As a consequence, the bidding procedures normally required for federal agency purchases were waived with respect to purchases from TBA.

In examining Microsoft's arrangement with TBA, CADE concluded that the relevant product market was the sale or licensing of software and computing services to the federal government and that the relevant geographic market was national. In this market, Microsoft

was found to have a dominant 90 per cent share. In CADE's view, Microsoft's action in creating TBA's exclusive position was unlawful. By eliminating bidding procedures in sales to the government, the consumer welfare benefits of intra-brand competition were diminished without sufficient offsetting efficiencies in a market where inter-brand competition did not exist. Government procurement officials were denied the opportunity to choose among competing providers not only of Microsoft software but of associated computer services as well.

Microsoft argued that it could choose to integrate forward into distribution and sell directly to the federal government, and that therefore interposing TBA as an exclusive distributor did no economic harm. CADE's response was that the system established by Microsoft for government sales involved distribution through an exclusive intermediary, not direct sales by Microsoft. CADE observed that when a monopoly producer sells through a single distributor, the final price is higher and total output lower than when a monopoly producer sells directly to the purchaser. CADE concluded that a decision to create an exclusive distributor obligated Microsoft to establish maximum resale prices or otherwise ameliorate the inefficient "double-monopoly" effect that would otherwise arise.

CADE was equally unconvinced by Microsoft's proffered efficiency justifications. Microsoft asserted first that the territorial restriction stimulated resellers to invest in a detailed analysis and understanding of customer needs in that geographic area. CADE rejected this justification, pointing out that although TBA was located in Brasilia, it was obligated to service federal agencies located in other geographic areas across the country. Microsoft's second argument was that exclusivity prevented free-riding on the marketing efforts of other resellers. CADE replied that Microsoft itself shouldered the bulk of marketing efforts in Brazil and that TBA's own efforts were directed to promoting TBA's trademark, not Microsoft's. Moreover, this claim was undercut by the fact that Microsoft had authorised multiple LARs to operate in other geographic areas. CADE concluded that Microsoft's true objective in establishing TBA as the exclusive distributor in the Federal District was to evade government bidding procedures.

CADE's negative view of Microsoft's efficiency justifications was aggravated by Microsoft's claim that the exclusive status accorded to TBA had not been deliberately intended, but had simply resulted from the application of neutral LAR qualification standards. CADE found instead that Microsoft had engineered the criteria to assure that only TBA could qualify. CADE asserted that the freedom of a producer to establish a distribution system and choose distributors did not include "the prerogative to do it in a discriminatory manner."

CADE concluded that the conduct by Microsoft and TBA constituted a restraint on competition under Article 20 I, an abuse of dominance under Article 20 IV, and an agreement to secure an improper advantage in public procurement under Article 21 VIII. Microsoft was fined 10 per cent of its revenues from licensing Microsoft products to the Brazilian federal government, while TBA was fined 7 per cent of its billings to the government for Microsoft products and associated computing services.

Another dominance case with an intra-brand focus entailed charges that Matec, an affiliate of Ericsson, had unlawfully refused to sell component parts for the Ericsson MD 110 Telephone System. Independent companies offering telephone system maintenance contracts claimed that they would be unable to compete effectively in the MD 110 market without access to replacement parts. In a 2003 decision, CADE defined two relevant markets: maintenance services for the MD 110 telephone system, and system replacement parts. In the former market, Matec had more than a 90 per cent market share at the time of violation, and in the latter, Matec was a monopolist. CADE found that Matec had unlawfully foreclosed competition in the market for system maintenance services, because competing companies could not operate without access to replacement parts. The foreclosure reduced consumer welfare because the affected telephone system purchasers were “locked-in” to the MD 110 phone system by high switching costs. Competition at the point of sale for telephone systems was not adequate to forestall a market failure in the case of the federal government, which was a prime MD 110 customer. Government procurement rules disabled the government from selecting any bid but the lowest, without regard for post-purchase servicing costs.

In contrast to Microsoft/TBA and Matec, a number of other CADE decisions have examined exclusionary practices aimed directly at horizontal competitors. One of these was another case involving Microsoft, decided earlier in 2004. In that case, CADE found that no abuse of dominance arose from Microsoft’s bundling of “Money” (financial management software) into the “Microsoft Office for Small Business” package. A seller of competing financial management software had complained that Microsoft’s tactic constituted an exclusionary tying arrangement. Microsoft responded that “Money” had been bundled with the larger “Office” package only on a temporary promotional basis and was ordinarily sold as a separate product. CADE concluded that no unlawful tying was involved and closed the case.

CADE also held in 2004 that the Iguatemi shopping centre in the city of São Paulo violated Article 20 by forbidding its tenants from locating in any other shopping centre in the city. Iguatemi had a 30.9 per cent share of shopping centre store rental revenues in the relevant geographic market in São Paulo and a 29 per cent share of revenue from shopping centre sales. CADE concluded that Iguatemi had sufficient market power to restrain competition among shopping centres by means of the exclusivity provision. A fine was imposed equal to 1 per cent of Iguatemi’s gross revenues. The case was followed in early 2005 by a similar exclusivity case against Shopping Centre Norte (“SCN”), also located in the city of São Paulo but in a different relevant geographic market. SCN, which had a 69.6 per cent share of store rental revenues and a 71.6 per cent share of store sales revenues in its market, prohibited tenants from operating another outlet within one thousand

meters of the SCN site. CADE found this condition to be an unduly restrictive and fined SCN 1 per cent of gross revenues.

In 2002, CADE addressed a contract between the White Martins Corporation (“WMC,” formerly Liquid Carbonic Corp.) and Ultrafertil, a petrochemical company. Ultrafertil’s manufacturing processes generated (as a by-product) the main input used by WMC for the production of carbon dioxide gas (CO²). The contract gave WMC exclusive rights for ten years to all of the by-product generated by Ultrafertil. A potential entrant into CO² production complained that the contract was a device to preclude new entry. Observing that WMC had dominant power in CO² production and that no input source other than Ultrafertil was available, CADE agreed that the contract was anti-competitive. It supported this assessment by noting that WMC had been venting a significant portion of the input into the atmosphere. WMC was fined BRL 24 million (USD 9.4 million), an amount equal to 5 per cent of its gross sales in the year preceding the complainant’s petition.

In a 2003 case, CADE considered a predatory pricing claim involving the sale by Merck Company and its Brazilian subsidiary of vacuum tubes for collecting human blood samples. CADE found no violation because Merck’s prices generally exceeded average variable cost and because Merck did not have sufficient market power to assure the recoupment of losses associated with the alleged predation.¹⁹

CADE also decided some abuse of dominance cases that involved potentially anti-competitive exploitation of market power, rather than exclusion of competitors. Thus, in a different case against White Martins Corporation, CADE considered allegations that WMC had engaged in abusive vertical conduct by tying the transportation of liquid carbon dioxide gas to the sale of the product and also by charging discriminatory prices. The case was resolved in 2000 by a consent agreement under which WMC agreed to terminate the offending practices. CADE has considered no cases involving resale price maintenance.

As described in the 2000 Report (p. 197), a Congressional Inquiry Commission that examined the pharmaceutical industry in 2000 requested SDE to investigate allegations of abusively high drug prices. Under Article 30 of Law 8884, SDE must initiate an administrative proceeding at the request of the Senate or House of Representatives without first conducting a preliminary inquiry. Accordingly, SDE opened about 60 abusive pricing proceedings involving more than 1500 drugs. After the investigations had languished for several years, SDE organised a special task force in 2003 to deal with the project, with a particular focus on employing economic analysis to define relevant markets. SDE has recently sent 15 of these cases to CADE and anticipates that the remainder will be concluded by the end of 2005.

CADE's position on abusive pricing reflects the view that antitrust enforcement should not focus on a firm's allegedly high prices but rather on illegitimate accretions of market power that permit abusive price increases. In January, 2001, CADE considered abusive pricing charges against two natural gas distributors in the state of Rio de Janeiro. CADE concluded that the distributors had not acted unlawfully merely by raising prices because the increases raised fell within the range permitted by the state utility regulator.²⁰

2.2 Mergers

The provisions of Law 8884 applicable to mergers appear in Article 54, which opens with the following language:

Any acts that may limit or otherwise restrain open competition, or that result in the control of relevant markets for certain products or services, shall be submitted to CADE for review.

This notification requirement, on its face, applies to any "acts," and thus covers not merely mergers but all agreements. In August 2001, SDE and SEAE jointly issued Horizontal Mergers Guidelines that confirm the applicability of Article 54 to any "transactions that may limit or otherwise harm free competition, or result in the domination of relevant goods and services markets, such as horizontal agreements among competitors."²¹ Article 54 paragraph 4 requires that notification must be made no later than fifteen business days after the occurrence of the transaction, while paragraph 5 empowers CADE to penalise a failure to comply with the filing requirement by imposing a fine in an amount ranging from 60,000 to 6 million tax reference units ("UFIR")(USD \$24,900 to USD \$2.49 million).²² In practice, most penalties imposed for failure to file an Article 54 notification relate to transactions that entail some structural realignment among the parties.²³

In 1999, a fee of BRL 15,000 (USD 5850) was imposed for notifications filed under Article 54. The fee was increased to BRL 45,000 (USD 17,550) beginning in 2001.²⁴ While most notifications submitted under Article 54 relate to mergers and acquisitions, some are for agreements involving distribution, franchising, licensing, joint ventures, and consortia.

Article 54 paragraph 3 establishes special notification thresholds for acts that constitute mergers, stating that notification is mandatory for "any form of economic concentration" where the resulting entity "accounts for twenty per cent (20 per cent) of a relevant market" or where any of the transaction participants had total turnover in the previous year of BRL 400 million (USD 156 million). As discussed further

below, a signal feature of Article 54 is that notifications, whether involving a merger or otherwise, need not be filed until after the act has occurred.

Article 54 does not contain any language providing the substantive standard to be employed in reviewing submitted acts. Paragraph 1 of the article, however, provides that a transaction submitted for review may be approved if it meets all four of the following conditions: (1) It is intended to “increase productivity; improve product or service quality; or cause an increased efficiency,” or “foster technological or economical development.” (2) It generates benefits that are equitably allocated between the merging parties and consumers. (3) It does not eliminate “a substantial portion of the relevant market for a product or service.” (4) Its provisions are no more restrictive than necessary to obtain the beneficial effects.²⁵ The Horizontal Merger Guidelines state (paragraph 2) that “the rule of reason [is] the fundamental principle in the control of mergers,” attributing this proposition to the statement of objectives set out in Article 1 of Law 8884. This language, along with that of Article 54 itself, could be interpreted to place the burden on the merging parties of showing that their transaction is economically beneficial. In practice, however, CADE has not imposed such a requirement, intervening only when it concludes that, on balance, there would be a significant lessening of competition. Thus, paragraph 1 of Article 54 is considered to establish an efficiencies defence, to be applied only in the case of mergers that are otherwise deemed anticompetitive. The proposed legislation to revise the competition law establishes a substantive standard for evaluating mergers, prohibiting transactions that “eliminate competition in a substantial part of the relevant market, that can create or strengthen a dominant position, or that can dominate a relevant market.”²⁶

Paragraph 2 of Article 54 contains a special provision that permits mergers to be approved that satisfy only three of the four attributes enumerated in Paragraph 1, provided that the transaction is “in the public interest or otherwise required to the benefit of the Brazilian economy, [and] provided no damages are caused to end-consumers.” Such a provision is found in some form in the merger control laws of several countries, permitting the approval of otherwise anticompetitive mergers on the grounds of overriding national interest. To date, however, no merger in Brazil has been approved under this provision. The proposed legislation retains this language, along with the four conditions that appear in paragraph 1 of the existing law.

The August 2001 Horizontal Merger Guidelines, issued jointly by SEAE and SDE, describe a five-step analytical process employing concepts found in similar guidelines published by other countries. The elements of the process include (1) defining the relevant product and geographic markets; (2) determining whether

the market share of the merged entity is sufficiently large to permit the exercise of market power; (3) assessing the probability that market power will be exercised post-merger; (4) examining the efficiencies generated by the transaction; and (5) evaluating the net effect of the transaction on economic welfare.

The methodology for defining the relevant product and geographic markets, contained in step 1 of the Guidelines, focuses on determining the smallest market in which a hypothetical monopolist could impose a small but significant and non-transitory price increase. In step 2, the Guidelines consider two contexts (unilateral action by a single firm and coordinated action by multiple firms) in which certain levels of market concentration will be deemed to raise a significant prospect of post-merger market power. Where the focus is power exercised by a single firm, the threshold for concern is a merged entity with a market share of at least 20 per cent. Where the focus is coordinated action by multiple firms, the threshold is a four-firm concentration ratio of at least 75 per cent coupled with a merged entity market share of at least 10 per cent. If either set of thresholds is met, analysis proceeds to step 3, which entails an assessment of the probability that post-merger market power will actually be exercised. Such exercise will be considered improbable if (a) imports are an effective remedy against the exercise of market power, (b) new entry is “probable, timely, and sufficient,” or (c) rivalry in the market is such that existing firms would have both the capacity and the motivation to resist attempts by the merged entity to exercise market power. If step 3 demonstrates the prospect of anti-competitive effects from a transaction, the analysis proceeds to the step 4 for consideration of efficiencies that the merger may generate, and ultimately to step 5 for evaluation of the net economic effect of the transaction. A transaction will be rejected if, after accounting for efficiencies, it will produce a net decrease in economic surplus. If surplus will increase because anticompetitive effects are outweighed by efficiencies, further analysis is required. Under Article 54 paragraph 1 of the statute, an efficiencies defence will be accepted only if the economic benefits of the transaction are equitably allocated between the merging parties and consumers or end users.²⁷

Although CADE has not formally adopted the Merger Guidelines in the form of a Council Resolution, it treats them as non-binding guidance in assessing merger cases and their provisions are usually (but not always) discussed in CADE’s formal merger decisions. An oddity of the Merger Guidelines is that the portion discussing the assessment of market power refers only to the four-firm concentration ratio and not to the Herfindahl-Hirschman (HHI) index. In contrast, the Guidelines in CADE Resolution 20, issued two years earlier for use in assessing conduct violations under Articles 20 and 21, refer to both methods of measuring market concentration. The agencies state that, in fact, they calculate the HHI whenever possible in evaluating

mergers, although they note that Brazilian markets may be deemed unconcentrated at HHI levels that would trigger concern in the United States. Another feature of the Guidelines is the absence of any reference to mergers involving failing firms, although CADE analysed and rejected a failing firm defence in the Mahle-Metal Leve case, a 1996 proceeding that involved the acquisition of an auto parts manufacturer. In that decision, CADE construed the defence in accordance with the formulation developed in the United States, an approach it has subsequently maintained. CADE has rejected the defence in several other cases since Metal Leve, usually on the grounds of inadequate efforts to identify less anti-competitive purchasers.

Transactions notified to CADE under Article 54 may be resolved in three possible ways: unconditioned approval, approval with conditions, or denial. If a transaction is rejected outright, Article 54 paragraph 9 empowers CADE to take any action necessary to undo such damage as may have been caused to the economic order, including the issuance of orders requiring “dissolution, spin off or sale of assets, [and] partial cessation of activities.” CADE has disapproved only one asset acquisition merger entirely, in the recent Nestlé-Garoto case described below.

When transactions are approved conditionally, the conditions imposed fall into one of two categories, depending on the statutory provision invoked. Conditions requiring one-time acts (such as the divestiture of assets or the deletion of a non-compete clause from the acquisition contract) are imposed as an exercise of CADE’s intrinsic authority to review transactions under Article 54. Conditions that mandate continuing but time-limited acts (such as the temporary obligation of an acquiring company to license a trademark or maintain a relocation program for terminated employees) are imposed under Article 58. That Article empowers CADE to require that one or more parties to a transaction comply with temporary conduct restrictions or requirements, termed “performance commitments” by the statute.”²⁸

In the past five years, CADE has reviewed the merits of 2802 transactions under Article 54, rejecting three and conditionally approving 88 others. Seven of the conditional approval cases involved performance commitments. The acquisition by Varig Airlines of a computerised airline reservation service resulted in a 2003 performance commitment requiring Varig, for a period of three years, to treat all airlines equally in operating the reservation system. Similarly, a 2004 performance commitment required CTBC Telecom, a land-line telephone company that had acquired a dial-up internet service provider, to treat all other ISP’s equally for three years. Another 2004 performance commitment arose from the transfer by Pepsico to AmBev subsidiary Companhia Brasileira de Bebidas of assets and licenses for the production and distribution of the isotonic drink “Gatorade.” CADE required divestiture by AmBev of the trademark for its existing isotonic drink “Marathon.”

To help assure that Marathon could survive in the market, AmBev was required to offer the trademark acquirer an option to purchase the Marathon production assets, and an option to utilise AmBev's distribution network for Marathon over a six month period.

For purposes of analysis, it is useful to examine approval conditions for their impact on the disposition of assets held by the parties. The conditions and commitments imposed by CADE may therefore be classified according to whether they were (1) "structural" (defined as conditions requiring the divestiture of assets) or (2) "ancillary" (defined as all other conditions). Ancillary conditions include most performance commitments, as well as such provisions as those requiring the modification or elimination of non-compete clauses in merger agreements.

The following table summarises CADE's merger review activity from 2000 to 2004, showing the proportion of cases in which "structural" or "ancillary" conditions were imposed.

Table 2. CADE Determinations in Merger Cases 2000-2005

Year	Transactions Reviewed ¹	Approved without conditions	Approved with conditions		Disapproved		
			Structural	Percent of transactions reviewed		Ancillary	Percent of transactions reviewed
2004	618	574	2	0.32	41	6.63	1 (0.16%)
2003	491	484	1	0.20	6	1.22	0
2002	485	474	0	0.0	11	2.27	0
2001	571	559	0	0.0	12	2.10	0
2000	507	490	1	0.20	14	2.76	2 (0.39%)
Total	2672	2581	4	0.15	84	3.14	3 (0.11%)

Source: BCPS, 2005

1. This figure is net of filings that were not reviewed by CADE because the transaction did not meet the notification filing thresholds or because the parties withdrew the notification.

Although CADE has imposed conditions on about 3.4 per cent of transactions, structural requirements directing the disposition or utilisation of assets were imposed in only four instances (well under a tenth of all conditional cases).²⁹ The 2000 structural case cited in the table was the AmBev beer merger case, in which CADE required the divestiture of one beer brand and five breweries. The 2003 structural case was the acquisition of the supermarket chain G. Barbosa by the Ahold Group (owner of Bompreço, the largest supermarket chain in Brazil's Northeast region). CADE ordered that Ahold divest 16 of the 32 G. Barbosa stores. One of the 2004 cases was another supermarket merger, involving the divestiture of one store, and the second was the Pepsico Gatorade case, described above, in which AmBev was required to divest its isotonic drink trademark.³⁰

An example of an ancillary condition case is Novo Nordisk's acquisition of Biobrás. Nordisk was a major exporter of insulin to Brazil. Biobrás, a Brazilian

pharmaceuticals company, was the sole domestic insulin manufacturer. Nordisk proposed to structure the transaction by spinning off the Biobrás insulin production assets to Biommm, a newly-created company. CADE approved the transaction, but barred a contract provision specifying that Biommm could not export insulin to Brazil from its foreign production facilities for three years. The high number of ancillary condition cases reported for 2004 is explained by about 25 acquisitions of local elevator service firms undertaken by a single company in different geographic markets. In each case, the acquisition agreement prohibited the seller from engaging in maintenance services for a period of years, and CADE imposed conditions requiring the non-compete clauses to be restricted either to the elevator market (rather than including escalators) or to be limited geographically.

Most transactions (96.6 per cent) have been approved without conditions. In 2001, CADE considered an international merger that involved the Brazilian subsidiaries of two farm machinery companies, New Holland (a Dutch affiliate of Fiat) and Case Corporation (an American firm). Although some of the Brazilian machinery sub-markets were relatively concentrated, CADE approved the transaction without conditions. In the Council's view, any attempt by the post-merger firm to increase prices would be effectively constrained by the presence of other Brazilian manufacturers who operated multi-purpose plants capable of producing the affected products. CADE noted that the European and US antitrust agencies, in assessing the same merger, had required divestiture of several manufacturing plants in their respective geographic jurisdictions. The Brazilian situation was distinguished on the grounds that market demand was much greater in the overseas markets, with the consequence that foreign plants could be (and were) constructed as highly efficient single-product operations. In contrast, all of the Brazilian plants are multi-product operations.

Complete rejections of notified transactions are rare. CADE blocked two joint ventures in 2000 that involved different features of a single operation. A group of firms that manufactured fuel alcohol from sugar cane formed a joint agency to sell all output from the members. CADE concluded that the anticompetitive aspects of the proposals outweighed any efficiency benefits. In February 2004, CADE took the first decision in its history to disapprove an asset acquisition merger *in toto*, rejecting Nestlé Brasil's acquisition of Chocolates Garoto.

BOX 3 NESTLÉ-GAROTO

Nestlé Brasil, the Brazilian subsidiary of the Swiss Group Nestlé, produces food and beverage products, including chocolate, as well as drug and hygiene items. Chocolates Garoto, a Brazilian firm in the foods sector, is a major producer of chocolates and sweets. In the general chocolate products market, Garoto was the third largest firm, while Nestlé and Kraft Foods (Lacta) alternated in the leadership position. The merger significantly increased horizontal concentration in the general chocolates market, as shown in the following table.

Market Shares (%): All Chocolates

Company	1998	1999	2000	2001
Nestlé (a)	35.26	34.60	30.95	33.94
Garoto (b)	22.13	24.69	28.55	24.47
(a+b)	57.39	59.29	59.50	58.41
Lacta	33.73	32.83	33.59	33.15
Ferrero	5.45	4.61	3.91	3.18
Arcor	3.20	3.07	2.61	3.40
Others	0.23	0.20	0.39	1.86
Total	100.0	100.0	100.0	100.0

Source: BCPS, 2005

A threshold issue was whether general chocolates constituted the correct market for analysis. There were other candidates, including boxed chocolates, tablets, snacks, candy bars, and chocolate Easter Eggs, although concentration was generally high in those markets as well. The merging parties and Kraft filed duelling market definition studies, employing price elasticity models to estimate consumer reactions to relative prices among different chocolate formats and chocolate brands. The merging firms also presented econometric estimations based on Nielsen data to better illuminate the degree of competitive rivalry.

For the first time in a Brazilian merger case, the parties submitted simulation studies, which Kraft countered by conducting simulation studies of its own. The studies, designed to predict post-merger effects on prices and quantities, also purported to estimate the reduction in marginal costs needed to offset the merged firm's increased market power. The dramatically different results reached by the contending studies obliged CADE to consider a host of methodology issues associated with simulation models, including identification of the relevant demand function, assessment of the statistical uncertainty associated with demand elasticity estimates, and examination of the potential defects in the Bertrand-Nash differentiated products model that the simulations employed.

Other issues besides the relevant market were also hotly contested, including barriers to entry and the prospects for expansion of such rival brands as Mars and Hershey. As another first in a Brazilian merger case, the applicants presented a detailed study of merger efficiencies prepared by an independent auditing company.

On February 4, 2004, a majority of the Council voted to block the operation, determining that Nestlé should sell Chocolates Garoto to a competitor with less than a 20 per cent share of the relevant market. In CADE's view, the econometric studies demonstrated a high cross-elasticity of demand among the various market segments for chocolates and among the different brands, leading to the conclusion that the relevant market was chocolates of all forms (excluding homemade items) in the Brazilian national market. CADE also noted that imports were not a significant factor in the market and that there were barriers to new entry because of difficulties in securing wholesale distribution. CADE concluded that the transaction should be rejected because (1) neither the expected reduction in variable costs nor the degree of surviving market rivalry was sufficient to forestall price increases, and (2) no structural remedies were available to reduce the negative effects of higher concentration.

The parties filed motions with CADE seeking re-consideration and clarification, which CADE denied on February 3, 2005. The companies again appealed to CADE, proposing partial divestitures, which CADE rejected on April 27, 2005. Judicial review is now pending.

The decision generated considerable political controversy. Congressional representatives from one Brazilian state vigorously advocated approval of the transaction in light of Nestlé's proposal to expand a Garoto production facility located in that state. In July 2004, the term of one CADE commissioner who had joined in the decision came to an end. The commissioner was nominated for a second term by the President and approved by the Senate Economic Affairs committee for consideration by the full Senate. The Senate, however, delayed action, reportedly because of displeasure by some senators with the Nestlé decision.³¹ The commissioner ultimately withdrew his nomination.

Recently, in April 2005, CADE cleared the acquisition of the tractor manufacturer Valtra by the US tractor firm AGCO. The case is significant because it was the first occasion on which CADE considered econometric simulations that had been conducted by SDE and SEAE, rather than by the merging parties. The simulations were designed to examine market definition issues and addressed cross-elasticities across various sub-markets defined by the horsepower range of tractor engines. In some sub-markets, the post-merger market share was 85 per cent or more. CADE nevertheless approved the transaction because impending new entry would create sufficient capacity to forestall price increases in any of the markets.³²

Under CADE's Resolution 15 (1998), respondents in a merger case may seek reconsideration of the Council's decision by showing that the decision was based on factual errors or that new facts material to the decision have arisen. From 2000 to 2004, CADE considered 13 reconsideration applications, granting six in whole or in part, denying five on the merits, and rejecting two as unfounded. In the Nestlé - Garoto merger case, the Council rejected an application to reduce the market share

attributed to Nestlé, concluding that the requested change would not have a material effect on the Council's decision to disapprove the acquisition. The statute provides that CADE may revoke a transaction approval "in the event of default on obligations assumed [by the parties], or if the intended benefits have not been attained" (Art. 55). Revocation is also authorised, whether or not conditions or performance commitments are imposed, if the approval was based on false or misleading information submitted by the applicants. No revocation cases under Article 55 have arisen.

As noted previously, Article 54 paragraph 3 requires notification for mergers that either produce an entity with twenty per cent of a relevant market, or involve a participant with total annual turnover of BRL 400 million (USD 156 million). Until recently, the BRL 400 million turnover threshold was applied to worldwide turnover. This interpretation of the requirement was widely criticised by practitioners and the business community in Brazil. The 2000 Report examined this issue and concluded that the worldwide turnover interpretation likely resulted in over-reporting of competitively insignificant mergers. The Report suggested (p. 213) that the threshold be limited to turnover in Brazil (observing, however, that adopting such a change would make it "necessary to inquire whether BRL 400,000,000 would be too high"). The 2000 Report also recommended (1) that a minimum revenue threshold be established for the smaller party to the merger, on the grounds that the existing scheme required notification of every acquisition undertaken by very large companies, no matter how tiny the acquired firm and how trivial the competitive implications; (2) that consideration be given to eliminating the market share test, on the grounds that it introduced a subjective element into what should be an unambiguous notification scheme; and (3) that consideration also be given to eliminating application of the notification requirement to non-merger acts, on the grounds that broad notification systems do not typically generate benefits worth the costs imposed (pp. 213-14).

In an important decision rendered in January 2005, CADE determined that annual turnover would henceforth be measured with reference to Brazilian rather than worldwide sales.³³ According to the BCPS, of 161 merger filings examined in the aftermath of the new interpretation, 68 (42 per cent) could be dismissed because they met neither the turnover nor the market share test. The question posed by the 2000 Report (whether adopting a Brazilian turnover interpretation should lead to a reduction in the BRL 400 million threshold) is now a matter of keen interest to the BCPS, not least because of the implications for filing fee receipts. The proposed legislation to remodel the competition law resolves this issue, as well as the question of a threshold for the smaller party, by providing that notification is required if (1) at least one of the transaction participants has total turnover in Brazil of BRL

150 million and (2) at least one other transaction participant had total turnover in Brazil of BRL 30 million. The proposed legislation also addresses the other issues raised by the 2000 Report by eliminating the market share test and expressly restricting the notification requirement to “mergers,” defined as transactions wherein (1) two companies merge, (2) one company acquires control of the stock or assets of another, or (3) a joint venture is undertaken that entails formation of an independent economic entity.

As also noted previously, an important feature of the merger notification scheme in Brazil is that notification, while mandatory, need not be filed in advance of consummation. Article 54 paragraph 4 requires only that notification must be made “no later than fifteen business days after the occurrence” of the transaction. CADE Resolution 15, the implementing regulation for merger control issued in 1998, specifies the “trigger date” that commences the 15 day period. Under the Resolution, the period begins to run when (1) “the first binding document [is] signed” by the parties or (2) when there occurs “a modification in the competition relations between the requesting parties or between at least one of them and a third agent”(Art. 2).

The fact that the parties are free to consummate their merger before or after filing a notification poses an obvious problem for CADE in dealing with transactions that are found to be anticompetitive. Because the adverse effects of such a transaction may begin to accumulate immediately, and because unwinding a consummated merger is so notoriously difficult, CADE has a strong incentive to construe and enforce the notification deadline so as to require filing as early in the process as possible. The 2000 Report observed (p. 207) that CADE had been vigorous in assessing fines against merging parties for failing to submit their notifications on time, adding that CADE’s interpretation of the “trigger date” was controversial because of ambiguities in determining when, a “modification in the competition relations” between the parties occurs. Although the 2000 Report suggested (p. 212) that CADE considers dropping that element of the “trigger date” formulation and rely solely on the “first binding document” standard, CADE has maintained the policy articulated in Resolution 15.

In the past five years, as CADE has continued to take an aggressive approach to untimely filings, compliance has increased and the incidence of untimely notifications filed has steadily diminished. The following table shows the experience with late filings from 2000 to 2004.³⁴

Table 3. Untimely Article 54 Notifications 2000 - 2004

	2000	2001	2002	2003	2004
Transactions reviewed	523	584	518	526	651
Untimely filings (number)	107	57	39	16	18
Untimely filings (% of total reviewed)	20.5	9.8	7.5	3.0	2.7
Fines imposed (BRL million)	16.3	9.9	7.9	2.2	3.0

Source: BCPS, 2005

The difficulties associated with undoing consummated mergers have led CADE to pursue other means for preventing the complete integration of business entities pending review. Although no provision in Law 8884 addresses this issue, Article 83 applies Brazil's Code of Civil Procedure and certain related procedural statutes to BCPS proceedings and CADE may therefore impose an injunction according to the standards applicable to temporary relief under Brazilian law.³⁵ The 2000 Report (p. 206) described two merger cases in the late 1990s (AmBev and WorldCom/Sprint) in which CADE issued injunctive orders under civil law procedures to bar the combination or closing of production facilities, prohibit the exchange of commercially sensitive information, and require that stock shares be held in separate accounts.

To formalise the mechanisms by which the consummation of merger transactions can be suspended pending review on the merits, CADE issued Resolution 28 in August 2002. Under Article 2 of the Resolution, a "precautionary order" may be granted under civil law principles either by the Council, or by the Reporting Commissioner with subsequent ratification by the Council (Art. 7). The order can be issued either *ex officio* or in response to a petition by SEAE, SDE, the CADE Attorney General, or "any third party interested in the concentration act under review." The Resolution establishes a procedure whereby the merging parties are given five day's notice of an impending preventive order and provided with an opportunity to present opposing arguments to CADE (Art. 4).³⁶ Such orders, if granted, are subject to review in the courts. Resolution 28 also creates (in Article 8) a second mechanism, termed an "Agreement to Preserve Reversibility of Transaction" ("Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação" or APRO). As its name suggests, an APRO reflects a consensual agreement between CADE and the merging parties designed to accomplish the same result as a precautionary order.

From 2002 to 2004, CADE issued one precautionary order (in 2004) and adopted nine APROs (4 in 2002, 1 in 2003, and 4 in 2004). The precautionary order arose during review of the News Corporation's acquisition of the satellite TV assets of Hughes Electronics, and barred both parties to the transaction from establishing

any new contracts providing for exclusive distribution in Brazil of television programming. Of the nine APROs, three arose (like Hughes Electronics) in the telecommunications sector and three others related to supermarket chain mergers. The remaining three involved cases previously described: (1) the transfer of assets by PepsiCo for the production of “Gatorade,” (2) the acquisition of Garoto Chocolates by Nestlé, and (3) the acquisition of a Brazilian insulin manufacturer by Novo Nordisk. Typically, preventive orders and APROs impose restrictions or conditions on the acquiring company’s freedom to integrate activities; close stores or plants; dismiss workers;³⁷ terminate brands or product lines; alter marketing, investment, or research plans; or liquidate assets. Both preventive orders and APROs include provisions that specify daily fines for failure to comply with the restrictions imposed.

The 2000 Report did not directly recommend that Brazil move to a pre-merger notification system. Since then, a consensus view has developed in Brazil that the present post-merger system is unwieldy and inefficient for both the competition agencies and the business community. The proposed legislation establishes a pre-merger notification system by providing that the parties to a merger must preserve “the conditions of competition” between themselves and may not execute a notified transaction until it is evaluated by CADE.

The procedures established under the present law for reviewing notified transactions appear in Article 54. The notification is filed with SDE, which supplies copies immediately to SEAE and CADE (paragraph 4). Unlike conduct cases processed under Article 38, SEAE does not have the option to determine whether it will opine on merger transactions. Rather, Article 54 requires that SEAE provide to SDE, within 30 days, a technical report on the transaction. SDE, in turn, must provide a recommendation to CADE within 30 days of receipt of the SEAE report. At that point, the case files are transferred to CADE, which must evaluate the recommendation and render a decision within 60 days (paragraph 6). CADE is not in any way bound by the recommendations of SEAE or SDE and is responsible for impartial adjudication of contested cases.³⁸ If SEAE or SDE fail to meet their respective deadlines, no legal consequences result. If CADE does not issue a decision within its 60 day period, however, the merger is deemed to be approved (paragraph 7). Assuming deadline compliance by all three agencies, the maximum statutory period for merger review under Article 54 is 120 days. Each of the three agencies, however, also has the power to issue one or more requests for additional information, and in such circumstances the running of the statutory periods is suspended from the time of the request until the information is supplied (paragraph 8). Although neither Article 54 nor CADE regulations establish any formal

mechanism for settlement of merger cases by consent, conditional merger approvals may arise from negotiations between the parties and the BCPS.

CADE Resolution 15, the implementing merger regulation, was adopted in 1998 as part of an effort to streamline the merger review process within CADE. The Resolution introduced a “two stage” process involving an initial notification form (attached as Exhibit I to the Resolution) that was a simplified and shortened version of the form previously used. A second form (Exhibit II), requiring substantially more information, and was designed for issuance to the merging parties if the Reporting Commissioner determined that supplementary investigation was required. As practice has developed, the second form is never used. If a merger is sufficiently complex to warrant a “second request” for information, SDE or SEAE will prepare questions addressed specially to the transaction under review. Likewise, if CADE decides that a merger presented by SDE and SEAE requires yet more information, the supplemental inquiry will be conducted by the Reporting Commissioner and will focus on the particular issues identified for examination.

The 2000 Report, observing that the review of simple mergers presenting no apparent competition issues could take the BCPS six months or more to complete, urged the agencies “to find ways of simplifying and speeding the review of the 90 to 95 per cent of all mergers that are competitively benign” (p. 211). Beginning in 2002, on an informal basis, SDE and SEAE developed a streamlined procedure for simple cases under which SEAE would prepare a short form report within 15 days of receiving the notification and SDE would likewise prepares a short form report within 15 days of receiving the SEAE report. In February 2003, the two agencies formalised the procedure by issuing Joint Ordinance No. 1, which establishes a “Fast Track Procedure” applicable to transactions involving (1) the purchase of franchisees by their franchisors, (2) cooperative joint ventures created to enter a new market, (3) corporate restructuring within a single business group that entails no change in control, (4) acquisition of a Brazilian firm by a foreign firm that has no (or insignificant) business interests in Brazil, (4) acquisition of a foreign firm that no (or insignificant) business interests in Brazil by a Brazilian firm, (6) replacement of an economic agent where the acquiring firm did not previously participate substantially in the target market or in vertically-related markets, and (7) acquisition of a firm with a market share small enough to be unquestionably irrelevant with respect to competition.³⁹ In January 2004, SEAE and SDE instituted a “Joint Procedure for Merger Review” that has further expedited merger analysis. Under this procedure, both Secretariats begin reviewing a notification immediately upon its receipt and send a joint recommendation to CADE, thus avoiding the delay inherent in referring a case to SEAE and awaiting its analysis before SDE commences work. SEAE and SDE report that about 60 per cent of merger filings qualify for “Fast Track”

treatment and that they ordinarily process such cases for transmittal to CADE in about thirty days. Implementation of the system has reduced the two agencies' average total merger review time in half, from nearly six months to 86 days. After adjusting for delays caused by requests for additional information, both agencies meet the statutory deadline for completion of their work.⁴⁰

CADE has also developed some procedures to help expedite cases. Mergers processed under the "Fast Track" procedure precede all others on CADE's decision docket, and CADE has also continued the practice of adopting as its own the report issued by SDE and SEAE, rather than preparing a separate decision. Nonetheless, the average time for merger review by CADE (based on the number of days that elapse between receipt of the file by CADE and CADE's decision date) has not changed greatly in the past several years, except for an increase in 2004.

Table 4. Average Time for CADE Merger Analysis

	2001	2002	2003	2004	2005
Transactions reviewed	584	518	526	651	202
Average time for review (days)	85	80	83	125	75

Source: BCPS, 2005

CADE advises that the spike in 2004 arose because SDE cleared a backlog of mergers from previous years, including some complex cases that CADE's resources were taxed to handle. CADE also resolves merger cases within the statutory 60 day deadline established for its work (after adjusting for delays caused by requests for additional information). Were CADE to miss that deadline, the merger would be approved by default under Article 54 paragraph 7.

BOX 4 MERGER REVIEW PROCEDURES: PROPOSED AMENDMENTS

As described above, the proposed legislation amending Law 8884 makes numerous changes to the present merger review system by establishing a pre-merger filing deadline, altering the filing thresholds, eliminating the market share test, providing a substantive standard for evaluating mergers, and expressly restricting the notification requirement to mergers. It also entails substantial modifications to the merger review procedures. When a notification filing is deemed complete, the Directorate General (“DG”) must, within five days, publish a summary notice of the proposed transaction and provide a copy of the filing to SEAE. SEAE has the option, but not (as now) the obligation, to opine on the contemplated merger. A request by SEAE for further information no longer suspends the deadline for agency action. Within 20 days after notice publication, the DG must either request further information or approve the transaction. In the latter case, the Plenary may, within 15 days, choose to review the approval decision, but is not required to do so. This feature of the proposal is intended to operate as an “early termination” mechanism.

If further information is requested, then within sixty days after its receipt, the DG must formulate a recommendation on disposition of the case. Again, an approval by the DG is subject only to discretionary review by the Plenary. If the DG recommends either disapproval or approval with conditions, the matter is immediately assigned to a Reporting Commissioner and the applicants have 30 days to file a defence. Upon receipt of the defence, the Reporting Commissioner must decide within 20 days whether to docket the case for decision or request that the parties produce further information. Once any such information is submitted, the DG and the petitioner are given 10 days to submit written briefs. Within 20 days after the deadline for filing briefs, the Reporting Commissioner must schedule the case for judgment by the Plenary.⁴¹ No deadline is imposed by which the Plenary must resolve the case. In proceedings before the Plenary, the burden of proof is on the DG to demonstrate that the transaction is anti-competitive.

A new provision permits an appeal against a Directorate General decision to approve a merger. Such appeals may be filed (within 20 days after the approval determination is published) by interested third parties, by SEAE, and by sector regulatory agencies. The appeal is lodged first with the DG, who has five days either to reverse his decision or forward the appeal to the Plenary. If forwarded, the Reporting Commissioner makes a determination (subject to review by the Plenary) whether to “admit” the appeal. If admitted, the appellant then takes the role that the Directorate General would otherwise play. The DG, however, retains complete authority to participate as a party to defend its position. If an appeal by a private party is admitted but ultimately rejected, the Plenary must impose a fine on the party ranging from BRL 5000 to BRL 5 million (USD 1950 to USD 1.95 million). The amount assessed is to be determined by considering the economic condition of the appellant, its performance in the proceedings, its good faith, and the effect of the delay on the transaction.

The bill also provides a formal mechanism for resolving merger cases by settlement. The Directorate General (with the mandatory participation of the Reporting Commissioner) is empowered to negotiate a settlement agreement for a notified merger at any time before the matter is lodged with the Plenary as a contested transaction. Once negotiated, the agreement must be published for at least ten days of public comment, after which the DG may choose to re-negotiate the proposal before transmitting it to the Plenary for final disposition.

Under the bill, filing fees collected for merger notifications are allocated two-thirds to CADE and one-third to SEAE. The fine previously imposed under Article 54 paragraph 5 for failure to comply with the post-consummation notification filing deadline is made applicable to the consummation of a reportable transaction prior to its approval.⁴² A new provision permits fines ranging from BRL 60,000 to BRL 6 million (USD 23,400 to USD 2.34 million) for the submission of false information that leads to an erroneous transaction approval.

2.3 Unfair competition and consumer protection

“Unfair competition” that injures individual competing firms is not addressed in Law 8884, but in another statute that provides a basis for both criminal prosecution and private civil suits. The Industrial Property Law (No. 9279/96) defines the crime of “unfair competition” to include commercial disparagement, false branding, fraudulent diversion of trade, advertising designed to cause brand confusion, violation of trademark rights, commercial bribery, illegitimate appropriation or disclosure of trade secrets, and false patent claims (Art. 195). The statutory penalty is imprisonment for three to twelve months or imposition of a fine. Public prosecutors may bring criminal charges under the statute only in response to complaints filed by private parties (Art. 199). Victims of unfair competition may also invoke the law as the basis for seeking damages and injunctive relief in a civil suit.

Brazil’s Consumer Defence Code (Law 8078), adopted in 1990, regulates such marketing practices as deceptive advertising, false warranties, door to door sales, telemarketing, and abusive price increases, as well as consumer contracts generally. The law establishes the “National Consumer Defence System,” which is composed of (1) the Consumer Protection and Defence Department (“DPDC”) in SDE,⁴³ (2) state and local consumer protection agencies, (called “Procons”) and (3) non-governmental consumer organisations (NGCOs). DPDC is responsible for overall coordination of the system and also handles various specific duties. It employs 29 administrative and professional staff allocated among the Director’s office and three General Divisions (Legal Affairs, Consumer Policy, and Marketing Supervision). The Department also administers a Call Centre that responds to telephone inquiries

from consumers, provides requested information, and refers complaints to local Procons.

The “Procons,” located in all 26 Brazilian states, in the Federal District (Brasilia), and in 670 municipalities, provide guidance to consumers; analyse their inquiries, complaints, and suggestions; and engage in consumer class action litigation. They also assist consumers and suppliers to resolve disputes by agreement. The NGCOs include three national and more than forty state and regional organisations in Brazil. They are very active in consumer class action litigation, and also publish consumer magazines, undertake consumer education functions, and conduct other activities (such as comparative product testing).

The Consumer Defence Code provides that consumer complaints seeking damages may be filed in court by an individual consumer, or by a group of individuals asserting a common claim. In the case of class injury, suits may be also filed by Procons or prosecutors’ offices, and NGCOs may likewise commence legal actions in their own name on behalf of a victim class. Besides authorising suits for damages, the law provides for criminal and civil enforcement proceedings. Criminal actions, which may lead to fines and imprisonment, can be filed by government prosecutors in both federal and local courts. Federal and local civil enforcement suits, which may lead to injunctive orders and monetary consumer redress awards, can be filed by prosecuting attorneys, NGOs, and (depending on the court involved) by either DPDC or the Procons.

DPDC also has a consumer education function, which it implements by maintaining a web site, conducting training for NGCO personnel, issuing consumer brochures, and developing educational materials for school curricula. Because DPDC is the sister agency to SDE’s antitrust department, there are opportunities for synergy between the competition promotion and consumer education functions, as described in the competition advocacy discussion in this report. The two departments also exchange case referrals and consult on competition advocacy issues that have a consumer protection component.

3. INSTITUTIONAL ISSUES: ENFORCEMENT STRUCTURES AND PRACTICES

3.1 Competition policy institutions

3.1.1 CADE

Law 8884 establishes CADE as “an independent federal agency,” associated with the Ministry of Justice for budgetary purposes (Art. 3). CADE’s role in competition law enforcement is to adjudicate alleged violation of the law and impose appropriate remedies and fines. The Council consists of a President and six Council members (or commissioners) appointed by the President of the Republic and approved by the national Senate for terms of two years (Art. 4). Appointees must be citizens more than thirty years of age and “reputed for their legal or economic knowledge.” They may be reappointed for one additional term, and may be removed from office only for certain criminal offences or other malfeasance as specified by law (Art. 5). Members of CADE, while in office, may not undertake outside employment (except of an academic nature) or engage in political activities. Of the six current CADE Commissioners, two (including the President) are economics professors, and a third is an economist who formerly served as deputy secretary of SEAE. The remaining three are lawyers, including a professor of competition law, a federal government banking law attorney, and a state government criminal law attorney. The view in Brazil’s antitrust community is that nominations to CADE seats have sometimes reflected political considerations rather than a focus on technocratic expertise. Some practitioners urge that commissioners from the legal profession either have experience specifically in competition law or have an educational background in economics.

Law 8884 also provides for the involvement in CADE’s activities of two independent officers. The first is the CADE Attorney General, appointed by the Minister of Justice and commissioned by the President of the Republic after Senate approval. The Attorney General serves under the same conditions as apply to Commissioners with respect to term of office, qualifications, re-appointment, and removal (Art. 11), and thus is not subject to removal by the Board. The Attorney General’s statutory duties are to provide legal advice to CADE, render opinions on

cases pending before CADE for judgment, defend the agency in court, arrange for judicial execution of its decisions, and (with CADE's preliminary approval) enter into settlements of cases pending in court (Art. 10).⁴⁴

The second officer is a representative of the Federal Prosecutor General. Article 12 provides that the Prosecutor General shall appoint a member of the Public Prosecutor's Office "to handle" cases submitted to CADE for review. The Article adds that CADE may request the Prosecutor General to enforce CADE decisions in court and take other judicial action in furtherance of the Prosecutor's statutory duty to protect the economic order. A description of the Public Prosecutor's role and relation to other Brazilian legal agencies appears below.

BOX 5 THREE LEGAL INSTITUTIONS AFFECTING COMPETITION LAW ENFORCEMENT: THE PUBLIC PROSECUTOR, THE ATTORNEY GENERAL, AND THE MINISTRY OF JUSTICE

The Federal Public Prosecutor's Office is created by the Brazilian Constitution (Art. 128) as a wholly independent branch of the government. One important function, as its name suggests, is to prosecute violations of criminal law. Beyond that, however, the Office is charged with responsibility for protecting the general public interest, including particularly "diffuse" interests that do not have a naturally strong political constituency. The economic order and the environment are two examples of such diffuse interests. The Prosecutor's Office is also intended to check excesses by other parts of the government. Thus, it has a special role in prosecuting corrupt actions by government officials and is vested with specific authority to challenge the constitutionality of actions taken by Congress or government agencies.

The Public Prosecutor may be contrasted with the Federal Attorney General's Office and the Ministry of Justice, the latter two of which are regular ministries in the Executive Branch. The role of the Attorney General's Office is to represent the government as such, and thus it provides legal advice to federal agencies and represents those agencies in court. If SDE or SEAE are parties in a court action, they will be represented by lawyers from the Attorney General's Office. Some autonomous agencies, including CADE, have their own Attorney General.⁴⁵

The Ministry of Justice serves as the government's arm for administrative matters relating to law enforcement. Secretariats within the Ministry, such as SDE, are responsible for various elements of the Ministry's mission but do not engage directly in court litigation (which is the province of the Attorney General).

The Portuguese verb “oficiar” used in Article 12 (and translated here as “to handle”) is ambiguous and leaves unclear the precise role of the designated prosecutor in CADE proceedings. Presumably, the prosecutor is intended to serve as a watchdog against malfeasance in CADE’s operations. At present, the Prosecutor General has two representatives serving at CADE, who prepare written opinions on matters presented to the CADE Plenary for decision. If the representatives conclude that an action contemplated by CADE is legally defective, they can both present argument to the Council and challenge the action in federal court. Given the prosecutor’s responsibility for protecting society’s diffuse interest in the economic order, the most likely occasion for a suit would be where the prosecutor concluded that CADE had improperly declined to condemn a violation.

CADE’s experience with the Public Prosecutor has been chequered. Representatives of the Prosecutor are ordinarily designated to serve at CADE for two year terms. During some periods, the post has simply been left unfilled. In contrast, the incumbent Prosecutor in 2003-04 adopted a quite aggressive posture, bringing several court suits against CADE for alleged procedural errors.⁴⁶ More recently, CADE and the Public Prosecutor’s Office have opened consultations to establish a common interpretation for the statutory language describing the prosecutor’s function at CADE.⁴⁷

As noted above, a separate clause in Article 12 provides that CADE may request the Federal Prosecutor to seek judicial enforcement of CADE decisions. Traditionally, attorneys from the CADE Attorney General’s office have represented CADE in judicial enforcement actions filed in Brasilia. Recently, the Prosecutor’s representatives at CADE have been providing cooperative assistance in such proceedings. When enforcement actions are filed outside Brasilia, CADE ordinarily relies on the Federal Attorney’s Office in the relevant state, but it has also received some assistance in those cases from federal and state prosecutors.

CADE is created as an “independent” agency by Article 3, and Article 50 provides that CADE decisions are not subject to any review by the Executive Branch of the government. The antitrust community considers CADE to be genuinely autonomous, although many practitioners express concern about the provision in Article 4 under which Commissioners may be re-appointed to a second two-year term. This is thought to create an incentive for sitting Commissioners to adjust their decisions for political reasons in order to win re-appointment. Whether or not this is true, the re-appointment option undeniably presents an opportunity for political manoeuvre by the Senate, as the aftermath of the Nestlé-Garoto merger demonstrates. The proposed legislation to amend Law 8884 extends the term of CADE Commissioners to four years, without the possibility of immediate re-appointment.

BOX 6 INSTITUTIONAL ISSUES: PROPOSED AMENDMENTS

All participants in Brazil's antitrust community, including the BCPS agencies, academicians, and practitioners, agree that the present tri-partite institutional structure for competition law enforcement is inefficient. The 2000 Report made the same point (p. 214), although it declined to recommend specific institutional rearrangements. The 2000 Report urged closer integration of investigative and adjudicative functions and increased efforts to eliminate duplicative effort among the agencies (p. 214).

Beyond the problem of structural inefficiency, the 2000 Report also noted two institutional features of the BCPS that operate to compromise CADE's autonomy. First, because law enforcement cases may be initiated only by SDE, CADE lacks capacity to control the direction of competition law enforcement (p. 215). Second, the two-year terms of CADE commissioners, and the fact that the terms were not staggered, means that the entire membership of the Council can be replaced in a short period of time when (as in fact has happened) terms of office expire in rapid succession. This not only threatens CADE's independence from political control, but results in a loss of institutional continuity (p. 215). The Report recommended longer, staggered terms of five to seven years to address these issues (p. 215).

The proposed amendments to Law 8884 include provisions dealing with the duration and sequence of terms for commissioners and with institutional integration. Besides converting the CADE "council" to an "administrative tribunal," the bill extends the terms of its members from two years to four and staggers the terms to avoid simultaneous vacancies.⁴⁸ The appointment process for commissioners is modified slightly, so that the President of the Republic's nominee for CADE President will be recommended jointly by the Ministers of Finance and Justice, and the nominees for the individual Board member positions will be recommended alternately by those two Ministers. Senate approval of the nominations is still required.

The most dramatic institutional changes in the law affect SDE and SEAE. SDE's Department of Economic Protection and Defence (DPDE) is abolished and its investigative and preliminary enforcement responsibilities are transferred to a new CADE Directorate General, comprised of a Director General (DG) and five directors. The Director General, appointed by the President of the Republic upon the joint recommendation of the Ministers of Finance and Justice and approved by the Senate, serves for a two year term, with the opportunity for one additional re-appointment. The DG is subject to the same conditions as apply to Commissioners with respect to removal from office, and thus cannot be removed at will by the Plenary. The five directors are appointed by the President of the Republic upon nomination of the Director General and serve at the DG's discretion

A Department of Economic Studies is also created within CADE, headed by a Chief Economist appointed by the President of the Republic upon recommendation of the Finance Minister and approved by the Senate. The Chief Economist serves under the same conditions as apply to Commissioners with respect to term of office, re-appointment, and removal. The Department is responsible for undertaking economic studies and technical

reports to assist CADE's case analysis, as requested by the Reporting Commissioner or the Director General.

The role and authority of CADE's Attorney General in providing legal counsel and representation in judicial proceedings remain largely unaltered. The Attorney General, however, is no longer required to opine on each case presented to the Plenary for decision. Rather, the Reporting Commissioner for a case has discretion whether to request an Attorney General opinion.

SEAE's function is significantly changed to focus primarily on competition advocacy, market studies, and matters related to regulated sectors of the economy. In the law enforcement context, SEAE now no longer possesses its own compulsory investigative tools. It is still informed when administrative proceedings are commenced and still receives copies of all merger notifications, but is not obliged to provide a technical opinion in every merger case. Rather, SEAE provides an opinion on conduct or merger cases only at its own option or when requested by either the Directorate General or the Reporting Commissioner in a particular matter. A new provision specifies that SDE is responsible for evaluating complaints it receives from private parties and referring those it finds meritorious to the DG for initiation of an administrative inquiry. SEAE may also recommend that CADE issue a cease and desist order during an administrative proceeding whenever SEAE concludes that the defendant's conduct may cause irreparable damage to a market or render the proceeding ineffectual.

Outside the law enforcement arena, SEAE is responsible for promoting competition before other government agencies and before civil society in general, consulting with regulatory agencies and opining on proposed regulations, conducting market studies, and analysing and proposing revisions to laws and regulations that affect competition. To accomplish its various missions, SEAE may request the voluntary production of information from individuals and public or private entities. SEAE is also empowered to access case files maintained by CADE and other public bodies and law enforcement agencies, and may request CADE's Director General to conduct examinations and inspections and seek judicial authority for search and seizure procedures on SEAE's behalf.

3.1.2 SDE

Under Law 8884, investigative functions and some preliminary enforcement functions are performed by SDE (Art. 14). SDE is headed by a Secretary appointed by the Minister of Justice and is divided into two Departments, one with responsibility for the competition law (the Department of Economic Protection and Defence, or DPDE), the other responsible for the consumer protection law (the Department of Consumer Protection and Defence, or DPDC). Each of the Departments is headed by a Director who is appointed by the Secretary. Although SDE is not created as an independent agency, Law 8884 provides that the

Secretary's decisions "cannot be appealed to higher ranks" in the Justice Ministry (Art. 41). Traditionally, the Ministry has not interfered in SDE's activities.

3.1.3 SEAE

SEAE, headed by a Secretary appointed by the Minister of Finance, has three principal responsibilities: (1) performing certain investigative and advisory functions under the competition law, (2) providing economic analysis for economic regulatory programs (including analysis of prices), and (3) monitoring market conditions in Brazil. Under Law 8884, SDE must inform SEAE whenever SDE commences an administrative proceeding in a conduct case, and SEAE may then elect to provide an opinion to SDE on the matter (Art. 38). In merger cases, Article 54 requires SEAE to provide a technical analysis report to SDE on all transactions for which a notification is filed (Art. 54). The 2000 amendments to Law 8884 vested SEAE with authority to employ all of the investigative powers available to SDE (Art. 35-A §1).⁴⁹ SEAE does not, however, have any adjudicatory or enforcement functions under the competition law.

3.2 Competition law enforcement

Law 8884 vests SDE with primary responsibility for monitoring markets and identifying possible violations (Art. 14). The SDE Secretary may initiate a "preliminary investigation" either *ex officio* or upon a complaint or request of an interested party (including CADE and SEAE), where the available evidence does not warrant immediate commencement of more formal "administrative proceeding" (Art. 30).⁵⁰ Within 60 days thereafter (a period which may be extended by requests for information), the Secretary must decide whether to close the preliminary investigation or initiate an administrative proceeding (Art. 31).⁵¹ A determination to close the investigation requires approval by CADE.⁵² The "administrative proceeding," which is essentially a process for developing a formal evidentiary record, must be instituted within eight days of closing the preliminary investigation or of receipt of a sufficiently well founded complaint (Art. 32).⁵³ SEAE is notified when such a proceeding is initiated and may then elect to provide an opinion to SDE on the matter (Art. 38). The defendant party is formally advised of the nature of the alleged violation and is summoned to submit a defence within fifteen days (Art. 33). After submission of the defence, a forty-five day period commences, during which the defendant may submit additional information and also request a hearing before SDE of up to three witnesses (Art. 37). Within five days after close of the discovery phase, the defendant presents its final arguments, and the SDE Secretary thereafter issues a written report containing findings and a recommendation that the Plenary either dismiss the case or find a violation of law (Art. 39).⁵⁴ The case file, including any recommendation prepared by SEAE, is then forwarded to CADE for action.⁵⁵

All of SDE's information gathering powers may be invoked during both preliminary investigations and formal administrative proceedings (Art. 35 §1). Prior to the December 2000 amendments, those powers entailed only the authority to compel the production of documents (with due regard for protection of confidential information) and the oral testimony of witnesses (Art. 35). The 2000 Report recommended that the investigational powers and techniques available to the BCPS agencies be enhanced to enable more effective pursuit of cartels (p. 207). Suggested improvements included vesting the agencies with authority to search business premises without notice and to offer cartel participants amnesty from sanctions and penalties in exchange for cooperation. The 2000 amendments realised these recommendations, authorising the agencies to issue search warrants with 24 hours advance notice (Art. 35 §2), empowering SDE and SEAE to request that the Federal Attorney obtain a judicial warrant to execute unannounced search warrants ("dawn raids") (Art. 35-A), and extending to SEAE all of the investigative powers available to SDE (Art. 35-A, §1). Further, Article 35-B authorises SDE to enter into leniency agreements under which individuals and corporations, in return for their cooperation in prosecuting a case, are excused from some or all of the penalties for unlawful conduct under Law 8884. The leniency provision is supplemented by new Article 35-C, which provides that successful fulfilment of a leniency agreement will also protect cooperating parties from criminal prosecution under Brazil's economic crimes law (Law 8137/90).

BCPS efforts to exploit the statutory powers created by the 2000 amendments did not get underway until 2003. Beginning in that year, SDE restructured itself to focus increased attention on anti-cartel enforcement, and created a department of quantitative and econometric techniques to undertake analyses in conduct investigations (and in merger cases as well). SDE also established an "intelligence centre" for cartel investigations in conjunction with the Federal Police and the Public Prosecutor's Office, to advance cooperative efforts in joint criminal and civil investigations of cartels. This initiative was assisted in part by the passage of legislation in May 2002 (Law 10446) under which the Federal Police were authorised to assist in cartel investigations that entail interstate or international aspects. From 2003 to late 2004, SEAE also substantially increased its activities with respect to cartels, conducting investigations in such markets as civil aviation, cement, LPG, gasoline, and others, with a particular focus on employing economic analysis to identify cartel behaviour. In significant part, the re-deployment of resources by SEAE and SDE to cartel investigations was made possible by their intensive efforts to simplify and expedite the merger review process. The two agencies have also sought to increase their efficiency by allocating particular matters between themselves to avoid duplicative conduct investigations.

BOX 7 DAWN RAID ON CRUSHED ROCK

The first antitrust “dawn raid” in the history of Brazil was conducted by SDE in July 2003 at the offices of the State of São Paulo Flintstone Industries Association (Sindipedras). Investigators sought evidence of collusion in the market for crushed rock, an essential raw material in the civil construction industry. The 21 companies involved in the Association accounted for 70 per cent of the crushed rock produced in São Paulo, and had allegedly been operating a cartel for the previous two years.

An analysis of the materials seized in the raid led SDE to initiate an administrative proceeding to investigate price fixing, market segmentation, production restriction, and bid rigging. In November 2004, SDE completed its investigation and recommended that CADE find unlawful collusion by Sindipedras and 18 of the 21 member companies. SDE based its recommendation on evidence that the companies (a) maintained pricing data and daily sales figures in a central computer file at Sindipedras; (b) met on the association’s premises to set cartel policies; (c) levied fines for failure to comply with group decisions; (d) divided customers and allocated sales quotas (including sales arising from bids tendered in public competitions); and (e) required a surcharge on sales made to customers assigned to other companies. CADE issued its decision in July 2005, agreeing with SDE’s analysis and fining the defendant companies in amounts ranging from 15 to 20 per cent of their 2001 gross revenues, depending on the degree of their involvement in the cartels’ administration.

SDE also provided the evidence it had seized to the criminal enforcement authorities, which led to joint interviews of witnesses by SDE and the police and ultimately to criminal indictments that are now pending before the criminal court

SDE has conducted more than 15 dawn raids since July 2003. This activity has not only greatly increased the profile of competition law enforcement, but also generated evidence that criminal prosecutors have used to support judicial applications for wiretapping authority.⁵⁶

Since 2003, SDE has also been developing the leniency program authorised by Article 35-B.⁵⁷ Under that Article, a leniency agreement may be executed if all of the following conditions are met: (1) the company or individual is the first to report with respect to the anti-competitive practice under investigation, (2) the company or individual ceases all involvement in the anti-competitive practice as of the date on which the agreement is proposed, (3) SDE does not already possess sufficient evidence to convict the company or the individual at the time the agreement is proposed, and (4) the company or individual confesses to having participated in the unlawful practice and effectively cooperates with the government’s investigations

(Art. 35-B, §2). Leniency is not available to the companies or individuals that instigated the illegal conduct (Art. 35-B, §1).

The degree of leniency accorded to a cooperating party depends on whether SDE was previously aware of the illegal conduct at issue. If SDE was unaware, the party is entitled to freedom from any penalty in the ensuing CADE proceeding. If SDE was previously aware, CADE is authorised to reduce the applicable penalty by one to two-thirds, depending on the effectiveness of the cooperation and the “good faith” of the party in complying with the leniency agreement (Art. 35-B, §4). In the latter instance, the penalty imposed cannot in any event be more severe than the mildest penalty imposed on any of the other participants in the illegal conduct (Art. 35-B, §5). A leniency agreement shelters the directors and managers of the cooperating firm if those individuals sign the agreement and fulfil the requisite obligations (Art. 35-B, §6).⁵⁸

Thus far, SDE has reached leniency agreements with two firms and has three other agreements under negotiation. One of the cases involves the Brazilian subsidiary of a company that has entered leniency agreements with antitrust authorities in the United States and the EU respecting the same cartel. SDE has, however, encountered a number of practical obstacles to implementation of the leniency system. Exchanging cooperation for reduced penalties is not a practice that has often been employed in Brazil, in either civil or criminal enforcement, and counsel for affected parties are wary about exposing their clients without strong guarantees that the full benefits of leniency will actually be accorded. There are three sources of uncertainty. First, in any case in which SDE was previously aware of the unlawful conduct, the reduction in penalty will be determined not by SDE but by CADE, and will turn on CADE’s assessment of the party’s cooperation and good faith. Second, cartel participants are subject to civil actions for damages brought by the victims of the cartel, and the statutory leniency provision says nothing about protection from private suits. The third area of concern entails issues associated with protection from criminal prosecution, a topic with respect to which four sub-issues can be identified.

First, Article 35-C provides that successful fulfilment of a leniency agreement will shelter the cooperating party from criminal prosecution under Brazil’s economic crimes law (Law 8137/90), but does not address other criminal laws (such as those against racketeering and conspiracy) under which cartel participants could conceivably be attacked. Second, under Article 35-B, leniency agreements are entered into by SDE “on behalf of the Brazilian *Federal* Government,” a phrase which leaves unclear the effect on state prosecutors. Although the Brazilian Constitution vests the federal government with exclusive power to enact criminal laws, state prosecutors are empowered to enforce such laws except in cases that

entail a federal dimension. The jurisdiction of state prosecutors in cartel cases under the economic crimes law is still in dispute. Third, some federal prosecutors may consider SDE's leniency agreements to be improper intrusions into their prosecutorial domain. Fourth, some private practitioners have doubts that the SDE program is even constitutional, on the grounds that only a judge is empowered to extinguish criminal liability.⁵⁹ SDE has responded to the concerns of prosecutors by establishing liaison agreements with local prosecuting attorneys, and by including as signatories to particular leniency agreements the prosecutors who have undertaken to commence criminal actions against the other members of the cartel.⁶⁰

A separate implementation issue has arisen in cases where a party approaches SDE for a leniency agreement but is found to be ineligible (perhaps because it is not the first party in the matter to offer cooperation). In such circumstances, the statute expressly provides that the party's proffer shall be kept confidential by SDE and will not be treated as an admission that the party engaged in the conduct at issue or that the conduct is unlawful (Art. 35-B, §10). Nonetheless, practitioners point out that SDE personnel will review the party's submission, and they express concern about SDE's treatment of the information. In response, SDE has offered commitments under which agency personnel who had seen an unsuccessful leniency proffer would be barred from participating in cases relating to the market sector at issue (thus creating a "Chinese wall" to insulate the information from any improper exploitation for law enforcement purposes).

As an innovative adjunct to the leniency program, SDE in January 2003 issued Ordinance 14, which provides guidelines for the establishment of corporate antitrust compliance programs. Companies meeting the guidelines may apply to SDE for a "Compliance Certificate," which is valid for two years and commits SDE to recommending imposition of a reduced penalty if the certified firm is found liable for infringing Law 8884 during the two year period. Although no Compliance Certificates had been issued by the end of 2004, SDE reports that a significant number of companies have contacted SDE for information about conforming their compliance programs to the Ordinance.⁶¹

Interim relief during the SDE proceedings is available under Law 8884. The SDE Secretary, either *ex officio* or upon the request of the CADE Attorney General, may issue a preventive order during an administrative proceeding if the Secretary finds sound reason to believe that the defendant's conduct either "caused or may cause irreparable or substantial damages to the market" or "may render the final outcome of the proceedings ineffective" (Art. 52). The order is immediately effective, but may be appealed to CADE and thereafter to the courts. Once a case is before CADE, Article 52 also permits the Reporting Commissioner to issue a preventive order, again subject to review by the Council.

SDE issues a preventive order at the outset of most important non-cartel conduct investigations.⁶² From 2002 to 2004, CADE decided appeals on the merits of 9 SDE preventive orders, upholding 6 in full and 3 in part. CADE has also issued several orders itself, typically in circumstances where SDE had previously denied an order request from a third party. Recent cases involving issuance by SDE of a preventive order include an investigation of the Bahia Medical Association with respect to an association fee schedule issued to member doctors. SDE's order prohibited the association from attempting to enforce compliance with the schedule. Another 2004 order barred the Goiânia Unimed from disaffiliating three city hospitals that had announced plans to offer an alternative health plan in competition with the Unimed. The parties in both of these cases unsuccessfully appealed the SDE order to CADE. In a third 2004 case, SDE ordered an association of fire extinguisher manufacturers in Brasilia and its members companies to terminate an agreement whereby the association published an annual statement of "average variable and fixed costs of production," and members determined their retail prices by imposing a 30 per cent mark-up on each cost item.⁶³ The parties choose not to appeal the order.

Consent settlements in conduct cases may be arranged under Article 53 of the law, which provides that either SDE (subject to approval by CADE) or CADE itself may enter into an agreement with a defendant to resolve an administrative proceeding. Under such a settlement, the case is suspended if the defendant agrees to cease and desist from the conduct at issue and to provide periodic compliance reports. The agreement does not constitute an admission of liability or guilt by the defendant and entails no monetary penalty, but the case will be reopened and fines assessed if the settlement's terms are subsequently violated. The agreement applies for a specified period of time, at the end of which the underlying administrative case is dismissed if the agreement has been honoured. The 2000 amendments provide that such settlements may not be accepted with respect to horizontal violations involving price fixing, bid-rigging, market division, and similar conduct (Art. 53 §5).

SDE regulations provide that an Article 53 settlement is not available if, at the time it is proposed, SDE already has sufficient evidence to convict the respondent of the violation under investigation (SDE Ordinance 849/2000, Art. 40). This policy is designed to prevent defendants from awaiting the conclusion of SDE's investigation before seeking settlement. The SDE ordinance also requires that settlement agreements be posted for 15 days of public comment before acceptance by SDE and transmittal to CADE for review (Art. 41).⁶⁴

Since 2002, there have been only two Article 53 settlements undertaken by SDE. A 2003 agreement, arranged with the Airline Tariff Publishing Company (ATPCO), involved a case described previously in conjunction with the prosecution

of the Rio de Janeiro - São Paulo airline cartel. APTCO offered at the outset of SDE's investigation to terminate the feature of its computerised airline tariff information system whereby an airline could post price changes for temporarily viewing only by other airlines. The second agreement, also in 2003, was with Helibrás, the exclusive distributor in Brazil for a certain brand of helicopter. SDE opened an investigation of Helibrás based on complaints that the company refused to make technical manuals and spare parts available to aircraft service companies that wished to enter into maintenance contracts with purchasers of the helicopter. SDE issued an Article 52 preventive order that required Helibrás to provide the necessary manuals and parts. After unsuccessfully seeking a court injunction against SDE's order, Helibrás offered to enter an Article 53 agreement that entailed the same provisions as the order. SDE concluded that settlement was appropriate, because no investigation had been undertaken of several issues, including whether the manuals might be available from other sources and whether there were technical or safety reasons for refusing to sell spare parts. CADE approved the Helibrás agreement in 2004 and the APTCO agreement in March 2005.

When CADE receives the SDE report recommending disposition of a matter, the case is assigned on a random basis to one of the six commissioners, who is designated as the Reporting Commissioner. The CADE Attorney General is required to provide an opinion on the case within 20 days (Art. 42). The Attorney General's opinion generally focuses on the legal aspects of the matter, but it can extend to substantive issues as well. Under CADE Resolution 20, which establishes certain features of the Plenary's deliberative procedures, the Reporting Commissioner must decide whether to institute a supplementary investigation within 60 days of receiving the case.⁶⁵ If a supplementary inquiry is undertaken, CADE may employ the investigative powers of Article 35 to obtain the necessary information (Art. 43).⁶⁶ As noted above, the Reporting Official, like the SDE Secretary during SDE's administrative proceeding, may invoke Article 52 to issue a preventive cease and desist order during the CADE proceeding. Such an order, issued to prevent irreparable harm or otherwise to ensure that the proceeding will not be rendered moot, is effective immediately but may be appealed to the CADE Plenary and thereafter to the courts.

Upon completion of the 60 day period or the supplemental investigation, the Reporting Commissioner places the matter on CADE's trial docket "to be judged as soon as possible."⁶⁷ The Reporting Commissioner must prepare a written report and a recommended resolution of the case and must provide that report to the other commissioners and the parties not less than five days before the judgment session.⁶⁸ The decision of the Council is rendered at a public meeting, during which the CADE Attorney General and the defendant (but not SDE or SEAE) are accorded an

opportunity to speak (Art. 45). The minimum quorum is five members and a decision is taken by a majority of those participating (Art. 49). The President is one of the seven voting members and, in the event of a tie, may cast an additional vote (Art. 8 II). At the judgment session, any of the commissioners may request the opportunity to review the case file in detail, and may also propose that additional investigation be undertaken. Such additional investigation must be approved by the Plenary and, if approved, is undertaken by the Reporting Commissioner.

As is true in merger cases, CADE is not bound by the recommendations of SEAE or SDE and is responsible for impartial adjudication of contested cases. A Council judgment finding a violation must be issued as a written decision, containing a detailed report of the defendant's conduct, an analysis of the basis for determining illegality, a discussion of the remedial order imposed and the amount of the monetary penalty assessed, and a specification of the daily fine to be assessed if the unlawful conduct continues (Art. 46). Under Article 24, CADE has broad remedial authority to order any necessary alteration in the defendant's structure or conduct, including asset divestiture, transfer of corporate control, and discontinuance of specified business activities. The order may also declare the defendant ineligible to bid on public contracts for up to five years, require the defendant to publish a newspaper notice summarising CADE's decision, and mandate entry of the defendant's name on Brazil's list of consumer protection violators.⁶⁹

Practitioners raise no due process complaints about BCPS procedures.⁷⁰ The agencies emphasise the transparency of the process – parties have full access to case records (subject to confidentiality restrictions) at both SDE and CADE (Art. 33 ¶ 4), and CADE decision meetings are held in public session. On the other hand, there are complaints that confidentiality restrictions, although well elaborated in agency regulations,⁷¹ are not implemented with sufficient care to avoid mistaken disclosures.⁷² There is also some anxiety about what investigative information is disclosed to foreign antitrust authorities. According to practitioners involved in the merger review process, agency staff members have sometimes conceded that an information request was made primarily for the purpose of suspending the statutory time limit. There is also a general conviction among merger practitioners that agency requests for additional information do not reflect due sensitivity to the costs imposed on the affected firms.

**BOX 8 CONDUCT CASE PROCEDURES:
PROPOSED AMENDMENTS**

A recurring criticism of CADE is that cases presented to it take too long to resolve. One approach to this problem is to reduce the number of secondary determinations that CADE has to make, so that more time may be devoted to substantive case determinations. The proposed legislation amending Law 8884 addresses this issue by eliminating Plenary review of Directorate General decisions to close investigations. The proposal also alters several other features of the procedures applicable in conduct (non-merger) cases, as described below.

The CADE Directorate General (DG), as the successor to DPDE, is made responsible for monitoring markets, identifying possible violations, and deciding whether to commence enforcement proceedings under the statute. Those proceedings include “preparatory procedures” (replacing what are termed “preliminary investigations” in the current law), administrative inquiries (which are formal investigations conducted by the DG), and administrative proceedings (processes for the development of a formal evidentiary record to be judged by the Plenary). If the Directorate General initiates a “preparatory procedure,” it must be concluded within 30 days, reduced from the sixty days allotted for preliminary investigations under the present law.

An “administrative inquiry” is a new investigative phase that has no counterpart under existing law. Conducted by the Directorate General, it must be completed within 180 days, but may be extended by the DG for cause.⁷³ The Directorate General’s refusal to open an administrative inquiry can be appealed by a complainant only to the Directorate General, and the DG’s decision on such appeals (as well his determinations to close a matter at the end of an administrative inquiry) are final and not subject to automatic review by the Plenary as they are under existing law.

The processes for an administrative proceeding are left essentially unaltered, except that the discovery period after the defendant presents its defence extends for 60 days (increased from the existing 45 day period). Once the case is before the Plenary, the only procedural change is that the Director General or the Reporting Commissioner may permit participation in the case by any third party who will be affected by the Plenary’s decision or who has standing to represent the interests of an affected class.

Consent settlements under Article 53 remain available, but new language has been added to provide expressly that a proposed settlement may be rejected where (1) there is already sufficient evidence available to secure a conviction, (2) adoption of the agreement would not serve the objectives of Law 8884, or (3) the parties cannot reach common terms.

As to the decisions rendered by CADE, the consensus view in the antitrust community is that the quality of analysis has steadily improved since 2000 and that decisions now may usually be rated as “good” or better. There is criticism that CADE decisions pay insufficient attention to developing a body of precedent. There is usually little discussion of earlier case decisions or of analytic guidelines (such as Resolution 20) that CADE has previously issued. This complaint is not, however, limited to CADE, as practitioners assert it against the Brazilian judicial system in general.

Delay in BCPS proceedings remains a problem. As discussed previously with respect to mergers, although substantial improvements have been made in recent years with respect to processing simple merger notifications, more complex cases can require several years to resolve. Conduct cases can also consume many years of effort. Even preliminary investigations by SDE under Article 30, which the statute requires to be completed in 30 days, take on average six months to complete. The following table shows the time line for five BCPS conduct cases. Two of them, involving newspapers and airlines, have been discussed previously in this report. The other three were mentioned in the previous Report as cases that were pending in 2000.⁷⁴ All of the cases are price-fixing cartels, except the generic drugs case, which involved an agreement among pharmaceutical firms to boycott distributors who sold generic brand products.

Table 5. Timeline in Five BCPS Cases

Case	Investigation commenced	BCPS Status
Airlines	1999	CADE decision -- 2004
Newspapers	1999	CADE decision -- 2005
Lysine	1999	Investigation pending in SDE
Bulk vitamins	2000	Case transmitted to CADE -- June 2005
Generic drugs	2000	Case transmitted to CADE -- August 2003; supplemental investigation ordered by CADE -- February 2005

Source: BCPS, 2005

SDE, for its part, has recently taken steps to expedite the progress of major cartel cases. The crushed rock investigation, for example, was commenced in July 2003 and the case was sent to CADE in November 2004.⁷⁵ It is also important to note that SDE issues Article 52 preventive orders at the outset of most important non-cartel conduct investigations, with the effect that the anticompetitive conduct is halted during the proceeding. This was the case, for example, with respect to the

generic drugs case, in which the preventive order prohibited the defendants from continuing the boycott. Nonetheless, the long duration of BCPS proceedings results in inefficiencies. The typically short tenure of BCPS investigators and CADE commissioners means that the accumulated knowledge about a given case must be mastered by successive groups. There are many reasons for the delay that characterises BCPS procedures, not the least of which are the tenure problem just mentioned and a chronic deficiency in the number of staff available. Issues relating to staffing levels and turnover are examined in a later portion of this report. In the case of SDE, another source of delay arises from the necessity to coordinate investigative raids with the police and to negotiate leniency agreements with Public Prosecutors.

Once a case is before CADE, delays can result from the absence of a quorum, caused by any combination of vacant seats and recusals by sitting commissioners that reduces the number of voting participants to less than the five required by law. Circumstances requiring recusal can arise not only where a commissioner has previously worked in the private sector, but also where a commissioner was previously employed by SDE or SEAE. Also, under CADE's internal procedures, commissioners other than the Reporting Commissioner receive the assigned commissioner's report of the case only five days prior to the judgment session.⁷⁶ This system leads to requests for additional time to examine complex cases in greater depth and, often thereafter, to motions for supplemental investigation. The statutory provision in Article 42 requiring that the CADE Attorney General render an opinion to the Plenary respecting every pending case can also cause delay.⁷⁷

Article 50 of law 8884 provides expressly that CADE decisions, once issued, are not subject to review elsewhere in the Executive Branch, and that such decisions "shall be promptly executed". CADE decisions are, however, fully subject to review by the Judicial Branch at the instance of the affected parties, as discussed further below. The CADE Attorney General is responsible for taking appropriate legal action to assure implementation of the Plenary's decision. CADE's orders, as required by law, impose a fine for the violation found, and also specify a daily fine to accumulate in the event that the defendant does not comply with any conduct prohibitions or requirements established by the decision.

For cases involving conduct in violation of Article 20 (that is, for unlawful conduct not involving mergers), the statutory minimum fine is 1 per cent of gross pre-tax revenues for the previous year, provided that the amount assessed may not be less than the gain realised from the violation (Art. 23 I). The statute does not specify whether gross revenues are to be determined by reference to worldwide revenues of the defendant or only to revenues generated by sales in the Brazilian

market affected by the violation. CADE has typically referred to worldwide sales, although its September 2004 decision in the Rio de Janeiro- São Paulo airline cartel case relied on Brazilian sales as the appropriate measure. The maximum fine for Article 20 violations is 30 per cent of gross pre-tax revenue for the previous year (Art. 23 I). Individual managers responsible for unlawful corporate conduct may be fined an amount ranging from 10 to 50 per cent of the corporate fine (Art. 23 II). Associations and other entities that do not engage in commercial activities, or for which gross revenue is not relevant, may be fined from 6 thousand to 6 million tax reference units (USD \$2,460 to USD \$2.46 million)(Art. 23 III). Fines for recurring violations are doubled (Art. 23, sole paragraph).

For failure to comply with a CADE remedial order, preventive measure, cease and desist commitment, or merger performance commitment, CADE may impose a daily fine ranging from 5,000 to 100,000 UFIR (USD 2,050 to 41,000) (Art. 25), accumulating for up to ninety days.⁷⁸ As noted in the discussion of merger notification filings, Article 54 paragraph 5 empowers CADE to assess a fine ranging from 60,000 and 6,000,000 UFIR (USD 22,800 to USD 2.28 million) for failure to comply with the merger notification filing deadline. In May 2004, CADE issued Resolution 36, which establishes a detailed set of guidelines for determining the amount of the fine to be assessed for an untimely notification. Aside from such fines as may arise from untimely filing, no fine or other penalty is assessed for proposing a merger that CADE disapproves or approves conditionally, unless the defendant subsequently violates CADE's remedial order.

A daily fine ranging from 5,000 to 100,000 UFIR (USD 2,050 to 41,000), accumulating for up to ninety days, may be imposed for failing to produce (or for tampering with) documents demanded in an investigation (Art. 26). Under the 2000 amendments, a person who does not appear for oral examination may be fined from BRL 500 to 10,700 (USD 195 to 4175) (Art. 26 ¶5). These fines may be assessed by SDE, SEAE, or CADE, depending on which entity issues the investigative demand. Similarly, Article 26-A authorises imposition of a fine ranging from BRL 21,200 to 425,700 (USD 8270 to 166,000) for impeding an examination conducted at a firm's place of business under Article 35 §2.

Law 8884 provides that, in imposing fines, CADE must consider various factors, including the impact of the violation on the market and the amount of damage caused, the benefit to the violator, the violator's good faith, and the violator's economic resources (Art. 27). Article 84 requires that all fines collected be remitted to the Fund for the Defence of Diffused Rights ("Fundo Gestor de Defesa dos Direitos Difusos" or "CFDD"). The CFDD, is administered by a Council comprised of representatives from the government and the public. It

disburses funds to support educational or scientific projects relating to protection of “the environment, consumers, economic order, open competition, [and] the artistic, aesthetic, historical, tourism, and landscape heritage.”

BOX 9 FINES: PROPOSED AMENDMENTS

Under the proposed legislation, the minimum fine (now the greater of 1 per cent of gross revenues or the gain realised from the violation) is set at BRL 6000 (USD 2340). The maximum (now 30 per cent of gross revenue in the previous year) is set at BRL 200 million (USD 78 million). Individual managers who are responsible for a company’s unlawful conduct are subject at present to a fine ranging from 10 and 50 per cent of the company’s fine. The proposal subjects such managers to a fine with the same minimum and maximum levels as apply to corporations. Fines against individuals will now be more feasible, given the significant reduction in the corporate minimum fine.

The fines for violating CADE remedial orders, failing to produce documents or appear for oral examination, or impeding an investigation are left unchanged (except for their restatement in terms of *reais* rather than UFIR), but a new provision is added providing a fine of BRL 5000 to 5 million (USD 1950 to 1,950,000) for submitting false documents or testimony. The features of the proposal that alter fines associated with the merger review process are treated in the discussion of mergers.

One further significant change entails the disposition of fine revenues. Under the proposal, revenues from fine collections are no longer remitted solely to the Fund for the Defence of Diffused Rights, but are allocated 25 per cent each to CADE and SEAE, and 50 per cent to the Fund.

Most of the fines imposed by CADE fall into two categories – those assessed under Article 23 in conjunction with a conduct violation and those assessed under Article 54 in conjunction with an untimely merger notification. The record with respect to the assessment and collection of such fines appears in the tables below.

Table 6. Article 23 Fines Assessed and Collected in Conduct Cases 2002-2004

Year	Assessed (BRL million)	Collected (BRL)	Percentage Collected
2002	2.8	12,770	0.45 %
2003	8.3	620,000	7.46 %
2004	5.6	0	0 %

Source: BCPS, 2005

Table 7. Article 54 Fines Assessed and Collected for Untimely Merger Filings 2002-2004

Year	Assessed (BRL million)	Collected (BRL million)	Percentage Collected
2000	16.3	8.7	53.4 %
2001	9.9	5.7	57.5 %
2002	7.9	4.8	60.5 %
2003	2.2	1.1	50.1 %
2004	3.0	1.4	48.8 %

Source: BCPS, 2005

The portion of untimely merger fines collected has consistently been higher than the portion of fines collected for conduct violations. This is because at least some parties charged with a merger filing fine pay voluntarily, whereas parties charged with a conduct fine rarely do. If payment is not made voluntarily, CADE's Attorney General must commence a fine collection action in court.⁷⁹ Defendants typically respond to such a collection suit by moving that payment of the fine be stayed during the proceeding. Law 8884 provides that execution of a fine shall not be stayed unless an amount equal to the fine or a bond assuring payment is deposited with the court (Art. 65).⁸⁰ CADE invokes this provision routinely, and has successfully required that large bonds be posted by such defendants as Iguatemi Shopping Centre (BRL 1 million), Xerox do Brasil (BRL 2.4 million), and White Martins (BRL 38 million). In contrast, the first instance court in the steel cartel case declined to require fine deposits, a decision which CADE is contesting on appeal. Court orders for the execution of fines may be enforced by attachment and sale of assets and by other means, including the appointment of a receiver to operate a debtor corporation (Arts. 63, 69). Few final decisions have been rendered thus far in court actions reviewing the imposition of fines by CADE in conduct cases. With respect to fines assessed for untimely merger filings, CADE has won 17 (55 per cent) of 31 first instance cases decided thus far, but has lost the two decisions that have been rendered by the second instance courts. The adverse decisions in these cases have generally arisen from judicial disagreement with CADE's approach to defining the "trigger date" that commences the fifteen day period for notifying transactions.

CADE has also imposed some fines under Article 25 for failure to comply with final orders or settlement agreements in conduct cases or with Article 52 preventive measures. No such fines were assessed in 2002, but Article 25 fines totalling BRL 7.3 million were imposed in 2003 and BRL 1.5 million in 2004. In early 2005, British America Tobacco Company (BAT) was fined BRL 957,700 for violating a settlement agreement entered in 2000. The agreement had resolved an abuse of

dominance case in which BAT, which controlled more than 50 per cent of cigarette sales in Brazil, was charged with unlawfully imposing exclusive dealing and other merchandising requirements (such as exclusive product display) on retail establishments selling cigarettes. Most Article 25 fines are under judicial review and have not been collected.

The only other bases for imposing fines arise under Article 26 (for failure to produce documents or appear for oral examination in an investigation) and Article 26-A (for obstructing an examination conducted at a firm's place of business under Article 35 §2). CADE assessed no fines under Article 26 in 2002 or 2004; BRL \$332,000 was assessed in 2003. These fines are likewise in litigation and have not been collected. No occasion has arisen recently requiring either SDE or SEAE to assess any fines under Articles 26 or 26-A.⁸¹

Turning to conduct cases, most final orders entered by CADE in such proceedings require both payment of a fine and some further action by the defendant, such as terminating publication of an association fee schedule, selling replacement parts to service companies, or publishing a newspaper notice of CADE's decision. Orders with conduct requirements specify a daily fine to be assessed if the order is disobeyed (Art. 25). CADE deals with conduct order violations by filing both a collection action for the daily fine and a separate action requesting a court order enforcing the conduct requirement.⁸² To date, however, CADE has rarely commenced suits to enforce conduct requirements. As discussed below, defendant firms subject to conduct orders typically seek to forestall their compliance obligations by filing an action for judicial relief from CADE's decision.

Parties subject to investigations by SDE or SEAE or adjudicative proceedings by CADE need not await a fine collection suit to challenge the agency's actions in court.⁸³ Judicial relief can be sought not only against a final agency decision but at any time during the process. A summary description of the judicial review process in Brazil appears in the following box.

As a practical matter, parties involved in SDE investigations ordinarily do not file actions in court to review SDE determinations, because SDE's decisions may be appealed to CADE. Since 2000, there have been a few exceptions. In 2003, two judicial injunctions were requested by defendants to prevent SDE from issuing its final opinion in the investigation of a steel product (*vergalhões*) cartel. The courts rejected both petitions. In the *Helibrás* case (discussed previously in connection with Article 53 settlement agreements), *Helibrás* unsuccessfully sought a court injunction against an SDE Article 52 preventive order requiring that technical manuals and spare parts be made available to companies seeking to provide maintenance services to helicopter purchasers.⁸⁴ No other suits have been brought

against SDE, nor have any been filed against SEAE. In any such actions that are filed, SDE and SEAE, as executive branch agencies, are represented by the Federal Attorney General's Office.

BOX 10 JUDICIAL REVIEW IN BRAZIL

Petitions by private parties for review of government agency actions are heard by the federal courts of first instance. By law, challenges to actions of the three BCPS agencies must be filed before the court located in Brasilia. The first instance judge has authority to adjudicate most claims (including claims that a statute has been applied in an unconstitutional manner, but excluding claims that a statute is unconstitutional as written), and may also conduct evidentiary proceedings to supplement the factual record.

Appeals by the private party or the agency from a decision by a first instance judge lie in the Court of Appeals for the geographic region in which the initial judicial decision was rendered. There are five regions in Brazil, each with a multi-member regional appellate court. Appeals are heard first by a "panel" of the court and then may be appealed further to a "section" of the court. The number of judges in a panel or section is fixed by the internal rules of each regional court.⁸⁵ Appeals from the regional courts of appeal go to the Superior Court of Justice (STJ), where appeals are likewise heard first by a panel and then by a section.⁸⁶

Cases involving claims of unconstitutional statutory application may be appealed beyond the Superior Court of Justice to the Supreme Federal Court (STF), an 11 judge body that addresses only constitutional questions. Certain designated parties, including Public Prosecutors, are authorised to raise specified constitutional claims (including claims that a statute is unconstitutional as written) directly in the STF without first proceeding in a lower court. In the STF, cases on appeal from lower courts are heard first by a panel and then, if appealed further or certified by the assigned panel, are adjudicated by all eleven judges in plenary session. Cases filed directly in the STF are heard in the first instance by all eleven judges.

In contrast, many actions seeking judicial intervention have been filed during the pendency of CADE's administrative proceedings. The defendants in the steel product (vergalhões) cartel case, pleading that they had been denied an adequate opportunity to present evidence in their defence, successfully obtained an order staying CADE from meeting to render final judgment on their conduct. An appeal by CADE is pending. In the retail fuel cartel and Microsoft/TBA cases, interlocutory petitions to the courts raised the question of whether the defendants in a CADE proceeding may insist on settling the matter by means of an Article 53 cease and desist commitment. Initially, CADE suffered several adverse court decisions on this issue. More recently (and in the Microsoft case), it has been

successful in arguing that the opportunity to enter a settlement is not a legal right, but a matter for mutual agreement between CADE and the defendant. Also, as described previously in the discussion of relations between CADE and the Public Prosecutor, several interlocutory petitions were filed by CADE's Public Prosecutor during the period 2003-04. In the Nestlé-Garoto merger proceeding, for example, the Prosecutor asserted that CADE's Attorney General should be disabled from rendering an opinion because she was the niece of an attorney who had advised Nestlé. Another action by the Prosecutor in the same case involved a claim that the Plenary had wrongly determined which commissioner should serve as acting President. A third action supported Microsoft's petition in the TBA case seeking mandatory acceptance of a cease and desist commitment. All three of the Prosecutor's petitions were unsuccessful.

The final decision issued by CADE at the end of an administrative proceeding is, of course, an agency act subject to judicial review. As noted previously, CADE's experience is that parties do not ordinarily appeal from decisions imposing a fine for filing an untimely merger notification, nor from (the few) decisions in conduct cases that entail a fine but impose no requirements or restrictions on the defendant's future conduct. In such cases, the parties either pay voluntarily or await the collection suit to raise their defence. Parties have not usually sought judicial review of CADE decisions imposing conditions on mergers, because the conditions were either negotiated or not considered onerous enough to warrant resistance. On the other hand, parties routinely appeal CADE conduct decisions that entail more than imposition of a fine.

CADE's position on judicial review is that courts should confine themselves to examining the legal adequacy of agency procedures and should regard any antitrust issue as a matter committed to CADE's discretion. While some courts have accepted this view, others have examined and overturned CADE antitrust decisions. There is considerable disagreement within the judiciary about how to review CADE cases. Competition law is a relatively new subject for the Brazilian judiciary, and some judges who conclude that judicial review of antitrust issues is appropriate nonetheless focus on procedural points to avoid dealing with unfamiliar topics. In any event, judicial review adds years of litigation before a CADE case can finally be concluded. The steel cartel case, for example, was decided by CADE in 1999, but the first instance court did not render its decision until 2003, and the second instance court is now considering the case. Dockets of Brazilian courts are usually overcrowded, and the complexity of antitrust jurisprudence militates against quick resolution of CADE's cases.⁸⁷ As described in further detail in the competition advocacy section of this report, the BCPS has recently engaged in a number of initiatives to promote understanding of competition law among members of the judiciary.

Typically, when parties file suit seeking judicial review of a CADE decision that imposes conduct restrictions or requirements, they also immediately petition the court to stay implementation of CADE's order. CADE's experience is that such motions for an immediate stay are frequently granted by the first instance court, but then overturned later on appeal. CADE's Attorney General suggests two reasons why defendants have been successful at the initial stage. First, petitions for immediate relief are often heard by judges new to the bench, who tend to be susceptible to claims by private parties that they are in imminent danger of irreparable harm by a government agency. Second, petitioners have appeared in court *ex parte* (without the presence of government attorneys), and thus have had the advantage of making their claim in person while the government's interest is represented only on paper. More recently, CADE has successfully asserted its right under applicable principles of civil procedure to appear before the court and present argument on such emergency motions.⁸⁸

Judicial review of CADE's final decisions in conduct cases presents a mixed record. Of seven resolved second instance appeals relating to conduct decisions, CADE won one appeal in the steel cartel case (reversing the first instance court's refusal to order the deposit of fines assessed by CADE)⁸⁹ and four appeals in Unimed exclusivity cases. Two appeals in cases involving medical service fee schedules were decided against CADE. The courts in those two cases took the view that (1) fee schedules were merely suggested prices and did not represent an agreement, and (2) in any event, the competition law was not applicable to the medical profession. The first instance court in the steel cartel case, although upholding CADE's determination of unlawful conduct, did so on less than satisfying grounds. The court concluded that, in the absence of an economic explanation, parallel pricing alone was sufficient to find a violation. In the court's opinion, proof of collusion was not essential and CADE had therefore relied unnecessarily on such "plus factors" as a meeting among the defendants to find that collusion had occurred. Both of the steel cartel decisions, as well as the Unimed and medical association fee schedule cases, are being appealed further.

A separate set of appellate cases has tested whether the merger notification fee must be paid in full for cases in which the transaction will be analysed by ANATEL (the telecommunications sector regulatory agency) rather than by SDE and SEAE. The merging parties asserted that they should be assessed only the one-third portion of the filing fee destined for CADE and not the portions allocable to the accounts of SDE and SEAE. Thus far, 7 judicial decisions have split 5 to 2 in favour of CADE's position that the entire fee should be assessed.

Only one case involving the constitutionality of Law 8884 has been considered by the Federal Supreme Court. The case was initiated by the National Industry Confederation, a professional association that has standing under the Brazilian Constitution to raise claims of statutory unconstitutionality directly in the Supreme Court.⁹⁰ The complaint asserts that various provisions in Law 8884, including particularly the substantive conduct prohibition in Articles 20 and 21 XXIV relating to abusive pricing, and the associated penalty provisions, are unconstitutional. A motion by the Confederation for preliminary injunctive relief was rejected on a 5 to 2 vote. The underlying claims remain pending before the Court.

The volume of court litigation facing CADE is formidable. A survey conducted by the CADE Attorney General in November 2004 showed 728 pending cases in which CADE was involved as a plaintiff, defendant, or intervener. Of those, 129 were fine execution proceedings, while 279 were cases in the first instance courts that involved some aspect of law enforcement other than fine execution. There were 253 cases in the appellate courts: 240 in the second instance courts, 12 in the Superior Court of Justice and one in the Supreme Federal Court.⁹¹ A final group of 67 cases involved miscellaneous matters such as employee litigation, actions in small claims court, and the like.

Outside the process of formal administrative proceedings and judicial review, CADE offers a separate mechanism for parties interested in obtaining CADE's views on a particular form of conduct. Under a procedure established in 1998 by Resolution 18, any individual, business entity, or public agency may request from CADE a nonbinding advisory opinion, or "consultation," on any matter within CADE's competence.⁹² The applicant must submit information about the conduct at issue (which may include proposed merger transactions), and CADE will advise whether it considers the activity to constitute a violation of Law 8884. The request must refer to hypothetical or contemplated activity. In the application involves ongoing activity, CADE will require that notification be filed if the matter involves a merger that has evolved past the "trigger date," and will refer conduct inquiries to SDE for investigation. The applicant for a consultation must pay a fee of BRL 5,000 (about USD 2000).

The 2000 Report noted (p. 195) that 24 opinions had been issued under Resolution 18 between its adoption in late 1998 and mid-2000, dealing with such topics as proposed horizontal arrangements and competitive restraints imposed by state or local governments. Since 2000, activity under Resolution 18 has diminished significantly. Nineteen applications were filed in 2000, followed by 6 each in 2001 and 2002, then two each in 2003 and 2004. Of the 16 applications filed in the past four years, 5 involved consummated transactions that CADE converted to merger

review proceedings under Article 54. Seven others were closed without action. The CADE opinions issued in the four remaining cases (1) disapproved a trade association proposal for the issuance of a suggested price chart; (2) approved a plan by a pharmaceutical manufacturer to post suggested retail prices for drug products on its website; (3) approved creation of a non-profit civil association to administer an ethical code for real estate project developers (subject to the condition that certain exclusionary provisions in the proposed code be deleted); and (4) concluded that notification under Article 54 was not required for certain acquisitions involving telecommunications towers. CADE is unaware of any particular reason why the number of applications under Resolution 18 has declined.

One further aspect of BCPS enforcement practice warrants mention here. The BCPS agencies are presently conducting an ambitious joint study project with Brazil's Research Institute of Applied Economics (IPEA) to develop improved methods for employing quantitative and econometric techniques in the analysis of antitrust cases. Topics under examination by project research teams include methods for defining the relevant market; specifying and estimating cost and demand functions; and testing post-merger scenarios using modelling techniques; as well as protocols for assessing tacit collusion, cartel behaviour, predatory pricing, vertical integration, and vertical distribution restraints. Project papers surveying the most recent literature on these topics, and proposing additions or modifications to current analytic methods, were presented at a seminar held in Brasilia at the end of April, 2005. Seminar participants, including academicians, lawyers, economists, and members from regulatory agencies, provided comments on the papers, which are now being revised and prepared for release later in 2005.

3.3 Other enforcement methods

Brazil's states do not have their own civil competition laws and no federal or state government agencies other than the BCPS have authority to enforce Law 8884. Anticompetitive conduct is, however, subject to criminal prosecution under the federal Economic Crimes law (No. 8137/90). Article 4 of that law defines criminal conduct to include:

- (1) agreements among competitors designed to fix prices or quantities, divide markets, or control supply or distribution channels;
- (2) abuse of economic power, domination of markets, or elimination of competition by means of agreements among firms (including mergers and acquisitions, suspension of economic activities, and hindrance of competitors);

- (3) exploitation of monopoly power by increasing prices without justification;
- (4) sales below cost to hinder competition;
- (5) price discrimination, through agreement or other means, to impair a competitor or the seller of an input, or to create a monopoly or eliminate competition; and
- (6) destruction of manufacturing equipment, to create a monopoly or to eliminate competition.

The law applies only to individuals and not to corporate or other business entities. Violations are punishable by a fine and imprisonment from two to five years. The penalty may be increased by one-third to one-half if the crime causes serious damage to consumers, is committed by a public servant, or relates to a market essential to life or health.

All criminal statutes in Brazil are federal, so there are no state laws creating economic crimes. In practice, enforcement of Law 8137 is the responsibility of both state and federal prosecutors, a system that suffers to some degree from legal ambiguities respecting the division of state and federal jurisdiction. The BCPS agencies have no authority to enforce Law 8137, but are obligated to refer any evidence of criminal behaviour they encounter to the appropriate authorities.

In the past two years, there has been increasing cooperation between the BCPS and criminal prosecutors with respect to antitrust investigations. As noted previously, SDE examinations and civil dawn raid have provided evidence that criminal prosecutors can employ to obtain judicial authorisation for wiretapping, and information collected by SDE may also be employed by prosecutors in criminal cases. SDE staff members also engage in joint investigations with criminal prosecutors and, in some such cases, have participated in criminal dawn raids. SDE benefits from wiretap information provided to it and from the assistance of police officers to assure physical security during civil dawn raids. In cases involving firms with large computer databases, SDE has also been assisted by police experts in information technology forensics. The results have been an improvement in the quality of evidence available to SDE in its investigations and a flurry of cartel price-fixing indictments and convictions under Law 8137.⁹³

The BCPS is committed to expanding and enhancing its cooperative relationships with prosecutors, not only to interdict anti-competitive conduct through direct law enforcement but also, as noted previously, to facilitate implementation of

the leniency program. The competition advocacy section of this report describes in further detail recent BCPS initiatives among public prosecutors.

With respect to private antitrust enforcement, a complaining party dissatisfied with CADE's decision in a case has neither a right to appeal within the BCPS nor standing to obtain judicial review. Under Article 29 of Law 8884, however, private parties may file their own suits in court for damages arising from anti-competitive conduct.⁹⁴ Private parties may also seek damages for antitrust injury by filing court actions under the Consumer Defence Code (Law 8078/90). Similarly, certain class representatives (such as public prosecutors, Procons, and non-governmental consumer organisations) may file class actions for damages under the Public Class Actions law (No. 7347/85). There are no available records about the number or outcome of private antitrust suits under Article 29 or other laws, but BCPS believes that very few actions seeking antitrust damages have ever been filed in Brazil.

If any private suit involves "the application of Law 8884," Article 89 requires the presiding court to notify CADE and invite it to assist in the proceeding. CADE's policy is to accept such invitations only when the conduct at issue in the private action has been the subject of a CADE proceeding and CADE has rendered a final decision on the conduct's legality. About 30 notifications are received per year, often with respect to suits between business firms in which one of the parties has cited Law 8884 to support an argument. Representatives from the CADE Attorney General's Office appear in the appropriate cases.

3.4 International aspects of enforcement

Anticompetitive conduct occurring outside Brazil that affects Brazilian markets falls within the ambit of Law 8884, which incorporates an "extraterritorial effects" test (Art.2 §1). Any foreign firm with a Brazilian "branch, agency, subsidiary, office, establishment, agent or representative" is deemed a resident of Brazil and may be served with process without regard to the representative's legal status as an agent of the foreign entity (Art. 2 §2).⁹⁵ In BCPS proceedings, foreign firms are treated no differently than domestic firms.

The impact of international trade on Brazilian markets is fully integrated into BCPS antitrust analysis. In merger cases, for example, SDE and SEAE typically define the geographic market to be international if imports represent 30 per cent or more of the "apparent consumption value" (that is, total domestic production plus imports and less exports) of the relevant product.⁹⁶ Where imports do not represent a share of that size, the relevant market may be defined as national but the merger will be approved if imports are likely to increase in response to a small but significant price increase. In evaluating the prospects for increased imports, the

BCPS considers transportation and tariff costs, production capacity, local distribution conditions, non-tariff barriers, and consumer preferences to determine the price at which the supply of imports will become elastic.⁹⁷

The BCPS has sought to develop international cooperation through both bilateral and multilateral arrangements. Three bilateral agreements have been established to date, while others are under negotiation. The first formal bilateral cooperation agreement between the BCPS and foreign competition enforcement agencies was signed in 1999 with the United States (represented by the US Department of Justice and the US Federal Trade Commission), and was ratified by the Brazilian Congress in March 2003. The agreement provides for (1) notification respecting enforcement activities in one country that affect the interests of the other, (2) exchange of information (subject to applicable confidentiality restrictions), (3) jointly coordinated enforcement activities, (4) the option for one country to request that the other investigate conduct occurring within its borders that affects the requesting country, and (5) various technical cooperative activities, including training and the exchange of personnel. In December 2001, a similar bilateral agreement was signed with Russia and now awaits Congressional ratification.

A third bilateral agreement, also similar to the agreement with the United States, was signed with Argentina in October 2003 and is likewise awaiting Congressional ratification. This agreement reflects an effort by the BCPS to advance competition policy and cooperation among the Mercosur countries. Mercosur ("Mercosul" in Brazil) is a common market agreement established in 1991 by Brazil, Argentina, Paraguay, and Uruguay.⁹⁸ Its competition component dates to late 1996, when the members signed an ambitious Competition Defence Agreement that called for the creation of a supra-national Competition Advocacy Committee (CDC). The CDC would be empowered to direct that competition enforcement agencies in each member country undertake investigations in particular matters and would have dispositive authority to decide cases and impose sanctions. The 1996 Agreement also provided for the adoption of cooperation mechanisms among the members, including information exchange, joint investigations, registration of national enforcement agency case decisions, and personnel training. The Agreement was ratified by Paraguay in 1997 and by Brazil in 2000, but not by Argentina or Uruguay. It is unlikely that the Agreement will be implemented anytime soon, as some of the Mercosur countries do not yet have a competition law or an enforcement agency. Moreover, there is resistance among the members to the prospect of a supra-national law enforcement agency.

In an effort to establish a less controversial structure, Mercosur's Technical Committee on Competition acted in October 2003 to approve a Memorandum of

Understanding on cooperation. The MOU included provisions on notification procedures, information exchange, and technical assistance. The Memorandum was approved by Argentina in August 2004, but in Brazil is pending with the Ministry of Foreign Affairs. The difficulties associated with implementing agreements under the auspices of Mercosur have led the BCPS to focus on bilateral agreements, such as the one with Argentina, to provide a practical method for facilitating cooperation on competition policy matters.

BCPS staff members, particularly from SDE, are often in communication with their antitrust agency counterparts in the United States and Argentina, to exchange public information about cases, debate analytic issues, and discuss investigational techniques. Outside the Americas, the BCPS maintains close contacts with antitrust authorities in France and expects to establish formal agreements with that country in the near future. A technical cooperation agreement is being negotiated with Portugal, focussing on mutual discussion of best practices and the exchange of personnel for training purposes. A relationship has also developed between the BCPS and staff of the European Union's Directorate General for Competition, to exchange non-confidential information regarding investigations being conducted simultaneously by the two jurisdictions.

The BCPS participates in a variety of international organisations relating to competition policy, including the Competition Committee of the OECD (as an observer), the International Competition Network, UNCTAD, and the Latin American Competition Forum. Since 1999, the OECD and the BCPS have engaged in a cooperative project involving OECD contributions to the development of draft competition law amendments and participation by OECD representatives in seminars convened in Brazil. SEAE and CADE have had access to the OECD's OLIS database for technical research since early 2001. Brazil is also an active member of the ICN. From 2003 to June 2005, SEAE served both as co-chair of the Competition Policy Implementation Working Group and as co-chair of Subgroup 3 of the CPI on Competition Advocacy in Regulated Sectors. CADE succeeded to those positions in June. SDE is co-chair of Subgroup 1 on General Framework of the Cartel Working Group. BCPS activities at UNCTAD include participation in conferences, technical assistance projects (both as recipient and as donor), and meetings of the UNCTAD Intergovernmental Group of Experts (IGE). The BCPS and UNCTAD have joined to host training conferences in Brazil for regulatory agency staff and public prosecutors, as well as a seminar on competition policy issues in conjunction with the UNCTAD XI Conference, held in Sao Paulo in 2004.

SEAE plays an advisory role in Brazilian trade proceedings dealing with dumping and unfair import competition. Complaints from private parties alleging

unfair imports are investigated by the Department of Commercial Defence (DECOM) in the Ministry of Development, Industry and Foreign Trade (MDIC). DECOM prepares a preliminary opinion, which is exposed to comments filed by the parties and interested government agencies. Thereafter, DECOM transmits a recommended decision to the Chamber of Foreign Trade (Câmara de Comércio Exterior or CAMEX) for final action. CAMEX is presided over by MDIC and includes in its membership the Ministries of Finance; Civil Matters; External Relations; Agriculture and Supplies; and Planning, Budget, and Management.

The opinion of the Finance Ministry in anti-dumping cases is formulated jointly by SEAE and the Secretariat for International Issues (SAIN). SEAE's function is to analyse the degree of economic injury caused by the imports at issue and assess whether the relief proposed by DECOM is commensurate with the damage. SEAE may also comment on the competitive dynamics of the affected market and the economic viability of predatory prices, which are topics not ordinarily addressed by DECOM. As is true in many other countries, the effort to introduce competition policy analysis into anti-dumping cases in Brazil faces significant legal and political hurdles. SEAE is, however, sometimes successful in persuading CAMEX to terminate previously imposed penalties, if only by indirect means. Recently, for example, SEAE's investigation of the Brazilian insulin market in connection with Novo Nordisk's acquisition of Biobrás led to the termination of anti-dumping measures in that market. SEAE recommended that CADE request CAMEX to drop the existing measures as a means of promoting competition in the industry. In March 2005, the Trade Ministry acted on CADE's request by suspending both the anti-dumping measures that had been imposed on the importation of insulin from Denmark and a price monitoring program for insulin imports from France and the United States.

The interface between the BCPS and MDIC is not limited to SEAE's involvement in unfair trade issues. The BCPS agencies, together with MDIC representatives, are part of the Brazilian Mercosur delegation negotiating the Free Trade Area for Americas (FTAA). Among the subjects addressed in FTAA negotiations are provisions to assure that anticompetitive practices will not restrain the trade liberalisation process; mechanisms to promote cooperation and information exchange among antitrust authorities; and procedures to coordinate trade and competition policy, including antidumping actions. Further, CADE and MDIC are presently engaged in developing a cooperation agreement designed to facilitate sharing of industrial sector information between the two agencies.

3.5 Agency resources, actions, and implied priorities

Funding sources for the three BCPS agencies are similar but not identical. The Brazilian government's budgetary system entails two distinct processes, one for human resources and one for all other expenditures. Non-salary funds are expended for contract research, office equipment and supplies, employee training programs, conferences, travel expenses, and outsourced support functions (such as security, cleaning, and secretarial services) supplied under contract.

One source of non-salary funds for all three BCPS agencies is the Article 54 notification fee. Established in 1999 as a BRL 15,000 fee payable to CADE, the fee was increased to BRL 45,000 by the 2000 amendments to Law 8884, which provided that the receipts would be divided equally among the three BCPS agencies. Fee receipts began flowing to SDE in 2001 and to SEAE in 2002. Notification fees are not deposited directly to the agencies' accounts. The Ministry of Planning, Budget, and Management (PBM) has authority over agency budget limits and determines what portion of the notification fee revenues attributable to each agency is actually allocated to it. Also, in the case of SDE and SEAE, the fee revenues are directed to the parent Ministry's accounts, and Ministry budget officers then make a further allocation among Ministry offices.

Funds for CADE's non-salary expenditures come from fee collections⁹⁹ and a government budget allocation. SDE's non-salary budget in recent years has consisted of the portion of notification fees allotted to it by the Ministry of Justice. SEAE receives a portion of the Article 54 notification filing fees and a separate budget allocation from the Finance Ministry, as well as the proceeds of fee charged to private parties who apply to SEAE for the authorisation of promotional lotteries.¹⁰⁰ The following table shows the total annual amount of funds (from all sources) available to each agency for non-salary expenditures. CADE's figures are higher because it must pay for building rent, telephone services, and many other support services that are centrally administered in the ministries and thus not included in the budgets of SDE and SEAE.

Table 8. Trends in Competition Policy Resources – Funds for Non-salary Expenditures (USD million)

	2000	2001	2002	2003	2004
CADE	3.81	3.62	2.09	1.85	2.56
SDE	0.11	3.28	0.74	0.34	1.15
SEAE	0.53	1.95	2.66	3.16	3.42
Total	4.45	8.85	5.49	5.35	7.13

Source: BCPS, 2005

Funds for salaries and other expenses associated with human resources (such as retirement costs and supplemental transportation and child-care benefits) are provided to the BCPS agencies by their parent ministries or by the Ministry of Planning, Budget, and Management (PBM). Annual salary expenditures by CADE are shown below.

Table 9. CADE Salary Expenditures (USD million)

CADE	2000	2001	2002	2003	2004
Salary Expenditures	1.59	1.34	1.11	1.19	0.92

Source: CADE, 2005

In late 2003, Congress enacted a provisional order permitting CADE to retain 28 professional assistants on temporary contracts valid until December 31, 2005. CADE hired lawyers and economists to serve as analysts for the commissioners, expending USD 227,400 from its notification fee allocation for this purpose in 2004. Regular salary expenditures by CADE for 2004 were USD 694,400. SDE and SEAE were unable to provide historical salary expenditure data because they are both part of large ministries that do not routinely disaggregate salary data for individual offices. SDE reports that its salary expenditures for 2004 were USD 1.56 million, while the comparable figure for SEAE was USD 2.62 million, yielding a total for all three agencies in 2004 of USD 5.1 million.

Personnel data for the agencies are shown below. Professional employees are principally lawyers and economists, although other professions are represented.

Table 10. BCPS Employees – 2000 to 2004

Employees CADE

	2000	2001	2002	2003	2004
Professional	55	32	70	68	85
Support	62	89	66	54	89
Total	117	121	136	122	174

Employees SDE

	2000	2001	2002	2003	2004
Professional	18	33		34	35
Support	10	16	16	16	20
Total	28	49	56	50	55

Employees SEAE

	2000	2001	2002	2003	2004
Professional	60	71	71	71	66
Support	140	148	148	93	94
Total	200	219	219	164	160

Employees CADE, SDE, SEAE Combined

	2000	2001	2002	2003	2004
Professional	133	136	181	173	186
Support	212	253	230	163	203
Total	345	389	411	336	389

Source: BCPS, 2005

BCPS employees are either permanent civil servants (who hold positions with duties defined by Brazil's civil service law) or contract civil servants. Permanent employees must take a competitive examination to obtain their positions, but then enjoy a variety of benefits provided for career employees and cannot be terminated at will. Contract employees are not hired on the basis of an examination and their employment ordinarily terminates when the contract expires.

A critical feature of the Brazilian personnel system is that most contract employees are paid from non-salary funds and are prohibited from performing an agency's substantive work. Thus, they are restricted to such functions as secretarial services, transportation, security, and cleaning. The principal exception to this rule involves contract employees hired using "DAS" authority.¹⁰¹ "DAS" is an acronym for "Direção e Assessoramento Superior," which translates as "high level management and advising." DAS authority comes in seven grade levels and was originally designed as a mechanism for hiring non-permanent contract employees to serve as managers.¹⁰² Over the years, the lower DAS grades have come to be used not only to hire non-permanent staff personnel but to supplement the salaries of permanent employees as well. Permanent employees who hold a DAS position receive, in addition to the salary associated with their civil service position, a portion (in most cases 65 per cent) of the salary associated with their DAS grade. Agencies covet DAS authority because the higher grades can be used to hire senior managers and the lower grades can be used as supplemental compensation to preserve junior-level permanent staff from recruitment by other agencies. The Planning Ministry (PBM) controls the number of permanent and contract positions available to an agency, as well as the number and grade level of "DAS" positions. DAS contract

employees are subject to termination when the political administration changes, although such changeovers normally affect only the most senior officers.

The current allocation of permanent and contract employees and of DAS authority among the three BCPS agencies appears below.

Table 11. BCPS Employee Status

		CADE	SDE	SEAE	Total
Permanent civil servants	DAS	27	16	50	93
	Non-DAS	12	4	52	68
	Total	39	20	102	161
Contract civil servants	DAS	11	20	42	73
	Non-DAS	124	15	16	155
	Total	135	35	58	228
Total		174	55	160	389

Source: BCPS, 2005

The substantive work of an agency is accomplished by those permanent civil servants and DAS contract employees who have professional status. As shown by the tables, CADE's professional workforce at the end of 2004 stood at 85, while the comparable figure was 35 for SDE and 66 for SEAE.¹⁰³ Law 8884, when enacted in 1994, called for the immediate creation of a permanent staff for CADE (Art. 81). The significance of this provision relates to the fact that permanent civil servants cannot be hired except to fill positions established in the civil service law. When sector regulatory agencies were created during the 1990s in Brazil, permanent civil service positions were also tailored for the professional personnel who would perform each agency's substantive mission. No such position was ever created for CADE, which means that CADE must use DAS contract employees to perform mission duties that do not match existing position descriptions in the civil service law.¹⁰⁴ As can be seen from the table, however, CADE has only 11 DAS contract positions available. Further, of the 39 permanent civil servants on CADE's roster, only 16 (12 public attorneys in the Attorney General's Office¹⁰⁵ and 4 employees in administrative service positions) are actually assigned to CADE. Of the other 23, 17 are permanent employees from other federal agencies (principally Justice and Finance) and 6 are employees from state governments.

The absence of a career position, coupled with the general problem of low government salaries in Brazil, confronts CADE with a chronic shortage of appropriately qualified staff personnel. Job candidates interested in competition law work for the government tend to prefer employment with the more well-established and prestigious ministries. For the DAS contract employees that CADE is able to

hire, turnover runs about 40 per cent per year. Employees holding the lower grade DAS positions earn about USD 400 per month, and even those at the higher DAS 4 level earn only USD 1600 per month. These rates are insufficient to retain persons with a university degree. Turnover rates are lower (about 25 per cent per year) for permanent civil servants whose salaries carry a DAS supplement, although even those employees are easily lost to other agencies who offer a higher DAS level. As the 2000 Report succinctly put it, and as is recognised unanimously by everyone associated with Brazil's antitrust community, CADE is afflicted with "the lack of a permanent, stable group of career officials whose presence preserves 'institutional memory' and enhances enforcement expertise over time" (p. 207).¹⁰⁶ The lack of an adequate permanent staff causes problems other than those associated with poor institutional memory, conspicuously including much of the delay encountered in CADE proceedings. The 2000 Report urged that the establishment of a career staff for CADE be made "a top priority within the government and the Congress" (p. 207). The proposed legislation to restructure the competition law provides, as did Law 8884 (Art. 81), that "a specific law" will be enacted to create a permanent career staff for the BCPS. On this point, however, the government has not yet released draft legislation.

The 2000 Report observed (p. 207) that SDE, with a total of 18 professionals on its roster in 2000, appeared to be understaffed. The number of professionals increased to 35 in 2004, but its workload has also substantially increased, with about 800 cases pending on its agenda.¹⁰⁷ The general view in the antitrust community is that SDE is still understaffed. SDE's Secretary advises that, although the merger review process has been made more efficient, all the resources freed by that effort are employed in cartel investigations. In the Secretary's view, SDE staff is at full capacity.

At SEAE, the number of professionals working on competition policy and analysis increased from 60 in 2000 to 71 for the years 2001 to 2003. The number declined to 66 in 2004, but this reflects only a temporary decrease associated with attrition during a reorganisation undertaken by SEAE in late 2004. As described in the 2000 Report (p. 188), SEAE was organised at that time into four major organisational components, reflecting a division of the Brazilian economy into sectors for industry, services, infrastructure, and agriculture. In October 2004, SEAE reorganised into eight offices in anticipation of the changes that would occur upon enactment of the proposed legislation revising Law 8884. The legislation assigns most law enforcement activities to the new CADE, leaving SEAE to serve primarily as a competition advocate on regulatory issues being considered by the government or sector agencies. Consequently, SEAE has consolidated its merger review activities in one office (located in Rio de Janeiro), to which is also assigned

all work relating to tariffs and anti-dumping proceedings. Conduct investigations were likewise consolidated in a single office, headquartered in Brasilia with a small branch in Rio. Five other SEAE offices, all located in Brasilia, are organised to reflect the areas in which SEAE interacts with the other organs of government: communications and the media; water, sanitation, and energy; health insurance and pharmaceuticals; agriculture; and transportation. The eighth office handles SEAE's responsibilities for regulating promotional lotteries.

Staff turnover at SDE and SEAE, although less severe than at CADE, is still troublesome. Because SDE and SEAE are part of large ministries, their employees have the advantage of better access to permanent civil service positions.¹⁰⁸ Nonetheless, the two agencies must develop incentives to retain their permanent employees, and have been able to lengthen average tenure for such employees to about six years by offering grade 3 and 4 DAS supplements. On the other hand, the two agencies are no more successful than CADE in retaining contract personnel by offering DAS levels in the lower ranges. Tenure of two or three years is typical for such employees.

The following table shows BCPS enforcement activities over the past five years. Approximately 5 per cent of the conduct cases were initiated *ex officio* by SDE. Of the remainder, half were initiated by private complainants and half by government agencies (such as SEAE, Public Prosecutors, Federal Attorneys, sector regulatory agencies, other government ministries, and Procons). The fluctuation in "matters presented" over the past three years (31 in 2002, 51 in 2003, and 37 in 2004) is explained by a "house cleaning" at SDE by the incoming administration, which completed a number of pending matters and identified some additional cases that required dismissal because the statute of limitations had expired.

According to the 2000 Report (p. 208), SEAE estimated that its merger review activities consumed as much as 70 per cent of the agency's resources. The proportion was thought to be lower at SDE, but also quite high at CADE. The Report recommended (p. 211) a reduction in the resources devoted to mergers and a concomitant increase in the effort devoted to conduct investigations. SDE and SEAE consider that they have effectively increased the efficiency of merger review process and thus freed resources for re-direction to cartel investigations. SDE estimates that it presently devotes about 20 per cent of its resources to merger reviews, while CADE states that it cannot provide an estimate of its resource expenditures on that function. According to SEAE, 65 per cent of its competition law resources were devoted to mergers until its October 2004 reorganisation, when the agency's priorities were realigned to focus on competition advocacy.

Table 12. Trends in Competition Policy Actions 2000 - 2004

	Conduct Cases¹	Merger Cases²
2004: matters presented to CADE	37	511
Matters concluded	32	651
Total sanctions imposed (R\$ million)	5.6	4.2
2003: matters presented to CADE	51	511
Matters concluded	22	526
Total sanctions imposed (R\$ million)	8.3	2.2
	Conduct Cases¹	Merger Cases²
2002: matters presented	31	519
Matters concluded	31	518
Total sanctions imposed (R\$ million)	2.8	6.6
2001: matters presented	30	621
Matters concluded	34	584
Total sanctions imposed (R\$ million)	Data not available	10.1
2000: matters presented	32	668
Matters concluded	39	523
Total sanctions imposed (R\$ million)	Data not available	30.0

1. Conduct cases transmitted by SDE or ANATEL to CADE under Art. 39, law 8884.

2. Merger cases transmitted by SDE or ANATEL to CADE under Art. 54 ¶ 6, Law 8884.

Source: BCPS, 2005

4. LIMITS OF COMPETITION POLICY: EXEMPTIONS AND SPECIAL REGULATORY REGIMES

Law 8884, by its terms, applies to “individuals, public and private companies, [and] to individual and corporate associations,” however organised, “notwithstanding the exercise of activities regarded as a legal monopoly” (Art. 15). The BCPS takes the position that Law 8884 is applicable to the federal government and its agencies, although there has never been a case testing this proposition. In fact, the BCPS interacts with the federal government on competition issues by means of competition advocacy. State governments and their agencies are considered outside the ambit of Law 8884 for reasons of federalism.

Commercial enterprises owned by federal or state governments are clearly covered, and CADE has been involved periodically with merger and conduct cases involving Petrobrás, the federal hydrocarbons company. Although no conduct cases involving Petrobrás have been decided by CADE since 1999, SDE presently has an investigation underway into allegations of discriminatory treatment by a Petrobrás natural gas pipeline company. Pending merger cases involve the acquisition by Petrobrás of gasoline stations and LPG distributors from AGIP and a pipeline joint venture between Petrobrás and White Martins. There is no other recent experience involving federal enterprises, except for several acquisitions by the Brazilian Re-Insurance Institute (Instituto de Resseguros Brasileiro), the federal re-insurance monopoly. The BCPS believes that there few, if any, state-owned commercial enterprise and has no case history in that field.

Law 8884 applies to all private entities economy-wide and thus to companies operating in regulated sectors. The only exception to this principle has arisen in the banking sector, as described below. In applying the statute to regulated firms, CADE avoids creating conflict with the operative regulatory scheme. Thus, while CADE reviews mergers and attacks horizontal collusion in regulated sectors, it does not prosecute firms for unilateral conduct mandated or controlled by regulatory agencies.

The 2000 Report (p. 209) recommended that the BCPS agencies focus increased enforcement attention on possible anticompetitive abuses of by newly

privatised, but still-dominant firms in network industries, including particularly the telecommunications, energy, and transportation sectors. Since 2000, at least some law enforcement activity has been undertaken in each of the regulated sectors, although BCPS characterises the total number of cases as relatively small. This section of the report describes BCPS enforcement activity in regulated sectors, while the next section discusses the activities of the BCPS agencies as competition advocates with respect to sector regulatory policies.

Although most sector statutes require the regulatory agency to consider competition principles in making decisions,¹⁰⁹ few mention Law 8884 as such. CADE's authority in those areas therefore arises by implication from the broad jurisdictional language in Article 15. The sector laws for hydrocarbons and telecommunications, however, refer expressly to Law 8884. The Hydrocarbons Law of 1997, covering the oil and natural gas sectors, requires the sector regulatory agency (the National Petroleum Agency, or ANP) to notify both SDE and CADE if it becomes aware of evidence suggesting a violation of the competition law. CADE, in turn, is required to notify ANP of any sanctions it applies to firms in the sector, so that ANP may adopt any appropriate legal measures of its own (such as cancellation of licenses).¹¹⁰

With respect to oil and oil derivative products, including liquid petroleum gas (LPG), price regulation ended in 2002 for all stages of the production chain. Prices now float freely for extraction, refining, and local distribution. Essential transportation facilities, including pipelines and loading facilities at marine terminals, are regulated by ANP. CADE's conduct proceedings since 2000 in this field involve price-fixing cases against gasoline retailers and LPG distributors and have been described previously. ANP monitors fuel prices closely and notifies SDE of suspicious patterns. Although several meetings between CADE and ANP were held in 2002 for the purpose of formulating a cooperative agreement to exchange information and views on sector competition issues, the project was never completed. SDE has been more successful, having established an agreement with ANP in 2000 for the conduct of investigations in the sector.

The federal government's regulatory jurisdiction in the natural gas sector differs from that in most other sectors because it extends only to interstate commerce. Under the Brazilian Constitution, the individual states are vested with control over local distribution. Interstate gas prices were deregulated in 2002 at the same time as oil prices; ANP continues to regulate natural gas pipelines. At the state level, different approaches are employed by the 26 state governments. A number of states have continued direct operation of the distribution network, others have privatised the system and established a regulatory agency, and some states auction

concessions to operate the network. Concession sales are reportable transactions under Article 54 if the turnover or market share thresholds are met, and the formation of a consortium to bid on a concession is likewise reportable. CADE has reviewed a number of transactions involving concessions. Thus, in 2004, CADE approved without conditions a concession grant to Gás Natural São Paulo Sul for distribution of natural gas in southern São Paulo state, while also assessing Gás Natural a fine for untimely notification. Similarly, CADE approved the transactions associated with the 2004 formation by the state of Goiás of a gas distribution firm in which the state retained a 51 per cent share. The remaining stock was sold to a consortium chosen through public solicitation.

A 2001 case in the natural gas sector illuminated CADE's approach to examining conduct undertaken by regulated firms. Prior to 1997, natural gas distribution in the state of Rio de Janeiro was a state-owned monopoly. In 1997, the state divided the distribution assets into two enterprises serving separate geographic areas, privatised the two companies, and established a state regulatory agency. The following year, both firms raised their prices significantly more than the rate of inflation. Customers complained that the distributors were abusing their dominant position. CADE's 2001 decision, dismissing the complaint, considered the applicability of the "state action doctrine" in Brazil. That doctrine, developed as part of antitrust jurisprudence in the United States, operates to exclude federal antitrust authority when a state displaces market competition and actively regulates the private conduct in question. CADE concluded that the distributors had not acted unlawfully because their prices fell within the price range permitted by the state regulator.

The 1997 Telecommunications Act is substantially more elaborate than the Hydrocarbons Act, providing explicitly for the application of the competition law to telecommunications firms and vesting the National Telecommunications Agency (ANATEL) with a formal role in the law enforcement process. Under Article 7 of the Act, "the general rules governing the protection of the economic order [which include Law 8884] shall apply to the telecommunications industry whenever they do not conflict with the provisions of the Act." Article 19 provides ANATEL with "legal authority to control, prevent and curb any breach of the economic order in the telecommunications industry, without prejudice to the powers vested in . . . CADE." The effect of these provisions is that conduct and merger cases in the sector may be considered by ANATEL, by CADE, or by both. The Telecommunications Act does, however, pre-empt the applicability of the merger notification requirements in Law 8884. This is because the Act creates a special regime for telecommunications mergers under which prior notification of transactions must be filed with ANATEL (the only circumstance in which Brazil provides for pre-merger control).

ANATEL's jurisdiction over both conduct and mergers cases is limited to "telecommunications services," defined to include fixed line telephone systems and the broadcasting functions of television networks, satellite TV operations, and cellular telephone companies.

The 2000 Report (p. 219) noted that CADE and ANATEL had established a working group to address the potential problems presented by the overlapping jurisdictional provisions. CADE advises that, since 2000, the two agencies have successfully developed a cooperative working arrangement under which ANATEL assumes the role of SDE and SEAE in merger cases involving telecommunications services. Under the arrangement, ANATEL conducts the investigation and provides a technical opinion, while CADE renders the final judgment. With respect to conduct cases, in contrast, ANATEL shares concurrent jurisdiction with SDE and SEAE, so that any one or all three of those agencies may perform investigative functions and present recommendations to CADE. Over the years, CADE and ANATEL have signed several written cooperation agreements, each of which has subsequently expired. CADE reports that, until recently, the two agencies had been negotiating a new agreement. That project was suspended, however, when the term of ANATEL's president ended. The procedures for interaction between ANATEL and both SDE and SEAE are not well developed, consisting primarily of informal contacts between agency staff members.

In the past five years, CADE has considered numerous conduct and merger cases sent to it by ANATEL. In 2001, for example, CADE addressed an abuse of dominance claim against the Globo Group, Brazil's largest broadcast television network. Globo controlled both the Globo Channel, the prime broadcast channel in Brazil, as well as Sky TV, the most important Brazilian pay TV satellite company. The complainant was TVA Sistema de Televisão, the owner of competing satellite company DirectTV. TVA asserted that Globo wrongfully refused to license the Globo Channel to TVA for satellite broadcast. ANATEL investigated and concluded that there was no abuse of dominance because the Globo Channel was not an essential facility for satellite TV service. CADE agreed and dismissed the case, observing that TVA was a viable competitor even without the channel and that requiring satellite TV services to share programming would reduce competition and retard incentives for innovation. In a 2002 merger case, CADE approved without restrictions a joint venture by Portugal Telecom and Telefónica Internacional to create the cellular service company Vivo.

In merger cases, ANATEL has statutory authority to issue an order preventing consummation of a transaction until review is complete. CADE may issue a separate precautionary measure, or enter into an APRO under CADE Resolution 28,

to deal with aspects of a merger that are not within ANATEL's jurisdiction. For example, in the News Corporation – Hughes merger, described previously, ANATEL issued an order preventing the two satellite TV companies from consummating the underlying transaction, while CADE issued an order barring the parties from establishing any new contracts providing for exclusive distribution in Brazil of television programming.

CADE has sometimes requested that SDE or SEAE (or both) provide supplementary technical opinions in merger cases falling within ANATEL's jurisdiction and in conduct cases that SDE and SEAE had not investigated.¹¹¹ Thus, CADE sought opinions from SEAE with respect to the temporary injunction described above in the News Corporation – Hughes merger. Likewise, opinions from both SDE and SEAE were sought in an abuse of dominance case against Telecomunicações de São Paulo (Telesp). The complaining firm in that case, Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. (Embratel), asserted that Telesp was charging discriminatory tariffs for accessing Telesp's network. SDE and SEAE agreed that the conduct was likely to be discriminatory and CADE issued a precautionary order following their recommendations.

SDE and SEAE also pursue both merger and conduct investigations into aspects of the telecommunications sector that are outside ANATEL's jurisdiction. Merger investigations in recent years have generally involved markets that are vertically related to telecommunications services. Acquisitions by land-line telephone companies of Internet service providers and by satellite TV firms of TV program suppliers have been a particular focus of interest. Thus, in 2002, SEAE examined another transaction involving the Globo Group, which (in addition to SkyTV) also owns SporTV, the prime Brazilian pay-TV sports channel. The transaction involved Globo's acquisition of a 25 per cent stake in ESPN Brasil, a competing pay TV sports channel. SEAE concluded that Globo was in a monopolistic position respecting the "premium sports channels for pay TV" market and in a monopsonistic position respecting the market for pay TV presentations of premium sporting events. Entry was difficult in both markets, and SEAE therefore recommended imposing certain restrictions to reduce the prospect that Globo could abuse its market power. SEAE's proposals were designed to bar Globo from (1) providing exclusive licenses to SkyTV for the satellite broadcast of premium sporting events, or (2) demanding exclusive broadcast rights for such events. The case is now pending with SDE.

Conduct investigations by SDE and SEAE in markets related to, but outside of, ANATEL's jurisdiction include yet another case against the Globo Group. An abuse of dominance complaint by Associação Neo TV asserted that Globo was

refusing to license SporTV to competitors of Globo's satellite TV services SkyTV and NET. SEAE's proposals were similar to those in the ESPN Brasil acquisition case. The matter is now pending with SDE. In a pair of cases investigated by SDE that did not involve Globo, CADE rendered decisions in 2004 rejecting alleged predatory pricing in the retail sale of cellular telephones by Telefônica Celular, Telet Celular, and Telebrasil Celular.

The National Electrical Energy Agency (ANEEL), like ANP and ANATEL, was created in 1997, and its law also requires that effect be given to competition principles where possible. ANEEL has cooperation agreements with all three competition agencies, under which the parties agree to share information and technical expertise and jointly analyse the interaction between the competition law and the sector regulatory system. ANEEL provides SDE with reports of suspected competition law violations and with technical opinions in both conduct and merger cases. Since 2000, the only BCPS enforcement activity in the sector has involved mergers, all of which CADE has approved without restrictions after examination under the fast track procedure. The transactions have included acquisitions of small and regional producers or distributors of electrical power, and the formation of consortia to bid for distribution licenses and concessions to construct energy generation plants.

The Department of Civil Aviation (DAC) in the Brazilian Defence Ministry continues to hold regulatory authority over airlines in Brazil. There are no formal co-operation arrangements and little interaction between the competition agencies and DAC. The competition law applies fully to civil aviation, and the most important BCPS case activity since 2000 is represented by the prosecution of the major airlines for price-fixing on the Rio de Janeiro- São Paulo route.

The National Agency for Surface Transportation (ANTT) was created in 2002¹¹² and vested with responsibility for regulating freight railway services and interstate and international bus transportation.¹¹³ A 2002 agreement between SEAE and ANTT calls for the exchange of information, joint analysis of techniques for applying competition principles to sector regulatory issues, and discussion of methodologies for tariff regulation. There are also provisions dealing with cooperation in competition law enforcement proceedings (including joint investigations). CADE and ANTT adopted an agreement in 2003 with similar terms but with a particular focus on cooperation to avoid conflicts between competition law enforcement and sector regulatory decisions. Little or no activity has, however, occurred pursuant to either agreement.

With respect to railroads, much of CADE's case activity has focussed on Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), a large mining and steel company that was

privatised in 1997. CVRD holds operating concessions for a number of freight railway lines and harbour terminal facilities that provide services both to its own mines and steel production facilities and to other customers as well. Some of the customers served by CVRD's lines are competitors in mining or steel production, a circumstance that has led to a series of cases alleging discrimination by CVRD. Where the discrimination does not involve tariffs regulated by ANTT, CADE has prime jurisdiction. One case, for example, dealt with a contract between CVRD and the Samitri Mineral Company for the transportation and export of Samitri's iron ore production. The contract barred Samitri from selling its ore in certain foreign markets and from selling any ore at prices lower than CVRD's. In its 2004 decision, CADE undertook what was in essence a joint venture analysis to conclude that the agreement was not unlawful, noting that CVRD had made a large investment to construct a dedicated rail line to Samitri's mine site, and that CVRD therefore had a legitimate interest in the exploitation of Samitri's iron ore assets..

Other pending rail sector cases involve mergers, including one 2000 transaction in which CVRD acquired four iron ore mining companies and their associated rail lines in the southeast region of Brazil. SEAE and SDE agreed that adverse effects could arise in both the iron ore and the rail service markets and proposed various remedial conditions to CADE. ANTT, in consultation with SDE, invoked its own statutory authority to issue a precautionary order imposing certain restrictions on CVRD until CADE issued a determination. In 2005, CADE determined that the transactions could proceed subject to conditions designed to forestall anti-competitive effects. With respect to bus transportation, a June 2005 CADE decision finding a bus company cartel was the first case of any kind in that sector since 2000. SDE has several other bus cartel investigations underway. SDE and SEAE are presently reviewing a merger between Gontijo Participações and Viação São Geraldo, two of the largest bus transportation companies in Brazil.

Each of Brazil's seaports is controlled by a Port Authority, which grants concessions authorising private parties to operate terminals and to provide cargo handling services within the port facility. At some ports, there are also independent, privately-owned terminal facilities just outside the port boundaries. A case recently decided by CADE, known as "THC2," involved terminal handling charges assessed by terminal operators against independent warehouses. The case involved allegations that certain terminal operators raised rivals' costs by charging disproportionately more to deliver a cargo container to a warehouse located outside the terminal than they did to deliver the same container to a warehouse within the port. CADE found the price differentials to be an abuse of dominance because they constituted a significant part of storage costs and induced shippers to use the terminal operator's warehouse, thus impairing competition in the warehouse storage

market. In another proceeding involving the ports sector, an investigation is underway into allegations of price-fixing by tugboat operators in the Port of Santos.

The Central Bank of Brazil (BACEN) has regulatory responsibility for banks and other financial institutions. It exercises “prudential” regulatory control over new bank charters and bank mergers; sets requirements for capital, reserves, and investments; and mandates internal control and accounting systems. Separate regulatory bodies exist within the Ministry of Finance for the insurance and securities sectors. The 2000 Report noted (p. 229) that although banking is not exempt from the competition law, “the Central Bank continues [to] exercise sole authority over competitive issues in the sector.” In particular, the Bank has demanded exclusive control over bank mergers on the grounds that it must assure the proper disposition of “problem banks” and enforce constitutional limits on entry by foreign banking institutions.

In 2001, the Federal Attorney General’s Office issued a legal opinion concluding that the specificity of Brazil’s banking law took precedence over the more general language in Law 8884, and thus effectively vested the Central Bank with sole jurisdiction over banks for all purposes. CADE has never acceded to that opinion, taking the position that Law 8884 (which was enacted after the banking law) is applicable by its terms to all commercial enterprises, and that CADE, as an autonomous agency, is not bound by a legal opinion issued by the Executive Branch. Two courts of first instance have considered the issue of whether bank mergers must be notified to CADE under Article 54. One court held that they did, concluding that Article 54 applied even where the merger had been reviewed by the Central Bank. A second court in a different bank merger held the opposite, on the grounds that the Central Bank’s review was pre-emptive and that the Federal Attorney General’s legal opinion bound the entire Federal Government, including CADE. Appeals in both cases are pending. CADE has considered no conduct cases involving banks in recent years because SDE, as an Executive Branch agency, is bound by the legal opinion and thus does not conduct investigations in the sector.¹¹⁴

Negotiations between CADE and BACEN were undertaken to resolve the controversy by agreement. A consensus bill, sent to Congress in 2003 and approved by the House of Representatives’ Constitution and Justice Committee in December 2004, is now pending before the full House. The bill provides that the Central Bank will have exclusive responsibility for reviewing mergers that involve a risk to the overall stability of the financial system. In all other merger cases, CADE will have dispositive authority. Authority for handling conduct cases in the banking sector will be lodged exclusively with the BCPS. CADE and BACEN have long had a working agreement that is employed principally as a mechanism for exchanging

information. At present, the two agencies are negotiating both an expanded agreement to promote cooperation and a joint work plan for conducting merger reviews.

The applicability of Law 8884 to the pricing activities of private firms is, of course, constrained if the government controls prices. Apart from regulation of public utility networks, the only direct price controls in Brazil at present apply to pharmaceutical products. Under a program initiated in late 2000, price caps for about 90 per cent of both prescription and over-the-counter drug products are set by the Drugs Market Regulation Chamber (CMED). CMED's members are representatives of the Ministries of Health; Finance; Justice; and Development, Industry and Foreign Trade.¹¹⁵ SEAE serves as the Finance Ministry's delegate to CMED and SDE is the Justice Ministry's representative. Information about their role in CMED deliberations appears in the discussion of competition advocacy. The existence of drug price regulation does not prevent the BCPS from enforcing the competition law with respect to mergers and other forms of conduct undertaken by pharmaceutical firms, as is demonstrated by the cases involving the generic drugs boycott and the Novo Nordisk – Biobrás insulin merger.

Standard procedures for the enforcement of Law 8884 in regulated sectors are included in the pending omnibus bill for sector regulatory agencies. Sector agencies are required to monitor their industries for compliance with the competition law, report suspected violations, and provide technical reports on request to the CADE for use in enforcement proceedings. CADE is required to notify the relevant agency of decisions rendered in conduct and mergers cases, so that the agency may adopt any necessary legal measures.

5. COMPETITION ADVOCACY

Competition advocacy by the BCPS has two dimensions. The first reflects the agencies' role as consultants to the government and to sector regulatory agencies concerning legislation and regulations that implicate competition policy. The second is as proponents at large for increased public recognition and acceptance of competition principles. As to the first dimension, one important advocacy function is to forestall the creation of anti-competitive regulatory programs. For example, in 2003 the federal government was concerned about the price of liquid petroleum gas (LPG), an essential commodity for the Brazilian population in rural areas. SEAE and SDE engaged in the debate about whether to propose legislation establishing an LPG price control system, arguing successfully that modifications in existing technical regulations, as well enforcement against anticompetitive conduct, would achieve better results than controlling prices.

Similarly, in the retail fuel sector, the BCPS agencies have encountered attempts by local public prosecutors to establish price control systems by judicial order. Prosecutors seek court orders to fix maximum gasoline prices (where prices are deemed to be too high) or, alternatively, orders to fix minimum gasoline prices (where prices are deemed predatory). In many of these cases, the BCPS has been able to persuade prosecutors that unduly "high" prices were the result of a local cartel that could be prosecuted directly, and that unduly "low" prices were simply the result of legitimate competition.

On another front, SEAE participated in the discussions of a proposal by the Ministry of Culture for a new regulatory program. The Ministry recommended that the National Cinema Agency (ANCINE), which focuses its efforts on promoting the local production of movies, be transformed into a regulatory agency for audio-visual products. SEAE represented the Ministry of Finance in intra-governmental discussions that culminated in a decision restricting the changes in this sector to a review of the fiscal incentives currently offered to filmmakers. SEAE is now consulting with the Ministry of Culture on a joint proposal for this review.

A second variety of competition advocacy involves proposing competition-based improvements to existing government programs that affect market operations.

SEAE is engaged, for example, in a project to reform Brazil's pesticide registration process to speed the market availability of "generic" pesticides. No pesticide certifications have been issued since 2002 and more than 100 requests are pending. SEAE estimates that streamlining the procedure would result in a reduction of up to 30 per cent in pesticides prices. Other government programs with respect to which SEAE is playing a similar competition advocacy role include projects to stimulate the production and use of vegetable oil (biodiesel) as an alternative source of energy, to create an efficient market trading system for carbon emissions certificates under the Kyoto Protocol, and to develop a price-cap rule for postal service tariffs.

A third variety of competition advocacy is commentary on regulations proposed for adoption by sector regulatory agencies. The BCPS agencies state that they seek to promote competition in regulated markets by analysing proposed rules, publishing studies of competition in particular regulated sectors, and inviting regulatory agency staff to participate in seminars and other discussions. Nonetheless, they characterise the effects of their efforts as "very limited."

**BOX 11 COMPETITION ADVOCACY PROCEDURES:
PROPOSED AMENDMENTS**

The omnibus bill to revise procedures for the sector regulatory agencies includes provisions dealing with competition advocacy. Regulatory agencies are required to request an opinion from SEAE 15 days before proposed norms and regulations are posted for general public comment. SEAE is required to file within 30 days thereafter a public opinion on the competitive implications of the proposal. Because the bill subjects proposed regulations to a mandatory 30 day public comment period, the SEAE opinion deadline assures that regulated entities and members of the public will be able to review the SEAE posting and comment on it before the public comment period expires. The regulatory agencies are obligated to respond on the record to comments filed during the public comment period. The agency response must be posted at least 3 business days before the agency's commissioners meet to discuss the proposal.

With respect to BCPS competition advocacy in specific sectors, the agencies report no recent activity relating to the regulation of oil, LPG, and natural gas, other than a 2003 conference sponsored jointly by the BCPS and the OECD. The conference, billed as an "International Workshop on the Interface between Competition and Regulation in the LPG, Fuel, and Natural Gas Sectors," was attended by staff of the three BCPS agencies, ANP, and the Ministry of Energy, and by a number of international participants. In telecommunications, interaction between the BCPS and ANATEL on regulatory issues is similarly rare. Several

current and former CADE commissioners participated in a 2003 training course on competition issues organised for ANATEL by the Brazilian Institute for the Study of Relations between Competition and the Consumer (IBRAC).¹¹⁶

In the electrical energy sector, SEAE assisted the Ministry of Mines and Energy to develop auction rules for a wholesale pool entity through which power generation firms will sell their output. After extensive testing of auction methods, SEAE recommended (and the Ministry adopted) certain restrictions designed to forestall collusion and promote more accurate identification of distributors' demand schedules.

The airlines industry has received considerable advocacy attention, particularly from SEAE. As described in the 2000 Report (p. 225), the airlines regulatory authority (DAC) has never been enthusiastic about liberalising the market. Until 2000, four large airlines dominated the Brazilian industry: Varig, TAM, Transbrasil, and Vasp. The devaluation of the Real in 1999 and increased fuel prices led to bankruptcy for Transbrasil in 2001. Vasp also went into decline and ceased operations in 2005. The proposed merger between TAM and Varig, recently abandoned, was likewise motivated by the financial straits of those two companies. The plight of the traditional carriers was in stark contrast to the experience of GOL, a new, low-cost airline whose market share and route offerings increased dramatically after its entry in 2001.

SEAE prepared several technical papers in 2001 urging further liberalisation in airline regulation, but without effect on DAC's policies. In 2003, DAC decided that the established carriers needed assistance, and imposed constraints on capacity by regulating the purchase of airplanes and prohibiting new entry on routes unless all the incumbents had a high load factor. SEAE issued a series of papers criticising these actions. In early 2004, DAC acted even more aggressively by purporting to prohibit GOL from commencing a sale on airline tickets at prices that DAC considered predatory. Another SEAE paper criticised this action as well. Even before that paper appeared, however, DAC's acting Director General was summoned before a Senate Committee and asked to explain why he was arrogating law enforcement authority vested exclusively in the BCPS. He responded that DAC had inherent authority to safeguard the industry by any action necessary. This answer did not satisfy the Committee. Two weeks later, the government installed a new Director General and GOL's ticket sale went forward. The Congress is now considering legislation that would create a civilian authority for passenger airline regulation.

In the freight railway and interstate bus transportation sectors, SEAE and ANTT agree that improvements in the regulatory system are required, but little

action has been taken to arrive at specific measures. In 2003, SEAE contracted with the Research Institute of Applied Economics (IPEA) to develop recommended regulatory changes for buses, a project that is still pending. SEAE is consulting with ANTT about improvements in the auction system employed to award concessions for the construction and operation of toll highways.

With respect to seaports, the agency identified in the 2000 Report (p. 227) as responsible for developing overall regulatory policy for that sector (GEMPO), has been displaced by a new entity, GT Portos. This group, unlike GEMPO, includes the Finance Ministry among its membership, and SEAE serves as one of the Ministry's representatives. Current activity includes discussions with ANTAQ, the National Agency for Ports and Navigation, concerning enhancement of competition in the dredging services market and proposed improvements in port efficiency to promote Brazil's export trade. In the financial institutions sector, discussions between the BCPS and the Central Bank have usually focussed on issues relating to the division of jurisdiction, although some effort has been devoted to analysing possible pro-competitive improvements in financial regulations.

As noted above, SEAE serves as the Finance Ministry's delegate and SDE is the Justice Ministry's representative to the Drugs Market Regulation Chamber (CMED), the body responsible for setting price caps and otherwise regulating the market for prescription and certain over-the-counter drugs. SEAE and SDE joined in designing the methodology for determining certain factors in the statutory pricing formula applied by CMED, and also addressed the particular pricing issues posed when a new drug is first introduced to the market. The two agencies are participating in a technical group composed of CMED members, industry representatives, and consumers that has recently been created to consider eliminating price controls for over-the-counter drugs. Likewise, both agencies are participating in a group established to consider regulatory issues in the private insurance health market.

A fourth type of competition advocacy arises in the context of privatisation. Privatisation proceedings typically present two occasions for involvement by competition agencies. The first is at the planning stage, when procedures for conducting the sale are devised and asset packages are structured. In that context, the competition agency can advocate pro-competitive auction rules and discourage the creation of private monopolies. The second is at the time of the sale itself, when the competition agency acts as a law enforcement authority to prevent anti-competitive acquisitions. As noted at the outset of this report, Brazil has not conducted any privatisations since 2002. The records available to the BCPS do not show whether there was any agency involvement in the planning stage for the

privatisations that occurred in 2000 and 2001. CADE did review the transactions associated with the privatisation of CVRD. The sale of Petrobrás shares was structured as a public stock offering that did not pose any competition policy issues.

A fifth variety of competition advocacy focuses on anti-competitive regulations adopted by state and local governments. Article 7 X of Law 8884 provides that CADE can “request from the Federal Executive Branch agencies, and from state, municipal, Federal District and territorial authorities, the taking of all acts required for compliance with this Law.” While CADE cannot compel acceptance of its recommendations, the statutory language provides CADE with a charter to comment on state regulatory programs. As described in the 2000 Report (p. 195), CADE had at that point made three requests under Article 7X, including a 1998 recommendation that the city of Brasilia deregulate taxi rates. The taxi recommendation was not adopted, although the municipality did act to reduce taxi rate levels. The 2000 Report (p. 210) recommended that the CADE exploit its political and moral authority as the national competition agency by employing Article 7 X and the consultation procedure under Resolution 18 to address anti-competitive restraints imposed by state and local governments.

CADE advises that it does not have records showing what activity, if any, has occurred under Article 7 X since 2000. Two recent CADE proceedings, described elsewhere in this report, have led to successful 7X requests. In the first case, involving concerted action by the fuel retailers association in Brasilia to obtain a municipal ordinance barring filling stations at supermarkets and shopping centres, the city repealed its ordinance in response to CADE’s recommendation. In the other case, involving Novo Nordisk’s acquisition of Biobrás, the Trade Ministry suspended certain anti-dumping measures that had previously been imposed on the importation of insulin.¹¹⁷ Aside from CADE’s activity under Article 7 X, SEAE reports that it is involved in a project to develop federal guidelines for local regulation of water and sewerage services.

A sixth form of competition advocacy is the study of competitive dynamics in individual Brazilian markets and the publication of reports on the sectors studied. SEAE regularly publishes technical “Working Papers” dealing with competition policy issues in particular markets. Since 2000, sectors addressed by SEAE papers have included pharmaceuticals, freight railways, aviation, petroleum, telecommunications, electricity, supermarkets, health insurance, and sewerage systems.¹¹⁸ In 2004, SDE commissioned research studies by the Research Institute of Applied Economics (IPEA) in the health care and banking sectors.

Training and educational seminars offered to other government agencies is a final type of advocacy undertaken by the BCPS. In the past two years, the BCPS

has undertaken a number of initiatives designed to promote understanding of, and appreciation for, competition law both among the members of the judiciary and among public prosecutors. In December 2004, CADE joined with the OECD and a judge's association to offer a 2-day workshop on selected competition topics to federal judges in Brasilia. SDE has hosted two conferences to provide training on competition matters for public prosecutors and the federal judges, and SEAE has assisted the Federal Prosecutor's Office to organise a competition law course for prosecutors. BCPS officials have also been invited with increasing frequency to attend and participate as speakers at conferences organised by judges and prosecutors.¹¹⁹ In a separate initiative, SDE's competition department (DPDE) has been cooperating with SDE's consumer protection department (DPDC) to present joint conferences and training workshops about competition law for consumer protection entities in the Brazilian states. Since the beginning of 2003, four national conferences and more than 20 local workshops have been held.

The second dimension of competition advocacy entails efforts to promote increased recognition and acceptance of competition principles in society at large. The BCPS agencies fully appreciate the importance of such advocacy. CADE and SEAE, in particular, have developed a variety of programs to advance public understanding. Over the past five years, the two agencies have made numerous presentations to the business community on competition policy and competition law enforcement topics. Groups addressed include the most important trade and industry associations, such as FIESP (the Federation of Industries of São Paulo State), CIESP (São Paulo State Industries Centre), and CNI (National Confederation of Industry); many of the Chambers of Commerce representing international businesses; and more than a dozen other commercial and professional associations. Additional presentations, focused on more technical legal issues, have been provided for practitioner groups. When the "Fast Track" merger procedure was instituted in 2003, for example, law firms were invited to SEAE sessions in Rio de Janeiro, Sao Paulo, and Brasilia to discuss the categories of cases that would be reviewed under the simplified process. Presentations on other legal topics have been made to the competition committee of the Brazilian Bar Association (OAB); competition law institutions such as the Centre of Studies for Lawyers (CESA), the Study Group on Law and Economics (GEDECON), and the Brazilian Institute for the Study of Relations between Competition and the Consumer (IBRAC); and to faculty and students at various law schools, university law and economics departments, and other academic institutions. In 2003, SDE made a series of presentations to discuss new techniques for cartel investigations and to promote the antitrust compliance certification program. More recently, representatives of all three agencies have been presenting and explaining details of the proposed legislation to revise Law 8884.

The websites maintained by each of the agencies are an important means by which the BCPS communicates with the public.¹²⁰ The sites contain antitrust legislation, case decisions, resolutions, ordinances, enforcement guidelines, press releases, annual reports, articles, working papers, and links to related materials. CADE's site also has a detailed FAQ section on competition issues and SDE's site provides information concerning cartels and explains how to submit a complaint about anticompetitive conduct.¹²¹ Hardcopy publications include a booklet by CADE providing basic information about competition law and the BCPS, and the CADE Journal, which contains important CADE decisions and resolutions, and articles on competition law and policy issues by BCPS staff, private sector lawyers and economists, and academicians. SDE and the National Petroleum Agency (ANP) have joined to publish a brochure with information on anticompetitive conduct in the fuel market.

Promoting academic education in competition law and policy is another method of competition advocacy employed by the BCPS. CADE annually sponsors two well-publicised conferences at which a prize is awarded for the best paper on competition policy written by a university student.¹²² All three agencies offer 4 to 8 week intern programs twice each year to acquaint university students with BCPS functions. The programs, which have attracted an increasing number of law, economics, and business school students, provide practical experience for future specialists in the field, as well as a broader knowledge of competition issues for students in other fields.¹²³

With respect to media relations, each of the three agencies has a communications advisor, and SEAE and SDE are also assisted by the communications staffs of their respective ministries. In dealing with the media, the agencies emphasise maximum transparency consistent with confidentiality restrictions. Press conferences are scheduled for announcements of important cases and competition policy initiatives, and press releases are prepared in a non-technical style suitable for a general readership. Journalists covering the BCPS give the agencies high marks for media relations, although expressing less enthusiasm about the confidentiality constraints. As journalists have become more educated about the BCPS, the quality and accuracy of the coverage has improved commensurately.¹²⁴ BCPS officers are increasingly contacted by journalists as background sources on economic regulatory issues unrelated to the competition law.

CADE reports that it has been the subject of intense press interest in recent years. Statistics on the number of media stories concerning CADE show an increase from 213 in 2003 to 390 in 2004. SDE estimates that about 150 stories per year deal with its competition activities. An SDE survey of stories that ran in November and

December 2003 and in July and August 2004, showed that 59 per cent were favourable, and 5 per cent were unfavourable. The remaining 36 per cent were characterised by SDE as merely informative. SEAE's statistics about the number of stories concerning it are highly variable, showing 193 items in 2000, dropping to 94 in 2001, and then spiking to 253 in 2002 before declining again to 155 in 2003 and 86 in 2004. Stories about SEAE through the first third of 2005 stood at 64, a rate which extrapolates to 192 by year's end. SEAE advises that the statistics reflect only those articles in which SEAE is cited by name, and that stories about competition law are erratic about mentioning SEAE specifically.

Among business leaders and large corporations, knowledge about the BCPS, the competition law, and competition policy generally has increased significantly in the last five years. Knowledge is also beginning to percolate among smaller firms and the general public, at least in the large population centres, although the common perception that competition law is supposed to control high prices remains an obstacle. Turning from the degree of understanding to the level of commitment, Brazil's large business associations are remarkably supportive of competition policy, on the grounds that its implementation will effectively promote Brazil's competitiveness in international markets. The business community does not always agree with BCPS decisions in individual cases, but it supports legislation to consolidate competition law institutions and to introduce a pre-merger notification system.

6. CONCLUSIONS AND POLICY OPTIONS

6.1 Current strengths and weaknesses

Despite serious handicaps, the BCPS has made substantial headway during the past five years in implementing sound competition policy in Brazil. Especially since 2003, it has effectively addressed the most critical problems within its power to control. Most of the recommendations in the 2000 Report to which it could respond have been accomplished. Thus, the effort previously devoted to reviewing competitively innocuous mergers was significantly reduced by implementation of the fast track and joint review procedures, and the resources freed were re-directed to cartel enforcement. Merger notification standards were reinterpreted to limit filing requirements to transactions with a sufficient Brazilian nexus (despite the adverse effect of that interpretation on the agencies' notification fee revenues). Investigative functions were consolidated and coordinated between SDE and SEAE to increase efficiency, and at least some enforcement attention was directed to sectors in which government monopolies had formerly operated. New statutory powers to conduct on-site inspections and to establish a leniency program were aggressively employed.

Many other improvements have been made in areas not addressed by the 2000 report. Both merger review and conduct case backlogs were cleared. An innovative system for certifying corporate antitrust compliance programs was introduced. Techniques for preventing the integration of merging parties during agency review proceedings were developed and employed, eliminating the perverse incentive for parties to delay the merger review process. Similarly, injunctive tools were employed to stop anti-competitive conduct in non-merger cases while investigative proceedings were underway. The capacity to undertake sophisticated economic analysis was advanced by SDE's creation of a quantitative methods centre, and economic studies were commissioned to develop improved methods for employing quantitative and econometric techniques. In the courts, CADE established its right to participate in emergency hearings to stay CADE orders, and successfully required that assessed fines be deposited in court during judicial proceedings to stay fine execution.

The BCPS vigorously expanded its interaction with foreign antitrust authorities and widened its participation in multi-national antitrust organisations, both in South America and abroad. As to competition advocacy, the BCPS agencies (primarily, but not exclusively, through SEAE) successfully resisted several anti-competitive regulatory programs and proposals. All three agencies participated in the important effort to increase the understanding of competition law among public prosecutors and members of the judiciary, and SDE effectively employed its consumer protection department to help educate local consumer protection organisations about competition policy. All three agencies also engaged actively in promoting the development of a competition culture in Brazil. Finally, the agencies overcame long-standing disagreements to join in a unified proposal for substantial legislative revisions to the competition law.

On the other hand, the BCPS did not pursue several of the recommendations in the 2000 Report. CADE devoted little attention to addressing state and local anti-competitive restraints, both law enforcement and competition advocacy activity in some market sectors was barely visible, and CADE was unwilling to place sole reliance on the “first binding document” as the trigger event for merger notification. Other areas in which improvements could be made relate to the transparency of CADE’s decisions and guidelines, and its approach to private antitrust litigation. Nonetheless, the areas in which the BCPS deserves commendation substantially exceed, both in number and importance, those in which its performance was in some way deficient.

Particular strengths of the BCPS include a strong institutional dedication to high standards of integrity, autonomy, sound policy, and fair procedure; an excellent leadership cadre; and a supportive business community. Weaknesses include a counter-productive institutional structure and a staff that is neither sufficient in size nor compensated adequately to retain qualified employees over the long term. The consequences include poor institutional memory, inefficiency, and delay. There are also statutory provisions relating to merger notification and the leniency program that interfere with efficient and effective law enforcement. The unfamiliarity of the courts with competition law is another source of difficulty.

The following recommendations, designed to address the full array of competition law and policy issues facing the BCPS, are presented in two groups. The first deals with recommendations for action by branches of the federal government other than the BCPS, while the second group involves changes that CADE can implement.

6.2 Recommendations

Recommendations to the Federal Government

6.2.1 Consolidate the investigative, prosecutorial, and adjudicative functions of the BCPS into one autonomous agency

There is a clear consensus in Brazil, supported by a decade of experience, that the current structure of the BCPS is not merely inefficient but counter-productive. The proposed legislation, by combining SDE with CADE and redirecting SEAE to focus on competition advocacy rather than case investigation, consolidates all of the essential law enforcement functions of the BCPS into a single, autonomous agency. While there is no one correct organisational scheme for competition agencies, the single-agency model has proven successful in many jurisdictions and its adoption in Brazil will be an improvement over the *status quo*.

The 2000 Report (p. 215) observed that CADE's independence was compromised under the present statute because law enforcement cases could be initiated only by SDE, an Executive Branch agency, and that consequently CADE lacked full authority "over the general direction of competition policy in the country" (p. 215). Although the proposed bill eliminates Executive Branch participation in CADE's processes, the capacity of the Plenary to control the direction of law enforcement will be diminished even further because decisions by the Director General to close (or not to open) administrative inquiries may be appealed only to the Director General and not to the Plenary.

The form of single-agency model reflected in the proposed bill thus entails a strong prosecutor who is completely independent from the adjudicatory body. An alternate model that maintains the separation of prosecutorial and adjudicative functions but permits some indirect interaction between the two would entail empowering the President of CADE to appoint (and remove) the DG subject to approval by the Plenary. This model has also worked in other jurisdictions and deserves consideration to the extent that Brazil wishes to vest greater authority to control the law enforcement agenda in the hands of the President and the Plenary rather than in the hands of the Director General.

6.2.2 Protect the autonomy of the re-constituted CADE by extending the terms of the commissioners, the Director General, and other senior officers to at least four years (and more preferably five), and by making commissioners' terms non-coincident

Both the existing law and the proposed legislation establish CADE as an autonomous body, free from control by the Executive Branch. Such autonomy is fully appropriate given CADE's power to render judgment and impose penalties for violations of Law 8884. Autonomy does not, of course, mean complete insulation from the rest of the government. CADE's decisions are subject to review by the courts, the integrity of its processes are monitored by the Public Prosecutor, and both the President and the Congress play a critical role in the appointment of commissioners and the other senior officers of the agency.

The language in the present statute (Art. 4 paragraph 1), providing that commissioners will serve a two year term with the possibility of re-appointment for a second term, detracts from CADE's autonomy by creating an incentive for sitting commissioners to adjust their decisions in order to win re-appointment. Even if such adjustment never actually occurs, the short term limit creates the suspicion that it could. In any event, a two year term is inefficiently short for commissioners who are charged with resolving technical and complex issues litigated in an adversary process. The accumulated experience of commissioners is too valuable for such quick dismissal.

The proposed statute contemplates four year terms for the commissioners, the Attorney General, and the Chief Economist, and a two year term for the Director General. All of these positions are presidential appointments with Senate approval, and all (including the Director General) warrant appointment for at least four years, for the reasons described above. Consideration should also be given to establishing five year terms, on the grounds that officers of autonomous agencies should have terms longer than that of the appointing political agent. The President of Brazil serves a four year term, and setting agency appointments for the same duration means that each president will be able to replace the agency's entire membership.

Whether or not commissioner terms are set for four years or five, the terms should be non-coincident, as the proposed bill provides. The prospect that a president could replace all of the commissioners during the course of a four year presidential term is not as troubling in terms of autonomy as the simultaneous replacement of all or most of the commissioners at a single point in time.

6.2.3 In making appointments, accord due consideration to the importance of technical expertise in economics and competition law

Competition agencies apply broadly written legal standards to what can be highly complex forms of commercial activity. Technical expertise is an important factor in arriving at decisions that accurately distinguish harmful from benign conduct. Accurate analysis is important not only because of the high stakes for the parties involved, but also because ill considered enforcement of a competition law can materially impair economic vitality, discourage investment, and reduce innovation.

6.2.4 Fix the Plenary's quorum at four rather than five whenever the number of commissioners available to vote on a case is reduced to four by vacancies or recusals

The quorum of five commissioners is now required by the statute (Art. 49) in all circumstances. Case decisions are sometimes delayed by the absence of a sufficient number of participating commissioners to constitute a quorum. A modest exception would permit a quorum of four to resolve cases where the number of available commissioners was reduced to four by vacancies, recusals, or other disability.¹²⁵

6.2.5 Adopt legislation creating CADE career positions and provide adequate resources to hire and retain a sufficient number of qualified professional staff

No agency should be expected to operate for a decade using borrowed and temporary staff, especially where effective and efficient performance of the agency's mission depends so greatly on accumulated institutional knowledge. Without career and permanent positions, CADE cannot compete effectively against other agencies to hire qualified personnel. The 2000 Report concluded (p. 200) that providing staff for CADE "should be a top priority within the government and the Congress," a sentiment that can only be repeated here with emphasis on the word "top."

The problems that CADE faces will not, however, be resolved simply by the creation of career staff positions. The number of, and the compensation associated with, those positions is also critically important. The present employee staff at CADE, even including the 28 temporary assistants, is not sufficient to permit expeditious completion of the agency's work, thus contributing to the delay that afflicts CADE's proceedings. The situation at SDE is, if anything, worse, with a staff of 35 professionals attempting to handle 800 pending matters. In any event, additional resources are warranted if SDE and CADE are to increase efforts devoted to cartel enforcement (as recommended elsewhere in this report). The BCPS has

already done essentially everything possible to wring more productivity from existing resources. Additional output is not possible without additional staff.

Adequate compensation (including DAS authority) is also important if CADE is to hire and retain qualified employees. Problems attributable at least in part to inexperienced and overstretched staff, such as unduly burdensome information requests and inadvertent disclosures of confidential information, can be expected to diminish as employee tenure lengthens.

A separate personnel staffing issue arises with respect to the CADE Attorney General's Office. Although the lawyers in that Office report to the CADE Attorney General and not to the Federal Attorney General, the latter determines how many attorneys should be assigned to CADE. The current number is 13, down from the staff of 18 to 20 described in the 2000 Report (p. 187). Meanwhile, the number and complexity of pending court cases involving CADE as a party has increased significantly from 2000 to 2004. The actual market impact of many CADE decisions depends upon judicial enforcement, and assuring that CADE is adequately represented in the courts is therefore no less important than assuring that CADE has adequate personnel for its own processes. The number of attorneys assigned to the Attorney General's Office should be increased.

6.2.6 Consider establishing CADE regional offices

As a final point on the issue of resources, consideration might be given to the economic feasibility of establishing CADE regional offices in locations across Brazil. No agency other than CADE has authority to enforce Law 8884, and many conduct cases warranting prosecution can be expected to arise in population centres outside Brasilia. Maintaining a local presence will also enhance CADE's relationships with local public prosecutors and facilitate its efforts to promote the public's understanding of and support for competition policy.

6.2.7 Revise proposed bill to eliminate allocation of fine proceeds to CADE and SEAE.

Under the present law, all revenues from fine collections are remitted to the Fund for the Defence of Diffused Rights (CFDD). The proposed bill allocates 25 per cent of fine revenues to CADE and an equal amount to SEAE, with the remaining 50 per cent directed to the Fund. It is undesirable to give a law enforcement agency a budgetary interest in the size of fines it imposes by discretionary judgment. Even if the agency remains uninfluenced by the prospect of fine revenue, there is no means by which the agency's impartiality can be proven to

the companies on which fines are imposed. The better practice is to remit fines to a general account disassociated with the enforcement agency.¹²⁶

6.2.8 Modify the merger notification and review process to

- Adopt an explicit standard for reviewing the competitive implications of merger transactions.

Law 8884 does not now contain an explicit standard by which the legality of mergers is to be evaluated. To provide transparency for affected merging parties and guidance for the competition agency, the merger control law should include an express standard. The proposed legislation includes language prohibiting mergers that “eliminate competition in a substantial part of the relevant market, that can create or strengthen a dominant position, or that can dominate a relevant market.” This language, similar to that adopted in 2004 by the European Union, establishes a suitable basis for assessing mergers.

- Establish a pre-merger notification system.

Both the BCPS and the business community agree that the existing post-merger notification system in Brazil is unwieldy and inefficient. The proposed legislation establishes an effective pre-merger notification system by providing that the parties to a merger must preserve “the conditions of competition” between themselves and may not execute a notified transaction until it is evaluated by CADE.

- Eliminate the present market share notification threshold and adopt thresholds based on the domestic turnover of both the larger and the smaller parties to the transaction.

The present law requires a merger to be notified if the resulting entity controls twenty per cent of a relevant market, or if any participating company has total annual turnover of BRL 400 million. The statutory language does not specify that turnover is to be measured by sales in Brazil and thus may be read as referring to sales in the worldwide market. There are three defects to this formulation. First, the failure to restrict turnover to the Brazilian market sweeps into the notification net many transactions that have no cognisable competitive significance for Brazil. The international antitrust community concurs that countries should not seek to assert jurisdiction of mergers that lack a sufficient nexus with the country concerned.¹²⁷ CADE has recently decided that the existing language should be interpreted to cover only Brazilian turnover, but this restriction should be included in the statutory provision rather than left to the enforcement agency’s interpretation.

Second, one of the existing notification tests depends on market share. Again, the antitrust community agrees that notification requirements should be keyed only to standards that are objectively quantifiable and specifically recommends against the employment of market share as a test.¹²⁸

Third, the existing turnover test is triggered if only one party to the transaction meets it, regardless of the size of the other party. This, too, can result in the notification of mergers that have no possible anticompetitive potential. The international consensus recommendation on this point is that notification “should not be required solely on the basis of the acquiring firm's local activities, for example, by reference to a combined local sales or assets test which may be satisfied by the acquiring person alone irrespective of any local activity by the business to be acquired.”¹²⁹

The proposed bill addresses all of these defects by requiring notification only if (1) at least one of the transaction participants has total turnover in Brazil of BRL 150 million and (2) at least one other transaction participant has total turnover in Brazil of BRL 30 million. Thus, turnover is limited to Brazilian sales, the market share test is eliminated, and notification is required only if both the larger and the smaller parties to the transaction have an appropriate amount of Brazilian turnover.

- Eliminate notification of non-merger transactions.

Where notification systems cover not only mergers but all restrictive agreements, the common experience is that the costs imposed on the business community and on the enforcement agency exceed the resulting benefits to competition. The proposed statute, by expressly restricting the notification requirement to “mergers,” effectively eliminates the language in the existing law that requires reporting of non-merger transactions.¹³⁰

- Provide for expedited review and clearance of transactions that do not raise competitive concerns

The present law does not require notification prior to the consummation of transactions, and thus does not automatically suspend transactions while the BCPS conducts its review. The proposed bill establishes a pre-merger notification system under which consummation of notified transactions is prohibited until review is complete. The international consensus respecting such “suspensive” notification systems is that they should include a mechanism permitting expedited termination of the waiting period for transactions that do not raise material competitive issues.¹³¹

Under the proposed bill, the Directorate General must publish a summary notice of the proposed within five days after the notification filing is deemed complete. Thereafter, the Directorate General has 20 days either to request further information or to approve the transaction. In the case of approval, the Plenary has a 15 day period within which it may publish a notice announcing its determination to review the Directorate General's decision. If the Plenary takes no action during that period, the transaction's approval is confirmed and it may then be consummated. Thus, the proposed system entails an early termination mechanism under which non-controversial transactions will be approved no later than 40 days after filing (and perhaps sooner if the Directorate General acts in less than 20 days).

- Establish a final deadline by which CADE must determine whether to block a merger

Under the existing law, CADE must render a final decision on a merger within 60 days after the receipt of a recommendation from SDE (subject to suspension for the collection of additional information). Failure by CADE to meet its deadline means that the merger is deemed approved.

As noted above, the proposed bill introduces an early termination procedure under which an inoffensive transaction may be consummated 40 days after filing. For transactions that raise competition issues, the bill establishes a series of deadlines tracking each step in the process, rather than a single deadline for completion of the entire review. The Phase I investigation by the Directorate General must be completed within 60 days of the satisfactory production of information required from the parties, at which point the DG must either approve the merger or transmit it to the Plenary for judgment. (If the DG approves the merger, the Plenary has a 15 day opportunity to designate the approval for review.)

Once a contested case is lodged with the Plenary for review, the parties have 30 days to file a defence and thereafter the Reporting Commissioner has 20 days to order further investigation or schedule the matter for judgment by the Plenary. If there is further investigation, its completion triggers a 10 day period for the DG and the parties to file supplemental briefs, followed by a 20 day period during which the Reporting Commissioner must schedule the matter for judgment by the Plenary. There is, however, no deadline for the Plenary's final determination.

The international antitrust community agrees that competition agencies must have sufficient time to analyse complex transactions, but recognises also that extended review periods can cause abandonment of transactions, impair transition planning by the merging parties, and force deferral in the realisation of merger

efficiencies. The statement of general principle developed on this point by the ICN is that merger reviews should “be completed within a reasonable time frame. A reasonable period for review should take into account, *inter alia*, the complexity of the transaction and possible competition issues, the availability and difficulty of obtaining information, and the timeliness of responses by the merging parties to information requests.”¹³² Similarly, the OECD states that merger reviews “should be conducted, and decisions should be made, within a reasonable and determinable time frame.”¹³³

The ICN recommendations provide additional specificity with respect to waiting periods in suspensive merger review systems, recommending that jurisdictions “seek convergence of their waiting periods with the time frames commonly used by competition agencies internationally. Thus, initial waiting periods should expire in six weeks or less, and extended or ‘Phase II’ reviews should be completed or capable of completion within six months or less following the submission of the initial notification(s).”¹³⁴ It is important to note, however, that these recommended deadlines are for the termination of waiting periods, and are not deadlines for a final and definitive adjudication of the transaction’s merits. The ICN follows its waiting period deadline recommendations with the statement that parties should be free to consummate transactions upon expiration of waiting periods “unless the competition agency takes formal action to extend the waiting period (as, for example, by initiating Phase II proceedings), to impose conditions to closing, or to prohibit or enjoin the transaction.”¹³⁵

The proposed bill contemplates that, within forty days after notification is filed, Phase I review of the initial filing would conclude with either an early termination or conversion of the case into a Phase II investigative proceeding. Thus, the proposal conforms to the ICN recommendation respecting the duration of Phase I. Phase II under the proposal runs up to 165 days, at which point the matter must be scheduled for judgment by the Plenary if not otherwise resolved. While this is less than the six month period recommended by the ICN, the deficiency is that the last event subject to a deadline is submission of the case to the Plenary. The merging parties remain barred from consummation for however long the Plenary deliberates.

An effective solution would be to permit parties to consummate the transaction 20 days after the Reporting Commissioner schedules the case for Plenary deliberation, unless a Resolution 28 precautionary order is issued in the interim. A Resolution 28 order requires appropriate findings that a preliminary injunction is necessary and is itself an order subject to judicial review. Adding such a requirement to the end of the merger review process would require the Plenary to

demonstrate on the record why a transaction should continue to be blocked for more than six months.

- Establish formal settlement procedures for merger cases

The existing statute does not establish any formal mechanism for settlement of merger cases by consent. Negotiated resolution of merger cases should be encouraged because many competitively problematic transactions may be saved by some appropriate modification of the merger's elements. The proposed bill includes a suitable provision empowering the Directorate General (with the mandatory participation of the Reporting Commissioner) to negotiate a settlement agreement for a notified merger at any time before the case is lodged with the Plenary as a contested transaction. Once negotiated, the agreement must be published for at least ten days of public comment, after which the DG may either transmit the agreement to the Plenary for disposition or re-negotiate the proposal. The public comment period is a welcome feature of negotiated settlement procedures, as it helps assure the agency that it has correctly assessed the likely impact of the agreement on the relevant market.

Modify the leniency program to

- Eliminate exposure of leniency participants to prosecution under criminal laws other than the Economic Crimes Law

The existing leniency provision in Law 8884 (Art. 35-C) shelters cooperating parties from prosecution under Brazil's Economic crimes Law (No. 8137/90), but not under other criminal laws (such as those against racketeering and conspiracy) under which cartel participants might be attacked. The incentives of a conspirator to seek leniency are impaired by exposure to such a risk. The statute should be amended to bar any form of criminal prosecution for conduct that constitutes a violation of the competition law and is the basis for a firm's status as a leniency program participant.

- Reduce the exposure of leniency participants to civil damages awards

Under the existing law, leniency program participants receive no protection from civil damage suits by private parties. While this can serve to deter a conspirator from applying for leniency there are, in general, no good reasons to excuse a conspirator from liability for damages to those victimised by the conspiracy. Brazil's legal system, however, applies "joint and several liability" to the members of a conspiracy. This means that a conspirator can be required to pay

more than his share of damages if other members of the conspiracy are judgment proof. The principle underlying joint and several liability is that each member of a conspiracy (such as a price-fixing cartel) should be exposed to liability for the entire amount of damages caused by the conspiratorial scheme.

One option for dealing with the exposure of leniency applicants to civil damages would be to eliminate their joint and several liability, so that they would never be liable for more than the damages attributable to their own conduct. A further option would be to reduce or eliminate the damage award against the leniency defendant to the extent that offsetting funds are available from other conspirators.¹³⁶

- Adopt regulations providing that incriminating evidence provided by leniency program applicants will not be used against them if they are found ineligible for participation.

The existing law provides (Art. 35-B, §10) that proffers by leniency applicants later found to be ineligible must be kept confidential by the BCPS and will not be treated as an admission that the party engaged in the conduct at issue or that the conduct is unlawful. The statute does not, however, constrain internal use of the information by the BCPS itself. This is another form of exposure to risk that can deter leniency applications. The BCPS should adopt regulations prohibiting program intake officers from disclosing to investigative personnel any confidential information received from program applicants later found ineligible.¹³⁷

6.2.9 Consider designating specialised judges and appellate panels to resolve competition law issues

Whether or not CADE is successful in persuading the judiciary to review CADE's decisions only for procedural irregularities and not to address antitrust issues, Brazilian courts will nonetheless confront antitrust questions in adjudicating criminal cases under the Economic Crimes Law and civil suits seeking antitrust damages. Although there are constitutional constraints on the creation of specialised courts, the chief judge of a regional appellate court may designate specialised panels to hear appeals of antitrust cases and may also suggest to the first instance courts in the region that specialised judges be designated to hear first instance antitrust cases. If judges are designated for service as specialists, they should receive appropriate training in the analysis of economic issues, which could then also be employed in resolving cases that involve sector regulatory agencies or that otherwise raise economic issues.¹³⁸

6.2.10 Limit the Economic Crimes Law to cartel violations

The federal Economic Crimes law (No. 8137/90) prohibits not only cartel agreements among competitors to fix prices, divide markets, or rig bids, but also unilateral conduct involving alleged abuse of economic power, unjustified price increases, predatory pricing, and price discrimination. While unilateral conduct can be anticompetitive, it is not necessarily so, and exposing it to criminal law enforcement risks deterring or punishing efficient economic behaviour. CADE is better equipped to deal with such conduct under Law 8884. The Economic Crimes Law should therefore be amended to delete non-cartel conduct from its ambit.

6.2.11 Consider limiting civil suits for antitrust damages to parties and conduct that have been subject to a specific finding of illegality by CADE.

Private plaintiffs in Brazil may file suit against seeking antitrust damages under Law 8884 and other laws. Just as exposure to prosecution under the Economic Crimes Law can deter pro-competitive behaviour, exposure to private suits for antitrust damages can do likewise. Private damage suits may be commenced in any of Brazil's first instance courts, and there is no information available to determine how frequently such suits are undertaken or how often they result in awards against conduct not properly characterised as anti-competitive. One method for confining private suits to legitimate claims is to amend the law so that such suits may be filed only against parties and conduct that have been subject to a specific finding of illegality by CADE. Such an amendment could include a sunset clause under which the restriction would lapse after a certain number of years unless renewed. Such a clause would provide an opportunity to collect information about and assess the record of private antitrust enforcement in Brazil. If such legislation is not considered appropriate, efforts should nevertheless be undertaken to collect information going forward about the volume, nature, and outcome of private antitrust litigation.

6.2.12 Adopt the provisions in the omnibus sector agency bill establishing standard procedures for enforcing the competition law

Although Law 8884 applies to firms in regulated sectors, most of the sector agency laws neither refer specifically to the competition law nor establish procedures for cooperation between the sector agency and CADE with respect to its enforcement. The pending omnibus bill for sector regulatory agencies includes suitable provisions requiring sector agencies to monitor their industries for compliance with the competition law, report suspected violations, and provide technical reports on request to the CADE for use in enforcement proceedings. CADE, for its part, is required to notify the relevant agency of decisions affecting

sector firms rendered in conduct and mergers cases, so that the agency may adopt any necessary legal measures.

6.2.13 Adopt the provisions in the omnibus sector agency bill establishing standard procedures for the participation of SEAE in agency proceedings to promulgate norms and regulations

Under the proposed bill reorganising the BCPS, SEAE's focus is re-directed to competition advocacy, and it is given specific responsibility for promoting competition by consulting with regulatory agencies and opining on proposed regulations. The pending omnibus bill for the sector regulatory agencies includes appropriate complementary provisions establishing a specific role for SEAE in sector rulemaking proceedings. Thus, regulatory agencies are required to request an opinion from SEAE 15 days before proposed norms and regulations are posted for general public comment, and SEAE is required to file within 30 days thereafter a public opinion on the competitive implications of the proposal. The regulatory agencies are obligated to respond on the record to comments filed during the public comment period.

6.2.14 Adopt the pending bill providing for enforcement of the competition law in the banking sector

The pending bill, devised jointly by the Central Bank and CADE, provides a suitable vehicle for resolving the long-standing disagreement between the two agencies over application of the competition law to financial institutions. The bill provides that the Central Bank will have exclusive responsibility for reviewing mergers that involve a risk to the overall stability of the financial system. In all other merger cases, the Bank will investigate jointly with the BCPS, and CADE will have dispositive authority. Authority for handling conduct cases in the banking sector will be lodged exclusively with the BCPS.

Recommendations for CADE

6.2.15 Address anti-competitive restraints by state and local governments

This renews a recommendation made by the 2000 Report (p. 195), which urged CADE to exploit its political and moral authority as the national competition agency by employing Article 7 X and the consultation procedure under Resolution 18 to examine anti-competitive restraints imposed by state and local governments. Article 7 X confers power on CADE not only to request action from federal agencies but from "state, municipal, Federal District and territorial authorities" as well. CADE has employed its Article 7X authority to address local regulation only rarely, and in

recent years only when the regulatory issue arose in the context of a law enforcement proceeding. The 2000 report observed (p. 195) that CADE could perform “a highly useful function” by assessing local regulatory schemes, reflecting the view that anti-competitive restraints imposed by law are often more harmful to competition than any restraints imposed by private agreement. As described previously in this report, SDE’s competition department (DPDE) has been cooperating with SDE’s consumer protection department (DPDC) to present joint conferences and training workshops about competition law for local consumer protection entities in the Brazilian states. This program could serve as a vehicle for identifying local regulatory systems that warrant CADE’s consideration.

6.2.16 Serve as a competition advocate with respect to federal legislation and regulatory programs

Although the proposed bill provides SEAE with special responsibility for assessing the competitive implications of government regulatory activities, CADE will still retain its power under Article 7 X of the competition law to request that federal agencies take any actions necessary for compliance with the competition law. CADE has construed Article 7 X as vesting it with authority to recommend changes in anti-competitive regulations, and it should continue to maintain that interpretation. CADE plays a critical role in the regulatory process as the only autonomous agency with the appropriate authority and expertise to opine on competition policy issues. SEAE, as an Executive Branch agency, is ultimately responsible to the Minister of Finance and hence subject, at least potentially, to political control of its advocacy positions.

6.2.17 Update the 2001 Horizontal Merger Guidelines

Merger guidelines not only establish an analytical framework for the competition agency to employ in considering merger cases but also make the merger review process more transparent and predictable to the private sector. For this reason, the international antitrust community encourages competition agencies to review and revise their guidelines regularly to reflect current practice and implement improvements.¹³⁹ The current merger guidelines issued by the BCPS in August 2001 do not appear to reflect the analytical elements actually employed in the examination of mergers. As noted previously, the guidelines do not mention the Herfindahl-Hirschman (HHI) index for measuring market concentration or the failing firm defence, although CADE in fact employs both concepts in its merger decisions. A project to review the guidelines would also provide an opportunity for the BCPS to address the recommendations issued by the International Competition Network for formulating merger review guidelines.¹⁴⁰

6.2.18 Assure that case decisions enable the public to assess rationality and fairness in application of the competition law.

Transparency is an important feature of decision-making by competition agencies because the private sector needs a clear understanding of legal constraints if it is to engage in efficient business planning. Moreover, the prospects for achieving a high degree of compliance with the competition law depend heavily on the advice provided by competition law practitioners to their business sector clients, and reliable advice cannot be provided if the enforcement policies are unpredictable. The International Competition Network, in comments directed to merger review proceedings but equally applicable to conduct cases, has recommended that

A reasoned explanation should be provided for decisions to challenge, block or condition the clearance of a transaction, and for clearance decisions that set a precedent or represent a shift in enforcement policy or practice. . . . What matters is that the available information should allow the public to monitor consistency, predictability, and fairness in the application of the merger review process.¹⁴¹

Similarly, the OECD has urged member countries to “ensure that the rules, policies, practices and procedures involved in the merger review process are transparent and publicly available, including by publishing reasoned explanations for decisions to challenge, block or formally condition the clearance of a merger.”¹⁴²

Decisions issued by CADE are fully reasoned, but do not always tie the analysis to applicable guidelines or identify whether the agency is introducing a new or modified analytic element. Some additional attention to the interests of the private sector in understanding the evolution of CADE’s analytic approach would be desirable.

6.2.19 Permit settlement of conduct cases by consent even where the defendant admits unlawful behaviour

Article 53 of the existing law provides for the settlement of conduct cases by consent. An Article 53 settlement entails no admission of liability or guilt by the defendant and no monetary fine is assessed by CADE. Such settlements are, however, extremely rare, principally because SDE will not enter settlement negotiations if it already has sufficient evidence to convict the defendant of the violation under investigation. Also, Article 53 is unavailable by its terms in any horizontal violation cases involving price fixing, bid-rigging, market division, and similar conduct (Art. 53 §5).

SDE's policy on Article 53 is designed to prevent defendants from awaiting the conclusion of SDE's investigation before seeking settlement. This approach, as well as the statutory denial of settlement in cartel cases, reflects sound policy where settlement entails no admission of liability and no penalty. A settlement mechanism should also be available, however, where a defendant in any type of conduct case does not wish to contest CADE's charges and is willing to plead guilty, pay a fine, and accept an order terminating the offending conduct. Under the proposed bill, the minimum fine in a CADE proceeding will be BRL 6000 (USD 2400), rather than 1 per cent of annual turnover as the law presently requires. The ability to negotiate for a minimal fine should provide an incentive for firms to settle rather than engage CADE in protracted administrative litigation and judicial review proceedings. CADE could issue an appropriate remedial order (after a public comment period) and impose a small fine, thus effectively restoring competition without the delay and expense associated with litigation. It is difficult for a competition agency to function effectively if all of its cases are fully contested. CADE should consider this and other ways of encouraging defendants to resolve conduct cases by consent.

6.2.20 Treat private suits seeking antitrust damages as opportunities for competition advocacy and develop more information about the competitive impact of such litigation

Under Article 89, a court in which a private suit has been filed that involves the application of Law 8884 must notify CADE and invite CADE to assist in the proceeding. CADE's policy is to accept such invitations only when the conduct at issue in the private action has been the subject of a CADE proceeding and CADE has rendered a final decision on the conduct's legality. For cases in which CADE has no proceeding of its own, CADE should consider treating such invitations as opportunities for competition advocacy. Particularly with respect to private cases that involve attacks on such conduct as predatory or abusively high prices, CADE could provide useful advice to the court about how to evaluate such claims under law 8884. In this respect, CADE should also undertake to develop a database containing information about the volume, nature, and outcome of civil suits for antitrust damages filed under Article 29 of Law 8884 and under other laws, such as the Consumer Defence Code and the Class Actions Law, that provide a basis for antitrust damage claims.¹⁴³ Information of this kind is necessary to assess whether private antitrust litigation is contributing to or detracting from effective competition law enforcement.

6.2.21 Continue existing programs to:

- focus law enforcement efforts on cartel cases;
- develop law enforcement cooperation agreements with sector regulatory agencies and prosecute anti-competitive conduct by firms in regulated sectors;
- establish consensus with the Public Prosecutor's Office respecting the role of the public prosecutors assigned to CADE under Article 12 of Law 8884;
- promote understanding of, and appreciation for, competition law both among (1) public prosecutors, to facilitate the cooperation of prosecutors in operating the leniency program and to discourage anti-competitive enforcement of the Economic Crimes Law,¹⁴⁴ and (2) members of the judiciary, to improve the quality of analysis applied by the courts in cases raising competition issues;
- increase the recognition and acceptance of competition principles in society at large, as an advocate for development of a competition culture in Brazil.¹⁴⁵

CADE and SDE have existing programs underway in each of these five areas, as described previously in this report. All of these efforts are important to the advancement of competition law and policy in Brazil and deserve continued support.

NOTES

1. Published as *Competition Law and Policy Developments in Brazil*, OECD Journal of Competition Law and Policy, October 2000, vol. 2, No. 3. Page citations are to this publication.
2. The *real* was subsequently released to float against the dollar as the result of a balance of payments crisis in 1999.
3. The proposed bill described in this report is the consensus draft of the BCPS agencies released by the government in February 2005. The draft is undergoing revisions before formal submission to Congress, and the description in this report should therefore be understood as a reflection of what reforms the agencies jointly proposed, not a prediction of what will emerge from the legislative process.
4. Alternative Bill to amend Law 3337/04 (Congressman Picciani).
5. Bill for a Complementary Law No. 344.
6. According to the BCPS, the reference to the “social role of property” in both the Constitution and the antitrust law reflect the proposition that property owners are not necessarily entitled to retain the totality of benefits arising from ownership, but may be obliged to share those benefits in some fashion with the rest of society.
7. The proposed legislation amending Law 8884 leaves the conduct violations specified in Articles 20 and 21 essentially unchanged, except that the reference to abandonment or destruction of crops or harvests in Article 21 XVII is replaced by an express reference to demands for or grants of exclusivity (including territorial exclusivity) in the distribution of products or services.
8. CADE’s Attorney General advises that this clause could apply if, for example, company A (a producer of widgets) falsely convinced widget buyers that company B (a competing widget manufacturer) used inferior raw materials, thus forcing B to cut prices in response to falling demand.
9. The final paragraph in Article 21 provides that “for the purpose of characterizing an imposition of abusive prices or unreasonable increase of prices, the following items shall be considered, with due regard for other relevant economic or market circumstances: (I) the price of a product or service, or any increase therein, vis a vis any changes in the cost of their respective input or with quality improvements; (II) the price of a product previously manufactured, as compared to its market replacement without substantial changes; (III) the price for a similar product or service, or any improvement thereof, in like competitive markets; and (IV) the

existence of agreements or arrangements in any way, which cause an increase in the prices of a product or service, or in their respective costs.”

10. The guidelines themselves state that they are also intended to serve as guidance for the public, and to that end have been issued pursuant to the Council’s authority under Article 7 XVIII of the Competition Law to “make the forms of violations of the economic order known to the public.”
11. Because predatory pricing is not conventionally characterized as a “horizontal” practice, BCPS staff anticipates that this aspect of the guidelines will be altered when the guidelines are next revised.
12. A cartel case, of course, also requires proof of collusion. The guidelines provide that substantiating evidence “need not be restricted to documentary evidence, but may include circumstantial evidence such as the absence of economic rationale for adoption of a practice that is not necessarily illegal.” Attachment II, § B1.2. Despite this language, CADE does not rely on the absence of an economic explanation to attack such conduct as parallel pricing. It requires “plus factors,” like meetings or data exchange among the participating firms, to find collusion.
13. SEAE, for example, restructured to create new units in São Paulo, Rio de Janeiro, and Brasilia devoted exclusively to cartel investigations.
14. Statistically, the BCPS characterizes the medical association cases as abuse of dominance rather than as horizontal conduct, on the grounds that prosecution is against a single dominant entity (the association) rather than against individual physicians (who typically have little choice but to become association members). This report, in contrast, treats the cases as “horizontal” because they entail arrangements that restrain trade among association members who are otherwise competitors.
15. In March 2005, in a separate action, CADE accepted a settlement agreement negotiated between SDE and ATPCO under which ATPCO terminated the three-day notice feature of its system with respect to Brazilian airlines.
16. As with the medical association cases, the BCPS characterizes the Unimed cases as abuse of dominance rather than as horizontal conduct. This report treats the Unimed cases as “horizontal,” again, because they entail arrangements that restrain trade among health professionals who are otherwise competitors.
17. SDE, however, has a proceeding underway to examine whether the agreement served as a cover for collusion between TAM and Varig with respect to the number of scheduled flights. SEAE’s initial investigation indicated that both airlines had terminated profitable flights after the agreement was implemented.
18. CADE also recommended that Brasilia repeal the restriction on parking lot filling stations, and its recommendation was recently adopted by municipal government. Meanwhile, the defendants have appealed CADE’s decision to the courts, arguing

in part that an agreement to seek anti-competitive legislation can never be unlawful.

19. On similar grounds, CADE also rejected other predatory pricing complaints, including claims respecting the retail sale of cellular telephones (2004), beer (2004), and medicines (2000 and 2003).
20. This case is discussed in greater detail later in this report.
21. Joint Directive No. 50, p. 1 n. 1 (Aug. 1, 2001).
22. Prior to October 2000, all statutory references to fines were stated in terms of tax reference units, the value of which was adjusted for inflation. The tax reference unit was abolished in October 2000. Since that time, all newly-enacted statutory fines have been stated in terms of *reais*, the Brazilian currency unit. The terminal value of a tax reference unit is fixed at BRL 1.0641, or about USD 0.42 at the recent exchange rate of USD 0.39 for BRL \$1.
23. CADE does not, for example, impose a separate fine on unlawful cartels for failing to file a notification. A practical consequence of this practice is that CADE does not maintain a “cartel registry.”
24. Law No. 9781/99 established the initial BRL 15,000 fee and directed that all proceeds be deposited to CADE’s account. Law 10149/00 increased the fee to BRL 45,000, with the proceeds to be shared equally among CADE, SDE, and SEAE.
25. These conditions are the same as those applicable in determining permissible conduct under Article 81(3) of the European Union’s competition law.
26. The standard is essentially identical to that in the new merger regulation (No. 139, Art. 2(3)) adopted by the European Union in 2004.
27. Certain passages in the Guidelines (such as paragraphs 13, 14 and 25), suggest that a “total surplus” standard will be applied to evaluating mergers, while other passages (such as paragraph 87) indicate that an increase in consumer surplus is necessary for approval of a merger that will enlarge the market power of the merging parties. CADE’s decision in the recent Nestlé-Garoto case employed the consumer surplus standard without determining whether that was the only permissible approach to merger assessment.
28. Article 58 paragraph 2 contemplates that performance commitments will “provide for volume or quality objectives to be attained within predetermined terms.” In formulating commitments, Article 58 paragraph 1 also requires CADE to “take into consideration the extent of international competition in a certain industry and their effect on employment levels, among other relevant circumstances.”
29. The 2000 Report noted (p. 201), that CADE had imposed conditions on about 3 per cent of notified transactions in 1998 and 1999, the same percentage that characterizes the period from 2000 to 2004. Statistics for competition agencies in

other countries show merger intervention rates in the same range. Some practitioners in Brazil have observed that CADE's 3 percent rate is not consistent with the view that the merger notification thresholds are too broad. That is, if many innocuous merges that would not be reported in other countries are reported in Brazil, CADE's intervention rate should be lower than rates elsewhere. One possible answer to this point is that CADE's "structural" intervention rate is substantially lower than 3 percent, standing at 0.26 percent (7 transactions, consisting of four structural cases and three disapprovals, out of 2672 reported).

30. Prior to 2000, performance commitments imposed by CADE in several merger cases required that retraining and relocation programs be provided for employees displaced by the closing of production facilities. The most recent case involving such a requirement is the 2000 AmBev beer merger, described in the previous Report (pp.204-05).
31. See, e.g., "New Commissioner Joins CADE," Global Competition Review (May 11, 2005).
32. SDE has recently been developing its own economic expertise. It has established a quantitative methods centre, headed by a senior economist, to increase the volume and quality of econometric analysis in SDE investigations.
33. ADC Telecommunications Inc. / Krone International Holding Inc., announced January 19, 2005. CADE expects to issue in the near future a formal resolution confirming this interpretation.
34. The 2000 Report noted (p. 207) that, in 1998, 7 per cent of notifications were judged by CADE to have been filed late, a number that jumped to 19 per cent in 1999.
35. To obtain an injunction under Brazilian law, there must be a clear underlying right at stake (that is, the claim must be well founded under colour of law, or "*fumus boni juris*"), and there must be a risk of irreparable harm to that right if relief is denied (that is, there must be danger in delay, or "*periculum in mora*").
36. Article 4 of the Resolution also provides that the order may be issued without advance notice to the parties in exigent circumstances, but CADE has never employed that authority.
37. For example, the 2002 APRO entered with respect to the acquisition of Sé Supermercados by Companhia Brasileira de Distribuição required that no stores be closed and that the ratio of employees to overall sales be held at least equal to the average ratio for the top ten supermarket chains in Brazil.
38. Prior to implementation of the joint merger review procedure in January 2004, SDE and SEAE usually reached similar conclusions in merger cases, although they sometimes differed on the remedial conditions to be imposed in problematic cases. For most cases transmitted to CADE since January 2004, the two agencies have formulated a single joint recommendation. CADE virtually always approves

transactions for which SDE and SEAE recommend approval. In cases where conditions are recommended, CADE sometimes changes the terms of the conditions proposed. Often, such changes arise from proposed modifications offered by the merging parties after the case reaches CADE.

39. A further provision added in 2004 by Joint Ordinance No. 8/2004 extended the summary procedure to transactions in which no participant has a Brazilian turnover greater than BRL 400million. Except for transaction reportable under the 20 per cent market share test, this provision has been rendered moot by CADE's decision to rely solely on Brazilian sales in applying the turnover threshold.
40. This was not formerly the case with respect to SDE, which routinely overran its 30 day deadline even after adjusting for information requests.
41. One section in the proposed law, dealing with procedures at Plenary meetings, provides SEAE with the opportunity to present oral argument respecting any case in which it has been involved. This provision contrasts with CADE's existing procedural regulation (Resolution 12 paragraph 12), which states that only the "respondent, claimant or inquirer, or their respective lawyers" may be invited to make statements during CADE judgment deliberations. According to the 2000 Report (p. 206), SDE and SEAE "regretted" that they could not appear before CADE during deliberations on the AmBev beer merger case to defend their recommendations against criticism by the merging parties.
42. Under existing Article 54 paragraph 5, the fine for an untimely filing ranges from 60,000 to 6 million UFIR (tax reference units). Because the UFIR has been abolished, the proposed law restates the limits as BRL 60,000 to 6 million. This results in a slight reduction in the fine limits, because the value of a tax reference unit is fixed at BRL \$1.0641. The draft law likewise converts into *reais* the fine limits in all the other articles of Law 8884 that are now stated in terms of UFIR (specifically, Articles 23, 25, and 26).
43. SDE is divided into two Departments, one with responsibility for the competition law (the Department of Economic Protection and Defence, or DPDE), the other responsible for the consumer protection law (the Department of Consumer Protection and Defence, or DPDC).
44. Article 10 §III, which provides that the Attorney General (with CADE's preliminary approval) may "request court measures with a view to curbing violations of the economic order" is considered problematic and has never been employed. Where injunctive relief is necessary, SDE invokes Article 52, under which orders to prevent anti-competitive injury may be issued during the pendency of an administrative proceeding.
45. CADE's Attorney General is theoretically subordinate to the Federal Attorney General, but in practice operates independently. Similarly, although the staff attorneys in CADE's Office of Attorney General are provided by the Federal

- Attorney General and are theoretically responsible to that office, they in fact act under the direction of CADE's Attorney General.
46. Three of these cases are described in the portion of this report dealing with judicial review of CADE proceedings.
 47. Another provision in Law 8884 that mentions the Public Prosecutor is Article 10 §IV, which authorizes the CADE Attorney General (with CADE's preliminary approval) to settle cases pending in court "after hearing a representative" of the Public Prosecutor. There have been no settlements of pending court cases in CADE's history, and hence no occasion to determine the role of the Prosecutor in that situation.
 48. The terms of the Commissioners are expressly made non-coincidental, so that, in any four-year cycle, two terms will expire in the second year, two more in the third year, and three in the fourth year
 49. Prior to the 2000 amendments, SEAE had no investigative powers under Law 8884 as such. The 2000 Report noted (p. 188) that a separate law (No. 9021) provided SEAE with certain investigative powers. Under Article 10 of Law 9021, SEAE may require a firm to justify its actions where SEAE has evidence that the firm may have violated Law 8884 by imposing excessive prices or abusive price increases. SEAE ceased using Law 9021 after 2000 in favour of its expanded authority under Law 8884.
 50. The SDE Secretary also has discretion whether or not to disclose the existence of a preliminary investigation. Maintaining such investigations in confidence was mandatory prior to the enactment of the 2000 amendments. Those amendments also vested SEAE with discretion whether to disclose the existence of an SEAE inquiry (Art. 35-A, §2).
 51. The statute of limitations applicable to violations of Law 8884 depends upon whether the conduct at issue also violates a criminal law. If so, the limitation for institution by SDE of an administrative proceeding is 12 years from the date of the violation. Law No. 9873/99. If not, the limitation is five years. SDE Ordinance No. 849 (Sept. 22, 2000) Art. 54.
 52. From 2000 to 2004, CADE reviewed 127 SDE determinations to close preliminary investigations: 34 in 2000, 32 in 2001, 7 in 2002, 1 in 2003, and 53 in 2004.
 53. Article 30 paragraph 2 also provides that formal complaints addressed to SDE by the Senate or House of Representatives must proceed directly to an administrative proceeding without preliminary investigation.
 54. SDE Ordinance 849 (2000) establishes SDE's rules of operation for preliminary investigations, administrative proceedings, evidentiary hearings, expert witnesses, case referrals to CADE, Article 52 interim relief, Article 53 settlements, leniency, and the protection of confidential information.

55. In conduct cases with respect to which SEAE has opted to provide an opinion, the conclusions reached by SEAE are typically congruent with those of SDE, although the method of analysis may differ. CADE's final decisions with respect to the legality of the conduct under scrutiny rarely diverge from the conclusions recommended by SDE (and SEAE), but CADE sometimes formulates a different remedy where a violation is found.
56. Under Brazilian law, wiretapping is available only in criminal investigations.
57. The implementing regulations for the program appear in Chapter V of SDE Ordinance 849 (2000).
58. A corporation or individual that attempts to enter into a leniency agreement but is found to be ineligible may enter into another agreement concerning illegal conduct of which SDE is unaware. In such a case, the offender's penalty in the original proceeding will be reduced by one-third, without prejudice to securing the full benefits of leniency with respect to the new infringement (Art. 35-B, §§ 7, 8).
59. Another constitutional objection, not generally considered to be persuasive, is based on a provision in the Brazilian Constitution (Art. 98 I) that provides expressly for "conciliation" of small criminal cases in special local courts. The absence of a Constitutional reference to "conciliation" of any other criminal cases is asserted to imply that defendants in such cases are ineligible for leniency.
60. Such agreements provide effective protection to leniency program participants because other prosecutors defer to the jurisdiction of whichever prosecutor first undertakes action in a specific case.
61. According to one commentator, establishing a competition law compliance program has become a priority for multinational enterprises operating in Brazil. See, Zarzur, Cristianne, *Cartel investigation in Brazil—moving forward into global trends*, Global Competition Review (2004), available at http://www.globalcompetitionreview.com/ara/bra_cartels.cfm
62. Preventive orders are not issued in cartel cases because an order barring "collusion" adds nothing to the existing statutory prohibition.
63. Also under investigation in this case (although unaffected by the interim order) is the Association's conduct in successfully lobbying the municipal government in Brasilia for an ordinance under which only Association members are permitted to sell fire equipment in the Federal District.
64. No similar publication requirement applies to settlements negotiated with the Reporting Commissioner once the case is pending before the Council. As a practical matter, however, the principle that settlement is inappropriate where the government already has sufficient evidence to find a violation assures that cases reaching CADE will rarely be eligible for a negotiated settlement.
65. CADE Resolution 20, Art. 2 (June 9, 1999).

66. The 2000 amendments did not extend to CADE the new authority in Article 35-A to request that the Federal Attorney's Office obtain judicial warrants for unannounced searches. Article 35-A is reserved to SDE and SEAE.
67. CADE Resolution 20, Art. 3 (June 9, 1999).
68. CADE Resolution 12 (1998), Article 15. Resolution 12 establishes internal rules of operation for the Council, including procedures for Council meetings, evidentiary hearings, enforcement of judgments, and the protection of confidential information.
69. CADE may also recommend to the appropriate government agencies that compulsory licenses be granted for patents held by the defendant, and that any tax incentives or subsidies accorded to the defendant be terminated.
70. SDE's procedural regulation states that the agency's processes will be conducted to "observe, among others, the rules of lawfulness, purpose, motivation, reason, proportionality, morality, full defence, adversary proceedings, legal security, public welfare and efficiency." SDE Ordinance 849, Art. 2 (2000).
71. SDE Ordinance 849, Ch. VIII (2000), CADE Resolution 12, Pt. II, Sec. 2 (1998).
72. The BCPS agencies state that they have tightened procedures designed to safeguard confidential material from disclosure, inadvertent or otherwise.
73. The bill retains the provision in the existing law under which complaints addressed to SDE by the Senate or House of Representatives must proceed directly to a formal investigation ("administrative inquiry" without a preliminary investigation ("preparatory procedure"). The provision is expanded so as to be applicable also to complaint recommendations from SEAE (which, as noted previously, no longer exercises compulsory investigative authority of its own).
74. See 2000 Report, p. 194.
75. CADE, in turn, decided the case in July 2005.
76. CADE Resolution 12, Art. 15 (1998).
77. It is perhaps also worth noting that Brazil has a very long tradition of highly bureaucratized government in which lengthy delay is standard procedure. See Rosenn, Keith S., *Brazil's Legal Culture: The Jeito Revisited*, 1 Florida International Law Journal 1 (1984).
78. The penalty provisions in Article 25 do not apply to precautionary orders and hold-separate agreements (APROs) entered in merger cases under CADE Resolution 28, because those items are not founded on Law 8884. Articles 12 and 13 of the Resolution provide that such orders and agreements will specify a daily fine to be assessed by CADE in the event of non-compliance. To date, CADE has not had occasion to assess any fines under those provisions.

79. Law 8884 provides that CADE has discretion to file judicial actions seeking execution of fines either in the Federal District (Brasilia) or in the district where the defendant is domiciled (Art. 64). CADE's general preference is to file in Brasilia because it is convenient to CADE's office and because the courts in Brasilia are more likely to have had previous experience with (and thus be more familiar with) CADE as a law enforcement agency. CADE does, however, pursue execution at the defendant's domicile in cases where attachment of assets is necessary to satisfy the fine.
80. Interest accumulates at a statutory rate against the fine amount assessed, so that defendants will be discouraged from engaging in frivolous litigation simply to delay payment.
81. The Federal Attorney's Office is responsible for collecting any fines imposed by SDE or SEAE.
82. Under Article 66 of Law 8884, a court may, in appropriate circumstances, order immediate compliance with the conduct provisions of a CADE decision "notwithstanding the deposit of fines in court or the posting of bonds."
83. The competition law does not itself provide for judicial review of agency decisions. Article 5 § XXXV of the Brazilian Constitution guarantees judicial review of any act that causes damage to or threatens the rights of a party.
84. Although CADE decisions approving SDE Article 52 preventive orders would appear to be ripe targets for judicial challenge by the affected parties, the CADE Attorney General's Office could provide no record of such litigation.
85. For the first regional court, which sits in Brasilia and frequently hears BCPS cases, there are three judges in a panel and five in a section.
86. In the regional courts and in the STJ, both panels and sections comprise less than the total number of judges on the court. Ordinarily, the full court meets only to address administrative matters.
87. Article 68 of Law 8884 provides that the execution of CADE decisions "shall be afforded priority over other kinds of action" (except for habeas corpus and certain writs). This provision does not, however, apply to actions commenced by defendants against CADE decisions.
88. CADE invokes various provisions of a civil procedure law (No. 8437/92) on this issue. The proposed bill to amend the competition law includes a provision making Law 8437 expressly applicable to decisions rendered by CADE.
89. Implementation of the second instance court's decision has been stayed while the court considers the defendant's motion for clarification.
90. Constitution Art. 103 IX. Because the case was filed against Congress and the President of the Republic, and did not arise from a CADE proceeding, CADE is not a party before the Court.

91. In the Supreme Federal Court case, a Unimed is asserting that application of Law 8884 to such non-profit health cooperatives as Unimedes would violate the right to association guaranteed under Article 5 XVII of the Brazilian Constitution.
92. The Resolution implemented Article 7 XVII of Law 8884, which empowers CADE to “answer consultations on matters within the sphere of its authority.”
93. No statistics are available on the number of criminal indictments for antitrust violations.
94. Article 29 also provides that any pending CADE proceeding that is examining the same conduct at issue in the private suit may not be stayed during the pendency of such a private action.
95. To obtain service of process on individuals located overseas, the BCPS must rely on rogatory letters issued by the Federal Supreme Court.
96. This market definition formulation was adopted by the BCPS in a 2003 merger case involving Woodward Governor Company and Knowles Intermediate Holding, Inc.
97. The role of international trade is also mentioned explicitly in Article 58 of Law 8884, which is the provision authorizing CADE to impose “performance commitments” on merging parties. The statute provides that, in formulating such commitments, CADE shall “take into consideration the extent of international competition in a certain industry and [its] effect on employment levels, among other relevant circumstances” (Art. 58 ¶ 1).
98. The four Mercosur members maintain a common external tariff and negotiate as a bloc in international trade fora. Chile and Bolivia became Mercosur associate members in 1996 and 1997, respectively, but do not participate in the common external tariff.
99. In addition to Article 54 notification fees, CADE also collects miscellaneous fees for providing consultations under Resolution 18, for photocopying services, and for the sale of publications.
100. This charge, instituted in 2002 and known as the “Fiscalization Fee,” generated revenues (in USD thousand) of \$550 in 2002, \$480 in 2003, and \$300 in 2004.
101. CADE’s 28 temporary assistants are another exception.
102. By law, appointments at the highest three DAS levels must be made by the President of the Republic. In the DAS system, level 7 is a Minister’s position, level 6 is a Ministry Secretary (or at CADE, the President), and level 5 is a Ministry Deputy Secretary or Department Director (or a CADE commissioner).
103. CADE’s conspicuously higher number of non-DAS contract employees (124, compared to 15 and 16 for the other two agencies), suggests that CADE has an unduly large contingent of support service personnel. This impression is

- misleading for two reasons. First, as noted above, 28 of CADE's non-DAS contract employees are professionals hired on temporary contracts to undertake substantive work. Second, both SDE and SEAE receive support services from central ministry offices whose employees do not appear on SDE or SEAE rosters.
104. One civil service position description has proven to be especially helpful to both SDE and SEAE because it is broad enough to cover the mission work involved in competition law enforcement. The position, titled "Expert on Public Policy and Governmental Management" (Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, or "gestor") is designed for employees engaged in policy analysis and implementation. Gestor positions are created and allocated by PBM, and are relatively few in number. At the end of 2004, SDE employed 12 gestores, while SEAE employed 23, most of whom were in positions with a DAS salary supplement. In contrast, CADE employed only one gestor, who likewise held a DAS position.
 105. Although the lawyers in the CADE Attorney General's Office report to the CADE Attorney General and not to the Federal Attorney General, the latter determines how many attorneys should be assigned to CADE. The current number is 13, down from the staff of 18 to 20 described in the 2000 Report (p. 187).
 106. One cost of poor institutional memory was encountered in the process of preparing this report, as CADE found it difficult to respond to inquiries about its activities during the period from 2000 to 2001. Few employees remain from that era and archival research proved to be very time consuming.
 107. Of the 800 matters, about half are complaints that have been docketed but as to which no determination has yet been made respecting whether to open an inquiry. About 200 are preliminary investigations, another 200 are administrative proceedings, and 25 are merger cases.
 108. Even so, there are some functions at both SDE and SEAE that do not readily match ministry civil service position descriptions. Both agencies, therefore, also try to obtain gestor positions from PBM. As noted previously, at the end of 2004, SDE employed 12 gestores and SEAE employed 23.
 109. The references usually appear in a list of "constitutional principles" deemed applicable to economic regulation. Article 5 of the Telecommunications Act, for example, requires that the telecommunications agency consider principles of "free competition, free initiative, consumer protection, and restraint of abusive economic power," as well as "national sovereignty, the social role of property, reduction of regional and social disparities, and continuity of service" when making decisions.
 110. Law 9478/97, Art. 10.

111. For this purpose, CADE invokes Article 7 IX of Law 8884, which authorizes CADE to “request information from individuals, agencies, authorities and other public or private entities” in furtherance of its statutory duties.
112. Regulation was previously in the hands of the Transportation Ministry.
113. There is little intercity or interstate rail transportation in Brazil and intrastate bus service is regulated by the states. Truck transportation is unregulated except for technical and safety regulations.
114. The 2000 Report observed (p. 229) that the Consumer Defence Code applied to banks and that the consumer protection department of SDE had prosecuted a variety of cases against banking institutions. This has continued to be true since then, although the issue of the Code’s applicability to banks is now pending before the Supreme Federal Court.
115. CMED was created by Law 10742/03. Before 2003, price setting authority for drugs was vested in CAMED, a predecessor body established in 2000. The Sanitary Surveillance Agency is responsible for administering the price caps set by CMED.
116. IBRAC, a particularly prominent member of Brazil’s competition law community, is a non-governmental association of about 500 corporations, law firms, and individuals (lawyers, economists, and academicians) interested in the promotion and development of competition law and policy.
117. A case now under investigation by SDE may also lead to an Article 7 X request by CADE. As described previously, SDE is examining concerted action by an association of fire extinguisher manufacturers in Brasilia to obtain a municipal ordinance providing that only association members are authorized to sell fire equipment within the Federal District.
118. Under both Law 8884 and the proposed bill, SEAE's capacity to employ compulsory investigative tools does not extend to general market studies. Authority to make enforceable demands for testimony or documents is available to SEAE (for SEAE’s direct use under the present statute and by request to the Directorate General under the proposed law), only where there is a basis to suspect some form of unlawful conduct. SEAE does not, however, consider the absence of compulsory process for general market studies to be problematic, as it believes that any market for which enforceable demands are necessary will present circumstances warranting a law enforcement investigation.
119. Part of the educational effort focuses on explaining the damaging effects of cartels and the disadvantages of undertaking “indirect” price regulation through court orders attacking “abusive” or “predatory” prices. Attention is also devoted to the closely related subject of why suggested fee schedules issued by professional organizations are undesirable.

120. CADE: www.cade.gov.br/; SDE: www.mj.gov.br/sde/; SEAE: www.fazenda.gov.br/seae/. SEAE's site also includes materials in English.
121. The three agencies are working on a project to develop a joint website that will serve as a common portal for the BCPS.
122. One of the prizes is funded jointly by IBRAC and ETCO (Brazilian Institute for Ethics in Competition); the other is funded by CIEE (Centre for Integration of Corporations and Schools).
123. Economic principles have gradually been incorporated into law school curricula, and competition and regulation issues have become an area of specialization within university economics and law departments.
124. The BCPS cites the media boost it received from a November 2004 article in *Exame* magazine, one of Brazil's leading business journals. The article, entitled "Sheriffs of the Market," profiled the heads of each of the three competition agencies and of the Brazilian Securities Commission, and detailed the work performed by each body. After the *Exame* story, following stories about the agencies appeared in many of Brazil's major newspapers (such as *O Globo*, *O Estado de São Paulo*, *Folha de São Paulo*, and *Valor Econômico*) and in the weekly magazine *Época*.
125. The executive and legislative branches should, of course, act to fill vacant seats without undue delay.
126. There is, on the other hand, no similar basis for objecting to systems under which fees attributable to services provided (such as for reviewing merger notifications) are remitted to the agency performing the service.
127. See OECD, *Recommendation of the Council Concerning Merger Review* (March 23, 2005) [hereafter OECD Merger Review Recommendation] §IA1.2(1), available at: <http://www.oecd.org/competition>; International Competition Network, Merger Working Group, Merger Notification and Procedures Subgroup, *Recommended Practices for Merger Notification Procedures* [hereafter ICN Merger Notification Procedures], § IB comment 1, available at: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/mnprecpractices.pdf>.
128. ICN Merger Notification Procedures, § IIB, comment 1.
129. ICN Merger Notification Procedures, § IC, comment 3.
130. Parties who wish to obtain CADE's views on the antitrust legitimacy of proposed non-merger transactions may apply for a consultation under CADE Resolution 18, the fee for which (at BRL 5000) is far less than the BRL 45,000 notification fee.
131. OECD Merger Review Recommendation, § IA1.2 (4); ICN Merger Notification Procedures, § IVC, comment 5.

132. ICN Merger Notification Procedures, § IVA, comment 1.
133. OECD Merger Review Recommendation, § IA1.3.
134. ICN Merger Notification Procedures, § IVC, comment 2.
135. ICN Merger Notification Procedures, § IVC, comment 4.
136. In the United States, where private parties may ordinarily collect treble damages for antitrust violations, legislation was recently enacted to address the problem of leniency party exposure to civil damages awards. Section 213(a) of the Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of 2004 (Title II of Public Law 108-237, 118 Stat. 661, codified as a note to 15 USC § 1) provides that, in a private damages action, a party who has been granted leniency by the US Antitrust Division will be subject only to award of the actual damages attributable to the party's unlawful conduct.
137. As described previously, private parties have also raised other concerns about the leniency program, noting that uncertainty arises from (1) CADE's statutory discretion (in cases where SDE was previously aware of the unlawful conduct) to assess a party's cooperation and good faith in determining penalty reductions, and (2) the unclear constitutional status of the program as an arguable infringement of judicial power. To the first point, it may simply be noted that CADE has ample incentive to make fair assessments because otherwise the program will not effectively advance CADE's law enforcement interests. As to the second point, there is no solution until the Supreme Federal Court renders a decision on the program's constitutionality.
138. The only other recommendation offered here with respect to judicial cases involving CADE is that courts hearing challenges to CADE decisions imposing fines should strictly observe Article 65 of Law 8884. Under that article, parties seeking to stay the execution of fines must deposit in court appropriate collateral for the amount in dispute.
139. ICN Merger Notification Procedures, § VIIC, comment 3; *cf.* OECD Merger Review Recommendation, § ID.
140. See International Competition Network, Merger Working Group, Analytical Framework Subgroup, Discussion Draft Merger Guidelines Workbook [Draft, May 16, 2005], available at <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/annualconferences.html>. The BCPS should also either update its conduct case guidelines attached to Resolution 20 or withdrew them, as they are rarely cited explicitly in CADE decisions and do not appear to reflect current BCPS policies for evaluating cases.
141. ICN Merger Notification Procedures, § VIIC, comment 2.
142. OECD Merger Review Recommendation, § IA.2.

143. The existing relationship between SDE's consumer protection department (DPDC) and local consumer protection entities might be employed to facilitate such a data collection effort.
144. As part of this program, the BCPS should promote development of a database containing information about the volume, nature, and outcome of criminal prosecutions under the Economic Crimes Law.
145. CADE's efforts to advocate a competition culture should continue, even if SEAE also engages in such activity under the language in the proposed bill vesting SEAE with responsibility for promoting competition "before civil society in general."

OECD PUBLICATIONS, 2, rue André-Pascal, 75775 PARIS CEDEX 16
PRINTED IN FRANCE



BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO
Departamento de Desarrollo
Sostenible
Fondo de Inversión Multilateral

Oficina Especial en
Europa



ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL
DESARROLLO ECONÓMICOS

División de Competencia

Derecho y Política de la Competencia en Brasil

Examen Inter-pares

El texto inglés es la versión original, siendo el texto español solamente
una traducción no oficial.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS

De acuerdo con el Artículo 1 de la Convención firmada en París el 14 de diciembre de 1960 y que entró en vigor el 30 de septiembre de 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) fomentará las políticas diseñadas para:

- alcanzar los niveles de crecimiento económico y empleo sostenibles más altos y un nivel de vida creciente para sus países miembros, manteniendo al mismo tiempo la estabilidad financiera, contribuyendo así al desarrollo de la economía mundial;
- contribuir a una sana expansión en los países miembros y no miembros en el proceso del desarrollo económico; y
- contribuir a la expansión del comercio mundial de forma multilateral, no discriminadora y de acuerdo con las obligaciones internacionales.

Los países miembros originales de la OCDE son Alemania, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, los Países Bajos, Portugal, el Reino Unido, Suecia, Suiza y Turquía. Los siguientes países se adhirieron posteriormente en las fechas que se indican: Japón (28 de abril de 1964), Finlandia (28 de enero de 1969), Australia (7 de junio de 1971), Nueva Zelanda (29 de mayo de 1973), México (18 de mayo de 1994), la República Checa (21 de diciembre de 1995), Hungría (7 de mayo de 1996), Polonia (22 de noviembre de 1996), Corea (12 de diciembre de 1996) y la República Eslovaca (14 de diciembre de 2000). La Comisión de las Comunidades Europeas participa en el trabajo de la OCDE (Artículo 13 de la Convención de la OCDE).

© OECD 2005

Los permisos para reproducir partes de este trabajo para fines no comerciales o de utilización en el salón de clases deben obtenerse por medio del Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 París, Francia, Tel. (33-1) 44 07 47 70, Fax (33-1) 46 34 67 19, para todos los países excepto Estados Unidos. En Estados Unidos los permisos deben obtenerse por medio del Copyright Clearance Center, Customer Service, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 USA, o CCC Online: <http://www.copyright.com/>. Todas las demás solicitudes de permiso para reproducir o traducir todo o parte de este libro deberán dirigirse a OECD Publications, 2, rue André-Pascal, 75775 Paris Cedex 16, Francia.

PREFACIO

El Banco Interamericano de Desarrollo y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos colaboran en el ámbito de la ley y la política de competencia para fomentar el aumento del crecimiento económico, el empleo y la eficiencia económica y la obtención de mejores niveles de vida a medio y largo plazo. Existe un consenso creciente en el sentido de que la solidez de las leyes y políticas de competencia es esencial para lograr estos objetivos.

Los exámenes inter-pares son un elemento central del trabajo de la OCDE. Aunque los mecanismos varían, estas revisiones se fundamentan en la voluntad de todos los países de la OCDE y sus asociados para someter sus leyes y políticas a cuestionamientos de fondo de parte de otros miembros. Este proceso genera perspectivas valiosas para el país analizado y fomenta la transparencia y el entendimiento mutuo para el beneficio general.

Las ventajas de este proceso son especialmente visibles en el ámbito de la ley y la política de competencia. Como resultado de las actividades del Comité de Competencia, los países de la OCDE que en algún momento tuvieron conflictos reales en el tema de la competencia, se han convertido en asociados para buscar detener la dañina formación de cárteles y la realización de fusiones a nivel internacional. El Comité también se ha convertido en un foro importante para evaluar y demostrar la utilidad de aplicar los principios de la política de competencia en los sistemas económicos y otros mecanismos regulatorios.

La cooperación del BID y la OCDE en el ámbito de las leyes y políticas de competencia se centra en la organización de reuniones anuales del Foro Latinoamericano de Competencia (FLC). Entre las reuniones del FLC tienen lugar mesas redondas importantes y revisiones paritarias de las leyes e instituciones de un país. Estas revisiones se han realizado para Chile, Perú y ahora Brasil. El BID participa y financia este trabajo como parte de sus esfuerzos por fomentar un mejor clima de negocios para la inversión en los países de América Latina y el Caribe.

Deseamos agradecer al gobierno de Brasil por ofrecerse voluntariamente para este examen inter-pares durante la tercera reunión del FLC, que se realizó en Madrid del 19 al 20 de julio de 2005. Resultó muy alentador escuchar la confirmación de la Delegación de Brasil durante la reunión en cuanto a la utilidad de las recomendaciones del informe y escuchar de delegados de otros países que esta revisión contribuyó a aumentar su comprensión de las leyes y la política de competencia en Brasil. Por último, deseamos agradecer al señor Jay Shaffer, autor del informe, y al gran número de funcionarios en el ámbito de la competencia cuyas contribuciones al Foro, sean orales o escritas, han sido tan importantes para su éxito.

Bernard J. Phillips
Jefe de la
División de Competencia
OCDE

Ricardo Santiago
Representante del BID
en Europa

TABLE OF CONTENTS

RESUMEN	7
1. LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN BRASIL: FUNDAMENTOS Y CONTEXTO	13
2. TEMAS DE FONDO: CONTENIDO Y APLICACIÓN E LA LEY DE COMPETENCIA	17
2.1 Conductas	17
2.2 Fusiones	28
2.3 Competencia desleal y protección del consumidor.....	45
3. TEMAS INSTITUCIONALES: ESTRUCTURAS Y PRÁCTICAS DE OBLIGACIÓN AL CUMPLIMIENTO	47
3.1 Instituciones de política de competencia	47
3.2 Obligación al cumplimiento de la ley de competencia	52
3.3 Otros métodos de obligación al cumplimiento	75
3.4 Aspectos internacionales de la obligación al cumplimiento	77
3.5 Recursos, acciones y prioridades implícitas de los organismos	81
4. LÍMITES DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA: EXENCIONES Y RÉGIMENES REGULATORIOS ESPECIALES	89
5. DEFENSA DE LA COMPETENCIA	99
6. CONCLUSIONES Y OPCIONES DE POLÍTICA	109
6.1 Fortalezas y debilidades en la actualidad.....	109
6.2 Recomendaciones	111
 Recuadros	
Recuadro 1. EL CÁRTEL DE AEROLÍNEAS RIO DE JANEIRO-SÃO PAULO	23
Recuadro 2. MICROSOFT	24
Recuadro 3. NESTLÉ-GAROTO.....	35

Recuadro 4.	PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN DE FUSIONES: MODIFICACIONES PROPUESTAS	43
Recuadro 5.	LAS TRES INSTITUCIONES JURÍDICAS QUE INCIDEN SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY DE COMPETENCIA: EL FISCAL PÚBLICO, EL FISCAL GENERAL Y EL MINISTERIO DE JUSTICIA.....	48
Recuadro 6.	TEMAS INSTITUCIONALES: MODIFICACIONES PROPUESTAS.....	50
Recuadro 7.	INCURSIÓN SORPRESA CONTRA EL PEDERNAL.....	55
Recuadro 8.	PROCEDIMIENTOS EN CASOS DE CONDUCTA: MODIFICACIONES PROPUESTAS	62
Recuadro 9.	MULTAS Y SANCIONES: MODIFICACIONES PROPUESTAS.....	66
Recuadro 10.	LA REVISIÓN JUDICIAL EN BRASIL	70
Recuadro 11.	PROCEDIMIENTOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: MODIFICACIONES PROPUESTAS	100

RESUMEN

Este informe evalúa el desarrollo y la aplicación de la ley y las políticas de competencia en Brasil a lo largo de los últimos cinco años. La evaluación es la continuación de un análisis previo de la OCDE, elaborado en 2000, en el que se analizaba el Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia (SBDC) desde 1994, año de la entrada en vigor de la actual ley de competencia del país. El SBDC consta de tres organismos: (1) El CADE, Consejo Administrativo de Defensa Económica, un organismo autónomo que cuenta con autoridad de resolutive y de adjudicación en casos del SBDC; (2) La Secretaría de Derecho Económico (SDE), dentro del Ministerio de Justicia, que desempeña el principal papel de investigación; y (3) La Secretaría de Seguimiento Económico del Ministerio de Finanzas, que también tiene autoridad de investigación pero es principalmente responsable por el análisis económico en los procesos relacionados con el SBDC.

El Informe anterior concluyó que, aunque se habían logrado avances importantes en el esfuerzo por desarrollar una economía con mercados en pleno funcionamiento en Brasil, quedaba aún mucho por hacer. El Informe recomendaba que los organismos relacionados con el SBDC redujeran los esfuerzos dedicados a la revisión de fusiones sin consecuencias para la competencia y centraran más su atención y recursos adicionales a otros renglones, como los cárteles, la conducta anticompetitiva de las empresas recién privatizadas y las restricciones a la competencia impuestas por gobiernos estatales y locales. También se sugirieron modificaciones a las leyes para contar con mejores herramientas de obligación al cumplimiento, incluyendo el otorgamiento de autoridad al SBDC para realizar estudios en los domicilios de las empresas y establecer un programa de indulgencias. También se recomendaron algunos cambios legislativos en los requisitos de registro de notificaciones de fusión y se instó a los organismos a simplificar el método de determinación de la “fecha de activación” para las notificaciones de fusión. El Informe de 2000 también identificó tres características institucionales importantes del SBDC que requerían ser atendidas: (1) la participación de tres organismos diferentes en la obligación al cumplimiento de las disposiciones relacionadas con la competencia, lo que resulta en la duplicación de esfuerzos y otros tipos de ineficiencia; (2) lo reducido del periodo en funciones de los comisionados del CADE, lo que resultaba en una rotación acelerada y la posible disminución de la autonomía del organismo; y (3) la falta de personal profesional sobre bases permanentes en el CADE, resultando en la ausencia de conocimiento institucional.

A pesar de estas serias desventajas, el SBDC ha realizado grandes avances durante los últimos cinco años en la puesta en marcha de políticas de competencia sólidas. En particular, desde 2003 el sistema ha tratado con eficacia los problemas más serios en sus facultades de control. La mayor parte de las recomendaciones que aparecieron en el Informe de 2000 dentro del alcance del organismo han sido puestas en práctica, en especial las relacionadas

con el aumento de la eficiencia en los estudios de fusiones y la reasignación de recursos para regular la formación de cárteles. Asimismo, se observan muchas mejorías en otras áreas que no fueron tratadas en el Informe de 2000, como la eliminación de rezagos, el establecimiento de un sistema de certificación para programas de cumplimiento de defensa de la competencia, la introducción de mecanismos procesales para impedir la integración de partes en fusión durante procedimientos de análisis por parte de organismos y para la prohibición de la conducta anticompetitiva en casos no relacionados con fusiones así como el aumento de la capacidad de los organismos para realizar análisis económicos sofisticados. El CADE ha mejorado las técnicas para proteger los intereses de la política de competencia en los procesos de revisión judicial. El SBDC ha obtenido varias victorias en la defensa de la competencia contra programas y propuestas que la obstaculizan y ha ampliado vigorosamente su interacción con autoridades extranjeras de defensa de la competencia. Los tres organismos han participado en los intensos esfuerzos por aumentar el entendimiento de las leyes de competencia entre los fiscales públicos y los miembros del poder judicial, además de dedicarse activamente a fomentar el desarrollo de una cultura de la competencia en Brasil.

Sin embargo, varias de las recomendaciones realizadas en el Informe de 2000 no tuvieron seguimiento por parte del SBDC. Así, el CADE dedicó poca atención a tratar con las restricciones contra la competencia impuestas por los gobiernos estatales y locales, la obligación al cumplimiento de las leyes y la defensa de la competencia demostraron poca visibilidad en algunos sectores y el CADE no mostró la voluntad para depender únicamente del “primer documento vinculante” como circunstancia de activación en notificaciones de fusión. Otros ámbitos en los que podrían hacerse mejoras se relacionan con la transparencia de las decisiones y las recomendaciones del CADE, así como con su manera de enfocar el litigio privado de defensa de la competencia. No obstante, los renglones en los que el SBDC merece un reconocimiento exceden, tanto en número como en relevancia, a los aspectos en los que su desempeño fue de algún modo deficiente.

En el aspecto legislativo, a fines de 2000 se modificó la ley de competencia, con lo cual se otorgó a los organismos la facultad de llevar a cabo inspecciones domiciliarias y establecer programas de indulgencia. Durante los últimos dos años, el SBDC ha utilizado estos poderes con energía. Sin embargo, no se han adoptado disposiciones legales para tratar temas institucionales, crear una plantilla permanente de personal en el CADE o ajustar los requisitos de notificación para las fusiones. Recientemente, los organismos del SBDC se unieron para elaborar una propuesta común de revisiones por ley que remodele la estructura institucional y realice otros muchos cambios significativos en la ley de competencia.

Entre las fortalezas particulares del SBDC se incluye una gran dedicación institucional por alcanzar niveles altos de integridad, autonomía, solidez de políticas y justicia de los procedimientos, sin olvidar un excelente cuadro de liderazgo y una comunidad empresarial que presta un apoyo importante. Entre sus debilidades se puede mencionar su estructura institucional contraproducente y una plantilla de personal que no es suficiente en número ni cuenta con la compensación adecuada para poder retener a empleados calificados en el largo plazo. Entre las consecuencias de estas desventajas se encuentra la deficiente memoria institucional, las ineficiencias y los rezagos. También existen disposiciones legales con relación a la notificación en las fusiones y el programa de indulgencia que interfieren con

una obligación al cumplimiento eficiente y eficaz. La falta de familiaridad de los tribunales con la ley de competencia es otra fuente de dificultades.

Este Informe presenta recomendaciones diseñadas para tratar toda la gama de temas de política y leyes de competencia que afronta el SBDC. Algunas de las propuestas sugieren tomar medidas por ramas del gobierno distintas del SBDC, mientras que otras se relacionan con cambios que puede poner en práctica el CADE.

En la primera categoría, el informe recomienda que Brasil:

Consolide las funciones de investigación, enjuiciamiento y adjudicación del SBDC en un solo organismo autónomo.

Proteja la autonomía de este CADE reconstituido ampliando los periodos en funciones de los comisionados, el Director General y otros altos funcionarios a, por lo menos, cuatro años (y de preferencia cinco), y con nombramientos escalonados.

Otorgue la consideración debida a la importancia de la experiencia técnica en economía y legislación de competencia al nombrar funcionarios.

Fije el quórum de la sesión plenaria en cuatro en lugar de cinco participantes en las ocasiones en las que el número de comisionados disponibles para votar sobre un caso se reduzca a cuatro por causa de vacancia o descalificación .

Adopte leyes que creen plazas de carrera en el CADE y proporcionen los recursos adecuados para contratar y retener un número suficiente de elementos calificados entre el personal profesional.

Considere la factibilidad económica de establecer oficinas regionales del CADE.

Revisar la propuesta de ley para eliminar la asignación de procedimientos de sanción monetaria al CADE y la SEAE.

Modificar el proceso de notificación y revisión de fusiones para

- Adoptar una norma explícita para revisar las implicaciones competitivas de las transacciones de fusión.
- Establecer un sistema de notificación previo a la fusión.
- Eliminar la notificación actual de participación de mercado y adoptar umbrales basados en el volumen de ventas interno tanto de las partes mayores como de las menores en la transacción.
- Eliminar la notificación de transacciones no relacionadas con fusiones.
- Considerar la aceleración de la revisión y aprobación de transacciones que no planteen cuestionamientos relacionados con la competencia.
- Establecer una fecha límite definitiva en función de la cual el CADE debe determinar si bloqueará o no una fusión.

-- Establecer procedimientos formales de conciliación en casos de fusiones.

Modificar el programa de indulgencia para

-- eliminar la exposición de los participantes en el programa al enjuiciamiento de conformidad con leyes penales distintas de la Ley de Delitos Económicos.—Reducir la exposición de los participantes en el programa a sanciones por daño civil.

-- adoptar disposiciones que garanticen que la evidencia incriminante proporcionada por los solicitantes para el programa de indulgencia no se utilicen contra ellos si se encuentra que no cumplen las condiciones para participar en el programa.

Considerar el nombramiento de jueces especializados y paneles de apelación para resolver temas relacionados con la ley de competencia.

Limitar la Ley de Delitos Económicos a violaciones de cárteles.

Considerar limitar las demandas civiles por daños monopólicos a partes y conductas que hayan estado sujetas a una sentencia específica de ilegalidad por parte del CADE.

Adoptar las disposiciones en el proyecto de ley general para los organismos del sector que establecen procedimientos estandarizados para obligar al cumplimiento de la ley de competencia.

Adoptar las disposiciones en el proyecto de ley general para los organismos del sector que establecen procedimientos estandarizados para la participación de la SEAE en procedimientos de los organismos para promulgar normas y regulaciones.

Adoptar el proyecto de ley pendiente de aprobación para la obligación al cumplimiento de la ley de competencia en el sector bancario.

En la segunda categoría de propuestas, el Informe recomienda que el CADE:

Trate con las limitaciones contra la competencia que aplican gobiernos estatales y locales.

Funcione como defensora de la competencia con respecto a la legislación federal y los programas de regulación.

Actualice los Lineamientos Horizontales para Fusiones de 2001.

Garantice que los fallos permitan que el público compruebe la congruencia, la predictibilidad y la justicia en la aplicación de la ley de competencia.

Permita la resolución de casos de conducta mediante el consentimiento, incluso cuando el acusado admita haber mostrado conductas ilegales.

Tratar las demandas privadas que busquen la adjudicación de daños monopólicos como oportunidades para ejercer la defensa de la competencia y generar más información sobre el impacto competitivo de dicho litigio.

Continuar con los programas existentes para

-- enfocar los esfuerzos para obligar al cumplimiento de la ley en casos de cárteles

- establecer acuerdos de cooperación en el ámbito de la obligación al cumplimiento de la ley con organismos reguladores sectoriales y enjuiciar la conducta anticompetitiva de las empresas en sectores regulados
- establecer consensos con la Oficina del Procurador de Justicia que respeten el papel de los fiscales públicos asignados al CADE de conformidad con el Artículo 12 de la Ley 8884-
- fomentar el entendimiento y la apreciación de la ley de competencia entre (1) los fiscales públicos, para facilitar su cooperación en la operativa del programa de indulgencias y desalentar la coerción anticompetitiva al cumplimiento de la Ley de Delitos Económicos; y (2) los miembros del poder judicial, para aumentar la calidad del análisis que aplican los tribunales en casos que traten temas de competencia.
- aumentar el reconocimiento y la aceptación de los principios de la competencia entre la sociedad en general, como defensor del desarrollo de una cultura de competencia en Brasil.

1. LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN BRASIL: FUNDAMENTOS Y CONTEXTO

El presente informe evalúa el desarrollo y la aplicación de la ley y las políticas de competencia en Brasil desde el año 2000. Este volumen continúa un análisis previo de la OCDE titulado “*Competition Policy and Regulatory Reform in Brazil: A Progress Report*” (en adelante el “Informe de 2000”).¹ La evaluación comienza con una breve descripción de los antecedentes de la política de competencia en Brasil y el contexto en el que opera en la actualidad.

Luego de la Segunda Guerra Mundial, las políticas económicas de Brasil se centraban en una intervención generalizada del gobierno en las operaciones de los mercados. El Estado controlaba los precios en muchos sectores y la mayoría de las empresas más grandes del sector industrial, financiero y del transporte pertenecían al Estado o eran monopolios privados aprobados por el sector público. La ley de competencia (número 4137) aprobada en 1962 creó el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE). El organismo demostró tener un impacto económico marginal, debido a que su autoridad sólo abarcaba las empresas privadas. En 1988, coincidiendo con una serie de cambios económicos significativos en Brasil, la nueva constitución estableció la competencia como elemento clave del “orden económico”. En ese contexto, se puso en marcha un programa de privatización, se redujeron las barreras al comercio internacional y el CADE aumentó su actividad.

La era moderna de la política de competencia en Brasil comenzó en 1994. En ese año, como respuesta a un periodo de hiperinflación, se puso en marcha el “Plan Real”. Entre sus principales características se encontraba la introducción de rígidas políticas fiscales y crediticias y una nueva moneda (el real), fija con respecto al dólar.² Como parte de las reformas de 1994, se aprobó una nueva ley de competencia (número 8884) con la expectativa de aplicarla para tratar con la inflación. Esta nueva ley también introdujo controles en el caso de las fusiones e importantes cambios institucionales. El CADE cambió su configuración como organismo independiente y algunos aspectos relativos a la autoridad encargada del cumplimiento, se transfirieron a dos organismos más: la Secretaría de Derecho Económico (*Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça*, SDE) del Ministerio de Justicia y la Secretaría de Seguimiento Económico (*Secretaria de Acompanhamento Econômico*, SEAE) del Ministerio de Finanzas. Juntos, los tres

organismos forman el Sistema Brasileño de Defensa de la Competencia (*Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*, SBDC). Durante los siguientes años aumentó el ritmo de las privatizaciones; se eliminó el organismo gubernamental responsable por la administración general de los precios, y se crearon nuevos organismos reguladores independientes para los sectores de telecomunicaciones, petróleo y gas natural y electricidad.

En el Informe de 2000 (p. 184) se destacó que, en ese mismo año, el proceso de privatización había concluido prácticamente en los sectores de telecomunicaciones, aviación civil y transporte colectivo por carretera, y aún no se había completado en los renglones de electricidad, petróleo y gas, ferrocarriles, puertos y banca. Entre 2000 y 2002 se llevaron a cabo proyectos de privatización adicionales a nivel federal y estatal. Entre las medidas importantes en el periodo destaca la venta pública de acciones de Petrobrás (la empresa petrolera federal) por 4 mil millones de dólares; la venta de 60 por ciento del banco estatal de São Paulo a Banco Santander por 3.7 mil millones de dólares; y la venta de Cia. Vale do Rio Doce (CVRD, la empresa minera federal), por 1.9 mil millones de dólares. Entre otras privatizaciones destacaron las de los bancos estatales de Paraná, Goiás, Paraíba y Amazonas; las compañías estatales de suministro de energía eléctrica de Pernambuco, Maranhão y Paraíba; y la empresa estatal de suministro de agua y alcantarillado de Manaus.

Desde 2002 no se han registrado nuevas privatizaciones en el país. A 2004, el gobierno federal contaba con 128 empresas propiedad del Estado, incluyendo un interés controlador en Petrobrás. Otros sectores en los que operan las empresas del gobierno son los de generación de electricidad (incluyendo la energía nuclear), las terminales aéreas y los servicios portuarios, la banca, los servicios de salud y los sistemas de alcantarillado. La propiedad del Estado de algunas empresas refleja una decisión de política en el sentido de que el control gubernamental se considera lo apropiado para lograr objetivos estratégicos o para compensar fallas del mercado, o porque las empresas involucradas prestan servicios públicos. Los planes futuros en torno a las privatizaciones se centran en el otorgamiento de concesiones para operar ferrocarriles y carreteras.

Desde 1994, se han aprobado dos modificaciones a la ley que inciden sobre la legislación relacionada con la competencia. En enero de 1999, se estableció una cuota por fusión, cuya recaudación se asignó al CADE (Ley número 9781). En diciembre de 2000, con posterioridad al Informe de 2000, la Ley número 10149 otorgó importantes facultades de investigación, aclaró procedimientos de notificación judicial para entidades extranjeras, estableció un programa de indulgencia, aumentó la cuota cobrada por registro de fusiones y determinó la división de esta cuota entre los tres organismos relacionados con la competencia.

En la actualidad, siguen pendientes tres partes de la legislación propuesta para remodelar el sistema legal de competencia en Brasil. La primera es una revisión extensa de la Ley 8884, que uniría la SDE con el CADE; sumaría nuevos elementos institucionales a la estructura del CADE; redefiniría el papel de la SEAE en el régimen de competencia; establecería un sistema de notificación previa de fusiones; alteraría los requisitos actuales de activación para el reporte de fusiones; y realizaría otros cambios en las disposiciones sustantivas y correctivas de la ley, incluyendo los límites aplicables a las multas impuestas por conductas ilegales.³ La segunda propuesta consistiría en un proyecto general de ley para revisar y normalizar los requisitos procesales aplicables a los organismos reguladores del sector, incluyendo diversas disposiciones que afectan la relación entre los reguladores del sector y el régimen de competencia.⁴ El tercer proyecto de ley resolvería el conflicto entre los organismos de competencia y las autoridades de la regulación bancaria con respecto a la jurisdicción sobre las fusiones en el sector bancario.⁵ Las tres propuestas de ley se comentan con mayor detalle en los puntos correspondientes de este informe.

2. TEMAS DE FONDO: CONTENIDO Y APLICACIÓN DE LA LEY DE COMPETENCIA

La Constitución brasileña de 1998 establece una base explícita para la política de competencia. En el párrafo 4 del Artículo 173 se determina que “la ley reprimirá el abuso del poder económico dirigido al dominio de los mercados, la eliminación de la competencia y el aumento arbitrario de las utilidades”. De manera más general, el Artículo 170 contempla que el “orden económico” de Brasil deberá estar “fundado en la apreciación del valor del trabajo humano y en la libre empresa”, y deberá operar prestando “la atención debida” a ciertos principios, incluyendo el de la “libre competencia”, “el papel social de la propiedad”, “la protección del consumidor” y la “propiedad privada”. En línea con estas disposiciones, el Artículo 1 de la Ley 8884 determina que el objetivo de la misma reside en “establecer medidas de defensa de la competencia en congruencia con principios constitucionales como la libre empresa y la competencia abierta, el papel social de la propiedad, la protección del consumidor y la restricción de abusos de poder económico”.⁶

Las disposiciones que fundamentan la ley brasileña de competencia aparecen en los Artículos 20, 21 y 54. A diferencia de las leyes en muchos otros países que prohíben por separado los convenios anticompetitivos y la conducta abusiva de las empresas, los Artículos 20 y 21 tratan todo tipo de conducta anticompetitiva distinta de las fusiones, mientras que éstas últimas, las adquisiciones y transacciones similares se tratan en el Artículo 54. Esta discusión sigue el patrón legal que divide en dos partes (conductas y fusiones) el análisis de las prohibiciones de la ley.

2.1 Conductas

El Artículo 20 contiene lenguaje general que contempla que “cualquier acto intencionado de cualquier manera o de otro modo capaz de producir los resultados abajo listados, incluso si dichos resultados no se logran, será considerado como una violación del orden económico”. Los efectos especificados son (1) limitar, restringir o de cualquier otra forma dañar la competencia abierta o la libre empresa; (2) controlar el mercado relevante de un producto o servicio dado; (3) aumentar las utilidades de manera discrecional; y, (4) abusar del control de mercado que se ostenta. El artículo especifica que la violación de “control de mercado” descrita en el inciso (2) no incluye el control obtenido por medio de la “eficiencia competitiva”.

En una frase al cierre se contempla que se “presume” que existe control de mercado cuando una empresa o grupo de empresas posee una participación de 20 por ciento y otorga al CADE la autoridad para cambiar la presunción del 20 por ciento con respecto a sectores específicos de la economía.

El Artículo 21 contiene una lista extensa, aunque no excluyente, de los actos que se consideran ilegales si generan los resultados enumerados en el Artículo 20. Entre las prácticas contempladas se incluyen varios tipos de convenios horizontales y verticales y abusos unilaterales del poder de mercado.⁷ Con respecto a los acuerdos horizontales, la lista contempla la colusión entre competidores, incluyendo los convenios para fijar precios o condiciones de venta, dividir los mercados, “arreglar” licitaciones y limitar las actividades de investigación y desarrollo. Entre los convenios verticales destacan las limitaciones para el precio de reventa y otras restricciones que afectan las ventas a terceros (incluyendo los límites sobre volúmenes de venta y los márgenes de utilidad) al igual que la discriminación y condicionamiento de precios. En lo que respecta a las conductas unilaterales, la lista especifica una serie de medidas que excluyen o ponen en desventaja a las empresas de nuevo ingreso o a los rivales existentes, incluyendo la negativa a tratar con ellos o las limitaciones al acceso a insumos o canales de distribución. Otras prácticas unilaterales que se citan en el Artículo 21 se refieren a la imposición de términos o condiciones contractuales irracionales, “obstaculizar el uso de propiedad industrial o intelectual”, “vender productos bajo su costo irracionalmente”, descontinuar las actividades de producción u otro tipo de actividades comerciales sin una causa justificada, “afectar los precios de terceros por medios fraudulentos”⁸, acaparar o destruir materias primas y bienes intermedios o finales (incluyendo productos agrícolas), “exigir u otorgar condiciones de exclusividad en la publicidad en medios masivos”, impedir la operación de equipos de manufactura o distribución, imponer “precios abusivos” o “aumentar el precio de un producto o servicio de manera irracional”.⁹

El Informe de 2000 observó dos peculiaridades acerca de la lista de actividades anticompetitivas del Artículo 21. En primer lugar, la formulación se caracterizaba por ser “relativamente poco ortodoxa” (pág. 197), debido a que no distingue de manera expresa entre las actividades relevantes con relación a la prohibición por ley para establecer convenios restrictivos y las relacionadas con el abuso de dominio. Segundo y más importante, el Informe destacó que algunas de las prácticas enumeradas tienen una redacción ambigua o no se consideran normalmente como anticompetitivas (como la de “negar la venta de algún producto o servicio en las condiciones de pago que normalmente se aplican a las prácticas y políticas comerciales regulares”; “retener la producción de bienes de consumo, excepto con el fin de garantizar la recuperación de los costos de producción”; o “tomar posesión . . . de derechos de propiedad industrial o intelectual o de tecnología”). El Informe

añadió que, aunque estas disposiciones tenían el potencial de aplicarse de forma equivocada, el CADE había emitido lineamientos de cumplimiento que aclaraban lo contenido en los Artículos 20 y 21 que parecían “ubicar el análisis de competencia realizado en el CADE dentro de la corriente dominante” del análisis convencional de defensa de la competencia (páginas 197-98).

Los lineamientos de cumplimiento para estos artículos se emitieron en 1999 como anexos de la Resolución 20 del CADE. En esta resolución se establecen procedimientos aplicables a la presentación de un caso propuesto al Consejo por el Comisionado Relator asignado, y exige que el comisionado “verifique si el procedimiento está fundamentado” de acuerdo con los lineamientos.¹⁰ Los Anexos de esta resolución establecen un esquema analítico estandarizado para las prácticas restrictivas. El Anexo I contiene las definiciones de prácticas anticompetitivas, que se clasifican en categorías horizontales y verticales. Las prácticas horizontales se definen como las que constituyen “un intento por reducir o eliminar la competencia en el mercado, ya sea mediante el establecimiento de convenios entre competidores del mismo mercado relevante con respecto a precios u otras condiciones, o por medio de la adopción de precios depredadores (*predatory pricing*)”. En este sentido, se presentan cuatro categorías que ejemplifican este tipo de prácticas: (1) los cárteles, que involucran acuerdos entre competidores que controlan una porción sustancial del mercado relevante “con respecto a precios y cuotas de producción y distribución y división territorial, en un intento por aumentar los precios y las utilidades al mismo tiempo a niveles cercanos a los monopólicos”; (2) otros convenios horizontales, que involucran “sólo parte del mercado relevante o los esfuerzos conjuntos temporales dirigidos a lograr un mayor nivel de eficiencia, en especial en el ámbito productivo y tecnológico”; (3) prácticas ilícitas de asociaciones profesionales que se relacionan con “cualquier práctica que limite sin razón la competencia entre profesionales, sobre todo las prácticas que fijación de precios”; y (4) prácticas de *predatory pricing*, que se refieren al establecimiento de precios a “niveles inferiores al costo medio variable” para eliminar la competencia, en condiciones de mercado que permitirían que los costos del esquema de *predatory pricing* se recuperaran por medio de incrementos posteriores en los precios.¹¹

Las prácticas verticales que limitan el comercio se definen en el Anexo I como “restricciones impuestas por fabricantes o proveedores de productos y servicios en un determinado mercado (‘mercado de origen’) en mercados relacionados verticalmente, en sentido ascendente o descendente de la cadena productiva (el ‘mercado objetivo’). Se presentan seis ejemplos de esta situación: (1) mantenimiento del precio de reventa; (2) restricciones a clientes o territoriales impuestas en una cadena de distribución; (3) exclusividad; (4) rehusarse a realizar una transacción comercial; (5) condicionamiento de ventas; y (6) discriminación de precios. En el Anexo se destaca que las restricciones verticales pueden generar

impactos anticompetitivos ya sea en el mercado de origen o en el de destino, al excluir rivales o facilitar la colusión ascendente o descendente.

De acuerdo con el Anexo I, en caso de determinarse que existió ilegalidad en términos de las restricciones verticales u horizontales implica el establecimiento de “la existencia de poder de mercado en el mercado relevante de origen, al igual que de un impacto sobre una porción sustancial del mercado que es el objetivo de dichas prácticas,... En el Anexo II se profundizan estos temas con la descripción de los “criterios básicos para el análisis de las prácticas comerciales restrictivas”, mencionando los pasos específicos a seguir. Entre ellos, los siguientes:

- (1) identificar la práctica precisa objeto del análisis y garantizar que existe un fundamento evidencial adecuado para concluir que la práctica se llevó a cabo;
- (2) determinar la existencia de una posición dominante que implica (a) definir el mercado relevante en sus dimensiones geográficas y de producto, considerando la sustitución efectiva o potencial del servicio o producto por parte de los compradores; (b) determinando las participaciones de mercado y las medidas de concentración, utilizando uno o ambos de los índices siguientes: el de participación aditiva de mercado (CRx) o el de Herfindahl-Hirschman (HHI); h (c) analizar las barreras de entrada; y
- (3) ponderar las eficiencias económicas que podrían resultar de las prácticas en contra del daño competitivo efectivo o posible.

Para determinar el poder de mercado, el CADE siempre realiza análisis por caso y no ha recurrido a la “presunción de control de mercado” del 20 por ciento del Artículo 20 o ejercido el poder de alterar ese porcentaje para un mercado específico. En términos prácticos, se presume que una participación de mercado inferior a 20 por ciento refleja la ausencia de poder de mercado. Por su parte, con respecto a los cárteles, aunque los lineamientos no establecen una “regla *per-se*”, implican que estas estructuras se encontrarán bajo un escrutinio estricto, al notar que los convenios no relacionados con cárteles traen consigo menos efectos anticompetitivos y más beneficios a favor de la competencia, por lo que se requiere “una aplicación más juiciosa” de la regla de la razón. De hecho, en los casos de cárteles, el CADE supone que los efectos anticompetitivos se presentan una vez que se demuestra la existencia de poder de mercado.¹²

La ley de competencia y los lineamientos del CADE no contemplan un trato especial para las empresas pequeñas, aunque el Artículo 170 de la Constitución especifica que un principio guía del orden económico debe ser el de la “debida consideración” para el “trato preferencial a las pequeñas empresas organizadas bajo

las leyes brasileñas y cuya oficina matriz y centro administrativo se encuentren domiciliados en Brasil” Sin embargo, debido a que el CADE no aplica el análisis *per se*, incluso los convenios horizontales entre empresas pequeñas rara vez implicará el poder de mercado necesario para incumplir con la ley.

En Brasil no se utiliza la práctica analítica de dividir las faltas de conducta en cinco categorías (acuerdos horizontales *per se* y *no-per se*; acuerdos verticales *per se* y *no-per se* y conductas unilaterales que involucren la monopolización o el abuso del dominio de mercado). Como se destacó arriba, no surge la distinción entre el concepto *per se* y *no-per se*, pues el CADE requiere que exista poder de mercado en todas las faltas. Asimismo, los acuerdos verticales se eliminan de hecho como categoría, debido a que el CADE no distingue (como sí sucede en la ley de defensa de la competencia de Estados Unidos) entre el nivel ordinario de poder de mercado que se requiere para determinar violaciones verticales que involucren a empresas no dominantes, y el mayor nivel de poder que se requiere para determinar la presencia de abuso monopólico. De aquí que el CADE afirme que, desde 2000, no ha fallado casos “verticales” como tales, pues todas las prácticas de este tipo que ha tratado desde entonces han surgido en casos de abuso de dominio. Por ello, la discusión a continuación sobre la actividad de obligación al cumplimiento relacionada con faltas de conducta de conformidad con la Ley 8884, se divide en convenios horizontales y abusos de dominio. El Cuadro 1 muestra el número y disposición de casos de conducta concluidos por el CADE entre 2000 y 2004.

Cuadro 1. Fallos del CADE en casos de conducta 2000-2004

Año	Casos fallados	Sin violación	Violación		
			Horizontal	Abuso de dominio	Total
2000	39	26	2	11	13
2001	34	18	16	0	16
2002	34	22	11	1	12
2003	23	13	9	1	10
2004	42	24	16	2	18
Total	172	103	54	15	69

Fuente: SBDC, 2005

2.1.1 *Convenios horizontales*

El Informe de 2000 (páginas 192-193) destacó que, aunque, hasta ese punto, el CADE había considerado muy pocos casos que involucraran una actividad tradicional de “cártel”, los tres organismos estaban aplicando un nuevo enfoque para el tema.¹³ En 1999, el CADE decidió el primer caso real de cárteles de conformidad con la Ley 8884. El Consejo encontró suficiente evidencia circunstancial para

justificar la conclusión de que los fabricantes de productos de acero laminado habían establecido un convenio de fijación de precios. Los productores de acero buscaron un análisis jurídico del fallo del CADE y de las sanciones asociadas, que el CADE estableció en el mínimo por ley de 1 por ciento del volumen bruto de ventas de la empresa para el año anterior. En fechas posteriores al Informe de 2000, el tribunal de primera instancia falló a favor del CADE. Sin embargo, el fallo se sujetó a apelación de los productores de acero y se encuentra pendiente de decisión.

En una serie de casos de cártel que comenzaron en 2002, el CADE presentó cargos de fijación de precios contra asociaciones de vendedores de combustible al menudeo en Florianópolis, Goiânia, Belo Horizonte, y Recife, entre otros. En estos casos, a menudo se impusieron sanciones contra los funcionarios de la asociación y los dueños de las estaciones de servicio de forma individual, al igual que contra la asociación misma. También se revisó la utilización de listas de precios por parte de asociaciones médicas, y se fallaron casos contra grupos de profesionistas como el de los anestesiólogos en Goiás, los doctores en Piauí y los urólogos en Ceará.¹⁴ En marzo de 2005, el CADE concluyó un caso contra los cuatro periódicos más grandes de Río de Janeiro por elevar sus precios 20 por ciento de forma simultánea. El día del aumento, los cuatro periódicos publicaron notas editoriales idénticas, que intentaban justificar los aumentos y se referían a la asociación comercial de los periódicos como el elemento organizador. El CADE multó a cada periódico con 1 por ciento de su ingreso anual. Un caso de fijación de precios, que se decidió en 2004, involucró a los distribuidores de gas líquido de petróleo en la ciudad de São Sebastião, en el Distrito Federal. El CADE multó a los distribuidores participantes con 15 por ciento de sus ingresos anuales y añadió una multa contra el dueño de cada empresa equivalente a 10 por ciento de la sanción impuesta a la compañía. Como se describe en el siguiente recuadro, en 2004 se analizó un caso relacionado con un cártel de líneas aéreas.

El SBDC también ha cuestionado los convenios horizontales además de los de fijación de precios, incluyendo las cláusulas de exclusividad horizontal que imponen las “Unimed”. Las Unimed son cooperativas de médicos que se encuentran en la mayoría de los pueblos y las ciudades de Brasil que tradicionalmente han impedido que sus médicos miembros se contraten con otros planes de servicios de salud. La política de obligación al cumplimiento del CADE consiste en atacar estas cláusulas cuando es alta la participación en el mercado local de los médicos pertenecientes a las Unimed. Desde el Informe de 2000, los fallos del CADE contra las Unimed se han presentado en ciudades como São Paulo, Araguari, Uberlândia, y Macapá. En un caso de 2002 contra una Unimed en el estado de Río Grande do Sul, el CADE concluyó que las multas impuestas en casos anteriores no habían resultado eficaces para desalentar las cláusulas de exclusividad. De aquí que el CADE impusiera una multa de cerca de \$75,000 dólares, más del doble de la sanción anterior.¹⁵

RECUADRO 1. EL CÁRTEL DE AEROLÍNEAS RIO DE JANEIRO-SÃO PAULO

En agosto de 1999, varios periódicos informaron que, cinco días después de que se reunieron los presidentes de las cuatro principales aerolíneas de Brasil, los precios de los billetes para la transitada ruta entre Río de Janeiro y São Paulo habían aumentado 10 por ciento. La investigación de la SEAE concluyó que el cambio en precios no era solamente cuestión de paralelismo consciente. Además de la reunión entre los ejecutivos de las compañías, la evidencia demostró que se intercambiaron datos de precios entre las empresas por medio de su publicación en ATPCO, el sistema computarizado de datos sobre precios de las aerolíneas que mantiene la *Airline Tariff Publishing Company* (Compañía de Publicación de Tarifas Aéreas). En este sistema, una empresa podría configurar sus notificaciones de cambios en precios de forma que, durante un periodo inicial de tres días, los cambios sólo pudieran ser vistos por otras compañías aéreas y no por los usuarios o los agentes de viajes. De esta forma, la empresa que introducía la información tenía la posibilidad de suspender el cambio en caso de que los competidores no cumplieran su parte del compromiso. Esta característica del sistema de la ATPCO había sido atacado con anterioridad por el Departamento de Justicia de Estados Unidos, pero las modificaciones al sistema que surgieron con ello sólo se habían aplicado en América del Norte.

En septiembre de 2004, el CADE determinó que las cuatro aerolíneas se habían coludido para elevar los precios. Cada una debió pagar una multa de 1 por ciento del ingreso obtenido en la ruta afectada durante 1999 y se le prohibió fijar precios y publicar ajustes de precios de forma anticipada.¹⁶

En otra medida que involucró un convenio horizontal, aunque surgiera en el contexto de un caso de fusión, en marzo de 2005 el CADE ordenó la suspensión de un acuerdo mediante el cual TAM y Varig, las dos líneas aéreas más grandes de Brasil, compartían asientos en los aviones de la otra línea aérea. El CADE aprobó el convenio en marzo de 2003 como paso inicial en lo que se esperaba fuera la fusión de ambas compañías. Posteriormente, las partes cancelaron la fusión y el CADE concluyó que no se justificaba la permanencia del convenio.¹⁷

A fines de 2004, el CADE consideró un caso interesante que se relacionaba con acciones coordinadas de una asociación comercial para obtener legislación anticompetitiva. La asociación de vendedores de combustible al menudeo en Brasilia logró, con éxito, que el gobierno municipal emitiera un decreto prohibiendo la construcción de estaciones de servicio en los estacionamientos de supermercados y centros comerciales. El CADE encontró que esta conducta estaba fuera de la ley y multó a la asociación y a dos de sus miembros por un monto equivalente a 5 por ciento de sus ingresos.¹⁸ En un cargo adicional del mismo caso se mencionaba un convenio entre miembros de la asociación por medio del cual dejaban de vender

cierto tipo de combustible diesel especialmente refinado. La motivación para el arreglo fue una regulación del Departamento Nacional de Combustibles que exigía que el diesel refinado se vendiera al mismo precio que el regular en todas las estaciones en las que no hubiera existencias de diesel regular. Los vendedores aceptaron detener las ventas para evitar vender el diesel refinado al precio del diesel regular. El CADE encontró que esta conducta resultaba ilegal e impuso una multa contra la asociación.

2.1.2 *Abuso de dominio*

La mayor parte de los casos del SBDC se relacionan con algún tipo de conducta de exclusión para excluir o impedir la participación de competidores horizontales. Sin embargo, la decisión más reciente del CADE con respecto al abuso de dominio se centró en las restricciones que afectan la competencia en una misma marca. Este caso, que involucró a Microsoft, se describe en el recuadro siguiente.

RECUADRO 2. MICROSOFT

En agosto de 2004 el CADE sostuvo que Microsoft ilegalmente restringió la distribución de programas de su marca y de servicios de computación asociados. Microsoft había establecido un sistema de “Revendedores de Grandes Cuentas” (RGC) para atender a los clientes corporativos de gran tamaño. Los RGC estaban limitados a una zona geográfica específica, pero una misma zona podía ser atendida por varios RGC dependiendo del número de distribuidores que cumplieran los requisitos para calificar como RGC.

En el caso de la zona geográfica del Distrito Federal (Brasilia), sólo una empresa, TBA Informática (TBA) cumplía con los requisitos para ser considerada como RGC. En cartas dirigidas al gobierno federal, Microsoft afirmó que TBA era la única empresa autorizada a vender programas de Microsoft y servicios asociados a todos los organismos federales (incluyendo los ubicados fuera de Brasilia). Como resultado, se desistía de los procedimientos de licitación que normalmente se exigía que llevaran a cabo los organismos federales a favor de las adquisiciones a TBA.

Al analizar el convenio de Microsoft con TBA, el CADE concluyó que el mercado relevante de bienes consistía en la venta o la obtención de licencias de programas y servicios de computación para el gobierno federal y que el mercado geográfico relevante abarcaba todo el país. En este mercado, Microsoft encontró una participación dominante de 90 por ciento. Desde el punto de vista del CADE, la acción de Microsoft al crear esta posición exclusiva para TBA resultaba ilegal. Al eliminar los procedimientos de licitación en ventas al gobierno, se reducían los beneficios de bienestar del consumidor con relación a la competencia en una misma marca, reducción que no se compensaba con suficientes eficiencias en un mercado en el que no existía la competencia entre marcas. Los funcionarios encargados de las compras gubernamentales no tenían la oportunidad de elegir

entre proveedores que competían entre sí, no sólo en el caso de los programas de Microsoft sino también en lo relacionado con servicios informáticos.

Microsoft argumentó que podía decidir integrarse hacia delante en el ámbito de la distribución y vender directamente al gobierno federal, por lo que la imposición de TBA como distribuidor exclusivo no representaba daño económico alguno. La respuesta del CADE fue que el sistema establecido por Microsoft para las ventas al gobierno involucraba la distribución por medio de un agente exclusivo y no la venta directa por parte de Microsoft. El CADE observó que cuando un productor monopólico vende mediante un solo distribuidor, el precio final es más alto y la producción total es menor que cuando el productor monopólico vende de forma directa al cliente. El CADE concluyó que la decisión de crear un distribuidor exclusivo obligaba a Microsoft a establecer precios máximos de reventa o a mejorar de alguna otra forma el ineficiente efecto de “doble monopolio” que surgiría.

Asimismo, el CADE tampoco estaba convencido de las justificaciones en términos de eficiencia que afirmaba Microsoft. Microsoft argumentó primero que la restricción territorial estimulaba a los revendedores a invertir en un análisis detallado y en la comprensión de las necesidades del cliente en esa zona geográfica. El CADE rechazó esta justificación, destacando que, aunque TBA estaba ubicada en Brasilia, tenía la obligación de atender a los organismos federales localizados en otras zonas geográficas del país. El segundo argumento de Microsoft fue que la exclusividad impedía aprovechar los esfuerzos de comercialización sin pagar por ello (el fenómeno económico del *free-riding*) de los otros revendedores. El CADE replicó que Microsoft asumió el grueso de los esfuerzos de comercialización en Brasil y que el trabajo de TBA se había orientado a promover la marca de TBA, no la de Microsoft. Asimismo, el argumento perdía valor con el hecho de que Microsoft había autorizado a varios RGC a operar en otras zonas geográficas. El CADE concluyó que el objetivo real de Microsoft al establecer a TBA como distribuidor exclusivo en el Distrito Federal residía en evadir los procedimientos de licitación del gobierno.

La perspectiva negativa del CADE al respecto de las justificaciones de eficiencia que esgrimía Microsoft empeoró con el argumento de esta última de que la condición de exclusividad otorgada a TBA no había sido deliberada, sino que había resultado simplemente de la aplicación de normas neutrales de cualificación para ser considerado RGC. Por el contrario, el CADE encontró que Microsoft había modificado los criterios para garantizar que sólo TBA cumpliera con las condiciones requeridas. El CADE afirmó que la libertad de un productor para establecer un sistema de distribución y elegir distribuidores no contemplaba “la prerrogativa para hacerlo de manera discriminadora”.

El CADE concluyó que la conducta de Microsoft y TBA constituían una limitación de la competencia de conformidad con el Artículo 20 I, un abuso de dominio de acuerdo con el Artículo 20 IV y un convenio para asegurar una ventaja indebida en el ámbito de las adquisiciones públicas de acuerdo con el Artículo 21 VIII. Microsoft fue multada con 10 por ciento de sus ingresos derivados de venta de licencias de productos Microsoft al gobierno federal de Brasil, mientras que TBA recibió una sanción de 7 por ciento de su facturación al gobierno de productos Microsoft y servicios informáticos asociados.

En otro caso de dominio con un enfoque al interior de una misma marca, se argumentó que Matec, afiliada de Ericsson, había rehusado de forma ilegal vender partes para el Sistema Telefónico Ericsson MD110. Las empresas independientes dedicadas a prestar servicios de mantenimiento telefónico por contrato argumentaron que no podían competir de manera eficaz en el mercado de los MD110 sin tener acceso a partes de reposición. En una decisión dada a conocer en 2003, CADE definió dos mercados relevantes: los servicios de mantenimiento para el sistema telefónico MD 110 y las partes de reposición de ese sistema. En el primer mercado, Matec tenía más de 90 por ciento de la participación de mercado al momento de la violación y, en el segundo, Matec mantenía un monopolio. CADE encontró que Matec había excluido ilegalmente a la competencia en el mercado por servicios de mantenimiento de sistemas, debido a que las empresas competidoras no tenían la posibilidad de operar sin tener acceso a partes de reposición. La exclusión reducía el bienestar del consumidor debido a que los compradores afectados de este sistema telefónico estaban “encadenados” al sistema telefónico MD 100 por el alto costo de cambiarlo. La competencia entre sistemas telefónicos en el punto de venta no era suficiente para impedir una falla del mercado en el caso del gobierno federal, que era uno de los principales clientes del MD 110. Las reglas de adquisiciones del gobierno impidieron al gobierno aceptar otra oferta que no fuera la más baja, sin contemplar los costos posteriores de mantenimiento.

En contraste con el caso de Microsoft/TBA y Matec, existe otra serie de decisiones del CADE que han analizado las prácticas de exclusión orientadas directamente a los competidores horizontales. Entre ellas, destaca otro caso con Microsoft, fallado a principios de 2004. En él, el CADE encontró que no existía abuso de dominio por el hecho de que Microsoft integrara su programa “*Money*” (para la gestión financiera) con el de Microsoft Office para Pequeñas Empresas. Un vendedor del programa competidor había presentado una queja en el sentido de que la táctica de Microsoft implicaba un convenio de condicionamiento excluyente. Microsoft respondió que “*Money*” se había integrado con el paquete “*Office*” sólo de manera temporal y promocional, y que normalmente se vendía como producto aparte. El CADE concluyó que no existía un condicionamiento ilegal y cerró el caso.

También en 2004, el CADE consideró que el centro comercial Iguatemi en la ciudad de São Paulo violaba el Artículo 20 al prohibir que sus arrendatarios se ubicaran también en otros centros comerciales de la ciudad. Iguatemi contaba con una participación de 30.9 por ciento de los ingresos derivados por la renta de locales en centros comerciales dentro del mercado geográfico relevante de São Paulo y 29 por ciento del ingreso por las ventas en centros comerciales. El CADE concluyó que Iguatemi tenía suficiente poder de mercado para limitar la competencia entre centros comerciales de acuerdo con la disposición de exclusividad. Así, se impuso una

multa de 1 por ciento de los ingresos brutos de Iguatemi. A principios de 2005 se registró un caso similar, relacionado con cuestiones de exclusividad, contra Shopping Centre Norte (SCN), también situado en la ciudad de São Paulo, pero en un mercado geográfico relevante distinto. SCN, que contaba con 69.6 por ciento de participación en los ingresos por alquileres de comercios y 71.6 por ciento de los ingresos por ventas en su mercado, prohibía a sus arrendatarios que operaran en otro centro comercial a menos de mil metros de SCN. El CADE encontró que esta condición resultaba una limitación indebida y multó a SCN con 1 por ciento de sus ingresos brutos.

En 2002, el CADE se abocó al análisis de un contrato entre la corporación White Martins (WMC, antes *Liquid Carbonic Corp.*) y Ultrafertil, una empresa petroquímica. Los procesos de fabricación de Ultrafertil generaban, como subproducto, el insumo principal utilizado por WMC para la producción de bióxido de carbono (CO₂). El contrato otorgaba a WMC los derechos exclusivos durante diez años a todo el subproducto generado por Ultrafertil. Un posible nuevo participante en la producción de este gas presentó la queja en el sentido de que ese contrato era una estrategia para excluir a los participantes de nuevo ingreso. Al observar que WMC tenía poder dominante en la producción de bióxido de carbono y que no se disponía de otra fuente del insumo distinta de Ultrafertil, el CADE coincidió en que el contrato resultaba anticompetitivo. Así, fundamentó su decisión al destacar que WMC había estado liberando una porción importante del insumo en la atmósfera. WMC fue multada con 24 millones de reales (9.4 millones de dólares), un monto equivalente a 5 por ciento de sus ventas brutas durante el año que precedió a la petición del demandante.

En un caso fechado en 2003, el CADE consideró una demanda de *dumping* relacionada con la venta de tubos de vacío para recolectar muestras de sangre humana por parte de la empresa Merck y su subsidiaria brasileña. En este caso, el CADE no encontró violación alguna, ya que los precios de Merck generalmente excedían el costo medio variable y porque esta empresa no contaba con el suficiente poder de mercado para garantizar la recuperación de las pérdidas asociadas con el *dumping* que se argumentaba.¹⁹

El CADE también falló con respecto a algunos casos de abuso de dominio que involucraban la explotación, potencialmente anticompetitiva, de poder de mercado, más que la exclusión de competidores. De este modo, en un caso distinto contra la corporación White Martins, el CADE consideró argumentos de que WMC era culpable de conductas verticales abusivas, al condicionar el transporte de bióxido de carbono líquido a la venta del producto, así como por el cobro de precios discriminadores. El caso se resolvió en 2000 mediante un convenio de acuerdo

conforme al cual WMC aceptaba suspender las prácticas ofensivas. El CADE no ha considerado casos que involucren el mantenimiento de precios de reventa.

Como se describió en el Informe de 2000 (página 197), una comisión investigadora del Congreso que analizó la industria farmacéutica solicitó, en 2000, que la SDE revisara las demandas de precios de medicamentos abusivamente altos. De acuerdo con el Artículo 30 de la Ley 8884, la SDE debe iniciar un procedimiento administrativo a solicitud del Senado o la Cámara de Diputados sin realizar una investigación preliminar. Así, la SDE abrió cerca de 60 procedimientos de establecimiento de precios abusivos con relación a más de 1,500 medicamentos. Luego de que las investigaciones languidieron durante varios años, en 2003 la SDE organizó un grupo especial para realizar el proyecto, con un enfoque particular en el empleo del análisis económico para definir los mercados relevantes. Recientemente, la SDE envió 15 de estos casos al CADE, esperando que el resto concluya hacia fines de 2005.

La posición del CADE con respecto a los precios abusivos refleja el punto de vista de que la obligación a cumplir las disposiciones a favor de la competencia no deben centrarse en los precios supuestamente altos de una empresa, sino más bien en incremento ilegítimo de poder de mercado que permite aumentos de precios abusivos. En enero de 2001, el CADE consideró presentar cargos de establecimiento de precios abusivos contra dos distribuidores de gas natural en el estado de Río de Janeiro. El CADE concluyó que los distribuidores no habían actuado de manera ilegal simplemente por haber elevado sus precios, pues los aumentos se encontraban dentro de los límites permitidos por el regulador estatal de empresas prestadoras de servicios.²⁰

2.2 Fusiones

Las disposiciones de la Ley 8884 que se aplican a las fusiones aparecen en el Artículo 54, que inicia con la redacción siguiente:

Cualquier acto que pueda limitar o de otro modo restringir la competencia abierta, o que resulte en el control de los mercados relevantes de ciertos productos o servicios deberá ser sometido al CADE para su análisis.

Este requisito de notificación se aplica, en principio, a cualquier “acto”, por lo que no sólo cubre las fusiones, sino cualquier tipo de contrato. En agosto de 2001, la SDE y la SEAE emitieron en conjunto los Lineamientos para las Fusiones Horizontales, confirmando la aplicación del Artículo 54 a cualquier “transacción que pueda limitar o, de otro modo dañar la libre competencia, o resultar en el dominio de los mercados relevantes de bienes y servicios, como los convenios horizontales entre

competidores”.²¹ El Artículo 54, párrafo 4 requiere que se presente la notificación a más tardar quince días hábiles después de ocurrir la transacción, mientras que el párrafo 5 otorga al CADE el poder de sancionar la falta de cumplimiento con el requisito de registro mediante la imposición de una multa de entre 60,000 y 6 millones de unidades fiscales de referencia (entre 24,900 y 2.49 millones de dólares).²² En la práctica, la mayoría de las sanciones que se imponen por incumplimiento de la notificación referida en el Artículo 54 se relacionan con transacciones que implican algún tipo de realineación estructural entre las partes.²³

En 1999, se impuso un cobro de 15,000 reales (5,850 dólares) para las notificaciones registradas de conformidad con el Artículo 54. A partir de 2001 la cuota se incrementó a 45,000 reales (17,550 dólares).²⁴ Aunque la mayoría de las notificaciones presentadas de conformidad con el Artículo 54 se relacionan con fusiones y adquisiciones, algunas se refieren a convenios que conciernen actividades de distribución, otorgamiento de franquicias, obtención de licencias, proyectos conjuntos y consorcios.

El párrafo 3 del Artículo 54 establece umbrales de notificación especiales para actos que constituyan fusiones, afirmando que la notificación es obligatoria para “cualquier forma de concentración económica” en la que la entidad resultante “represente veinte por ciento (20 por ciento) de un mercado relevante” o en la que cualquiera de los participantes en la transacción haya tenido un volumen total de ventas de 400 millones de reales (156 millones de dólares) durante el año precedente. Como se comentará más adelante, una característica clave del Artículo 54 es que las notificaciones, aunque involucren una fusión u otro tipo de transacción, no necesitan presentarse hasta después de ocurrido el acto.

El Artículo 54 no contiene lenguaje alguno que proporcione la norma sustantiva que deba utilizarse para analizar los actos sometidos. Sin embargo, el párrafo 1 del artículo contempla que una transacción presentada para su revisión puede ser aprobada si cumple con las cuatro siguientes condiciones: (1) Que su propósito resida en “aumentar la productividad; mejorar la calidad del producto o servicio; o generar una mayor eficiencia” o “fomentar el desarrollo tecnológico o económico”. (2) Que genere beneficios asignables de forma equitativa entre las partes de la fusión y los consumidores. (3) Que no elimine “una parte sustancial del mercado relevante de un producto o servicio”. (4) Que sus términos no sean más restrictivos de lo necesario para obtener los efectos benéficos.²⁵ Los Lineamientos para Fusiones Horizontales (en el párrafo 2) establecen que “el principio fundamental en el control de las fusiones es la regla de la razón”, atribuyendo esta proposición a la exposición de motivos presentada en el Artículo 1 de la Ley 8884. Este lenguaje, en conjunto con el del Artículo 54, podría interpretarse para imponer la carga sobre las partes en la fusión en el sentido de demostrar que su transacción es

benéfica en términos económicos. Sin embargo, en la práctica, el CADE no ha impuesto un requisito tal, y sólo interviene cuando concluye que, tomando en cuenta todos los argumentos, se reduciría la competencia de forma significativa. De esta forma, se considera que el párrafo 1 del Artículo 54 establece una defensa de las eficiencias que sólo se aplica en el caso de fusiones que, de otra manera, se considerarían anticompetitivas. La propuesta de ley para revisar la legislación de competencia establece una norma sustantiva para la evaluación de las fusiones, prohibiendo las transacciones que “eliminen la competencia en una parte sustancial del mercado relevante, que creen o fortalezcan una posición dominante o que puedan dominar un mercado relevante”.²⁶

El párrafo 2 del Artículo 54 contiene una disposición especial que permite la aprobación de fusiones que satisfagan sólo tres de los cuatro atributos enumerados en el Párrafo 1, siempre y cuando la transacción “sea en el interés público o de otro modo se requiera para el beneficio de la economía brasileña, y siempre y cuando no se dañe al consumidor final”. Este tipo de disposiciones se encuentra de alguna manera en las leyes de control de fusiones de varios países, lo que permite la aprobación de fusiones que, de otra forma, se considerarían anticompetitivas con base en el predominio del interés nacional. No obstante, hasta la fecha no se ha aprobado una fusión en Brasil sobre la base de esta disposición. La legislación propuesta conserva esta redacción, además de las cuatro condiciones que aparecen en el párrafo 1 de la ley vigente.

Los Lineamientos para Fusiones Horizontales de agosto de 2001, emitidos conjuntamente por la SEAE y la SDE, describen un proceso analítico de cinco pasos que emplea conceptos encontrados en lineamientos similares de otros países. Los elementos de este proceso incluyen (1) la definición de los mercados relevantes, tanto de producto como geográfico; (2) la determinación de si la participación de mercado de la entidad fusionada es lo suficientemente grande para permitir el ejercicio del poder de mercado; (3) la evaluación de la probabilidad de que el poder de mercado sea ejercido luego de la fusión; (4) el análisis de las eficiencias generadas por la transacción; y (5) la evaluación del impacto neto de la transacción sobre el bienestar económico.

La metodología para definir los mercados relevantes en términos geográficos y de producto contenida en el primer paso de los Lineamientos, se centra en la determinación del mercado más reducido en el cual un monopolista hipotético podría imponer un aumento de precios pequeño pero significativo y no transitorio. En el segundo paso, los Lineamientos consideran dos contextos (el de la acción unilateral por parte de una sola empresa y la acción coordinada de varias compañías) en los que se consideraría que determinados niveles de concentración de mercado presentarían una posibilidad importante de contar con poder de mercado posterior a

la fusión. En el caso del poder ejercido por una sola empresa, el umbral de consideración sería una entidad fusionada con participación de mercado de, por lo menos, 20 por ciento. En el caso de la acción coordinada por parte de varias empresas, el umbral de consideración sería una razón de concentración de cuatro empresas de, por lo menos, 75 por ciento, además de una participación de mercado de la entidad fusionada de, como mínimo, 10 por ciento. Si se alcanza cualquiera de estos umbrales, el análisis procede al paso 3, realizándose una evaluación de la probabilidad de que se ejerza en efecto el poder de mercado luego de la fusión. Este ejercicio se consideraría improbable si (a) las importaciones fueran un remedio eficaz contra el ejercicio del poder de mercado; (b) la entrada de nuevos participantes es considerada “probable, oportuna y suficiente”; o (c) la rivalidad en el mercado es tal que las empresas existentes tendrían tanto la capacidad como la motivación para resistir intentos de ejercicio de poder de mercado por parte de la entidad fusionada. Si el paso 3 demuestra la posibilidad de observar efectos anticompetitivos a partir de una transacción determinada, el análisis continúa al paso 4, para considerar las eficiencias que podría generar la fusión y, en última instancia, al paso 5, para evaluar el impacto económico neto de la transacción. Una transacción se rechazará si, después de tomar en cuenta el renglón de las eficiencias, genera una reducción neta en el superávit económico. Si el superávit aumenta debido a que los efectos anticompetitivos exceden a las eficiencias, se requerirá un análisis más detallado. De acuerdo con el Artículo 54, párrafo 1 de la ley, una defensa por causa de eficiencias podrá aceptarse solamente si los beneficios económicos de la transacción se asignan de forma equitativa entre las partes fusionadas y los consumidores o usuarios finales.²⁷

Aunque el CADE no ha adoptado formalmente los Lineamientos de Fusiones en forma de una Resolución del Consejo, los trata como recomendaciones no vinculantes en la evaluación de casos de fusión y, normalmente (aunque no siempre) sus disposiciones se discuten en las decisiones formales de fusión que emite el CADE. Una rareza de los Lineamientos de Fusiones es que la parte que discute la evaluación del poder de mercado sólo se refiere a la proporción de concentración de cuatro empresas, pero no al índice de Herfindhal-Hirschman (HHI). En contraste, los Lineamientos de la Resolución 20 del CADE, emitidos dos años antes para su empleo en la evaluación de violaciones de conducta de conformidad con los Artículos 20 y 21, se refieren a ambos métodos de medición de la concentración de mercado. Los organismos afirman que, de hecho, calculan el HHI siempre que sea posible para evaluar fusiones, aunque destacan que los mercados brasileños podrían considerarse no concentrados a los niveles que el HHI generarían preocupación en Estados Unidos. Otra característica de los lineamientos es la ausencia de referencias a fusiones que involucren empresas en quiebra, aunque el CADE analizó y rechazó la defensa de una compañía en quiebra en el caso Mahle-Metal, un procedimiento

que data de 1996 y que se relacionaba con la adquisición de un fabricante de autopartes. En esta decisión, el CADE interpretó la defensa de acuerdo con la formulación desarrollada en Estados Unidos, enfoque que se mantuvo posteriormente. El CADE ha rechazado la defensa en otros casos desde Metal Leve, en la generalidad de los casos argumentando la falta de esfuerzos adecuados para identificar a compradores menos anticompetitivos.

Las transacciones notificadas al CADE de conformidad con el Artículo 54 se pueden decidir de tres maneras posibles: aprobación incondicional, aprobación condicionada o rechazo. Si una transacción se rechaza en primera instancia, el Artículo 54, párrafo 9 faculta al CADE a tomar cualquier medida necesaria para corregir el daño que se pueda haber causado al orden económico, incluyendo la emisión de órdenes que exijan “la disolución, separación o venta de activos, y el cese parcial de actividades”. El CADE ha rechazado por completo sólo una fusión con adquisición de activos en el caso reciente que concierne a las empresas Nestlé y Garoto y que se describe más adelante.

Cuando las transacciones se aprueban de manera condicional, las condiciones que se imponen pueden entrar en una de dos categorías, dependiendo de la disposición legal que se invoque. Las condiciones que requieren actos únicos (como la venta de activos o la eliminación de una cláusula de no competencia en el contrato de adquisición) se imponen en función del ejercicio de la autoridad intrínseca del CADE para revisar transacciones de conformidad con el Artículo 54. Las condiciones que requieren actos continuos pero limitados en el tiempo (como la obligación temporal de la empresa adquirente de otorgar licencias para el uso de una marca registrada o mantener un programa de reubicación para los empleados despedidos) se imponen de acuerdo con el Artículo 58. Este artículo faculta al CADE a exigir que una o más partes de una transacción cumplan con restricciones o requisitos temporales de conducta, llamados “compromisos de desempeño” por la ley.²⁸

En los últimos cinco años, el CADE ha analizado los méritos de 2802 transacciones de conformidad con el Artículo 54, rechazando tres y aprobando condicionalmente otras 88. Siete de los casos de aprobación condicionada se relacionaban con compromisos de desempeño. Por ejemplo, la adquisición por parte de Aerolíneas Varig de un servicio computarizado de reservación resultó, en 2003, en un compromiso de desempeño que requería que Varig tratara a todas las aerolíneas de la misma manera durante tres años en lo relacionado con la operación del sistema de reservaciones. De manera similar, un compromiso de desempeño impuesto en 2004 requería que CTBC Telecom, una compañía de líneas telefónicas terrestres que había adquirido a un prestador de servicios de Internet por marcación, ofreciera el mismo trato a los demás prestadores de estos servicios durante tres años.

Otro compromiso de desempeño fijado en 2004 surgió con la transferencia, por parte de Pepsico, de los activos y licencias para la producción y distribución de la bebida isotónica “Gatorade” a AmBev, subsidiaria de la empresa Companhia Brasileira de Bebidas. El CADE requirió que AmBev vendiera la marca registrada de “Marathon”, su bebida isotónica vigente. Para contribuir a garantizar que Marathon sobreviviera en el mercado, se requirió que AmBev ofreciera al comprador de la marca una opción para adquirir los activos de producción de Marathon y una opción para utilizar la red de distribución de AmBev durante seis meses.

Para fines del análisis, resulta útil estudiar las condiciones de aprobación en función de su impacto sobre la disposición de los activos propiedad de las partes. Las condiciones y compromisos impuestos por el CADE pueden entonces clasificarse de acuerdo a si eran (1) “estructurales” (definido como las condiciones que requieren la venta o liquidación de activos); o (2) “accesorias” (definido como todas las demás condiciones). Las condiciones accesorias incluyen a la mayoría de los compromisos de desempeño, al igual que a las disposiciones que requieren la modificación o eliminación de las cláusulas de no competencia en los convenios de fusión.

El cuadro a continuación resume la actividad del CADE en el terreno de las revisiones de fusión entre 2000 y 2004, mostrando la proporción de casos en los que se impusieron condiciones “estructurales” o “accesorias”.

Cuadro 2. Fallos del CADE en casos de fusión 2000-2005

Año	Transacciones Reviewed ¹	Aprobadas sin condiciones	Aprobadas condicionadas			Rechazadas	
			Estructurales	Porcentaje de transacciones revisadas	Porcentaje de transacciones revisadas		
2004	618	574	2	0.32	41	6.63	1 (0.16%)
2003	491	484	1	0.20	6	1.22	0
2002	485	474	0	0.0	11	2.27	0
2001	571	559	0	0.0	12	2.10	0
2000	507	490	1	0.20	14	2.76	2 (0.39%)
Total	2672	2581	4	0.15	84	3.14	3 (0.11%)

Fuente: SBDC, 2005

1. Esta cifra es neta de registros que no fueron revisados por el CADE debido a que la transacción no cumplía con los umbrales de registro de notificación o porque las partes retiraron la notificación.

Aunque el CADE ha impuesto condiciones en cerca de 3.4 por ciento de las transacciones, sólo en cuatro instancias (muy por debajo de la décima parte de todos los casos condicionados) se impusieron requisitos estructurales que ordenan la disposición o utilización de activos.²⁹ El caso estructural de 2000 que se cita en el cuadro fue el de la fusión de AmBev, en el que el CADE requirió la liquidación de una marca de cerveza y cinco fábricas de cerveza. El caso estructural de 2003 consistió en la adquisición de la cadena de supermercados G. Barbosa por parte del

Grupo Ahold (propietario de Bompreço, la cadena de supermercados más grande de la región noreste de Brasil). El CADE ordenó que Ahold liquidara 16 de las 32 tiendas G. Barbosa. Uno de los casos de 2004 fue el de otra fusión de supermercados, que involucró la liquidación de una tienda. El segundo fue el de Pepsico-Gatorade que se describió arriba, en el cual se requirió que AmBev liquidara su marca de bebida isotónica.³⁰

Un ejemplo de condiciones accesorias es el caso de la adquisición de Biobrás por parte de Novo Nordisk. Nordisk era un importador sustancial de insulina hacia Brasil. Por su parte, Biobrás, una compañía farmacéutica, era el único fabricante nacional de insulina. Nordisk propuso estructurar la transacción transfiriendo los activos de producción de insulina de Biobrás hacia Biommm, una nueva compañía. El CADE aprobó la transacción, pero eliminó una disposición contractual que especificaba que, durante tres años, Biommm no podría exportar insulina a Brasil desde sus instalaciones productivas en el extranjero. El alto número de casos aprobados con condiciones accesorias en 2004 se explica por las cerca de 25 adquisiciones de empresas locales de servicio a elevadores que llevó a cabo una sola compañía en diferentes mercados geográficos. En cada caso, el convenio de adquisición prohibía al vendedor dedicarse a prestar servicios de mantenimiento durante años, por lo que el CADE impuso condiciones que requirieran la restricción de las cláusulas de no competencia sólo al mercado de elevadores (y excluyendo al de las escaleras eléctricas) o que se limitara geográficamente.

La mayoría de las transacciones (96.6 por ciento) se aprobaron sin condiciones. En 2001, el CADE consideró una fusión internacional que involucraba las subsidiarias brasileñas de dos empresas de maquinaria agrícola, New Holland (afiliada holandesa de Fiat) y Case Corporation (una compañía estadounidense). A pesar de que algunos submercados de maquinaria se encontraban relativamente concentrados en Brasil, el CADE aprobó la transacción sin condiciones. Desde el punto de vista del Consejo, cualquier intento de la empresa por incrementar sus precios después de la fusión sería de hecho limitado por la presencia de otros fabricantes brasileños que operaban plantas de propósitos múltiples capaces de fabricar los productos afectados. El CADE destacó que, al evaluar la misma fusión, los organismos de defensa de la competencias en Europa y Estados Unidos habían requerido la liquidación de varias plantas manufactureras en sus jurisdicciones geográficas respectivas. La situación brasileña difería en el sentido de que la demanda de mercado era mucho mayor en el extranjero, con la consecuencia de que podían construirse (y se construyeron) plantas altamente eficientes de un solo producto. En contraste, todas las plantas brasileñas eran operaciones de productos múltiples.

Es raro observar el rechazo absoluto de transacciones notificadas. En este sentido, el CADE bloqueó dos proyectos conjuntos en 2000 que involucraron distintas características de una sola operación. Un grupo de empresas que fabricaba combustible de alcohol a partir de azúcar formó un organismo colectivo para vender la producción de sus miembros. El CADE concluyó que los aspectos anticompetitivos de las propuestas superaban cualquier ganancia en eficiencia. En febrero de 2004, por primera vez en su historia, el CADE tomó la decisión de rechazar, por completo, una fusión mediante adquisición de activos, oponiéndose a la adquisición de Chocolates Garoto por parte de Nestlé Brasil.

RECUADRO 3. NESTLÉ-GAROTO

Nestlé Brasil, la subsidiaria brasileña del grupo suizo Nestlé, produce alimentos y bebidas, incluyendo chocolates, así como artículos de higiene y medicamentos. Chocolates Garoto, empresa brasileña del sector de productos alimenticios, es un importante fabricante de dulces y chocolates. Garoto era la tercera empresa en importancia en el mercado general de productos de chocolate, mientras que Nestlé y Kraft Foods (Lacta) alternaban en su liderazgo. La fusión aumentaba de manera importante la concentración horizontal del mercado general de chocolates, como se muestra en el cuadro a continuación.

Participaciones de mercado (%) todos los chocolates

Compañía	1998	1999	2000	2001
Nestlé (a)	35.26	34.60	30.95	33.94
Garoto (b)	22.13	24.69	28.55	24.47
(a+b)	57.39	59.29	59.50	58.41
Lacta	33.73	32.83	33.59	33.15
Ferrero	5.45	4.61	3.91	3.18
Arcor	3.20	3.07	2.61	3.40
Otros	0.23	0.20	0.39	1.86
Total	100.0	100.0	100.0	100.0

Fuente: SBDC, 2005

Un tema decisivo residía en si los chocolates en general constituían el mercado correcto a analizar. Asimismo, existían otros candidatos, incluyendo las cajas de chocolates, las tabletas, los bocadillos, las barras de dulce y los huevos de Pascua de chocolate, aunque la concentración también era generalmente alta en esos mercados. Kraft y las partes de la fusión presentaron estudios de definición de mercado divergentes, empleando modelos de elasticidad precio para estimar las reacciones de los consumidores a los precios relativos entre diferentes presentaciones y marcas de chocolates. Las empresas participantes en la fusión también incluyeron estimaciones econométricas basados en datos de Nielsen a fin de aclarar más el grado de rivalidad competitiva.

Por primera vez en un caso de fusión en Brasil, las partes presentaron simulaciones, que Kraft contrarrestó con estudios propios. Estas simulaciones, diseñadas para predecir el impacto posterior a la fusión sobre precios y cantidades, también pretendían estimar la reducción en los costos marginales que se requería para compensar el aumento en el poder de mercado de la compañía producto de la fusión. Las diferencias tan radicales en los resultados obtenidos por los distintos estudios obligó al CADE a considerar toda una serie de asuntos metodológicos relacionados con los modelos de simulación, incluyendo la identificación de la función de demanda relevante, la evaluación de la incertidumbre estadística asociada con las estimaciones de elasticidad de la demanda, y el análisis de los defectos potenciales en el modelo de productos diferenciados de Bertrand-Nash que empleaban las simulaciones.

También se cuestionaron otros temas además del mercado relevante, como las barreras a la entrada y las perspectivas de expansión de marcas rivales como Mars y Hershey. Como otra primicia en un caso de fusiones en Brasil, los solicitantes presentaron un estudio detallado de las eficiencias que generaría la fusión, elaborado por una compañía auditora independiente.

El 4 de febrero de 2004, la mayoría del Consejo votó a favor de impedir la operación, determinando que Nestlé debía vender Chocolates Garoto a un competidor con menos de 20 por ciento de participación en el mercado relevante. Desde el punto de vista del CADE, los estudios econométricos demostraron una alta elasticidad cruzada de la demanda entre los diversos segmentos del mercado de chocolates y entre las distintas marcas, llevando a la conclusión de que el mercado relevante era el de los chocolates en todas sus formas (excluyendo los productos caseros) del mercado interno brasileño. El CADE también subrayó que las importaciones no eran un factor importante en el mercado y que existían barreras de entrada debido a las dificultades para asegurar la distribución al mayoreo. El CADE concluyó que la transacción debía rechazarse debido a que (1) ni la reducción esperada en los costos variables ni el nivel de rivalidad que sobreviviría en el mercado eran suficientes para prevenir los incrementos de precios; y (2) no existían remedios estructurales para disminuir los efectos negativos de una mayor concentración.

Las partes presentaron mociones ante el CADE para que se reconsiderara y aclarara el fallo, que el CADE denegó el 3 de febrero de 2005. Las empresas apelaron de nuevo ante el CADE, proponiendo liquidaciones parciales de activos, lo cual fue rechazado por el CADE el 27 de abril de 2005. En la actualidad, sigue pendiente la revisión judicial.

La decisión generó una controversia política considerable. Los representantes en el Congreso de un estado brasileño abogaron vigorosamente por la aprobación de la transacción, en vista de la propuesta de Nestlé para ampliar una planta de producción de Garoto ubicada en esa región. En julio de 2004, terminó la gestión de un comisionado del CADE que había apoyado la decisión. El Presidente nominó al comisionado para un segundo periodo con la aprobación del comité de Asuntos Económicos del Senado y puesto a consideración del pleno senatorial. Sin embargo, el Senado retrasó su decisión debido al disgusto de algunos de sus miembros por la decisión sobre Nestlé.³¹ El comisionado terminó por retirar su nominación.

En abril de 2005, el CADE aprobó la adquisición del fabricante de tractores Valtra por parte de la empresa estadounidense AGCO. El caso es importante debido a que fue la primera vez en la que el CADE consideró simulaciones econométricas que habían sido realizadas por la SDE y la SEAE, en lugar de por las partes en la fusión. Las simulaciones fueron diseñadas para estudiar temas de definición de mercado y trataban con las elasticidades cruzadas en diversos submercados definidos por el intervalo de caballos de fuerza de los motores en los tractores. En algunos submercados, la participación de mercado posterior a la fusión alcanzaba 85 por ciento o más. No obstante, el CADE aprobó la transacción debido a una inminente nueva entrada que crearía la suficiente capacidad para prevenir aumentos de precios en cualquiera de los mercados.³²

De conformidad con la Resolución 15 del CADE, fechada en 1998, la defensa en un caso de fusión puede buscar la reconsideración de la decisión del Consejo si demuestra que ésta se basó en errores factuales o que ha surgido nueva información fundamental para la decisión. Entre 2000 y 2004, el CADE evaluó 13 solicitudes de reconsideración, otorgando seis, de forma plena o parcial, negando cinco con base en los méritos y rechazando dos como infundadas. En el caso de la fusión entre Nestlé y Garoto, el Consejo rechazó la solicitud para reducir la participación de mercado atribuida a Nestlé, concluyendo que el cambio no tendría un impacto crucial en la decisión del Consejo de no aprobar la adquisición. La ley contempla que el CADE tiene la facultad de revocar la aprobación de una transacción “en caso de incumplimiento con las obligaciones asumidas [por las partes], o si los beneficios pretendidos no se han logrado” (Art. 55). También se permite la revocación, aunque se impongan condiciones o compromisos de desempeño, si la aprobación se basó en información falsa o equívoca proporcionada por los solicitantes. Cabe apuntar que no han surgido casos de revocación al amparo del Artículo 55.

Como se comentó en párrafos anteriores, el párrafo 3 del Artículo 54 requiere que se notifiquen las fusiones que generen ya sea una entidad con 20 por ciento de un mercado relevante o que involucren a un participante con un volumen total de ventas de 400 millones de reales (156 millones de dólares). Hasta hace poco tiempo, el umbral de 400 millones de reales se aplicaba al volumen mundial de ventas. Esta interpretación fue muy criticada por los profesionistas y la comunidad de negocios de Brasil. El Informe de 2000 analizó este asunto y concluyó que la interpretación que contemplaba el volumen mundial de ventas aumentaba la probabilidad de que se observara un exceso de notificaciones de fusiones que no tenían importancia en términos de competitividad. El Informe sugirió (página 213) que el umbral debería limitarse al volumen de ventas en Brasil (subrayando, sin embargo, que la adopción de un cambio así haría “necesario determinar si 400 millones de reales sería acaso demasiado alto”). El Informe de 2000 también recomendó (1) que se estableciera un

umbral mínimo de ingresos para la parte de menor tamaño en la fusión, con base en que el esquema existente requería notificar cualquier adquisición llevada a cabo por empresas de gran tamaño, sin importar la pequeñez de la compañía comprada y lo trivial de las implicaciones en términos de competencia; (2) que se considerara la posibilidad de eliminar la prueba de participación de mercado, pues introducía un elemento subjetivo en lo que debería ser un esquema de notificación sin ambigüedad; y (3) que también se contemplara la eliminación de la aplicación del requisito de notificación para actos no relacionados con fusiones, ya que los sistemas de notificación amplios no generan normalmente beneficios que justifiquen los costos impuestos (páginas 213-14).

En una importante decisión emitida en enero de 2005, el CADE determinó que el volumen anual de ventas sería medido, en adelante, con referencia a las ventas brasileñas y no las mundiales.³³ De acuerdo con el SBDC, de 161 notificaciones analizadas a partir de la nueva interpretación, 68 (42 por ciento) podían ser rechazadas al no cumplir con las condiciones de volumen de ventas ni la prueba de participación de mercado. La pregunta planteada en el Informe de 2000 (si acaso la adopción del volumen de ventas brasileño debería implicar una reducción del umbral de 400 millones de reales) se convirtió en cuestión de gran interés para el SBDC, no sólo por las implicaciones sobre el registro de recibo de cuotas. La legislación propuesta para remodelar la ley de competencia resuelve este problema, así como la cuestión de la imposición de un umbral para la parte más pequeña al establecer que se requiere notificación si (1) al menos una de las partes en la transacción tiene un volumen total de ventas en Brasil de 150 millones de reales; y (2) por lo menos otro participante en la transacción obtuvo un volumen total de ventas de 30 millones de reales. La legislación propuesta también trata los otros temas que tocó el Informe de 2000 al eliminar las pruebas de participación de mercado y restringir expresamente el requisito de notificación a las “fusiones”, definidas como transacciones en las que (1) dos empresas se fusionan; (2) una compañía adquiere control de las acciones o activos de otra; o (3) se lleva a cabo un proyecto conjunto que implica la formación de una entidad económica independiente.

Como se destacó en párrafos anteriores, una característica importante del esquema de notificación de fusiones en Brasil reside en que la notificación, aunque obligatoria, no necesita ser registrada antes de consumarse la transacción. El párrafo 4 del Artículo 54 sólo requiere que la notificación se presente “a más tardar quince días hábiles después de ocurrir” la transacción. La Resolución 15 del CADE, que es la disposición implementadora del control de fusiones, emitida en 1998, especifica la “fecha de activación” que da inicio al plazo de 15 días. De acuerdo con la Resolución, el plazo comienza a transcurrir cuando (1) las partes realizan la “firma el primer documento vinculante” o (2) cuando se presenta “una modificación en las

relaciones de competencia entre las partes solicitantes o entre, por lo menos, una de ellas y un tercero” (Art. 2).

El hecho de que las partes tengan la libertad de consumir la fusión antes o después de presentar una notificación plantea un problema evidente para el CADE, en el sentido de cómo tratar las transacciones que se encuentra que son anticompetitivas. Debido a que el impacto adverso de una transacción de este tipo puede comenzar a acumularse de inmediato y por la gran dificultad que representa deshacer una fusión consumada, el CADE tiene importantes incentivos para interpretar y hacer cumplir el plazo de la notificación de manera que deba registrarse tan pronto en el proceso como sea posible. El Informe de 2000 destacó (en la página 207) que el CADE había sido vigoroso en su imposición de multas contra participantes en fusiones por no presentar sus notificaciones a tiempo, añadiendo que la interpretación del CADE acerca de la “fecha de activación” generaba controversia debido a las ambigüedades para determinar cuándo ocurre una “modificación de las relaciones de competencia” entre las partes. Aunque el Informe de 2000 (página 212) sugirió que el CADE considerara abandonar esa parte de la formulación de la “fecha de activación” y se basara únicamente en la norma del “primer documento vinculante”, el CADE ha mantenido la política expresada en la Resolución 15.

En los últimos cinco años, debido a que el CADE ha seguido tomando una posición estricta con respecto a los registros fuera de tiempo, con el consecuente aumento en el cumplimiento y la reducción de la incidencia de notificaciones a destiempo. El cuadro a continuación muestra la experiencia con notificaciones fuera de tiempo entre 2000 y 2004.³⁴

Cuadro 3. Notificaciones de conformidad con el Artículo 54 fuera de tiempo, 2000-2004

	2000	2001	2002	2003	2004
Transacciones evaluadas	523	584	518	526	651
Notificaciones fuera de tiempo (número)	107	57	39	16	18
Notificaciones fuera de tiempo (% del total evaluado)	20.5	9.8	7.5	3.0	2.7
Imposición de multas (millones de reales)	16.3	9.9	7.9	2.2	3.0

Fuente: SBDC, 2005

Las dificultades asociadas con la anulación de fusiones consumadas ha llevado al CADE a buscar otros medios para evitar la integración completa de entidades mientras se realiza la evaluación. Aunque ninguna disposición de la Ley 8884 trata este tema, el Artículo 83 aplica, en los procedimientos, el Código de Procedimientos Civiles de Brasil y algunos estatutos procesales relacionados, con lo que el CADE tiene la facultad de imponer un requerimiento de acuerdo con las normas aplicables al

desagravio temporal de acuerdo con la ley del país.³⁵ El Informe de 2000, en su página 206, describió dos casos de fusión presentados a fines de los años 90 (AmBev y WorldCom/Sprint) en los que el CADE emitió órdenes de suspensión al amparo de procedimientos relacionados con la ley civil para impedir la combinación o el cierre de plantas productivas, prohibir el intercambio de información comercialmente sensible y requerir que las acciones se mantuvieran en cuentas separadas.

Con el objeto de formalizar los mecanismos mediante los cuales se puede suspender la consumación de transacciones de fusión durante la evaluación de sus méritos, en agosto de 2002 el CADE emitió la Resolución 28. De conformidad con el Artículo 2 de la Resolución, el Consejo o el Comisionado Relator con la posterior ratificación del Consejo, pueden otorgar una “orden precautoria” de acuerdo con los principios de la ley civil (Art. 7). Dicha orden puede ser emitida ya sea *ex officio* o como respuesta a una petición de la SEAE, la SDE, el Procurador General del CADE o “cualquier tercero interesado en el acto de concentración que está siendo evaluado”. La Resolución establece un procedimiento mediante el cual se notifica a las partes que se fusionan que cuentan con cinco días antes de la ejecución de una orden de suspensión y se les otorga la oportunidad para presentar argumentos opuestos a los del CADE (Art. 4).³⁶ De otorgarse, este tipo de órdenes se sujeta a evaluación en los tribunales. La Resolución 28 también crea (en el Artículo 8) un segundo mecanismo, llamado “Acuerdo para Conservar la Posibilidad de Revertir una Transacción” (APRO, por sus siglas en portugués). Como su nombre lo indica, un APRO lleva implícito un acuerdo consensual entre el CADE y las partes en una fusión y está diseñado para lograr el mismo resultado que una orden precautoria.

Entre 2002 y 2004, el CADE emitió una orden precautoria (en 2004) y nueve APRO (cuatro en 2002, uno en 2003 y cuatro en 2004). La orden precautoria surgió durante la revisión de la adquisición de los activos del servicio de TV satelital de Hughes Electronics por parte de News Corporation, prohibiendo que las dos partes en la transacción establecieran nuevos contratos que otorgaban la distribución exclusiva de programación televisiva en Brasil. De los nueve APRO, tres pertenecieron al sector de telecomunicaciones (como el de Hughes Electronics) y otros tres se relacionaron con fusiones de cadenas de supermercados. Los tres casos restantes se refirieron a instancias descritas en páginas previas: (1) la transferencia de activos por parte de Pepsico para la producción de Gatorade; (2) la adquisición de Chocolates Garoto por Nestlé; y (3) la adquisición de un fabricante brasileño de insulina por parte de Novo Nordisk. Normalmente, las órdenes precautorias y los APRO imponen restricciones o condiciones a la libertad de la compañía adquirente para integrar actividades, cerrar comercios o plantas, despedir empleados³⁷, cancelar marcas o líneas de producto, alterar los planes de comercialización, inversión o investigación, o liquidar activos. Tanto una como el otro incluyen disposiciones que especifican multas diarias por incumplir las restricciones impuestas.

El Informe de 2000 no recomendó de manera directa que Brasil cambiara hacia un sistema de notificación previa a la fusión. Desde entonces, se ha llegado al consenso en Brasil de que el sistema actual, de notificación posterior a la fusión, es poco manejable e ineficiente, tanto para los organismos relacionados con la competencia como para la comunidad empresarial. La legislación propuesta establece un sistema de notificación antes de la fusión contemplando que las partes de esta transacción deben mantener “las condiciones de competencia” entre ellas y no tienen la facultad para ejecutar una transacción notificada sino hasta que haya sido evaluada por el CADE.

Los procedimientos establecidos de acuerdo con la ley actual para revisar transacciones notificadas aparecen en el Artículo 54. La notificación se presenta ante la SDE, que proporciona copias de inmediato a la SEAE y el CADE (párrafo 4). A diferencia de los casos de conducta procesados al amparo del Artículo 38, la SEAE no tiene opción para determinar si opinará en transacciones de fusión. Más bien, el Artículo 54 requiere que la SEAE proporcione a la SDE un informe técnico dentro de un plazo de 30 días. A su vez, la SDE debe presentar una recomendación al CADE dentro de los 30 días de haber recibido el informe de la SEAE. En ese momento, se transfieren los archivos del caso al CADE, que deberá evaluar la recomendación y emitir un fallo dentro de un plazo de 60 días (párrafo 6). El CADE no está obligado de manera alguna por las recomendaciones de la SEAE o la SDE, y será responsable por la adjudicación imparcial de los casos en disputa.³⁸ Si la SEAE o la SDE no cumplen con los plazos respectivos no habrá consecuencias legales. Sin embargo, si el CADE no emite un fallo dentro de su plazo de 60 días, se considera aprobada la fusión (párrafo 7). Suponiendo que los tres organismos cumplen con sus plazos límite, el máximo periodo legal para la revisión de fusiones sería de 120 días, de acuerdo con el Artículo 54. No obstante, cada uno de los tres organismos también tiene la facultad de emitir una o más solicitudes de información adicional, en cuya circunstancia se suspende el transcurso del plazo legal a partir del momento de la solicitud y hasta que se proporcione la información (párrafo 8). Aunque ni el Artículo 54 ni las disposiciones del CADE establecen mecanismos formales para resolver casos de fusión por consenso, a partir de negociaciones con las partes y el SBDC pueden generarse aprobaciones condicionadas.

La Resolución 15 del CADE, que es la disposición de implementación de las fusiones, fue adoptada en 1998 como parte de un esfuerzo para racionalizar, al interior del CADE, el proceso de revisión de las fusiones. La Resolución estableció un proceso de “dos etapas” con un formato de notificación inicial (adjunto a la Resolución como Anexo I) que era la versión simplificada y recortada del formato anterior. Un segundo formato (Anexo II), que requería mucha más información, fue diseñado para emitirse a las partes en la fusión si el Comisionado Relator determinaba

que era necesario investigar más. De hecho, con la práctica obtenida, nunca se ha utilizado la segunda forma. Si una fusión es lo suficientemente compleja para ameritar una “segunda solicitud” de información, la SDE o la SEAE elaborará preguntas que tratan en particular la transacción que está en revisión. De igual manera, si el CADE decide que una fusión presentada por la SDE y la SEAE requiere aún más datos, la investigación adicional será llevada a cabo por el Comisionado Relator y se centrará en los temas específicos identificados para su análisis.

Al observar que la conclusión de la revisión de fusiones simples que no parecían presentar problemas de competencia podía llevar seis meses o más al SBDC, el Informe de 2000 instó a los organismos a “encontrar maneras de simplificar y acelerar la revisión de entre 90 y 95 por ciento de todas las fusiones que son benignas en términos de competencia (página 211). A partir de 2002, de manera informal, la SDE y la SEAE desarrollaron un procedimiento simplificado para casos sencillos, en los cuales la SEAE elaboraría un informe en formato corto dentro de los 15 posteriores a la recepción de la notificación y, por su parte, la SDE elaboraría también un informe en formato corto dentro de los 15 días siguientes a la recepción del informe de la SEAE. En febrero de 2003, ambos organismos formalizaron este procedimiento con la emisión de la Disposición Conjunta No. 1, que establece un “Procedimiento Acelerado” aplicable a las transacciones relacionadas con (1) la compra de franquicias por sus franquiciantes; (2) proyectos conjuntos de cooperación creados para ingresar a un nuevo mercado; (3) reestructuraciones corporativas con un solo grupo empresarial que no impliquen cambios en el control; (4) la adquisición de una compañía extranjera por parte de una brasileña que no tenga intereses comerciales (o que estos intereses sean insignificantes) en Brasil; (6) la sustitución de un agente económico en el que la compañía adquirente no participara de forma sustancial en el pasado en el mercado objetivo o en mercados relacionados verticalmente; y (7) la adquisición de una empresa con participación de mercado lo suficientemente reducida para que no se cuestione su relevancia con respecto a la competencia.³⁹ En enero de 2004, la SEAE y la SDE instituyeron un “Procedimiento conjunto para revisión de fusiones” que ha acelerado aún más el análisis de estas transacciones. De acuerdo con este procedimiento, ambas secretarías comienzan a revisar una notificación inmediatamente después de recibirla y envían una recomendación conjunta al CADE, con lo que se evita el retraso inherente en la remisión de un caso a la SEAE para esperar que sea analizado antes de que la SDE empiece a trabajar. La SEAE y la SDE informan que cerca de 60 por ciento de las notificaciones de fusión cumplen las condiciones para el “Procedimiento Acelerado” y que normalmente procesan estos casos para su transmisión al CADE en cerca de 30 días. La aplicación del sistema ha reducido a la mitad el tiempo promedio total de revisión de ambos organismos (de cerca de seis meses a 86 días). Después de hacer ajustes por los

retrasos generados por las solicitudes de información adicional, ambos organismos cumplen con el plazo legal determinado para la conclusión de su trabajo.⁴⁰

El CADE también ha diseñado algunos procedimientos para contribuir a acelerar la revisión. Las fusiones tratadas con el “Procedimiento Acelerado” preceden a todas las demás en la agenda del CADE, y este organismo también ha continuado con la práctica de adoptar como suyo el informe emitido por la SDE y la SEAE, en lugar de elaborar una decisión aparte. No obstante, el tiempo promedio para la revisión de fusión en el CADE (con base en el número de días que transcurre entre la recepción del expediente y la emisión de la decisión por parte de este organismo) no ha cambiado mucho durante los últimos años, excepto por un incremento en 2004.

Cuadro 4. Plazo promedio de análisis de fusiones en el CADE

	2001	2002	2003	2004	2005
Transacciones evaluadas	584	518	526	651	202
Plazo promedio de evaluación (días)	85	80	83	125	75

Fuente: SBDC, 2005

El CADE ha hecho notar que el aumento inusual de 2004 respondió a que la SDE eliminó los rezagos de años anteriores, incluyendo algunos casos complejos que los recursos del CADE se vieron imposibilitados para tratar. Después de hacer ajustes por los retrasos generados por las solicitudes de información adicional, el CADE también resuelve casos de fusiones dentro del plazo legal de 60 días que se le estableció. En caso de que este organismo no cumpliera con el plazo estipulado, se aprobaría la fusión por omisión, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 54 párrafo 7.

**RECUADRO 4. PROCEDIMIENTOS DE REVISIÓN DE FUSIONES:
MODIFICACIONES PROPUESTAS**

Como se describió arriba, la propuesta de ley para modificar la Ley 8884 presenta numerosos cambios al sistema actual de revisión de fusiones, al establecer un plazo máximo de notificación previo a la fusión, alterando los umbrales de notificación, eliminando la prueba de participación de mercado, proporcionando una norma sustantiva para evaluar las fusiones y restringiendo de manera expresa el requerimiento de notificación para una fusión. También incluye modificaciones sustanciales a los procedimientos de revisión de las fusiones. Cuando se considera concluido el proceso de notificación, dentro de los cinco días posteriores, la Dirección General (DG) debe publicar una notificación resumida de la transacción propuesta y proporcionar copia de la notificación a la SEAE. La SEAE tiene la opción, pero (hasta la fecha) no la obligación, de

opinar acerca de la fusión en cuestión. Por su parte, la solicitud de la SEAE para obtener información adicional ya no suspende el plazo máximo de respuesta del organismo. Dentro de los 20 días posteriores a la publicación de la notificación, la DG debe solicitar información adicional o aprobar la transacción. En este último caso, dentro de un plazo de 15 días, el Pleno puede decidir revisar la aprobación, pero no está obligada a hacerlo. Esta característica de la propuesta tiene el propósito de funcionar como mecanismo de “cancelación anticipada”.

Si se solicita información adicional, la DG debe formular una recomendación sobre la ejecución del caso dentro de un plazo de sesenta días después de recibirla. Nuevamente, la aprobación de la DG está sujeta a revisión discrecional del Pleno. Si la DG recomienda ya sea el rechazo o la aprobación condicionada, el asunto se asigna de inmediato a un Comisionado Relator y los solicitantes tienen 30 días para presentar su defensa. A la recepción de la defensa, en un plazo de 20 días el Comisionado Relator debe decidir si agenda el caso para su fallo o solicitar que las partes presenten información adicional. Una vez que se presenta la información, la DG y el solicitante cuentan con diez días para presentar resúmenes por escrito. Dentro de los 20 días posteriores al plazo para presentar los resúmenes, el Comisionado Relator debe programar el caso para ser juzgado por el Pleno.⁴¹ No existe un plazo límite dentro del cual el Pleno deba resolver el caso. En los procedimientos ante el Pleno, la carga de la prueba se impone sobre la DG, para demostrar que la transacción daña la competencia.

Una nueva disposición permite apelar contra una decisión de la Dirección General para aprobar una fusión. Estos recursos pueden ser presentados (dentro de un plazo de 20 días luego de publicarse el fallo aprobatorio) por terceros interesados, por la SEAE y por los organismos reguladores sectoriales. El recurso de apelación se deposita en primer término en la DG, que cuenta con cinco días para revertir su decisión o remitir el recurso al Pleno. Si se remite, el Comisionado Relator determina (sujeto a revisión por parte del Pleno) si se “admite” el recurso. En caso de admitirse, el solicitante toma el papel que desempeñaría la Dirección General. No obstante, la DG mantiene autoridad total para intervenir como parte y defender su postura. En caso de que se admita un recurso de apelación de un agente privado y que, en última instancia, sea rechazado, el Pleno debe imponer una multa a la parte que va desde 5,000 hasta 5 millones de reales (entre 1,950 y 1.95 millones de dólares). El monto impuesto se determinará considerando las condiciones económicas de la parte que presenta el recurso de apelación, su desempeño en los procedimientos, su buena fe y el impacto del retraso sobre la transacción.

El proyecto de ley también contempla un mecanismo formal para resolver casos de fusiones mediante un arreglo conciliatorio. En cualquier momento antes de que el asunto haya sido depositado con el Pleno como transacción en disputa, la Dirección General (con la participación obligatoria del Comisionado Relator) tiene facultades para negociar un acuerdo conciliatorio para una fusión notificada. Una vez negociado, el arreglo deberá publicarse durante, por lo menos, diez días para recibir observaciones al respecto, luego de lo cual la DG puede elegir renegociar la propuesta antes de transmitirla al Pleno para su proceso final.

De acuerdo con el proyecto de ley, se asignan al CADE dos terceras partes de las cuotas cobradas por el registro de notificaciones de fusión y una tercera parte a la SEAE. La multa impuesta con anterioridad al amparo del párrafo 5 del Artículo 54 por incumplimiento con el requisito de presentación de la notificación luego de consumarse la fusión dentro del plazo estipulado, se aplica a la consumación de una transacción que debería ser notificada antes de su aprobación.⁴² Una nueva disposición permite la imposición de multas que van desde 60,000 hasta 6 millones de reales (entre 23,400 y 2.34 millones de dólares) por la entrega de información falsa que lleve a una aprobación errónea de la transacción.

2.3 Competencia desleal y protección del consumidor

El tema de la “competencia desleal” que daña a las empresas que compiten entre sí no se trata en la Ley 8884, sino en otro estatuto que proporciona la base para procesos penales y demandas civiles privadas. La Ley de Propiedad Industrial (No. 9279/96) define el delito de “competencia desleal” como aquél que contempla la denigración comercial, el falseo de marcas, el desvío fraudulento del comercio, la publicidad diseñada para cuasar confusión de marcas, la violación de los derechos de marca registrada, el cohecho comercial, la apropiación ilegítima o la revelación de secretos comerciales y la falsa reivindicación de patentes (Art. 195). La pena establecida es de entre tres y 12 meses de prisión o la imposición de una multa. Los fiscales públicos pueden presentar cargos criminales al amparo de la ley sólo como respuesta a quejas registradas por agentes privados (Art. 199). Las víctimas de la competencia desleal también pueden invocar la ley como base para buscar resarcir daños o la suspensión de actividades en una demanda civil.

La Ley de Defensa del Consumidor de Brasil (Ley 8078), vigente desde 1990, regula prácticas de comercialización como la publicidad fraudulenta, las garantías falsas, las ventas de puerta en puerta, el *telemarketing* y los aumentos abusivos de precios, además de los contratos para el consumidor en general. La ley establece que el “Sistema Nacional de Defensa del Consumidor” que está integrado por (1) el Departamento de Protección y Defensa del Consumidor (DPDC) de la SDE⁴³; (2) los organismos locales y estatales de protección al consumidor (llamados “Procons”); y (3) las organizaciones no gubernamentales de consumidores (ONGC). El DPDC es responsable por la coordinación general del sistema y, además, tiene diversas obligaciones específicas. El departamento emplea a 29 personas (entre puestos administrativos y ejecutivos) que se distribuyen entre la oficina del Director y las tres Divisiones Generales (Asuntos Jurídicos, Política del Consumidor y Supervisión de Comercialización). El Departamento también administra un Centro de Información Telefónica que responde a preguntas de los consumidores, ofrece la información que se le solicite y remite las quejas a los Procons locales.

Los Procons se ubican en los 26 estados del país y en el Distrito Federal (Brasilia), además de en 670 municipios y proporciona orientación a los consumidores, analiza sus preguntas, quejas y sugerencias y participa en litigios colectivos en pro del consumidor. También asisten a los consumidores y proveedores en la resolución de disputas por acuerdo entre las partes. Entre las ONGC se cuentan tres a nivel nacional y más de 40 organizaciones estatales y regionales. Estas instituciones son muy activas en el litigio colectivo por cuenta de los consumidores, publican revistas informativas, realizan funciones de educación para el consumo y otras actividades (como ensayos comparativos de productos).

La Ley de Defensa del Consumidor contempla que las quejas de consumidores que buscan el resarcimiento de daños deben presentarse ante el tribunal por el consumidor interesado o por un grupo con una demanda común. En el último caso, las demandas también pueden ser presentadas por los Procons o las oficinas de los fiscales y, asimismo, las ONGC pueden iniciar acciones legales en su nombre o a nombre de un grupo de víctimas. Además de autorizar las demandas por daños, la ley contempla procedimientos judiciales y civiles. Las demandas penales, que pueden llevar a la imposición de multas o a la prisión, pueden ser presentadas por fiscales del gobierno en tribunales federales y locales. Por su parte, las demandas civiles, federales y locales, que pueden llevar a órdenes de suspensión y penas monetarias de resarcimiento para el consumidor, pueden ser presentadas por abogados demandantes, ONG y (dependiendo del tribunal de que se trate) ya sea el DPDC o un Procons.

El DPDC también desempeña una función educativa, que pone en práctica mediante su sitio en Internet, llevando a cabo capacitaciones para personal de ONGC, publicando folletos de información al consumidor y elaborando materiales educativos para planes de estudio escolares. Debido a que el DPDC es el organismo hermano del departamento defensa de la competencias de la SDE, existen oportunidades de sinergias entre el fomento de la competencia y las funciones de educación del consumidor, como se describe en la sección de defensa del consumidor de este informe. Del mismo modo, se presentan intercambios de referencias de casos y se consultan sobre temas de defensa del consumidor que tienen un componente de protección del consumidor.

3. TEMAS INSTITUCIONALES: ESTRUCTURAS Y PRÁCTICAS DE OBLIGACIÓN AL CUMPLIMIENTO

3.1 Instituciones de política de competencia

3.1.1 CADE

La Ley 8884 establece el CADE como un “organismo federal independiente” asociado con el Ministerio de Justicia para fines presupuestarios (Art. 3). El papel del CADE en la obligación al cumplimiento de la ley de competencia reside en juzgar una presunta violación de la ley e imponer las sanciones y correcciones que procedan. El Consejo está integrado por un Presidente y seis miembros del Consejo (o comisionados) nombrados por el Presidente de la República y aprobados por el Senado por plazos de dos años (Art. 4). Los comisionados deben ser ciudadanos de más de 30 años de edad y contar con “reputación por sus conocimientos legales o económicos”. Los comisionados pueden ser nombrados por dos años más, y sólo podrán ser separados de su puesto por haber cometido delitos penales u otras faltas de conducta especificadas en la ley (Art. 5). Durante la vigencia de su nombramiento, los miembros del CADE no pueden tener empleo externo (excepto por las actividades académicas) o dedicarse a las actividades políticas. De los seis Comisionados actuales, dos (incluyendo al Presidente) son catedráticos de economía, y un tercero es economista que se desempeñó como subsecretario de la SEAE. Los tres comisionados restantes son abogados, incluyendo entre ellos un catedrático de ley de competencia, un abogado especializado en ley bancaria del gobierno federal y un abogado penalista del gobierno estatal. La perspectiva en la comunidad de defensa de la competencia de Brasil es que las nominaciones a los puestos de comisionado en el CADE algunas veces han reflejado consideraciones políticas, más que un enfoque en la experiencia técnica. Algunos profesionales instan a que los comisionados pertenecientes al gremio de los abogados tengan experiencia específica en la ley de competencia o educación en economía.

La Ley 8884 también prevé la participación de dos funcionarios independientes en las actividades del CADE. El primero es el Procurador General del CADE, nombrado por el Ministro de Justicia y comisionado por el Presidente de la República luego de su aprobación en el Senado. Con respecto a la vigencia de las funciones, la preparación, la reelección y la separación del cargo, el Procurador General presta sus

servicios en las mismas condiciones que los Comisionados (Art. 11), por lo que no está sujeto a ser separado del cargo por el Consejo Directivo. Las obligaciones del Procurador General consisten en prestar asesoría jurídica al CADE, presentar opiniones sobre casos pendientes de juicio por parte del CADE, defender al organismo en los tribunales, supervisar la ejecución jurídica de sus decisiones y (con la aprobación previa del CADE) conciliar casos vigentes en los tribunales (Art. 10).⁴⁴

EL segundo funcionario es representante del Fiscal General federal. El Artículo 12 prevé que el Procurador General nombre un miembro de la Oficina del Fiscal General “para llevar” los casos sometidos para revisión al CADE. El Artículo añade que el CADE tiene la facultad de solicitar que el Fiscal General haga cumplir las decisiones del CADE en el tribunal y tome otras medidas judiciales a favor de las obligaciones del Procurador a fin de proteger el orden económico. A continuación se describe el papel del Fiscal Público y su relación con otros organismos jurídicos de Brasil.

RECUADRO 5. LAS TRES INSTITUCIONES JURÍDICAS QUE INCIDEN SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY DE COMPETENCIA: EL FISCAL PÚBLICO, EL FISCAL GENERAL Y EL MINISTERIO DE JUSTICIA

La Oficina del Fiscal Público Federal fue creada por la Constitución brasileña (Art. 128) como una rama totalmente independiente del gobierno. Como su nombre lo indica, una de sus funciones más importantes es la de procesar las violaciones a la ley penal. Asimismo, la Oficina tiene la responsabilidad de proteger el interés público general, incluyendo intereses particularmente “difusos” que no cuentan con un grupo político naturalmente fuerte para defenderlos. Dos ejemplos de estos intereses difusos son el orden económico y el medio ambiente. La Oficina del Fiscal también tiene como responsabilidad vigilar los excesos de otras ramas del gobierno. De esta manera, cumple una función especial en el procesamiento de acciones de corrupción por parte de funcionarios gubernamentales y cuenta con autoridad específica para cuestionar la constitucionalidad de medidas tomadas por el Congreso o por organismos gubernamentales.

El Fiscal Público difiere de la Oficina del Procurador General Federal y del Ministerio de Justicia en que los últimos dos son ministerios de línea en el Poder Ejecutivo. El papel de la Oficina del Procurador General consiste en representar al gobierno como tal, por lo que proporciona asesoría legal a los organismos federales y los representa en los tribunales. Si la SDE o la SEAE son parte en un proceso judicial, serán representadas por abogados de la Oficina del Procurador General. Algunos organismos autónomos, incluyendo al CADE, cuentan con su propio Procurador General.⁴⁵

El Ministerio de Justicia funge como el brazo del gobierno para cuestiones administrativas relacionadas con el cumplimiento de la ley. Las secretarías que integran al Ministerio, como la SDE, son responsables por una serie de elementos de la misión del Ministerio, pero no litigan directamente en los tribunales (que es la jurisdicción del Procurador General).

El verbo *oficiar* en portugués, que se utiliza en el Artículo 12 (traducido aquí como “manejar”) es un verbo ambiguo que no deja claro el papel preciso del fiscal designado en los procedimientos en los que participa el CADE. Es posible que su misión se relacione con ser un vigilante contra las conductas fraudulentas en las operaciones del CADE. En la actualidad, el Fiscal General tiene dos representantes que trabajan en el CADE, encargados de elaborar opiniones escritas sobre asuntos presentados ante el Pleno del CADE para su fallo. Si los representantes concluyen que una acción contemplada por el CADE tiene defectos en términos legales, pueden presentar sus argumentos al Consejo y cuestionar la acción en el tribunal federal. Dada la responsabilidad del fiscal en la protección del interés de la sociedad en términos del orden económico, la ocasión más propicia para una demanda sería aquella en la que el fiscal concluyera que el CADE, incorrectamente, se ha negado a sancionar una violación.

La experiencia del CADE con el Fiscal Público ha estado marcada por los altibajos. El nombramiento de los representantes del Fiscal en el CADE normalmente tiene una vigencia de dos años. Durante algunos periodos, el puesto ha estado vacante. En cambio, el Fiscal en funciones entre 2003 y 2004 adoptó una postura bastante agresiva, llevando a los tribunales varias demandas contra el CADE argumentando errores de procedimiento.⁴⁶ A últimas fechas, el CADE y la Oficina del Fiscal Público han abierto consultas para establecer una interpretación común para el lenguaje legal que describe la función del fiscal en el CADE.⁴⁷

Como se comentó arriba, una cláusula aparte en el Artículo 12 contempla que el CADE puede solicitar al Fiscal Federal que busque hacer cumplir las decisiones del CADE por la vía judicial. Tradicionalmente, los abogados de la oficina del Procurador General del CADE han representado a este organismo en las acciones de cumplimiento por la vía judicial que se han presentado en Brasilia. Recientemente, los representantes del Fiscal en el CADE han prestado su ayuda en estos procedimientos. Cuando se presentan acciones de obligación al cumplimiento fuera de Brasilia, el CADE recurre a la Oficina del Procurador Federal en el estado que corresponda, pero también ha recibido ayuda de los fiscales federales y estatales en estos casos.

El Artículo 3 define al CADE como un organismo “independiente”, y el Artículo 50 contempla que las decisiones del CADE no están sujetas a revisión alguna por parte del Poder Ejecutivo del gobierno. La comunidad relacionada con la defensa de la competencia considera que el CADE es un organismo genuinamente autónomo, aunque muchos profesionales del gremio expresan su inquietud acerca de la disposición del Artículo 4 conforme a la cual los Comisionados pueden ser nombrados para un segundo periodo de dos años. Se considera que esto crea un incentivo para

que los Comisionados en funciones ajusten sus decisiones por razones políticas a fin de ser nombrados de nuevo. Sea o no esto cierto, la opción de repetir en el cargo sin duda alguna presenta una oportunidad de maniobras políticas para el Senado, como sucedió en el caso de la fusión Nestlé-Garoto. La propuesta para modificar la Ley 8884 amplía a cuatro años el periodo en funciones de los Comisionados del CADE, sin posibilidad de repetición inmediata.

RECUADRO 6. TEMAS INSTITUCIONALES: MODIFICACIONES PROPUESTAS

Todos los participantes en la comunidad brasileña de defensa de la competencia, incluyendo los organismos del SBDC, los miembros de la comunidad académica y los profesionistas del medio, concuerdan en que la estructura tripartita actual para hacer cumplir la ley de competencia es ineficiente. El Informe de 2000 indicaba lo mismo (página 214), aunque no hizo recomendaciones específicas de arreglos institucionales. El Informe de 2000 instaba a lograr una mayor integración de las funciones de investigación y adjudicación y a aumentar los esfuerzos para eliminar la duplicación de tareas entre los organismos (página 214).

Más allá del problema de ineficiencia estructural, el Informe de 2000 también destacó dos características institucionales del SBDC que ponen en riesgo la autonomía del CADE. En primer lugar, debido a que los casos de obligación al cumplimiento de la ley sólo pueden ser iniciado por la SDE, el CADE carece de capacidad para controlar la dirección de la obligación al cumplimiento de la ley de competencia (página 215). En segundo lugar, los periodos de dos años de los comisionados del CADE y el hecho de que no estén escalonados, significa que todos los miembros del Consejo pueden ser sustituidos en un plazo corto (como ya ha sucedido) al vencer su gestión en una sucesión acelerada. Este hecho no sólo amenaza la independencia del CADE del control político, sino que resulta en una pérdida de continuidad institucional (página 215). En el Informe se recomendaban periodos más largos y escalonados, de entre cinco y siete años, para resolver estos problemas (página 215).

Entre otros temas, las modificaciones propuestas a la Ley 8884 incluyen la duración y secuencia de la gestión de los comisionados y su relación con la integración institucional. Además de convertir al “consejo” del CADE en “tribunal administrativo”, la propuesta amplía de dos a cuatro la vigencia de sus miembros y escalona los plazos para evitar vacantes simultáneas.⁴⁸ El proceso de nombramiento de los comisionados también se modifica ligeramente, de forma que el nominado del Presidente de la República para la presidencia del CADE será recomendado de manera conjunta por los Ministros de Finanzas y de Justicia, y los nominados para los puestos de miembro del Consejo Directivo serán recomendados de forma alternada por ambos Ministros. Aún se requerirá la aprobación de estas nominaciones en el Senado.

Los cambios institucionales más serios afectarían a la SDE y a la SEAE. En este sentido, desaparecería el Departamento de Protección y Defensa Económica (DPDE) de la SDE, y sus responsabilidades de investigación y obligación preliminar al cumplimiento se transferirían a una nueva Dirección General del CADE, compuesta de un Director General

(DG) y cinco directores. El Director General, nombrado por el Presidente de la República por recomendación conjunta de los Ministros de Finanzas y de Justicia y aprobado por el Senado, tendría una gestión de dos años, con posibilidad de renovarlo durante dos años más. La DG estaría sujeta a las mismas condiciones que se aplican a los Comisionados con respecto a su separación del cargo, por lo que no pueden ser despedidos a voluntad del Pleno. Los cinco directores son nombrados también por el Presidente de la República, previa nominación del Director General y su plazo en funciones depende del DG.

También se crearía un Departamento de Estudios Económicos dentro del CADE, con un Economista en Jefe nombrado por el Presidente de la República por recomendación del Ministro de Finanzas y aprobado por el Senado. El Economista en Jefe prestaría sus servicios en las mismas condiciones que los Comisionados con respecto a la vigencia de las funciones, la preparación, la reelección y la separación del cargo. El Departamento sería responsable de llevar a cabo estudios económicos e informes técnicos para colaborar en el análisis de casos en el CADE, a solicitud del Comisionado Relator o del Director General.

El papel y la autoridad del Procurador General del CADE en el suministro de asesoría legal y la representación en procesos judiciales prácticamente no cambia. Sin embargo, ya no se requeriría que el Procurador General opinara sobre cada caso que se presentara para su fallo en el Pleno. Más bien, el Comisionado Relator de un caso tendría discreción acerca de si fuera necesario solicitar una opinión del Procurador General.

Por su parte, la función de la SEAE cambia de manera importante, para enfocarse sobre todo en la defensa de la competencia, los estudios de mercado y los asuntos relacionados con sectores regulados de la economía. En el contexto de la obligación al cumplimiento de la ley, la SEAE ya no poseería sus propias herramientas de investigación. Aún se le informaría al inicio de los procedimientos administrativos y recibiría copias de todas las notificaciones de fusión, pero no estaría obligada a proporcionar una opinión técnica en cada caso de fusión. Más bien, la SEAE proporcionaría opiniones sobre casos de conducta o fusión sólo por su voluntad o cuando se lo solicitaran ya sea la Dirección General o el Comisionado Relator sobre algún asunto específico. Una nueva disposición específica que la SDE sería responsable por la evaluación de las quejas que reciba de agentes privados y por remitir a la DG las que así lo ameriten para dar inicio a una investigación administrativa. La SEAE también podría recomendar que el CADE emita una orden de desistimiento durante un proceso administrativo cuando la SEAE concluya que la conducta del demandado podría causar daños irreparables a un mercado o dejar sin efecto el procedimiento.

Fuera del ámbito de la obligación al cumplimiento de la ley, la SEAE sería responsable por el fomento de la competencia ante otros organismos del gobierno y la sociedad civil en general, de consultar con otros organismos reguladores y opinar sobre las regulaciones propuestas, llevar a cabo estudios de mercado y analizar y proponer revisiones a las leyes y regulaciones que afectan la competencia. Para cumplir con sus diversas misiones, la SEAE podría solicitar la entrega voluntaria de información tanto a individuos como a entidades públicas o privadas. La SEAE también tendría facultades para acceder a archivos de casos que lleva el CADE y otros cuerpos públicos y organismos de obligación al cumplimiento de la ley y podría solicitar al Director General del CADE que realice exámenes e inspecciones y buscar la autoridad judicial por cuenta y orden de la SEAE en procedimientos de cateo.

3.1.2 *La SDE*

De conformidad con la Ley 8884, las funciones de investigación y algunas de obligación preliminar al cumplimiento, son realizadas por la SDE (Art. 14). La SDE se divide en dos departamentos, uno con responsabilidades relacionadas con la ley de competencia (el Departamento de Protección y Defensa Económica, DPDE) y el otro responsable de la ley de protección al consumidor (el Departamento de Protección y Defensa del Consumidor, DPDC) y a cargo de ella existe un secretario nombrado por el Ministro de Justicia. Cada departamento tiene un director nombrado por el secretario. A pesar de que la SDE no fue creada como organismo independiente, la Ley 8884 contempla que las decisiones del secretario “no pueden apelarse en niveles superiores” del Ministerio de Justicia (Art. 41). El Ministerio no ha interferido normalmente en las actividades de la SDE.

3.1.3 *La SEAE*

El funcionamiento de la SEAE es responsabilidad de un Secretario que nombra el Ministro de Finanzas, para cumplir tres encargos: (1) realizar ciertas funciones de investigación y asesoría relacionadas con la ley de competencia; (2) proporcionar análisis económico para los programas económicos regulativos (incluyendo análisis de precios); y (3) dar seguimiento a las condiciones de los mercados en Brasil. Al amparo de la Ley 8884, la SDE debe informar a la SEAE cuando la primera comience un procedimiento administrativo en un caso de conducta y la SEAE podrá entonces proporcionar a la SDE una opinión sobre el asunto (Art. 38). En los casos de fusiones, el Artículo 54 requiere que la SEAE proporcione un informe de análisis técnico a la SDE sobre todas las transacciones para las cuales se presenta notificación (Art. 54). Las modificaciones realizadas en 2000 a la Ley 8884 otorgaron autoridad a la SEAE para emplear todos los poderes de investigación con que cuenta la SDE (Art. 35-A §1).⁴⁹ Sin embargo, la SEAE no cuenta con facultades de adjudicación o de obligación al cumplimiento al amparo de la ley de competencia.

3.2 **Obligación al cumplimiento de la ley de competencia**

La Ley 8884 confiere a la SDE con la principal responsabilidad por dar seguimiento a los mercados e identificar posibles violaciones (Art. 14). El Secretario de la SDE puede iniciar una “investigación preliminar” ya sea *ex officio* o con base en una queja o solicitud de una parte interesada (incluyendo el CADE y la SEAE), cuando la evidencia disponible no justifique la apertura de un “procedimiento administrativo” más formal (Art. 30).⁵⁰ Dentro de los 60 días siguientes (periodo que puede extenderse debido a las solicitudes de información), el Secretario deberá decidir si cierra la investigación preliminar o da inicio a un procedimiento administrativo (Art. 31).⁵¹ La decisión de cerrar la investigación debe ser aprobada

por el CADE.⁵² El “procedimiento administrativo” que, en esencia, es un proceso para desarrollar un registro formal de evidencias, debe instituirse dentro de los ocho días posteriores al cierre de la investigación preliminar o de la recepción de una queja suficientemente fundada (Art. 32).⁵³ La SEAE recibe notificación cuando se inicia el procedimiento y puede entonces decidir si proporciona su opinión sobre el asunto a la SDE (Art. 38). La parte demandada recibe notificación formal de la naturaleza de la presunta violación y se le convoca a presentar su defensa dentro de quince días (Art. 33). Luego de presentar su defensa, inicia un plazo de 45 días, durante el cual el demandado puede presentar información adicional y solicitar audiencia ante la SDE de hasta tres testigos (Art. 37). Dentro de los cinco días posteriores al cierre de la fase de descubrimiento, el demandado presenta sus argumentos finales y el Secretario de la SDE elabora un informe por escrito que contiene las conclusiones y una recomendación al Pleno ya sea para desechar el caso o encontrar una violación de la ley (Art. 39).⁵⁴ A continuación, se transfiere el expediente del caso, incluyendo cualquier recomendación realizada por la SEAE, para ejecución en el CADE.⁵⁵

Todas las facultades de recolección de información de la SDE pueden ser invocadas durante la investigación preliminar y el procedimiento administrativo formal (Art. 35 §1). Antes de las modificaciones de diciembre de 2000, estos poderes sólo implicaban que la autoridad tenía la facultad de obligar a la presentación de documentos (con el debido respeto a la protección de la información confidencial) y a la presentación de la declaración oral de los testigos (Art. 35). El Informe de 2000 recomendó aumentar los poderes y técnicas de investigación disponibles para los organismos del SBDC, a fin de hacer posible un enjuiciamiento más eficaz de los cárteles (página 207). Entre las mejorías sugeridas destaca el otorgamiento de facultades a los organismos para catear los locales comerciales sin notificación previa y a ofrecer amnistía a los participantes de cárteles con respecto a sanciones y penas a cambio de su cooperación. Las modificaciones de 2000 hicieron realidad estas recomendaciones, autorizando a los organismos a emitir órdenes de cateo notificadas con 24 horas de anticipación (Art. 35 §2), facultando a la SDE y la SEAE para solicitar que el Fiscal General obtenga una orden judicial para ejecutar órdenes de cateo sin previo aviso (“incursiones sorpresa”) (Art. 35-A), otorgando a la SEAE todos los poderes de investigación al alcance de la SDE (Art. 35-A, §1). Asimismo, el Artículo 35-B autoriza a la SDE a establecer convenios de indulgencia de acuerdo con los que, tanto personas como corporaciones son excusadas de parte o todas las penas por conductas ilegales al amparo de la Ley 8884 a cambio de su cooperación en el procesamiento de un caso. La disposición de indulgencia se complementa con el nuevo Artículo 35-C, que contempla que el establecimiento exitoso de un convenio de indulgencia también protegerá a las partes que cooperen de demandas penales de conformidad con la ley de delitos económicos de Brasil (Ley 8137/90).

Los esfuerzos del SBDC para explotar las facultades legales creadas con las modificaciones de 2000 no comenzaron sino hasta 2003. En este año, la SDE se reestructuró para enfocar cada vez más atención al cumplimiento de las disposiciones contra los cárteles, creando un departamento de técnicas cuantitativas y econométricas para realizar análisis en investigaciones de conducta (aunque también en casos de fusiones). En conjunto con la Policía Federal y la Oficina del Fiscal Público, la SDE también estableció un “centro de inteligencia” para investigaciones sobre cárteles, a fin de avanzar en los esfuerzos de cooperación en las investigaciones penales y civiles que se realizan conjuntamente en torno a los cárteles. Esta iniciativa recibió ayuda con la aprobación de una legislación en mayo de 2002 (la Ley 10446) de acuerdo con la cual la Policía Federal estaba autorizada para contribuir en investigaciones de cárteles que contengan aspectos interestatales o internacionales. Desde 2003 hasta fines de 2004, la SEAE también aumentó sustancialmente sus actividades con respecto a los cárteles, realizando investigaciones en mercados como los de aviación civil, cemento, gas LP, gasolina y otros, con un enfoque especial en el uso de análisis económico para identificar conductas con estructura de cártel. En gran medida, el despliegue de recursos de la SEAE y la SDE hacia las investigaciones relacionadas con cárteles fue posible gracias a sus esfuerzos intensivos para simplificar y acelerar el proceso de revisión de fusiones. Ambos organismos también han buscado incrementar su eficiencia mediante la asignación de asuntos particulares entre ellos, a fin de evitar la duplicación de investigaciones de conducta.

Desde julio de 2003, la SDE ha realizado más de 15 de estas incursiones sorpresa. Esta actividad no sólo ha mejorado notablemente el perfil de la obligación al cumplimiento de la ley de competencia, sino que ha generado evidencias que los fiscales penales han utilizado para apoyar solicitudes judiciales de contar con la autoridad de intervenir comunicaciones.⁵⁶

Desde 2003, la SDE también ha aplicado su programa de indulgencia, como lo autoriza el Artículo 35-B.⁵⁷ De acuerdo con esta disposición, es posible ejecutar un convenio de indulgencia si se cumplen todas las condiciones siguientes: (1) la empresa o persona es la primera en informar con respecto a las prácticas anticompetitivas bajo investigación; (2) la empresa o persona suspende por completo su participación en la práctica anticompetitiva a partir de la fecha en la que se propone el convenio; (3) la SDE no posee aún evidencia suficiente para condenar a la compañía o la persona cuando se propone el convenio; y (4) la empresa o la persona confiesan haber participado en la práctica ilegal y coopera de manera eficaz con las investigaciones del gobierno (Art. 35-B, §2). Las empresas o personas que instigaron la conducta ilegal no pueden acceder a los convenios de indulgencia (Art. 35-B, §1).

RECUADRO 7. INCURSIÓN SORPRESA CONTRA EL PEDERNAL

La primera “incursión al amanecer” en defensa de la competencia en la historia de Brasil fue llevada a cabo por la SDE en julio de 2003. La operación ocurrió en las oficinas de la Asociación de Industrias del Pedernal del Estado de São Paulo (Sindipedras). Los investigadores buscaron evidencias de colusión en el mercado de piedra triturada, materia prima esencial para la industria de la construcción civil. Las 21 compañías participantes en la Asociación sumaban 70 por ciento de la roca triturada que se producía en São Paulo, y se argumentaba que habían estado operando un cártel durante los dos últimos años.

Un análisis de los materiales consignados durante la incursión llevó a la SDE a iniciar un procedimiento administrativo para investigar la posibilidad de fijación de precios, segmentación del mercado, restricción de la producción y arreglo de licitaciones. En noviembre de 2004, la SDE completó su investigación y recomendó que el CADE pronunciara un fallo de colusión ilegal para Sindipedras y 18 de las 21 empresas miembro. La SDE basó su recomendación en evidencia de que las compañías (a) mantenían datos de precios y cifras de ventas diarias en un archivo central de computadora en Sindipedras; (b) se reunían en las instalaciones de la asociación para establecer las políticas del cártel; (c) cobraban multas por incumplimiento de las decisiones del grupo (d) dividían a los clientes y asignaban cuotas de ventas (incluyendo las surgidas de licitaciones presentadas en concursos públicos); y (e) cobraban un suplemento sobre las ventas realizadas a clientes asignados a otras compañías. El CADE emitió su fallo en julio de 2005, apoyando el análisis de la SDE y multando a las empresas demandadas con montos de entre 15 y 20 por ciento de sus ingresos brutos de 2001, dependiendo del grado de su participación en la administración del cártel.

La SDE también proporcionó la evidencia que había confiscado a las autoridades penales, lo que llevó a que, conjuntamente, la SDE y la policía realizaran entrevistas con testigos y, en última instancia, a acusaciones penales que se encuentran en proceso en el tribunal penal.

El grado de indulgencia que se otorga a una parte que coopera depende de si la SDE tenía conocimiento previo de la conducta ilegal de que se trata. Si la SDE no estaba enterada, la parte tiene derecho a estar exenta de cualquier pena que resulte del procedimiento correspondiente en el CADE. En cambio, si la SDE tenía conocimiento previo, el CADE está autorizado para reducir la pena aplicable en entre una y dos terceras partes, dependiendo de la eficacia de la cooperación y la “buena fe” de la parte en el cumplimiento con el acuerdo de indulgencia (Art. 35-B, §4). En este último caso, la pena impuesta no puede, en ningún caso, ser más severa que la pena más baja impuesta a cualquiera de los demás participantes en la conducta ilegal (Art. 35-B, §5). Un convenio de indulgencia protege a los directores y administradores de la empresa que coopera siempre y cuando estas personas firmen el acuerdo y cumplan con las obligaciones requeridas (Art. 35-B, §6).⁵⁸

Hasta la fecha, la SDE ha llegado a convenios de indulgencia con dos empresas y se encuentra negociando otros tres. Uno de estos casos se relaciona con la subsidiaria brasileña de una empresa que estableció convenios de indulgencia con autoridades de defensa de la competencia en Estados Unidos y la Unión Europea con respecto al mismo cártel. Sin embargo, la SDE se ha enfrentado a una serie de obstáculos prácticos para poner en marcha el sistema de indulgencia. El intercambio de cooperación por reducción de sanciones no ha sido práctica común en Brasil, tanto en el ámbito civil como en el penal, y los abogados de las partes afectadas son cautelosos al momento de exponer a sus clientes sin contar con garantías sólidas de que se otorgarán en efecto los beneficios plenos de la indulgencia. Existen tres fuentes de incertidumbre. Primero, en cualquier caso en el que la SDE haya tenido conocimiento de conductas ilegales, la reducción de la pena no será determinada por la SDE, sino por el CADE y dependerá de cómo el CADE evalúe la cooperación y buena fe de la parte que busca la indulgencia. En segundo lugar, los participantes de un cártel están sujetos a procesos civiles por daños iniciados por las víctimas del cártel, mientras que la disposición legal con respecto a la indulgencia no toca el tema de la protección contra demandas privadas. El tercer ámbito de inquietud se relaciona con temas asociados con la protección de las demandas penales, tema con respecto al cual se pueden identificar cuatro ramificaciones.

En primer lugar, el Artículo 35-C contempla que el cumplimiento cabal de un convenio de indulgencia protegerá a la parte que coopera de las demandas penales al amparo de la ley brasileña de delitos económicos (Ley 8137/90), pero no trata otras leyes penales (como las que castigan la extorsión y la conspiración) que serían vehículos posibles para atacar a participantes de un cártel. Segundo, de acuerdo con el Artículo 35-B, los convenios de indulgencia son establecidos por la SDE “por cuenta y orden del Gobierno *Federal* de Brasil” frase que no deja claro su impacto sobre los fiscales estatales. A pesar de que la Constitución brasileña otorga al gobierno federal la facultad exclusiva para promulgar leyes penales, los fiscales de los estados tienen el poder de aplicar estas leyes, excepto en los casos que impliquen una dimensión federal. La jurisdicción de los fiscales estatales en casos de cárteles de conformidad con la ley de delitos económicos aún está en disputa. Tercero, algunos fiscales federales pueden considerar que los convenios de indulgencia de la SDE representan intrusiones impropias en su dominio. Cuarto, algunos profesionistas del sector privado dudan que el programa de la SDE esté apegado a los principios constitucionales, sobre la base de que sólo un juez tiene las facultades para extinguir la responsabilidad penal.⁵⁹ La SDE ha respondido a estas inquietudes de los fiscales mediante el establecimiento de convenios de vinculación con los fiscales locales, incluyendo como signatarios de convenios específicos a fiscales que han presentado casos penales contra otros miembros del cártel.⁶⁰

Por otro lado, en casos en los que una de las partes se acerca a la SDE para obtener indulgencia, pero se encuentra que no cumple con las condiciones para ello (tal vez porque no es el primer demandado en ofrecer su cooperación) genera un tema aparte en lo relativo a la aplicación de estos convenios. En estas circunstancias, la ley expresamente contempla que la SDE mantendrá la oferta de la parte como confidencial y no será tratada como admisión de que la parte practicó la conducta en cuestión o de que dicha conducta es ilegal (Art. 35-B, §10). No obstante, los practicantes de la profesión destacan que el personal de la SDE revisará lo declarado por la parte, y expresan su inquietud acerca del tratamiento que se dará a la información. Como respuesta a esto último, la SDE ha ofrecido compromisos con base en los cuales el personal del organismo que haya analizado una oferta fallida de indulgencia estarían impedidos de participar en casos relacionados con el sector de mercado en cuestión (con lo que se crearía una “Muralla China” para aislar la información de cualquier posibilidad de explotación indebida para fines de obligación al cumplimiento de la ley).

Como anexo innovador del programa de indulgencia, en enero de 2003 la SDE emitió el Decreto 14, que proporciona lineamientos para establecer programas corporativos de cumplimiento con los principios de la defensa de la competencia. Las compañías que cumplen con los lineamientos pueden solicitar un “Certificado de Cumplimiento” a la SDE, que es válido durante dos años y compromete a la SDE a recomendar la imposición de una pena reducida si la empresa certificada es encontrada responsable de infringir la Ley 8884 durante ese periodo de dos años. Aunque hacia fines de 2004 aún no se habían emitido Certificados de Cumplimiento, la SDE informa que un número importante de empresas han establecido contacto con la SDE para obtener respuestas acerca de la conformación de sus programas de cumplimiento con el Decreto.⁶¹

Al amparo de la Ley 8884, también se cuenta con desagravios temporales durante procedimientos que involucran a la SDE. El Secretario de la SDE, ya sea *ex officio* o a solicitud del Procurador General del CADE, tiene la facultad de emitir una orden preventiva durante un proceso administrativo si encuentra razones sólidas para creer que la conducta del demandado “causó o podría causar al mercado daños sustanciales e irreparables” o “puede inutilizar el resultado final del proceso” (Art. 52). La orden tiene vigencia inmediata, pero puede apelarse ante el CADE y, de ahí, ante los tribunales. Una vez que un caso llega al CADE, el Artículo 52 también permite que el Comisionado Relator emita una orden preventiva, de nuevo sujeta a revisión por el Consejo.

Al inicio de las investigaciones de conducta más importantes que no se relacionan con cárteles, la SDE emite una orden preventiva.⁶² Entre 2002 y 2004, el CADE falló en apelaciones sobre los méritos de nueve órdenes preventivas de la

SDE, sosteniendo seis en su totalidad y tres parcialmente. El CADE también ha emitido varias órdenes, en general en circunstancias en las que la SDE ha negado previamente una solicitud de orden de un tercero. Entre los casos recientes que involucran la emisión de una orden preventiva por parte de la SDE destaca la investigación de la Asociación Médica de Bahía con respecto a una tabla tarifaria que la asociación transmitió a los médicos miembros. La orden de la SDE prohibía a la asociación intentar obligar al cumplimiento de la tarifa. En otra orden emitida en 2004, se impedía a la Unimed de Goiânia la cancelación de la afiliación de tres hospitales de la ciudad que habían dado a conocer planes para ofrecer un plan médico alternativo y que competía con la Unimed. Las partes en ambos casos apelaron sin éxito la orden de la SDE al CADE. En un tercer caso fechado en 2004, la SDE ordenó a una asociación de fabricantes de extinguidores de fuego de Brasilia y a sus empresas miembro que rescindieran un convenio con base en el que la asociación publicaba un estado general de “costos de producción medios y fijos” y los miembros determinaban sus precios al menudeo por medio de la imposición de un incremento de 30 por ciento sobre cada rubro de costos.⁶³ Las partes prefirieron no apelar la orden.

La resolución de casos de conducta por consenso puede alcanzarse al amparo del Artículo 53 de la ley, que contempla que la SDE (con autorización del CADE) o el CADE pueden establecer un acuerdo con un demandado para resolver un procedimiento administrativo. Con base en ese acuerdo, el caso se suspende si el demandado está de acuerdo con suspender y desistirse de la conducta motivo de la disputa y ofrecer informes periódicos de cumplimiento. El acuerdo no constituye admisión de culpa o responsabilidad por parte del demandado y no implica sanción monetaria pero, en caso de violación posterior de los términos del convenio, el caso podría reabrirse y asignarse multas. El convenio está vigente durante un plazo determinado, al final del cual el caso administrativo subyacente se desecha si el convenio ha sido respetado. Las modificaciones de 2000 contemplan que estos acuerdos no serán aceptados con respecto a violaciones horizontales que involucran fijación de precios, arreglo de licitaciones, división de mercados y conductas similares (Art. 53 §5).

Las regulaciones de la SDE consideran que no es posible un arreglo al amparo del Artículo 53 si, cuando se propone, la SDE ya cuenta con evidencia suficiente para sentenciar al demandado por la violación que está siendo investigada (Decreto 849/2000 de la SDE, Art. 40). Esta política ha sido diseñada para evitar que los demandados esperen la conclusión de la investigación de la SDE antes de buscar un arreglo. El decreto de la SDE también requiere que este tipo de arreglos sean dados a conocer para comentario público 15 días antes de ser aceptados por la SDE y su transmisión para revisión al CADE (Art. 41).⁶⁴

Desde 2002, la SDE sólo ha realizado dos arreglos al amparo del Artículo 53. Un convenio de 2003 con la Compañía de Publicación de Tarifas de Aerolíneas (ATPCO, por sus siglas en inglés) se relacionó con un caso descrito en páginas anteriores sobre el proceso del cártel de aerolíneas de la ruta Río de Janeiro-São Paulo. La ATPCO ofreció, desde el inicio de la investigación de la SDE, eliminar la característica de su sistema computarizado de tarifas de aerolíneas mediante el cual una línea aérea podía publicar cambios de precios para ser vistos temporalmente sólo por otras aerolíneas. El segundo arreglo, fechado también en 2003, fue con Helibrás, el distribuidor exclusivo en Brasil de cierta marca de helicóptero. El SDE abrió una investigación sobre Helibrás con base en quejas de que la compañía se rehusaba a proporcionar manuales técnicos y partes de reposición a empresas de aviación que desearan establecer contratos de mantenimiento con compradores del helicóptero. Con base en el Artículo 52, la SDE emitió una orden precautoria que requería que Helibrás proporcionara los manuales y las partes que se requirieran. Luego de buscar infructuosamente un requerimiento de los tribunales contra la orden de la SDE, Helibrás ofreció participar en un acuerdo con base en el Artículo 53 que implicaba las mismas disposiciones que la orden. La SDE concluyó que el arreglo sería apropiado, pues no se había investigado una serie de puntos, incluyendo si los manuales podrían estar disponibles con otras fuentes o si existían razones técnicas o de seguridad para rehusar la venta de partes. El CADE aprobó el acuerdo con Helibrás en 2004 y el de ATPCO en marzo de 2005.

Cuando el CADE recibe el informe de la SDE recomendando que un asunto sea desechado, el caso se asigna de forma aleatoria a uno de los seis comisionados, quien es designado Comisionado Relator. Asimismo, se requiere al Procurador General del CADE que presente su opinión sobre el caso dentro de un plazo de 20 días (Art. 42). La opinión del Procurador General normalmente se centra en los aspectos legales del asunto, pero puede abarcar temas sustantivos también. De acuerdo con la Resolución 20 del CADE, que establece ciertas características de los procedimientos de deliberación del Pleno, dentro de los 60 días posteriores a la recepción del caso, el Comisionado Relator debe decidir si es necesario instituir una investigación adicional.⁶⁵ En caso de ser así, el CADE puede emplear las facultades de investigación del Artículo 35 para obtener la información que requiere (Art. 43).⁶⁶ Como se comentó arriba, el Relator, al igual que el Secretario de la SDE durante un procedimiento administrativo, tiene la facultad de invocar el Artículo 52 para emitir una orden precautoria de suspensión durante los procedimientos del CADE. Esta orden, emitida para evitar ocasionar daños irreparables o, de otro modo, para garantizar que el procedimiento no sea neutralizado, tiene vigencia inmediata, pero puede apelarse ante el Pleno del CADE y, de ahí, en los tribunales.

Al transcurrir el plazo de 60 días o el tiempo para la investigación adicional, el Comisionado Relator ingresa el asunto en la agenda de juicios del CADE “para ser procesado tan pronto como sea posible”.⁶⁷ El Comisionado Relator debe elaborar un informe escrito y recomendar una solución para el caso, debiendo proporcionar el informe a los demás comisionados y las partes a más tardar cinco días antes del día del juicio.⁶⁸ La decisión del Consejo se comunica en una reunión privada, durante la que el Procurador General del CADE y el demandado (pero no la SDE o la SEAE) reciben la oportunidad de expresarse (Art. 45). La asistencia mínima para que haya quórum es de cinco miembros y la decisión se toma por mayoría de los participantes (Art. 49). El Presidente es uno de los siete miembros votantes y, en caso de empate, tiene voto de calidad (Art. 8 II). En la sesión del juicio, cualquiera de los comisionados puede solicitar la oportunidad de revisar el expediente del caso en detalle y puede proponer que se realicen investigaciones adicionales. Esta investigación adicional deberá ser aprobada por el Pleno y, de ser así, realizada por el Comisionado Relator.

Como sucede en los casos de fusión, el CADE no está vinculado por las recomendaciones de la SEAE o la SDE y es responsable por la adjudicación imparcial de los casos cuestionados. Si el Consejo determina que hubo violación, el fallo debe ser emitido por escrito, con un informe detallado de la conducta del demandado, un análisis de las bases para determinar la ilegalidad, una discusión de la orden correctiva impuesta y el monto de la pena monetaria, además de la especificación de la multa diaria en caso de continuar la conducta ilegal (Art. 46). De acuerdo con el Artículo 24, el CADE tiene autoridad correctiva amplia para ordenar cualquier alteración necesaria en la estructura o conducta del demandado, incluyendo la liquidación de activos, la transferencia del control corporativo y la suspensión de actividades comerciales específicas. La orden también puede declarar al demandado descalificado para licitar contratos públicos hasta por cinco años, requerir que el demandado publique una notificación en el periódico resumiendo la decisión del CADE y ordenar el ingreso del nombre del demandado en la lista de violadores de la protección del consumidor en Brasil.⁶⁹

Los profesionistas del gremio no presentan cuestionamientos sobre el tratamiento justo en los procedimientos del SBDC.⁷⁰ Los organismos hacen énfasis en la transparencia del proceso —las partes tienen acceso total a los registros de los casos (sujeto a restricciones de confidencialidad) tanto en la SDE como en el CADE (Art. 33 ¶ 4)— y las reuniones de emisión de fallo del CADE son públicas. Por otra parte, existen quejas acerca de las restricciones de confidencialidad, que aunque se encuentran bien elaboradas en las regulaciones de los organismos,⁷¹ no se aplican con el suficiente cuidado como para evitar filtraciones.⁷² También existe cierta ansiedad acerca del tipo de información de las investigaciones que se revela a las autoridades extranjeras de defensa de la competencia. De acuerdo con los

profesionistas que participan en el proceso de revisión de fusiones, los miembros del personal de los organismos algunas veces han reconocido que la solicitud de información se había realizado principalmente con el fin de suspender el plazo legal. También existe la convicción general entre los profesionistas del gremio de las fusiones de que las solicitudes de información adicional por parte de los organismos no reflejan la sensibilidad necesaria acerca de los costos que se imponen a las empresas afectadas.

En lo relacionado con los fallos emitidos por el CADE, el consenso de la comunidad de defensa de la competencia es que la calidad del análisis ha mejorado continuamente desde 2000 y que las decisiones pueden catalogarse en la actualidad como “adecuadas” o mejores. Se han ventilado críticas en el sentido de que las decisiones del CADE no prestan suficiente atención al establecimiento de precedentes. Normalmente, se discute poco acerca de fallos en casos anteriores o de lineamientos analíticos (como la Resolución 20) que el CADE ha emitido con anterioridad. No obstante, la queja no se limita al CADE, pues los profesionistas del gremio la amplían a todo el sistema judicial brasileño.

Aún así, los retrasos en los trámites del SBDC siguen siendo un problema. Como se comentó anteriormente con respecto a las fusiones, aunque se han realizado progresos sustanciales durante los últimos años con respecto al procesamiento de las notificaciones de fusión simples, los casos más complejos requieren varios años para ser resueltos. De igual modo, los casos de conducta pueden llevar muchos años de esfuerzos. Incluso las investigaciones preliminares realizadas por la SDE al amparo del Artículo 30, que el estatuto obliga a tender concluidas en 30 días, en promedio se llevan seis meses. El cuadro a continuación muestra el horizonte temporal de cinco casos de conducta procesados en el SBDC. Dos de ellos, relacionados con periódicos y líneas aéreas se han comentado en páginas anteriores de este informe. Los otros tres se mencionaron en el Informe anterior como casos pendientes de resolución en 2000.⁷³ Todos los casos se refieren a cárteles de fijación de precios, excepto el de los medicamentos genéricos, que involucró un acuerdo entre empresas farmacéuticas para boicotear a distribuidores que vendían productos genéricos.

**RECUADRO 8. PROCEDIMIENTOS EN CASOS DE CONDUCTA:
MODIFICACIONES PROPUESTAS**

Una crítica recurrente al CADE es que los casos que se le presentan tardan demasiado tiempo en resolverse. Un enfoque para tratar con este problema sería el de reducir el número de determinaciones secundarias que debe realizar el CADE, de manera que se dedique más tiempo a los fallos en casos sustantivos. La legislación propuesta para modificar la Ley 8884 trata este tema mediante la eliminación de la revisión en el Pleno de las decisiones de la Dirección General para cerrar un caso. La propuesta también altera una serie de características adicionales de los procedimientos que son aplicables en casos de conducta (diferentes de fusiones), como se describe a continuación.

La Dirección General (DG) del CADE, como sucesora del DPDE, es responsable del seguimiento de los mercados, la identificación de posibles violaciones y de la decisión acerca de si se deben entablar trámites de obligación al cumplimiento de la ley. Estos trámites contemplan “los procedimientos preparatorios” (que sustituyen lo que se llama “investigaciones preliminares” en la ley actual), las investigaciones administrativas (que son pesquisas formales que lleva a cabo la DG) y trámites administrativos (procesos para integrar un registro formal de evidencias para ser juzgado por el Pleno). Si la Dirección General entabla un “procedimiento preparatorio”, debe concluir dentro de un plazo de 30 días, periodo reducido con respecto a los 60 días con que se contaba para realizar las investigaciones preliminares de acuerdo con la ley vigente.

Por otra parte, la “investigación administrativa” sería una nueva fase de descubrimiento que no tiene contrapartida en la ley vigente. Esta nueva investigación sería realizada por la Dirección General y tendría que concluirse en un plazo de 180 días, aunque la DG podría ampliarlo por causas justificadas.⁷⁴ La negativa de la Dirección General para abrir una investigación administrativa podría ser apelada por un demandante sólo ante la Dirección General y la decisión de esta última sobre las apelaciones (así como las decisiones para cerrar un caso al final de una investigación administrativa) sería definitiva y no estaría sujeta a revisión automática por el Pleno, como lo están en la ley vigente.

Los trámites para un procedimiento administrativo prácticamente no cambian, excepto en el caso del periodo de descubrimiento luego de que el demandado presenta su defensa, que se ampliaría a 60 días (contra 45 días en el régimen actual). Una vez que el caso se presentara ante el Pleno, el único cambio procesal reside en que el Director General o el Comisionado Relator podría permitir la participación en el caso de cualquier tercera persona que se viera afectada por la decisión del Pleno o que tenga capacidad para representar los intereses de un grupo afectado.

Los acuerdos por consenso al amparo del Artículo 53 seguirían existiendo, pero se añadiría nuevo lenguaje para contemplar expresamente la posibilidad de rechazo de un acuerdo cuando (1) exista suficiente evidencia para garantizar la condena; (2) la adopción del acuerdo no sería útil para los objetivos de la Ley 8884; o (3) las partes no pueden acordar los términos del convenio.

Cuadro 5. Horizonte temporal en cinco casos del SBDC

Caso	Inicio de la investigación	Situación en el SBDC
Aerolíneas	1999	Fallo del CADE -- 2004
Periódicos	1999	Fallo del CADE -- 2005
Lisina	1999	Investigación pendiente en la SDE
Vitaminas a granel	2000	Caso transmitido al CADE – junio de 2005
Medicamentos genéricos	2000	Caso transmitido al CADE – agosto de 2003; orden de investigación adicional por parte del CADE – febrero de 2005

Fuente: SBDC, 2005

Por su parte, la SDE ha tomado medidas recientes para acelerar el avance de casos importantes de cárteles. Por ejemplo, la investigación relacionada con el caso de la roca triturada, dio inicio en julio de 2003 y se transmitió al CADE en noviembre de 2004.⁷⁵ También es importante destacar que la SDE emite órdenes precautorias al amparo del Artículo 52 al iniciar las investigaciones de conducta más importantes que no tengan relación con cárteles, lo que ocasiona que se suspenda la conducta anticompetitiva durante el trámite. Por ejemplo, esto sucedió con respecto al caso de los medicamentos genéricos, en el cual la orden precautoria impedía a los demandados continuar el boicot. Sin embargo, la extensa duración de los trámites en el SBDC resultan en ineficiencias. La duración típicamente corta en el puesto de los investigadores del SBDC y de los comisionados del CADE significa que la acumulación del conocimiento acerca de un caso dado debe ser dominada por grupos sucesivos. Existen varias razones para el retraso que caracteriza los procedimientos del SBDC, como el de la duración del encargo que se mencionó y la deficiencia crónica del número de personal disponible. Los temas relacionados con el número del personal y su rotación se analizan en una sección posterior de este informe. En el caso de la SDE, otra fuente de retraso surge de la necesidad de coordinar las incursiones de investigación con la policía y negociar los acuerdos de indulgencia con los Fiscales Públicos.

Una vez que un caso llega al CADE, los retrasos pueden resultar de la falta de quórum, generada por una combinación de puestos vacantes y de descalificación de comisionados asistentes que reduce el número de votantes a menos de los cinco que exige la ley. Las circunstancias que requieren descalificar a un comisionado no sólo se presentan cuando éste ha trabajado antes en el sector privado, sino también cuando ha estado empleado en la SDE o la SEAE con anterioridad. También, de conformidad con los procedimientos internos del CADE, los comisionados (aparte del Comisionado Relator) reciben el informe del caso sólo cinco días antes de la

sesión en la que se emite el fallo.⁷⁶ Este sistema lleva a solicitudes de extensión del plazo para analizar casos complejos con mayor profundidad y, a menudo con base en ello, a mociones para realizar investigaciones adicionales. También puede generar retrasos el cumplimiento de la disposición reglamentaria del Artículo 42, que requiere que el Procurador General del CADE presente su opinión ante el Pleno con respecto a todos los casos.⁷⁷

Por su parte, el Artículo 50 de la Ley 8884 contempla expresamente que, una vez emitidos, los fallos del CADE no están sujetos a revisión por ninguna otra instancia del Ejecutivo, y que dichos fallos “deberán ejecutarse a la brevedad”. Sin embargo, como se comentará más adelante, todos los fallos del CADE están sujetos a revisiones del Poder Judicial, a instancias de las partes afectadas. El Procurador General del CADE es responsable por tomar la medida jurídica adecuada para garantizar la ejecución del fallo del Pleno. Como se requiere por ley, las órdenes del CADE imponen una multa por la violación determinada, y también especifican una sanción diaria que se acumula en caso de que el demandado no cumpla con ninguna de las prohibiciones de conducta o los requerimientos establecidos en el fallo.

Para los casos relacionados con conductas violatorias del Artículo 20 (es decir, casos de conducta indebida no referentes a fusiones), la sanción mínima que se establece en la ley es de 1 por ciento de los ingresos brutos antes de impuestos obtenidos durante el año precedente, siempre y cuando el monto impuesto no sea menor que la ganancia realizada por la violación (Art. 23 I). El estatuto no especifica si los ingresos brutos deberán determinarse con referencia a los ingresos mundiales del demandado o sólo con respecto a los generados por ventas en el mercado brasileño afectado por la falta. Normalmente, el CADE se ha referido a las ventas mundiales, aunque su fallo de septiembre de 2004 acerca del cártel de aerolíneas en la ruta Río de Janeiro-São Paulo se basó en las ventas brasileñas. La sanción máxima para las faltas al amparo del Artículo 20 es de 30 por ciento del ingreso bruto antes de impuestos obtenidos en el año precedente (Art. 23 I). Los ejecutivos responsables por conductas corporativas ilegales pueden enfrentarse a una multa de entre 10 y 50 por ciento de la sanción corporativa (Art. 23 II). Las asociaciones y otras entidades que no realicen actividades comerciales o para las que el ingreso bruto no es relevante, pueden recibir una sanción de entre 3,000 y 6 millones de unidades fiscales de referencia (entre 2,460 y 2.46 millones de dólares) (Art. 23 III). Por su parte, se duplica la sanción en el caso de faltas recurrentes (Art. 23, párrafo único).

El incumplimiento con una orden correctiva del CADE, una medida precautoria, un compromiso de suspensión y desistimiento, o un compromiso de desempeño, puede generar la imposición de una sanción diaria de entre 5,000 hasta 100,000 unidades fiscales de referencia (UFIR) (entre 2,050 y 41,000 dólares) (Art.

25), que se acumulan hasta por 90 días.⁷⁸ Como se subrayó en la sección referente a las notificaciones de fusión, el Artículo 54, párrafo 5, faculta al CADE a imponer multas de entre 60,000 y 6 millones de UFIR (entre 22,800 y 2.28 millones de dólares) por incumplimiento con el plazo máximo de notificación de fusiones. En mayo de 2004, el CADE emitió la Resolución 36, que establece un conjunto detallado de lineamientos para determinar el monto de la sanción que se impondrá por una notificación fuera de tiempo. Además de estas sanciones por registro tardío, no se impone otro tipo de castigo por la proposición de una fusión que el CADE no apruebe o que apruebe con condiciones, a menos que el demandado viole posteriormente la orden correctiva del CADE.

La falta de presentación o alteración de documentos solicitados durante una investigación puede generar una multa de entre 5,000 y 100,000 UFIR (entre 2,050 y 41,000 dólares) acumulable hasta por 90 días (Art. 26). De conformidad con las modificaciones de 2000, la falta de presentación de una persona a un examen oral genera una multa de entre 500 hasta 10,700 reales (entre 195 y 4,175 dólares) (Art. 26 ¶5). Estas sanciones pueden ser impuestas por la SDE, la SEAE o el CADE, dependiendo del organismo que emita la demanda de investigación. De manera similar, el Artículo 26-A autoriza la imposición de una sanción que va desde 21,200 hasta 425,700 reales (entre 8,270 y 166,000 dólares) por impedir una investigación en el domicilio de la empresa, de conformidad con el Artículo 35 §2.

La Ley 8884 contempla que, al imponer sanciones, el CADE debe considerar varios factores, incluyendo el impacto de la falta en el mercado y el daño causado, el beneficio para quien cometió la falta, su buena fe y sus recursos económicos (Art. 27). El Artículo 84 requiere que todas las sanciones recaudadas se remitan al Fondo para la Defensa de los Derechos Difusos (*Fundo Gestor de Defesa dos Direitos Difusos* o CFDD). El CFDD es administrado por un Consejo integrado por representantes del gobierno y el público. El fondo eroga recursos para apoyar proyectos educativos o científicos relacionados con la protección del “medio ambiente, los consumidores, el orden económico, la competencia abierta [y] el patrimonio artístico, estético, histórico, turístico y del paisaje”.

La mayor parte de las multas impuestas por el CADE corresponden a dos categorías, las relacionadas con el Artículo 23 en conjunto con una falta de conducta y las impuestas con referencia al Artículo 54, por notificación tardía de fusión. En los cuadros siguientes se presenta el historial de imposición y recaudación de estas sanciones.

RECUADRO 9. MULTAS Y SANCIONES: MODIFICACIONES PROPUESTAS

Con base en la legislación propuesta, la multa mínima (en la actualidad lo que resulte mayor de entre el 1 por ciento de los ingresos brutos o la ganancia realizada a partir de la falta) se establecería en 6,000 reales (2,340 dólares) y el nivel máximo (que actualmente asciende a 30 por ciento del ingreso bruto del año precedente) sería de 200 millones de reales (78 millones de dólares). De acuerdo con la ley vigente, los ejecutivos responsables por la conducta ilegal de una empresa están sujetos a una sanción de entre 10 y 50 por ciento de la multa impuesta a la compañía. La propuesta aplica a estos ejecutivos una multa con los mismos niveles mínimo y máximo que se imponen a las corporaciones. Las multas contra personas físicas serían más factibles, dada la reducción significativa en la sanción mínima a las empresas.

Por su parte, no cambiarían las multas por violar una orden correctiva del CADE, por no presentar documentos o no presentarse a un examen oral o impedir una investigación (excepto en el caso de su reexpresión en términos de reales en lugar de en UFIR), pero se sumaría una nueva disposición que contemplara una sanción de entre 5,000 y 5 millones de reales (entre 1,950 y 1.95 millones de dólares) por presentar documentos o testimonios falsos. Las características de la propuesta que cambian las sanciones asociadas con el proceso de revisión de fusiones se tratan en la sección correspondiente a éstas.

Otro cambio importante se refiere al uso de los ingresos por concepto de multas. De acuerdo con la propuesta, los ingresos provenientes de las sanciones no se remitirían únicamente al Fondo de Defensa de los Derechos Difusos, sino que se asignan a razón de 25 por ciento al CADE y la SEAE y 50 por ciento al Fondo.

Cuadro 6. Sanciones impuestas y recaudadas en casos de conducta al amparo del Artículo 23, 2000-2004

Año	Impuesta (mill. de reales)	Recaudadas (BRL)	Porcentaje Recaudado
2002	2.8	12,770	0.45 %
2003	8.3	620,000	7.46 %
2004	5.6	0	0 %

Fuente: SBDC, 2005

Cuadro 7. Sanciones impuestas y recaudadas en casos de notificación tardía de fusión al amparo del Artículo 54, 2002-2004

Año	Impuesta (mill. de reales)	Recaudado (mill. de reales)	Porcentaje Recaudado
2000	16.3	8.7	53.4 %
2001	9.9	5.7	57.5 %
2002	7.9	4.8	60.5 %
2003	2.2	1.1	50.1 %
2004	3.0	1.4	48.8 %

Fuente: SBDC, 2005

La cantidad de sanciones por presentación de notificaciones de fusión fuera del plazo estipulado ha sido mayor que la de multas recaudadas por faltas de conducta. Esto se debe a que, al menos algunas de las partes a las que se cobra una multa por faltas en el registro de la notificación de una fusión pagan de manera voluntaria, mientras que los acusados de faltas de conducta rara vez lo hacen. Si el pago no se realiza de manera voluntaria, el Procurador General del CADE debe iniciar un proceso de recaudación de la multa ante el tribunal.⁷⁹ Normalmente, los demandados responden a tal proceso con la moción de prorrogar la sanción durante el proceso legal. La Ley 8884 contempla que la ejecución de una sanción no debe ser prorrogada a menos que se deposite en el tribunal una cantidad equivalente a la multa o un bono de garantía de pago (Art. 65).⁸⁰ El CADE invoca esta disposición de manera rutinaria y ha tenido éxito al requerir que se depositen bonos cuantiosos por parte de demandados como el Iguatemi Shopping Centre (1 millón de reales), Xerox do Brasil (2.4 millones de reales) y White Martins (38 millones de reales). En contraste, el tribunal de primera instancia en el caso del cártel del acero declinó exigir depósito alguno, lo que el CADE está impugnando en un proceso de apelación. Las órdenes del tribunal para la ejecución de las multas pueden ser ejecutadas por medio del embargo y venta de activos y por otras vías, incluyendo el nombramiento de un síndico para operar una corporación deudora (Arts. 63 y 69). Hasta la fecha, pocos fallos definitivos han sido emitidos en acciones de los tribunales que modifiquen la imposición de sanciones por parte del CADE en casos de conducta. Con respecto a las sanciones impuestas por registro de notificaciones de fusión fuera de tiempo, el CADE ha ganado 17 (55 por ciento) de los 31 casos en primera instancia que se han fallado a la fecha, pero ha perdido las dos decisiones que han sido presentadas por tribunales de segunda instancia. Los fallos adversos en estos casos generalmente han surgido de desacuerdos judiciales con el enfoque del CADE en lo correspondiente a la definición de la “fecha de activación” que da inicio al periodo de 15 días para notificar transacciones.

El CADE también ha impuesto algunas multas de conformidad con el Artículo 25 por falta de cumplimiento con órdenes definitivas o acuerdos de resolución en casos de conducta o con medidas preventivas mencionadas en el Artículo 52. En 2002 no se impusieron sanciones de este tipo pero, en 2003, se impuso un total de 7.3 millones de reales y 1.5 millones de reales en 2004 en multas al amparo del Artículo 25. A principios de 2005, la compañía British America Tobacco (BAT) recibió una sanción de 957,700 reales por incumplir un acuerdo de solución fechado en 2000. El acuerdo había resuelto un caso de abuso de dominio en el que BAT, que controlaba más de 50 por ciento de las ventas de cigarrillos en Brasil, fue acusada de imponer, ilegalmente, requisitos de venta exclusiva y otras condiciones de comercialización (como la exhibición exclusiva de productos) en establecimientos de venta de cigarrillos al menudeo. La mayor parte de las multas al amparo del Artículo 25 están bajo revisión judicial y no han sido cobradas.

Las únicas otras bases para imponer sanciones se relacionan con el Artículo 26 (por falta de presentación de documentos o de asistencia para examen oral en una investigación) y el Artículo 26-A (por obstrucción de un examen llevado a cabo en el domicilio de la empresa al amparo del Artículo 35 §2). En 2002, el CADE no impuso multas de conformidad con el Artículo 26, mientras que, en 2003, impuso 332,000 reales. De igual manera que las anteriores, estas sanciones están en litigio y no han sido cobradas. Por su parte, no se han presentado circunstancias que ameriten que la SDE o la SEAE impongan multas de conformidad con los Artículos 26 o 26-A.⁸¹

En lo que respecta a casos de conducta, la mayor parte de las órdenes definitivas presentadas por el CADE en estos procedimientos, requieren tanto el pago de una multa como la aplicación de medidas adicionales por parte del demandado, como la suspensión de la publicación de un cuadro de tarifas de una asociación, o la venta de partes de reposición a compañías de servicios o la publicación de una notificación en el periódico del fallo del CADE. Las órdenes con requisitos de conducta especifican una sanción diaria que se impondrá en caso de desobedecer la orden (Art. 25). El CADE trata con las faltas a las órdenes de conducta presentando una moción de recaudación para la multa diaria y una moción separada solicitando un orden del tribunal para obligar al cumplimiento del requisito de conducta.⁸² Sin embargo, a la fecha, el CADE rara vez ha entablado demandas para obligar a cumplir requisitos de conducta. Como se comentará más adelante, las empresas demandadas sujetas a órdenes de conducta normalmente buscan obstaculizar el cumplimiento de sus obligaciones mediante una moción de desagravio judicial de la decisión del CADE.

Las partes sujetas a investigaciones por parte de la SDE o la SEAE o procedimientos de adjudicación por parte del CADE no necesitan esperar los

resultados de una demanda de recaudación de multas para impugnar las acciones del organismo ante el tribunal.⁸³ De hecho, se puede solicitar desagravio judicial no sólo contra un fallo definitivo de un organismo, sino en cualquier momento durante el proceso. En el Recuadro siguiente se presenta una descripción resumida del proceso de revisión judicial en Brasil.

Como asunto práctico, las partes involucradas en una investigación de la SDE normalmente no presentan mociones en los tribunales para revisar fallos de la SDE, debido a que las determinaciones de este organismo pueden apelarse ante el CADE. Desde 2000 se han observado pocas excepciones. En 2003 se solicitaron dos requerimientos judiciales por parte de los demandados para impedir que la SDE emitiera su opinión definitiva en la investigación de un cártel de productos de acero (vergalhões). Los tribunales rechazaron ambas peticiones. Por otro lado, en el caso de Helibrás (comentado en páginas anteriores con respecto a los acuerdos de solución al amparo del Artículo 53), Helibrás buscó, sin éxito, un requerimiento del tribunal contra una orden precautoria de la SDE de conformidad con el Artículo 52 que requería que se pusieran manuales y partes a disposición de las compañías que buscaban prestar servicios de mantenimiento a compradores de helicópteros.⁸⁴ No se han iniciado más demandas contra la SDE, como tampoco contra la SEAE. Cabe apuntar que, en cualquier moción que se presente, en su calidad de organismos del Poder Ejecutivo, la SDE y la SEAE están representadas por la Oficina del Procurador General Federal.

En cambio, se han registrado muchas mociones que buscan la intervención judicial durante la vigencia de los procedimientos administrativos del CADE. Los demandados en el caso del cártel de productos de acero (vergalhões), argumentando que se les había negado una oportunidad adecuada para presentar evidencia en su descargo, lograron obtener una orden aplazando la reunión del CADE para presentar un fallo definitivo sobre su conducta. De igual manera, está pendiente una apelación del CADE. Por su parte, en los casos del cártel de venta al menudeo de combustible y de Microsoft/TBA, las peticiones interlocutorias a los tribunales plantearon la cuestión de si los demandados en un procedimiento del CADE pueden insistir en resolver el asunto por medio de un compromiso de suspensión y desistimiento con base en el Artículo 53. Con respecto a este tema, en un inicio, el CADE hubo de enfrentar varios fallos adversos del tribunal. Recientemente, sin embargo (y en el caso de Microsoft) ha logrado argumentar que la oportunidad de establecer un arreglo conciliatorio no es un derecho legal, sino una cuestión de mutuo acuerdo entre el CADE y el demandado. También, como se describió anteriormente en la sección correspondiente a las relaciones entre el CADE y el Fiscal Público, entre 2003 y 2004 el Fiscal Público del CADE presentó varias peticiones interlocutorias. En el proceso de fusión de Nestlé-Garoto, por ejemplo, el Fiscal afirmó que el

Procurador General del CADE debería estar impedido para presentar su opinión porque era la sobrina de un abogado que había asesorado a Nestlé. Otra medida del Fiscal en el mismo caso se relacionó con una reclamación en torno a que el Pleno había determinado equivocadamente al comisionado que debía fungir como Presidente en funciones. Una tercera moción apoyaba la petición de Microsoft en el caso de TBA que buscaba la aceptación obligatoria de un compromiso de cese y desistimiento. Las tres peticiones del Fiscal fracasaron.

RECUADRO 10. LA REVISIÓN JUDICIAL EN BRASIL

Las peticiones de entidades privadas de revisión de las medidas tomadas por un organismo del gobierno son tramitadas por los tribunales federales de primera instancia. Por ley, las impugnaciones de las decisiones de los tres organismos del SBDC deben presentarse ante el tribunal ubicado en Brasilia. El juez de primera instancia tiene la autoridad de adjudicar la mayor parte de las demandas (incluyendo las relacionadas con un estatuto aplicado de forma inconstitucional, pero excluyendo los reclamos de inconstitucionalidad en la redacción de una ley), y también pueden llevar a cabo procedimientos de presentación de evidencias para complementar el registro factual.

Las apelaciones de la parte privada o del organismo con respecto al fallo de un juez de primera instancia se realizan en el Tribunal de Apelaciones de la región geográfica en la que se otorgó la decisión judicial inicial. En Brasil existen cinco regiones, y cada una cuenta con un tribunal de apelaciones regional con múltiples miembros. Las apelaciones son escuchadas primero por un “panel” del tribunal y después, pueden apelarse ante una “sección” del tribunal. El número de jueces que integra un panel o sección es fijado por las reglas internas de cada tribunal regional.⁸⁵ Las apelaciones de los tribunales regionales pasan al Tribunal Superior de Justicia (TSJ), donde son escuchadas también primero por un panel y después por una sección.⁸⁶

En los casos que involucran demandas de aplicación inconstitucional de leyes se puede apelar a una instancia más allá del TSJ, el Supremo Tribunal Federal (STF), un cuerpo de 11 jueces que sólo trata cuestiones constitucionales. Algunas partes designadas, entre las que se encuentran los Fiscales Públicos, tienen autorización para presentar ciertas demandas constitucionales (incluyendo las que alegan que una ley es inconstitucional de acuerdo con su redacción) de manera directa ante el STF, sin proceder antes a un tribunal inferior. En el STF, las apelaciones que provienen de tribunales inferiores son escuchados primero por un panel y, luego, si existe apelación ulterior o son certificados por el panel asignado, son adjudicados por los 11 jueces en sesión plenaria. Los casos presentados directamente ante el STF son escuchados en primera instancia por los 11 jueces.

El fallo definitivo que emitió el CADE al final del procedimiento administrativo es, por supuesto, un acto del organismo sujeto a revisión judicial. Como se comentó en párrafos anteriores, en la experiencia del CADE, las partes normalmente no apelan decisiones que imponen multas por la presentación de una notificación de fusión extemporánea, como tampoco (las pocas) decisiones en casos de conducta que implican una sanción pero no imponen requisitos o restricciones en la conducta futura del demandado. En estas instancias, las partes pagan de manera voluntaria o esperan la demanda de recaudación para presentar su defensa. Las partes normalmente no buscan la revisión judicial de las decisiones del CADE que imponen condiciones a las fusiones, debido a que las condiciones habían sido negociadas con antelación o no se consideran suficientemente onerosas para justificar la resistencia. En otro sentido, las partes normalmente apelan las decisiones de conducta del CADE que implican más que la imposición de una multa.

La postura del CADE acerca de la revisión judicial es que los tribunales deberían limitarse a analizar la conveniencia legal de los procedimientos del organismo y deberían contemplar cualquier problema contra la competencia como un asunto sometido a la discreción del CADE. A pesar de que algunos tribunales han aceptado esta perspectiva, otros han analizado y revertido fallos del CADE en defensa de la competencia. Existe un considerable desacuerdo dentro del poder judicial al respecto de cómo revisar los casos del CADE. La ley de competencia es un tema relativamente nuevo en el sistema judicial brasileño, y algunos jueces que concluyen que es apropiada una revisión judicial de los problemas con la defensa de la competencia se centran, sin embargo, en puntos procesales para evitar tratar con asuntos con los que no están familiarizados. En cualquier caso, la revisión judicial añade años de litigio antes de que se pueda concluir de forma definitiva un caso del CADE. Por ejemplo, el CADE emitió su fallo acerca del caso del cártel del acero en 1999, pero el tribunal de primera instancia no dio a conocer su decisión hasta 2003. En la actualidad, el fallo está siendo considerado en el tribunal de segunda instancia. Las agendas de los tribunales brasileños normalmente están desbordadas, y la complejidad de la jurisprudencia en defensa de la competencia retrasa la resolución acelerada de casos del CADE.⁸⁷ Como se describe en mayor detalle en la sección de defensa de la competencia de este informe, el SBDC recientemente puso en marcha una serie de iniciativas para fomentar la comprensión de la ley de competencia entre los miembros del poder judicial.

Normalmente, cuando las partes demandan en busca de revisar un fallo del CADE que impone restricciones o requisitos de conducta, también presentan de inmediato una petición al tribunal para aplazar la aplicación de la orden del CADE. La experiencia del CADE ha sido que este tipo de mociones de aplazamiento inmediato con frecuencia se otorgan en el tribunal de primera instancia, para luego

revertirse en la apelación. El Procurador General del CADE apunta dos razones por las que los demandados han tenido éxito en la etapa inicial. En primer lugar, las peticiones de desagravio inmediato a menudo son escuchadas por jueces recién ingresados, que tienden a ser susceptibles a afirmaciones de agentes privados en el sentido de que están en peligro inminente de enfrentar daños irreparables infligidos por un organismo del gobierno. En segundo término, los solicitantes han aparecido *ex parte* ante el tribunal (sin la presencia de representantes legales del gobierno), con lo que cuentan con la ventaja de presentar su reclamo mientras que el interés del gobierno sólo tiene representación por escrito. Recientemente, el CADE ha establecido con éxito su derecho —de acuerdo con los principios aplicables del procedimiento civil— de aparecer ante el tribunal y presentar argumentos acerca de este tipo de mociones de emergencia.⁸⁸

En los casos de conducta, la revisión judicial de los fallos definitivos del CADE presenta resultados mixtos. De siete casos resueltos en segunda instancia y relativos a fallos de conducta, el CADE ganó una apelación (del cártel del acero, en la que se revirtió el rechazo del tribunal de primera instancia para ordenar el depósito de las multas aplicadas por el CADE)⁸⁹ y cuatro apelaciones en casos de exclusividad de Unimed. Por su parte, el CADE perdió dos apelaciones en casos que involucraron tablas de tarifas de servicios médicos. En ambos casos, los tribunales adoptaron el puntos de vista de que (1) las tablas de tarifas eran meramente sugerencias de precios y no representaban un acuerdo, y (2) de cualquier manera, la ley de competencia no era aplicable a la profesión médica. En el caso del cártel del acero, aunque el tribunal de primera instancia sostuvo la determinación del CADE en el sentido de la conducta ilegal, lo hizo sobre bases menos satisfactorias. El tribunal concluyó que, en ausencia de una explicación económica, la sola fijación paralela de precios bastaba para encontrar una falta. En opinión del tribunal, la prueba de colusión no era esencial, por lo que el CADE había recurrido de forma innecesaria a estos “factores adicionales”, como las reuniones entre los demandados, para comprobar la ocurrencia de colusión. Tanto la decisión relacionada con el cártel del acero como la de las Unimed y la de las tarifas para asociaciones médicas, están siendo objeto de apelación adicional.

Un conjunto aparte de casos apelados ha probado si debe pagarse en su totalidad la cuota por presentación de notificación de fusión en casos en los que la transacción sea analizada por ANATEL (el organismo regulador del sector de telecomunicaciones) en lugar de por la SDE o la SEAE. Las partes en la fusión afirmaron que deberían pagar sólo la tercera parte de la cuota de registro destinada al CADE y no las correspondientes a las cuentas de la SDE y la SEAE. Hasta la fecha, siete decisiones judiciales se han dividido a razón de cinco a dos a favor de la postura del CADE de que debe imponerse la totalidad de la cuota.

En otro tema, sólo un caso relacionado con la constitucionalidad de la Ley 8884 ha sido considerado por el Tribunal Federal Supremo. El caso en cuestión fue presentado por la Confederación Nacional de la Industria, una asociación profesional que, de acuerdo con la Constitución brasileña, tiene el rango necesario para presentar demandas de inconstitucionalidad de un estatuto directamente ante el Tribunal Supremo.⁹⁰ La queja afirma que varias disposiciones de la Ley 8884 son inconstitucionales, incluyendo, en especial, la prohibición sustantiva de conductas que aparece en los Artículos 20 y 21 XXIV que se relacionan con la fijación de precios abusivos y las sanciones asociadas. Con una votación de cinco a dos, se rechazó una moción de la Confederación para obtener un requerimiento preliminar de desagravio. Sin embargo, las demandas subyacentes siguen pendientes ante el Tribunal.

El volumen de litigios en tribunales que enfrenta el CADE es formidable. En una investigación realizada por el Procurador General del CADE en noviembre de 2004, se registraron 728 casos pendientes en los que el CADE participaba como demandante, demandado o mediador. De este total, 129 fueron procedimientos de ejecución de multas, mientras que 279 eran casos en el tribunal de primera instancia que involucraban algún aspecto de la obligación al cumplimiento de la ley distinto de la ejecución de multas. Por otra parte, 253 casos se encontraban en los tribunales de apelación: 240 en los tribunales de segunda instancia, 12 en el Tribunal Superior de Justicia y uno en el Tribunal Federal Supremo.⁹¹ Un último conjunto de 67 casos se relacionaron con asuntos varios, como litigios con empleados, procesos en el tribunal de instancia, etcétera.

Además del procesamiento de procedimientos administrativos formales y revisiones judiciales, el CADE ofrece un mecanismo alternativo para las partes interesadas en obtener el punto de vista del CADE sobre una conducta específica. De acuerdo con un procedimiento establecido en 1998 por la Resolución 18, cualquier persona, entidad comercial u organismo público puede solicitar una opinión no vinculatoria del CADE o realizar “consultas” sobre cualquier tema de su competencia.⁹² El solicitante deberá presentar información acerca de la conducta referida (que podría incluir propuestas de fusión) y el CADE le aconsejará si considera que la actividad constituye una falta a la Ley 8884. La solicitud deberá referirse a una actividad hipotética o contemplada. Si la solicitud trata de una actividad en curso, el CADE requerirá que se presente una notificación si el asunto se refiere a una fusión que ha evolucionado más allá de la “fecha de activación” y transferirá las consultas acerca de la validez de las conductas para su investigación en la SDE. El solicitante de una consulta deberá pagar una cuota de 5,000 reales (cerca de 2,000 dólares).

En el Informe de 2000 (página 195) se destacaba que se habían emitido 24 opiniones al amparo de la Resolución 18 desde su adopción a fines de 1998 hasta mediados de 2000. Estas opiniones se referían a temas como propuestas de acuerdos horizontales y limitaciones a la competencia impuestas por gobiernos locales o estatales. Desde 2000, la actividad al amparo de la Resolución 18 ha disminuido de manera significativa. De aquí que, en 2000, se hayan registrado 19 solicitudes, seguidas por seis en 2001 y otras seis en 2002, luego dos en 2003 y dos en 2004. De las 16 solicitudes presentadas durante los últimos cuatro años, cinco se relacionaban con transacciones consumadas que el CADE convirtió en procedimientos de revisión de fusiones al amparo del Artículo 54. Siete más fueron cerradas sin acción alguna. Las opiniones que emitió el CADE en los cuatro casos restantes (1) desaprobaban la propuesta de una asociación comercial para utilizar una lista de precios sugeridos; (2) aprobaban un plan de un fabricante del sector farmacéutico para publicar precios sugeridos al menudeo para medicamentos en su sitio Internet; (3) aprobaban la creación de una asociación civil sin fines de lucro para administrar un código de ética para desarrolladores de proyectos de bienes raíces (sujeta a la condición de eliminar ciertas disposiciones de exclusión en la propuesta del código); y (4) concluían que no se requería notificación alguna con relación al Artículo 54 para ciertas adquisiciones relativas a torres de telecomunicaciones. El CADE no conoce razones específicas para que el número de solicitudes al amparo de la Resolución 18 haya disminuido.

Un aspecto adicional de las prácticas de obligación al cumplimiento del SBDC merece ser mencionado aquí. En la actualidad, los organismos del SBDC están llevando a cabo un ambicioso estudio en colaboración con el Instituto Brasileño de Investigación Económica Aplicada (IPEA, por sus siglas en portugués) para desarrollar métodos que empleen técnicas cuantitativas y econométricas en el análisis de casos que atenten contra la competencia. Los temas analizados por los equipos de investigación del proyecto incluyen métodos para definir el mercado relevante; para especificar y estimar las funciones de demanda y costos; y probar escenarios posteriores a fusiones mediante el uso de técnicas de diseño de modelos. Asimismo, se está estudiando la creación de protocolos para evaluar la colusión tácita, la conducta de cártel, los precios de *dumping*, la integración vertical y las limitaciones a la distribución vertical. En un seminario que se llevó a cabo en Brasilia a fines de abril de 2005 se presentaron artículos analizando la literatura más reciente sobre estos temas y que proponían adiciones o modificaciones a los métodos analíticos actuales. Los participantes en el seminario, entre los que asistieron miembros de la comunidad académica, abogados, economistas y miembros de organismos reguladores, ofrecieron comentarios sobre los artículos, que están siendo revisados y preparados para su publicación a fines de 2005.

3.3 Otros métodos de obligación al cumplimiento

Los estados brasileños no cuentan con sus propias leyes de competencia civil y no existen otros organismos que los pertenecientes al SBDC con autoridad para hacer cumplir la Ley 8884. Sin embargo, la conducta que atente contra la competencia se atiene a ser procesada penalmente al amparo de la Ley federal de Delitos Económicos (Número 8137/90). El Artículo 4 de esta ley define que la conducta delictiva incluye lo siguiente:

- (1) acuerdos entre competidores diseñados para fijar precios o cantidades, dividir mercados o controlar canales de oferta o distribución;
- (2) el abuso del poder económico, el dominio de mercados o la eliminación de la competencia por medio de convenios entre empresas (incluyendo las fusiones, adquisiciones, la suspensión de actividades económicas y la obstaculización de competidores);
- (3) la explotación del poder monopólico mediante el incremento de precios sin justificación alguna;
- (4) la realización de ventas a precios inferiores a su costo para obstaculizar la competencia;
- (5) la discriminación de precios, mediante acuerdo o por otras vías, para perjudicar a un competidor o a un vendedor de un insumo, o para crear un monopolio o eliminar la competencia; y
- (6) la destrucción de equipo de fabricación, a fin de crear un monopolio o eliminar la competencia.

La ley sólo se aplica a personas y no a entidades corporativas o comerciales. Las violaciones de la misma se castigan mediante una multa y el encarcelamiento durante dos a cinco años. La pena puede endurecerse entre una tercer parte y la mitad si el delito causa daños serios a los consumidores, es cometido por un servidor público o se relaciona con un mercado esencial para la vida o la salud.

Todas las leyes penales de Brasil tienen alcance federal, así que no existen leyes estatales que determinen delitos económicos. En la práctica, la obligación al cumplimiento de la Ley 8137 es responsabilidad de los fiscales federales y de los estados, sistema que, hasta cierto punto, presenta ambigüedades legales con respecto a la división de la jurisdicción estatal y federal. Los organismos del SBDC no tienen autoridad para obligar al cumplimiento de la Ley 8137, pero tienen la obligación de remitir cualquier evidencia de conducta delictiva a las autoridades competentes.

Durante los últimos dos años, la cooperación entre el SBDC y los fiscales penales ha sido creciente con respecto a las investigaciones en defensa de la competencia. Como se comentó con anterioridad, los exámenes de la SDE y las incursiones sorpresa civiles proporcionan evidencia que puede ser utilizada por fiscales penales para obtener autorización judicial para intervenir comunicaciones. La información recabada por la SDE también puede ser utilizada por fiscales en casos penales. Los miembros del personal de la SDE también realizan investigaciones en colaboración con fiscales penales y, en esos casos, han participado en incursiones sorpresa. La SDE se beneficia de la información tomada de intervenciones a las comunicaciones que se le proporciona y de la ayuda de oficiales de policía para garantizar la seguridad física durante las incursiones sorpresa. En casos relacionados con empresas que tienen grandes bases de datos computarizadas, la SDE también ha recibido la ayuda de expertos de la policía en el aspecto legal de las tecnologías de la información. Los resultados se han reflejado en una mejoría de la calidad de la evidencia de que dispone la SDE en sus investigaciones y toda una serie de acusaciones de fijación de precios por parte de cárteles y de condenas al amparo de la Ley 8137.⁹³

El SBDC está comprometido con la expansión y la mejoría de sus relaciones de cooperación con los fiscales, no sólo para prohibir las conductas que atenten contra la competencia mediante la obligación directa al cumplimiento de la ley sino, como se destacó en párrafos anteriores, para facilitar la puesta en marcha del programa de indulgencia. En la sección de defensa de la competencia en este informe, se describen con mayor detalle las iniciativas recientes del SBDC entre fiscales públicos.

Con respecto a la obligación al cumplimiento de la defensa de la competencia en el ámbito privado, un demandante insatisfecho con un fallo del CADE no tiene derecho a apelar ante el SBDC ni a obtener revisión judicial. Sin embargo, de acuerdo con el Artículo 29 de la Ley 8884, las entidades privadas pueden presentar sus propias demandas ante el tribunal por daños surgidos de conductas que atenten contra la competencia.⁹⁴ Los agentes privados pueden también buscar el resarcimiento de daños por acciones que atenten contra la competencia presentando acciones en el tribunal al amparo de la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 8078/90). De manera similar, algunos representantes de grupos (como los fiscales públicos, los Procons, y las organizaciones no gubernamentales de defensa del consumidor) pueden presentar acciones legales por daños en beneficio de grupos de acuerdo con la ley de Acciones Legales Públicas (Número 7347/85). No se dispone de registros acerca del número o el resultado de las demandas privadas de defensa de la competencia al amparo del Artículo 29 u otras leyes, pero el SBDC considera que se han registrado muy pocas de estas acciones buscando resarcir daños en Brasil.

Si cualquier demanda privada involucra “la aplicación de la Ley 8884”, el Artículo 89 exige que el tribunal que presida notifique al CADE y lo invite a asistir al proceso. El CADE tiene la política de aceptar este tipo de invitaciones sólo cuando la conducta de que se trate en la acción privada haya estado sujeta a un procedimiento del CADE y el organismo haya emitido un fallo definitivo sobre la legalidad de la conducta. Al año se reciben cerca de 30 notificaciones, a menudo con respecto a demandas entre empresas comerciales en las cuales una de las partes ha citado la Ley 8884 para apoyar su argumento. Los representantes del Procurador General del CADE aparecen en los casos en los que sea conveniente.

3.4 Aspectos internacionales de la obligación al cumplimiento

Las conductas que atentan contra la competencia fuera de Brasil y que afectan los mercados brasileños pertenecen al ámbito de la Ley 8884, que incorpora una prueba de “impactos extraterritoriales” (Art.2 §1). Cualquier empresa extranjera con una “sucursal, agencia, subsidiaria, oficina, un establecimiento, agente o representante” en Brasil, se considera residente de Brasil y puede entregar una orden judicial sin consideración de la situación del representante legal como agente de la entidad extranjera (Art. 2 §2).⁹⁵ En procedimientos del SBDC, las empresas extranjeras reciben el mismo trato que las nacionales.

El impacto del comercio internacional sobre los mercados brasileños se integra por completo en el análisis de defensa de la competencia que realiza el SBDC. Por ejemplo, en casos de fusiones, la SDE y la SEAE normalmente definen el mercado geográfico como internacional si las importaciones representan 30 por ciento o más del “valor de consumo aparente” (es decir, la producción interna total más las importaciones menos las exportaciones) del producto relevante.⁹⁶ En el caso en el que las importaciones no representen un porcentaje de tal tamaño, el mercado relevante se puede considerar interno, pero la fusión será aprobada si las importaciones tienen posibilidad de aumentar como respuesta a incrementos de precios pequeños pero significativos. Al evaluar las perspectivas de aumento de las importaciones, el SBDC considera los costos de transporte, las tarifas, la capacidad de producción, las condiciones locales de distribución, las barreras no tarifarias y las preferencias de los consumidores para determinar el precio al que la oferta de importaciones se convierte en elástica.⁹⁷

El SBDC ha buscado desarrollar la cooperación internacional mediante convenios bilaterales y multilaterales. A la fecha, se han establecido tres convenios bilaterales, mientras que se están negociando otros. El primer acuerdo bilateral formal de cooperación entre el SBDC y un organismo extranjero de defensa de la competencia se firmó en 1999 con Estados Unidos (representado por el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos), y fue ratificado

por el Congreso brasileño en marzo de 2003. El convenio contempla (1) la notificación con respecto a actividades de obligación al cumplimiento en un país que afecten los intereses del otro; (2) el intercambio de información (sujeto a las restricciones de confidencialidad aplicables); (3) actividades conjuntas y coordinadas de obligación al cumplimiento; (4) la opción de que un país solicite al otro la investigación de una conducta que se presente dentro de sus fronteras y que afecte al país solicitante; y (5) diversas actividades técnicas de cooperación, incluyendo la capacitación y el intercambio de personal. En diciembre de 2001, se firmó un acuerdo bilateral similar con Rusia, que se encuentra esperando ratificación del Congreso.

Un tercer convenio bilateral, también similar al firmado con Estados Unidos, se firmó con Argentina en octubre de 2003, y también está en espera de ratificación por parte del Congreso. Este convenio refleja un esfuerzo por parte del SBDC por hacer avanzar la política de competencia y la cooperación entre los países del Mercosur. El Mercosur (Mercosul en Brasil) es un acuerdo de mercado común establecido en 1991 por Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay.⁹⁸ Sus elementos relacionados con la competencia datan de fines de 1996, cuando los miembros firmaron un ambicioso Convenio de Defensa de la Competencia que pedía la creación de un Comité de Defensa de la Competencia (CDC) a nivel supranacional. El CDC tendría facultades para ordenar que los organismos de obligación al cumplimiento de las leyes de competencia en cada país miembro realizaran investigaciones acerca de asuntos específicos y contaría con autoridad resolutoria para fallar en casos e imponer sanciones. El Acuerdo de 1996 también contemplaba la adopción de mecanismos de cooperación entre los miembros, incluyendo el intercambio de información, las investigaciones conjuntas, el registro de las decisiones del organismo nacional de obligación al cumplimiento y la capacitación del personal. El Acuerdo fue ratificado por Paraguay en 1997 y por Brasil en 2000, pero no por Argentina ni por Uruguay. Resulta poco probable que el Acuerdo entre en vigencia en el futuro cercano, pues algunos de los países del Mercosur aún no cuentan con leyes de competencia o con un organismo de obligación al cumplimiento. Asimismo, los miembros se han mostrado reacios a la perspectiva de un organismo supranacional de obligación al cumplimiento de la ley.

En un esfuerzo por establecer una estructura menos controvertida, el Comité Técnico sobre Competencia del Mercosur aprobó en octubre de 2003 un Memorándum de Entendimiento sobre la cooperación. El ME incluía disposiciones sobre procedimientos de notificación, intercambio de información y asistencia técnica. El Memorándum fue aprobado por Argentina en agosto de 2004, pero está pendiente en el Ministerio de Asuntos Exteriores de Brasil. Las dificultades relacionadas con la entrada en vigor de acuerdos bajo el auspicio del Mercosur han llevado al SBDC a centrarse en la firma de acuerdos bilaterales, como el estructurado con Argentina, para contar con un método práctico para facilitar la cooperación en cuestiones de política de competencia.

Los miembros del personal del SBDC, especialmente los de la SDE, a menudo están en comunicación con sus contrapartes en Estados Unidos y Argentina, a fin de intercambiar información de casos, debatir temas analíticos y discutir técnicas de investigación. Fuera del continente americano, el SBDC mantiene contacto estrecho con autoridades de defensa de la competencia en Francia, y espera establecer acuerdos formales con ese país en el futuro cercano. Por otra parte, se está negociando un convenio de cooperación técnica con Portugal, centrado en la discusión bilateral acerca de las mejores prácticas y el intercambio de personal para fines de capacitación. También se ha entablado una relación entre el SBDC y el personal de la Dirección General de Competencia de la Unión Europea, a fin de intercambiar información no confidencial acerca de las investigaciones que se están llevando a cabo de manera simultánea en las dos jurisdicciones.

El SBDC participa en una serie de organizaciones internacionales relacionadas con la política de competencia, incluyendo al Comité de Competencia de la OCDE (como observador), la Red Internacional de Competencia (RIC), la UNCTAD y el Foro Latinoamericano de Competencia. Desde 1999, la OCDE y el SBDC han participado en un proyecto de cooperación que involucra la contribución de la OCDE al desarrollo de borradores de modificaciones a la ley de competencia y la participación de representantes de la Organización en seminarios realizados en Brasil. Desde 2001, la SEAE y el CADE tienen acceso a la base de datos OLIS de la OCDE para consultas técnicas. Brasil también es miembro activo de la RIC. Entre 2003 y junio de 2005, la SEAE fungió como co-presidente del Grupo de Trabajo de Implementación de Políticas de Competencia (CPI WG por sus siglas en inglés) y co-presidente del Subgrupo 3 del CPI enfocado a la Defensa de la Competencia en Sectores Regulados. El CADE tomó estos lugares a partir de junio. La SDE es co-presidente del Subgrupo 1 del Marco General correspondiente al Grupo de Trabajo sobre Cáteles. Las actividades del SBDC en la UNCTAD (siglas en inglés de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo) incluye su participación en conferencias, proyectos de asistencia técnica (como receptor y donador) y reuniones del Grupo Intergubernamental de Expertos (IGE) de la UNCTAD. El SBDC y la UNCTAD se han unido para organizar conferencias de capacitación en Brasil para fiscales públicos y personal de los organismos reguladores, al igual que un seminario sobre temas de política de competencia en conjunto con la Conferencia UNCTAD XI, que se realizó en 2004 en Sao Paulo.

En Brasil, la SEAE desempeña un papel de asesor en los procedimientos comerciales que tratan con casos de *dumping* y competencia desleal en importaciones. Las reclamaciones de agentes privados en torno a importaciones desleales son investigadas por el Departamento de Defensa Comercial (DECOM) en

el Ministerio de Desarrollo Industria y Comercio Exterior (MDIC). El DECOM elabora opiniones preliminares que se someten a comentarios de las partes y de organismos gubernamentales interesados. Posteriormente, el DECOM transmite la recomendación de decisión a la Cámara de Comercio Exterior (CAMEX) para su determinación definitiva. El MDIC preside la CAMEX, que entre sus miembros incluye a los Ministerios de Finanzas, de Asuntos Civiles, de Relaciones Exteriores, de Agricultura, Ganadería y Abasto y el de Planeación, Presupuesto y Administración.

La opinión del Ministerio de Finanzas en casos de *dumping* se formula en conjunto con la SEAE y la Secretaría de Asuntos Internacionales (SAIN). La función de la SEAE reside en analizar el grado de daño económico causado por las importaciones en cuestión y evalúa si el desagravio propuesto por el DECOM es equiparable al daño. La SEAE también puede realizar comentarios sobre la dinámica competitiva del mercado afectado y la viabilidad económica del *dumping*, temas que no toca normalmente el DECOM. Como sucede en muchos otros países, el esfuerzo por introducir análisis de política de competencia en casos de *dumping* en Brasil enfrenta grandes obstáculos legales y políticos. Sin embargo, la SEAE algunas veces logra persuadir a la CAMEX para eliminar sanciones impuestas con anterioridad, aunque sea por medios indirectos. Por ejemplo, recientemente, la investigación de la SEAE del mercado de insulina en Brasil en conexión con la adquisición de Biobrás por parte de Novo Nordisk, llevó a la eliminación de las medidas contra el *dumping* en ese mercado. La SEAE recomendó que el CADE solicitara a la CAMEX la eliminación de las medidas existentes como medio para fomentar la competencia en la industria. En marzo de 2005, el Ministerio de Comercio respondió a la solicitud del CADE mediante la suspensión de las medidas contra el *dumping* que se habían impuesto sobre la importación de insulina de Dinamarca y un programa de seguimiento de precios de las importaciones de insulina provenientes de Francia y Estados Unidos.

La interacción entre el SBDC y el MDIC no se limita a la participación de la SEAE en casos de comercio desleal. Los organismos del SBDC, con representantes del MDIC, son parte de la delegación brasileña ante el Mercosur para la negociación de un Área de Libre Comercio para las Américas (ALCA). Entre los temas tocados en las negociaciones del ALCA se encuentran las disposiciones para garantizar que las prácticas que atenten contra la competencia no limitarán el proceso de apertura comercial; los mecanismos para fomentar la cooperación y el intercambio de información entre autoridades de defensa de la competencia; y procedimientos para coordinar las políticas comerciales y de competencia, incluyendo medidas contra el *dumping*. Asimismo, el CADE y el MDIC están desarrollando en la actualidad un convenio de cooperación diseñado para facilitar el intercambio de información del sector industrial entre ambos organismos.

3.5 Recursos, acciones y prioridades implícitas de los organismos

Los recursos para financiar los tres organismos que integran el SBDC son similares, pero no idénticos. El sistema presupuestario del gobierno brasileño conlleva dos procesos distintos, uno para los recursos humanos y otro para los demás gastos. Los fondos no relacionados con salarios se erogan para investigación de contratos, equipo y material de oficina, programas de capacitación para empleados, conferencias, viáticos y funciones de apoyo contratadas externamente (como la seguridad, la limpieza y los servicios secretariales).

Una fuente de fondos no salariales para los tres organismos del SBDC es la cuota de notificación del Artículo 54. Establecida en 1999 como una cuota de 15,000 reales pagadera al CADE, su nivel aumentó a 45,000 reales con las modificaciones de 2000 a la Ley 8884, que contemplaba que lo ingresado se dividiría a partes iguales entre los tres organismos del SBDC. Así, los ingresos por cuotas comenzaron a fluir hacia la SDE en 2001 y la SEAE en 2002. Cabe apuntar que las cuotas por notificación no se depositan directamente en las cuentas de los organismos. El Ministerio de Planeación, Presupuesto y Administración (PPA) tiene autoridad sobre los límites presupuestarios de los organismos y determina qué parte de los ingresos por cuotas de notificación que corresponden a cada organismo en efecto se les asigna. Asimismo, el caso de la SDE y la SEAE, los ingresos por cuotas se canalizan a las cuentas superiores del Ministerio, para que luego los encargados del presupuesto los reasignen entre las oficinas ministeriales.

Por su parte, los fondos para los gastos no salariales del CADE provienen del cobro de cuotas⁹⁹ y de una asignación presupuestaria del gobierno. El presupuesto no salarial de los últimos años en la SDE ha consistido de la parte de las cuotas de notificación que le asigna el Ministerio de Justicia. La SEAE recibe parte de las cuotas de notificación en cumplimiento del Artículo 54 y una asignación presupuestaria aparte del Ministerio de Finanzas, al igual que lo recaudado por las cuotas cobradas a agentes privados que solicitan a la SEAE la autorización de loterías promocionales.¹⁰⁰ El cuadro a continuación muestra el monto anual total de fondos (de todas las fuentes) de que dispone cada organismo para gastos no salariales. Las cifras que presenta el CADE son más altas, pues debe pagar renta de edificio, servicios telefónicos y muchos otros servicios de apoyo que se administran de manera central en los ministerios y, por ello, no se incluyen en los presupuestos de la SDE o la SEAE.

Cuadro 8. Tendencias de los recursos asignados a la política de competencia – Fondos para gasto no salarial (millones de dólares de EE.UU.)

	2000	2001	2002	2003	2004
CADE	3.81	3.62	2.09	1.85	2.56
SDE	0.11	3.28	0.74	0.34	1.15
SEAE	0.53	1.95	2.66	3.16	3.42
Total	4.45	8.85	5.49	5.35	7.13

Fuente: SBDC, 2005

Los fondos para salarios y otros gastos asociados con los recursos humanos (como costos de jubilación y prestaciones de transporte y guarderías) son proporcionados a los organismos del SBDC por sus ministerios o por el Ministerio de Planeación, Presupuesto y Administración (PPA). Los gastos anuales en salarios del CADE se muestran a continuación.

Cuadro 9. Gasto salarial del CADE (millones de dólares de EE.UU.)

CADE	2000	2001	2002	2003	2004
Gasto salarial	1.59	1.34	1.11	1.19	0.92

Fuente: CADE, 2005

A fines de 2003, el Congreso promulgó una orden provisional permitiendo al CADE retener 28 asistentes profesionales mediante contratos temporales válidos hasta el 31 de diciembre de 2005. El CADE contrató abogados y economistas para fungir como analistas de los comisionados, a un costo de 227,400 dólares provenientes de su asignación de cuotas por notificación. Los gastos salariales regulares del CADE para 2004 ascendieron a 694,400 dólares. La SDE y la SEAE no pudieron proporcionar datos históricos de su gasto en salarios debido a que ambas son parte de grandes ministerios que no desagregan los datos de salarios para oficinas individuales de manera rutinaria. Los informes de la SDE destacan que su gasto en salarios para 2004 ascendió a 1.56 millones de dólares, mientras que la cifra comparable para la SEAE fue de 2.62 millones de dólares, lo que resulta en un total de los tres organismos de 5.1 millones de dólares para ese año.

Abajo se muestran los datos del personal que trabaja en los organismos. Por una parte, los empleados profesionales son principalmente abogados y economistas aunque también de algunas otras profesiones.

Cuadro 10. Empleados del SBDC – 2000-2004

Empleados del CADE

	2000	2001	2002	2003	2004
Profesionistas	55	32	70	68	85
Apoyo	62	89	66	54	89
Total	117	121	136	122	174

Empleados de la SDE

	2000	2001	2002	2003	2004
Profesionistas	18	33		34	35
Apoyo	10	16	16	16	20
Total	28	49	56	50	55

Empleados de la SEAE

	2000	2001	2002	2003	2004
Profesionistas	60	71	71	71	66
Apoyo	140	148	148	93	94
Total	200	219	219	164	160

Combinación de empleados del CADE, la SDE y la SEAE

	2000	2001	2002	2003	2004
Profesionistas	133	136	181	173	186
Apoyo	212	253	230	163	203
Total	345	389	411	336	389

Fuente: SBDC, 2005

Los empleados del SBDC no son ni servidores civiles de carrera (que mantienen puestos con obligaciones definidas por la ley de servicio civil de Brasil) ni servidores civiles contratados. Los empleados de carrera deben presentar un examen de oposición para obtener sus puestos, pero gozan de una serie de prestaciones para este tipo de empleados y no pueden ser despedidos libremente. Los

empleados por contrato no obtienen su puesto por oposición y su misión termina normalmente al terminar la vigencia del contrato.

Una característica crucial del sistema de personal en Brasil es que la mayoría de los empleados por contrato reciben su pago de fondos no salariales y tienen prohibido desempeñar tareas sustantivas en el organismo. Así, se les restringe a funciones como los servicios secretariales, el transporte, la seguridad y la limpieza. La principal excepción a esta regla se refiere a los empleados por contrato para los que se utiliza la figura de “DAS”¹⁰¹ que son las siglas para *Direção e Assessoramento Superior*, que se traduciría como “gerencia y asesoría de alto nivel”. La figura de DAS cuenta con siete niveles y se diseñó en un principio como mecanismo para emplear personal eventual mediante contratos para ejercer funciones gerenciales.¹⁰² Con el tiempo, los grados inferiores del DAS se han utilizado no sólo para personal eventual, sino para complementar los salarios de los empleados permanentes. Los empleados permanentes que cuentan con un puesto DAS reciben, además del salario asociado con su puesto como servidores civiles, parte del salario asociado con su nivel DAS (en la mayoría de los casos 65 por ciento). Los organismos buscan contar con puestos DAS porque los niveles altos pueden utilizarse para contratar gerentes ejecutivos y los bajos se pueden utilizar como compensación adicional para conservar personal permanente de nivel más bajo, evitando que sean reclutados por otros organismos. El Ministerio de Planeación (MPP) controla el número de plazas permanentes y por contrato de que dispone un organismo, al igual que el número y nivel de las plazas DAS. Los empleados por contrato con plazas DAS están sujetos a rescisión del mismo cuando cambia el equipo político, aunque este tipo de cambios normalmente sólo afecta a los ejecutivos de mayor nivel.

Más adelante se muestra la asignación actual entre empleados permanentes y por contrato y de plazas DAS entre los tres organismos que integran el SBDC.

Cuadro 11. El empleo en el SBDC

		CADE	SDE	SEAE	Total
Servidores civiles permanentes	DAS	27	16	50	93
	No-DAS	12	4	52	68
	Total	39	20	102	161
Servidores civiles por contrato	DAS	11	20	42	73
	No-DAS	124	15	16	155
	Total	135	35	58	228
Total		174	55	160	389

Fuente: SBDC, 2005

El trabajo sustantivo de un organismo lo llevan a cabo los servidores civiles permanentes y los empleados por contrato con plaza DAS y nivel profesional. Como lo muestra el cuadro, a fines de 2004, la fuerza laboral profesional del CADE ascendía a 85 personas, mientras que la cifra comparable para la SDE era de 35 y de 66 para la SEAE.¹⁰³ Cuando se promulgó la Ley 8884 en 1994, se requirió la creación inmediata de una plantilla de personal permanente para el CADE (Art. 81). La importancia de esta disposición se relaciona con el hecho de que los servidores civiles permanentes no pueden ser contratados más que para ocupar plazas establecidas en la ley del servicio civil. Cuando se crearon en Brasil los organismos reguladores del sector durante los años noventa, las plazas permanentes del servicio civil se diseñaron para ser ocupadas por personal profesional que desempeñara la misión sustantiva de cada organismo. Sin embargo, nunca se creó una plaza de este tipo para el CADE, lo que significa que este organismo debe utilizar empleados DAS por contrato para realizar tareas relacionadas con su misión que no corresponden a la descripción de plazas dentro de la ley del servicio civil.¹⁰⁴ Sin embargo, como se desprende del cuadro, el CADE sólo tiene 11 plazas DAS por contrato a su alcance. Asimismo, de los 39 servidores civiles permanentes en la lista del CADE, sólo 16 (12 procuradores públicos en la Oficina del Procurador General¹⁰⁵ y cuatro empleados en plazas de servicios administrativos) están de hecho asignados al CADE. De los 23 restantes, 17 son empleados permanentes de otros organismos federales (principalmente de los Ministerios de Justicia y Finanzas) y seis son empleados de gobiernos estatales.

La ausencia de plazas de carrera, de la mano con el problema generalizado de los bajos salarios gubernamentales en Brasil, enfrenta al CADE con una escasez crónica de personal con la preparación adecuada. Los candidatos interesados en obtener un empleo relacionado con la ley de competencia tienden a preferir trabajar en los ministerios, mejor establecidos y más prestigiosos. En el caso de los empleados DAS por contrato que el CADE puede tener en su lista, la rotación es de cerca de 40 por ciento al año. Los empleados en los niveles bajos de las plazas DAS ganan alrededor de 400 dólares al mes, e incluso los ubicados en el nivel DAS 4 (más alto), sólo ganan 1,600 dólares al mes. Estos salarios son insuficientes para retener personas con preparación universitaria. No obstante, el ritmo de rotación es más bajo (de cerca de 25 por ciento al año) entre los servidores civiles permanentes, cuyos salarios incluyen un suplemento DAS, aunque incluso estos empleados pueden dejar fácilmente su plaza al ser reclutados por otros organismos que ofrecen niveles DAS más altos. Como lo planteó con claridad el Informe de 2000 y es reconocido unánimemente por cualquier persona asociada con la comunidad de defensa de la competencia en Brasil, el CADE sufre de “la falta de un grupo permanente y estable de funcionarios de carrera cuya presencia conserve la ‘memoria institucional’ y aumente la experiencia en el tiempo en cuanto a la

obligación al cumplimiento” (página 207).¹⁰⁶ La falta de un personal permanente adecuado genera problemas además de los asociados con las deficiencias de la memoria institucional, entre los que se incluye buena parte de los retrasos en los trámites del CADE. El Informe de 2000 instaba a que el establecimiento de una plantilla de personal de carrera para el CADE fuera definido como “alta prioridad en el gobierno y el Congreso” (página 207). La legislación propuesta para reestructurar la ley de competencia contempla, al igual que la Ley 8884 (Art. 81), que se promulgue una “ley específica” para crear una plantilla de personal permanente de carrera para el SBDC. No obstante, el gobierno no ha emitido proyectos de ley en este sentido.

El Informe de 2000 indicaba (página 207) que la SDE, con un total de 18 profesionistas en su lista de 2000, parecía carecer del personal suficiente. El número de profesionistas aumentó a 35 en 2004, pero su carga laboral también aumentó de forma sustancial, con cerca de 800 casos pendientes en su agenda.¹⁰⁷ La perspectiva general entre la comunidad de defensa de la competencia es que la SDE carece aún del personal suficiente. El Secretario de la SDE advierte que, aunque el proceso de revisión de fusiones es más eficiente, los recursos liberados con ello se emplean en investigaciones de cárteles. Desde el punto de vista del Secretario, el personal de la SDE está trabajando a toda capacidad.

Por su parte, en la SEAE, el número de profesionistas que trabaja en temas de política y análisis de competencia pasó de 60 en 2000 a 71 entre 2001 y 2003. El número cayó a 66 en 2004, pero sólo como reflejo de una reducción temporal asociada con la disminución natural en el personal luego de una reorganización llevada a cabo en la SEAE a fines de 2004. Como se describió en el Informe de 2000 (página 188), la SEAE estaba dividida en esa época en cuatro principales elementos organizacionales, como reflejo de la división de la economía brasileña en segmentos: industria, servicios, infraestructura y agricultura. En octubre de 2004, la SEAE se reorganizó en ocho oficinas, anticipando los cambios que ocurrirían al promulgarse la propuesta de modificación a la Ley 8884. La legislación asigna al nuevo CADE la mayor parte de las actividades de obligación al cumplimiento de la ley, dejando a la SEAE principalmente como defensora de la competencia en aspectos regulatorios considerados por el gobierno o por organismos sectoriales. En consecuencia, la SEAE ha consolidado sus actividades de revisión de fusiones en una sola oficina (ubicada en Río de Janeiro), a la cual también se asigna todo el trabajo relacionado con procedimientos de tarifas y *dumping*. Asimismo, se consolidaron las investigaciones de conducta en una sola oficina, con centro en Brasilia y una pequeña representación en Río. Otras cinco oficinas de la SEAE, todas ubicadas en Brasilia, están organizadas para reflejar los ámbitos en los que la SEAE interactúa con los otros órganos del gobierno: comunicaciones y medios; agua, saneamiento y energía; seguro de salud y medicamentos; agricultura; y

transporte. La octava oficina se encarga de las responsabilidades de la SEAE por la regulación de loterías promocionales.

Por otro lado, la rotación de personal en la SDE y la SEAE, aunque menos sería que en el CADE, aún representa un problema. Debido a que la SDE y la SEAE son parte de ministerios de gran tamaño, sus empleados tienen la ventaja de contar con mejor acceso a plazas permanentes del servicio civil.¹⁰⁸ No obstante, ambos organismos deben crear incentivos para retener a sus empleados permanentes y, ofreciéndoles suplementos DAS de nivel 3 y 4, han logrado extender a cerca de seis años la duración promedio de estos empleados en sus puestos. Por otra parte, los dos organismos no han sido más exitosos que el CADE para retener al personal por contrato mediante el ofrecimiento de niveles DAS en las categorías más bajas. Este tipo de empleados normalmente permanece en su puesto entre dos y tres años.

El cuadro siguiente muestra las actividades de obligación al cumplimiento del SBDC durante los últimos cinco años. Aproximadamente 5 por ciento de los casos de conducta fueron iniciados *ex officio* por la SDE. Del resto, la mitad fueron entablados por demandantes privados y la otra mitad por organismos del gobierno (como la SEAE, los Fiscales Públicos, los Procuradores Federales, los organismos reguladores sectoriales, otros ministerios del gobierno y las Procons). La fluctuación en el número de “asuntos presentados” durante los últimos tres años (31 en 2002, 51 en 2003 y 37 en 2004) se explica por una “limpia doméstica” en la SDE realizada por el equipo entrante, que concluyó una serie de asuntos pendientes e identificó algunos casos adicionales que requerían ser desechados debido a que habían prescrito de acuerdo con la ley en este sentido.

Según el Informe de 2000 (página 208), la SEAE estimó que sus actividades de revisión de fusiones consumían hasta 70 por ciento de los recursos del organismo. En este sentido, se consideró que la proporción era menor en la SDE, pero también alta en el CADE. En la página 211, el Informe recomienda una reducción en los recursos dedicados a las fusiones y un incremento correspondiente en el esfuerzo orientado a la conducción de investigaciones. La SDE y la SEAE consideran que han aumentado de manera efectivamente la eficiencia del proceso de revisión de fusiones, con lo que se han liberado recursos para ser reasignados a las investigaciones de cárteles. La SDE estima que en la actualidad dedica cerca de 20 por ciento de sus recursos a revisiones de fusiones, mientras que el CADE afirma que no puede proporcionar una estimación de su utilización de recursos en esa función. De acuerdo con la SEAE, 65 por ciento de sus recursos relacionados con la ley de competencia se dedicaron a las fusiones, hasta la reorganización de octubre de 2004, cuando las prioridades del organismo se realinearon para centrarse en la defensa de la competencia.

Cuadro 12. Tendencias en las actividades de la política de competencia 2000-2004

	Casos de conducta¹	Fusiones²
2004:asuntos presentados al CADE	37	511
Asuntos concluidos	32	651
Total de sanciones impuestas (mill. de reales)	5.6	4.2
2003:asuntos presentados al CADE	51	511
Asuntos concluidos	22	526
Total de sanciones impuestas (mill. de reales)	8.3	2.2
	Casos de conducta¹	Fusiones²
2002:asuntos presentados	31	519
Asuntos concluidos	31	518
Total de sanciones impuestas (mill. de reales)	2.8	6.6
2001:asuntos presentados	30	621
Asuntos concluidos	34	584
Total de sanciones impuestas (mill. de reales)	No se dispone de datos	10.1
2000:asuntos presentados	32	668
Asuntos concluidos	39	523
Total de sanciones impuestas (mill. de reales)	No se dispone de datos	30.0

1. Casos de conducta transmitidos por la SDE o ANATEL al CADE al amparo del Art. 39, Ley 8884.

2. Casos de fusiones transmitidos por la SDE o ANATEL al CADE al amparo del Art. 54 ¶ 6, Ley 8884.

Fuente: SBDC, 2005

4. LÍMITES DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA: EXENCIONES Y RÉGIMENES REGULATORIOS ESPECIALES

En su terminología, la Ley 8884 se aplica a “personas, compañías públicas y privadas, y asociaciones individuales y corporativas” sin importar cómo estén organizadas “sin tomar en cuenta el ejercicio de actividades consideradas como monopolio legal” (Art. 15). El SBDC toma la postura de que la Ley 8884 es aplicable al gobierno federal y sus organismos, aunque nunca se ha registrado un caso que ponga a prueba esta proposición. De hecho, el SBDC interactúa con el gobierno federal en temas de competencia por medio de la defensa de la misma. Por su parte, por motivos relacionados con el federalismo, se considera que los gobiernos de los estados y sus organismos quedan fuera del ámbito de la Ley 8884.

Las empresas comerciales propiedad de los gobiernos federales o estatales están claramente contempladas, y el CADE ha participado de manera esporádica en casos de conducta y fusiones que involucran a Petrobrás, la empresa federal de hidrocarburos. Aunque el CADE no ha fallado en casos que involucren a Petrobrás desde 1999, en la actualidad la SDE está realizando una investigación acerca de aseveraciones de trato discriminatorio por parte de una compañía de tuberías de gas natural de Petrobrás. Entre los casos pendientes de fallo se encuentra el de la adquisición de estaciones de gasolina y de distribuidores de gas LP propiedad de AGIP por parte de Petrobrás y un proyecto conjunto de gasoducto entre Petrobrás y White Martins. No existen otras experiencias recientes con empresas federales, excepto por la serie de adquisiciones realizadas por el Instituto de Reaseguros Brasileño, el monopolio federal de reaseguramiento. El SBDC considera las empresas comerciales propiedad del Estado son muy pocas y no cuenta con un historial de casos en ese ámbito.

La Ley 8884 se aplica a las entidades privadas de toda la economía y, por ende, a las compañías que operan en sectores regulados. La única excepción a este principio surgió en el sector bancario, como se describe más adelante. Al aplicar la ley a las empresas reguladas, el CADE evita crear conflictos con el esquema operativo regulatorio. Así, mientras el CADE revisa fusiones y ataca la colusión horizontal en sectores regulados, no demanda a empresas por conductas unilaterales obligadas o controladas por organismos regulatorios.

El Informe de 2000 (página 209) recomendaba que los organismos del SBDC se centraran en prestar mayor atención a la obligación al cumplimiento en casos de posibles abusos de la competencia de empresas recién privatizadas, pero aún dominantes, de la industria de redes, incluyendo en especial a las de telecomunicaciones, energía y transporte. Desde 2000, en cada uno de los sectores regulados se ha realizado por lo menos alguna actividad relacionada con la obligación al cumplimiento de la ley, aunque el SBDC caracteriza el número total de casos como relativamente reducido. Esta sección del informe describe la actividad de obligación al cumplimiento del SBDC en sectores regulados, mientras que la siguiente comenta las actividades de los organismos del Sistema como defensores de la competencia con respecto a las políticas regulatorias sectoriales.

A pesar de que la mayoría de las leyes sectoriales requieren que el organismo regulador considere los principios de la competencia en sus decisiones¹⁰⁹, pocas mencionan directamente la Ley 8884. La autoridad del CADE en esos ámbitos surge entonces por implicación a partir del amplio lenguaje jurisdiccional del Artículo 15. Sin embargo, las leyes sectoriales para los hidrocarburos y las telecomunicaciones se refieren expresamente a la Ley 8884. La Ley de Hidrocarburos de 1997, que cubre los sectores de petróleo y gas natural, requiere que el organismo regulador del sector (la Agencia Nacional del Petróleo, ANP) notifique tanto a la SDE como al CADE si detecta evidencia que sugiera faltas a la ley de competencia. A su vez, el CADE debe notificar a la ANP de cualquier sanción que aplique a empresas del sector, de modo que la ANP pueda tomar las medidas legales apropiadas (como la cancelación de permisos).¹¹⁰

Con respecto al petróleo y sus derivados, incluyendo el gas licuado de petróleo (GLP), en 2002 terminó la regulación de precios para todos los eslabones de la cadena de producción. En la actualidad, los precios de extracción, refinación y distribución local flotan libremente. Por su parte, la ANP regula las redes esenciales de transporte, incluyendo ductos e instalaciones de carga en terminales marinas. Desde 2000, los procedimientos de conducta del CADE en este ámbito se centran en casos de fijación de precios contra vendedores de gasolina al menudeo y distribuidores del GLP, descritos en páginas anteriores. La ANP da seguimiento cercano a los precios de los combustibles y notifica a la SDE en caso de encontrar patrones sospechosos. Aunque en 2002 se realizaron varias reuniones entre el CADE y la ANP a fin de formular un acuerdo de cooperación para intercambiar información y puntos de vista sobre temas de competencia del sector, el proyecto nunca se concluyó. Sin embargo, el SDE ha sido más exitoso en este sentido, habiendo establecido en 2000 un convenio con la ANP para llevar a cabo investigaciones en el sector.

La jurisdicción regulatoria del gobierno federal en el sector del gas natural difiere de la de la mayoría de los sectores, debido a que sólo abarca el comercio interestatal. De acuerdo con la Constitución brasileña, a cada estado se le otorga el control sobre la distribución local. En 2002, al mismo tiempo que los precios del petróleo, se desregularon los precios del gas pero la ANP continúa regulando los gasoductos. A nivel estatal, los 26 gobiernos emplean distintos enfoques. En una serie de estados se ha continuado con la operación directa de la red de distribución, mientras que otros han privatizado el sistema y establecido un organismo regulador. En otros más, se han subastado las concesiones para operar la red. Las ventas de concesiones son transacciones que deben notificarse de acuerdo con el Artículo 54 si se alcanzan los umbrales de volumen de ventas o de participación de mercado. De igual manera, debe notificarse la formación de un consorcio para licitar una concesión. El CADE ha revisado una serie de transacciones que involucran concesiones. De este modo, en 2004, el CADE aprobó sin condiciones el otorgamiento de una concesión a Gás Natural São Paulo Sul para distribuir gas natural en la zona sur del estado de São Paulo, mientras que cobró una multa a la empresa por notificación tardía. De forma similar, el CADE aprobó las transacciones asociadas con la formación en 2004 de una empresa de distribución de gas en el estado de Goiás, de la cual la entidad retuvo una participación de 51 por ciento. Las acciones restantes se vendieron a un consorcio seleccionado por invitación pública.

Un caso fechado en 2001 referente al sector de gas natural describe el enfoque del CADE con respecto al análisis de conductas adoptadas por empresas reguladas. Antes de 1997, la distribución del gas natural en el estado de Río de Janeiro pertenecía a un monopolio del estado. En 1997, el estado dividió los activos de distribución en dos empresas que atendían dos zonas geográficas distintas, privatizó ambas compañías y estableció un organismo regulador estatal. Al siguiente año, ambas empresas elevaron sus precios de forma significativamente superior a la inflación. Los clientes se quejaron de que los distribuidores abusaban de su posición dominante. La decisión del CADE fechada en 2001, que desechara la demanda, consideró la aplicación de la “doctrina de acción del estado” en Brasil. Esta doctrina, desarrollada como parte de la jurisprudencia de defensa de la competencia en Estados Unidos, funciona para excluir a la autoridad federal de defensa de la como cuando un estado desplaza la competencia de mercado y regula activamente la conducta privada en cuestión. El CADE concluyó que los distribuidores no habían actuado de manera ilegal, pues sus precios se encontraban dentro de los límites permitidos por el regulador estatal.

La Ley de Telecomunicaciones de 1997 es mucho más elaborada que la de Hidrocarburos, al contemplar de manera explícita la aplicación de la ley de

competencia a las empresas de telecomunicaciones y otorgando a la Agencia Nacional de Telecomunicaciones (ANATEL) un papel formal en el proceso de obligación al cumplimiento de la ley. De acuerdo con el Artículo 7 de la Ley “se aplicarán a la industria de telecomunicaciones las reglas generales que rigen la protección del orden económico [que incluye a la Ley 8884] mientras no entren en conflicto con las disposiciones de la Ley.” El Artículo 19 contempla que ANATEL tiene “la autoridad legal para controlar, evitar e impedir cualquier violación al orden económico en la industria de telecomunicaciones, sin perjuicio de las facultades otorgadas al CADE”. El impacto de estas disposiciones reside en que los casos de conducta y fusión en el sector pueden ser considerados por ANATEL, el CADE o ambos. Sin embargo, la Ley de Telecomunicaciones tiene precedencia en términos de la aplicación de los requisitos de notificación de fusiones que exige la Ley 8884. Esto se debe a que la Ley crea un régimen especial para las fusiones de telecomunicaciones, de acuerdo con el que se debe presentar notificación previa de la transacción con ANATEL (convirtiéndolo en la única circunstancia en Brasil en la que se contempla el control previo a la fusión). La jurisdicción de ANATEL sobre los casos de conducta y fusiones se limita a los “servicios de telecomunicaciones” definidos para incluir los sistemas de telefonía fija y las funciones de transmisión de las cadenas televisivas, las operaciones de la TV por satélite y las empresas de telefonía celular.

En la página 219, el Informe de 2000 destacaba que el CADE y ANATEL habían establecido un grupo de trabajo para tratar problemas potenciales al respecto del traslape de disposiciones jurisdiccionales. El CADE afirma que, desde 2000, ambos organismos han logrado desarrollar con éxito un convenio de cooperación de acuerdo con el cual ANATEL toma el papel de la SDE y la SEAE en casos de fusión que involucran a los servicios de telecomunicaciones. De acuerdo con este convenio, la ANATEL lleva a cabo la investigación y presenta una opinión técnica, mientras que el CADE presenta el fallo definitivo. En cambio, con respecto a casos de conducta, la ANATEL comparte la jurisdicción concurrente con la SDE y la SEAE, de manera que uno o los tres organismos pueden llevar a cabo investigaciones y presentar recomendaciones al CADE. Con el paso del tiempo, el CADE y la ANATEL han firmado varios convenios de cooperación escritos, cada uno de los cuales ha vencido posteriormente. El CADE informa que, hasta la fecha, ambos organismos están en vías de negociar un nuevo convenio. Sin embargo, el proyecto se suspendió cuando terminó la gestión del presidente de ANATEL. Los procedimientos de interacción entre la ANATEL y la SDE y la SEAE no están bien desarrollados, y consisten sobre todo de contactos informales entre personal de los organismos.

En los últimos cinco años, el CADE ha considerado varios casos de conducta y fusiones enviados por ANATEL. Por ejemplo, en 2001, el CADE dirigió una

demanda de abuso de dominio contra el Grupo Globo, la cadena televisiva más grande de Brasil. Globo controlaba tanto el Canal Globo, el principal canal de televisión de Brasil, como Sky TV, la compañía más importante de televisión de paga por satélite en ese país. El demandante era TVA Sistema de Televisão, dueña de la empresa competidora de TV satelital, DirectTV. TVA afirmaba que Globo se había rehusado ilegalmente a otorgar a TVA la licencia de transmisión por satélite de Canal Globo. ANATEL investigó y concluyó que no existía abuso de dominio, pues el Canal Globo no era un elemento esencial para el servicio de TV por satélite. El CADE estuvo de acuerdo y desechó el caso, observando que TVA era un competidor viable incluso sin ese canal, y que exigir que los servicios de satélite compartieran programación reduciría la competencia y retrasaría los incentivos de innovación. En un caso de fusión de 2002, el CADE aprobó sin restricciones un proyecto conjunto de Portugal Telecom y Telefónica Internacional para crear la empresa de servicios celulares Vivo.

En casos de fusión, ANATEL tiene autoridad jurídica para emitir una orden impidiendo la consumación de una transacción hasta completar su revisión. El CADE puede emitir una medida precautoria por separado o establecer un APRO al amparo de la Resolución 28 del CADE, a fin de tratar con los aspectos de una fusión que no forma parte de la jurisdicción de ANATEL. Por ejemplo, en la fusión de News Corporation y Hughes, que se describió en páginas anteriores, ANATEL emitió una orden impidiendo que las dos empresas de TV satelital consumaran la transacción subyacente, mientras que el CADE emitía una orden impidiendo que las partes establecieran nuevos contratos contemplando la distribución exclusiva de programación de televisión en Brasil.

Algunas veces, el CADE ha solicitado que la SDE o la SEAE (o ambas) presenten opiniones técnicas adicionales en casos de fusión que entran en la jurisdicción de ANATEL y en casos de conducta que no hayan investigado la SDE y la SEAE.¹¹¹ Así, el CADE buscó opiniones de la SEAE con respecto al requerimiento temporal descrito en la fusión entre News Corporation y Hughes. De igual manera, se buscaron las opiniones tanto de la SDE como de la SEAE en un caso de abuso de dominio contra Telecomunicações de São Paulo (Telesp). En ese caso, la empresa demandante, Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. (Embratel), afirmó que Telesp estaba cobrando tarifas discriminadoras por el acceso a su red. La SDE y la SEAE acordaron que la conducta podría en efecto ser discriminadora y el CADE emitió una orden precautoria siguiendo sus recomendaciones.

La SDE y la SEAE también realizan investigaciones en casos de fusiones y de conducta acerca de aspectos del sector de telecomunicaciones que quedan fuera de la jurisdicción de ANATEL. Las investigaciones de fusiones de los últimos años

generalmente han involucrado mercados con relación vertical con los servicios de telecomunicaciones. Las adquisiciones de prestadores de servicios de Internet por parte de compañías de telefonía fija y de empresas de TV satelital por parte de proveedoras de programación de TV han sido un punto de interés particular. Así, en 2002, la SEAE analizó otra transacción que involucró al Grupo Globo, que (además de SkyTV) también es propietario de SporTV, el principal canal de deportes en la TV brasileña de paga. La transacción involucraba la adquisición por parte de Globo de un interés de 25 por ciento en ESPN Brasil, un canal de deportes de la TV de paga que competía con SporTV. La SEAE concluyó que Globo mantenía una posición monopólica en el mercado de “canales premium de deportes para la TV de paga” y una postura monopsónica con respecto al mercado de presentaciones de eventos deportivos de categoría estelar por TV de paga. Debido a que la entrada era difícil en ambos mercados, la SEAE recomendó imponer ciertas restricciones para reducir la posibilidad de que Globo abusara de su poder de mercado. Las propuestas de la SEAE se diseñaron para impedir que Globo (1) otorgara permisos exclusivos a SkyTV por la transmisión satelital de eventos deportivos estelares; o (2) exigiera derechos exclusivos de transmisión para estos eventos. En la actualidad, el caso se encuentra pendiente en la SDE.

En el ámbito de las investigaciones de conducta que realizan la SDE y la SEAE en mercados relacionados con la jurisdicción de ANATEL pero fuera de ella, destaca un caso más contra el Grupo Globo. En su demanda por abuso de dominio, Associação Neo TV afirmó que Globo se rehusaba a otorgar licencias de SporTV a competidores de sus servicios de TV por satélite, SkyTV y NET. Las propuestas de la SEAE eran similares a las del caso de adquisición de ESPN Brasil. En la actualidad, el caso se encuentra pendiente en la SDE. En dos casos investigados por la SDE que no involucraron a Globo, el CADE falló en 2004 rechazando la existencia de prácticas de *dumping* en la venta al menudeo de teléfonos celulares por parte de Telefônica Celular, Telet Celular y Telebrasília Celular.

De igual forma que la ANP y la ANATEL, la Agencia Nacional de Energía Eléctrica (ANEEL) fue creada en 1997, y sus estatutos también requieren que se hagan efectivos los principios de la competencia cuando sea posible. La ANEEL cuenta con convenios de cooperación con tres organismos de competencia, de acuerdo con los que las partes convienen en compartir información y experiencia técnica y analizar conjuntamente la interacción entre la ley de competencia y el sistema regulativo del sector. La ANEEL proporciona informes a la SDE acerca de sospechas de violaciones a la ley de competencia y opiniones técnicas en casos de conducta y de fusiones. Desde 2000, la única actividad de obligación al cumplimiento por parte del SBDC en ese sector se ha relacionado con las fusiones, todas aprobadas por el CADE sin restricciones luego de ser analizadas dentro del procedimiento acelerado. Las transacciones han incluido adquisiciones de pequeños

productores o de productores o distribuidores regionales de energía eléctrica y la formación de consorcios para licitar permisos de distribución y concesiones para construir plantas de generación de electricidad.

El Departamento de Aviación Civil (DAC) del Ministerio de Defensa de Brasil sigue manteniendo la autoridad reguladora sobre las aerolíneas del país. Entre el DAC y los organismos de competencia no existen acuerdos formales de cooperación y la interacción entre ellos es poca. La ley de competencia se aplica plenamente a la aviación civil, y el caso más importante del SBDC desde 2000 fue la demanda contra las principales líneas aéreas por fijación de precios en la ruta entre Río de Janeiro y São Paulo.

La Agencia Nacional de Transportación Terrestre (ANTT) fue creada en 2002¹¹², con el encargo de regular los servicios de transporte ferroviario de carga y el transporte interestatal e internacional en autobús.¹¹³ En un convenio fechado en 2002 entre la SEAE y la ANTT se establece el intercambio de información, el análisis conjunto de técnicas para aplicar los principios de la competencia a temas de regulación en el sector y la discusión de metodologías para la regulación tarifaria. Existen también disposiciones que tratan con la cooperación en los procedimientos de obligación al cumplimiento de la ley de competencia (incluyendo las investigaciones conjuntas). El CADE y la ANTT adoptaron un convenio en 2003 con términos similares, pero con un enfoque particular en la cooperación para evitar conflictos entre la obligación al cumplimiento de la ley de competencia y las decisiones regulativas en el sector. Sin embargo, se ha presentado poca actividad (o ninguna) al amparo de estos dos convenios.

Con respecto a los ferrocarriles, buena parte de la actividad del CADE se ha centrado en la Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), una compañía de gran tamaño dedicada a la minería y el acero que se privatizó en 1997. CVRD mantiene concesiones de operación para una serie de líneas ferroviarias de carga e instalaciones costeras que prestan servicios tanto a sus propias minas y centros de producción de acero como a otros clientes. Algunos de estos clientes que atienden las líneas de CVRD son competidores en el sector minero o de producción de acero, circunstancia que ha llevado a una serie de casos en los que se ha argumentado trato discriminatorio por parte de CVRD. En los casos en los que la discriminación no se relaciona con tarifas reguladas por la ANTT, la jurisdicción del CADE es la que priva. Este sería el ejemplo de un caso entre CVRD y la Samitri Mineral Company con respecto a la transportación y exportación de la producción de hierro de Samitri. El contrato impedía a Samitri la venta de su mineral en ciertos mercados extranjeros y de cualquier cantidad de su producción a precios menores que los de CVRD. En su fallo de 2004, el CADE llevó a cabo lo que, en el fondo, era un análisis de proyecto conjunto, para concluir que el convenio no era ilegal, destacando que

CVRD había realizado una gran inversión para construir una línea de ferrocarril hacia la mina de Samitri, y que CVRD tenía entonces un interés legítimo en la explotación de los activos de mineral de hierro de Samitri.

Otro caso pendiente que trata con el sector ferrocarrilero involucra una fusión, realizada en 2000, en la que CVRD adquirió compañías mineras dedicadas a la extracción de hierro y las líneas de ferrocarril asociadas en el sureste de Brasil. La SEAE y la SDE acordaron que podrían surgir efectos adversos tanto en el mercado de mineral de hierro como en el de servicios ferrocarrileros, y propuso varias condiciones correctivas al CADE. El consulta con la SDE, la ANTT invocó su propia autoridad legal para emitir una orden precautoria imponiendo ciertas restricciones a CVRD hasta que el CADE tomara una determinación. En 2005, el CADE determinó que las transacciones podrían proceder, siempre y cuando se sujetaran a condiciones diseñadas para prevenir impactos en contra de la competencia. Con respecto a la transportación en autobús, una decisión del CADE en junio de 2005 determinando la existencia de un cártel de compañías de autobuses, fue el primer caso en el sector desde 2000. En la actualidad, la SDE está realizando varias investigaciones sobre este tema. La SDE y la SEAE se encuentran realizando la revisión de una fusión entre Gontijo Participações y Viação São Geraldo, dos de las empresas de transporte en autobús más grandes de Brasil.

En cuanto a los puertos, cada uno es controlado por una Autoridad Portuaria, que otorga concesiones que autorizan a agentes privados para operar y prestar servicios de manejo de carga dentro de las instalaciones. En algunos puertos, también existen terminales independientes, de propiedad privada, justo fuera de los límites de los puertos. En un caso, conocido como THC2, sobre el que el CADE dio su fallo recientemente, se trató el tema de las cuotas de manejo de carga cobradas por operadores de la terminal contra los almacenes independientes. El caso involucraba afirmaciones de que ciertos operadores elevaban los costos de sus rivales al cobrar cantidades desproporcionadamente mayores para entregar un contenedor de carga a un almacén ubicado fuera de la terminal de lo que cobraban por entregar el mismo contenedor a un almacén dentro del puerto. El CADE encontró que los diferenciales de precios constituían abuso de dominio, pues representaban una parte significativa de los costos de almacenaje e inducían a los transportistas a utilizar el almacén del operador de la terminal, con lo que se obstaculizaba la competencia en el mercado de almacenamiento. En otro proceso relacionado con los puertos, se está realizando una investigación acerca de afirmaciones de fijación de precios por parte de operadores de remolcadores en el Puerto de Santos.

En cuanto al sector financiero, el Banco Central de Brasil (BACEN) tiene la responsabilidad regulativa de la banca y otras instituciones financieras. Así, ejerce

controles regulativos “prudenciales” sobre los nuevos estatutos de los bancos y las fusiones entre ellos; establece los requisitos de capital, reservas e inversión; e instruye acerca de los sistemas de control interno y de contabilidad. También en el Ministerio de Finanzas existen organismos reguladores separados para los sectores de seguros y valores. En la página 229 del Informe de 2000 se destaca que, aunque la banca no está exenta de la ley de competencia, “el Banco Central continúa ejerciendo la máxima autoridad en temas de competencia en el sector”. En particular, el Banco ha demandado contar con control exclusivo sobre las fusiones bancarias, argumentando que debe garantizar la disposición adecuada de los “bancos problema” y hacer cumplir los límites constitucionales de entrada para las instituciones de la banca extranjera.

En 2001, la Oficina del Procurador General Federal emitió una opinión legal concluyendo que la especificidad de la ley bancaria brasileña tomaba precedencia sobre el lenguaje más general de la Ley 8884, por lo que efectivamente otorgaba al Banco Central la jurisdicción exclusiva sobre la banca para todo fin. El CADE nunca ha accedido a esa opinión, tomando la postura de que la Ley 8884 (promulgada después de la ley bancaria), por sus términos, es aplicable a todas las empresas comerciales, y que el CADE, en tanto que organismo autónomo, no está limitado por una opinión legal emitida por el Poder Ejecutivo. Dos tribunales de primera instancia han considerado si deben notificarse las fusiones bancarias al CADE al amparo del Artículo 54. Un tribunal sostuvo que, en efecto, concluyendo que el Artículo 54 era aplicable incluso cuando la fusión había sido revisada por el Banco Central. Un segundo tribunal en un caso distinto de fusión bancaria sostuvo la opinión contraria, argumentando que la revisión del Banco Central tenía precedencia y que la opinión del Procurador General Federal se aplicaba a todo el gobierno federal, incluyendo al CADE. Ambos casos están en procesos de apelación. Durante los últimos años, el CADE no ha considerado casos de conducta relacionados con bancos, pues la SDE, como organismo del Poder Ejecutivo, está obligada por la opinión legal, por lo que no lleva a cabo investigaciones en el sector.

114

Así, se realizaron negociaciones entre el CADE y el BACEN para resolver la controversia por consenso. En un acuerdo enviado al Congreso en 2003 y aprobado por el Comité Constitucional y de Justicia de la Cámara de Diputados en diciembre de 2004, está pendiente ante el pleno del Congreso. El proyecto contempla que el Banco Central tenga responsabilidad exclusiva por la rescisión de fusiones que involucren un riesgo para la estabilidad general del sistema financiero. En todos los demás casos de fusión, el CADE tendrá autoridad dispositiva. Por su parte, la autoridad para el manejo de casos de conducta en el sector bancario residirá exclusivamente con el SBDC. Desde tiempo atrás, el CADE y el BACEN han

mantenido un convenio de trabajo que se utiliza sobre todo como mecanismo para intercambiar información. En la actualidad, los dos organismos están negociando un acuerdo más amplio para fomentar la cooperación y un plan de trabajo conjunto para realizar revisiones de fusiones.

La capacidad de aplicación de la Ley 8884 a las actividades de fijación de precios de las empresas privadas está, por supuesto, limitada cuando el gobierno controla los precios. Aparte de la regulación de las redes de servicios públicos, los únicos controles directos de precios en Brasil hoy en día se aplican a los productos farmacéuticos. Al amparo de un programa iniciado a fines de 2000, la Cámara Reguladora del Mercado de Medicamentos (CMED) fija precios máximos para cerca de 90 por ciento de todos los productos farmacéuticos de venta restringida y libre. Los miembros de la CMED son representantes de los Ministerios de Salud, Finanzas, Justicia y Desarrollo, Industria y Comercio Exterior.¹¹⁵ La SEAE funge como delegada del Ministerio de Finanzas ante la CMED y la SDE es la representante del Ministerio de Justicia. La información acerca de su papel en las deliberaciones de la CMED aparece en la sección dedicada a la defensa de la competencia. La existencia de regulación en los precios de los medicamentos no impide al SBDC obligar al cumplimiento de la ley de competencia con respecto a fusiones y otras formas de conducta de las empresas farmacéuticas, como se demostró en los casos que involucraron un boicot a los medicamentos genéricos y la fusión de las productoras de insulina Novo Nordisk y Biobrás.

Los procedimientos normales para hacer cumplir la Ley 8884 en sectores regulados se incluyen en el proyecto de ley general (pendiente) para los organismos reguladores sectoriales. Los organismos sectoriales deben dar seguimiento a sus industrias en cuanto al cumplimiento con la ley de competencia, reportar sospechas de violación y proporcionar informes técnicos al CADE para su utilización en procedimientos de obligación al cumplimiento. El CADE, por su parte, debe notificar al organismo correspondiente las decisiones tomadas en casos de conducta y fusiones, de modo que éste tome las medidas legales necesarias.

5. DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En cuanto a las actividades que se realizan en el seno del SBDC, la defensa de la competencia tiene dos dimensiones. La primera refleja el papel de los organismos como consultores del gobierno y de los organismos regulatorios sectoriales en lo relacionado con la legislación y las disposiciones que implican a la política de competencia. La segunda consiste en actuar en defensa de un mayor reconocimiento y aceptación pública de los principios de la competencia. En lo que respecta a la primera dimensión, una función importante de defensa reside en detener la creación de cualquier programa regulativo que vaya en contra de los principios de la competencia. Por ejemplo, en 2003, el gobierno federal estaba preocupado por el precio del gas licuado de petróleo (GLP), al ser un bien esencial para la población rural brasileña. La SEAE y la SDE participaron en un debate acerca de la posibilidad de proponer legislación que estableciera un sistema de control de precios para el GLP, argumentando con éxito que las modificaciones a las regulaciones técnicas existentes, y la obligación a cumplir los principios de la competencia lograrían mejores resultados que los controles de precios.

De manera similar, en el sector de venta de combustible al menudeo, los organismos del SBDC se han enfrentado a intentos de fiscales locales por establecer sistemas de controles de precios por orden judicial. Los fiscales buscan órdenes de tribunales para fijar precios máximos a la gasolina (cuando se considera que son demasiado altos) o, de manera alternativa, órdenes para fijar precios mínimo (cuando se consideran posibilidades de *dumping*). En muchos de estos casos, el SBDC ha logrado persuadir a los fiscales que los precios “indebidamente elevados” fueron resultado de la actuación de un cártel local, y que los precios “indebidamente bajos” simplemente fueron el resultado de la competencia legítima.

En otro frente, la SEAE ha participado en las discusiones de una propuesta del Ministerio de Cultura para establecer un nuevo programa de regulación. El Ministerio recomendó que la Agencia Nacional de Cine (ANCINE), que concentra sus esfuerzos en el fomento de la producción local de películas, se transformara en un organismo regulador de producciones audiovisuales. La SEAE representó al Ministerio de Finanzas en las discusiones intragubernamentales que culminaron en una decisión de restringir los cambios en este sector a la revisión de los incentivos fiscales que se ofrece a los cineastas en la actualidad. La SEAE está en consultas con el Ministerio de Cultura para presentar una propuesta conjunta para este estudio.

Un segundo tipo de defensa de la competencia trata con la proposición de mejoras, centradas en la competencia, a los programas existentes del gobierno que afectan las operaciones de los mercados. Por ejemplo, la SEAE está dedicada a un proyecto de reforma para el proceso de registro de pesticidas, a fin de acelerar la disponibilidad en el mercado de productos “genéricos” en este rubro. Desde 2002, no se han emitido certificaciones de pesticidas, y se tiene más de 100 solicitudes pendientes. La SEAE estima que la simplificación del procedimiento resultaría en una reducción de hasta 30 por ciento en los precios de estos productos. La SEAE también funge como defensora de la competencia para otros programas gubernamentales, entre los que destacan proyectos para estimular la producción y utilización de combustible vegetal (biodiesel) como fuente alternativa de energía, la creación de un sistema eficiente de operación de mercados para los certificados de emisiones de carbono al amparo del Protocolo de Kyoto, y un mecanismo para desarrollar una regla de límites de precios para las tarifas del servicio postal.

El tercer tipo de actividad en defensa de la competencia son los comentarios sobre las regulaciones propuestas para su adopción por los organismos reguladores del sector. Los organismos del SBDC afirman que buscan fomentar la competencia en los mercados regulados mediante el análisis de las reglas propuestas, la publicación de estudios de competencia en sectores regulados específicos y la invitación al personal de estos organismos para participar en seminarios y otros debates. No obstante, han caracterizado el impacto de sus esfuerzos como “muy limitados”.

**RECUADRO 11. PROCEDIMIENTOS DE DEFENSA DE LA
COMPETENCIA:
MODIFICACIONES PROPUESTAS**

La propuesta general para revisar los procedimientos aplicables a los organismos reguladores sectoriales incluye disposiciones que tratan con la defensa de la competencia. Los organismos reguladores tienen la obligación de solicitar una opinión de la SEAE 15 días antes de presentar sus propuestas de normas y regulaciones para comentario público. Asimismo, se requiere que, dentro de los 30 días siguientes, la SEAE registre una opinión pública sobre las implicaciones de la propuesta en términos de competencia. Debido a que la propuesta de ley sujeta las regulaciones a un periodo obligatorio de 30 días para comentarios públicos, el plazo máximo para que la SEAE comunique su opinión garantiza que las entidades reguladas y los miembros del público tendrán la posibilidad de estudiar la opinión de la SEAE y hacer comentarios al respecto antes de que venza el plazo para comentarios públicos. Los organismos reguladores tienen la obligación de responder oficialmente a comentarios realizados durante este plazo. La respuesta del organismo debe publicarse por lo menos tres días hábiles antes de que los comisionados del CADE se reúnan a discutir la propuesta.

Con respecto a las actividades de defensa de la competencia que realiza el SBDC en sectores específicos, los organismos no han reportado medidas recientes relacionadas con la regulación del petróleo, el GLP y el gas natural, aparte de una conferencia patrocinada conjuntamente por el SBDC y la OCDE en 2003. Con el título de “Taller internacional sobre la interfase entre competencia y regulación en los sectores de GLP, combustible y gas natural”(*International Workshop on the Interface between Competition and Regulation in the LPG, Fuel, and Natural Gas Sectors*) entre los asistentes se contó personal de los tres organismos del SBDC, la ANP y el Ministerio de Energía, además de una serie de participantes internacionales. Por su parte, en el renglón de las telecomunicaciones, también es escasa la interacción entre el SBDC y ANATEL en temas regulatorios. Sin embargo, varios comisionados del CADE (en funciones y del pasado) participaron en un curso de capacitación que se llevó a cabo en 2003. El curso tocó temas de competencia y fue organizado para ANATEL por el Instituto Brasileño para el Estudio de las Relaciones de Competencia y Consumo (IBRAC).¹¹⁶

En el sector de energía eléctrica, la SEAE asistió al Ministerio de Minas y Energía en el desarrollo de reglas de licitación para una entidad agrupada de ventas al mayoreo por medio de la cual las empresas de generación de electricidad podrán vender su producción. Luego de extensas pruebas de métodos de licitación, la SEAE recomendó (y el Ministerio adoptó) la imposición de ciertas restricciones diseñadas para prevenir la colusión y fomentar una identificación más precisa de las curvas de demanda de los distribuidores.

En otro tema, la industria de las aerolíneas ha recibido una atención considerable en lo relacionado con la defensa de la competencia, en especial por parte de la SEAE. Como se describió en el Informe de 2000 (página 225), la autoridad reguladora de las líneas aéreas (la DAC) nunca se ha mostrado entusiasta ante la perspectiva de abrir el mercado. Hasta 2000, cuatro aerolíneas dominaban la industria brasileña: Varig, TAM, Transbrasil y Vasp. En 2001, la devaluación del real en 1999 y el aumento en los precios de los combustibles llevó a Transbrasil a la quiebra. Vasp también dejó de operar en 2005, después de una época en declive. La propuesta de fusión entre TAM y Varig, desechada recientemente, también fue motivada por las dificultades financieras de ambas empresas. Los problemas de las aerolíneas tradicionales contrastaron notablemente con la experiencia de GOL, una nueva aerolínea de bajo costo cuya participación de mercado y oferta de rutas aumentó de forma considerable luego de su entrada al mercado en 2001.

La SEAE elaboró varios artículos técnicos en 2001 instando a una mayor liberalización de las regulaciones para las líneas aéreas, aunque sin efecto alguno en las políticas del DAC. En 2003, el DAC decidió que las aerolíneas establecidas necesitaban ayuda, imponiendo restricciones a la capacidad mediante la regulación

de la compra de aviones y la prohibición de nuevas entradas a rutas a menos que los participantes contaran con un factor de carga alto. La SEAE publicó una serie de artículos criticando estas medidas. A principios de 2004, el DAC actuó aún más agresivamente, al pretender prohibir a GOL comenzar a vender billetes de avión a precios que el DAC consideraba de *dumping*. Otro artículo de la SEAE criticó también esta medida. Sin embargo, incluso antes de que apareciera ese artículo, el Director General interino del DAC fue llamado ante un Comité del Senado y se le pidió que explicara por qué se atribuía la autoridad de obligación al cumplimiento que era facultad exclusiva del SBDC. El Director General respondió que tenía autoridad inherente para salvaguardar la industria aplicando cualquier medida que considerara necesaria. La respuesta no fue considerada satisfactoria por el Comité. Dos semanas más tarde, el gobierno instaló a un nuevo Director General y la venta de boletos de GOL siguió adelante. El Congreso está considerando promulgar legislación que establezca una autoridad civil para la regulación de las líneas aéreas de pasajeros.

Por otro lado, en los sectores de transporte ferrocarrilero y transportación interestatal por autobús, la SEAE y la ANTT concuerdan en que se requieren mejoras en el sistema regulatorio, pero se ha hecho poco por llegar a medidas específicas. En 2003, la SEAE contrató al Instituto de Investigaciones en Economía Aplicada (IPEA, por sus siglas en portugués) para desarrollar los cambios regulatorios recomendados a los autobuses, proyecto que sigue aún pendiente. La SEAE está en consultas con la ANTT acerca de las mejoras en el sistema de licitación utilizado para otorgar concesiones para la construcción y operación de carreteras de cuota.

Con respecto a los puertos marítimos, el organismo identificado como responsable de acuerdo con el Informe de 2000 (página 227) por el desarrollo de la política general de regulación del sector (el Grupo Ejecutivo para la Modernización de los Puertos, GEMPO, por sus siglas en portugués), fue desplazado por un nuevo organismo, GT Portos. A diferencia de GEMPO, este grupo incluye al Ministerio de Finanzas entre sus miembros, y la SEAE funge como una de las entidades representantes del Ministerio. La actividad a la fecha incluye discusiones con la ANTAQ (Agencia Nacional para Puertos y Navegación) relacionadas con el aumento en la competencia en el mercado de servicios de dragado y la propuesta de mejoras en la eficiencia de los puertos para fomentar la actividad exportadora en Brasil. Por otra parte, en el sector de instituciones financieras, las discusiones entre el SBDC y el Banco Central normalmente se han centrado en temas relacionados con la división de la jurisdicción, aunque se han dedicado algunos esfuerzos para analizar las posibles mejoras a favor de la competencia en la regulación financiera.

Como se destacó en párrafos anteriores, la SEAE funge como delegada del Ministerio de Finanzas y la SDE del Ministerio de Justicia ante la Cámara Reguladora del Mercado de Medicamentos (CMED), la entidad responsable por el establecimiento de límites superiores a los precios y otro tipo de regulación del mercado para los medicamentos controlados y algunos de venta libre. La SEAE y la SDE se unieron para diseñar la metodología de determinación de ciertos factores en la fórmula legal de establecimiento de precios aplicada por la CMED, así como para tocar temas específicos de fijación de precios cuando un medicamento entra al mercado por primera vez. Los dos organismos que participan en un grupo técnico compuesto por miembros de la CMED, representantes de la industria y consumidores, creado recientemente para considerar la eliminación de controles de precios para medicamentos de venta libre. De igual manera, ambos organismos participan en un grupo establecido para considerar temas de regulación en el mercado de seguros privados de salud.

Un cuarto tipo de defensa de la competencia surge en el contexto de la privatización. Lo obtenido de las privatizaciones presenta dos oportunidades de participación para los organismos de competencia. La primera es en la etapa de planeación, cuando se diseñan los procedimientos para llevar a cabo la venta y se estructuran los paquetes de activos. En ese contexto, el organismo de competencia puede defender el establecimiento de reglas que favorezcan la competencia y desalienten la creación de monopolios privados. La segunda es en el momento de la venta misma, cuando el organismo de competencia actúa como autoridad de obligación al cumplimiento de la ley para impedir compras que atenten contra la competencia. Como se destacó al inicio de este informe, Brasil no ha realizado privatizaciones desde 2002. Los registros a disposición del SBDC no muestran si se presentó participación de organismos en la etapa de planeación para las privatizaciones que se dieron entre 2000 y 2001. Aún así, el CADE sí revisó las transacciones asociadas con la privatización de CVRD. La venta de acciones de Petrobrás se estructuró como oferta pública que no planteó problemas relacionados con la política de competencia.

Un quinto tipo de defensa de la competencia se centra en las regulaciones que la obstaculizan que adoptan los estados y los gobiernos locales. El Artículo 7 X de la Ley 8884 contempla que el CADE puede “requerir de los organismos del Poder Ejecutivo federal y de las autoridades territoriales de los estados, municipios y el Distrito Federal, tomar todas las medidas necesarias para el cumplimiento de esta Ley”. A pesar de que el CADE no puede obligar a que se acepten sus recomendaciones, el lenguaje legal otorga al CADE un estatuto para comentar acerca de los programas regulativos de los estados. Como se describió en el Informe de 2000 (página 195), hasta ese punto, el CADE había presentado tres solicitudes al

amparo del Artículo 7X, incluyendo una en 1998 para la desregulación de las tarifas de taxis en la ciudad de Brasilia. Aunque la recomendación de los taxis no fue adoptada, el municipio sí tomó medidas para reducir los niveles de tarifas de los taxis. El Informe de 2000 (página 210) recomendó que el CADE explotara su autoridad moral y política en tanto que organismo nacional de competencia empleando el Artículo 7X y el procedimiento de consulta al amparo de la Resolución 18 para tratar cualquier tipo de limitación a la competencia impuesta por los gobiernos estatales y locales.

El CADE ha informado que no tiene registros de actividad alguna al amparo del Artículo 7 X desde 2000. Sin embargo, dos procedimientos recientes, que se describen en otras secciones de este informe, han llevado a solicitudes exitosas con respecto al Artículo 7 X. En el primer caso, que involucra acciones concertadas por la asociación de vendedores de combustible al menudeo de Brasilia para obtener una orden municipal prohibiendo el establecimiento de estaciones de venta en supermercados y centros comerciales, la ciudad rehusó emitir la orden en respuesta a la recomendación del CADE. En el segundo caso, que se relacionó con la adquisición de Briobrás por parte de Novo Nordisk, el Ministerio de Comercio suspendió ciertas medidas anti-*dumping* que habían sido impuestas en relación con la importación de insulina.¹¹⁷ Aparte de la actividad del CADE con relación al Artículo 7 X, la SEAE informa estar participando en un proyecto para desarrollar lineamientos federales para la regulación local de servicios de agua y alcantarillado.

Una sexta manera de defender la competencia es mediante el estudio de la dinámica de la competencia en mercados específicos de Brasil y la publicación de informes acerca de los sectores estudiados. La SEAE publica regularmente “Artículos de Trabajo” técnicos que tratan con temas de política de competencia en determinados mercados. Desde 2000, los sectores tratados en los artículos de la SEAE han incluido el farmacéutico, el de ferrocarriles de carga, la aviación, el petróleo, las telecomunicaciones, la electricidad, los supermercados, los seguros de salud y los sistemas de alcantarillado.¹¹⁸ En 2004, la SDE comisionó al IPEA la elaboración de estudios de los sectores de servicios de salud y la banca.

Una última manera de defender la competencia es por medio de capacitación y seminarios que el SBDC ofrece a otros organismos del gobierno. A lo largo de los últimos dos años, el SBDC ha llevado a cabo una serie de iniciativas diseñadas para fomentar la comprensión y el reconocimiento de la ley de competencia, tanto entre los miembros del Poder Judicial como entre los fiscales públicos. En diciembre de 2004, el CADE se unió con la OCDE y una asociación de jueces para ofrecer a los jueces de Brasilia un taller de dos días de duración sobre tópicos de competencia. La SDE ha organizado dos conferencias para proporcionar capacitación sobre asuntos de competencia para fiscales públicos y jueces federales, y la SEAE ha

asistido a la Oficina del Fiscal Federal en la organización de un curso sobre la ley de competencia para fiscales. Los funcionarios del SBDC también han recibido invitaciones con frecuencia creciente para asistir y participar como ponentes en conferencias organizadas por jueces y fiscales.¹¹⁹ En una iniciativa aparte, el departamento de competencia de la SDE (el Departamento de Protección y Defensa Económica, DPDE) ha cooperado con el Departamento de Protección y Defensa del Consumidor (DPDC) para presentar conferencias y talleres de capacitación conjuntos acerca de la ley de competencia para organismos de defensa del consumidor en los estados brasileños. Desde principios de 2003, se han realizado cuatro conferencias y más de 20 talleres locales.

La segunda dimensión de la defensa de la competencia incluye los esfuerzos por fomentar un mayor reconocimiento y aceptación de los principios de la competencia entre la sociedad en general. Los organismos que integran el SBDC comprenden plenamente la importancia de esta dimensión. En especial, el CADE y la SEAE han desarrollado una serie de programas para aumentar la comprensión pública. Durante los últimos cinco años, los dos organismos han realizado numerosas presentaciones ante la comunidad empresarial acerca de las políticas de competencia y temas de obligación al cumplimiento de la ley de competencia. Entre los grupos que han sido objeto de estas presentaciones se encuentran las asociaciones comerciales e industriales más importantes, como la Federación de Industrias del Estado de São Paulo (FIESP), el CIESP (el Centro de Industrias del Estado de São Paulo) y la CNI (Confederación Nacional de la Industria), muchas de las cámaras de comercio que representan a las empresas internacionales y más de una docena de otras asociaciones comerciales y profesionales. Otro tipo de presentaciones que se ha llevado a cabo para grupos de profesionistas, se centró más en temas legales técnicos. Por ejemplo, cuando el procedimiento acelerado para fusiones se instituyó en 2003, se invitó a los bufetes de abogados a sesiones de la SEAE en Río de Janeiro, São Paulo y Brasilia para comentar el tipo de casos que serían revisados en el proceso simplificado. También se han realizado presentaciones sobre otros temas legales ante el comité de competencia del Colegio de Abogados de Brasil (OAB, por sus siglas en portugués); instituciones relacionadas con la ley de competencia, como el Centro de Estudios de las Sociedades de Abogados (CESA), el Grupo de Estudios de Derecho Económico (GEDECON) y el Instituto Brasileño para el Estudio de las Relaciones de Competencia y Consumo (IBRAC) y a académicos y estudiantes de varias escuelas de derecho, departamentos universitarios de leyes y economía y otras instituciones académicas. En 2003, el SDE realizó una serie de presentaciones para discutir nuevas técnicas de investigación de cárteles y fomentar el programa de certificación con el cumplimiento de los principios de la competencia. Recientemente también,

representantes de los tres organismos han presentado y explicado detalles de la legislación propuesta para revisar la Ley 8884.

Los sitios que mantiene cada uno de los organismos en Internet son medios importantes a través de los cuales el SBDC se comunica con el público.¹²⁰ Los sitios contienen legislación de defensa de la competencia, fallos de casos, resoluciones, órdenes, lineamientos de cumplimiento, comunicados de prensa, informes anuales, artículos, artículos de trabajo y vínculos con material relacionado. El sitio del CADE también tiene una sección detallada de preguntas frecuentes sobre temas de competencia y el sitio de la SDE proporciona información sobre cárteles y explica cómo presentar una demanda sobre conductas en detrimento de la competencia.¹²¹ Entre el material impreso se incluye un folleto del CADE que proporciona información básica sobre la ley de competencia y el SBDC y el Diario del CADE, que contiene fallos y resoluciones importantes del CADE, así como artículos sobre ley de competencia y temas de política escritos por personal del SBDC, abogados y economistas del sector privado y académicos. La SDE y la Agencia Nacional del Petróleo (ANP) se unieron para publicar un folleto con información sobre conductas que atentan contra la competencia en el mercado de combustible.

Otro método de defensa de la competencia que emplea el SBDC es mediante el fomento de la educación académica acerca de la ley y las políticas en este ámbito. Cada año, el CADE patrocina dos conferencias en las que se entrega un premio al mejor artículo sobre política de competencia escrito por un estudiante universitario.¹²² Los tres organismos ofrecen programas de capacitación dos veces por año para familiarizar a los estudiantes universitarios con las funciones del SBDC. Los programas, que han atraído a un número creciente de estudiantes de leyes, de economía y de escuelas de negocios, proporcionan experiencias prácticas para futuros especialistas en el tema, al igual que un conocimiento más amplio sobre el campo de la competencia para estudiantes en otras disciplinas.¹²³

Con respecto a las relaciones con los medios, cada uno de los tres organismos cuenta con un asesor de comunicaciones, y la SEAE y la SDE también cuentan con la ayuda del personal de comunicación de sus respectivos ministerios. Al tratar con los medios, los organismos hacen hincapié en maximizar la transparencia en congruencia con las restricciones que impone la confidencialidad. Cuando se van a anunciar cuestiones relacionadas con casos e iniciativas de política de competencia relevantes, se convoca a conferencias de prensa, elaborándose también comunicados de prensa con un estilo sin tecnicismos adaptado al lector general. Los periodistas que cubren la fuente del SBDC califican muy favorablemente las relaciones de los organismos con los medios, aunque son menos entusiastas con respecto a las limitaciones de confidencialidad. A medida que los periodistas amplían su conocimiento acerca del SBDC, la calidad y precisión de la cobertura ha aumentado

en proporción directa.¹²⁴ Por otra parte, los periodistas establecen contacto con funcionarios del SBDC con frecuencia creciente, como fuentes de apoyo sobre temas de regulación económica sin relación con la ley de competencia.

En este sentido, el CADE informa que ha sido objeto de interés creciente de la prensa durante los últimos años. Las estadísticas acerca del número de historias de los medios al respecto del CADE muestran un incremento de 213 notas en 2003, a 390 en 2004. La SDE estima que cerca de 150 notas por año tratan con las actividades de competencia que realiza esta dependencia. En un estudio que realizó la SDE acerca de las notas que aparecieron sobre la dependencia entre noviembre y diciembre de 2003 y julio y agosto de 2004, se observó que 59 por ciento eran favorables y 5 por ciento desfavorables. El 36 por ciento restante fue caracterizado por la SDE como meramente informativas. Por su parte, las estadísticas de la SEAE acerca del número de historias que se refieren a la dependencia son variadas, mostrando 193 notas en 2000, cayendo a 94 en 2001, para luego llegar a un máximo de 253 en 2002 y volver a descender a 155 en 2003 y 86 en 2004. Las notas acerca de la SEAE hasta el primer trimestre de 2005 alcanzaron 64, a un ritmo que, extrapolado, llegaría a las 192 al final del año. La SEAE advierte que las estadísticas sólo reflejan los artículos en los que la dependencia ha sido citada por su nombre, y que las notas acerca de la ley de competencia son erráticas acerca de las menciones específicas del organismo.

Entre los líderes empresariales y las grandes corporaciones, el conocimiento acerca del SBDC, la ley de competencia y la política de competencia ha aumentado en general de manera importante durante los últimos cinco años. Estos conocimientos también están comenzando a filtrarse entre las empresas de menor tamaño y el público en general, por lo menos en los grandes centros de población, aunque sigue siendo un obstáculo la percepción común de que se supone que la ley de competencia debería controlar los precios altos. Pasando del nivel de comprensión al de compromiso, las grandes asociaciones empresariales de Brasil apoyan notablemente la política de competencia, argumentando que su puesta en marcha fomentará la competitividad de Brasil de forma eficaz en los mercados internacionales. Aunque la comunidad empresarial no siempre concuerda con las decisiones del SBDC en casos específicos, sí apoya la legislación para consolidar las instituciones encargadas de la ley de competencia y para la introducción de un sistema de notificación previo a las fusiones.

6. CONCLUSIONES Y OPCIONES DE POLÍTICA

6.1 Fortalezas y debilidades en la actualidad

A pesar de estas serias desventajas, el SPCB ha realizado grandes avances durante los últimos cinco años en la puesta en marcha de políticas de competencia sólidas. En particular, desde 2003 el sistema ha tratado con eficacia los problemas más serios en sus facultades de control. La mayor parte de las recomendaciones que se presentaron en el Informe de 2000, sobre las que ha sido posible actuar, se han puesto en marcha. Así, se redujo de manera considerable el esfuerzo que se dedicaba a revisar fusiones que no tenían efectos adversos sobre la competencia gracias a la aplicación del procedimiento acelerado y los de revisión conjunta, y los recursos liberados se re canalizaron a la obligación a cumplir las disposiciones en contra de los cárteles. En este contexto, se reinterpretaron las normas de notificación de fusiones para limitar los requisitos de registro a las transacciones con un nexo suficientemente nacional (a pesar del impacto adverso sobre los ingresos derivados de las cuotas de notificación que reciben los organismos). Las funciones de investigación entre la SDE y la SEAE se consolidaron y se coordinaron para aumentar la eficiencia y se prestó, por lo menos, cierta atención a la obligación al cumplimiento en sectores en los que operaban en el pasado monopolios gubernamentales. En la actualidad, se cuenta con nuevas facultades legales para realizar investigaciones domiciliarias y establecer un programa de indulgencia, posibilidades que se utilizan con frecuencia.

También se han observado muchas otras mejorías en rubros que no se trataron en el Informe de 2000. Asimismo, se eliminaron los rezagos en la revisión de casos de conducta y fusiones. También se introdujo un sistema para certificar programas corporativos de cumplimiento con las disposiciones de competencia. Se desarrollaron y se aplicaron técnicas para impedir la integración de las partes en una fusión durante procedimientos de revisión realizados por los organismos, eliminando el incentivo perverso para que las partes retrasaran el proceso de revisión de las fusiones. De forma similar, se emplearon los requerimientos como herramienta para detener las conductas anticompetitivas en casos no relacionados con fusiones mientras se llevaban a cabo procedimientos de investigación. La creación de un centro de métodos cuantitativos por parte de la SDE contribuyó al avance de la

capacidad para realizar análisis económico sofisticado. Asimismo, se comisionaron estudios económicos para desarrollar mejores métodos para emplear técnicas cuantitativas y econométricas. En los tribunales, el CADE estableció su derecho a participar en audiencias de emergencia para aplazar órdenes del CADE y requirió, con éxito, que las multas impuestas se depositaran en el tribunal durante los procedimientos judiciales para aplazar la ejecución de la multa.

El SBDC amplió de forma intensa su interacción con autoridades extranjeras de defensa de la competencia y expandió su participación en organizaciones multinacionales para este fin, tanto en América del Sur como en otros países. En lo que concierne a la defensa de la competencia, los organismos del SBDC (principalmente por medio de la SEAE, aunque no de manera exclusiva) se resistieron con éxito a la aplicación de una serie de programas y propuestas de regulación que atentaban contra la competencia. Los tres organismos han participado en los intensos esfuerzos por aumentar el entendimiento de las leyes de competencia entre los fiscales públicos y los miembros del poder judicial, y la SDE ha utilizado con eficacia su departamento de protección al consumidor para contribuir a formar a las organizaciones locales de este segmento acerca de la política de competencia. Los tres organismos también participan de forma activa en el desarrollo de una cultura de competencia en Brasil. Por último, los organismos superaron añejos desacuerdos para presentar una propuesta unificada para realizar revisiones legislativas sustanciales a la ley de competencia.

Sin embargo, varias de las recomendaciones realizadas en el Informe de 2000 no tuvieron seguimiento por parte del SBDC. Así, el CADE dedicó poca atención a tratar con las restricciones contra la competencia impuestas por los gobiernos estatales y locales, la obligación al cumplimiento de las leyes y la defensa de la competencia demostraron muy poca visibilidad en algunos sectores y el CADE no mostró la voluntad para depender únicamente del “primer documento vinculante” como circunstancia de activación en notificaciones de fusión. Otros ámbitos en los que podrían hacerse mejoras se relacionan con la transparencia de las decisiones y los lineamientos del CADE, así como con su manera de enfocar el litigio privado en defensa de la competencia. No obstante, los renglones en los que el SBDC merece un reconocimiento exceden, tanto en número como en relevancia, a los aspectos en los que su desempeño fue de algún modo deficiente.

Entre las fortalezas particulares del SBDC se incluye una gran dedicación institucional por alcanzar niveles altos de integridad, autonomía, solidez de políticas y justicia de los procedimientos, sin olvidar un excelente cuadro de liderazgo y una comunidad empresarial que presta un apoyo importante. Entre sus debilidades se puede mencionar su estructura institucional contraproducente y una plantilla de personal que no es suficiente en número, ni cuenta con la compensación adecuada

para poder retener a empleados calificados en el largo plazo. Entre las consecuencias de estas desventajas se encuentra la deficiente memoria institucional, las ineficiencias y los rezagos. También existen disposiciones legales con relación a la notificación en las fusiones y el programa de indulgencia que interfieren con una obligación al cumplimiento eficiente y eficaz. La falta de familiaridad de los tribunales con la ley de competencia es otra fuente de dificultades.

Las recomendaciones que se presentan a continuación, clasificadas en dos grupos, fueron diseñadas para tratar toda la gama de temas de política y leyes de competencia que enfrenta el SBDC. El primer grupo concierne a las recomendaciones que sugieren tomar medidas por ramas del gobierno federal distintas del SBDC, mientras que las del segundo grupo se relacionan con cambios que puede poner en práctica el CADE.

6.2 Recomendaciones

Recomendaciones al gobierno federal

6.2.1 Consolidar las funciones de investigación, enjuiciamiento y adjudicación del SBDC en un solo organismo autónomo.

Existe un consenso claro en Brasil, apoyado por una década de experiencia, acerca de que la estructura actual del SBDC no sólo es ineficiente, sino contraproducente. Al combinar la SDE con el CADE y reorientar la SEAE hacia la defensa de la competencia más que la investigación de casos, la legislación propuesta consolida todas las funciones esenciales del SBDC para hacer cumplir la ley en un solo organismo autónomo. Aunque no existe un esquema organizacional correcto para los organismos de competencia, el modelo de una sola entidad ha demostrado ser exitosos en muchas jurisdicciones, y su adopción en Brasil sería un avance con respecto a la situación actual.

En la página 215 del Informe de 2000 se observaba que la independencia del CADE se veía comprometida bajo el estatuto actual, debido a que sólo la SDE (organismo del Poder Ejecutivo) tenía la facultad de iniciar casos de obligación al cumplimiento de la ley, con lo que el CADE carecía de la autoridad plena “sobre la dirección general de la política de competencia en el país (página 215). Aunque la propuesta de ley elimina la participación del Poder Ejecutivo en los procesos del CADE, la capacidad de la Plenaria para controlar la orientación de la obligación al cumplimiento se verá disminuida aún más, debido a que las decisiones del Director General para cerrar (o no abrir) investigaciones administrativas pueden ser apeladas sólo ante el Director General y no ante el Pleno.

El formato de organismo único que se refleja en la propuesta de ley implica contar con un fiscal sólido y completamente independiente del cuerpo resolutorio. Un modelo alternativo que mantuviera la separación de las funciones procesales y resolutorias pero que permitiera cierto nivel de interacción entre ambas requeriría facultar al Presidente del CADE para nombrar (y destituir) al Director General, previa aprobación del Pleno. Este modelo también ha funcionado en otras jurisdicciones, y merece ser considerado en la medida en la que Brasil desee depositar una mayor autoridad para controlar la agenda de obligación al cumplimiento de la ley en manos del Presidente y el Pleno en lugar de en manos del Director General.

6.2.2 Proteger la autonomía de este CADE reconstituido mediante la ampliación de los periodos en funciones de los comisionados, el Director General y otros altos funcionarios a, por lo menos, cuatro años (y de preferencia cinco), y con nombramientos escalonados.

Tanto la ley vigente como la propuesta establecen al CADE como entidad autónoma, libre del control del Poder Ejecutivo. Esta autonomía es totalmente apropiada dado el poder del CADE para emitir juicios e imponer penas por violaciones a la Ley 8884. Sin embargo, la autonomía no significa, por supuesto, un aislamiento total del resto del gobierno. Las decisiones del CADE están sujetas a revisión por parte de los tribunales, la integridad de sus procesos es vigilada por el Fiscal Público y tanto el Presidente como el Congreso desempeñan un papel crucial en el nombramiento de los comisionados y otros funcionarios de alto nivel del organismo.

La redacción de la ley actual (Art. 4, párrafo 1), al contemplar que los comisionados cumplan un periodo de dos años con posibilidad de ser nombrados para un segundo periodo reduce la autonomía del CADE, al crear incentivos para que los comisionados en funciones ajusten sus decisiones a fin de ser nombrados de nuevo. Incluso si ese ajuste de decisiones no ocurriera nunca, lo reducido del periodo en funciones genera la sospecha de que podría darse. De cualquier manera, un periodo de dos años es ineficientemente corto para los comisionados encargados de resolver problemas técnicos y complejos litigados en un procedimiento acusatorio. La experiencia acumulada de los comisionados es demasiado valiosa para una destitución tan prematura.

La propuesta de ley contempla periodos de cuatro años para los comisionados, el Procurador General y el Economista en Jefe, y de dos años para el Director General. Todos estos puestos son de nombramiento presidencial con aprobación del Senado, y todos (incluyendo al Director General), contemplan que la duración sea de por lo menos cuatro años, por los motivos antes expuestos. También debería

considerarse el establecimiento de periodos de cinco años, ya que los funcionarios de los organismos autónomos deberían tener nombramientos más largos que los de la entidad política que los determina. El Presidente de Brasil cumple un mandato de cuatro años, por lo que establecer los nombramientos de los organismos durante el mismo plazo significaría que cada presidente podría sustituir a todos los integrantes de un organismo.

Ya sea que los mandatos tengan una duración de cuatro o de cinco años, deberían ser escalonados, como se contempla en la propuesta. La perspectiva de que un presidente pudiera sustituir a todos los comisionados durante el curso de un mandato presidencial de cuatro años no es tan problemático en términos de autonomía como los es el reemplazo simultáneo de todos o la mayoría de los comisionados en un mismo punto en el tiempo.

6.2.3 Al realizar nombramientos, se debería otorgar la consideración debida a la importancia de la experiencia técnica en economía y legislación de competencia.

Los organismos de competencia aplican normas legales muy generales a lo que pueden ser modalidades muy complejas de actividad comercial. La experiencia técnica es un elemento importante para llegar a decisiones que distingan con precisión entre las conductas dañinas y las benéficas. La precisión en el análisis no sólo es importante por el riesgo que ello implica para las partes, sino también porque los errores de consideración al obligar a cumplir una ley de competencia pueden obstaculizar la vitalidad económica, desalentar la inversión y reducir la innovación de manera importante.

6.2.4 Fijar el quórum del Pleno en cuatro en lugar de cinco participantes en las ocasiones en las que el número de comisionados disponibles para votar sobre un caso se reduzca a cuatro por causa de vacancia o descalificación .

Ahora, la Ley, por medio del Artículo 49, requiere un quórum de cinco comisionados en toda circunstancia,. En efecto, algunas veces se retrasa la emisión de fallos debido a que no se cuenta con el número suficiente de comisionados para que haya quórum. Una excepción modesta permitiría que un quórum de cuatro miembros resolviera casos en los que el número de comisionados tuviera que reducirse a cuatro por causa de vacancia, descalificación o discapacidad.¹²⁵

6.2.5 Promulgar leyes que creen plazas de carrera en el CADE y proporcionen los recursos adecuados para contratar y retener un número suficiente de elementos calificados entre el personal profesional.

No debe esperarse que un organismo funcione durante una década utilizando personal “prestado” y temporal, en especial cuando el desempeño eficaz y eficiente de la misión del organismo depende en tan gran medida del conocimiento institucional acumulado. Sin plazas permanentes y de carrera, el CADE no será capaz de competir con eficacia contra otros organismos en lo relacionado con la contratación de personal calificado. El Informe de 2000 (página 200) concluyó que el suministro de personal para el CADE debía ser definido como “alta prioridad en el gobierno y el Congreso”, urgencia que se repite aquí enfatizando en la palabra “alta”.

Sin embargo, los problemas que enfrenta el CADE no se resolverán simplemente por medio de la creación de plazas de carrera. El número de plazas y su compensación también tiene una importancia crucial. El personal adscrito en la actualidad al CADE, incluso los 28 asistentes temporales, no basta para permitir la conclusión expedita del trabajo del organismo, con lo que se contribuye al retraso que sufren los procedimientos del CADE. Por su parte, la situación en la SDE es peor, al contar con un personal de 35 profesionistas intentando resolver 800 asuntos pendientes. De cualquier modo, si la SDE y el CADE aumentan sus esfuerzos por hacer cumplir las leyes en contra de los cárteles se justificaría el incremento de recursos para ambos organismos (como se recomienda en otras secciones de este informe). Hasta este punto, el SBDC ha hecho todo lo que está en su poder para exprimir tanta productividad como es posible de los recursos existentes. De aquí que no sea posible obtener más productividad sin personal adicional.

Asimismo, para que el CADE logre contratar y retener personal calificado es importante que tengan una compensación adecuada (incluyendo a las plazas DAS). A medida que la estancia de los empleados en sus plazas se extienda, se podría esperar que se redujeran los problemas que se pueden atribuir, por lo menos en parte, a un personal carente de experiencia y sobreexplotado, como la solicitud de información indebida y engorrosa y las revelaciones inadvertidas de información confidencial.

Sin embargo, con respecto a la Oficina del Procurador General del CADE surge otro problema con el personal. A pesar de que los abogados de esa oficina reportan al Procurador General del CADE y no al Procurador General Federal, este último determina cuántos abogados deben asignarse al CADE. El número actual es 13, de entre 18 y 20 que se mencionaban en el Informe de 2000 (página 187). Mientras tanto, el número y la complejidad de los casos pendientes en los tribunales que

involucran al CADE como parte, ha aumentado de manera considerable entre 2000 y 2004. El impacto efectivo sobre el mercado de muchos de los fallos que emite el CADE depende de su obligación al cumplimiento en el plano judicial, por lo que garantizar que el CADE tenga la representación adecuada en los tribunales es igualmente importante que contar con el personal adecuado para sus procesos. El número de abogados asignados a la Oficina del Procurador General debe aumentar.

6.2.6 Considerar el establecimiento de oficinas regionales del CADE

Como punto final en el tema de los recursos, debería considerarse la factibilidad económica de establecer oficinas regionales del CADE en diversos lugares de Brasil. Ninguna otra agencia además del CADE tiene facultades para hacer cumplir la Ley 8884 y se puede esperar que surjan muchos casos que justifiquen ser procesados en centros de población diferentes de Brasilia. Mantener una presencia local también mejoraría la relación del CADE con los fiscales públicos locales y facilitaría sus esfuerzos para fomentar la comprensión pública de la política de competencia e incrementar su apoyo.

6.2.7 Revisar la propuesta de ley para eliminar la asignación de los ingresos por multas al CADE y la SEAE.

De acuerdo con la ley actual, todos los ingresos provenientes de las multas recaudadas se remiten al Fondo para la Defensa de los Derechos Difusos (CFDD, por sus siglas en portugués). La ley propuesta asigna 25 por ciento de los ingresos por multas al CADE y un monto igual a la SEAE, con el 50 por ciento restante canalizado al Fondo. No resulta deseable dar a un organismo de obligación al cumplimiento de la ley un interés presupuestario del tamaño de las multas que imponga de forma discrecional. Incluso si el organismo no se ve influenciado por la perspectiva de ingresos por multas, no hay forma de comprobar la imparcialidad del mismo ante las compañías a las que se imponen estas multas. La mejor práctica consiste en remitir las multas a una cuenta general que no esté asociada con el organismo de obligación al cumplimiento.¹²⁶

6.2.8 Modificar el proceso de notificación y revisión de fusiones para

- Adoptar una norma explícita que revise las implicaciones competitivas de las transacciones de fusión.

La Ley 8884 no contiene en la actualidad una norma explícita a la luz de la cual evaluar la legalidad de las fusiones. Para proporcionar transparencia a las partes afectadas en una fusión y orientación al organismo de competencia, la ley de control de fusiones debería incluir una norma expresa al respecto. La legislación propuesta

incluye lenguaje que prohíbe las fusiones que “eliminan la competencia en una parte sustancial del mercado relevante, que creen o fortalezcan una posición dominante o que puedan dominar un mercado relevante.” La redacción, similar a la adoptada en 2004 por la Unión Europea, establece una base adecuada para evaluar las fusiones.

- Establecer un sistema de notificación previo a la fusión.

Tanto el SBDC como la comunidad empresarial concuerdan en que el sistema actual de notificación posterior a la fusión en Brasil es poco manejable e ineficiente. La legislación propuesta establece un sistema de notificación previo a la fusión, contemplando que las partes de esta transacción deben mantener “las condiciones de competencia” entre ellas y no tienen la facultad para ejecutar una transacción notificada sino hasta que haya sido evaluada por el CADE.

- Eliminar la notificación actual de participación de mercado y adoptar umbrales basados en el volumen de ventas interno tanto de las partes mayores como de las menores en la transacción.

La ley actual requiere que una fusión sea notificada si la entidad resultante controla 20 por ciento de un mercado relevante o si cualquiera de las compañías participantes tiene un volumen anual de ventas de 400 millones de reales. La redacción legal no especifica que el volumen de ventas deba ser medido en función de las ventas en Brasil, por lo que puede interpretarse como si se refiriera a ventas en el mercado global. Esta formulación tiene tres defectos. Primero, el defecto de restringir el volumen de ventas al mercado brasileño lleva a la red de notificaciones muchas transacciones que no tienen significancia competitiva reconocible en Brasil. La comunidad internacional de defensa de la competencia concuerda en que los países no deberían buscar mantener la jurisdicción de fusiones que carecen de nexos suficientes con el país en cuestión.¹²⁷ Recientemente, el CADE decidió que la redacción existente debería interpretarse sólo para considerar el volumen de ventas en Brasil, pero esta restricción debería incluirse en la disposición legislativa más que sometida a la interpretación del organismo de defensa de la competencia.

Segundo, una de las pruebas de notificación existentes depende de la participación de mercado. De nuevo, la comunidad de defensa de la competencia concuerda en que los requisitos sólo deberían centrarse en normas que sean cuantificables de manera objetiva, y recomienda específicamente que no se utilice el empleo de la participación de mercado como prueba.¹²⁸

Tercero, la prueba existente de volumen de ventas sólo se activa si una de las partes en la transacción la cumple, sin importar el tamaño de la otra parte. Esto

también puede generar el requerimiento de notificar fusiones que no tienen potencial anticompetitivo. La recomendación que genera consenso internacional acerca de este punto es que la notificación “no debe requerirse únicamente sobre la base de la actividad local de la empresa compradora, por ejemplo, con referencia a una prueba combinada de ventas locales o de activos que podría ser satisfecha sólo por la parte compradora, sin importar cualquier actividad local que realice la compañía que será adquirida”.¹²⁹

La propuesta de ley trata todos estos defectos al requerir notificación sólo si (1) al menos uno de los participantes en la transacción tiene un volumen de ventas total en Brasil de 150 millones de reales, y (2) por lo menos otro participante en la transacción tiene un volumen de ventas total en Brasil de 30 millones de reales. Así, el volumen de ventas se limita únicamente a las ventas en Brasil, se elimina la prueba de participación de mercado y sólo se requiere notificación si las partes mayor y menor en la fusión tienen la cantidad relevante de volumen de ventas en Brasil.

- Eliminar la notificación de transacciones no relacionadas con fusiones.

En los casos en los que los sistemas de notificación no sólo cubren las fusiones sino todos los convenios restrictivos, la experiencia común es que los costos impuestos sobre la comunidad empresarial y el organismo de obligación al cumplimiento exceden los beneficios resultantes en términos de la competencia. Al restringir expresamente el requisito de notificación a las “fusiones”, la ley propuesta elimina en efecto la redacción de la ley existente que requiere notificar las transacciones no relacionadas con fusiones.¹³⁰

- Considerar la aceleración de la revisión y aprobación de transacciones que no planteen cuestionamientos relacionados con la competencia.

La ley actual no requiere notificación previa a la consumación de transacciones, por lo que no suspende de manera automática las transacciones mientras el SBDC realiza su revisión. La propuesta establece un sistema de notificación previo a la fusión de acuerdo con el que se prohíbe la consumación de las transacciones notificadas hasta haber completado la revisión. El consenso internacional con respecto a estos sistemas de notificación “suspensivos” es que deberían incluir un mecanismo que permitiera una conclusión acelerada del periodo de espera para transacciones que no planteen temas competitivos de importancia crucial.¹³¹

De conformidad con la propuesta de ley, la Dirección General debe publicar una notificación resumida de la transacción propuesta dentro de los cinco días

siguientes a la fecha en la que se considere que la notificación ha sido completada. Dentro de los 20 días posteriores a la publicación de la notificación, la Dirección General debe solicitar información adicional o aprobar la transacción. En caso de ser aprobada, el Pleno tiene un plazo de 15 días dentro de los cuales puede publicar un anuncio de su determinación para revisar la decisión de la Dirección General. Si el Pleno no actúa durante ese plazo, la aprobación de la transacción queda confirmada y podrá entonces consumarse. Así, el sistema propuesto supone un mecanismo de conclusión acelerada de acuerdo con el cual las transacciones que no generen controversia sean aprobadas en un plazo no mayor de 40 días después de su registro (o tal vez antes si la Dirección General actúa en menos de 20 días).

- Establecer una fecha límite definitiva en función de la cual el CADE debe determinar si bloqueará o no una fusión.

De acuerdo con la ley vigente, el CADE debe emitir un fallo definitivo sobre una fusión dentro de un plazo de 60 días luego de recibir la recomendación de la SDE (sujeto a suspensión para recabar información adicional). Si el CADE no cumple con este plazo, se considera que la fusión ha sido aprobada.

Como se destacó en párrafos anteriores, la propuesta de ley introduce un procedimiento de conclusión anticipada de acuerdo con el que una transacción inobjetable puede consumarse en un plazo de 40 días después de notificada. En el caso de transacciones que planteen problemas de competencia, el proyecto de ley establece una serie de plazos límite que dan seguimiento a cada etapa del proceso, más que un solo plazo a cumplir para la revisión completa. La Fase I de investigación por parte de la Dirección General (DG) debe estar concluida dentro de los 60 días posteriores a la presentación satisfactoria de la información requerida por las partes, en cuyo momento la DG deberá aprobar la fusión o transferirla al Pleno para su consideración. Por su parte, en caso de que la DG apruebe la fusión, el Pleno tiene 15 días para designar una revisión de la aprobación misma.

Una vez que un caso en disputa se agenda para su revisión en el Pleno, las partes cuentan con 30 días para presentar su defensa y, a partir de ese plazo, el Comisionado Relator tiene 20 días para ordenar investigación adicional o programar el asunto para ser juzgado en el Pleno. Si se requiere investigación adicional, su conclusión da inicio a un periodo de diez días para que la Dirección General y las partes presenten argumentos adicionales, seguido por un periodo de 20 días en el que el Comisionado Relator debe programar el asunto para ser juzgado ante el Pleno. Sin embargo, el Pleno no tiene plazo determinado para presentar su fallo definitivo.

La comunidad internacional de defensa de la competencia concuerda en que los organismos dedicados a este fin deben contar con el tiempo suficiente para analizar transacciones complejas, pero reconoce también que plazos largos pueden ocasionar el abandono de las transacciones, obstaculizar la planeación de la transición por parte de los participantes en la fusión, y obligar a diferir la realización de las eficiencias generadas por la fusión. El principio general expresado por la RIC sobre este punto es que las revisiones de fusiones deberían “completarse dentro de un marco temporal razonable. Un plazo de revisión razonable debería tomar en cuenta, entre otras cosas, la complejidad de la transacción y los posibles temas relacionados con la competencia, la disponibilidad y dificultad de obtención de la información, y la oportunidad de las respuestas de las partes en la fusión a las solicitudes de información.”¹³² De manera similar, la OCDE afirma que las revisiones de fusiones “deberían llevarse a cabo y las decisiones tomarse dentro de un marco temporal razonable y determinable”.¹³³

Las recomendaciones de la RIC proporcionan detalles adicionales con respecto a los periodos de espera en sistemas suspensivos de revisión de fusiones, recomendando que las jurisdicciones “busquen la convergencia de sus periodo de espera dentro de los marcos temporales que utilizan comúnmente los organismos internacionales de competencia.” Así, los periodos iniciales de espera deberían vencer en seis semanas o menos, y las revisiones ampliadas o de ‘Fase II’, deberían terminar o poderse terminar dentro de seis meses o menos luego de la presentación de la(s) notificación(es) inicial(es).¹³⁴ Sin embargo, cabe apuntar que estos plazos recomendados son para la finalización de los periodos de espera, y que no son plazos para la adjudicación definitiva de los méritos de la transacción. La RIC continúa sus recomendaciones para los periodos de espera con la afirmación de que las partes deberían ser libres de consumir transacciones al vencimiento de los periodos de espera “a menos que el organismo de competencia tome medidas formales para ampliar el periodo de espera (como, por ejemplo, al iniciar los procedimientos de la Fase II), a fin de imponer condiciones para cerrar la transacción o prohibirla”.¹³⁵

La propuesta de ley contempla que, dentro de los 40 días posteriores al registro de la notificación, la revisión en Fase I del registro inicial concluiría con una cancelación anticipada o la conversión del caso a un procedimiento de investigación de Fase II. Así, la propuesta se adapta a la recomendación de la RIC con respecto a la duración de la Fase I. De acuerdo con la propuesta, la Fase II tiene una duración de 165 días, momento en el que el asunto tendrá que ser programado para ser juzgado por el Pleno si no se resuelve por otro medio. A pesar de ser menor que el periodo de seis meses recomendado por la RIC, la deficiencia se encuentra en que el último evento sujeto a un plazo es la entrega del caso al Pleno. Las partes no pueden consumir la fusión durante el tiempo que tome el Pleno para deliberar.

Una solución eficaz consistiría en permitir a las partes consumir la transacción 20 días después de que el Comisionado Relator programe el caso para deliberación del Pleno, a menos que se emita mientras tanto una orden precautoria al amparo de la Resolución 28. Una orden basada en la Resolución 28 requiere que se encuentre necesario emitir un requerimiento preliminar y es, en sí, una orden sujeta a revisión judicial. Sumar este requerimiento al final del proceso de revisión de la fusión requeriría que el Pleno demostrara públicamente la razón por la que una transacción debería continuar siendo bloqueada durante más de seis meses.

- Establecer procedimientos formales de conciliación en casos de fusiones.

La ley vigente no establece mecanismos formales de conciliación por consenso para casos de fusiones. Debería alentarse la resolución negociada de los casos de fusión, debido a que muchas transacciones problemáticas desde la perspectiva de la competencia podrían salvarse con la modificación adecuada de los elementos de la misma. La propuesta de ley incluye una disposición que faculta a la Dirección General (con la participación obligatoria del Comisionado Relator) para negociar un acuerdo conciliatorio en el caso de una fusión notificada en cualquier punto del tiempo antes de que el caso sea agendado ante el Pleno como transacción cuestionada. Una vez negociado, el arreglo deberá publicarse durante diez días, por lo menos, para recibir observaciones al respecto, luego de lo cual la DG puede elegir renegociar la propuesta o transmitirla al Pleno para su proceso final. El periodo de comentario público es una característica bienvenida de los procedimientos de conciliación negociada, pues contribuye a garantizar al organismo que ha evaluado correctamente el posible impacto del arreglo sobre el mercado relevante.

Modificar el programa de indulgencia para

- Eliminar el riesgo de los participantes en el programa de indulgencia a ser demandados de acuerdo con leyes penales distintas de la de Delitos Económicos.

El Artículo 35-C de la Ley 8884 protege a los participantes en el programa de indulgencia de ser acusados al amparo de la ley brasileña de delitos económicos (número 8137/90), pero no trata otras leyes penales (como las que castigan la extorsión y la conspiración) que serían vehículos posibles para atacar a participantes de un cártel. Los incentivos de un conspirador para buscar indulgencia se ven obstaculizados por este riesgo. De aquí que debiera modificarse la ley para impedir cualquier tipo de persecución penal por conductas que constituyan una violación de la ley competencia y es la base de la situación de una empresa como participante en el programa de indulgencia.

- Reducir la exposición de los participantes en el programa de indulgencia a las sentencias por daños en el ámbito civil

De acuerdo con la ley vigente, los participantes en el programa de indulgencia no reciben protección de las demandas civiles que puedan presentar agentes privados. Aunque esto puede funcionar como disuasor para que un conspirador solicite indulgencia, en general no existen razones de peso para excusar a un conspirador de su responsabilidad por los daños causados a las víctimas de la conspiración. Sin embargo, el sistema legal brasileño aplica una “responsabilidad conjunta y solidaria” a los miembros de una conspiración. Esto significa que se puede requerir que un conspirador pague más de su parte del daño si otros miembros de la conspiración están protegidos contra la posibilidad de un juicio. El principio subyacente a la responsabilidad conjunta y solidaria es que cada miembro de una conspiración (como un cártel de fijación de precios) deberá estar expuesto a enfrentar la responsabilidad por el monto total de los daños causados por el esquema de conspiración.

Una opción para tratar con el riesgo de los solicitantes de indulgencia de enfrentar demandas por daños civiles, sería la de eliminar su responsabilidad conjunta y solidaria, de manera que nunca fueran responsables por más daños que los causados por su propia conducta. Una opción adicional consistiría en reducir o eliminar la sentencia de los daños contra el acusado en el programa de indulgencia en la medida en la que se cuente con fondos compensatorios de otros conspiradores.¹³⁶

- Adoptar disposiciones que garanticen que la evidencia incriminadora proporcionada por los solicitantes para el programa de indulgencia no se utilicen contra ellos si se encuentra que no cumplen las condiciones para participar en el programa.

La ley vigente (Art. 35-B, §10) contempla que lo propuesto por solicitantes de indulgencia que luego resulte que no cumplen con las condiciones necesarias para formar parte del programa, será mantenido como información confidencial por parte del SBDC y no será tratado como admisión de que la parte cometió la acción en disputa o que dicha acción es ilegal. Sin embargo, la ley no restringe el uso interno de la información por parte del SBDC. Esta es otra forma de exposición al riesgo que puede desalentar las solicitudes de indulgencia. El SBDC debería adoptar disposiciones que prohíban a los funcionarios receptores del programa la revelación al personal de investigación de cualquier información confidencial recibida de los solicitantes del programa que luego se determina que no cumplen las condiciones necesarias para pertenecer a él.¹³⁷

6.2.9 Considerar el nombramiento de jueces especializados y paneles de apelación para resolver temas relacionados con la ley de competencia.

Ya sea que el CADE logre o no persuadir al Poder judicial para que revise las decisiones del CADE sólo en cuanto a irregularidades de procedimiento y no con respecto a temas que atenten contra la competencia, los tribunales brasileños tendrán que enfrentarse a cuestiones relacionadas con la competencia al emitir una sentencia al amparo de la Ley de Delitos Económicos y las demandas civiles que buscan resarcir daños en términos de la competencia. Aunque existen limitaciones constitucionales para la creación de tribunales especializados, el juez principal de un tribunal regional de apelaciones puede designar paneles especializados para escuchar apelaciones de casos relacionados con las leyes de competencia, y puede sugerir a los tribunales de primera instancia en la región que se nombren jueces especializados para escuchar casos de competencia en primera instancia. Si se designa a los jueces para fungir como especialistas, deberían recibir la capacitación adecuada para analizar temas económicos, lo que también podría emplearse para resolver casos que involucren a organismos reguladores del sector o que, por otros motivos, planteen problemas económicos.¹³⁸

6.2.10 Limitar la Ley de Delitos Económicos a violaciones de cárteles.

La ley federal de Delitos Económicos (número 8137/90) no sólo prohíbe la formación de cárteles entre competidores para fijar precios, dividir mercados o arreglar licitaciones, sino también las conductas unilaterales que involucran declaraciones de abuso de poder económico, aumentos de precios sin justificación, *dumping* y discriminación de precios. El CADE está mejor equipado para tratar con estas conductas al amparo de la Ley 8884. La Ley de Delitos Económicos debería entonces modificarse para eliminar de su ámbito las conductas no relacionadas con cárteles.

6.2.11 Considerar limitar las demandas civiles por daños monopólicos a partes y conductas que hayan estado sujetas a una sentencia específica de ilegalidad por parte del CADE.

Los demandantes privados en Brasil pueden presentar casos en busca de daños al amparo de la Ley 8884 y otras leyes. De la misma manera en que la exposición a ser demandado al amparo de la Ley de Delitos Económicos puede desalentar las conductas a favor de la competencia, el riesgo de enfrentar demandas privadas por daños relacionados con conductas anticompetitivas puede tener el mismo efecto. Las demandas privadas por daños pueden iniciarse en cualquier tribunal de primera instancia en Brasil, y no se cuenta con información para determinar la frecuencia con la que se entablan o con la que resultan en sentencias contra conductas que no

han sido caracterizadas adecuadamente como anticompetitivas. Una manera para limitar las demandas civiles sólo a reclamos legítimos consistiría en modificar la ley de manera que este tipo de demanda sólo puedan presentarse contra partes y por conductas que hayan estado sujetas a un fallo específico de ilegalidad por parte del CADE. Esta modificación podría incluir una cláusula que limite la vigencia de la misma, de acuerdo con la que la restricción vencería luego de cierto número de años a menos que se renueve. Este tipo de cláusula proporciona oportunidades para recabar información y evaluar los registros de obligación al cumplimiento en temas de defensa de la competencia entre agentes privados en Brasil. Si no se considera apropiado promulgar una ley semejante, en el futuro, deberían realizarse esfuerzos para recolectar información sobre el volumen, la naturaleza y los resultados de los litigios sobre competencia en el ámbito privado.

6.2.12 Adoptar las disposiciones en el proyecto general de ley para los organismos del sector que establecen procedimientos estandarizados para obligar al cumplimiento de la ley de competencia

Aunque la Ley 8884 es aplicable a empresas en sectores regulados, la mayoría de las leyes de los organismos no se refieren de manera específica a la ley de competencia ni establecen procedimientos de cooperación para su cumplimiento entre el organismo sectorial y el CADE. El proyecto general de ley para los organismos reguladores sectoriales incluye disposiciones que requieren a los organismos dar seguimiento a sus industrias en cuanto al cumplimiento con la ley de competencia, reportar sospechas de violación y proporcionar informes técnicos al CADE para su utilización en procedimientos de obligación al cumplimiento. Por su parte, el CADE debe notificar al organismo correspondiente las decisiones tomadas en casos de conducta y fusiones que puedan afectar al sector, de modo que el organismo tome las medidas legales necesarias.

6.2.13 Adoptar las disposiciones en el proyecto de ley general para los organismos del sector que establecen procedimientos estandarizados para la participación de la SEAE en procedimientos de los organismos para promulgar normas y regulaciones.

De conformidad con la ley propuesta para reorganizar el SBDC, se reorienta el enfoque de la SEAE hacia la defensa de la competencia y se le asigna responsabilidad específica por el fomento de la competencia mediante la realización de consultas con organismos reguladores y la emisión de opiniones sobre las propuestas de reglamentación. El proyecto general de ley para los organismos reguladores sectoriales incluye las disposiciones complementarias necesarias para establecer un papel específico para la SEAE en términos de procedimientos para el establecimiento de reglas. Así, se requiere que los organismos reguladores

sectoriales soliciten la opinión de la SEAE 15 días antes de presentar sus propuestas de normas y regulaciones para comentario público. Por su parte, se requiere que, en un plazo de 30 días, la SEAE emita una opinión pública sobre las implicaciones de la propuesta en términos de competencia. Los organismos reguladores tienen la obligación de responder oficialmente a comentarios realizados durante este plazo.

6.2.14 Adoptar el proyecto de ley pendiente de aprobación para la obligación al cumplimiento de la ley de competencia en el sector bancario.

El proyecto de ley, diseñado conjuntamente por el Banco Central y el CADE, proporciona un vehículo adecuado para resolver el añejo desacuerdo entre los dos organismos acerca de la aplicación de la ley de competencia a las instituciones financieras. El proyecto contempla que el Banco Central tenga responsabilidad exclusiva por la revisión de fusiones que involucren un riesgo para la estabilidad general del sistema financiero. En otros casos de fusión, el Banco investigará en conjunto con el SBDC, y el CADE tendrá autoridad dispositiva. Por su parte, la autoridad para el manejo de casos de conducta en el sector bancario residirá exclusivamente con el SBDC.

Recomendaciones para el CADE

6.2.15 Tratar con las limitaciones contra la competencia que aplican gobiernos estatales y locales.

Esta recomendación renueva la presentada en el Informe de 2000 (página 195) que instaba al CADE a explotar su autoridad moral y política en tanto que organismo nacional de competencia empleando el Artículo 7 X y el procedimiento de consulta al amparo de la Resolución 18 para tratar cualquier tipo de limitación a la competencia impuesta por los gobiernos estatales y locales. El Artículo 7 X confiere poderes no sólo para que el CADE solicite que los organismos federales tomen medidas, sino también de “las autoridades estatales, municipales, territoriales y del Distrito Federal”. El CADE ha empleado la autoridad conferida por el Artículo 7 X para tratar temas relacionados con regulación local en ocasiones contadas y, durante los últimos años, sólo cuando surgieron problemas de regulación en el contexto de un procedimiento de obligación al cumplimiento de la ley. En su página 195, el Informe de 2000 observó que el CADE podría desempeñar una “función altamente útil” al evaluar esquemas de regulación, reflejando el punto de vista de que las limitaciones contra la competencia impuestas por la ley a menudo son más dañinas que cualquier restricción impuesta por un convenio privado. Como se describió en otras secciones de este informe, el departamento de competencia de la SDE (el Departamento de Protección y Defensa Económica, DPDE) ha cooperado con el Departamento de Protección y Defensa del Consumidor (DPDC), también

adscrito a la SDE, para presentar conferencias y talleres de capacitación conjuntos acerca de la ley de competencia para organismos de defensa del consumidor en los estados brasileños. Este programa podría fungir como vehículo para identificar sistemas regulativos locales que justifiquen ser considerados por el CADE.

6.2.16 Fungir como defensora de la competencia con respecto a la legislación federal y los programas de regulación.

Aunque el proyecto de ley asigna a la SEAE una responsabilidad especial por la evaluación de las implicaciones competitivas de las actividades regulativas del gobierno, el CADE conservará aún el poder que le otorga el Artículo 7 X de la ley de competencia para solicitar que los organismos federales tomen las medidas necesarias para cumplir con la ley de competencia. El CADE ha interpretado que el Artículo 7 X le confiere autoridad para recomendar cambios en las regulaciones que atenten contra la competencia, y debería conservar esta interpretación. El CADE desempeña un papel crucial en el proceso regulativo como el único organismo autónomo con la autoridad y experiencia adecuadas para opinar acerca de temas de competencia. Por su parte, la SEAE, en tanto que organismo del Poder Ejecutivo es responsable en última instancia ante el Ministerio de Finanzas y, con base en ello, está sometido, al menos potencialmente, al control político de sus posturas de defensa de la competencia.

6.2.17 Actualizar los Lineamientos Horizontales para Fusiones de 2001.

Los lineamientos para fusiones no sólo establecen el marco analítico para que el organismo de competencia considere casos de fusión, sino también hace que el proceso de revisión de fusiones sea más transparente y predecible ante el sector privado. Por esta razón, la comunidad internacional de defensa de la competencia alienta a los organismos dedicados a esta actividad que revisen sus lineamientos con regularidad para reflejar las prácticas vigentes y poner en marcha las mejorías.¹³⁹ Los lineamientos actuales para las fusiones que emitió el SBDC en agosto de 2001 no parecen reflejar los elementos analíticos que en efecto se utilizan en el análisis de las fusiones. Como se ha destacado en otras secciones, los lineamientos no mencionan el índice de Herfindahl-Hirschman (HHI) para medir el nivel de concentración del mercado o la defensa de las empresas en quiebra, aunque, de hecho, el CADE emplea ambos conceptos en sus decisiones de fusión. Un proyecto para revisar los lineamientos también presentaría oportunidades para que el SBDC tratara las recomendaciones emitidas por la Red Internacional de Competencia para formular lineamientos de revisión de fusiones.¹⁴⁰

6.2.18 Garantizar que los fallos permitan que el público compruebe la racionalidad y la justicia en la aplicación de la ley de competencia.

La transparencia es una característica importante de la toma de decisiones por parte de los organismos de competencia debido a que el sector privado requiere un entendimiento claro de las limitaciones legales si ha de dedicarse a realizar planes de negocios de forma eficiente. Asimismo, las perspectivas para lograr un alto nivel de cumplimiento con la ley de competencia dependen en gran medida de la asesoría que los profesionistas dedicados a la práctica relacionada con la ley de competencia proporcionen a sus clientes del sector empresarial. Además, no es posible dar una asesoría confiable si las políticas de obligación al cumplimiento no son predecibles. En comentarios orientados a los procedimientos de revisión de fusiones, pero igualmente aplicables a casos de conducta, la Red Internacional de Competencia ha recomendado lo siguiente:

Que se proporcione una explicación razonada para las decisiones que pongan en disputa, impidan o condicionen la aprobación de una transacción y decisiones de aprobación que establezcan un precedente o representen un cambio en la práctica o política de obligación al cumplimiento. . . . Lo importante es que la información disponible permita al público dar seguimiento a la congruencia, predictibilidad y justicia en la aplicación del proceso de revisión de fusiones.¹⁴¹

De manera similar, la OCDE ha instado a sus países miembros a “garantizar que las reglas, políticas, prácticas y procedimientos involucrados en el proceso de revisión de fusiones sean transparentes y estén a disposición del público, incluyendo la difusión de explicaciones razonadas para disputar, impedir o condicionar formalmente la aprobación de una fusión”.¹⁴²

Las decisiones emitidas por el CADE están razonadas plenamente, pero no siempre relacionan el análisis con los lineamientos aplicables o identifican si el organismo está introduciendo un elemento analítico nuevo o modificado. Sería deseable prestar algo más de atención a los intereses del sector privado en el entendimiento de la evolución del enfoque analítico del CADE.

6.2.19 Permitir la resolución de casos de conducta mediante el consenso, incluso cuando el acusado admita haber mostrado conductas ilegales

El Artículo 53 de la ley vigente prevé la resolución de casos de conducta por consenso. La resolución de un caso al amparo del Artículo 53 no implica admisión de responsabilidad o culpa por parte del demandado y el CADE no impone una multa monetaria. Sin embargo, este tipo de arreglos son extremadamente raros,

sobre todo porque la SDE no entablará negociaciones de resolución si ya cuenta con evidencia suficiente para sentenciar al demandado por la violación que está bajo investigación. Asimismo, los términos del Artículo 53 lo invalidan en casos de violación horizontal que involucran fijación de precios, arreglo de licitaciones, división de mercado y conductas similares (Art. 53 §5).

La política de la SDE acerca del Artículo 53 ha sido diseñada para evitar que los demandados esperen la conclusión de la investigación de la SDE antes de buscar un arreglo. Este enfoque, al igual que la negación por ley de los arreglos en casos de cárteles, refleja una política sana en la que el arreglo no trae consigo la admisión de responsabilidad ni la sanción. Sin embargo, sí debería contarse con un mecanismo de arreglo cuando un demandado en cualquier tipo de caso de conducta no desee disputar los cargos del CADE y desea declararse culpable, pagar una multa y aceptar una orden de suspensión de la conducta ofensiva. De acuerdo con la ley propuesta, la multa mínima en un procedimiento del CADE será de 6,000 reales (2,400 dólares), en lugar del 1 por ciento del volumen anual de ventas que requiere la ley vigente. La capacidad para negociar una multa mínima debería representar un incentivo para que las empresas entren en un arreglo, en lugar de involucrar al CADE en litigios administrativos prolongados y procedimientos judiciales de revisión. El CADE podría emitir una orden correctiva apropiada (luego de un plazo para comentario público) e imponer una multa reducida, restaurando en efecto la competencia sin los retrasos y los gastos asociados con el litigio. Resulta difícil para un organismo de competencia funcionar con eficacia si todos sus casos son disputados. El CADE debería considerar esta y otras formas de alentar a los demandados a resolver los casos de conducta por consentimiento.

6.2.20 Tratar las demandas privadas que busquen la adjudicación de daños a la competencia como oportunidades para ejercer la defensa de la competencia y generar más información sobre el impacto competitivo de dicho litigio.

De acuerdo con el Artículo 89, un tribunal en el que se ha presentado una demanda privada que involucra la aplicación de la Ley 8884 debe notificar e invitar al CADE a contribuir en el proceso. El CADE tiene la política de aceptar este tipo de invitaciones sólo cuando la conducta de que se trate en la acción privada haya estado sujeta a un procedimiento del CADE y el organismo haya emitido un fallo definitivo sobre la legalidad de la conducta. En los casos en los que el CADE no ha participado en un procedimiento, el organismo debería considerar tratar estas invitaciones como oportunidades para defender la competencia. En particular, con respecto a los casos privados que involucran ataques a conductas como el *dumping* o los precios abusivamente altos, el CADE puede proporcionar asesoría útil al tribunal acerca de cómo evaluar estas demandas al amparo de la Ley 8884. En este sentido, el CADE debe también dedicarse a desarrollar una base de datos que contenga

información sobre el volumen, la naturaleza y el resultado de demandas civiles por daños en el ámbito de la competencia presentadas con base en el Artículo 29 de la Ley 8884 y otras leyes, como el Código de Defensa del Consumidor y la ley de acción legal colectiva, que proporcionan las bases para las demandas basadas en conductas que atentan contra la competencia.¹⁴³ La información de este tipo es necesaria para evaluar si el litigio privado de defensa de la competencia contribuye o funciona en detrimento de la obligación efectiva al cumplimiento de la ley de competencia.

6.2.21 Continuar con los programas existentes para:

- enfocar los esfuerzos de obligación al cumplimiento de la ley en casos de cárteles;
- establecer acuerdos de cooperación en el ámbito de la obligación al cumplimiento de la ley con organismos reguladores sectoriales y enjuiciar la conducta anticompetitiva de las empresas en sectores regulados;
- establecer consensos con la Oficina del Fiscal Público que respeten el papel de los fiscales públicos asignados al CADE de conformidad con el Artículo 12 de la Ley 8884;
- fomentar el entendimiento y la apreciación de la ley de competencia entre (1) los fiscales públicos, para facilitar su cooperación en la operación del programa de indulgencias y desalentar la coerción anticompetitiva al cumplimiento de la Ley de Delitos Económicos¹⁴⁴; y (2) los miembros del poder judicial, para aumentar la calidad del análisis que aplican los tribunales en casos que traten temas de competencia;
- aumentar el reconocimiento y la aceptación de los principios de la competencia entre la sociedad en general, como defensor del desarrollo de una cultura de competencia en Brasil.¹⁴⁵

Como se ha descrito en este informe, el CADE y la SDE han puesto en marcha programas en cada una de estos cinco rubros. Todos estos esfuerzos son importantes para el progreso de la ley y la política de competencia y merecen un apoyo continuo.

NOTAS

1. Publicado como *Competition Law and Policy Developments in Brazil*, OECD Journal of Competition Law and Policy, octubre 2000, vol. 2, No. 3. Los números de página citados corresponden a esta publicación.
2. Posteriormente, se liberó al real para permitirle flotar contra el dólar como resultado de la crisis de balanza de pagos de 1999.
3. El proyecto de ley descrito en este informe representa el consenso de los organismos del SBDC publicado por el gobierno en febrero de 2005. El borrador está siendo objeto de revisiones antes de su presentación formal ante el Congreso, por lo que la descripción en este informe debe entenderse como un reflejo de las reformas propuestas conjuntamente por los organismos y no como una predicción de lo que surgirá del proceso legislativo.
4. Proyecto de ley alternativo para modificar la Ley 3337/04 (Congresista Picciani).
5. Proyecto de Ley Complementaria Número 344.
6. De acuerdo con los organismos del SBDC, la referencia a la “función social de la propiedad” tanto en la Constitución como en la ley de defensa de la competencia reflejan la tesis de que los propietarios no necesariamente tienen derecho a retener la totalidad de los beneficios que se derivan de la propiedad, sino que podrían estar obligados a compartirlas de algún modo con el resto de la sociedad.
7. La propuesta para modificar la Ley 8884 deja prácticamente sin cambio las faltas de conducta especificadas en los Artículos 20 y 21, excepto en que la referencia al abandono o la destrucción de cultivos o cosechas que se hace en el Artículo 21 XVII se sustituye por una referencia expresa a demandas u otorgamientos de exclusividad (incluyendo la territorial) en la distribución de productos o servicios.
8. El Procurador General del CADE advierte que esta cláusula podría aplicarse si, por ejemplo, la Compañía A (productora de trastos) convenciera falsamente a los compradores de trastos que la Compañía B (una fabricante competidora de trastos) utiliza materias primas inferiores, forzando así a B a reducir sus precios como respuesta a la caída en la demanda.
9. El párrafo final del Artículo 21 contempla que “para fines de la caracterización de una imposición abusiva de precios o un incremento irracional en estos, deberán considerarse los siguientes incisos, con la debida atención a otras circunstancias

relevantes en la economía o el mercado: (I) el precio de un bien o servicio, o cualquier incremento en él, con respecto a cualquier cambio en el costo de su insumo respectivo o con mejoras en la calidad; (II) el precio de un producto fabricado con anterioridad, comparado con su sustituto en el mercado sin cambios sustanciales; (III) el precio de un producto o servicio similar, o cualquier mejora del mismo, en mercados competitivos similares; y (IV) la existencia de acuerdos o convenios de cualquier tipo que causen un incremento en los precios de un producto o servicio o en sus respectivos costos.”

10. Los lineamientos mismos establecen que también tienen la intención de servir como guía para el público y que, en ese sentido, han sido emitidos con base en la autoridad que se confiere al Consejo al amparo del Artículo 7 XVIII de la Ley de Competencia para “hacer del conocimiento del público los tipos de violación del orden económico”.
11. Debido a que el *predatory pricing* no se caracteriza convencionalmente como una práctica “horizontal”, el personal del SBDC anticipa que este aspecto de los lineamientos se verá alterado cuando estos últimos se revisen de nuevo.
12. Por supuesto, un caso de cártel también requiere prueba de colusión. Los lineamientos contemplan que la evidencia probatoria “no necesita restringirse a pruebas documentales, sino que también puede incluir evidencia circunstancial, como la ausencia de razonamiento económico para adoptar una práctica que no necesariamente es ilegal”. Anexo II, § B1.2. A pesar de este lenguaje, el CADE no recurre a la falta de explicación económica para atacar este tipo de conducta como fijación paralela de precios. Para encontrar colusión, se requieren “factores adicionales”, como reuniones o intercambio de datos entre las empresas participantes.
13. Por ejemplo, la SEAE se reestructuró para crear nuevas unidades en São Paulo, Rio de Janeiro y Brasilia dedicadas exclusivamente a investigaciones de cárteles.
14. En términos estadísticos, el SBDC caracteriza los casos de asociaciones médicas como abuso de dominio, más que como conducta horizontal, con base en el argumento de que la demanda se presenta contra una sola entidad dominante (la asociación) más que contra los médicos en forma individual (que, en general, no tienen mucha opción que la de convertirse en miembros de la asociación). En contraste, este informe trata los casos como “horizontales”, pues traen consigo acuerdos que restringen el intercambio entre miembros de la asociación que, de otra manera, serían competidores.
15. Como en el caso de las asociaciones médicas, el SBDC caracteriza los casos de las Unimed como abusos de dominio más que como conducta horizontal. De nuevo, en este informe se tratan estos casos como “horizontales”, pues traen consigo acuerdos que restringen el intercambio entre miembros de la asociación que, de otra manera, serían competidores.

16. En marzo de 2005, en una medida por separado, el CADE aceptó un arreglo negociado entre la SDE y la ATPCO, de acuerdo con la cual esta última suspendía de su sistema la característica de notificación con tres días de anticipación con respecto a las aerolíneas brasileñas.
17. Sin embargo, la SDE está llevando a cabo un proceso legal para analizar si el convenio fungió como ocultamiento de colusión entre TAM y Varig con respecto al número de vuelos programados. La investigación inicial de la SEAE apuntó hacia que ambas aerolíneas habían suspendido vuelos lucrativos luego de aplicarse el convenio.
18. El CADE también recomendó que Brasilia apelara a la restricción relacionada con la ubicación de gasolineras en estacionamientos, y su recomendación fue adoptada recientemente por el gobierno municipal. Mientras tanto, los demandados han apelado la decisión del CADE ante los tribunales, argumentando en parte que un acuerdo para buscar legislación que atente contra la competencia nunca puede ser ilegal.
19. Con argumentos similares, el CADE también rechazó otras demandas de *dumping*, incluyendo las relacionadas con la venta al menudeo de teléfonos celulares (2004), cerveza (2004) y medicamentos (2000 y 2003).
20. Este caso se discute en mayor detalle más adelante en este informe.
21. Orden Conjunta No. 50, p. 1, n. 1 (1 de agosto de 2001).
22. Antes de octubre de 2000, todas las referencias a multas en la ley se expresaban en términos de unidades fiscales de referencia, cuyo valor se ajustaba con la inflación. Este concepto se abolió en octubre de 2000. Desde entonces, todas las nuevas multas que aparecen en las leyes se expresan en términos de reales, la divisa brasileña. El valor final de una unidad fiscal de referencia se determinó en 1.0641 reales, o cerca de 0.42 dólares al tipo de cambio reciente de 0.39 dólares por un real.
23. Por ejemplo, el CADE no impone una multa por separado en casos de cárteles ilegales por no presentar una notificación. Una consecuencia práctica de esto es que el CADE no mantiene un “registro de cárteles”.
24. La Ley número 9781/99 estableció una cuota inicial de 15,000 reales y ordenó que lo recaudado se depositara en la cuenta del CADE. Por su parte, la Ley 10149/00 aumentó la cuota a 45,000 reales, dividiendo lo recaudado en partes iguales para el CADE, la SDE y la SEAE.
25. Estas condiciones son las mismas que las que se aplican para determinar la conducta permisible de acuerdo con el Artículo 81(3) de la ley de competencia de la Unión Europea.

26. La norma es esencialmente idéntica a la asentada en la nueva reglamentación de fusiones (No. 139, Art. 2(3) adoptada por la Unión Europea en 2004.
27. Ciertas secciones de los Lineamientos (como los párrafos 13, 14 y 25), sugieren que se aplique una norma de “excedente total” en la evaluación de las fusiones, mientras que en otras (como el párrafo 87) se indica que es necesario un aumento en el excedente del consumidor para aprobar una fusión que aumente el poder de mercado de las partes. La decisión del CADE en el reciente caso Nestlé-Garoto utilizó la norma del excedente del consumidor sin determinar si era el único enfoque permisible para la evaluación de fusiones.
28. El Artículo 58, párrafo 2 contempla que los compromisos de desempeño “cumplirán objetivos de volumen o calidad dentro de plazos determinados con antelación”. Al formular los compromisos, el párrafo 1 del Artículo 58 también requiere que el CADE “tome en consideración el alcance de la competencia internacional en una industria determinada y su impacto en los niveles de empleo, entre otras circunstancias relevantes”.
29. En el Informe de 2000 (página 201) se destacaba que el CADE había impuesto condiciones a cerca de 3 por ciento de las transacciones notificadas entre 1998 y 1999, el mismo porcentaje que caracterizó al periodo entre 2000 y 2004. Las estadísticas de los organismos de competencia en otros países muestran tasas de intervención en fusiones dentro del mismo intervalo. Algunos profesionistas dedicados al tema en Brasil han destacado que el 3 por ciento del CADE no es congruente con el punto de vista de que los umbrales de notificación de las fusiones son demasiado amplios. Esto es, si en Brasil se reporta un gran número de fusiones inocuas que no se reportarían en otros países, la tasa de intervención del CADE debería ser menor que las tasas de otros países. Una respuesta posible a este punto es que la tasa “estructural” de intervención del CADE es sustancialmente más baja que 3 por ciento, ubicándose en 0.26 por ciento (siete transacciones, de las cuales cuatro fueron casos estructurales y tres desaprobaciones, de 2,672 casos reportados).
30. Antes de 2000, los compromisos de desempeño impuestos por el CADE en varios casos de fusión requirieron que se organizaran programas de capacitación y reubicación para empleados desplazados por el cierre de plantas. El caso más reciente en el que se han impuesto estos requisitos fue la fusión de AmBev en el mercado cervecero en 2000, descrita en el Informe previo (páginas 204-205).
31. Véase, por ejemplo, “New Commissioner Joins CADE,” *Global Competition Review*, 11 de mayo, 2005.
32. A últimas fechas, la SDE ha estado desarrollando su propia experiencia económica. Así, ha establecido un centro de métodos cuantitativos, dirigido por un economista en jefe, para aumentar el volumen y la calidad del análisis econométrico en las investigaciones de la Secretaría.

33. ADC Telecommunications Inc. / Krone International Holding Inc., anunciada el 19 de enero de 2005. El CADE espera emitir en el futuro próximo una resolución formal confirmando esta interpretación.
34. El Informe de 2000, en su página 207, destacó que, en 1998, el CADE consideró que 7 por ciento de las notificaciones había sido registrado con retraso, número que pasó a 19 por ciento en 1999.
35. De acuerdo con la ley brasileña, para obtener un requerimiento un derecho subyacente debe claramente estar en juego (es decir, la demanda debe estar bien fundada aparentemente dentro del derecho o "*fumus boni juris*") y debe haber un riesgo de infligir daño irreparable a ese derecho si se niega el auxilio (es decir, el retraso debe representar un riesgo o "*periculum in mora*").
36. El Artículo 4 de la Resolución también contempla que, en circunstancias que lo ameriten, la orden puede emitirse sin notificación previa a las partes, pero el CADE nunca ha utilizado tal facultad.
37. Por ejemplo, el APRO de 2002 que se estableció con respecto a la adquisición de Sé Supermercados por parte de la Companhia Brasileira de Distribuição requería que no se cerrara ninguna tienda y que la proporción de empleados con respecto a las ventas totales se mantuviera por lo menos al nivel de la proporción promedio para las diez principales cadenas de supermercados de Brasil.
38. Antes de la puesta en marcha del procedimiento conjunto de análisis de fusiones en enero de 2004, la SDE y la SEAE normalmente llegaban a conclusiones similares en casos de fusiones, aunque algunas veces diferían en las condiciones correctivas que debían imponerse en casos problemáticos. En la mayoría de los casos transferidos al CADE desde enero de 2004, los dos organismos han formulado una sola recomendación conjunta. El CADE casi siempre aprueba las transacciones en las que la SDE y la SEAE tienen una recomendación favorable. En los casos en los que se recomienda el condicionamiento, el CADE cambia algunas veces los términos de las condiciones propuestas. A menudo, estos cambios surgen de las propuestas de modificación que presentan las partes en la fusión una vez que el caso llega al CADE.
39. Una disposición adicional que se añadió en 2004 por medio de la Orden Conjunta No. 8/2004 ampliaba el procedimiento sumario a las transacciones en las que ningún participante registrara un volumen de ventas en Brasil superior a los 400 millones de reales. Excepto por las transacciones reportables bajo la prueba de la participación de mercado de 20 por ciento, esta disposición ha sido invalidada por la decisión del CADE de recurrir únicamente a las ventas en Brasil al aplicar el umbral de volumen de ventas.

40. Esto no sucedía en el pasado con respecto a la SDE, que normalmente sobrepasaba su límite de 30 días, incluso luego de hacer ajustes para contemplar las solicitudes de información.
41. Una sección de la ley propuesta, que trata con los procedimientos en las reuniones del Pleno, otorga a la SEAE la oportunidad de presentar argumentos orales con respecto a cualquier caso en el que haya estado involucrada. Esta disposición contrasta con la regulación procesal (Resolución 12, párrafo 12) que establece que sólo el “demandado, demandante o el investigador o sus respectivos abogados” pueden estar invitados a presentar declaraciones durante las deliberaciones del CADE a fin de emitir un fallo. De acuerdo con el Informe de 2000 (página 206), la SDE y la SEAE “lamentaron” no poder comparecer ante el CADE durante las deliberaciones del caso de la fusión de empresas cerveceras en el que participó AmBev para defender sus recomendaciones contra las críticas de las partes en la fusión.
42. Al amparo del Artículo 54 párrafo 5 vigente, la multa por un registro extemporáneo fluctúa entre 60,000 y 6 millones de unidades fiscales de referencia (UFIR). Dada la abolición de las UFIR, la propuesta de ley reexpresa los límites de 60,000 a 6 millones de reales. Esto resulta en una ligera reducción de los límites, pues el valor de una unidad fiscal de referencia se fijó en 1.0641 reales. El borrador de la ley convierte también a reales los límites de los demás artículos de la Ley 8884 que en la actualidad están expresados en UFIR (específicamente, los Artículos 23, 25 y 26).
43. La SDE se divide en dos departamentos, uno con responsabilidades relacionadas con la ley de competencia (el Departamento de Protección y Defensa Económica, DPDE) y el otro responsable de la ley de protección al consumidor (el Departamento de Protección y Defensa del Consumidor, DPDC).
44. El Artículo 10 §III, que contempla que el Procurador General (previa aprobación del CADE) puede “solicitar medidas al tribunal a fin de impedir violaciones al orden económico” se considera problemático y nunca ha sido utilizado. Cuando se ha requerido un mandato de desagravio, la SDE invoca el Artículo 52, conforme al cual se pueden emitir órdenes para impedir daños a la competencia durante un procedimiento administrativo.
45. Teóricamente, el Procurador General del CADE está subordinado al Procurador General Federal. En la práctica, opera de manera independiente. De forma similar, los abogados que forman parte del personal de la Oficina del Procurador General del CADE son provistos por la Oficina del Procurador General Federal y, teóricamente, son responsables ante esta segunda dependencia. De hecho, se encuentran bajo las órdenes del Procurador General del CADE.
46. Tres de estos casos se describen en la sección de este informe que trata con la revisión judicial de los procedimientos del CADE.

47. Otra disposición de la Ley 8884 que menciona al Fiscal Público es el Artículo 10 §IV, que autoriza al Procurador General del CADE (con la aprobación previa del CADE) a resolver casos pendientes de fallo en el tribunal por medio de negociación luego de “escuchar a un representante” del Fiscal Público. En la historia del CADE no se registran arreglos de casos pendientes de fallo en los tribunales, de aquí que no haya habido oportunidad de determinar el papel del Fiscal en esa situación.
48. Los nombramientos de los Comisionados se escalonan de manera expresa, a fin de que, dentro de cualquier ciclo de cuatro años, venzan dos plazas en el segundo año, dos más en el tercero y tres en el cuarto año.
49. Antes de las modificaciones de 2000, la SEAE no gozaba de poderes de investigación como tales al amparo de la Ley 8884. En la página 188 del Informe de 2000 se destacaba que una ley distinta (la número 9021), facultaba a la SEAE con ciertas capacidades de investigación. Al amparo del Artículo 10 de la Ley 9021, la SEAE puede requerir a una empresa que justifique sus acciones en caso de que la SEAE cuente con evidencia de que la empresa podría haber violado la Ley 8884 al imponer precios excesivos o aumentos abusivos. A partir de 2000, La SEAE dejó de emplear la Ley 9021, inclinándose por la autoridad ampliada que le confiere la Ley 8884.
50. El Secretario de la SDE también tiene discreción sobre la posibilidad de revelar o no la existencia de una investigación preliminar. Antes de la promulgación de las modificaciones de 2000 era obligatorio mantener la confidencialidad acerca de estas investigaciones. Las modificaciones también facultaron a la SEAE con discreción acerca de la posibilidad de revelar la existencia de cualquier investigación de la SEAE (Art. 35-A, §2).
51. La prescripción legal aplicable a las violaciones a la Ley 8884 depende de si la conducta respectiva también viola alguna ley penal. De ser así, el límite de prescripción para que la SDE inicie un procedimiento administrativo es de 12 años a partir de la fecha de la violación. (Ley Número 9873/99). De lo contrario, prescribe en cinco años Orden No. 849 de la SDE (22 de septiembre de 2000), Art. 54.
52. Entre 2000 y 2004, el CADE revisó 127 determinaciones de la SDE para cerrar investigaciones preliminares: 34 en 2000, 32 en 2001, 7 en 2002, 1 en 2003 y 53 en 2004.
53. El Artículo 30, párrafo 2 también contempla que las quejas formales dirigidas a la SDE por el Senado o la Cámara de Diputados deben pasar directamente a un procedimiento administrativo sin investigación preliminar.
54. La Orden 849 (2000) de la SDE establece las reglas de operación de la Secretaría en cuestión de investigaciones preliminares, procedimientos administrativos,

audiencias de desahogo de pruebas, testigos periciales, transferencias de casos al CADE, desagravio temporal al amparo del Artículo 52, arreglos al amparo del Artículo 53, indulgencia y la protección de información confidencial.

55. En casos de conducta con respecto a los cuales la SEAE ha optado por proporcionar una opinión, las conclusiones a las que llega el organismo normalmente son congruentes con las de la SDE, aunque el método de análisis difiera. Los fallos definitivos del CADE con respecto a la legalidad de la conducta objeto de estudio rara vez difieren de las conclusiones recomendadas por la SDE (y la SEAE). Sin embargo, algunas veces el CADE formula una corrección distinta donde se encuentra la falta.
56. De acuerdo con la ley brasileña, sólo se puede utilizar el recurso de la interceptación de comunicaciones en investigaciones penales.
57. Las regulaciones de aplicación para el programa se presentan en el Capítulo V de la Orden 849 (2000) de la SDE.
58. Una corporación o individuo que intente establecer un acuerdo de indulgencia, pero no cumple las condiciones para ello, puede establecer otro acuerdo con respecto a una conducta ilegal de la que la SDE no esté enterada. En ese caso, la pena para el demandado en el procedimiento original se reducirá en una tercera parte, sin perjuicio de la garantía sobre los beneficios plenos de la indulgencia con respecto a la nueva infracción (Art. 35-B, §§ 7, 8).
59. Otra objeción constitucional que, generalmente no se considera persuasiva, se basa en una disposición de la Constitución brasileña (Art. 98 I) que contempla expresamente la “conciliación” de casos penales de poco alcance en tribunales locales especiales. Se interpreta que la falta de una referencia constitucional a la “conciliación” de cualquier otro tipo de casos penales implica que los demandados en esos casos no cumplen las condiciones necesarias para participar en un acuerdo de indulgencia.
60. Estos acuerdos en efecto protegen a los participantes en programas de indulgencia, debido a que otros demandantes se someten a la jurisdicción del fiscal que tome medidas primero en un caso específico.
61. De acuerdo con un comentarista, el establecimiento de un programa de cumplimiento con la ley de competencia se ha convertido en una prioridad para las empresas multinacionales que operan en Brasil. Véase, Zarzur, Cristianne, “Cartel investigation in Brazil—moving forward into global trends”, *Global Competition Review* (2004), disponible en http://www.globalcompetitionreview.com/ara/bra_cartels.cfm
62. No se emiten órdenes precautorias en casos de cártel debido a que un mandato que prohíba la “colusión” no suma nada a la prohibición legal existente.

63. También en este caso se está investigando (aunque sin estar afectada por la orden temporal) la conducta de la Asociación en el cabildeo exitoso del gobierno municipal de Brasilia para la obtención de una orden de acuerdo con la que sólo los miembros de la Asociación tienen permitido vender equipo contra incendios en el Distrito Federal.
64. No se aplica un requerimiento similar de publicación a los acuerdos negociados con el Comisionado Relator una vez que el caso esté pendiente de proceso ante el Consejo. Sin embargo, como asunto práctico, el principio de que el arreglo no es apropiado en los casos en los que el gobierno cuenta ya con suficiente evidencia para encontrar una infracción asegura que los casos que llegan al CADE rara vez cumplirán los requisitos para terminar en un arreglo negociado.
65. Resolución 20, Art. 2 (9 de junio de 1999) del CADE.
66. Las modificaciones de 2000 no ampliaron al CADE la nueva facultad que otorga el Artículo 35-A para solicitar que la Oficina del Procurador Federal obtenga órdenes judiciales para cateos sin notificación previa. El Artículo 35-A está reservado a la SDE y la SEAE.
67. Resolución 20, Art. 3 (9 de junio de 1999) del CADE.
68. Resolución 12 (1998), Artículo 15 del CADE. La Resolución 12 establece reglas internas de operación para el Consejo, incluyendo procedimientos para las reuniones del Consejo, audiencias de desahogo de pruebas, ejecución de sentencias y protección de información confidencial.
69. El CADE también puede recomendar a los organismos gubernamentales apropiados que se otorguen permisos obligatorios a patentes propiedad del demandado y que se suspenda cualquier incentivo fiscal o subsidio otorgado al demandado.
70. La reglamentación procesal de la SDE establece que los procesos del organismo deben realizarse a fin de “observar, entre otras cosas, las reglas de legalidad, propósito, motivación, razón, proporcionalidad, moralidad, defensa plena, procedimientos adversos, seguridad legal, bienestar y eficiencia públicos”. Orden No. 849 de la SDE, Art. 2 (2000).
71. Orden No. 849 de la SDE, Capítulo VIII (2000), Resolución 12 del CADE, Punto II, Sección 2 (1998).
72. Los organismos del SBDC afirman que han fortalecido los procedimientos para salvaguardar el material confidencial de ser revelado de manera no intencionada o por otras razones.
73. Véase el Informe de 2000, página 194.

74. El proyecto mantiene la disposición en la ley vigente de acuerdo con la que las quejas dirigidas a la SDE por el Senado o la Cámara de Diputados deben pasar directamente a un procedimiento de investigación formal (“investigación administrativa”) sin investigación preliminar “procedimiento preparatorio”). La disposición se amplía para hacerse aplicable también a las recomendaciones de la SEAE (que, como se comentó con anterioridad, ya no ejerce su propia autoridad de investigación obligatoria).
75. A su vez, el CADE falló acerca del caso en julio de 2005.
76. Resolución 12, Art. 15 (1998) del CADE.
77. Cabe tal vez notar también que Brasil tiene una larga tradición de gobiernos altamente burocratizados en los que los largos retrasos son normales. Véase Rosenn, Keith S., “Brazil’s Legal Culture: The Jeito Revisited”, *Florida International Law Journal* 1 (1984).
78. Las penas dispuestas en el Artículo 25 no se aplican a las órdenes precautorias y mantienen por separado los convenios (APRO) establecidos en casos de fusión al amparo de la Resolución 28 del CADE, debido a que estos rubros no están fundamentados en la Ley 8884. Los Artículos 12 y 13 de la Resolución establecen que estas órdenes y convenios especificarán una multa diaria que impondrá el CADE en caso de incumplimiento. A la fecha, el CADE no ha impuesto multa alguna al amparo de estas disposiciones.
79. La Ley 8884 contempla que el CADE tiene discreción para presentar acciones judiciales que busquen la ejecución de multas en el Distrito Federal (Brasilia) o en el distrito en el que se encuentra el domicilio del demandado (Art. 64). La preferencia general del CADE consiste en registrar los casos en Brasilia, por así convenir a la oficina del CADE y porque es más probable que los tribunales de Brasilia tengan experiencia previa (y por lo tanto estén más familiarizados) con el CADE como organismo de obligación al cumplimiento de la ley. Sin embargo, el CADE busca la ejecución en el domicilio del demandado en casos en los que sea necesario el embargo de activos para cubrir el pago de la multa.
80. El interés se acumula a una tasa legal contra el monto de la multa impuesta, de manera que se desalienta a que los demandados incurran en litigios innecesarios sólo para retrasar el pago.
81. La Oficina del Procurador Federal es responsable por el cobro de las multas impuestas por la SDE o la SEAE.
82. De acuerdo con el Artículo 66 de la Ley 8884, un tribunal, en las circunstancias apropiadas, puede ordenar el cumplimiento inmediato con las disposiciones de conducta incluidas en un fallo del CADE “sin detrimento del depósito de las multas o fianzas ante el tribunal”.

83. La ley de competencia no contempla la revisión judicial de los fallos del organismo. El Artículo 5 § XXXV de la Constitución brasileña garantiza la revisión judicial de cualquier acto que dañe o amenace los derechos de una parte.
84. Aunque las decisiones del CADE que aprueban las órdenes precautorias de la SDE al amparo del Artículo 52 parecen blancos fáciles para el cuestionamiento judicial por las partes afectadas, la Oficina del Procurador General del CADE no tiene registro alguno de tales litigios.
85. Para el primer tribunal regional, que está domiciliado en Brasilia y trata con frecuencia casos del SBDC, se tienen tres jueces en un panel y cinco en una sección.
86. En los tribunales regionales y el Tribunal Superior de Justicia, tanto los paneles como las secciones comprenden menos que el número total de jueces en el tribunal. Normalmente, el tribunal en pleno sólo se reúne para tratar asuntos administrativos.
87. El Artículo 68 de la Ley 8884 contempla que la ejecución de las decisiones del CADE “tendrá prioridad sobre otros tipos de acción” (excepto por los casos de *habeas corpus* de ciertos autos. Sin embargo, esta disposición no se aplica a acciones iniciadas por demandados contra fallos del CADE.
88. El CADE invoca varias disposiciones de una ley de procedimiento civil (número 8437/92) en este tema. El proyecto de modificación de la ley de competencia incluye una disposición que hace que la Ley 8437 sea expresamente aplicable a decisiones emitidas por el CADE.
89. La aplicación del fallo de un tribunal de segunda instancia se ha aplazado mientras el tribunal considera la moción de aclaración del demandado.
90. Artículo 103 IX de la Constitución. Debido a que el caso se presentó contra el Congreso y el Presidente de la República y no surgió de un procedimiento del CADE, este organismo no es parte ante el Tribunal.
91. En el caso ante el Tribunal Federal Supremo, una Unimed afirma que la aplicación de la Ley 8884 a este tipo de cooperativas de salud sin fines de lucro como son las Unimed violaría el derecho de asociación al amparo del Artículo 5 XVII de la Constitución brasileña.
92. La Resolución implementa el Artículo 7 XVII de la Ley 8884, que faculta al CADE para “responder consultas en asuntos dentro de la esfera de su autoridad”.
93. No se dispone de estadísticas acerca del número de acusaciones por faltas a los principios de la competencia.

94. El Artículo 29 también contempla que cualquier procedimiento pendiente del CADE que examine el mismo problema de conducta que la demanda privada no puede aplazarse mientras la acción privada esté pendiente de resolución.
95. A fin de entregar una notificación a personas domiciliadas en el extranjero, el SBDC debe recurrir a exhortos emitidos por el Tribunal Federal Supremo.
96. Esta formulación fue adoptada por el SBDC en un caso de 2003 que involucró a Woodward Governor Company y Knowles Intermediate Holding, Inc.
97. El papel del comercio internacional también se menciona explícitamente en el Artículo 58 de la Ley 8884, que es la disposición que autoriza al CADE a imponer “compromisos de desempeño” a las partes en la fusión. La ley contempla que, al formular los compromisos, el CADE “tome en consideración el alcance de la competencia internacional en una industria determinada y su impacto en los niveles de empleo, entre otras circunstancias relevantes” (Art. 58 ¶ 1).
98. Los cuatro miembros del Mercosur mantienen una tarifa externa común y negocian en bloque en los foros comerciales internacionales. Chile y Bolivia se convirtieron en miembros asociados del Mercosur en 1996 y 1997, respectivamente, pero no participan en la tarifa externa común.
99. Además de las cuotas por notificación del Artículo 54, el CADE también recauda cuotas misceláneas por consultas al amparo de la Resolución 18, por servicios de fotocopiado y la venta de publicaciones.
100. Este cargo, instituido en 2002 y conocido como “Cuota de Fiscalización” generó ingresos (en miles de dólares) de \$550 en 2002, \$480 en 2003 y \$300 en 2004.
101. Los 28 asistentes temporales del CADE son otra excepción.
102. Por ley, sólo el Presidente de la República nombra a los tres niveles superiores DAS. En el sistema DAS, el nivel 7 es una plaza de Ministro, el nivel 6 es una plaza de Secretario de Ministerio (o de Presidente en el CADE) y el nivel 5 es de Subsecretario de Ministerio o Director de Departamento (o comisionado del CADE).
103. El notablemente elevado número de empleados por contrato sin plazas DAS en el CADE (de 124 contra 15 y 16 en los otros dos organismos), sugiere que el CADE tiene un contingente anormalmente alto de personal de servicios de apoyo. La impresión puede ser errónea por dos razones. Primero, como se destacó arriba, 28 de los empleados del CADE sin plaza DAS son profesionistas contratados temporalmente para realizar trabajos sustantivos. Segundo, tanto la SDE como la SEAE reciben servicios de apoyo de las oficinas centrales del ministerio, cuyos empleados no aparecen en las nóminas de la SDE o la SEAE.

104. La descripción de una plaza específica del servicio civil ha demostrado ser particularmente útil tanto para la SDE como para la SEAE, debido a que es lo suficientemente amplia como para cubrir la misión relacionada con la obligación al cumplimiento de la ley de competencia. La plaza responde al nombre de “Especialista en Políticas Públicas y Gestión Gubernamental” (*Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental*, o “gestor”) y fue diseñada para empleados dedicados al análisis e implementación de políticas. Las plazas de gestor son creadas y asignadas por el Ministerio de Planeación, Presupuesto y Administración y son relativamente escasas. A fines de 2004 la SDE empleó 12 gestores, mientras que la SEAE empleó 23, la mayoría de los cuales se encontraban en puestos con suplemento salarial DAS. En contraste, el CADE sólo empleó un gestor, quien también mantenía una plaza DAS.
105. Aun cuando los juristas pertenecientes a la Oficina del Procurador General de CADE informan a éste y no al Procurador General Federal, es a éste a quien compete determinar cuantos procuradores deben asignarse a CADE. El número actual es 13, cifra inferior a los 18 a 20 que se indicaban en el Informe de 2003 (Pág. 187)
106. Uno de los costos de las deficiencias en la memoria institucional se encontró en el proceso de elaboración de este informe, pues resultó difícil para el CADE responder a preguntas acerca de sus actividades entre 2000 y 2001. Pocos empleados de aquella época permanecen en el organismo y la investigación de archivos demostró consumir mucho tiempo.
107. De los 800 asuntos, cerca de la mitad son demandas que han sido agendadas, pero para las cuales no se ha determinado si debe abrirse una investigación. Cerca de 200 son investigaciones preliminares y otras 200 son procedimientos administrativos y 25 son casos de fusiones.
108. Aún así, existen algunas funciones tanto en la SDE como en la SEAE que no corresponden fácilmente a descripciones de plazas del servicio civil. Por ello, ambos organismos intentan obtener plazas de gestor del Ministerio de PPA. Como se comentó antes, a fines de 2004 la SDE empleó 12 gestores y la SEAE 23.
109. Las referencias normalmente aparecen en una lista de “principios constitucionales” que se consideran aplicables a la regulación económica. Por ejemplo, el Artículo 5 de la Ley de Telecomunicaciones requiere que el organismo de este sector considere principios de “libre competencia, libre iniciativa, protección del consumidor y restricción de abusos en el poder económico”, al igual que “la soberanía nacional, la función social de la propiedad, la reducción de las disparidades regionales y sociales y la continuidad del servicio” al tomar decisiones.
110. Ley 9478/97, Art. 10.

111. Para este fin, el CADE invoca el Artículo 7 de la Ley 8884, que autoriza al organismo a “solicitar información de personas, organismos, autoridades y otras entidades públicas o privadas” en la consecución de sus obligaciones legales.
112. La regulación se encontraba antes en manos del Ministerio de Transporte.
113. Existe poco transporte ferroviario entre ciudades o estados en Brasil, y el servicio de autobuses al interior de los estados es regulado por estos. La transportación en camiones de carga no está regulada excepto por lo que concierne a las disposiciones técnicas y de seguridad.
114. El Informe de 2000 (página 229) destacó que el Código de Defensa del Consumidor se aplicaba a los bancos y que el departamento de defensa del consumidor de la SDE había procesado toda una serie de casos contra instituciones bancarias. Esto ha seguido cumpliéndose desde entonces, aunque el tema de la posibilidad de aplicación del Código a los bancos ahora se encuentra pendiente ante el Tribunal Federal Supremo.
115. La CMED se creó con base en la Ley 10742/03. Antes de 2003, la autoridad en términos del establecimiento de precios de medicamentos estaba depositada en la CAMED, entidad predecesora establecida en 2000. La Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria es la responsable por la administración de los límites superiores a los precios que establece la CMED.
116. La IBRAC, miembro especialmente notable de la comunidad relacionada con la ley de competencia en Brasil, es una asociación no gubernamental de cerca de 500 corporaciones, bufetes legales y personas físicas (abogados, economistas y académicos) interesados en el fomento y desarrollo de la ley y las políticas de competencia en el país.
117. Un caso que está siendo investigado por la SDE puede también llevar a una solicitud del CADE al amparo del Artículo 7 X. Como se describió anteriormente, la SDE está analizando las acciones concertadas de una asociación de fabricantes de extinguidores de fuego en Brasilia para obtener una orden municipal en el sentido de que sólo se autorice a miembros de la asociación a vender equipo contra incendios dentro del Distrito Federal.
118. Al amparo tanto de la Ley 8884 como de la propuesta de ley, la capacidad de la SEAE para emplear herramientas de investigación obligatoria no se extiende a los estudios del mercado en general. La SEAE cuenta con autoridad para realizar demandas ejecutables de testimonios o documentos (para su uso directo de acuerdo a la ley vigente y por solicitud ante la Dirección General en la propuesta de ley), sólo cuando existen fundamentos para sospechar algún tipo de conducta ilegal. Sin embargo, la SEAE no considera que la falta de proceso obligatorio para los estudios generales de mercado sea un problema, pues piensa que

cualquier mercado para el que sean necesarias demandas ejecutables presentará circunstancias que justifiquen una investigación de cumplimiento de la ley.

119. Parte del esfuerzo educativo se centra en la explicación de los efectos dañinos de los cárteles y de las desventajas de regular los precios de forma “indirecta” mediante órdenes judiciales que ataquen los precios “abusivos” o “depredadores” (*dumping*). También se dedica atención al tema cercanamente relacionado de por qué son indeseables las tarifas emitidas por organizaciones profesionales.
120. CADE: www.cade.gov.br/; SDE: www.mj.gov.br/sde/; SEAE: www.fazenda.gov.br/seae/. El sitio de la SEAE también incluye material en inglés.
121. Los tres organismos están trabajando en un proyecto para desarrollar un sitio colectivo en Internet que sirva como portal común para el SBDC.
122. Uno de los premios tiene financiamiento del IBRAC y el ETCO (Instituto Brasileño de Ética en la Competencia); el otro es financiado por el CIEE (Centro para la Integración de Empresas y Escuelas).
123. Los principios económicos se han incorporado de manera gradual a los planes de estudios de derecho y los temas de competencia y regulación se han convertido en un área de especialización en los departamentos universitarios de economía y derecho.
124. El SBDC cita el auge mediático que recibió gracias a un artículo publicado en noviembre de 2004 en la revista *Exame*, una de las principales publicaciones de negocios en Brasil. El artículo se tituló “Alguaciles del Mercado” y presentaba perfiles de los dirigentes de cada uno de los tres organismos de competencia y de la Comisión de Valores de Brasil, detallando el trabajo realizado por cada organismo. A partir de este artículo se presentaron otros acerca de los organismos en muchos de los principales periódicos brasileños (como *O Globo*, *O Estado de São Paulo*, *Folha de São Paulo*, y *Valor Econômico*) y en la revista semanal *Época*.
125. Por supuesto los poderes ejecutivo y legislativo actúan para llenar las vacantes sin retrasos indebidos.
126. Por otra parte, no existe base similar para objetar los sistemas de acuerdo con los cuales las cuotas atribuibles a los servicios prestados (como para revisar notificaciones de fusiones) se remiten al organismo que presta el servicio.
127. Véase OCDE, *Recommendation of the Council Concerning Merger Review* (23 de marzo de 2005) [en adelante “Merger Review Recommendation”] §IA1.2(1), disponible en: <http://www.oecd.org/competition>; International Competition Network, Merger

Working Group, Merger Notification and Procedures Subgroup, *Recommended Practices for Merger Notification Procedures* [en adelante “ICN Merger Notification Procedures”], § IB comment 1, disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/mnprecpractices.pdf>.

128. ICN Merger Notification Procedures, § IIB, comment 1.
129. ICN Merger Notification Procedures, § IC, comment 3.
130. Las partes que desean obtener el punto de vista del CADE acerca de la legitimidad en términos de competencia de las transacciones propuestas no relacionadas con fusiones pueden solicitar una consulta al amparo de la Resolución 18 del CADE, cuyo costo (5,000 reales) es mucho menor que los 45,000 reales que cuesta la cuota de notificación.
131. OECD Merger Review Recommendation, § IA1.2 (4); ICN Merger Notification Procedures, § IVC, comment 5.
132. ICN Merger Notification Procedures, § IVA, comment 1.
133. OECD Merger Review Recommendation, § IA1.3.
134. ICN Merger Notification Procedures, § IVC, comment 2.
135. ICN Merger Notification Procedures, § IVC, comment 4.
136. En Estados Unidos, donde las entidades privadas normalmente pueden recaudar triples daños por violaciones a los principios de la competencia, recientemente se promulgó una legislación para tratar el problema de la exposición del participante en el programa de indulgencia a sentencias de daños civiles. La Sección 213(a) de la Ley de Mejorías y Reformas de las Sanciones Penales contra la Competencia (de 2004 (Título II de la Ley Pública 108-237, 118 Estatuto 661, codificado como nota a 15 USC § 1) contempla que, en un proceso de daños privados, la parte que ha recibido la indulgencia por parte de la División Antimonopolios de los Estados Unidos sólo se sujetará a la imposición de los daños efectivos atribuibles a la conducta ilegal de la parte.
137. Como se describió en párrafos anteriores, las entidades privadas también han planteado otras inquietudes acerca del programa de indulgencia, destacando que existe incertidumbre acerca de (1) la discreción por ley del CADE (en casos en los que la SDE tenía conocimiento previo de la conducta ilegal) para evaluar la cooperación y buena fe de una parte en la determinación de las reducciones de las sanciones y (2) la falta de claridad de la situación constitucional del programa en tanto que infracción argumentable del poder judicial. Acerca del primer punto cabe solamente apuntar que el CADE tiene amplios incentivos para realizar evaluaciones justas, pues de otro modo el programa no permitiría el progreso eficaz de los intereses del CADE en relación con el cumplimiento de la ley. En

cuanto al segundo punto, no existe solución alguna hasta que el Tribunal Federal Supremo emita su fallo sobre la constitucionalidad del programa.

138. La única recomendación adicional que puede ofrecerse con respecto a los casos judiciales que involucran al CADE es que los tribunales que tratan objeciones a fallos del CADE que imponen multas deberían observar estrictamente el Artículo 65 de la Ley 8884. De acuerdo con dicho artículo, las partes que buscan aplazar la ejecución de las multas deben depositar el colateral apropiado en el tribunal en función del monto en disputa.
139. ICN Merger Notification Procedures, § VIIIIC, comment 3; cf. OECD Merger Review Recommendation, § ID.
140. Véase *International Competition Network, Merger Working Group, Analytical Framework Subgroup, Discussion Draft Merger Guidelines Workbook* [borrador 16 de mayo de 2005], disponible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/annualconferences.html>. El SBDC también debería actualizar sus lineamientos para casos de conducta con relación a la Resolución 20 o retirarlos, pues rara vez se citan de manera explícita en los fallos del CADE y no parecen reflejar las políticas actuales del SBDC para la evaluación de casos.
141. ICN Merger Notification Procedures, § VIIIIC, comment 2.
142. OECD Merger Review Recommendation, § IA.2.
143. La relación que existe entre el departamento de protección del consumidor de la SDE y las entidades locales para este propósito puede utilizarse para facilitar este esfuerzo de recolección de datos.
144. Como parte de este programa, el SBDC debería fomentar el desarrollo de una base de datos que contenga información acerca del volumen, la naturaleza y el resultado de las demandas penales al amparo de la Ley de Delitos Económicos.
145. Los esfuerzos del CADE para defender la cultura de la competencia deberían continuar, incluso si la SEAE también participa en esta actividad en términos de la redacción en la propuesta de ley que confiere a la SEAE la responsabilidad por el fomento de la competencia “ante la sociedad civil en general”.

OECD PUBLICATIONS, 2, rue André-Pascal, 75775 PARIS CEDEX 16
IMPRESO EN FRANCIA



POLICY BRIEF

Competition Law and Policy in Brazil

How is competition law enforced in Brazil?

What are the principal strengths and weaknesses of the BCPS?

How can Brazil make the BCPS more effective?

What can CADE do to increase its effectiveness?

For further information

For further reading

Where to contact us?

Introduction

The modern era of competition policy in Brazil began in 1994 with the enactment of a new law as part of the “Real Plan”, a set of policies developed to deal with a period of hyperinflation. The law established a Brazilian Competition Policy System (BCPS) consisting of three agencies: a re-configured Administrative Council for Economic Defence (CADE), which had originally been created in 1962, the Economic Law Office (SDE) in the Ministry of Justice, and the Secretariat for Economic Monitoring (SEAE) in the Ministry of Finance. CADE has adjudicative authority in BCPS cases, while SDE has the principal investigative role, and SEAE is primarily responsible for providing economic analysis.

An OECD report in 2000 reviewed the activities of the BCPS since 1994, concluding that while much had been achieved in the effort to develop a fully functioning market economy in Brazil, much remained to be done. In 2005, the OECD updated the earlier study with a new assessment, concluding that, despite serious handicaps, the BCPS has made substantial headway during the past five years in implementing sound competition policy in Brazil. The BCPS agencies exhibit a strong institutional dedication to high standards of integrity, autonomy, sound policy, and fair procedure; have an excellent leadership cadre; and enjoy a supportive business community. They are hindered, however, by a counter-productive institutional structure, inadequate staff, certain statutory provisions that interfere with efficient and effective law enforcement, and a slow judicial review system that is unfamiliar with competition law. The 2005 Report recommends changes that the CADE itself can make to enhance performance, and also suggests a variety of statutory modifications that would improve the legal environment for competition policy. ■

How is competition law enforced in Brazil?

The competition law establishes CADE as an autonomous agency consisting of a President and six Council members (or commissioners) appointed by the President of the Republic and approved by the national Senate for terms of two years, with the possibility of reappointment for one additional term. The members may not be removed from office except for cause. SDE, headed by a Secretary appointed by the justice minister, has a prosecutorial role, undertaking investigative functions and some preliminary enforcement functions. SEAE, headed by a Secretary appointed by the finance minister, has the same investigative powers as SDE, but no prosecutorial functions. The law requires SEAE to provide a technical analysis report to SDE on all merger transactions that are notified to the BCPS and also permits (but does not require) SEAE to provide opinions on investigations of commercial conduct opened by SDE.

Amendments to the competition law in 2000 expanded the investigative powers of the BCPS. The law now provides not only authority to compel production of documents and witnesses, but also permits the agencies to issue search warrants with 24 hours advance notice and request that the Federal Attorney obtain judicial warrants to execute unannounced search warrants (“dawn raids”). The amendments also empowered SDE to enter into leniency agreements under which individuals and corporations, if they co-operate in a case, are excused from some or all of the civil penalties for unlawful conduct under the competition law and protected from criminal prosecution under Brazil’s economic crimes law.

The substantive provisions of Brazil’s competition law appear in three articles. Articles 20 and 21 deal with all types of anti-competitive conduct other than mergers, while mergers, acquisitions, and similar transactions are addressed in Article 54. Article 20 provides that “any act in any way intended or otherwise able to produce the effects listed below, even if any such effects are not achieved, shall be deemed a violation of the economic order”. The specified effects are:

- to limit, restrain or in any way injure open competition or free enterprise;
- to control a relevant market of a certain product or service;
- to increase profits on a discretionary basis; and
- to abuse one’s market control.

Article 21 contains a lengthy but non-exclusive list of acts, including various kinds of horizontal and vertical agreements and unilateral abuses of market power, that are considered unlawful if they produce the effects enumerated in Article 20. In 1999, CADE issued enforcement guidelines for actions under Articles 20 and 21 specifying that for either horizontal or vertical restrictions to be found illegal, there must be evidence of the existence of market power as well as an anti-competitive effect on a substantial share of the relevant market. Although the guidelines do not specify that cartels are illegal per se, CADE assumes that anticompetitive effects exist once a cartel is shown to have market power.

Article 54 provides that “any acts that may limit or otherwise restrain open competition, or that result in the control of relevant markets for certain products or services” must be submitted to CADE for review. This requirement thus applies to all agreements and not merely to mergers. Advance notification is not, however, required and penalties attach only if the filing occurs more than 15 business days after the transaction. In practice, most penalties imposed for failure to file a notification relate to transactions that entail some structural realignment among the parties, and most filings relate to mergers and acquisitions rather than to other commercial agreements. The law establishes special notification thresholds for acts that constitute mergers. Notification is mandatory for any form of economic concentration where the resulting entity accounts for 20% of a relevant market or where any of the transaction participants had total turnover in the previous year of BRL 400 million (USD 156 million). An important decision by CADE in January 2005 determined that annual turnover would henceforth be measured using Brazilian rather than worldwide sales.

The competition law does not specify the substantive standard to be employed in reviewing mergers, but Horizontal Mergers Guidelines issued jointly by SDE and SEAE in 2001 specify that transactions will be assessed in terms of their economic welfare effects. Although CADE has not formally adopted the Merger Guidelines, it treats them as non-binding guidance and its most recent merger decisions have rejected transactions only if they entail anti-competitive consequences that are not offset by efficiency gains sufficient to increase consumer surplus.

CADE’s final decisions are subject to review in the courts and parties to CADE proceedings may also seek judicial intervention during the course of CADE proceedings. Judicial review proceedings are typically lengthy and few CADE cases have reached final resolution in the courts. In addition to the competition law itself, antitrust violations may also be attacked as crimes in court by public prosecutors, and the victims of antitrust violations may seek damages in private suits (although very few cases of the latter kind have ever been filed).

The competition law applies economy-wide and contains no express exclusions for particular sectors or firms. Commercial enterprises owned by federal or state governments are covered, as are companies operating in regulated sectors. In applying the statute to regulated firms, CADE avoids creating conflict with the operative regulatory scheme, and does not prosecute firms for unilateral conduct mandated or controlled by regulatory agencies. One exception to CADE’s universal jurisdiction has arisen in the banking sector, where there is a longstanding disagreement between the Central Bank and CADE over the control of bank mergers.

At present, three pieces of proposed legislation designed to re-model the competition law system in Brazil are pending. The first is a wide-ranging revision of the competition law that would combine SDE with CADE; add new institutional elements to CADE’s structure; and redefine SEAE’s role in the competition regime. The revisions would also institute a pre-merger notification system; alter the present triggering requirements for reporting mergers; and make other changes in the substantive and remedial provisions

of the law. The second proposal is an omnibus bill intended to revise and standardise the procedural requirements applicable to sector regulatory agencies, including various provisions affecting the relation between the sector regulators and the competition regime. The third bill would resolve the jurisdictional controversy respecting banks by giving exclusive jurisdiction over bank mergers to CADE, except for those involving a risk to the overall stability of the financial system, for which exclusive authority would lie with the Central Bank. ■

What are the principal strengths and weaknesses of the BCPS?

Particular strengths of the BCPS include a strong institutional dedication to high standards of integrity, autonomy, sound policy, and fair procedure; an excellent leadership cadre; and a supportive business community.

Weaknesses include a counter-productive institutional structure and a staff that is neither sufficient in size nor compensated adequately to retain qualified employees over the long term. The consequences of inadequate staff include poor institutional memory, inefficiency, and delay. Also, some statutory provisions relating to merger notification and to the leniency programme interfere with efficient and effective law enforcement, and the unfamiliarity of the courts with competition law is yet another source of difficulty. ■

How can Brazil make the BCPS more effective?

Consolidate the investigative, prosecutorial, and adjudicative functions of the BCPS into one autonomous agency.

There is a clear consensus in Brazil, supported by a decade of experience, that the current structure of the BCPS is not merely inefficient but counter-productive. The proposed legislation, by combining SDE with CADE and redirecting SEAE to focus on competition advocacy rather than case investigation, effectively consolidates all of the essential law enforcement functions of the BCPS into a single, autonomous agency. An alternate model, under which the President of CADE would be empowered to appoint (and remove) the Director General subject to approval by the Plenary, might deserve consideration if Brazil wishes to vest greater authority to control the law enforcement agenda in the hands of the President and the Plenary.

Protect the autonomy of the re-constituted CADE by extending the terms of the commissioners, the Director General, and other senior officers to at least four years (and preferably five), and by making commissioners' terms non-coincident.

The present statute, which provides that commissioners will serve a two-year term with the possibility of re-appointment for a second term, detracts from CADE's autonomy by creating an incentive for sitting commissioners to adjust their decisions in order to win re-appointment. Even if such adjustment never actually occurs, the short term limit creates the suspicion that it could. The proposed statute contemplates four-year terms. Because the President of Brazil serves a four-year term, consideration might also be given to establishing five-year terms, on the grounds that officers of autonomous agencies should have terms longer than that of the appointing political agent. Further, as the proposal provides, terms should be made non-coincident, to forestall the simultaneous replacement of all or most of the commissioners.

In making appointments, accord due consideration to the importance of technical expertise in economics and competition law.

Competition agencies apply broadly written legal standards to what can be highly complex forms of commercial activity. Technical expertise is important not only because of the high stakes for the parties involved, but also because ill-considered enforcement of a competition law can materially impair economic vitality, discourage investment, and reduce innovation.

Fix the Plenary's quorum at four (rather than five as now required in all cases) whenever the number of commissioners available to vote on a case is reduced to four by vacancies or recusals.

Adopt legislation creating CADE career positions and provide adequate resources to hire and retain a sufficient number of qualified professional staff.

Without career and permanent positions, CADE cannot compete effectively against other agencies to hire qualified personnel. Further, the problems that CADE faces cannot be resolved simply by creating career staff positions, because the number of, and the compensation associated with, those positions is also critically important. In any event, additional resources are warranted if SDE and CADE are to continue increasing the effort devoted to cartel enforcement (as recommended elsewhere in the report). Consideration might be given to the economic feasibility of establishing CADE regional offices in locations across Brazil.

Revise proposed bill to eliminate allocation of fine proceeds to CADE and SEAE.

The proposed bill allocates 25% of revenue from fines to CADE and an equal amount to SEAE, with the remaining 50% directed to the Fund for the Defence of Diffused Rights. The better practice is to remit fines to a general account disassociated from the enforcement agency.

Modify the merger notification and review process to:

- Adopt an explicit standard for reviewing the competitive implications of merger transactions (such as that in the proposed legislation, which prohibits mergers that “eliminate competition in a substantial part of the relevant market, that can create or strengthen a dominant position, or that can dominate a relevant market”).
- Establish a pre-merger notification system.
- Eliminate the present market share notification threshold and adopt thresholds based on the domestic turnover of both the larger and the smaller parties to the transaction.
- Eliminate notification of non-merger transactions, because the costs imposed by broad notification systems on the business community and on the enforcement agency typically exceed the resulting benefits to competition.
- Provide for expedited review and clearance of transactions that do not raise competitive concerns.

- Establish a final deadline by which CADE must determine whether to block a merger (rather than merely a deadline, as provided by the proposed law, by which transactions must be scheduled for judgment).
- Establish formal settlement procedures for merger cases.

Modify the leniency program to:

- Eliminate exposure of leniency participants to prosecution under other criminal laws (such as those against racketeering and conspiracy) in addition to the Economic Crimes Law.
- Reduce the exposure of leniency participants to civil damages awards.
- Adopt regulations providing that incriminating evidence provided by leniency programme applicants will not be used against them if they are found ineligible for participation.

Consider designating specialised judges and appellate panels to resolve competition law issues.

Limit the Economic Crimes Law to cartel violations.

Consider limiting civil suits for antitrust damages to parties and conduct that have been subject to a specific finding of illegality by CADE.

Adopt the provisions in the omnibus sector agency bill that establish standard procedures for enforcing the competition law and for participation by SEAE in agency proceedings to promulgate norms and regulations.

Adopt the pending bill providing for allocation of competition law enforcement authority in the banking sector. ■

Address anti-competitive restraints by state and local governments.

CADE should employ its consultation procedure and its authority under Article 7 X (which confers power on CADE to request action from federal agencies and from “state, municipal, Federal District and territorial authorities”) to examine anti-competitive restraints imposed by state and local governments.

Serve as a competition advocate with respect to federal legislation and regulatory programs.

Although the proposed bill provides SEAE with special responsibility for assessing the competitive implications of government regulatory activities, CADE will still retain and should exercise its power under Article 7 X of the competition law to request that federal agencies take any actions necessary for compliance with the competition law. CADE should also maintain its interpretation of Article 7 X under which CADE is vested with authority to recommend changes in anti-competitive regulations.

Update the 2001 Horizontal Merger Guidelines.

A project to revise the guidelines would provide an opportunity for the BCPS to describe more accurately the analytical elements actually employed in the examination of mergers and to address the merger review recommendations issued by the International Competition Network.

What can CADE do to increase its effectiveness?

Assure that case decisions enable the public to assess rationality and fairness in application of the competition law.

Because the private sector needs a clear understanding of legal constraints if it is to engage in efficient business planning, decisions issued by CADE should tie its analysis to applicable guidelines and identify whether the agency is introducing a new or modified analytic element.

Permit settlement of conduct cases by consent even where the defendant admits unlawful behaviour.

Conduct cases are now settled by consent only in circumstances where the defendant does not admit guilt and where no monetary fine is assessed by CADE. A settlement mechanism should also be available where a defendant does not wish to contest CADE's charges and is willing to plead guilty, pay a fine, and accept an order terminating the offending conduct.

Treat private suits seeking antitrust damages as opportunities for competition advocacy and develop more information about the competitive impact of such litigation.

A court handling a private suit that involves application of the competition law must notify CADE and invite CADE to assist in the proceeding. CADE's policy is to accept such invitations only when the conduct at issue in the private action has been the subject of a CADE proceeding and CADE has rendered a final decision on the conduct's legality. With respect to cases for which CADE has no proceeding of its own, CADE should consider treating such invitations as opportunities for competition advocacy. CADE should also develop a database containing information about the volume, nature, and outcome of civil suits for antitrust damages.

Continue existing BCPS programs to:

- focus law enforcement efforts on cartel cases;
- develop law enforcement cooperation agreements with sector regulatory agencies and prosecute anti-competitive conduct by firms in regulated sectors;
- establish consensus with the Public Prosecutor's Office respecting the role of the public prosecutors assigned to CADE;
- promote understanding of, and appreciation for, competition law among both public prosecutors and members of the judiciary; and
- increase the recognition and acceptance of competition principles in society at large, by advocating the development of a competition culture in Brazil. ■

For further information

For further information on the OECD's work on competition policy, please see our website at www.oecd.org/competition or contact us at dafcomp.contact@oecd.org.

For further information about this policy brief and the 2005 report on Brazil, please contact

Michael Wise, tel.: 33 (0) 1 45 24 89 78, e-mail: Michael.wise@oecd.org. ■

The OECD Policy Briefs are available on the OECD's Internet site:
www.oecd.org/publications/Policybriefs



ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT

For further reading

OECD (2005), **OECD Economic Surveys: Brazil**, ISBN 92-64-00747-4, € 42, 162 p.

Competition Law and Policy Developments in Brazil, OECD Journal of Competition Law and Policy, October 2000, Vol. 2, No. 3.

OECD, **OECD Journal of Competition Law and Policy**, ISSN 1560-7771, Subscription (3 issues per year), € 152.

The following publications are available at www.oecd.org/competition ("Country Reviews" section):

Competition Law & Policy in Turkey: An OECD Peer Review.

OECD publications can be purchased from our online bookshop:
www.oecdbookshop.org

OECD publications and statistical databases are also available via our online library:
www.SourceOECD.org

Where to contact us?

OECD HEADQUARTERS

2, rue André-Pascal
75775 PARIS Cedex 16
Tel.: (33) 01 45 24 81 67
Fax: (33) 01 45 24 19 50
E-mail: sales@oecd.org
Internet: www.oecd.org

GERMANY

OECD Berlin Centre
Schumannstrasse 10
D-10117 BERLIN
Tel.: (49-30) 288 8353
Fax: (49-30) 288 83545
E-mail:
berlin.contact@oecd.org
Internet:
www.oecd.org/deutschland

JAPAN

OECD Tokyo Centre
Nippon Press Center Bldg
2-2-1 Uchisaiwaicho,
Chiyoda-ku
TOKYO 100-0011
Tel.: (81-3) 5532 0021
Fax: (81-3) 5532 0035
E-mail: center@oecdtokyo.org
Internet: www.oecdtokyo.org

MEXICO

OECD Mexico Centre
Av. Presidente Mazaryk 526
Colonia: Polanco
C.P. 11560 MEXICO, D.F.
Tel.: (00.52.55) 9138 6233
Fax: (00.52.55) 5280 0480
E-mail:
mexico.contact@oecd.org
Internet:
www.rtn.net.mx/ocde

UNITED STATES

OECD Washington Center
2001 L Street N.W., Suite 650
WASHINGTON DC. 20036-4922
Tel.: (1-202) 785 6323
Fax: (1-202) 785 0350
E-mail:
washington.contact@oecd.org
Internet: www.oecdwash.org
Toll free: (1-800) 456 6323

The OECD Policy Briefs are prepared by the Public Affairs Division, Public Affairs and Communications Directorate. They are published under the responsibility of the Secretary-General.



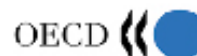
SESSION III: THE ROLE OF MERGER CONTROL IN LATIN AMERICA



ISSUES PAPER



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK
MULTILATERAL INVESTMENT FUND SUSTAINABLE DEVELOPMENT DEPARTMENT
SPECIAL OFFICE IN EUROPE



**ORGANISATION FOR ECONOMIC
CO-OPERATION AND DEVELOPMENT**
COMPETITION DIVISION

MERGER CONTROL LAWS AND PROCEDURES IN LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN

1. Latin American and Caribbean countries are at different places in their implementation of competition policy. In some a competition law has existed for several years; in others, for only a few years or less. Some countries do not have a competition law, but most of those are at some stage in drafting one. In any case, there is steady evolution in the development of competition laws throughout the region. Even countries that have long had such laws have recently made significant changes – Chile is one such country – or are actively considering them – Brazil is an example.
2. On no subject in this field is the situation more dynamic than in merger control. There is active debate, first on the threshold question of whether formal merger control is necessary or desirable for all countries, and second on the optimal structure of such a law, if it is decided to adopt one. This paper will discuss some issues that are relevant to this debate and offer questions for discussion. It will also address the related topic of ensuring efficiency in merger control procedures, focusing on the recently adopted Recommendation of the OECD Council Concerning Merger Review¹ and on work in the International Competition Network.

I. The need for merger control, and forms that it can take

A. Is merger control necessary?

3. There is a consensus that having a competition law is a necessity for any country intent on developing a market-based economy. There are now about 80 countries, large and small, that have some form of competition law, and the number continues to grow steadily. Estimates are that 15-20 countries without competition laws are actively considering adopting one.² That trend holds in the Latin America/Caribbean region. Research shows that 13 countries in the region have competition laws³ and another eight are at some stage in drafting one.⁴

¹ 23 March 2005 - C(2005)34

² See, UNCTAD 2004, Framework of Modern Competition Law and Policy, available at <http://www.fias.net/Conferences/CompetitionPolicyTanzDocs/Hassan%20Qaqaya%202.ppt>.

³ Argentina, Barbados, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Jamaica, Mexico, Panama, Peru, Uruguay and Venezuela.

⁴ Bolivia, Dominican Republic, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay and Trinidad and Tobago.

4. Competition laws typically address two types of conduct: restrictive agreements – express or implied agreements between two or more economic entities that adversely affect competition – and abuse of dominance or monopolisation – conduct by a single firm that harms competition. Merger control in most competition laws deals with these same two types of conduct. It is intended to prevent or otherwise remedy mergers that are likely to result in one of these anticompetitive outcomes – that is, mergers that make it easier for the firms remaining in a market to collude or to act co-operatively, or that create single firm market power or dominance.⁵
5. Merger control is fundamentally different from conduct provisions in competition laws, however, in that it operates prospectively, while the others operate retrospectively. Merger control attempts to predict the outcome of an event, and as such it is inevitably inexact. It is also resource intensive; merger analysis requires, at least in some cases, that one acquire a great deal of information in order to make an informed judgment about a merger. The process can be disruptive to businesses, which must provide the information demanded by the competition agency and may have to suffer some delay in consummating their mergers. These factors, coupled with the fact that the great majority of mergers are not competitively harmful, cause some experts to argue that merger control is not necessary, at least for some countries, and especially small ones.
6. Some useful background on this issue resulted from a discussion on “Competition Policy in Small Economies” in an OECD Global Forum on Competition held in Paris, France in February 2003.⁶ It was implicitly accepted by the participants in the Forum that small economies need competition laws; no one expressed the contrary view. The debate centered on what special characteristics a competition law or its implementation should have in a small economy. One of those special characteristics, of course, could be the absence of merger control, although that position was not specifically articulated either. The discussions were relevant to this question, however, and will be referenced below where appropriate.⁷
7. The table at the end of this paper contains brief descriptions of the merger control regimes, if any, of those Latin American and Caribbean countries that have competition laws. It will be seen that of the thirteen countries that have competition laws, four do not have formal merger control. It is known that some of the other countries in the region that are drafting a competition law are considering not including merger control.
8. The following are some of the arguments against merger control in a competition law enforcement regime:

Ours is a small economy; our markets are small, characterised by few firms and high concentration. Minimum efficient scale (MES) is large relative to the size of our markets. The traditional tests employed in merger analysis in large economies are irrelevant in small countries like ours.

⁵ The merger control standard may be broader than those that apply to the conduct provisions of a competition law, but in general it addresses the same types of anticompetitive conduct. That issue is discussed further below.

⁶ The documentation from that Forum is available on the OECD website at <http://www.oecd.org/competition/globalforum>.

⁷ For a description of the written submissions to the Forum see Secretariat Note, *Competition Policy and Small Economies*, at <http://www.oecd.org/dataoecd/57/13/2486724.pdf>.

9. These are good arguments for flexibility in applying competition law standards across countries. Market concentration safe harbours might be higher in small economies than in large ones. Efficiencies might have a more important role in competition analysis in a small economy than in a larger one. Experience in large economies to date has shown that while their laws are structured to give consideration to efficiency gains from mergers, that issue is not usually determinative when a merger receives close scrutiny. It could be different in a small economy, however. Most firms may not be operating at MES, so that mergers involving them may yield relatively greater efficiency gains. This view was expressed during the OECD Global Forum discussion on competition policy in small economies.⁸ But it does not seem that this argument by itself can justify fully omitting merger control. Even in small markets mergers could be anticompetitive and not justified by efficiency gains. All else being equal, one would want to prevent them. Of course, all else is almost never equal. Imposing merger control does introduce costs, which are further explored below.

Our country's economy is based on trade. Our markets are open to imports, and our largest companies are significant exporters. In this context, a merger of two domestic firms would seldom matter, given the number of actual and potential competitors from abroad, and in any case we have a strong interest in supporting our own national champions as they strive to compete in the global economy.

10. Like the first situation described above, where efficiency considerations are paramount, this set of conditions describes a context in which many mergers of domestic firms would not be competitively harmful, but it falls short of applying to all of them. Most obviously it does not protect against anticompetitive mergers in nontradable sectors, such as construction services or certain types of telecommunication services. Moreover, even when a particular good or service is tradable there may exist entry barriers in the relevant domestic markets, such as barriers related to distribution, which would cause a merger of domestic firms to be competitively problematic.

11. As for the need to relax merger control standards (and other aspects of competition law enforcement) in order to assist national champions, it is conventional wisdom that exporters are better equipped to compete in world markets if they are forced to compete at home. There is also evidence that monopoly profits at home are not the optimal source of capital for national champions. Apart from the fact that they benefit foreign consumers (through lower export prices) at the expense of domestic consumers, they do not impose the discipline on the national champion that independent sources of capital would. The result would be to make those enterprises less competitive globally.⁹ Finally, the application of merger control in domestic sectors that provide inputs to national champions, such as telecommunications, would benefit the exporters by keeping their costs at competitive levels.

The conduct provisions of our competition law – those that apply to restrictive agreements and abuse of dominance – are sufficient. They will catch anticompetitive conduct that results from mergers.

⁸ See, e.g., OECD, Secretariat Report on the OECD Global Forum on Competition: *Preventing Market Abuses and Promoting Economic Efficiency, Growth and Opportunity* (2004).

⁹ See, e.g., the contribution by Ireland to the 2003 Global Forum, at <http://www.oecd.org/dataoecd/58/8/2485758.pdf>.

12. This approach is attractive because it is the most efficient. Formal merger control can be costly, as discussed below, and it also inevitably produces type I errors – the rejection of mergers that are not competitively harmful. Dealing with anticompetitive mergers *ex post* avoids both of these problems, but it creates others. First, in most cases it forfeits the opportunity for a structural remedy – preserving the merging parties as separate, competing entities. Structural remedies are considered to be more effective in the merger context than behavioural remedies, but it will usually not be possible to apply them – to undo or restructure a consummated merger, especially if one waits until there are observable anticompetitive effects.¹⁰

13. But more important, the *ex post* approach will result in more type II errors – failure to remedy those mergers that are anticompetitive. First, it is axiomatic that not all violations of competition laws are discovered and prosecuted. Thus, a merger may alter the structure of a market in such a way as to permit the formation of a cartel, but conventional wisdom is that only one in three cartels are discovered, perhaps as few as one in six.¹¹ Second, certain types of anticompetitive conduct are not easily addressed under the conduct provisions of competition laws. The best example is “monopolistic pricing” by a dominant firm or a firm possessing market power. Such a firm created by a merger is most likely to exercise its market power simply by raising its prices above competitive levels. In some countries monopolistic pricing is not prohibited by the abuse of dominance provision of the law. In others it is technically prohibited but almost never prosecuted, because it is so difficult both to identify and to remedy. *Ex ante* control is the best way of remedying this most common type of harmful single firm conduct that results from mergers. Another example could be certain forms of tacit collusion that are made possible by a merger but which would be difficult to prosecute as anticompetitive agreements.¹²

Merger control is expensive. It imposes costs on both the business community, which has to comply with notification requirements, undergo lengthy investigations and suffer delays in consummating mergers, and on the competition agency, which must expend scarce resources in reviewing mergers. It's not clear that it's worth it – that the improved efficiency in our markets resulting from merger control would offset these costs.

14. This argument clearly has some merit. Merger control can be inefficient. An obvious response to this objection, however, is to make the process more efficient. Moreover, there is a growing international consensus on how to do this, which is discussed in part II below. Still, the problem can be a significant one, especially for countries just drafting or implementing a new competition law. The business community in a country may be strongly opposed to any form of merger control for efficiency reasons. This, in turn, could jeopardize a country's ability to enact any type of competition law. There are two approaches to this problem: first, to give the business community confidence that the proposed procedures will operate efficiently by conforming them to internationally recognised standards, and second, to implement formal

¹⁰ The ICN is preparing a comprehensive report on merger remedies, which it expects to approve at its annual meeting in Bonn, Germany in June, 2005. The document will be available on the ICN's web site.

¹¹ See, OECD 2003, *Hard Core Cartels – Recent Progress and Challenges Ahead*, available at http://www.oecd.org/document/36/0,2340,en_2649_37463_2516132_1_1_1_37463,00.html.

¹² In this sense, the substantive standard applying to merger control, for example, “substantial lessening of competition,” could be said to be broader than those that apply to the conduct provisions of a competition law.

merger control at some point in time after the effective date of the conduct provisions of the competition law. The two can be complementary, of course.

15. There is precedent for the second approach – delaying the implementation of formal merger control. Interestingly, two of the largest jurisdictions currently engaging in merger control, the United States and the European Union, did just that. The U.S.’s merger control statute, the Clayton Act, was enacted in 1914, long after the enactment of the Sherman Act in 1890. The EC Treaty, containing what are now Articles 81 and 82, became effective in 1957; the EU’s Merger Regulation was promulgated in 1990. It must be noted, however, that in both jurisdictions the conduct provisions in the first laws had some application to mergers, though it was considered incomplete. In Latin America, Argentina added formal merger control in 1999 to an older competition law.
16. One benefit to this approach, as noted above, is to make it easier for a country to enact its first competition law; another is that having experience in enforcing the conduct provisions of a competition law could assist in getting a new merger control regime “right,” both in substance and procedure. An obvious drawback is that the economic benefits from merger control are forgone during the interim period. A second is that unforeseen political and economic developments may make it more difficult, not less, to enact a merger control law at a later time.
17. In sum, the arguments against implementing a formal merger control regime have some validity, especially in small economies, but it does not seem that any argument can carry the day by itself. In combination they may be more persuasive, but the benefits of an effective merger control regime are also undeniable. A key element in successful merger control is efficiency. Fortunately, the accumulating experience across countries in merger control seems to be generating a consensus on that topic, which is discussed in Part II below.

Suggested questions for discussion

- *Some countries in the region have competition laws without formal merger control. What were the reasons for the omission of merger control? Describe your experience with this system. Has it been positive or negative?*
- *A majority of countries in the region, including some small economies, do have merger control as part of their competition law. How has it worked for you? Have you been able to avoid problems of inefficiency – of high costs and long delays – in your review process? If so, how?*
- *Does any country have experience with delaying the onset of merger control until sometime after the conduct provisions of the competition law become effective? What are the advantages and disadvantages of this approach?*

B. Forms of merger control laws

18. Merger control laws can take different forms, particularly as to whether, and at what time, formal notification is required. These different forms can have important implications for efficiency, though it is not clear that any one method is most efficient for all countries. Some of these methods are discussed below.

Mandatory pre-merger notification

19. Most OECD countries employ this method.¹³ These laws require the merging parties to report their agreement to the competition agency before they consummate the transaction and to refrain from consummation until after the expiration of a specified period of time. Most laws provide the competition agency with the power to extend the waiting period for a specified period in order to investigate further. The agency also has powers to require the parties to provide information and documents. Not all mergers must be notified. Small mergers are excluded from the requirement, based on size thresholds stated in the act or in regulations.¹⁴ Nevertheless, the rules that define the class of notifiable transactions can be complex, given the many different forms that merger transactions can take.
20. Notification has the obvious and important effect of giving the competition agency notice of a potentially anticompetitive event. Requiring that notification be made pre-merger has the additional benefit of permitting the competition agency to examine the transaction and to decide whether to block it or to require modifications before it is consummated. As noted above, structural remedies are preferred in the merger context, but it is difficult if not impossible to impose them if the transaction has been consummated. Pre-merger notification optimizes the agency's ability to apply structural remedies.
21. This process could negatively affect efficiency, however. The class of notifiable mergers may be too large, requiring businesses to notify mergers that almost certainly are not anticompetitive and the competition agency to spend resources reviewing those notifications. The rules applying to the notification process may be too complex or not sufficiently transparent, introducing uncertainty – even litigation – into the process. The waiting periods may be too long, or the competition agency may have too much authority to extend them, thus prolonging the delay in consummation of non-harmful transactions, which comprise the great majority of all mergers.
22. While pre-merger notification is the preferred model among OECD countries,¹⁵ of the eight Latin American and Caribbean countries that currently have merger control, only three – Barbados, Colombia and Mexico – employ mandatory pre-merger notification.¹⁶ It may be that this system is less appropriate for smaller economies. Other methods, explored below, might be indicated for these countries.

Mandatory notification, but consummation could occur prior to notification

¹³ An excellent source containing information on the merger control laws and procedures of 50 countries is *Getting the Deal Through – Merger Control*, at http://www.gettingthedealthrough.com/main_fs.cfm?book=MergerControl.

¹⁴ A potentially important issue in countries employing pre-merger notification is whether mergers that fall below the size thresholds for notification are nevertheless subject to the merger control law. That is, the competition agency could still block or apply a remedy post-consummation to an anticompetitive, non-notifiable transaction. Most experts think that an agency should have such powers, for two reasons: first, it is obvious that in the right circumstances small mergers can be anticompetitive, and the competition agency should not be powerless to remedy them; and second, the lack of such powers would tend to cause the agency to define the class of notifiable mergers too broadly, in order to catch all possible harmful mergers. This would have negative effects on efficiency.

¹⁵ But not all OECD countries employ it. Notably, in Australia, New Zealand and the United Kingdom notification is voluntary.

¹⁶ As noted in the table below, El Salvador's new law, which will become effective in 2006, also provides for mandatory pre-merger notification.

23. This type of system is much less common than mandatory pre-merger notification. On its face it has some disadvantages compared to pre-merger notification. It does not ensure that the competition agency will have the opportunity to review the transaction before it is consummated, and yet because notification is mandatory it entails many of the efficiency risks described above relating to pre-merger notification, and some that a pre-merger notification system does not have. If notifications are made post-consummation, for example, the merging parties may have incentives not to speed up the review by the agency, but to slow it down. It is possible, of course, that these infirmities could be overcome, at least to some extent. Businesses could be encouraged in various ways to provide notification in advance of consummation and/or to suspend consummation during the review even though they are not legally required to do so. The competition authority might have powers to order that the consummation process be stayed for a period of time when it learns of a potentially anticompetitive transaction.

24. In Latin America, Argentina and Brazil employ variants of this system. In Argentina it appears that in some cases there could be acquisition of control of the acquired entity before notification, but the law requires that upon notification there must be suspension of consummation. The suspension would help to preserve the ability of Argentina's competition agency to apply an appropriate remedy to an anticompetitive transaction and would provide a continuing incentive on the part of the parties to facilitate the agency's review. Brazil's difficulties with its system, on the other hand, are well known, and are outlined in the peer review report before this Forum. In recent years it has managed significant improvements in its review procedures, but the system imposes limits on what can be accomplished. There are proposals, as has been reported, for a change to pre-merger notification in that country.

Notification not required, but voluntary notification permitted

25. This is an interesting alternative to mandatory notification. Its obvious advantage is that it imposes fewer burdens on business and the competition agency than a mandatory notification regime does: it would almost certainly result in a lesser number of notifications being made. The offsetting disadvantage, of course, is the impaired ability of the competition agency to learn of anticompetitive mergers prior to consummation and to apply structural remedies to them. Still, there are aspects of a voluntary notification regime that could recommend it to a small economy.

26. The utility of formal notification may be less significant in a small economy; the competition agency might be more likely to learn of important mergers by public means. Of course, without a mandatory waiting period the agency could be hard pressed to deal effectively with the mergers it does learn about in that way. It seems that the answer to this problem is to implement procedures that provide incentives for businesses to notify the agency voluntarily of a proposed merger that could be objectionable and to refrain from consummation while the agency conducts its review. Such measures could include:

- Establishing a credible threat that the agency will oppose consummated mergers that it considers to be unlawful and that it will seek structural remedies in these cases to the extent possible. Businesses desire certainty when it comes to mergers; a significant possibility that the transaction could be undone or structurally altered at a future date could affect the parties' willingness to proceed, or at a minimum negatively affect the terms of their agreement.
- Creating the power in the competition agency to impose, or to apply to a court or tribunal for, an order temporarily suspending consummation of a troublesome transaction during a

review by the agency. The suspension period should be limited and finite, and the agency should bear a burden of having to show that the merger could pose a substantial risk to competition.

- Creating a formal clearance procedure, whereby businesses can apply for and receive a formal decision declaring their merger lawful. The procedure would require that the parties refrain from consummating their transaction during the review.

27. As noted above, among OECD countries, Australia, New Zealand and the United Kingdom have voluntary notification regimes. Their processes are very different, but they each have elements of the above three procedures.¹⁷

28. Another way to encourage voluntary premerger notification would be to create a threat of punitive fines for consummating an unlawful merger. The procedure would provide for immunity from fines, however, if the merger had been notified and approved by the competition agency. Such a policy could be controversial, however. It is well known that the great majority of mergers are not competitively harmful, and some benefit competition. Moreover, merger analysis is highly technical and in some ways subjective; it could be unfair to subject the business community to the possibility of punitive sanctions for engaging in conduct that in most cases is ambiguous. Of course, a response to these objections is that any such risk could be eliminated by notifying the transaction in advance. In any case, to create such an incentive the agency must establish a credible threat of imposing such fines, and like anti-cartel enforcement, the fines would have to be large. The competition laws of several countries provide for the possibility of fines against unlawful mergers, but there is little evidence that this sanction has actually been imposed.

Suggested questions for discussion

- *How has mandatory pre-merger notification worked in those few countries in the region that use it? Have you managed to avoid creating unnecessary burdens for business and for your agency? What measures have you taken to accomplish this?*
- *How has voluntary notification worked for those countries that use it? Have you encountered difficulties because businesses do not regularly notify voluntarily? What incentives for voluntary notification do you provide?*

II. Making merger control efficient – a growing international consensus

33. Merger control procedures have received a significant amount of attention in international circles in recent years, and work in these forums is continuing. This work was prompted by the growing internationalization of markets; more and more enterprises are operating in more than one country – sometimes in dozens – and when these companies engage in mergers their transactions may be reviewed by many competition authorities. No two countries conduct merger control alike, nor could they be expected to do so, but there is the general feeling that some convergence around a set of best practices would be beneficial to all concerned. The benefits, it would seem, would accrue not only in situations involving mergers of multi-national enterprises, but to businesses and reviewing agencies in general, in any country that conducts merger review on a regular basis.

¹⁷ Good descriptions of the procedures of these two countries, and of many others, can be found at the *Getting the Deal Through* web site, cited in footnote 9 above.

34. The OECD, through its Competition Committee, has been studying merger control procedures for several years. It has tended to concentrate in the area of international co-operation,¹⁸ but it has worked in other areas as well.¹⁹ The International Competition Network (ICN) chose to focus in more detail on review procedures by national competition agencies. In 2002 it published a set of “Guiding Principles for Merger Notification and Review.” They are set out below.

1. Sovereignty. Jurisdictions are sovereign with respect to the application of their own laws to mergers.
2. Transparency. In order to foster consistency, predictability, and fairness, the merger review process should be transparent with respect to the policies, practices, and procedures involved in the review, the identity of the decision-maker(s), the substantive standard of review, and the bases of any adverse enforcement decisions on the merits.
3. Non-discrimination on the basis of nationality. In the merger review process, jurisdictions should not discriminate in the application of competition laws and regulations on the basis of nationality.
4. Procedural fairness. Prior to a final adverse decision on the merits, merging parties should be informed of the competitive concerns that form the basis for the proposed adverse decision and the factual basis upon which such concerns are based, and should have an opportunity to express their views in relation to those concerns. Reviewing jurisdictions should provide an opportunity for review of such decisions before a separate adjudicative body. Third parties that believe they would be harmed by potential anticompetitive effects of a proposed transaction should be allowed to express their views in the course of the merger review process.
5. Efficient, timely, and effective review. The merger review process should provide enforcement agencies with information needed to review the competitive effects of transactions and should not impose unnecessary costs on transactions. The review of transactions should be conducted, and any resulting enforcement decision should be made, within a reasonable and determinable time frame.
6. Coordination. Jurisdictions reviewing the same transaction should engage in such coordination as would, without compromising enforcement of domestic laws, enhance the efficiency and effectiveness of the review process and reduce transaction costs.
7. Convergence. Jurisdictions should seek convergence of merger review processes toward agreed best practices.

¹⁸ See, e.g., the 1995 *Recommendation of the Council concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade*, available on the OECD web site at <http://webdomino1.oecd.org/horizontal%5Coecdacts.nsf/Display/08D2C09E78365013C1256FD4007DD230?OpenDocument>.

¹⁹ For example, it published a report on merger notification forms, which is available at <http://www.oecd.org/dataoecd/40/2/2752153.pdf>.

8. Protection of confidential information. The merger review process should provide for the protection of confidential information.
35. In 2003, 2004 and 2005 the ICN approved a series of “Recommended Practices for Merger Notification Procedures.” These recommendations address the topics found in the Guiding Principles in much greater detail. Each of the several Recommended Practices is accompanied by comments that provide additional interpretation and guidance. The Recommended Practices are too long to be reproduced here, but they can be found on the ICN’s web site.²⁰ Recently, in March 2005, the OECD produced its own “Recommendation of the Council Concerning Merger Review.” That document is attached to this paper. It is consistent with the ICN Guiding Principles and Recommended Practices, but it does not have the detail that the Recommended Practices do.
36. The documents are broad in scope, covering virtually all aspects of the merger review process, including efficiency, procedural fairness, transparency, co-ordination, remedies, agency powers and protection of confidentiality. Because this paper focuses on efficiency in merger review, the discussion below will be limited to aspects of the merger review process that relate directly to that topic. Three subjects will be addressed: notification rules, information requirements and time periods. References to the ICN and OECD documents will be made where appropriate.

Notification rules

37. As noted above, in most OECD countries notification is mandatory. It is not surprising, therefore, that the ICN and OECD documents focus on notification requirements as an important aspect of efficiency in merger review. In the Latin America/Caribbean region the proportion of countries with merger control that require notification is somewhat lower, but still significant – 2/3 according to the table below.
38. The purpose of notification is to alert the competition agency to mergers that could violate the competition law, that is, likely cause significant harm to competition. The goal in framing notification rules is to obtain notification of as many potentially anticompetitive mergers as possible, but without requiring notification of an undue number of transactions that are certain not to be harmful. A second goal relating to efficiency is to write notification rules that are as easy possible to understand and to administer.
39. In all notification regimes the class of notifiable mergers is defined principally by means of size thresholds, defined according to size of the merging parties or of the transaction, or both. Only mergers whose size exceeds the thresholds must be notified. Thus, setting these thresholds – establishing minimum sizes – is a critical factor in minimizing burdens associated with notification. The OECD and ICN documents have little to say on this subject, however. It is obvious that “one size does not fit all” when it comes to defining significant mergers across countries. Each country will make this decision based upon its own experience, the size of its economy, and so forth. Setting size thresholds is inevitably somewhat arbitrary, however, especially at the beginning of the process. The OECD (Recommendation (“Rec.”) I.D.) and ICN (Recommended Practices (“RP”) XI) recommend that countries periodically review their notification rules for this purpose, as well as others.
40. Another important factor in controlling unnecessary notifications is accurately defining the types of transactions subject to the requirement. These rules can be quite complex, given

²⁰ At <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/mnprecpractices.pdf>.

the many forms that mergers can take, and they too may be idiosyncratic across countries, as national laws governing business transactions can differ significantly. The OECD and ICN documents do address one aspect of this issue, however – local nexus. Most countries consider that they have jurisdiction under their competition laws over conduct occurring abroad, including mergers, that has a substantial effect within their country. But mergers involving enterprises that have minimal contacts within a particular country – that have no physical presence within a country or conduct minimal transactions there – are unlikely to have any significant effect on competition in that country.

41. The ICN and OECD documents urge that these mergers, while technically within a country’s jurisdiction, should be screened out from its notification and review procedures. The OECD recommends that countries “assert jurisdiction only over those mergers that have an appropriate nexus with their jurisdiction” (Rec. I.A.1.b.i). The ICN provides more detail (RP I); it urges that notification be required only if at least two parties to the transaction have significant local activities, measured by local assets or sales into the jurisdiction. Alternatively, notification could be required if only the entity to be acquired has significant local contacts, but not if the acquiring entity alone has such contacts.
42. The OECD and ICN address the second aspect of efficiency in notification – making the notification rules easy to understand and to administer (Rec. I.A.1.b.ii; RP II). In particular, they stress that notification thresholds should be defined “objectively.”²¹ Objective criteria in this context are those that are readily ascertainable by reference to financial statements or other information regularly kept in the ordinary course of business. They include asset values or turnover (sales). The ICN specifically recommends against using market share tests – requiring, for example, notification of mergers resulting in a market share above a given threshold. Market shares, of course, are highly relevant to the competitive analysis of a merger, but they are thought to be unsatisfactory as notification thresholds, because, as the ICN puts it, defining markets is “judgmental.” Parties can differ, and often do, on the definition of a relevant market. Employing them at the notification stage can introduce considerable uncertainty into the process.
43. Finally, the ICN recommends that competition agencies stand ready to provide pre-notification guidance to merging parties on interpreting the notification requirements and the parties’ obligation to notify (RP V.C).

Information requirements

44. It is obvious that burdens associated with merger review can be significantly affected by requirements for information that the merging parties must submit to the competition agency. These burdens affect both the merging parties, who must assemble the information, and the agency, which must review it. The OECD’s Recommendation urges that countries “set reasonable information requirements consistent with effective merger review” (Rec. I.A.1.b.iii). The ICN focuses both on information required to be submitted with the initial notification and on that which the parties are asked to supply during an investigation. Regarding the former, it urges that the parties be required to submit with their notification only information sufficient to determine that the notification thresholds are met and to permit a decision as to whether the transaction merits further investigation (RP V). As noted above,

²¹ The OECD also recommends that countries employing a voluntary notification scheme “use clear and objective criteria to determine . . . whether and when a merger will qualify for review.” Rec. I.A.1.b.ii.

the OECD has studied notification forms, and one of its reports contains sample specifications that countries could use for this purpose.²²

45. The OECD report on notification forms notes that practices of OECD countries vary significantly in this area, however, and the same is true of non-member countries. Some require much more information than others. These requirements may be affected by other aspects of the review process. A country may have set its notification thresholds low, resulting in many notifications, the bulk of which will not raise competition problems. It would be wise to limit the information requirements in this situation. If thresholds are high, on the other hand, a higher proportion of notified transactions could be competitively harmful, suggesting that the initial notifications provide relatively more information. A country's law may limit the competition agency's ability to obtain additional information from the parties at a later stage in an investigation, which would cause it to require more initially. (It would seem that the better practice, however, would be to give the agency the powers it needs to obtain information after the initial notification.)
46. The ICN recognises that countries will differ in their information requirements, and it urges that at a minimum competition agencies have – and exercise – flexibility in applying their rules in this area, for example by providing alternative notification formats or granting discretionary waivers in appropriate cases (RP V.B).
47. The ICN also addresses information requirements in the investigation stage (RP VI.E). Again, the goal is to acquire as much information as is relevant and necessary, but not more than that. The ICN urges that the agency be flexible in its demands, as with notification; that it permit the submission of information in forms most easily accessible; and that it minimise burdens associated with the production of documents, such as requirements for translations.

Time periods

48. Time is often of the essence in mergers; a merger delayed may be a merger denied. Timing also has obvious implications for efficiency; the longer an inquiry takes the more resources it is likely to use. Both the OECD and the ICN emphasise this issue in their documents. The OECD recommends that “[t]he review of mergers should be conducted, and decisions should be made, within a reasonable and determinable time frame” (Rec. I.A.1.c). The ICN urges likewise (RP IV.A). Both documents urge that there be procedures in place permitting expedited clearance of mergers that clearly present no significant competitive problems – by far the most numerous of all proposed mergers in most countries (Rec. I.A.1.b.iv; RP IV.B).
49. The ICN recommends that the periods within which investigations are to be conducted be finite and determinable (RP IV.C and D). In situations where an investigative period is not subject to a definite deadline, the ICN recommends that the agency and the parties complete a “timing agreement” that would provide a schedule for completion of the investigation (RP VI.D).
50. The OECD has studied the topic of timing in merger investigations. The Competition Committee conducted a survey of member and observer countries on this and other aspects of merger review procedures. As noted above, the majority of OECD countries employ mandatory pre-merger notification and most of these employ a two-phase review process, that is, in the first phase it is decided whether to clear a merger as non-problematic or to conduct a

²² See note 15 above.

more intensive investigation in a second phase. In the majority of these countries the length of the first phase is one month or 30 days (in two cases, four weeks). In a few countries the first phase lasts for 45 days. In several countries, but not all, it is possible to shorten the mandatory waiting period for mergers that clearly present no problems, as recommended by the OECD and the ICN.

51. There is greater variation across countries in the length of the second phase. Second phase periods range from one month (or 30 days) to four months. Three months was the most common. In most countries there are procedures for extension of the second phase period. In some, the competition agency can unilaterally extend the period as provided by law; in others it can be done by agreement with the parties. There were other variations in investigation periods across countries, but as a rule, non-problematic mergers were cleared in 30 days or less, and problematic ones tended to be resolved in three to five months, though a few took much longer.
52. The ICN addresses one rather technical issue relating to timing – the imposition of notification deadlines. Such rules require that notifications be made within a certain period after the occurrence of a specified event: for example, “notification must be made within fourteen days after the conclusion of a definitive agreement by the merging parties.” Not all countries have such deadlines, especially those that employ mandatory pre-merger notification. Since the parties in these countries cannot consummate their merger until after the expiration of the mandatory waiting period following notification, the competition agency is mostly indifferent as to when they notify. In the relatively few countries that require notification but not pre-merger, a notification deadline could be more important to the agency, which would want to learn of possible anticompetitive mergers in time to take action before consummation, if possible.
53. The business community finds such deadlines to be problematic. They may be unreasonably short, or the date that causes the beginning of the period leading up to the deadline, often called the “trigger date,” may be difficult to determine accurately, leading to litigation over failure to notify. This problem has been especially acute in Brazil, for example, where there have been many such cases. Conversely, a trigger date may be defined in such a way as to prevent the parties from notifying as early as they otherwise would want to.
54. The ICN recommends that “[p]arties should be permitted to notify transactions without undue delay” (RP III.A. Comment 1), and the OECD recommends that countries provide parties with “a reasonable degree of flexibility in determining when they can notify a proposed merger” (Rec. I.A.1.b.5). The ICN considers notification deadlines to be unnecessary in countries with mandatory pre-merger notification (RP III.B), and it urges the countries that require notification but not pre-merger to “allow parties a reasonable time in which to file notification following a clearly defined triggering event” (RP III.C).

Suggested questions for discussion

- *In what respects do your country’s procedures relating to notification rules, information requirements or timing not conform to the OECD and ICN recommendations? What difficulties, if any, have you experienced as to those procedures?*
- *How much time, on average, does it take for your agency: a) to review and clear non-problematic mergers; b) to review and decide on mergers that do present significant competitive issues?*

- Do you think that work like that being conducted in the OECD and ICN on merger review procedures is useful to you? Should there be any special focus on small economies? What would you suggest in that regard?

MERGER CONTROL REGIMES IN LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN COUNTRIES WITH COMPETITION LAWS²³

Country	Merger Control?	Notification Requirements
Argentina	Yes – added to competition law in 1999	Mandatory, but not pre-merger: notification required “. . . before or within a week after the conclusion of the agreement, or the announcement of the public bid, or the acquisition of a controlling interest.”
Barbados	Yes	Mandatory pre-merger. Voluntary notification permitted.
Brazil	Yes	Mandatory, but not pre-merger: “. . . must be notified previously or no longer than fifteen business days after its occurrence.” Voluntary notification permitted.
Chile	No specific merger control except for a few sectors. Mergers generally subject to conduct provisions of law.	Notification not mandatory. Voluntary notification permitted.
Colombia	Yes	Mandatory pre-merger. Voluntary notification permitted.
Costa Rica	Yes	Notification not mandatory. Voluntary notification permitted.
El Salvador	Yes; new law to become effective in January 2006.	Mandatory pre-merger.
Jamaica	No.	
Mexico	Yes.	Mandatory pre-merger. Voluntary notification permitted.
Panama	Yes.	Notification not mandatory. Voluntary notification permitted.
Peru	No, except for electricity sector	Mandatory pre-merger for electricity sector.
Uruguay	No.	
Venezuela	Yes.	Notification not mandatory. Voluntary notification permitted.

²³ The principal sources for this table were the templates prepared by members of the International Competition Network, which can be accessed from <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/mergercontrollaws.html>, and the *Inventory of Domestic Laws and Regulations relating to Competition Policy in the Western Hemisphere*, which can be found on the ALCA-FTAA web site at http://www.ftaa-alca.org/ngroups/ngcomp_e.asp.



Recommendation of the Council on Merger Review

23 March 2005 - C(2005)34

THE COUNCIL,

Having regard to Article 5 b) of the Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development of 14th December 1960;

Having regard to the Council's Recommendation concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade [C(95)130/FINAL], which recommended that, when permitted by their laws and interests, Member countries should co-ordinate competition investigations of mutual concern and should comply with each other's requests to share information;

Having regard to the suggestions in the study of transnational mergers and merger procedures prepared for the Committee on Competition Law and Policy [Merger Cases in the Real World, A Study of Merger Control Cases (OECD 1994)] and to the Committee's work related to merger review procedures, including the Report on Notification of Transnational Mergers [DAFFE/CLP(99)2/FINAL];

Recognising that the continued growth in internationalisation of business activities, and the increasing number of jurisdictions which have adopted merger laws, correspondingly increase the number of mergers that are subject to review under merger laws in more than one jurisdiction;

Recognising that reviews of transnational mergers can impose substantial cost on competition authorities and merging parties, and that it is important to address these costs without limiting the effectiveness of national merger laws;

Recognising that cooperation and coordination among competition authorities with respect to mergers of common concern can enhance the efficiency and effectiveness of the review process, help achieve consistent, or at least non-conflicting, outcomes, and reduce transaction costs;

Recognising the benefits that can result from the ability of competition authorities to share confidential information with foreign competition authorities with respect to mergers of common concern, and considering that most competition authorities may not be authorised by law or international agreement to share confidential information with foreign competition authorities in merger review proceedings, and therefore may do so only if the parties voluntarily waive their confidentiality rights;

Recognising that confidential information must be protected against improper disclosure or use if competition authorities share such information;

Recognising the important work by other entities in the area of merger notification and procedures, in particular that of the International Competition Network;

Recognising that Member countries are sovereign with respect to the application of their own laws to mergers;

I. RECOMMENDS as follows to Governments of Member countries:

A. Notification and Review Procedures

1. Merger review should be effective, efficient, and timely.

1. Member countries should ensure that the review process enables competition authorities to obtain sufficient information to assess the competitive effects of a merger.

2. Member countries should, without limiting the effectiveness of merger review, seek to ensure that their merger laws avoid imposing unnecessary costs and burdens on merging parties and third parties. In this respect, Member countries should in particular:

1) assert jurisdiction only over those mergers that have an appropriate nexus with their jurisdiction;

2) use clear and objective criteria to determine whether and when a merger must be notified or, in countries without mandatory notification requirements, whether and when a merger will qualify for review;

3) set reasonable information requirements consistent with effective merger review;

4) provide procedures that seek to ensure that mergers that do not raise material competitive concerns are subject to expedited review and clearance; and

5) provide, without compromising effective and timely review, merging parties with a reasonable degree of flexibility in determining when they can notify a proposed merger.

3. The review of mergers should be conducted, and decisions should be made, within a reasonable and determinable time frame.

2. Member countries should ensure that the rules, policies, practices and procedures involved in the merger review process are transparent and publicly available, including by publishing reasoned explanations for decisions to challenge, block or formally condition the clearance of a merger.

3. Merger laws should ensure procedural fairness for merging parties, including the opportunity for merging parties to obtain sufficient and timely information about material competitive concerns raised by a merger, a meaningful opportunity to respond to such concerns, and the right to seek review by a separate adjudicative body of final adverse enforcement decisions on the legality of a merger. Such review of adverse enforcement decisions should be completed within reasonable time periods.

4. Merging parties should be given the opportunity to consult with competition authorities at key stages of the investigation with respect to any significant legal or practical issues that may arise during the course of the investigation.

5. Third parties with a legitimate interest in the merger under review, as recognised under the reviewing country's merger laws, should have an opportunity to express their views during the merger review process.

6. Merger laws should treat foreign firms no less favourably than domestic firms in like circumstances.

7. The merger review process should provide for the protection of business secrets and other information treated as confidential under the laws of the reviewing jurisdiction that competition authorities obtain from any source and at any stage of the review process.

B. Coordination and Cooperation

1. Member countries should, without compromising effective enforcement of domestic laws, seek to cooperate and to coordinate their reviews of transnational mergers in appropriate cases. When applying their merger laws, they should aim at the resolution of domestic competitive concerns arising from the particular merger under review and should endeavour to avoid inconsistencies with remedies sought in other reviewing jurisdictions.

2. Member countries are encouraged to facilitate effective cooperation and coordination of merger reviews, and to consider actions, including national legislation as well as bilateral and multilateral agreements or other instruments, by which they can eliminate or reduce impediments to cooperation and coordination.

3. Member countries should encourage merging parties to facilitate coordination among competition authorities, in particular with respect to the timing of notifications and provision of voluntary waivers of confidentiality rights, without drawing any negative inferences from a party's decision not to do so.

4. Member countries should establish safeguards concerning the treatment of confidential information obtained from another competition authority.

C. Resources and Powers of Competition Authorities

Member countries should ensure that competition authorities have sufficient powers to conduct efficient and effective merger review, and to effectively cooperate and coordinate with other competition authorities in the review of transnational mergers. They should be cognisant that competition authorities need sufficient resources to fulfil these tasks.

D. Periodic Review

Member countries should review their merger laws and practices on a regular basis to seek improvement and convergence towards recognised best practices.

E. Definitions

For purposes of this Recommendation:

Competition authority means a government authority or agency charged in general with the review of mergers under the merger laws of a Member country. Competition authority does not include a government authority that is responsible for the review of mergers only in a specific industry sector.

Merger means a merger, acquisition, joint venture, or any other form of business amalgamation, combination or transaction that falls within the scope and definitions of the competition laws of a Member country governing business concentrations or combinations.

Merger laws means the competition laws of a Member country applied by competition authorities in the review of mergers, and the procedural rules governing such reviews.

Transnational merger means a merger that is subject to review under the merger laws of more than one jurisdiction.

II. INSTRUCTS the Competition Committee:

1. to explore further means to enhance the effectiveness of merger review, reduce the costs of reviewing transnational mergers, and strengthen coordination and cooperation among agencies, including by coordinating with other international organisations addressing these issues;

2. to periodically review the experiences under this Recommendation of Member countries and of non-member economies that have associated themselves with this Recommendation; and

3. to report to the Council as appropriate on any further action needed to improve merger laws, to achieve greater convergence towards recognised best practices, and to strengthen cooperation and coordination in the review of transnational mergers.

III. INVITES non-member economies to associate themselves with this Recommendation and to implement it.



CONTRIBUTIONS

EL CONTROL DE CONCENTRACIONES ECONOMICAS EN LA REPUBLICA ARGENTINA

La Ley N° 25.156, promulgada el 16 de septiembre de 1999, introdujo en su Capítulo III el sistema de control previo de fusiones y adquisiciones (concentraciones económicas), tema hasta ese momento inexistente en el derecho antimonopólico argentino.

En materia de fusiones y adquisiciones, la autoridad de aplicación desarrolla fundamentalmente una actividad de prevención frente a posibles conductas anticompetitivas.

La experiencia indica que el análisis de concentraciones económicas en forma obligatoria y continua ha sido muy beneficiosa para la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, pues ha detectado y prevenido de esta manera eventuales conflictos en el área que le compete, resolviendo dichas circunstancias antes de que las mismas se expongan en el mercado relevante.

Asimismo, y con el correr del tiempo, se ha ido acumulando mucha información y experiencia en cada uno de los principales mercados en donde se producen mayormente operaciones de concentración económica, lo que ha permitido que los procedimientos sean cada vez más expeditivos.

Igualmente cabe destacar que la información y experiencia recabada por la CNDC en los análisis de concentraciones económicas no sólo les ha sido útil a la hora de analizar otras concentraciones, sino, en muchos casos son verdaderos estudios de mercado.

El análisis de concentraciones aporta experiencias e información a ser tenidas en cuenta en el análisis de conductas, además de su esencial rol de prevención de conflictos en materia de competencia.

La ley de defensa de la competencia cuenta con dos artículos de fondo: Por un lado el Artículo 6°, que establece que se entiende por concentración económica la toma de control de una o varias empresas a través de la realización de ciertos actos que la misma ley enumera.

En segundo lugar, el Artículo 7° de LDC establece que se prohíben las concentraciones económicas cuyo objeto o efecto sea o pueda ser restringir o distorsionar la competencia de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

El procedimiento de notificación de tales operaciones se encuentra reglado por la propia Ley N° 25.156, su Decreto Reglamentario N° 89/2001, la Resolución SDCyC N° 40/2001, la Resolución SDCyC N° 164/01 y el Decreto N° 396/01.

La “Guía para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica” (Resolución N° 40/01), que establece los lineamientos para el control de las concentraciones económicas, mediante un procedimiento específico diferente al aplicable a las conductas en general, y detalla la información que toda persona alcanzada por el Artículo 8° de la Ley N° 25.156 ineludiblemente deberá presentar al realizar el trámite ante la autoridad de aplicación.

Dichos actos de concentración económica deberán ser obligatoriamente notificados al Tribunal de Defensa de la Competencia, ya sea en forma previa o en el plazo de una semana desde la fecha de la conclusión del acuerdo, de la publicación de la oferta de compra o de canje, o de la adquisición de una participación de control, siempre que el volumen de negocios total del conjunto de empresas afectadas supere un determinado umbral (Art. 8° Ley N° 25.156) y la operación no quede exenta de la notificación obligatoria. (conf. Art. 10 – Ley N° 25.156).

Conforme la experiencia argentina, para economías similares, resultaría muy dificultoso exigir con un análisis ex post desinversiones o prohibir alguna operación. Al mismo tiempo que generaría un marco de inseguridad jurídica no aconsejable.

Notificación – Procedimiento: Como fuera referido, el procedimiento para la notificación de operaciones de concentración económica ha sido instrumentado a través de la Guía para la Notificación de Operaciones de Concentración Económica (conf. Resolución N° 40/01) complementaria de la Ley de Defensa de la Competencia, que contempla la presentación de tres formularios de notificación, denominados Formulario F1, Formulario F2 y Formulario F3, y que contienen distintos requerimientos de información según la complejidad de la operación a ser analizada.

Los primeros dos formularios son de tipo estándar, el primero con información básica legal y económica, necesaria para iniciar el trámite de notificación y el segundo con información más compleja, cuando la autoridad necesita delimitar con mayor precisión el mercado dentro del cual se produce la operación así como el grado de concentración que existe en él.

El tercero de los formularios es requerido cuando la autoridad de aplicación necesita mayor información económica específica y el mismo se ajusta a cada caso en particular.

Es importante destacar que en caso de que las empresas notificantes consideren que cierta información a ser aportada resulta estratégica para las mismas, el Art. 12 del Decreto N° 89/01, prevé que las mismas puedan solicitar la confidencialidad. La petición deberá ser fundada a fin de que la CNDC pueda expedirse acerca de la procedencia de la misma.

Cuando la concentración económica involucre a empresas o personas cuya actividad económica esté reglada por el Estado Nacional a través de un organismo de control regulador, dentro de los tres primeros días de presentado el Formulario F1 de Notificación, la CNDC, y previo a la emisión de su Dictamen, deberá requerir a dicho Ente un informe u opinión fundada sobre la propuesta de concentración económica en cuanto al impacto sobre

la competencia en el mercado respectivo o sobre el cumplimiento del marco regulatorio respectivo. El Ente debe expedirse dentro de los quince días y el requerimiento no suspende el plazo establecido en el Art. 13 de la Ley N° 25.156.

El órgano de competencia es quien debe expedirse por resolución fundada, de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 13 de la referida ley, en el plazo de 45 días de iniciado el trámite - excluyendo el período en el cual dicho plazo se encontró suspendido- autorizando la operación, subordinando la misma al cumplimiento de los condicionamientos que se establezcan o denegando tal autorización.

Es dable destacar que el Artículo 8° de la Ley N° 25.156 dispone que en las operaciones sujetas a la notificación obligatoria, los actos solo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez producida la aprobación tácita o expresa. En consecuencia no está prohibida la toma de control efectiva hasta que la autoridad de competencia tome su decisión, aunque bajo las condiciones expresadas anteriormente. Es práctica habitual que los acuerdos de venta o transferencia de activos estén condicionados a la aprobación de la operación por la autoridad de competencia.

La CNDC ha ido evolucionando en este sentido, en particular en las operaciones cuya aprobación se condiciona a determinadas desinversiones. Es importante destacar la evolución experimentada en dos casos de concentración económica que se exponen a continuación (CCBA-Quilmes y Bimbo-Fargo), incluyendo una breve síntesis del procedimiento y características del sistema de análisis previo de concentraciones en nuestro país.

- **Expediente N° S01:8000099/02 caratulado “CCBA S.A. Y CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A. (C.0376) S/ NOTIFICACION ART. 8° DE LA LEY N° 25.156” - (Dictamen CNDC N° 322/02 / Resolución SCDyDC N° 5/03).**

La operación consistió en la compra por parte de AMBEV (controlante en nuestro país de CCBA S.A.) en el exterior del 37,5% del capital social de QUILMES INDUSTRIAL SOCIETE ANONYME (QUINSA), una sociedad controlante en la República Argentina de CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES SAICAYG (QUILMES).

El análisis efectuado por parte de esta CNDC resultó en una importante concentración horizontal en el mercado de la cerveza, que se produjo como consecuencia de la adquisición de la empresa con mayor participación en el mercado por parte de su principal competidora, AMBEV, propietaria de la marca Brahma.

Finalmente se concluyó que las condiciones de competencia se verían afectadas negativamente si la operación fuera aprobada en los términos en que fue notificada, y en caso de ser prohibida, tampoco se lograrían aprovechar las ganancias de eficiencia que podrían resultar beneficiosas para los consumidores argentinos y el interés económico general.

En ese sentido, la operación fue subordinada en los términos del Art. 13, inciso b) de la Ley N° 25.156, con la condición de que el grupo resultante enajenara una de sus principales plantas, que se utilizaba para producir la cerveza Brahma, así como tres marcas de cerveza, Bieckert, Palermo y Heineken, todas ellas propiedad de QUILMES a un nuevo ingresante

al mercado argentino. Para tal fin AMBEV-QUILMES debía comprometerse a facilitar sus canales de distribución al nuevo ingresante por el término de siete años.

Es importante destacar en este punto que en el Dictamen CNDC N° 322/02 no se vedó a las partes integrar sus negocios, previendo en cambio que debían preservar el valor de los activos a desinvertir.

A la fecha, no se ha podido cumplir con el proceso de desinversión por motivos ajenos a las partes y que tiene que ver con la intervención judicial de terceros ajenos al proceso de concentración. En este sentido resulta conveniente advertir que la empresa COMPAÑÍA CERVECERIAS UNIDAS (CCU), ya participante en el mercado argentino, ha interpuesto una acción de amparo, con el fin de poder participar en el proceso de adquisición de los activos a desinvertir. Es por ello que el proceso referido a la desinversión se encuentra detenido a la espera de que se dirima aquella cuestión.

- **Expediente N° S01:0131738/03 caratulado “GRUPO BIMBO S.A.C.V. Y COMPAÑÍA DE ALIMENTOS FARGO S.A S/ NOTIFICACION ART.8° LEY 25.156 (CONC.418)” - (Dictamen CNDC N° 395/04 – Resolución SCT N° 131/04).**

La operación de concentración económica notificada se produjo en el exterior, PIERRE ACQUISITION, LLC. adquirió la totalidad del capital social de FARGO HOLDING GIBRALTAR en COMPAÑÍA DE ALIMENTOS FARGO S.A., empresa que se encontraba en concurso preventivo de acreedores.

Además, el GRUPO BIMBO y MADERA LLC. firmaron un contrato en el que GRUPO BIMBO suscribió una participación del 30% del capital social de PIERRE ACQUISITION LLC., convirtiéndose en titular indirecto del 30% del capital social de FARGO HOLDING GIBRALTAR.

Asimismo, el GRUPO BIMBO contaba con una opción de compra para adquirir la totalidad de la participación accionaria que MADERA LLC. posee en PIERRE ACQUISITION LLC. y de esta forma controlar a FARGO HOLDING GIBRALTAR y por ende a COMPAÑÍA DE ALIMENTOS FARGO S.A.

En ese sentido, se analizó la operación de concentración económica considerando el control indirecto que podía ejercer el GRUPO BIMBO sobre COMPAÑÍA DE ALIMENTOS FARGO, dado que estos dos grupos de empresas producían, comercializaban y distribuían panificados en la República Argentina y se presentaba una relación de tipo horizontal entre las partes.

Se concluyó que la competencia entre las firmas que participaban en el mercado se vería fuertemente afectada ya que la operación implicaba la absorción por parte del GRUPO BIMBO de la empresa líder en el mercado, COMPAÑÍA DE ALIMENTOS FARGO S.A., y la empresa resultante de esta operación no enfrentaría a ningún competidor vigoroso, dadas las características del resto de las empresas que actuaban en el mercado, por lo que se restringiría significativamente la competencia en los mercados de pan blanco, negro y bollería, otorgando al comprador la posibilidad de ejercer su poder en estos mercados.

A fin de lograr la aprobación de la operación, las partes notificantes presentaron un compromiso de desinversión previo a que la autoridad de aplicación se expidiera acerca de la operación en cuestión.

El compromiso consistió en la transferencia de una unidad de negocios formada por la marca “Lactal”, la planta de producción de pan industrial ubicada en Pacheco, Prov. de Buenos Aires y un sistema de distribución apropiado para la comercialización de los productos marca “Lactal”.

En este sentido, la CNDC consideró que la transferencia del negocio a desinvertir a un comprador vigoroso e independiente mantendría las condiciones de competencia existentes entre el mercado de pan blanco y negro y de bollería con anterioridad a la operación.

El comprador del negocio a desinvertir debía ser un tercero que no mantuviese vínculos societarios ni alianzas estratégicas con las partes involucradas en la operación al momento de la transferencia, también contar con recursos financieros, acreditar idoneidad y tener incentivos para desarrollarse como un competidor efectivo en el mercado de pan industrial.

El compromiso previó también dos períodos de desinversión y la previsión de que el GRUPO BIMBO no ejerciera la opción de compra del resto del capital social de PIERRE ACQUISITION LLC. hasta el cierre de la venta del negocio a desinvertir y que las partes involucradas no pudiesen integrar sus negocios hasta la fecha de aprobación por parte de la CNDC del Contrato de Venta del negocio a desinvertir o hasta que, previa aprobación de la CNDC sea puesto en funciones el Agente Vendedor. (éste último punto contrariamente a lo establecido en el Dictamen CNDC N° 322, en la fusión AMBEV/QUILMES).

Atento a la situación concursal que enfrenta COMPAÑÍA DE ALIMENTOS FARGO S.A., el proceso de desinversión aún no ha podido implementarse.

Efectos: Las operaciones de concentración económica notificadas no producen efectos entre las partes ni frente a terceros hasta que se cumplan las previsiones dispuestas en los artículos 13 y 14 de la Ley N° 25.156, es decir, hasta haber sido aprobadas mediante resolución fundada de la autoridad de competencia, o hasta que se produzca la aprobación tácita si transcurrido el plazo de los 45 días establecido en el Artículo 13 no mediara resolución al respecto.

Apelaciones: Las decisiones de la autoridad de competencia son apelables ante la Cámara Federal en lo Civil y Comercial.

Parte coadyuvante: El régimen de control de concentraciones establecido por la Ley N° 25.156 no prevé la participación de terceros con facultades para oponerse a la operación de concentración, ni para intervenir en los procedimientos de desinversión generados como consecuencia de condicionamientos impuestos a la misma. No resultando de aplicación aquí la figura de “*parte coadyuvante*”, sólo prevista para los casos de conductas anticompetitivas (Art. 42, Ley 25.156). Así lo ha resuelto oportunamente la misma Cámara

Federal de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en concordancia con lo dispuesto por esta CNDC.¹

En ese sentido, los terceros sí pueden aportar elementos de juicio o anotar a la CNDC en el marco del control estructural sin que ello los convierta en “parte” en dicho tipo de procedimiento.

Técnicas de investigación: El Tribunal (actualmente la CNDC), cuenta con amplios poderes de investigación, conforme lo establece el Art. 24 de la Ley de Defensa de la Competencia. En ese sentido, puede realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes, celebrar audiencias (con competidores, participantes del mercado, asociaciones de consumidores), realizar pericias, y aún suspender los plazos procesales de la presente ley por resolución fundada, entre otras cuestiones.

Sanciones y multas: De acuerdo a lo estipulado por el Art. 9 de la Ley N° 25.156, la falta de notificación de una operación de concentración económica que debiera notificarse ante la CNDC, será pasible de las sanciones establecidas en el inciso d) del Art. 46 de la referida Ley, esto es multa de hasta un millón de pesos por día, contados desde el vencimiento de la obligación de notificación, todo ello sin perjuicio de las demás sanciones que pudieren corresponder.

En el caso de notificación tardía, esta Comisión Nacional considera que los parámetros a ser considerados a fin de establecer el monto de una multa son los siguientes: a) Impacto de la operación sobre la competencia; b) Patrimonio de las empresas involucradas; c) Plazo de demora; d) Existencia de una diligencia preliminar; e) Monto de la operación y/o activos involucrados; y f) Habitualidad en la presentación de este tipo de trámites.

Restricciones accesorias: Este tipo de cláusulas, llamadas por la jurisprudencia comparada como “restricciones directamente vinculadas a la operación de concentración” o “restricciones accesorias”, acordadas por los propios participantes en una operación y que limitan la propia libertad de acción en el mercado, son analizadas con la misma operación de concentración notificada y tratadas en el dictamen final.

Siguiendo la jurisprudencia internacional², esta Comisión Nacional ha establecido en numerosos precedentes los requisitos que estas cláusulas inhibitorias de la competencia deben guardar para ser consideradas “accesorias” a una operación de concentración. Dichos requisitos están referidos a su alcance, a su vinculación con la operación, a su necesidad, ámbito geográfico y extensión temporal y al contenido de la misma.

En cuanto al alcance, las cláusulas no deben estar referidas a terceros, es decir a personas físicas o jurídicas que no tengan ninguna vinculación con las partes, sino a los participantes en la operación de concentración, quienes limitan su propia libertad de acción en el mercado. Asimismo, estas cláusulas deben tener vinculación directa con la operación principal, es decir, las restricciones deben ser subordinadas en importancia a la operación principal, por lo que no pueden ser restricciones totalmente diferentes en su sustancia de la operación principal. Además deben ser necesarias, lo que significa que en caso de no existir este tipo de cláusulas no podría realizarse la operación de concentración, o que la misma

¹Sala 3 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en autos caratulados “CASA ISENBECK s. apel. Resol. Comisión Nacional de Defensa de la Competencia”.

² Commission notice regarding restrictions ancillary to concentrations – (90/C 203/05).

sólo podría realizarse en condiciones mucho más inciertas, con un costo sustancialmente mayor, o con una probabilidad de éxito mucho menor.

En lo que respecta a la duración temporal permitida, esta Comisión Nacional ha considerado que un plazo razonable es aquel que permite al adquirente asegurar la transferencia de la totalidad de los activos y proteger su inversión. Dicho plazo puede variar según las particularidades de cada operación, pero siguiendo los precedentes internacionales, en reiteradas oportunidades se ha dispuesto que es aceptable una restricción de competencia por el plazo de CINCO (5) años cuando mediante la operación se transfiere “know how”, mientras que en aquellas en las que sólo se transfiere “goodwill” sólo es razonable un plazo de DOS (2) años³.

Con referencia al ámbito geográfico se entiende que debe circunscribirse a la zona en donde hubiera el vendedor introducido sus productos o servicios antes del traspaso producido por la operación en cuestión.

En cuanto al contenido, la restricción sólo debe limitarse a los productos o servicios que constituyan la actividad económica de la empresa o parte de empresa transferida, ya que no resulta razonable desde el punto de vista de la competencia extender la protección brindada por este tipo de cláusulas a productos o servicios que el vendedor no transfiere.

No obstante los lineamientos establecidos en los puntos precedentes, y tal como lo ha señalado reiteradamente esta Comisión Nacional, el análisis de este tipo de restricciones debe efectuarse a la luz de las condiciones en que se desenvuelve la competencia en cada mercado, haciendo un análisis caso por caso.

Opiniones consultivas: En virtud de lo dispuesto por el Art. 8 del Decreto N° 89/01, se ha implementado un mecanismo de consulta previa a los fines de determinar si una operación de concentración económica está sujeta al control previo previsto en el Art. 8 de la Ley N° 25.156. La consulta previa es de carácter voluntaria y debe ser efectuada por todos los participantes en la operación en cuestión. La CNDC deberá expedirse en un plazo de diez días de presentada la solicitud.

Medidas remediales: También la CNDC ha contemplado la implementación de medidas remediales cuando una operación de concentración económica notificada tuviere fuertes impactos anticompetitivos.

Desde la sanción de la Ley N° 25.156 y hasta la actualidad, la CNDC ha ido modificando la aplicación de las medidas remediales, en virtud de los casos resueltos en los últimos años, estableciendo distintos procedimientos para llevar a cabo las desinversiones impuestas, en algunos casos apeladas en instancia superior, o procedimientos acordados con las notificantes en virtud los compromisos asumidos por ellas ante la autoridad de competencia.

Asimismo, es importante remarcar que en el marco del régimen de control de concentraciones económicas, la autoridad de aplicación se encuentra facultada para disponer, antes o después del dictado de la Resolución que subordina la concentración, medidas tendientes a evitar daños transitorios a la competencia y al interés económico

³ Entre otros ver Dictamen recaído en el Expediente N° S01:0296087/2002 (Conc. N° 392).

general que podrían generarse hasta tanto se dé cumplimiento a los condicionamientos establecidos. Todo ello a fin de garantizar el interés de los consumidores, no los de un competidor en particular.

Operaciones de concentración económica más recientes y relevantes: Desde la sanción de la Ley N° 25.156, la CNDC ha analizado más de quinientas operaciones de concentración económica, entre ellas, algunas de las más recientes:

- “BAYER AG Y AVENTIS CROPSCIENCE HOLDINGS S.A. (CONC. 0352) S/ NOTIFICACION ART. 8 DE LA LEY N° 25.156 (CONC. 0352)”.
- “PSH, FOX Y LIBERTY S/ NOTIFICACION ART. 8° LEY N° 25.156 (CONC. 0378)”.
- “FUNDACION PEREZ COMPANC, GOYAIKE S.A. Y OTROS Y PETROLEO BRASILEIRO S.A. S/ NOTIFICACION ART. 8° LEY N° 25.156 (CONC. 0388)”.
- “PECOM ENERGIA Y ALTO PARANA S.A. S/ NOTIFICACION ART. 8° LEY N° 25.156 (CONC. 0400)”.
- “TELEFONICA MOVILES S.A. Y MOVICOM BELL SOUTH S/ NOTIFICACION ART. 8° LEY N° 25.156 (CONC. 448)”.
- “DANONE ARGENTINA S.A. Y ARCOR S.A.I.C. S/NOTIFICACION ART. 8° DE LA LEY 25.156 (CONC. 0451)”.
- “SANCOR COOPERATIVAS UNIDAS LTDA. Y DAIRY PARTNERS AMERICAS ARGENTINA S.A. S/ NOTIFICACION ART. 8 LEY N° 25.156 (Conc.473)”
- “CITIGROUP INC. Y METLIFE INC. S/NOTIFICACION ARTICULO 8° LEY N° 25.156 (CONC. 0496)”.

La normativa mencionada en el presente así como los dictámenes más destacados se encuentran publicados en la página web del Ministerio de Economía y Producción: **mecon.gov.ar** (Secretarías y Organismos – CNDC).

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA

CONCENTRACIONES EMPRESARIALES 2000-2005 ANALIZADAS POR LA FISCALIA NACIONAL ECONOMICA DE CHILE

GENERALIDADES

La concentración económica en los mercados plantea, indudablemente, enormes desafíos para las autoridades encargadas de la defensa de la libre competencia.

La razón es bastante obvia: detrás de cada operación de concentración de propiedad en un rubro de la producción, fusión, integración o toma de control, llámese como se llame, el resultado concreto es que se eliminan uno o más competidores y por lo tanto, al menos desde el punto de vista estructural, hay menos competencia.

Sin embargo, la evaluación de una operación de concentración desde la perspectiva de la libre competencia, no es una tarea sencilla, por cuanto, en general, este tipo de operaciones se realizan con el objeto de aumentar la eficiencia de la empresa, con lo cual se maximiza su valor.

Este legítimo interés, en algunas ocasiones, también puede tener costos sociales, por cuanto el resultado de la operación puede generar, por ejemplo, una posición de dominio en el mercado en cuestión, y con ello la posibilidad cierta que se produzcan conductas atentatorias a la libre competencia, las que se verán reflejadas, generalmente, en los precios y calidad de los productos.

En efecto, estos procesos de integraciones y fusiones de empresas, que dan lugar a la concentración económica, aunque pueden estar fundados en razones de eficiencia para la empresa, presentan riesgos para la competencia. Un mercado con menos actores hace más probable la existencia de acuerdos colusorios. Es bastante más simple que se pongan de acuerdo dos, tres o cuatro firmas que unos 10 o más competidores, aún sin necesidad de un acuerdo explícito. Del mismo modo, la concentración en los mercados puede permitir establecer con mayor facilidad barreras a la entrada para nuevos competidores. También en estos procesos de integración se presentan problemas para la libre competencia cuando uno de los competidores es además dueño de una instalación esencial, lo que facilita la práctica de discriminaciones frente a otros actores. Entendiendo como instalación esencial, aquella que es fundamental para acceder al consumidor. Por ejemplo: los puertos, la línea troncal de transmisión eléctrica, etc. En consecuencia, el desafío es tremendamente complejo cuando se revisan estas operaciones.

La legislación chilena sobre libre competencia no establece normas expresas sobre fusiones, integraciones ni sobre limitaciones objetivas a la concentración.

No obstante lo anterior, en la ley de competencia existen ciertas normas que se refieren indirectamente al problema de la concentración, y la ley también entrega herramientas para impedir una operación de toma de control antes de que ésta se materialice, cuando pudiera comprometerse seriamente a la libre competencia, pues, de lo contrario, los remedios que prevé la ley son bastantes más costosos (disolución o modificación de la empresa). Es por esto que, por ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en adelante TDLC, tiene, entre otras atribuciones, la de prevenir los atentados a la libre competencia, con lo cual puede perfectamente no autorizar una operación de este tipo para prevenir posibles abusos de posiciones dominantes.

Además, este Tribunal puede conocer, en un procedimiento especialmente ideado al efecto, aquellos asuntos que le presente el Fiscal Nacional Económico o un particular, que digan relación con actos o contratos existentes o que se pretendan realizar en el futuro, con lo cual una consulta de este tipo de operaciones, antes de su materialización, puede hacerse siempre al Tribunal.

En suma, si bien nuestra ley antimonopolios no contiene un sistema obligatorio de consulta de fusiones o tomas de control, si establece, por un lado, herramientas para que tanto la Fiscalía Nacional Económica, en adelante FNE, como el TDLC, puedan conocer de este tipo de actos y, por otro, un procedimiento especial que creemos incentivará la consulta voluntaria sobre las mismas.

En Chile durante los últimos años se ha detectado un considerable aumento en materia de fusiones e integraciones de empresas.

Es por ello que en julio de 2003, en la FNE se creó una unidad de trabajo especial para el análisis de Integraciones y Fusiones de Empresas, porque entendemos que debe adoptarse una metodología y criterios técnicos comunes y sistemáticos frente a este tema.

Esta unidad de trabajo debe informarse, oportuna y ampliamente, sobre cualquier eventual integración o forma de fusión que se proyecte llevar a cabo, con el objeto de mantener informado al Fiscal Nacional Económico, para que éste pueda adoptar las medidas que sean pertinentes tales como iniciar una investigación, formular consultas y presentar informes o requerimientos ante el TDLC, etc.

Cuando se tiene información sobre un proceso de integración o de una fusión de importancia o de gran impacto social, esta Unidad elabora un informe técnico preliminar sobre los posibles efectos y alcances que para la libre competencia en el mercado en cuestión pueda tener la operación proyectada, para lo cual, entre otras acciones, se analiza detalladamente el mercado relevante del producto de que se trate y el geográfico, el grado de competitividad del mercado y, por supuesto, las barreras de entrada que pueda presentar el mismo, es decir, la existencia de normas legales o reglamentarias que dificulten el ingreso de competidores, las economías de escala, la inversión requerida, la capacidad para resistir una escalada de bajos precios, etc.

La siguiente parte de este trabajo corresponde a un análisis de las principales operaciones de concentraciones e integraciones empresariales analizadas por la FNE desde el año 2000 hasta mayo del presente año.

ESTUDIO SOBRE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES ANALIZADAS POR LA FISCALIA NACIONAL ECONOMICA ENTRE LOS AÑOS 2000 Y 2005

Entre los años 2000 y mayo de 2005 la FNE ha analizado 45 de las concentraciones e integraciones empresariales de cierta importancia anunciadas en Chile (o que, efectuadas en el extranjero, fueran susceptibles de tener efectos en nuestro país). De ese total, 22 operaciones fueron anunciadas durante el año 2004, que ha sido el año que ha registrado más actividad en esta materia.

Respecto de los sectores económicos en que se han observado concentraciones, cabe destacar que el registra más operaciones es el comercio, incluyendo en este sector a los supermercados, seguido por el sector financiero y el industrial:

Cuadro n° 1
Integraciones empresariales analizadas por FNE
2000-mayo 2005, por sector y número

Sector económico	Nro. operaciones	Número Pronunciamientos Autoridad de Competencia
Financiero	10	2
Industrial	9	2
Comercio	7	
Supermercados	6	
Energía	3	1
Comunicaciones	2	
Eléctrico	2	1
Telecomunicaciones	2	2
Farmacéutico	2	
Forestal	1	
Sanitario	1	
Total	45	8

TIPOS DE OPERACIONES ANALIZADAS

Las operaciones analizadas en estos años se centran en un 60% en operaciones de fusiones de empresas del mismo giro. También hay un porcentaje importante de operaciones en las cuales el objetivo principal de la empresa compradora fue la ampliación del giro de sus operaciones.

Cuadro n° 2
Tipos de integraciones empresariales
analizadas por FNE 2000-mayo 2005

Tipo de operación	Nro. Operaciones	Nro. pronunciamientos de autoridad de competencia
Fusión de empresas del mismo giro	27	4
Expansión a otros giros	9	
Matrices se fusionan fuera de Chile	5	3
Controlador fusiona empresas en Chile	4	1
Total	45	8

Aunque esta clasificación no en todos los casos es absolutamente excluyente, es interesante consignar el detalle de estos procesos:

Cuadro n° 3
Integraciones horizontales o dentro del mismo giro
analizadas por FNE 2000-mayo 2005

FECHA ANUNC	ADQUIRENTE	ADQUIRIDA	OBSERVACIONES
Sept. 99	Bco. Sntnder C Hisp.	Banco Santiago	Crea banco más grande de Chile
Jun-02	Banco de Chile	Banco Edwards	Absorción crea 2° banco más grande de Chile
Jul-03	Cencosud	Santa Isabel	Compra del 100% de la cadena
Nov-03	Bco. Crédito e Inv.	Financ. Conosur	Compra Div. Créd. Consumo de Bco. Santander
Dic-03	DCR	Fichte Ibca	Fusión de clasificadoras de riesgo de empresas
Dic-03	AFP Planvital	AFP Magister	Compra del 64% de AFP Magister.
Dic-03	D&S	Carrefour	Compra del 100% de la cadena francesa
Dic-03	Cencosud	Las Brisas	Compra del 100% de la cadena
Dic-03	Nestle / Fonterra	Soprole	FNE analiza eventual alianza stratég. entre ambas
Ene-04	Ind. Aqua Chile	Aguas Claras	Salmonera compra a otra
Mar-04	Deca-Rendic	Superm. Atacama	Absorbe este y otro supermercado en Copiapó
Mar-04	VTR	Metrópolis	Deja TVcable en Chile a un único operador
Abr-04	Seg. Las Américas	Security Seg. Previs. Grales	Fusión de ambas compañías de seguros
Abr-04	Corpora 3 Montes	Lucchetti	Compra del 100% de la empresa de alimentos
Abr-04	Banco Security	Dresner Bank	Compra de activos
May-04	Seguros Bice Vida	Seg. La Construcc.	Compra del 100% de la compañía
May-04	Feria Lo Valledor	Feria de Osorno	Intención de adquirir 50% restante de acciones
Ago-04	Argos	Policolor	Compra de esta línea de productos a Demarka
Sep-04	Cencosud	Montecarlo	Compra del 100% de la cadena
Ene-05	Sodimac / Falabella	Construmart	Compra de 5 locales
Feb-05	CCU	Pisquera Control	Crea empresa en que CCU tendría 80% de prop.
Mar-05	Lab. Andrómaco	Lab. Silesia	Compra 100 % del lab. Farmacéutico
Mar-05	Liberty Mut. Group	ING Seg. Grales	Compra de cartera de clientes de ING seg grales
Mar-05	Consorc. Aguas Nvs	ESSBio, Aguas Maule	Vende Thames Water, controlador
Abr-05	DIN	ABC	Compra de la cadena de tiendas.
Abr-05	Terranova	Masisa	Fusión empresas forestales
Total, 25			

Cuadro n° 4
Integraciones de empresas para expansión del giro

FECHA ANUNC	ADQUIRENTE	ADQUIRIDA	OBSERVACIONES
Jul-03	Falabella	Sodimac	Compra del 100% de la cadena
Nov-03	Almacenes París	Stgo Express	BCI crea así su división de créditos de consumo.
Ago-04	Quiñenco-Consorcio	Almacenes París	Compra del 52% de la propiedad
Dic-04	Indac / Gerdau Aza	Cmrcl. Salomón Sack	Compra del 100% de la distribuidora.
Jul-04	Falabella	San Francisco	Compra del 88% de cadena de supermercados.
Dic-04	El Mercurio y VTR	Chilenet	Compra de competidora de páginas amarillas CTC
Feb-05	Falabella	D&S	FNE analiza posible operación entre ambos
Feb-05	Copesa	Radio Duna	Compra de radio por controlador de La Tercera.
Mar-05	Cencosud	Almacenes París	OPA expande giro
Total, 9			

Cuadro n° 5
Integraciones de empresas fuera de Chile, con posibles efectos en el país

FECHA ANUNC	ADQUIRENTE	ADQUIRIDA	OBSERVACIONES
Ene-02	Nestlé	Fonterra, N. Zelandia	Fonterra es controlador de Soprole
Jun-03	Mobil	Exxon	
Abr-04	Laborat. Sanofi	Laborat. Aventis	
May-04	Arcor	Danone	
May-04	CTC Telefónica	Belsouth Telefónica	Compra de Bellsouth en América Latina.

Cuadro n° 6

Fusiones en Chile por controlador común

FECHA ANUNC	ADQUIRENTE	ADQUIRIDA	OBSERVACIONES
Nov-03	Petrox	RPC	Enap fusiona estas dos filiales suyas
Ene-04	Emec	Conafe	Cía Gral Electricidad, CGE, fusiona dos filiales
Feb-04	Edelnor	Electroandina	Codelco y otro fusionan estas dos filiales suyas
Abr-05	Forestal Terranova	Forestal Masisa	Fusión por su contralador común, Nva. Holging Inc.

OPERACIONES RESUELTAS POR AUTORIDAD DE COMPETENCIA

Ocho de las operaciones de concentración empresarial aquí consignadas fueron objeto de pronunciamiento por parte de la Autoridad de Defensa de la Libre Competencia de la época:

Cuadro n°7 Integraciones empresariales analizadas 2000-marzo 2005 por Autoridad de la Competencia

FECHA ANUNCIO	ADQUIRENTE	ADQUIRIDA	OBSERVACIONES	RESOLUC. TOMA CONCMTNO
Sept. 99	SantanderCt Hisp	Banco Santiago	Crea banco más grande de Chile	Res. 639-02 CR
Ene-02	Nestlé	Fonterra, N. Zeland	Fonterra controla a Soprole	Dictmn 1193-02 CPC
Jun-03	Mobil	Exxon	¿Efectos ante fusión extranjera?	Dictmn. 1259-03 CPC
Dic-03	Nestle / Fonterra	Soprole	Eventual joint venture entre ambas	Dictmn 1193-02 CPC
Dic-03	DCR	Fichte Ibca	Clasifics de riesgo de empresas	Res. 719-03 CR
Feb-04	Edelnor	Electroandina	Codelco fusiona estas filiales	Dictmn 1173-01 CPC
Mar-04	VTR	Metrópolis	Deja TVcable a un único operador	Res. 1-2004 TDLC
May-04	CTC Telefónica	Bellsouth Telef.	Compra en América Latina.	Res. 2-2005 TDLC

DESARROLLO FUTURO EN MATERIA DE CONCENTRACIONES

Considerando el fuerte y rápido aumento que han experimentado las operaciones de concentración, esto es, tanto en número de operaciones como en los montos involucrados, se incrementarán los procesos de monitoreos a los diferentes sectores de actividad en el país, con el propósito de lograr anticipar las posibles operaciones, como también lograr una cuantificación de los efectos e impactos de estas operaciones en materia de Libre Competencia.

TERCER FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA
MADRID, ESPAÑA. 19-20 DE JULIO 2005

Tratamiento del Control de Fusiones en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia de la República Dominicana: Consideraciones institucionales¹.

En los últimos 7 años en la República Dominicana se ha venido discutiendo la necesidad de adoptar normas que regulen los mercados. Procesos de privatización, desregulación, apertura económica e incremento de la inversión extranjera directa han puesto de manifiesto la incapacidad de los códigos civiles y comerciales del siglo XIX para resolver los abusos de dominio y las prácticas desleales o restrictivas del comercio.

En 1999 se depositó en el Congreso Nacional el Código de Ordenamiento del Mercado compuesto de siete libros que abarcaban la protección de la propiedad industrial, derechos de autor, prácticas desleales del comercio, protección al consumidor, defensa de la competencia, procedimientos y la creación de un órgano regulador capaz de administrar con independencia y eficiencia ese conjunto de normas.

El debate que suscitó la pieza en torno a las amplias competencias del ente regulador², dio al traste con el Código, mientras que sus diferentes libros se convirtieron en leyes independientes cada una con una administración distinta, aunque la gran mayoría adscritas al Ministerio de Industria y Comercio. Restan pendientes de aprobación los libros –ahora leyes- de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia.

Sobre este último, que ocupa la atención de este documento de discusión, el debate surgió precisamente alrededor del tema de control de fusiones.

El control de fusiones en la República Dominicana

Muchos de los argumentos en contra de un control/ autorización previa de fusiones que presenta el documento de referencia fueron los esgrimidos por economistas y empresarios dominicanos.

El tamaño de la economía dominicana, la concentración natural de los mercados y la necesidad de buscar mayores eficiencias de cara a la competencia extranjera fueron consideraciones convincentes para posponer la aprobación de la pieza.

¹ Preparado por Elka Scheker, Consejo Nacional de Competitividad.

² Se tomó como modelo el INDECOPI de Perú

Además, la enorme diferencia en cuanto al nivel de desarrollo industrial e institucional entre los países que servían de modelo de la legislación –Estados Unidos y la Unión Europea- favoreció el argumento de que las reglas de competencia son útiles en países con un sector privado e industrial altamente desarrollado y competitivo, y no para países débiles que necesitaban más de la protección contra las empresas del exterior que inundaban nuestros mercados. Esta línea de razonamiento permitió que se aprobara primero el libro/ley de prácticas desleales del comercio exterior que aborda las salvaguardas y medidas compensatorias en casos de dumping y subsidios.

Es oportuno advertir que la República Dominicana cuenta con leyes sectoriales que abordan el tema de competencia en sectores regulados y en todas ellas hay previsiones sobre la fusión en las que se obliga a las empresas a obtener la autorización previa del ente regulador so pena de nulidad de las transacciones. La autorización previa existe para las fusiones en el área de telecomunicaciones, electricidad, banca, seguros y valores.

Estas leyes sectoriales fueron promulgadas entre los años 1998-2002, lo que significa que si bien la ley de competencia como norma de carácter general no fue adoptada, los debates que inició su discusión sirvieron para poner de manifiesto la importancia de ordenar los mercados y de facultar a la Administración para intervenir a fin de asegurar la competencia en mercados estratégicos como los citados.

Actualmente, la propuesta de 1999 sobre Defensa de la Competencia se ha visto afectada por la evolución misma de esta dinámica materia. Los argumentos a favor de las eficiencias, la proliferación de reglamentos que matizan la aplicación de la ley e introducen acuerdos exceptuables y la incorporación cada vez más pronunciada de criterios de razonabilidad económica en el análisis de las fusiones, han producido un desplazamiento de la jurisprudencia hacia un menor empeño en sancionar *a priori* las actuaciones empresariales tendentes a consolidar o ampliar posiciones de dominio.

En este sentido, la República Dominicana ha visto la oportunidad de generar un ambiente propicio para reintroducir una legislación en materia de competencia, esta vez sin contemplar la autorización previa de fusiones e incorporando funciones de abogacía de la competencia.

Características del Proyecto:

El nuevo anteproyecto se redactó a mediados del 2004. Las elecciones presidenciales y una crisis económica que devaluó la moneda en un 50%, restaron visibilidad al proyecto. En mayo del 2005, fue reintroducido por la vía del Senado. En resumen, el proyecto:

1. Prohíbe las prácticas concertadas y acuerdos anticompetitivos expresos o tácitos, y los sanciona con la nulidad de pleno derecho;
2. Prohíbe el abuso de posición dominante;
3. Califica las conductas restrictivas permitiendo excepciones cuando de estas se derive una eficiencia económica, inversión productiva, innovación o sea producto de una habilitación legal. No se sanciona obtener una posición dominante o su incremento;

4. Prohíbe la conducta de competencia desleal;
5. Establece criterios para determinar si una empresa tiene posición de dominio;
6. Instituye la promoción de la cultura de la competencia como función de la autoridad y le faculta para revisar actos jurídicos estatales contrarios al orden público económico;
7. Establece un modelo de autoridad reguladora con miembros designados por el Congreso y por el Poder Ejecutivo, con patrimonio propio y autonomía técnica y administrativa.
8. Dispone un procedimiento de aplicación de la ley que aclara las competencias de los órganos administrativos y judiciales en el proceso.

Este Anteproyecto de Defensa de la Competencia, actualmente en fase de estudio por la Comisión de Industria y Comercio del Senado de la República, es una propuesta novedosa en tanto reconoce las particularidades de la evolución de los mercados en América Latina y concentra esfuerzos en promover la simplificación de trámites y eliminar barreras de entrada y salida de los mercados.

En nuestros países, los mercados han sido profundamente intervenidos y alterados por la ingerencia del Estado que en muchos casos ha impedido la competencia, relegando al sector privado a la operación de sectores poco rentables en los que a su vez necesitan del Estado para que le otorgue subsidios.

El reto de la autoridad pro-competencia en América Latina pasa por su capacidad de desarrollar Políticas Públicas de Competencia, a fin de plasmar en la sociedad el conjunto de valores y principios de la libre y leal competencia.

Algunas consideraciones institucionales:

En los momentos actuales existe un amplio consenso sobre la necesidad de aprobar la ley de defensa de la competencia. El contenido reformado de la propuesta de 1999, elimina el debate sobre el control de fusiones. Sin embargo, la flexibilidad de la pieza – a tono con la evolución de la materia que obliga a analizar caso por caso- ha puesto de relieve la verdadera naturaleza del problema: Con quien cuenta la administración pública para llevar a cabo las complejas funciones que consigna la ley? Una vez capacitado un contingente de profesionales para de manera técnica, sopesada y eficiente administre la ley y sus procedimientos, quien garantiza su permanencia en funciones?

La administración pública dominicana no cuenta con una verdadera carrera administrativa. Cada cuatro años con el cambio de gobierno, cambia en más de un 50% la composición de los servidores públicos, abarcando no sólo los puestos de dirección sino los cargos técnicos y personal de apoyo.

Los órganos ‘independientes’ que consignan algunas leyes especiales en las que se dispone la permanencia del incumbente en su cargo por un tiempo determinado o su designación sujeta a la preparación de ternas calificadas o concursos, han sido en la práctica intervenidas por la política.

No cabe duda de que las leyes sobre competencia son de muy compleja administración; el órgano regulador debe tener un presupuesto adecuado para apertrecharse de buenos técnicos, solicitar estudios especializados y conducir los análisis de industria o mercado requeridos. El órgano también ha de enfrentar empresas con poderío económico y recursos mayores para defender sus posiciones pero también para influenciar política o económicamente las decisiones.

Un foro enfocado a la experiencia de América Latina y el Caribe en Políticas de Competencia debe reconocer y abordar estos temas, sobre todo en momentos en que un contingente significativo de países de la región se inicia en la adopción de leyes de competencia. La ley puede correr el riesgo de quedarse en un pedazo de papel si no se dirigen recursos y esfuerzos para la creación de una institucionalidad capaz de administrarla.

Por encontrarlo de relevancia transcribo la siguiente cita del trabajo de Claudia Curiel:

*“Las condiciones económicas concretas de cada país deberán tenerse en cuenta, en particular en lo que respecta al grado de desarrollo económico, al tamaño de la economía, al peso respectivo del sector público y del sector privado y a la orientación y composición del comercio exterior. Estos elementos tienen una incidencia importante en el costo de los ajustes y, por ende, en **el tipo de objetivos específicos que, de manera realista, tratarán de adoptar las agencias de competencia.***

*La redefinición del papel del Estado constituye un elemento crucial de la reorganización económica que deberá tener lugar. El Estado habrá de realizar la tarea de garante de reglas de juego claras y transparentes y de supervisor de conductas que podrían eventualmente restringir, o que de hecho restringen, el buen funcionamiento de los mecanismos de competencia. Dentro de ese marco general, **las oficinas de competencia habrán de jugar un papel determinante, lo que requiere a su vez el logro de los siguientes objetivos: i) autonomía de las agencias, que deberán contar con un apoyo político adecuado; ii) instauración de modelos de abogacía de la competencia que permitan la remoción de las barreras a la entrada y a la operación de los mercados; iii) elaboración de mecanismos de observación (monitoring) de los mercados; iv) fortalecimiento de los organismos jurisdiccionales; v) promoción del intercambio de experiencias entre agencias de competencia; vi) reconocimiento y apoyo del papel de los actores privados; y vii) participación de las agencias de competencia en los procesos de privatización.**³” (las negritas son mías).*

³ Claudia Curiel Leidenz. DISEÑO DE UN MODELO DE ABOGACÍA DE LA COMPETENCIA EN EL CONTEXTO DE LA IMPLANTACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE COMPETENCIA EN AMÉRICA LATINA. Trabajo preparado para la Sección de Derecho y Política de Competencia y de Protección al Consumidor. UNCTAD, 1996



Federal Competition Commission

Merger control in Mexico

Eduardo Pérez Motta

Latin American Competition Forum

Madrid, 20 July, 2005



Object of competition policy

- Promote the correct functioning of markets as a source of competitiveness and social welfare.
- Ensure economic agents free, non-discriminatory access to markets, thus encouraging entrepreneurial activity.



Competition policy has a solid constitutional basis.

Article 28

- Prohibits monopolies and monopolistic practices.
- Establishes that concessions of public goods and services shall avoid concentrations that go against the public's interests.



Competition policy in Mexico began in 1993.

- Since 1857 the Constitution prohibits monopolies and monopolistic practices.
- However, competition policy really began in June 1993, when the Federal Law of Economic Competition (FLEC) came into force.
- This law created the Federal Competition Commission (FCC) as an autonomous entity, solely responsible for its application.
- In addition, a number of sectoral legislations confer faculties to the FCC to strengthen competition in regulated sectors.



FCC's mandate: to protect the competition process and free market access in all markets...

Federal Law of Economic Competition

Object

Protect the competition process and free market access through the prevention and elimination of monopolies, monopolistic practices and other restrictions to the efficient functioning of markets.

Article 2

Scope

- Of general observance
- Throughout the national territory
- Applicable to all areas of economic activity and to all economic agents, both public and private.*

Articles 1 and 3

* Exceptions: Article 28 of the Constitution establishes that the following will not be deemed monopolies: the State's functions in strategic areas, unions, patents and trademarks, and exporting cooperatives (under certain conditions).



... by using a number of tools.

FCC's legal tools

1. Preventing, opposing and sanctioning absolute and relative monopolistic practices.
2. **Merger control.**
3. Assessing agents that are interested in participating in auction processes and in obtaining permits or concessions.
4. Making declarations on competition conditions or substantial market power in regulated sectors.
5. Advocating competition principles.



Pre-merger notification

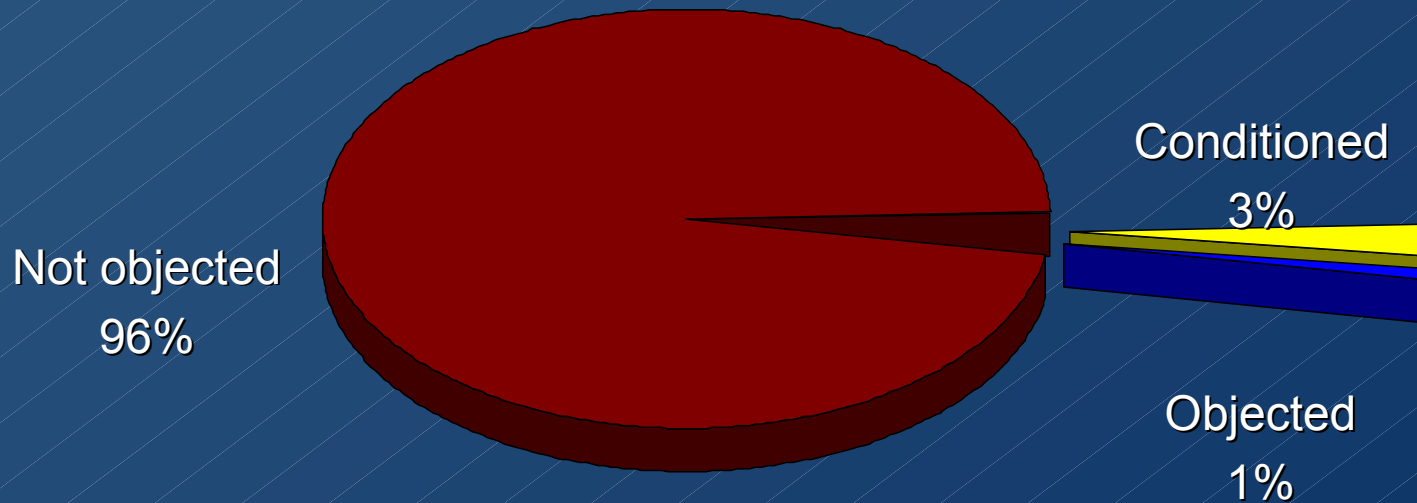
- Notification required prior to closing transactions.
- No discrimination between national and foreign economic agents.
- Notification thresholds indexed to the minimum wage are defined in terms of the size of the transaction and of the merging parties.
- Review periods are clearly defined.
- Decisions may be appealed before the Commission and courts



Mergers reviewed

1993-2004

Total cases: 2,218*



Mergers are conditioned or objected only when they have clear negative effects on competition.

* Includes notified mergers, notices and investigations of allegedly prohibited mergers.



The FCC minimizes costs for notifying parties.

Although the maximum legal period to clear mergers for which no additional information is required is 45 days, in practice, the FCC resolves them in 28 days on average.

Review of mergers for which additional information is required is accomplished within 50 days on average, though the maximum legal period is 80 days.

The FCC has efficient procedures to resolve merger cases: they are certified under the ISO 9001:2000 quality management standard.



Examples of objected mergers.

Railway sector: Ferromex/Ferrosur

- the transaction was intended to combine two of the three major regional railroads.
- the FCC's intervention prevented the elimination of inter railroad competition.

Televisa/Radio Acir

- the proposed acquisition would negatively affect competition in the broadcast advertising market by creating a dominant firm in radio and television



Examples of conditioned mergers.

Bank mergers: Citicorp/Banamex

-the transaction involving Mexico's second largest bank was subject to the divestiture of business in the markets for ancillary banking services, where competition would be impaired.

Guinness/Grand Metropolitan

-the merger of alcoholic beverage manufacturers would create a firm with a 65% share in the whiskey market, thus divestiture of "J&B" brand was required.



Merger control

Is an effective tool to foster economic competition:

- It prevents the excessive accumulation of market power without imposing high regulatory costs.
- It allows the FCC to challenge or sanction mergers that have clear negative effects on competition without deterring private entrepreneurship.



Globalization has internationalized competition policy.

Globalization

Market integration.

Higher number of concentrations and alliances with international scope.

More cartels and other monopolistic practices with international dimension.

Increasing importance of international convergence and cooperation in competition policy.



Convergence in merger control (I)

Mexico adheres to the “OECD Recommendation of the Council Concerning Merger Review” and is implementing ICN principles and recommended practices.

It has revised and simplified its merger review procedures.

It has developed Draft Merger Guidelines (available on the Internet for discussion) addressing, among other:

- Local nexus considerations
- Procedures for non-consensual transactions and sales in bankruptcy
- Transparency concerns
- Precise definition of confidential information



Convergence in merger control (II)

Proposed reforms to the Federal Law of Economic Competition include changes to enhance the efficiency of procedures, such as:

- Expedite review procedure for mergers not raising material competitive concerns
- Simplified information requirements
- Precise definition of confidential information
- Higher notification thresholds



Final remarks

- Merger control has been an effective tool to prevent agents from acquiring substantial market power.
- The FCC is currently reviewing its merger control regime to improve its procedures and adapt to converging standards.
- Mexico actively promotes international convergence and cooperation because they improve the effectiveness of competition policy.

THE CONTROL OF BUSINESS CONCENTRATIONS IN PANAMA

By: Gustavo Adolfo Paredes Moreno

The control of business concentrations in Panama is exercised through a dual system which consists of voluntary examinations by an administrative authority, in this case the Commission for Free Competition and Consumer Affairs (*Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor*), or the contesting of business concentrations in courts of justice. There are no notification requirements and no thresholds necessary to submit a business concentration for voluntary examination.

There can be no doubt that the lawmakers' intention was to put in place a set of tools that would create legal certainty for economic agents who wish to amalgamate in a small and very concentrated economy such as that of Panama but one which is at the same time very open to international trade. It was most probably this last factor which determined the structure and form of the control of business concentrations in Panama.

In the following pages we shall try to provide a description of how the business concentration control system works in Panama, describing it with special emphasis from the point of view of the competition agency.

I. General legislative aspects:

The substantive legislative aspects that provide the framework for the control of business concentrations in Panama are as follow:

1. The concept of business concentration: What is meant by such is a merger, acquisition of control or any legal act which amalgamates assets, shares, shareholders' rights, fiduciary controls or any other form of control that is acquired between competitors, suppliers and clients. The two key concepts are the acquisition of control and amalgamation. The first refers to the ability to determine the decisions of the business group. The second refers to acts that affect economic agents that compete among themselves at a horizontal level or at a vertical level in the integration of suppliers, distributors and clients or through increasing the barriers to the entry faced by new economic agents in said markets. (See Art. 19 of Law 29/96; Points 19-45 of the Guide to Business Concentrations)
2. Exceptions to the concept of business concentration: Exempt from the concept of business concentration are (i) concentrations of businesses that are in a state of manifest insolvency which can prove that they have sought non-competing buyers; and (ii) temporary associations entered into for a specific period of time for a

specific project. (See Art. 19 of Law 29/96; Points 31-37 of the Guide to Business Concentrations)

3. **Illegal business concentrations:** The law prohibits business concentrations the effect of which is or could be to unreasonably restrict free competition of any sort in goods or services of an equal, similar or substantially related nature.
The law also establishes the presumptions that the business concentration has the intention or effect prohibited by the law when the result of the business concentration puts the combined business in a dominant market position; is or could be intended to displace competitors or deny them access to the market; or has the intention or effect of making it easier to engage in prohibited monopolistic practices. These presumptions allow for proof to the contrary. (See Arts. 19 and 24 of Law 29/96; Arts. 17 and 18 of Decree-Law 31/98)
4. **Entitlement to contest business concentrations and competent authority:** Any person, whether natural or legal, is entitled to contest business concentrations prohibited by the law, without needing to be affected by the legal act.
The competent authority to hear cases contesting prohibited business concentrations shall be the courts of justice, especially the competition courts created pursuant to Law 29. Entitlement to contest business concentrations and competent authority: Date from 1996, through the summary procedure referred to in the Law and additionally in the Judicial Code. (See Arts. 23, 141, 142, 143 and 145 of Law 29 of 1996; Arts. 21 and 24 of Executive Decree 31/98; Arts. 590, 666 and 1346 of the Judicial Code)
5. **Factors relevant to the contesting of business concentrations:** The factors that have to be taken into account in determining the illegality or otherwise of a business concentration are the parameters of the market in question, the parameters of substantial power on the market in question and any other criterion laid down by Executive Decree. To date, the only criterion laid down in this respect is that of economic efficiency. (See Arts. 16, 17 and 25 of Law 29/96; Arts. 11, 12, 17 and 18 of Executive Decree 31/98; Points 46-156 of the Guide to Business Concentrations)
6. **Limitation of action:** The right to contest business concentrations expires by limitation three (3) years from the date on which the business concentration took effect. (See Art. 22 of Law 29/96; Art. 15 of Executive Decree 31/98)

II. Procedure for prior examination of business concentrations:

The business concentration examination procedure is voluntary. The economic agent requesting the prior examination is not obliged to suspend proceeding with the business concentration in the event that the Commission's decision is unfavourable to its request. For that reason the prior examination procedure provides the applicant with security concerning the legal act that it has submitted for examination if it is approved and the certainty that the Commission will contest the business concentration in the courts of justice if it is prohibited or made subject to conditions. The most important legislative aspects are as follows:

1. **Substantiation of proceedings and legal recourses:** The administrative proceedings will be substantiated by a "Substantiating Commissioner", who will submit a

reasoned ruling for the rest of the Commissioners to consider. The final ruling which decides the prior examination carries the right of appeal for reconsideration; any such appeal must be submitted during the five (5) days following notification of the final ruling, following which the government channel options will be exhausted and the only remaining right of recourse will be to appeal to the Third Division of the Supreme Court of Justice. In practice, no use is made of this right of recourse for the reasons set out in the previous paragraph and also because there is no wish to face the risk of business concentrations being contested in courts of justice. (See Art. 118 of Law 29/96)

2. Notification and ruling: The economic agent requesting prior examination of a business concentration must notify the Commission of the legal act and provide it with whatever information it may require. The Commission may request data, additional documents and clarification of the information received with the notification within the following twenty (20) calendar days. Following receipt of the information asked for in the earlier request, Commission will have sixty (60) calendar days in which to issue a reasoned ruling in response to the prior examination request. If no ruling is issued within that period, the prior examination shall be deemed to have been passed. (See Art. 118 of Law 29/96)
3. Request for information: The economic agent giving notice of its wish for prior examination of a business concentration must submit the following documentation as a minimum:
 - (a) The details of the economic agents giving notice of the concentration and of those participating directly in it;
 - (b) The details of the legal representative or authorised agent and the documents authorising him to act;
 - (c) The articles of association and any amendments thereto, as well as the statutes of the economic agents involved;
 - (d) The financial statements of the economic agents involved for the immediately preceding financial year or period and for the part of the current period available on the date of the notification, certified by an authorised certified public accountant;
 - (e) Certification issued by the public register of the existence, duration, legal representation and share capital structure of the participating economic agents before the concentration; and a description of the new capital structure, of the participation of each member before and after the concentration and of the persons who hold and will hold control, issued by a legal representative or secretary of the company;
 - (f) A description of the concentration, its objects and the nature of its business and a copy of the draft legal act in question;
 - (g) Certification of those clauses under which the economic agents involved undertake not to compete and proof of their existence;
 - (h) A description of the main goods or services produced or offered by each economic agent involved, a list of substitute goods or services and the main economic agents that produce, distribute or market them on national territory, together with their market share data;
 - (i) A note of the main suppliers and clients of the economic agents participating in the concentration;

(j) A note of the economic agents involved in the transaction who participate directly or indirectly in the share capital, administration or any other activity of other economic agents who produce or market in markets connected with the activities of the economic agents participating in the concentration; and,

(k) The location of the plants or establishments of the economic agents involved, the whereabouts of their main distribution centres and the relationship that they have with said economic agents.

4. Commission decisions: The reasoned ruling containing the Commission's decision may approve or prohibit the business concentration or even order a total or partial deconcentration. (See Art. 118 of Law 29/96; Arts. 16-20 of Executive Decree 31/98)

III. Corrective measures procedure:

The Commission, after completing an administrative investigation of a business concentration, whether it had been the subject of a prior examination or not, may order corrective measures in order to prevent the legal act of the business concentration from impairing free competition in the market. Any corrective measures that are ordered must be directly linked to correcting the effects of the concentration and must be commensurate with the correction that is being sought. When the Commission issues such orders, it must do so by way of a reasoned ruling of the full Commission, in accordance with the following rules:

1. The Commission shall act through a Substantiating Commissioner in the first instance.
2. The economic agent which has been investigated shall be given prior notice in writing of the existence of the presumed illicit situation and shall be given a period of no less than five (5) days and no more than fifteen (15) days, according to the importance of the case, to submit its comments and alternative proposals in writing. In the same notification a date shall be set for a personal hearing of the economic agent, who may choose to be represented or accompanied by a lawyer. Nevertheless, if the concentration being investigated were to be on the very point of being concluded, or there were a danger of it collapsing at short notice or if it were of such a nature as to make immediate intervention unavoidable or advisable in order to avoid major damage to the process of free competition, the Commission may decree corrective measures without hearing the other party, by way of a reasoned ruling.
3. The economic agent which has been investigated shall be notified personally of the ruling. If it is not possible to find the natural person or the legal representative of the legal person involved in the establishment in which he works or at the address at which he is registered in public directories, the notifying agency shall issue a notarial certificate stating this fact, and notice shall be given by means of a proclamation which shall be affixed to the door of said establishment or premises and in the offices of the Commission for a period of two working days, in which case notice shall be deemed to have been given on the date and at the time displayed in the proclamation. A copy of the proclamation shall be sent to the economic agent by fax, telegram, mail or electronic mail at the address at which it is registered in public directories.

4. This Ruling carries the right of appeal for reconsideration and/or appeal in the alternative. Use must be made of one or other of the rights of appeal within five (5) working days following notification of the corresponding ruling. Appeals for reconsideration must be lodged and asserted with the Substantiating Commissioner who issued the ruling in the first instance. Appeals in the alternative must be lodged and asserted with the full Commission excluding the Substantiating Commissioner, whose place shall be taken by his alternate.
The full Commission shall have fifteen (15) working days to decide on the appeal, following which the government channel options shall be exhausted, thereby giving access to the administrative law channel. Interested third parties shall be advised of the findings set out in the ruling.
5. Once proceedings relating to a business concentration have been initiated before the competent court, the Commission shall refrain from issuing orders, prohibitions or decisions regarding the business concentration in question. In the event of a civil action being initiated and the Commission having already ordered corrective measures, the economic agent may apply to the court to have the Commission's ruling overturned or amended by way of a motion to that effect.
6. Acts committed by the economic agent in contravention of the ruling shall have no legal effect. In the event of contempt of the ruling, the Commission may impose on the economic agent a daily recurring fine of up to US\$ 5,000, without prejudice to its authority to re-issue the order in question.

This procedure may also be applied by any court of justice ruling on a challenge to a business concentration.

(See Art. 26 of Law 29/96; Arts. 19, 20, 21 and 23 of Executive Decree 31/98)

IV. Procedure for contesting business concentrations before courts of justice:

The Commission or any other person may contest the business concentration before the courts of justice created under Law 29 of 1996. Anyone contesting a business concentration will have to abide by the general legislative aspects referred to in Section I of this document. In the final ruling, the competent judge may approve or refuse the business or order the economic agent to make execution of the legal act establishing the business concentration subject to any or all of the following conditions: to refrain from taking or carrying out certain actions; to transfer to or confer on third parties rights to certain tangible or intangible assets, interests or shares; to modify, transfer or cease a certain line of production; or to amend or remove clauses from acts, agreements or contracts that it is seeking to conclude.

If the business concentration is not approved or is refused in its entirety, any corrective measures that the judge orders will have to be adopted after the corrective measures procedure referred to in Section III of document has been completed. (See the terms of Sections I and III of this document)



71996 – PERU

Regulation of concentrations of enterprises

Background to the reform

Experience of the application of Peruvian legislation on protection of competition goes back over a decade, since the current Protection of Competition Act, Legislative Decree No. 701, was approved in November 1991.

Legislative Decree No. 701 does not envisage a general system of regulation of economic concentrations, but was intended solely to control behaviour, i.e. prevention of collusion and abuse of dominant market position.

In November 1977, the policy of regulation of structures was introduced in Peruvian legislation on protection of competition, but confined only to the electricity sector. In that respect, only the electricity sector has a system of regulation of concentrations by virtue of the provisions of Law No. 26876, the Anti-monopoly and Anti-oligopoly (Electricity Sector) Act.

The Protection of Competition Bill presented by INDECOPI for public discussion at the end of 2004 seeks to fill the current gap in Peruvian legislation regarding the policy on regulation of structures, by extending regulation of economic concentrations to all sectors of the national economy. The Bill includes a procedure for regulation or authorisation of transactions involving enterprise concentrations, both horizontal and vertical, as a mechanism for protecting competition by prior analysis of future economic structures which are going to be created in a market as a result of such transactions.

Arguments for and against implementation of a general system of regulation of economic concentrations.

Regulation of concentrations of enterprises is justified by the possibility of concentration transactions which can cause problems to competition by establishing market structures which limit or restrict competition to the detriment of consumers. Furthermore, by definition, a concentration transaction reduces the number of participants in the market in question, which reduces transaction costs and increases the probability of generating anti-competitive practices. The reduction in competition resulting from the concentration of economic power in a smaller number of business units places them in a better position to engage in actions which may affect the general economic interest, including the well-being of consumers.

At present there are many countries which have incorporated regulation of structures as an instrument of their policy of protecting competition, and it should be noted that the implementation of systems of regulation of economic concentrations is on the increase world wide.

Notwithstanding the above, in Peru there is opposition to extending the system of regulation of economic concentrations. However paradoxical, the main argument of those who defend this opposition is based on the right of freedom of enterprise, which could be impaired by the regulation of mergers and acquisitions.

Despite the opposition mentioned in the previous paragraph, when evaluating the performance and opportunities of Peru's competition policy, a body as serious and technical as the OECD could analyse the arguments against and emphatically dismiss them in the following terms:

- “An old argument was that regulation of mergers and acquisitions could be harmful in small and open economies in which national firms may need to merge to achieve economies of scale to compete effectively against foreign firms. This argument has been discredited, and it is generally recognised from empirical experience that regulation of mergers does not prevent such mergers.
- It was said that systems of prior notification imposed high costs on governments and companies. In fact, such systems may be costly, but the cost can be minimised by setting high reporting thresholds.
- The third argument was that given that the analysis of fusions and mergers is particularly complex, there is an excessive risk that the competition authorities will take incorrect decisions. The premise of this argument is questionable, and in any case the argument has lost much of its validity now that INDECOPI has been operating for over 10 years and has some experience of mergers analysis.
- The fourth and final argument is that the complexity of mergers analysis allows discretionarity which can be used to control the economy in ways which are not consistent with the economic reform programme [...]. However, it must be remembered that this risk exists in all countries, and international experience provides methods to deal with it. Political interference is generally tackled by giving decision-making authority to independent quasi-judicial agencies or the Judicial Power, implementing transparent procedures and policies based on principles, and providing for judicial review of specific cases and legislative supervision of the agency's policies.”¹

The importance of the analysis done by OECD lies in the fact that it was carried out months before the presentation of the INDECOPI Bill to extend regulation of economic concentrations.

¹ Peer review, competition law in Peru, OECD, June 2004

It is time to move away from speculative discussion and bring the country in line with world legislation. This requirement, moreover, is a necessity at a time when Peruvian trade policy is directed towards signing separate free trade treaties, as a result of which our economy will be exposed to the economic action of large investment groups which, in turn, are subject in their own countries to mechanisms similar to those it is sought to implement in Peru.



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK
MULTILATERAL INVESTMENT FUND SUSTAINABLE DEVELOPMENT DEPARTMENT
SPECIAL OFFICE IN EUROPE



**ORGANISATION FOR ECONOMIC
CO-OPERATION AND DEVELOPMENT**
COMPETITION DIVISION

El control de concentraciones empresariales

Los antecedentes de la reforma

El ordenamiento peruano en materia de Defensa de la Competencia tiene una experiencia de aplicación de más de una década, puesto que la actualmente vigente Ley de Defensa de la Competencia -el Decreto Legislativo N° 701-, es un instrumento normativo aprobado en noviembre de 1991.

El Decreto Legislativo N° 701 no contempla un sistema general de control de concentraciones económicas, siendo una norma destinada exclusivamente al control de comportamientos, es decir, a la represión de las conductas colusorias y del abuso de posición dominante en el mercado.

En noviembre de 1997, se introdujo la política de control de estructuras al ordenamiento peruano en materia de Defensa de la Competencia, pero restringida únicamente al sector eléctrico. En tal sentido, solamente el sector eléctrico cuenta con un sistema de control de concentraciones, en virtud a las disposiciones de la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.

El proyecto de Ley de Defensa de la Competencia presentado por el Indecopi para discusión pública a finales del año 2004, intenta superar el vacío existente en la legislación peruana en cuanto a la política de control de estructuras, a través de la generalización del control de concentraciones económicas a todos los sectores de la economía nacional. El referido proyecto incorpora un procedimiento de control o autorización de operaciones de concentración empresarial, horizontales o verticales, como mecanismo para defender la competencia a través del análisis previo de las futuras estructuras económicas que se vayan a crear en un mercado como consecuencia de tales operaciones.

Los argumentos a favor y en contra de la implementación de un sistema general de control de concentraciones económicas

El control de concentraciones empresariales se justifica por la posible realización de operaciones de concentración que pueden plantear un problema a la competencia al establecer estructuras de mercado que limiten o restrinjan la competencia en perjuicio de los consumidores. Además, por definición, una operación de concentración reduce el número de agentes participantes en el mercado en cuestión, lo que reduce los costos de transacción e incrementa las probabilidades de generación de prácticas anticompetitivas. La reducción de la competencia producto de la concentración del poder económico en un número menor de unidades empresariales, ubica a éstas en posición más idónea para llevar a cabo acciones susceptibles de afectar el interés económico general, entre los que se incluye el bienestar de los consumidores.

En la actualidad existen numerosos países que han incorporado como instrumento de su política de Defensa de la Competencia el control de estructuras, advirtiéndose que la implementación de sistemas de control de concentraciones económicas se encuentra en expansión a nivel global.

No obstante lo anteriormente señalado, en el Perú, existe oposición a la generalización del sistema de control de concentraciones económicas. Por paradójico que resulte, el principal argumento de quienes defienden esta posición se sustenta en el derecho a la libertad de empresa, que se podría ver mediatizado con el control de fusiones y adquisiciones.

No obstante la oposición referida en el párrafo anterior, al momento de evaluar el desempeño y las áreas de oportunidad de la política de competencia en el Perú, un organismo tan serio y técnico como la OECD analizó los argumentos en contra y los descartó enfáticamente en los siguientes términos:

- "Un viejo argumento era que el control de fusiones podría ser dañino en economías pequeñas y abiertas en las cuales las firmas nacionales pueden necesitar realizar fusiones para lograr economías de escala y competir con efectividad contra firmas extranjeras. Este argumento ha sido desacreditado, y en general se reconoce por la experiencia empírica que el control de fusiones no evita tales fusiones.

- Se afirmaba que los sistemas de notificación previa imponen altos costos sobre gobiernos y compañías. De hecho, tales sistemas pueden ser costosos, pero el costo puede ser minimizado fijando umbrales de reporte altos.
- El tercer argumento era que, dado que el análisis de fusiones es particularmente complejo, hay un riesgo excesivo de que las autoridades en materia de competencia tomen decisiones incorrectas. La premisa de este argumento es cuestionable, y en cualquier caso el argumento ha perdido gran parte de validez ahora que el Indecopi ha estado operando por más de 10 años y tiene cierta experiencia en análisis de fusiones.
- El cuarto y último argumento es que la complejidad del análisis de fusiones provee discrecionalidad que puede ser utilizada para controlar la economía en formas que no son consistentes con el programa de reformas económicas [...] Sin embargo, debe recordarse que este riesgo existe en todos los países, y la experiencia internacional provee métodos para tratar con él. La interferencia política generalmente se combate dando autoridad para tomar decisiones a agencias cuasi judiciales independientes o al Poder Judicial, implementando procedimientos transparentes y políticas basadas en principios y proveyendo una revisión judicial de casos particulares y supervisión legislativa de las políticas de la agencia."¹

La importancia del análisis efectuado por la OECD radica en que fue efectuado meses antes de la presentación de la propuesta del INDECOPI para generalizar el control de concentraciones económicas.

Es el momento de dejar de lado el discurso especulativo y colocar al país a tono con la legislación mundial. Esta exigencia es, además, una necesidad en el momento en que la política comercial peruana se encamina a la firma de distintos tratados de libre comercio, con los cuales nuestra economía estará expuesta a la acción económica de grandes grupos de inversión que, a su vez, están sometidos en sus países a mecanismos similares al que se pretende implementar en el Perú.

¹ Peer review, legislación de competencia en el Perú, OECD, junio 2004.



SESSION IV: ORGANISATIONAL DEVELOPMENT THROUGH ASSESSMENT



BACKGROUND NOTE

For Official Use

DAF/COMP(2005)23



Organisation de Coopération et de Développement Economiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

24-May-2005

English - Or. English

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

**DAF/COMP(2005)23
For Official Use**

**ROUNDTABLE ON EVALUATION OF THE ACTIONS AND RESOURCES
OF COMPETITION AUTHORITIES**

-- Background note by the Secretariat --

This note is submitted by the Secretariat to the Competition Committee FOR DISCUSSION at its forthcoming meeting (1-2 June 2005).

JT00184770

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine
Complete document available on OLIS in its original format

English - Or. English



USING EVALUATION TO IMPROVE THE PERFORMANCE OF COMPETITION POLICY AUTHORITIES

by *William E. Kovacic* *

1. Introduction

1. Competition policy is a work in progress. From the adoption of the first national antitrust statute in Canada in 1889, the history of competition law has featured a continuing search for optimal statutory commands, institutional designs, and operational techniques (Gavil et. al. 2002; Chs. 1, 9). Recent decades have witnessed extraordinary change as older and newer competition systems seek better practices for defining substantive commands, setting priorities, choosing cases, and selecting remedies.

2. This paper suggests that charting the future course of competition policy can benefit heavily from looking back and asking two simple, fundamental questions. Did the agency's interventions produce good results? Did the agency's managerial processes help ensure that the agency selected initiatives that would yield good outcomes? By assessing the quality of its substantive interventions and internal procedures, a public agency can gain valuable insights about how to improve its performance. Even the effort to define performance measures can impose valuable discipline on an agency's allocation of resources and help identify possibilities for improvement.

3. Not only is a norm that encourages government bodies to conduct performance evaluations good public policy, it is likely to be a key ingredient of future attempts by competition authorities to demonstrate the value of competition law to broader audiences. In older and newer competition systems, and in jurisdictions considering the adoption of a competition law, a number of observers decline to assume as a matter of theory, or accept as an article of faith, that the enforcement of a competition law yields socially useful results.¹ An *a priori* presumption of efficacy is a weak substitute for a systematic assessment of outcomes.²

4. This background paper discusses how government competition authorities might use ex post evaluations of law enforcement decisions, operational mechanisms, and organizational design to improve the quality of their work. The paper examines the value of ex post analyses of previous public enforcement actions as follows. Section 2 describes two basic forms of performance measurement that competition

agencies might undertake to improve the quality of their work. Section 3 identifies the rationales for establishing and applying performance measures to evaluate the effectiveness of the substantive interventions and operational procedures of competition policy agencies. Section 4 discusses the past experience of competition agencies in conducting ex post analyses of substantive outputs and operational procedures. While not providing a comprehensive account of agency experience, Section 4 uses noteworthy examples to provide a context for the proposals in Section 5 that present methodologies for performing evaluations.

2. The Evaluation of Competition Agencies: Two Forms of Performance Measurement

5. This paper addresses two basic ways that competition agencies might go about measuring the quality of their performance. The first is to evaluate the contribution of the agency's outputs – such as the prosecution of cases or the commitment of resources to competition advocacy – to the attainment of the goals embodied in the jurisdiction's competition laws. Suppose, for example, that the jurisdiction's competition law seeks to improve economic performance by proscribing anticompetitive mergers, improper exclusion by dominant firms, or naked agreements among rivals to set prices or other terms of trade. An outcomes-oriented program of evaluation would seek to determine how much the agency's pursuit of specific initiatives helped achieve these ends.

6. A second approach to evaluation is process-based. In lieu of or in addition to evaluating outcomes, an evaluation program might seek to assess the quality of the competition agency's internal operations – the mix of managerial methods and organizational choices that determine how the agency allocates and applies its resources. This approach treats management and organization as critical inputs into the implementation of competition policy and seeks to identify improvements in how the competition agency operates. The logic is that progress toward superior managerial and organizational techniques will increase the likelihood that the agency's substantive outputs generally promote the realization of the competition law's objectives.

7. In striving to cope with the crisis of the moment or the press of new business, public (and private) institutions might be tempted to regard performance evaluation as a purely optional, discretionary undertaking. The need for a competition agency to address current exigencies – for example, to cope with an unusually large number of merger filings – can encourage acceptance of the view that the expenditure of effort to evaluate substantive outputs or managerial inputs is an unaffordable luxury or a costly “diversion” of resources away from the treatment of immediate operational needs. In this frame of mind, an agency's managers may reason that they can *either* support current operations *or* conduct ex post assessments, but not both.

8. To perceive that performance measurement comes at the expense of fulfilling current operational obligations misconceives the role of evaluation. As a large and growing literature has demonstrated, performance measurement is a necessary ingredient of good practice for public institutions.³ From this perspective, strong mechanisms for evaluating outcomes and decision making processes are not detached from, but instead are integral to, the creation of sound policy outputs (*see, e.g.,* Majoras 2005). Outlays for performance measurement by a public institution are no more “discretionary” than the effort that physicians exert after performing surgery to meet with their patients and determine whether the surgery improved their patients' health.⁴

9. Properly understood, performance measurement is not an institutional burden but instead is a valuable asset – a means for an agency to tap its base of experience (and to borrow from the experience of peer institutions) to improve the quality of its work. A routine of retrospective assessments can help agency managers engage in what two scholars of public administration, Richard Neustadt and Ernest May, have called “thinking in time streams” – applying “the kind of mental ability that readily connects discrete

phenomena over time and repeatedly checks connections.”⁵ Robust performance measurement tools can help answer the three fundamental questions that Neustadt and May (1986; 270) have identified as the core concerns of public agency decision making: “‘Will it work?’ ‘Will it stick?’ ‘Will it help more than it hurts?’”

10. As noted above, two important focal points for ex post evaluation are the substantive outputs of the competition agency (e.g., cases and advocacy interventions) and the operational processes (e.g., strategic planning and case handling) that generate such outputs. The literature on performance evaluation has noted the tendency of public and private institutions to conduct detailed ex post assessments solely or largely as a desperate, necessary response to an operational calamity. Such evaluations unmistakably can play a valuable role in improving agency performance in the short- and longer-term. For example, a detailed reconstruction and analysis of a serious operational failure can identify weaknesses in specific substantive projects or in an institution’s decision making processes and can foster adjustments in the institution’s projects or the establishment of formal rules and cultural norms that reduce the possibility of future disasters.⁶

11. A custom of conducting ex post assessments only in response to grave operational failures is a seriously incomplete form of performance measurement. A superior approach is to examine programs on an ongoing basis and not simply in response to dramatic failures. A well-conceived evaluation mechanism would study programs that appear at any single moment to be working well. Such initiatives can serve to identify possible improvements that will make the acceptable or commendable program truly excellent. From a more defensive perspective, a routine of unflinching assessment can spot flaws that, if uncorrected, could lead to a major policy breakdown. When success is achieved by narrow margins or gained by sheer luck, an organization may overestimate its skill and shave the margin of error to a dangerous thinness that eventually begets failure. To make no effort to assess outcomes and the causes of outcomes is a form of flying blind.⁷

12. It is also well known that few institutions, public or private, have a strong taste for subjecting themselves to rigorous assessments of their work. Good performance measures can be hard to design, and institutions may be daunted by the cost and indeterminacy of trying to formulate truly informative measures. When pressed to devise performance measures, some institutions have embraced badly flawed criteria simply because the activities they have chosen to observe were measurable – an approach no less delusional than disdaining all measurement until the roof caves in. Ask the wrong questions, and you can get spurious answers.

13. Students of public administration readily acknowledge the problems of selecting good performance measures and agree that the worth of an evaluation exercise depends heavily on the validity of the chosen criteria. At the same time, public administration scholars are sceptical of claims that a given activity is so resistant to measurement that one must rely entirely upon the actor’s untested (and, says the actor, untestable) representations about the quality of the actor’s work. Even if measurement problems are significant and turn out to be overwhelming, the very process of seeking to define what constitutes good performance can add rigor to an institution’s decisions about what it should do. Among other results, the effort to define good performance can press an institution to improve its classification and tracking of programmatic inputs and outputs.

14. The apprehension about performance measurement goes beyond problems associated with choosing the correct yardstick. Even if supplied a perfect methodology, some institutions might shrink from applying it. On a good day, an evaluation can show that an institution’s actions or processes had good consequences. On a bad day, the evaluation can reveal harmful consequences, or no consequences at all. An institution might perceive that two of these three outcomes (no effects or bad effects) will be unflattering, and it may lack confidence that an ex post assessment will uncover good results. These

anxieties may be perfectly understandable, but few objective observers would regard such fears as reasonable grounds to forego performance measurement. If the institution's discomfort with conducting evaluations is a strong sense that rigorous measurement will reveal serious error, that by itself is reason for an institution to perform such assessments.

3. The Rationale for Ex Post Evaluation in Making Competition Policy

15. A number of rationales support the commitment of resources by competition agencies to develop and apply performance measures to evaluate substantive interventions and operational procedures. These rationales go beyond the general considerations of sound public administration described above in Section 2. The need for performance measurement in competition policy stems from both the distinctive qualities of competition policy as a form of government regulation and in modern institutional developments within and across jurisdictions with competition laws.

3.1 Uncertainty: Competition Policy as Experimentation

16. The process of formulating competition policy frequently requires public antitrust authorities to make difficult judgments amid uncertainty about the competitive significance of various forms of business conduct (Heyer 2005). Will a merger of two significant rivals retard or increase competition? Are the restrictions that limit the freedom of participants in a joint venture reasonably necessary to ensure the development of a new product? Are the business justifications offered to support a refusal to deal or an exclusive contract genuine or contrived? Decisions of these types can be difficult even in "routine" matters, and they can be especially challenging when rapid technological change, deregulation, or other dynamic forces complicate the analysis of competitive effects.⁸

17. The formulation of policy amid uncertainty gives a substantial experimental element to government enforcement. Individual enforcement decisions can be viewed as experiments in which public authorities test the efficacy of different hypotheses about the competitive significance of business behavior.⁹ Over time, the public antitrust agencies arrive at a given policy equilibrium by periodically expanding and contracting the zone of enforcement. Testing the validity of different hypotheses involves making enforcement decisions that take chances with either intervening too aggressively or not intervening enough. Without experiments that sometimes intervene too much or sometimes intervene too little, it would be impossible for enforcement authorities to determine the correct mix of policies¹⁰

18. Two illustrations underscore the role of experimentation in competition policy. The first is the development over the past half-century of policy against cartels. The story of modern anti-cartel policy in the United States and in other jurisdictions can be told as a series of interrelated experiments with measures that primarily sought to increase the rate of detection for collusive schemes and to boost the punishments for violators (Baker 2001; Kovacic 2003, at 416-25). The enhancement by the Department of Justice of its leniency program in 1993 and 1994 is perhaps the best known and most widely emulated of these experiments.¹¹ The successes in the past decade of high-powered leniency programs in eliciting the revelation of illegal cartels has obscured the scepticism within and outside DOJ that accompanied the reforms of the early 1990s. The only way to know whether stronger assurances about immunity from criminal prosecution would attract more disclosures was to try it out. That the program would make a genuine difference was not self-evident at the time.

19. The second example involves the U.S. Federal Trade Commission's decision in 1984 to permit General Motors and Toyota to engage in a production joint venture is illustrative.¹² The FTC's approval of the transaction reflected an understanding that attaining important efficiency gains and productivity advances promised by the transaction would require the Commission to loosen, at least on an experimental basis, existing antitrust restrictions on collaboration involving major competitors. When the transaction

was approved with conditions, some observers contended that the FTC had made a catastrophic policy choice.¹³ Subsequent analysis of the GM-Toyota joint venture has suggested that the collaboration gave General Motors valuable experience in implementing lean production and labour management systems that helped inspire the company's design of its Saturn division.¹⁴

20. The importance of uncertainty and the experimental quality of competition policy is apparent in several dimensions of government decision making. Competition authorities sometimes are called upon to diagnose the competitive significance of dominant firm conduct. Claims of unlawful exclusion often require the competition agency to choose between competing explanations that posit efficiency and naked exclusion as rationales for the challenged behaviour. A decision to prosecute or not to prosecute may depend upon debatable interpretations of observed behavior.¹⁵

21. Another uncertainty-laden task for competition agencies is to predict the competitive effects of proposed mergers.¹⁶ This inherently predictive exercise can be especially difficult in sectors undergoing upheaval by reason of technological dynamism, deregulation, or globalization.¹⁷ In many instances, enforcement officials may be able to do no better than make intelligent guesses about the impact of individual mergers, particularly for consolidations that will yield high degrees of concentration but also might generate significant efficiencies.

22. The analytical exercise that vividly underscores the uncertainty-related difficulties of diagnosing past behaviour or predicting the impact of proposed transactions is the formulation of remedies.¹⁸ In negotiating settlements or preparing a request for relief in a case, competition agency officials often must make problematic judgments about which remedies will resolve competitive problems. The choice of cures in any specific case – for example, imposing limits on conduct to remedy an abuse of dominance – to some degree inevitably involves experimentation.¹⁹ As much as any element of competition policy, the selection of remedies calls for efforts to examine and learn from past experience (“How has this worked before?”) as a guide to future decisions.

23. In the sciences, an indispensable element of the process of experimentation is the systematic evaluation of the experiment's results. So it should be with experimentation in competition policy. Without ex post testing, it rarely will be possible to determine whether the assumptions and hypotheses that motivated a competition agency's the decision to prosecute were sound. Ex post assessments also can reduce the uncertainty associated with future decisions by illuminating how well various theories diagnose business conduct or predict competitive effects and by informing judgments about the impact of various remedies.

3.2 *Limited Transparency: The Impact of Policymaking by Settlement*

24. A widely accepted principle of public administration is that government authorities should make the rationale for public policies and the processes for establishing such policies transparent. Transparency promotes clarity in forming public competition policy, increases the understanding of legal commands by affected parties, and disciplines the exercise of discretion by public officials by subjecting their actions to external review and criticism.²⁰ Transparent policymaking methods inform external observers (especially business operators) about the content of and rationale for specific decisions help ensure the regularity and honesty of public administration.²¹ Common transparency-enhancing measures include publishing decisions in law enforcement matters, issuing guidelines, and using speeches to articulate the basis for specific initiatives.

25. The enforcement of competition laws in a number of jurisdictions, such as the European Union (EU) and the United States, today relies significantly upon settlements.²² One important source of this development is the establishment of mandatory notification mechanisms and waiting periods for merger

control.²³ Premerger notification systems have expanded recourse to settlements involving divestitures or conduct-related undertakings to resolve competitive concerns with individual transactions.²⁴

26. The increased use of consent agreements has created problems that result from imperfections in the transparency surrounding the acceptance of a settlement. In the typical settlement, it may be difficult for those other than the parties to the negotiations to accurately assess the basis for or significance of the settlement.²⁵ In announcing settlements, the official statements of competition agencies tend to portray the enforcement agency's decision to prosecute and its resolution of the matter favourably. In their formal public pronouncements, competition agencies ordinarily do not express doubts about whether the solution contained in the settlement will cure apparent competition problems with the transaction. In the hospital of public competition law enforcement, all surgeries are portrayed as successes.

27. The respondent firms ordinarily have the best-informed perspective on the government's claims about the value and significance of consent decrees. In theory, firms subject to consent decrees could issue statements that dispute either the government's rationale for intervention or the competitive significance of the relief obtained. Although they have the information to point out enforcement agency miscalculations (including the acceptance of inadequate relief), the merging parties have little incentive to do so – at least in a public, visible manner. The repeat-game nature of the regulatory process, in which companies and external advisors such as law firms and economic consulting firms appear regularly before the competition agencies, discourages private entities from candid, public discussion of the deficiencies of settlements they have accepted.

28. Over time, the fuller context surrounding a settlement becomes somewhat clearer as enforcement officials give speeches, as news organizations conduct inquiries, and enforcement officials, respondents, competitors, or external advisors reveal what took place during deliberations between the enforcement agency and the firm. Even with a fuller, gradual revelation of information, the disclosure of relevant data can be decidedly incomplete. Unlike a trial, which usually generates a rich, publicly available record, the settlement agreement supplies little basis for outsiders to evaluate the competition agency's strategy and tactics.²⁶ Outsiders often must parse the competition agency's public announcements that it has gained effective relief and test them against the respondents' subdued and private suggestions that, while it accepted the remedy, the transaction emerged essentially unscathed.

29. There are several ways to address transparency problems associated with using settlements to resolve government competition cases. One approach is for competition agencies to reveal more information about the theory of competitive harm and rationale for remedies in the competitive impact statements that accompany settlements.²⁷ Among other effects, such disclosures facilitate efforts by outsiders to assess the agency's performance. Enforcement officials also could use speeches or formal statements to explain more fully why they decided not to intervene to challenge or modify specific transactions. Practice in some jurisdictions (such as the EU) has dictated routine explanation of decisions not to prosecute, and jurisdictions that traditionally have said little or nothing about forbearance (such as the United States) have begun to emulate the custom of fuller disclosure.

30. A second approach, emphasized in this paper, is to adopt policies that commit the competition agency to undertake periodic, *ex post* assessments to evaluate the soundness of the decision making process and to consider the effects of substantive interventions such as settlements. The performance of *ex post* evaluations, either by the competition agency itself or by outsiders with the competition agency's cooperation, and the publication of results would help determine the value of specific remedies.²⁸

3.3 *The Evolutionary Quality of Antitrust Jurisprudence and Enforcement Policy*

31. The development of competition policy is inherently evolutionary (*see* Johnson 2004, at 7; Kovacic 2003). In some jurisdictions, the evolutionary character stems partly from the institutional design of the competition policy system. In adopting the principal U.S. antitrust laws, for example, the Congress created general statutory commands and gave the federal courts responsibility for interpreting their operative terms and adjusting the content of doctrine over time.²⁹ The U.S. courts have recognized that fulfilling their assigned role in this consciously evolutionary scheme requires an awareness of how past interpretations of the antitrust laws have affected commerce.³⁰

32. A more universal source of competition policy's evolutionary nature is its interdisciplinary foundation. To a degree unmatched in other fields of economic regulation, the competition law draws upon the contributions of economics. In antitrust practice, economic analysis plays a central role in resolving such key antitrust issues as delineating the relevant market and assessing the efficiency consequences of various forms of business behavior.³¹

33. Economics is a dynamic discipline. The history of industrial organization economics has featured considerable change and refinement in the understanding of commercial phenomena.³² As economic learning has changed, so too have changed many antitrust legal doctrines that are informed by economic insights. Empirical research, including the analysis of past antitrust cases, has supplied a major impetus for the development of new industrial organization ideas and an important stimulus for alterations in antitrust doctrine and enforcement policy.³³

3.4 *Institutional Multiplicity: Concurrent Oversight*

34. The modern competition policy environment features numerous public and private actors with authority to enforce antitrust commands. Multiplicity has a significant international dimension and, in some jurisdictions, an important domestic element. Globally, the development of new competition policy systems and the enhancement of older regimes have meant that individual mergers or other forms of commercial activity are likely to attract attention from a variety of national or regional competition bodies.³⁴ Inside some jurisdictions, such as Brazil, France, and the United States, responsibility for formulating and executing competition policy is shared by two or more public competition authorities.³⁵ In many jurisdictions, the public competition authorities also share authority with public sectoral regulators to scrutinize mergers or other forms of conduct.³⁶ The slow but continuing development of private rights of action in jurisdictions that previously had relied solely upon public enforcement provides a still further source of decentralization of prosecutorial authority.

35. The fragmentation of policymaking authority requires business managers to account for a wide array of substantive competition policy commands and differing interpretations of the same commands by different public enforcement bodies. In recent years a number of observers have drawn attention to complications that arise when individual episodes of business behaviour are subject to numerous parallel enforcement efforts within and across jurisdictions. Most attention has focused on the possibility that multiple reviews of mergers by national competition authorities can unduly raise the cost of executing such transactions.³⁷ An emerging area of concern is the extent to which diverse remedial schemes interact in the prosecution of specific instances of misconduct. Ex post studies of specific enforcement episodes would assist in clarifying the impact of having numerous public antitrust authorities examine the same business conduct and informing debate about possible adjustments.

3.5 *Institutional Multiplicity: Benchmarking Operational Processes*

36. For all of complexity it introduces into business planning and inter-agency coordination, the development of new competition systems and the reform of existing systems has created numerous opportunities for competition authorities in one jurisdiction to benchmark their operational procedures with their counterparts. There is considerable variation in the manner in which individual authorities organize their institutions into operational units, devise strategies, and allocate resources. The diversification in approaches provides numerous comparative yardsticks by which an agency can evaluate the soundness of its own organizational choices and procedures.

37. Among other possibilities, comparative study supplies a basis for a competition agency to decide how to establish internal quality control – for example, by establishing an independent unit of economists with authority to report directly to the agency leadership or by creating “devil’s advocate” panels to test the assumptions and evidence of agency case handlers. As suggested below, diversification also has supplied models for agencies to consider in building their own measures of performance and conducting ex post performance reviews.

3.6 *The Value of Competition Agency Participation in Performance Management*

38. Competition agencies are not the only possible source of performance assessments of competition policy. Researchers have created a substantial literature that analyzes specific cases, enforcement programs, or procedures without participation by or cooperation from the government agencies responsible for the matters in question.³⁸ In a number of instances, such assessments have influenced antitrust policy by changing the views of enforcement officials and courts about the validity of certain doctrines or enforcement practices.³⁹ Government bodies outside the competition agency, such as entities entrusted with audit responsibilities, also have conducted performance assessments.⁴⁰ In recent years, government bodies such as Canada’s International Development Research Centre have funded projects to encourage local researchers in transition economies to evaluate the actual effects of competition law enforcement and to identify barriers to competition.⁴¹

39. As these examples suggest, a competition policy system might rely solely on the initiative of researchers or institutions other than the competition authority to obtain ex post assessments of individual cases or enforcement programs without the participation of the competition agency. Several considerations indicate the importance of formal participation by the competition agencies. The competition agency is likely to be the main repository of information about the decision to prosecute and about internal deliberations concerning the management of individual cases. The competition authority also may have unique capability to collect information relating to the effects of enforcement programs.⁴²

40. The most important factor favouring performance measurement within the competition agency is the likelihood that a routine of evaluation will have a greater effect in promoting regular, timely adjustments in the agency’s practice. One ideally would prefer to have the competition agency actively seek improvements in its operations and to incorporate learning from past experience immediately and directly into future operational decisions. George Stigler said as much 35 years ago in discussing whether it was wise for an institution to rely entirely on periodic reviews by outsiders to evaluate programs and identify areas for adjustment (Blue Ribbon Defence Panel, 1970; 198)::

“No organization can achieve or maintain efficiency in structure or operation by having a critical review made by expert outsiders once each five or ten years – even if . . . the recommendations of the review panel are unfailingly adopted. A good organization must have built into its very structure the incentives to its personnel to do the right things.”

4. Experience with Performance Evaluation of Competition Agencies

41. Beginning in the late 1970s and continuing to the present, three strands of commentary have focused attention on the adequacy of competition agency efforts to evaluate their performance. The first strand has taken the form of recommendations by government bodies and individual commentators that competition agencies expand the amount of resources allocated to evaluating the effects of past enforcement decisions.⁴³ One formative event that identified an emerging consensus on this point was the U.S. FTC hearings in 1995 on innovation and globalization.⁴⁴ The desirability of devoting greater resources to *ex post* evaluation of completed matters was a major theme of competition policy experts who testified at the FTC proceedings.⁴⁵

42. A second, distinct strand of noteworthy commentary has come from observers who have questioned the value of past competition policy initiatives and suggested that many competition policy programs had failed to achieve their aim of improving economic performance.⁴⁶ Some analysts focused on the lack of evidence suggesting that antitrust intervention had yielded measurable benefits. Others argued that some or many interventions had diminished consumer welfare. The mildest policy implication of these critiques is that selected forms of antitrust enforcement – such as efforts to control abusive behaviour by dominant firms – had been generally counterproductive and warranted dramatic retrenchment or abandonment. The bolder proposition to emerge from this line of commentary is that, because antitrust laws more often than not retard economic progress, nations are better off without them.

43. The third line of commentary has developed in the context of discussions about the appropriate foundations for economic growth in countries undertaking the transition from central planning toward greater reliance on market processes. In discussions about economic law reform, commentators sometimes have questioned the value of placing competition policy on the reform agenda or have argued that transition economies would do best by foregoing the enactment of antitrust laws.⁴⁷ Both variants of this perspective – those who doubt the benefits of competition policy for transition economies and those who emphatically oppose the adoption of antitrust laws in transition environments – suggest that the proponents of competition policy bear the burden, as yet unmet, of showing that the enactment and implementation of competition laws yield positive results. In effect, the sceptics and the outright opponents have underscored the value of assembling evidence that shows the value of competition policy in emerging markets.

44. The discussion below addresses three types of evaluation-related activities concerning competition agencies: general assessments of competition agency performance and evaluation efforts, evaluations of the effects of individual interventions such as cases or advocacy initiatives, and evaluations of agency processes or programs. The paper describes each type of evaluation activity and provides detailed treatments of more notable initiatives that illustrate important methodological strengths and weaknesses of specific approaches.

4.1 *General External Studies of Competition Agency Performance and Evaluation Efforts*

45. On many occasions, competition agencies have been the subject of studies by external observers who seek to appraise the quality of competition agency performance. In a number of instances, the authors of these studies have assessed or commented upon the effectiveness of competition agency efforts to make performance evaluations a component of routine operations. The general, wide-ranging studies of agency performance and performance measurement initiatives fall into four categories, described below.

4.1.1 *Studies by Individual Researchers or Small Teams of Researchers*

46. One category of inquiry consists of studies that examine the full scope of a competition agency's operations or major elements of an agency's work. Some of these studies have been performed by

individual scholars,⁴⁸ while others have been assembled by teams of researchers.⁴⁹ The authors of this type of study ordinarily, but not invariably, enjoy some degree or formal or informal cooperation from insiders at the competition agency in performing research on the institution.⁵⁰ The studies tend to focus most intensely on the quality of the agency's internal decision making processes, but some authors have presented detailed evaluations of specific interventions.⁵¹

4.1.2 *Studies by Other Government Institutions*

47. A second category of broad-ranging study consists of works prepared by government agencies outside the competition authority. The most noteworthy of these works have been prepared by national authorities with responsibility for auditing government agencies. Due to their status as government institutions and by reason of their information gathering powers, these auditing authorities typically have extensive access to the internal records and personnel of the competition agency in performing their research.

48. In the United States, the Congress from time to time instructs the Government Accountability Office (formerly known as the Government Accounting Office) to study various features of the operations of the U.S. antitrust agencies. One noteworthy example of this type of inquiry took place in 1980, when the GAO conducted a detailed assessment of the management systems of the U.S. FTC and the Antitrust Division of the U.S. Department of Justice. Among other findings, the GAO study (U.S. GAO 1980) urged the U.S. federal antitrust agencies to devote more resources to conducting ex post assessments of individual competition matters and to improve internal management systems for monitoring the progress of investigations and other case-related activities within the agencies. The National Audit Office of the United Kingdom presently is engaged in conducting an assessment of OFT that involves, among other focal points, the discussion of performance measures for evaluating OFT's competition policy activities.

4.1.3 *Studies by Blue Ribbon Panels*

49. Competition agencies occasionally have been the subject of assessments prepared by special committees or blue ribbon panels. In many instances, blue ribbon panels have been assembled under the auspices of non-government organizations, either at the request of government officials or on the independent initiative of the non-government organization.⁵² Other blue ribbon panels have been established on an ad hoc basis without any attachment to an existing government or non-government organization.⁵³

For the most part, blue ribbon panels have devoted most of their attention to the management of competition agencies and have focused less upon the wisdom of specific interventions such as cases or advocacy measures. In performing these process-oriented assessments, the blue ribbon inquiries generally have enjoyed substantial cooperation from the competition agencies, particularly if the blue ribbon panel originated with a request from the chief of state or the national legislature. The impact of these inquiries has varied considerably, but one can identify a number of instances in which the recommendations of the blue ribbon panel has spurred significant reforms in the management of the competition agency.⁵⁴

4.1.4 *Agency wide or System wide Evaluations by Multinational Organizations*

50. A fourth category of general assessment has taken the form of studies of national competition systems or individual competition agencies performed by multinational organizations. The OECD in particular has engaged in two types of broad-based inquiries. The OECD's Competition Division has conducted studies of the enforcement activities of individual jurisdictions and published reports of its findings. Although such reports have not attempted to provide a comprehensive profile of activity, they

have provided useful perspectives on the enforcement programs and operations of the competition authorities in question.⁵⁵

51. The second form of agency wide or system wide assessment has consisted of “peer reviews” – a format pioneered by the OECD’s Competition Committee. To build a foundation for the peer review exercises, Competition Division consultants or professional staff prepare reports based on detailed study of the competition agency’s enforcement patterns, interviews and written questionnaires, and conversations with competition policy experts and business officials inside the country.⁵⁶ In conducting the investigation, the OECD researchers typically have enjoyed substantial cooperation from the competition agency under examination. The reports supply the chief basis for peer review sessions at the regularly scheduled meetings of the OECD Competition Committee and the OECD’s Global Competition Forum. The results of these audits often are made available to the public. OECD’s peer review efforts have been supplemented by contributions from other multinational bodies such as the World Trade Organization (WTO), which has used conferences and seminars to promote the benefits of peer review as a means for newer competition authorities to improve operations and benefit from the transfer of know-how from more experienced institutions.

4.1.5 General Assessments of Competition Agencies by Outsiders: Strengths and Weaknesses

52. External observers have made important contributions to our understanding of the operation of competition agencies and, in important cases, have served to improve agency management and operations. The agency’s awareness that it will periodically undergo review by outside researchers and institutions provides an incentive to engage in internal initiatives to improve operations and to measure performance. Where the external examiner or examining body is expert in the operations of the competition agency and enjoys extensive access to the agency’s internal records and personnel, it is possible to offer an informative diagnosis of the agency’s work and to suggest useful avenues for improvement.

53. Reliance on external observers to perform general assessments of competition agency performance can suffer from four basic problems. One weakness in the general assessments generated by outsiders, particularly evident in the work of blue ribbon panels, is the lack of consistent, commonly accepted criteria for measuring agency performance. The external researcher or research body may fail to carefully specify its evaluative standards and, in reviewing the findings of previous evaluation research, may fail to identify differences in the standards applied by earlier studies.⁵⁷ The rush to prepare the instant report often denies the blue ribbon panel time to do the more discriminating, historically accurate assessment that is vital to making sound assessments about the quality of past performance and to make sensible recommendations about future improvements.

54. A second problem concerns the knowledge base of the external analysts. In some cases, the external observers lack adequate access to agency records and personnel to develop a confident understanding of the agency’s current operations. This is less a problem for researchers (such as national audit bodies or panels operating with the endorsement of the chief executive or national legislature) with strong tools to compel cooperation than it is for individual researchers seeking, without official government sponsorship, to conduct broad-ranging studies of agency operations. Another form of knowledge deficiency is the researcher’s limited background in the agency or in the competition policy field generally. Without a well informed lens for studying the agency, it is unlikely that the researcher will make accurate or wise interpretations of what is observed.

55. A third problem concerns the incentives of the external observer to provide a fully candid assessment of the agency’s operations. A researcher, or member of a research team, who wishes to have a future relationship or cooperation with the competition agency may be reluctant to give a truly unvarnished assessment of the agency’s flaws. When an agency cooperates with an external reviewer by choice and not

by compulsion, the agency may decline to participate in exercises in which the reviewer refuses, implicitly or explicitly, to moderate harsh conclusions, at least for public consumption. This is, perhaps, an inherent limitation of the voluntary peer review exercises conducted by OECD and other multinational bodies. If the peer review report is absolutely unflinching in its criticism of a competition agency, and if discussants at OECD meetings pull no punches in their interrogatories to agency officials, few agencies may be willing to subject themselves to such assessments.⁵⁸

56. A fourth problem concerns the passivity that may permeate an agency that relies chiefly on outsiders to conduct occasional reviews of the agency's performance. Reviews by outsiders can complement, but cannot substitute completely for, the agency's own efforts to engage in a continuous, routine assessment of its interventions and operations. As noted in Section 2.6 above, the aim should be to encourage each competition agency to devise its own mechanisms to evaluate and improve the quality of its work.

4.2 Case-Specific Evaluations of Competition Agency Intervention

57. The antonym of the macroscopic, highly generalized assessment of agency performance described above is the narrowly focused, microscopic evaluation of the effects of specific interventions. This segment of the paper discusses the evaluation of individual initiatives. This form of inquiry has been the province of individual researchers, competition agencies, and multinational bodies, as blue ribbon panels generally have not made detailed assessments of individual matters. The discussion below reviews experience with case studies and examines the most ambitious effort to date by a competition agency to evaluate case outcomes.

4.2.1 Studies Performed by Outside Researchers Without Competition Agency Involvement

58. Most of the case-specific evaluations of the substantive outcomes of competition agency interventions have been performed by academics working alone or in small teams. With some notable exceptions, discussed below, academics have performed their evaluations of individual cases solely on the basis of publicly available and without access to the competition agency's internal records. These studies are "independent" of the competition agency in the sense that they neither depend on the competition agency as a source of information nor do they require the researchers to make explicit or implicit concessions to the agency as a condition for performing the research. The main limitation of such studies is that the researchers ordinarily lack access to internal agency records that reveal the thinking that led to the decision to prosecute.

4.2.3 Studies by Other Government Bodies: GAO Study of U.S. Petroleum Mergers

59. Government agencies with audit responsibilities occasionally have conducted detailed studies of individual competition agency enforcement decisions. In 2004, the U.S. General Accountability Office published the most ambitious effort to date by a government audit authority to evaluate the effects of a competition agency's interventions (U.S. GAO 2004). The GAO sought to measure the competitive effects of eight petroleum industry mergers completed between 1997 and 2000. The FTC had reviewed and approved all seven mergers to proceed, although it had required the merging parties to make significant divestitures in some of the transactions. The mergers analyzed by the GAO included Exxon's acquisition of Mobil, which the FTC approved following the largest divestiture of retail assets in the history of U.S. merger control.

60. To perform its study, the GAO developed econometric models to identify how the mergers and supplier concentration affected prices of gasoline. GAO relied mainly on its own staff of economists to develop the models and consulted external advisors, including several economists expert in petroleum

industry competition issues, in formulating its model and research plan. For data, GAO purchased information on wholesale prices from a private firm, the Oil Price Information Service, that monitors petroleum industry activities. GAO shared an initial draft of its report with the FTC, which offered extensive critical comments on the study's methodology. GAO largely declined to accept the FTC's methodological suggestions and published the report in May 2004. The GAO study concluded that six of the eight mergers it reviewed resulted in price increases, while two caused gasoline prices to fall.

61. Publication of the petroleum merger study triggered an extended, intense public debate between the GAO and the FTC about the soundness of the GAO's work. The FTC contended that the GAO report contained serious methodological errors that denied its results reliability (FTC 2004b). The Commission argued that three fundamental flaws undermined the GAO study. First, in performing econometric analyses of specific mergers, GAO was said to have failed to account properly for many factors that affect gasoline prices. Second, the FTC contended that GAO's assessment of how concentration affects prices did not use the properly defined relevant markets that sound industrial organization analysis requires. Third, the FTC said that GAO failed to consider critical facts about individual transactions, such as Exxon's merger with Mobil, that were vital to assessing their impact on prices.

62. In January 2005, the FTC and GAO jointly convened a conference to discuss work that the two agencies had done to evaluate the effects of petroleum industry mergers.⁵⁹ Academic economists, including several experts in econometrics, critiqued the work of the two agencies. One major limitation of this exercise was the GAO's refusal to fully specify its econometric methodology and to make available all data it used to run its models. A number of commentators pointed out that, without the full revelation of the model and all data used to run the model it would be impossible to conduct a meaningful test of the GAO results.

4.2.4 Case-Specific Reviews Performed by Multinational Bodies

63. A number of multinational organizations have conducted seminars or workshops whose focus is the analysis of specific enforcement measures undertaken by new competition authorities. OECD has carried out several forms of evaluation exercises since the early 1990s.⁶⁰ OECD conducts regular case study seminars that examine selected enforcement initiatives of transition economy competition agencies.⁶¹ In the case seminar format, small teams of foreign experts meet for several days with case handlers and other officials from the competition authorities to review specific cases. The outside advisors hear presentations by the competition agency officials, who recount their decision to prosecute and the responses of the defendant firms. The foreign advisors then lead a critical discussion of that work. Variants of the case seminars have taken place in regional conferences organized by UNCTAD individually or in cooperation with other donor bodies.

4.2.5 Case-Specific Reviews Undertaken or Sponsored by Competition Agencies

64. Over the past 25 years competition agencies on some occasions have conducted studies of individual cases. As described below in Part 4.2.6, the FTC in the late 1970s and early 1980s sponsored evaluations by outside academics of Commission decisions involving vertical restraints⁶² and dominant firm behavior.⁶³ Among other assessments completed in the past decade, the FTC and its professional staff published studies of the agency's interventions to control of mergers in the soft drink industry (Saltzman et al. 1999), the implementation of divestiture decrees in merger cases (FTC 1999), the effect of mergers in the hospital sector (Vita & Sacher 2001), and the effect of mergers in the petroleum industry (FTC 2004a; Taylor & Hoskin 2004). The FTC also has sought to improve the aggregate measures of performance mandated by the U.S. Congress under the Government Performance and Results Act.

65. In the late 1980s, the Department of Justice (DOJ), acting pursuant to the terms of a consent decree, funded research concerning the effects of the restructuring of American Telephone & Telegraph.⁶⁴ DOJ researchers also reviewed the consequences to selected mergers of airlines in the 1980s (Werden et al. 1991) and examined the effects of mergers of accounting firms in the 1990s (Sullivan 2002). DOJ economists currently are performing research on the consequences of mergers in other industries.

66. Of agency-sponsored evaluations that have been completed, one of the most interesting was conducted in the 1990s by the Peruvian competition agency, the National Institute for Defence of Competition and Protection of Intellectual Property (Indecopi).⁶⁵ During her tenure as Indecopi's chair, Beatriz Boza invited academics and practitioners to serve as researchers in residence in Indecopi and to study various aspects of Indecopi's substantive programs and administrative procedures. As such, the researchers had extensive access to internal Indecopi records and to the agency's officials.

67. The results of the researchers' work, which Boza called an "academic audit," were published following internal discussion and comment within Indecopi.⁶⁶ The publication of the studies fulfilled Indecopi's commitment to the researchers at the outset of the project to publish the completed papers (redacted to omit non-public information) without regard to whether the researchers praised or criticized the agency. Boza and her colleagues regarded the preparation and publication of the studies as important vehicles for improving the quality of Indecopi's decision making and to increase public awareness of the institution.

68. In addition to these completed evaluation projects, a number of competition agencies in recent years have initiated projects to evaluate the impact of individual cases. Among other developments, various bodies with competition policy duties in the United Kingdom have been conducting research to document the consequences of individual cases.⁶⁷

4.2.6 *The FTC Vertical Restraints and Abuse of Dominance Impact Evaluations*

69. As mentioned above, in the late 1970s and early 1980s the FTC carried out a program to evaluate the consequences of vertical restraints cases and one abuse of dominance case commenced in the 1970s.⁶⁸ The impetus for the studies was a letter transmitted in 1978 by a committee of the U.S. Congress to the FTC Chairman (Michael Pertschuk) asking that the FTC perform case studies of vertical restraints cases. The committee, the Senate Subcommittee on Antitrust and Monopoly, suggested that the FTC examine its experience with vertical restraints enforcement to explore the possibility indicated the previous year in *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*⁶⁹ that there might be an empirical basis for adopting a per se rule of illegality for various non-price vertical restraints. Thus, the original impetus for conducting the studies was external (a Congressional request) rather than internal to the FTC.

70. The Congressional letter led the FTC to devise a project to assess the effects of various vertical restraints cases initiated in the 1970s. The FTC chose to focus the vertical restraints evaluations on its past enforcement activities in five industries (shoes, blue jeans, audio components, industrial gases, and hearing aids). The cases in question addressed price and non-price distribution practices, with the majority of cases challenging minimum resale price maintenance arrangements. In addition to reviewing vertical restraints matters, the agency decided to use the project as an occasion to evaluate the consequences of other areas of enforcement. The tentative initial plan was to include at least one case involving abuse of dominance – a major area of enforcement priority for the FTC in the 1970s – and at least one case involving horizontal mergers. Responsibility for carrying out the project was assigned to the Assistant Director for Planning in the FTC's Bureau of Competition, John Kirkwood, who assembled a team of two FTC attorneys and two FTC economists to manage the project.

71. The agency's decision to proceed with an evaluation of past competition cases was not well received by the professional staff of the Bureau of Competition, the FTC's antitrust enforcement unit. A central concern was that any study that questioned the wisdom or efficacy of the FTC's past interventions would be used to attack the Commission's position in the litigation of pending competition cases or, more generally, would be used to discredit the agency's competition policy work. A further concern was that any findings that found the FTC had achieved beneficial results in the cases studied would be dismissed by outsiders as the product of efforts by the Commission to manipulate the design and execution of the study to generate positive assessments. In short, outcomes favourable to the FTC's interests would be disregarded, whereas outcomes critical of the FTC's work would be embraced as evidence of institutional failure. Whatever the result, argued the Bureau of Competition staff, the agency could not "win."

72. To inform the design of the study, the FTC impact evaluation team retained two prominent industrial organization scholars (Richard Caves and Ben Klein) to prepare research protocols. The protocols suggested approaches that researchers might use to evaluate the outcomes of FTC vertical restraints cases and sketched the sequence of investigative steps that the FTC might follow to conduct the studies.⁷⁰ Based on the Caves and Klein protocols and discussions with the FTC's Bureau of Competition and Bureau of Economics, the impact evaluation team decided that the case studies would have essentially four elements: (1) a review of publicly available material relevant to the case, including academic literature and trade press accounts that provided information about the effects of the FTC's intervention; (2) an examination of the FTC decision in the case, the FTC's internal files concerning the case, and the record of any administrative proceedings; (3) the preparation of a report evaluating the impact based on items (1) and (2); and (4) recommendations for collection of further data to test more fully the conclusions presented in the researcher's written report.

73. The impact evaluation team then confronted the question of which researchers would conduct the studies. One possibility was to perform the work in-house by assigning the studies to economists in the FTC's Bureau of Economics. The agency rejected this alternative on the ground that reliance on FTC insiders would raise questions about the credibility and reliability of the results. This concern led the FTC to seek outside researchers to perform the studies. The strategy chosen to enlist outside researchers was suggested in the Caves and Klein research protocols: hire well-regarded, relatively junior academicians to perform the studies. Because the Commission was able to pay no more than \$10,000 per study, it was highly unlikely that more senior and better known economists could be persuaded to do the work.

74. With the assistance of Caves, Klein, and other outside academics, the impact evaluation team sought to identify economists who, though junior in their academic careers, had shown promise in the field of industrial organization economics. The choice of researchers from this set of candidates posed its own difficulties. It is common for a researcher to approach a topic of inquiry – for example, the analysis of vertical restraints – with a point of view that is shaped by training, personal philosophical perspectives, and past research. With a close reading of the researcher's previous written work and some inquiry into the individual's policy preferences, it would be possible to determine whether the researcher would be inclined or not to take a favourable view of the FTC's theory of the case and its decision to prosecute.

75. Had it chosen to do so, the FTC could have skewed the results of the studies by giving research contracts to academics with a generally positive view of vertical restraints enforcement or the prosecution of other cases (such as abuse of dominance matters) that the agency meant to study. Aware that such an approach easily could discredit the entire enterprise, the agency consciously sought to assemble a collection of researchers with a balance of philosophical perspectives.⁷¹ Though the researchers disagreed about the value of vertical restraints cases, they shared the characteristic of having highly regarded technical skills and training. One measure of the skill in the selection process is the number of researchers – among them, Victor Goldberg, Howard Marvel, and Sharon Oster – who have achieved considerable distinction in their subsequent professional careers. To perform the abuse of dominance study of the Xerox

consent decree, the impact evaluation team selected Timothy Bresnahan, who was well on his way to becoming a leading figure in the field of industrial organization economics.

76. As the researchers assembled publicly available information to prepare their studies, the FTC's impact evaluation team assembled the Commission's records on the cases and supplied the relevant records to each researcher. Among the most important confidential agency records provided to the outside economists were the internal pre-complaint memoranda prepared by the Bureau of Competition and the Bureau of Economics concerning the decision to prosecute. These documents laid out and analyzed the results of the pre-complaint investigation and the proposed theory of the case.

77. To gain access to these and other non-public records, the researchers signed nondisclosure agreements that forbade the publication of non-public information. The FTC's contracts with the outside experts permitted the researchers to publish their work and committed the agency to use its best efforts to publish the studies. The terms of the contract required the researchers to provide, before submission for publication in journals or in other works, the FTC with drafts of their papers to enable FTC attorneys to ensure that non-public material had been excised. Subject to this restriction, the researchers were free to publish their work, and several published versions of their studies in professional journals.⁷²

78. Beyond the process of screening out non-public information, the researchers were required to submit an initial draft for substantive review and comments by the FTC staff. To a considerable extent, the FTC's review of the drafts focused on technical issues – such as the accuracy of the researcher's characterization of the FTC's internal deliberations and the agency's theory of the case, the completeness of the researcher's literature review, and the thoroughness of exposition. At the same time, the preliminary conclusions included in some of initial drafts rekindled the anxiety of some FTC attorneys who had opposed the initiation of the evaluation project. Some assessments of the FTC's cases were favourable, but some were decidedly not. The receipt of the initial drafts raised again the question of whether the agency should carry the project to its intended conclusion.

79. The impact evaluation team and other internal FTC reviewers pressed the researchers, those sympathetic to the FTC's cases and those who were hostile, to defend their methodology and conclusions. Some discussions with the academics who authored unflattering assessments of the Commission's work were contentious. Despite intense disagreements between the FTC and some researchers and some internal FTC discomfort with the unfavourable evaluations, the Commission fulfilled its commitment to publish the results and permitted the researchers to seek publication of their papers.

80. From a number of perspectives, the impact evaluation project was a success. Most external audiences who read the published studies have concluded that the researchers presented highly informative critiques of the Commission's economic theories in each case, offered a useful preliminary assessment of the likely effect of FTC intervention, and proposed a sensible methodology for conducting further empirical study. Most observers also have found that the studies yielded valuable insights about the cases examined and made strong contributions to our understanding of price and non-price vertical restraints and the compulsory patent licensing remedy imposed to resolve the abuse of dominance prosecution against Xerox.

81. An intended element of the original impact evaluation program – the pursuit of follow-on work to conduct further empirical testing – never took place, as the FTC chose not to allocate additional resources for these undertakings. Thus, an inherent limitation of the studies is their relatively thin empirical foundation. The outside researchers were able to assess the coherence of the FTC's theory of the cases and to evaluate the wisdom of the decision to prosecute in light of evidence available to the agency at the time the complaints were issued. Beyond collecting publicly available information about industry

developments, the researchers were unable to conduct empirical tests of their hypotheses about the likely economic consequences of each case.

82. From an institutional perspective, it appears that the FTC's willingness to perform the studies and its actual execution of the project enhanced the agency's reputation in the eyes of outsiders by demonstrating its commitment to subject enforcement choices to rigorous analysis by outsiders. At the same time, one must acknowledge that the performance of ex post assessments does come with internal costs for the agency that go beyond the allocation of resources to perform and manage the studies. The pursuit of the project did arouse internal opposition. In one instance, the concerns of the FTC's competition case handlers came to pass, as a respondent in a pending vertical restraints case introduced the critical assessment of any FTC case by one outside researcher to bolster its case for exculpation. The Commission ultimately decided to dismiss its complaint in the matter,⁷³ though it is difficult to tell what impact the researcher's study had upon the agency's ruling.

4.3 *Process-Oriented Evaluations of Competition Agency Operations and Organization*

83. The second category of modern evaluation experience takes the form of efforts to analyze key elements of the process and operations of competition agencies. Unlike the case-specific studies described above, the process-oriented reviews do not seek to analyze the competitive consequences of individual agency interventions. The focus of process-oriented studies has been to evaluate the quality of agency decision making and to test the soundness of procedures used to carry out the agency's responsibilities.

4.3.1 *Process-Based Evaluations by Competition Agencies*

84. The past quarter-century has featured extraordinary innovation and change in the design of competition systems and the management of competition agencies. The growth in the number of new systems, a phenomenon often depicted as a source of troublesome complexity, has spurred a remarkable process of experimentation with institutional design and unprecedented attention to the role that the choice of institutional arrangements plays in shaping substantive policy results. This period has witnessed dramatic upgrades in jurisdictions, such as Australia and Canada, that were among the first nations to adopt competition laws, as well as in jurisdictions such as South Africa and South Korea, that are more recent arrivals to the community of nations with competition laws. It is the rare jurisdiction that has not taken steps in recent years to retool important aspects of the structure, responsibilities, or remedies of its competition agency.

85. In recent years, the Competition Directorate of the European Commission (DG Comp) has conducted a number of formative studies of its own procedures and, more generally, of the operation of the European Union's system of competition law. In many instances, these assessments of process and policymaking have inspired far-reaching reforms.⁷⁴ In the period since 2000 alone, the results flowing from DG Comp's process-oriented evaluations have included the creation of the position of chief economist within the top management tier of the institution; the establishment of "devil's advocate" panels to test the strength of theories and evidence on which cases might be based; an internal reorganization that, among other effects, redistributed authority for the review of mergers; and a modernization program that decentralizes key decision making functions to the national competition authorities of the EU member states and vests the national courts with expanded adjudication responsibilities.

86. The EU also has actively engaged in broad programmatic reviews of important areas of DG Comp policymaking. One focal point of attention has been the retooling of enforcement protocols, including the issuance of new guidelines concerning the licensing of intellectual property (Lowe & Peeperkorn 2005). Still more recently, DG Comp has undertaken a substantial inquiry into the

implementation of its remedies in competition cases (de Souza 2005). The full results of this evaluation are likely to appear by the close of 2005.

87. Another noteworthy example of process-oriented reform is the Office of Fair Trading (OFT) in the United Kingdom. A basic reassessment of the adequacy of remedies for serious antitrust offences led OFT to develop and gain acceptance for proposals to treat the creation of cartels as crimes. Reflecting on its experience in dealing with competition issues arising in formerly or currently regulated sectors, OFT has played a leading role in devising innovative approaches to improving liaison with sectoral regulators and coordinating operations. OFT leadership also has been engaged in internal assessments about how best to organize the investigation and litigation of cases.

88. A final representative illustration comes from the FTC's experience in the 1990s of evaluating the effectiveness of its process for designing remedies for mergers (FTC 1999).⁷⁵ The study constituted the Commission's first effort to evaluate the quality of its merger remedies since the adoption in 1976 of the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act, which established the modern U.S. framework for advance notification of certain mergers.⁷⁶ Among other consequences, the creation of compulsory notification requirements and mandatory waiting periods facilitated more extensive recourse to settlements that used divestitures and various conduct-related undertakings to resolve discrete competitive concerns.

89. The FTC study was an internally-generated initiative that emerged from research being conducted by the Compliance Division of the FTC's Bureau of Competition and the agency's Bureau of Economics. In their experience with mergers, the professional staff of these operation units had identified a number of potential weaknesses in FTC practice concerning remedies. Existing practice dictated that the FTC tracked compliance with divestiture obligations only to the point that the agency approved a specific divestiture proposal and the merging parties actually divested the assets in question. The FTC's process took no account, in any systematic way, of whether the purchaser of the divested assets eventually used the assets to make sales in the relevant market or whether the purchaser's participation in the market with the divested assets had any competitive effect. In addition to its own experience, the Commission staff was aware of a large academic literature that doubted the effectiveness of many merger remedies, including remedies achieved after the implementation of the Hart-Scott-Rodino reforms in the late 1970s.⁷⁷

90. Reflecting on these experiences, the FTC's professional staff in 1995 recommended that the Commission carry out a systematic assessment of the agency's divestiture process. Compared to earlier FTC research on merger remedies, the novelty of the proposed study was its emphasis on questioning the buyers of divested assets upon the ultimate disposition and use of those assets. The Commission carried out the study in two parts. It first undertook a pilot study to test its methodology, which consisted mainly on open-ended telephone interviews of purchasers of assets divested pursuant to settlements in merger cases. After accounting for the results of the pilot inquiry, the Commission carried out a fuller assessment and examined 35 orders entered from October 1989 through September 1994 in which the FTC had required the divestiture of assets. The chosen five-year period permitted the agency to examine divestitures whose effects would have had an impact in the market and which took place recently enough that the buyers would have relatively clear memories of the divestiture experience. The 35 cases also involved a broad range of industries, purchasers, and divested assets.

91. The FTC relied mainly on a team of its own attorneys and economists to conduct the study, although it obtained comments on drafts from a business school professor (David Ravenscraft) who had extensive experience with data collection and in analyzing mergers and acquisitions. The FTC staff identified 50 buyers who had purchased assets divested in the 35 cases and interviewed 37 of the buyers. The staff also interviewed eight of the merging party respondents and two third parties. The Commission published the results of its inquiry in 1999 and highlighted four findings: (1) three-quarters of the divestitures examined in the study "succeeded to some degree" (FTC 1999; 8); (2) settlements that

compelled the divestiture of ongoing businesses succeeded more frequently than divestitures of discrete assets; (3) the possibility of continuing entanglements and relationships between purchaser and seller required close attention by the competition agency, as such links sometimes posed unexpected problems for the purchasers and sometimes may have been critical for the purchaser's success in using the divested assets; and (4) smaller firms succeeded at the same rate as larger firms in using the divested assets.

92. The 1999 Divestiture Study was extraordinarily informative for the FTC and for other competition agencies. The study's results inspired significant adjustments in the agency's evaluation of settlement proposals involving divestitures and altered the types of demands that the FTC subsequently made in settlement negotiations. The study led a number of competition agencies in other jurisdictions to re-evaluate their own approach to remedies in merger cases and, in some instances, to undertake their own variant of the FTC's inquiry.

93. In some respects, the study's aim was relatively modest. It did not attempt to measure the actual competitive effects of FTC merger remedies – only “to draw conclusions about whether the buyer of the divested assets was able to enter the market and maintain operations” (FTC 1999; 9). Yet even so limited an inquiry is valuable. If a basic assumption of an agency's merger remedy policy is that divested assets will remain in the relevant market and assist a firm other than the merging parties to compete for sales, it is worth knowing whether the purchaser succeeded in using the assets to accomplish any sales. If the answer to this question is “no” in more than a trivial number of circumstances, the agency needs to rethink its assumptions about the efficacy of its merger control policy. If the answer is typically “yes,” it is still helpful to know what makes for a successful divestiture and to use that knowledge to improve merger solutions in the future.

94. Perhaps the greatest limitation of the FTC study is its cursory description of the criterion used to measure the success of the purchaser in deploying the divested assets. The FTC reported that of the 37 divestitures it studied, “28 appear to have resulted in viable operations in the relevant market” (FTC 1999; 10). The FTC added that in each of the 28 successful cases, “the approved buyer acquired the assets, began operations, and was operating in the relevant market within a reasonable time” (FTC 1999; 10). The FTC study did not specify what practical test it used in deciding whether a firm had engaged in “viable operations” – a term that might encompass a single sale in the relevant market or thousands of sales.

95. The experience of DG Comp, OFT, FTC, and other agencies underscores several important elements of effective process-oriented review. Two characteristics stand out. The first is the importance for the competition agency of stepping back and undertaking a deliberate, comprehensive assessment of the efficacy of specific programs or procedures. A meaningful review of an agency's practices cannot be done in a half-hearted manner. In all instances, the competition agency in question was willing to devote some of its best human resources to examine selected areas of operation and to suggest improvements. A second, closely-related characteristic is the role that comparative study has played in suggesting paths for reform. Benchmarking across jurisdictions served to illuminate operational or programmatic alternatives and supplied an experience base with which to assess the qualities of such alternatives.

4.3.2 *Process-Oriented Evaluations by Multinational Bodies*

96. The peer review exercises described in Section 4.1.4 above have provided an important means for process-oriented evaluation. The positive reaction to peer review projects that international organizations have received from their members and affiliates suggests that competition agencies would welcome greater efforts by the larger, global multinational bodies (e.g., the International Competition Network, OECD, UNCTAD) to focus more attention on issues of agency management and operations. Among many competition agencies, there appears to be a keen desire to meet with peer institutions to discuss, analyze, and benchmark each other with respect to basic operational matters. Important focal points for such

engagements might include the process for developing an agency-wide strategic plan, the optimal approach for organizing the agency's staff (along functional lines? by sector? with an independent unit for economists?), the design of internal quality control measures, the relationship of the legal services department to case-handling units, and the best way to coordinate activities with other government bodies, such as sectoral regulators, with substantive portfolios that overlap the portfolio of the competition agency.

97. In multinational gatherings, the extensive attention given to the question of *what* competition agencies should do (give top priority to prosecuting cartels? apply a dominance test or a substantial lessening of competition standard in merger control?) has tended to overshadow the equally important question of *how* they should do it. In the formal meeting rooms, delegates often discuss whether one analytical concept is superior to another. In the conversations during breaks, meals, or social gatherings, the delegates frequently ask each other how their home agencies decide what to do and press for practical details about how common administrative tasks are carried out. There is considerable room for multinational bodies to serve their members interests by putting questions of management and internal procedure on the agenda more frequently and prominently.

4.3.3 *The OECD Performance Management Initiative*

98. One particularly noteworthy initiative by a multinational body to improve performance measurement is the OECD Competition Committee's recently established Institutional Assessment and Development Project. The OECD project seeks to use lessons from performance measurement experience in private and public institutions in recent decades to prepare an instrument for assessing the quality of internal management and procedures of competition authorities and for indicating areas for improvement. As tested in various public and private settings, the key steps of the performance management methodology are (1) the articulation of the "core principles" of the organization to be studied, (2) selecting types of behaviour that indicate whether the organization is adhering to the core principles, (3) creating an internal assessment procedure that uses the behavioural criteria to measure the organization's operations, (4) conducting an assessment of the organization, focusing mainly on the organization's managers but also involving consultation in some instances with external experts, (5) using the results of the assessment to improve the structure or decision making processes of the organization, and (6) repeating the assessment on a regular basis for evaluate the implementation of reforms and to identify further areas for improvement.

99. To adapt this framework to the assessment of competition agencies, OECD consulted various individuals ("key informants") with expertise in the operations of competition agencies to identify the operational characteristics of successful competition agencies and prepared an assessment instrument (principally, a questionnaire) to apply to individual competition agencies. The aim of the project is to develop a methodology that competition agencies can apply systematically to evaluate existing procedures on a continuing basis over time and to incorporate the results of each inquiry into the formulation and execution of reforms. The project seeks to develop an empirically based foundation for competition agencies to raise the quality of their management and operational routines.

100. Two potential contributions of the project deserve emphasis. First, the very effort to identify the "core principles" and key behavioural characteristics could provide valuable insights into what separates a "good" or "superior" competition agency from a merely adequate institution.⁷⁸ Views about the quality of competition agencies often are based on idiosyncratic impressions about the volume and type of an agency's outputs – mainly the prosecution of cases. The initiation and litigation of cases provide readily observable events for analysis by academics, practitioners, and journalists. To a large degree, enforcement actions – especially "big" cases involving easily recognized respondents – commonly are assumed to be the proper measure of what a government agency has done (Kovacic 2003).

101. In critical respects, the case-centric vision of competition policy is unduly narrow. Taken on its own terms, the case-centric perspective gives excessive weight to spectacular matters involving easily recognized respondents and routinely undervalues the “small” case that can make “big” law (Muris 2003a). By lauding the enforcement official who files the enforcement action, the case-centric view of competition policy tends to overlook to what the cases actually accomplished. This is the equivalent of measuring an airline’s quality by the number and size of departing flights without devoting equal attention to how, when, and where the airplanes descend to earth.

102. Equally serious weaknesses of case-centrism are its disregard for non-litigation policy instruments and its indifference to investments in institutional capability that is vital to successful policymaking. Case-centrism treats advocacy – for example, the filing of comments on proposed legislation or administrative regulations – as a feeble substitute for prosecuting cases. Nor does case-centrism respect an agency’s commitment to build that intellectual capital that informs the choice and execution of litigation and non-litigation interventions, alike.

103. The antidote to case-centrism is a better awareness of the determinants of effective competition policy. Recent developments in the academic literature and public policy display a growing recognition of the role that institutional design and capability play in shaping the quality of government competition programs (Kovacic 2001; Muris 2003b). A virtue of the OECD assessment project is its recognition that the “outputs” of competition agencies do not generate spontaneously. Instead, outputs come into being only through a combination of managerial choices and operational procedures. Projects that encourage agencies to strengthen the quality of inputs have true promise to raise the quality of outputs. Over time, good technique tends to beget good results.

104. The project second potential contribution of the project is to create and assemble a substantial base of knowledge about how competition agencies might best answer basic, recurring questions about how to structure, manage, and operate an institution. The creation and refinement of a commonly accepted standard for process-oriented evaluation would facilitate the analysis of individual jurisdictions and permit extensive comparisons across jurisdictions. If the project ultimately engages a large number of competition agencies, each participant will have a common frame of reference with which to discuss key operational and organization issues with its peers and a large base of experience with which to inform its own decisions.

105. In January 2005, the competition agency of Portugal agreed with OECD that Portugal would serve as the jurisdiction for prototyping the project. From January through April, representatives of the OECD collaborated with the Portuguese Competition Authority in applying the assessment tool. An initial summary of the results of the project will be presented by Paul Maylon, an OECD consultant and a principal architect of the project, and officials from the Portuguese Competition Authority at the June 2005 Evaluation Roundtable of the OECD and at later meetings in the coming twelve months of the Latin American Competition Forum and the Global Forum on Competition .

5. Constructing A Methodology for Conducting Performance Evaluations

106. This section proposes methodologies that competition agencies might consider in using ex post assessments to derive insights about the substance and process of policymaking.⁷⁹ It is worth acknowledging at the outset the reasons why competition agencies might be disinclined to spend resources in evaluating the effects of completed interventions or operational procedures. An evaluation might not find that the agency has achieved favourable results. For example, the evaluation might reveal that specific enforcement initiatives either had no effect or yielded perverse results. A competition agency understandably might hesitate to undertake research that casts doubt upon the wisdom of its past actions and, perhaps, raises questions about current enforcement programs.

107. As suggested above, concern that the application of performance measurement techniques might unmask, and possibly make transparent to external observers, an agency's miscalculations about the value of specific interventions is not a sound basis for dispensing with evaluation. There may be instances in which a government agency properly might withhold information about frailties or vulnerabilities in its operations out of concern that disclosure might assist outsiders in frustrating the attainment of important national goals.⁸⁰ Competition policy, by contrast, is more likely a field in which fuller disclosure and analysis of outcomes will stimulate public discussion that serves over time to improve the quality of competition policy. The social benefit of performance measurement in correcting enforcement or process weaknesses or channelling resources toward activities with the strongest contributions toward improving consumer welfare outweigh the immediate costs of reputational discomfort to the competition agency.

108. A second possible impediment to developing and applying performance measurement techniques is expense. To fund evaluations, a competition agency must spend resources that otherwise might be made available for the development of new cases and for the fulfilment of mandates, such as the review of proposed mergers, imposed by law. As discussed in Section 2 above, expenditures for evaluation help insure that outlays for substantive programs are well spent. Evaluation helps inform the competition agency's decision about what to do next – just as navigation informs a captain's judgment about how to handle a ship. Without some dedication of resources to ex post evaluation, it is doubtful that a competition agency can have confidence that its enforcement programs are achieving appropriate ends, especially where the initiative in question (such as the proper approach to merger analysis in technologically dynamic sectors) can rely heavily on untested intuitions about the effects of intervention. Even where there is broad consensus about the social value of applying the substantive command (e.g., a prohibition against supplier cartels), ex post evaluation can identify ways in which a competition agency can improve its enforcement of the command. For these reasons, a routine allotment of funds for evaluation activities should be part of the competition agency's annual budget.

109. A third and more serious obstacle involves the design of the performance measurement process. Evaluating the effects of individual prosecutorial decisions can present difficult measurement and data collection issues. To decide that an agency ought to assess the quality of its organization and operational procedures does not indicate exactly how the assessment should be performed.

110. One response to this concern is that even simple analytical models supported by limited data promise to provide a more confident basis for policymaking than many competition authorities currently possess. The exercises undertaken by the European Union and the United States to evaluate the implementation of merger remedies in one sense have involved relatively simple analytical techniques. The agencies have not sought in these exercises to measure the actual competitive impact of divestitures. Instead, DG Comp and the FTC have employed simple but informative methods to test their assumptions about the likelihood that a purchaser of divested assets would deploy those assets to compete in the relevant market. The effort to determine whether divested assets remained in the market and were used to compete against the merging parties gave the competition agencies considerable valuable information about the design of future merger remedies.

111. The balance of this Section provides a second response to concerns about methodology by proposing approaches that competition agencies might take to design new performance measurement systems or to enhance existing programs for ex post evaluation. The section analyzes methodology issues that affect the design of case-specific evaluations and process-oriented evaluations, alike, and highlights concerns that relate specifically to each form of performance measurement.

5.1 *Constructing an Evaluation Methodology*

112. A competition agency considering the establishment or enhancement of a performance measurement system faces at least three basic methodological issues. First, how should it go about framing methodological options and identifying superior evaluation techniques? Second, should the agency use its own employees to conduct the evaluation exercise, or should it enlist the participation of outsiders? Third, should the agency disclose the results of its evaluation exercises only to its own personnel, or should the outcome of the assessments be made available in some form to audiences outside the agency? Each issue is considered below.

5.1.1 *Choosing A Process for Designing a Performance Measurement Methodology*

113. The process for designing a case-specific or process-oriented performance methodology should involve contributions from competition policy insiders and outsiders. Agencies should envision the planning process as having four elements, described below.

114. *Preliminary Discussions within the Competition Agency.* The first step should be internal discussions involving the competition agency's management team to establish a consensus, in principle, for carrying out a performance measurement exercise and to identify a bureau within the agency that will be responsible for measurement projects. Many agencies have found that an appropriate location for this responsibility is an office dedicated largely to policy analysis functions. The initial intramural discussions should be informed by the agency's own initial reading of the literature on performance measurement for competition agencies. A policy office within the competition agency is a natural candidate to perform the literature survey.

115. *Consultations with Expert Outsiders.* The second key step in designing a methodology is the consultation of expert outsiders. This can be done in a variety of ways. One approach tested in a number of jurisdictions is for the agency to consult a relatively small group of expert outsiders, who are chosen for their familiarity with the issues posed by the form of evaluation the agency has in mind. In planning a case-specific evaluation project, the agency would want to consult industrial organization economists with experience in doing empirical work. This was the methodology that the FTC followed when it gave contracts to Richard Caves and Ben Klein in the late 1970s to draft protocols to guide its assessment of vertical restraints and abuse of dominance cases. In preparing a process-oriented review, the agency would seek advice from experts who are intimately familiar with the management and operation of a competition agency, as well as experts with extensive experience in conducting performance management reviews for public or private institutions.

116. A second repository of external expertise that ought to be tapped in this initial exploratory phase of planning is other competition authorities. As suggested in this background paper, competition agencies have accumulated valuable experience with performance measurement. Discussions with competition agency officials who have conducting such evaluations are a valuable, necessary element of initial preparation. The materials contained in this background paper and the country contributions to be presented at the OECD session provide a starting place to identify the relevant competition agency personnel.

117. A third source of expertise external to the competition agency consists of other government institutions with experience in performance measurement. Increased concern in recent decades with improving the performance of public agencies has generated a number of innovations for assessing the quality of agency management systems and specific substantive outputs (Kusek & Rist 2004; 1-38). Within any single jurisdiction, a variety of government agencies other than bodies traditionally associated with auditing functions may have valuable experience in designing evaluation programs. This foregoing

approach to planning a performance measure exercise, which emphasizes consultations with a comparatively small number of advisors, can be carried out in a relatively quiet and non-public manner. A competition agency might prefer to begin with this low-key approach as a means of identifying possibilities best suited to its own circumstances and resources. This initial consultation phase by itself may provide the agency with a confident basis for launching the evaluation exercise without further steps to identify and vet options for performance measurement.⁸¹

118. A competition agency could decide to engage in a more elaborate planning process that supplements the low-key, non-public consultation between competition agency staff and small numbers of expert outsiders. The more elaborate process could include issuing a preliminary project description or work plan or simply posing methodology issues for public comment. A still more robust form of public involvement would be to host a public conference, seminar, or workshop to gather the views of academics, practitioners, business officials, consumer groups, and other government officials about the appropriate design and substantive focus of an evaluation exercise. Where the competition agency is uncertain about the resolution of technical issues, the public workshops also can be an occasion for eliciting commentary about the results of previous efforts by competition agencies to conduct performance assessments.

119. *Budgeting.* The initial planning phase is an appropriate occasion to begin formulating a budget for the evaluation exercise. For the better funded competition agencies, good practice would dictate that some funds be earmarked annually for performance measurement. For the reasons described earlier in this paper, the agency should progress toward a norm that encourages the inclusion of some outlays for performance measurement in each budget cycle.

120. For poorly funded agencies that are struggling unsuccessfully to satisfy even the most urgent immediate operational needs, two possibilities come to mind. One is to rely on regional cooperation and regional associations to serve as focal points for the planning and, possibly, the execution of performance measurement exercises. This is one of a number of areas in which regional bodies can facilitate the pursuit of institution-building projects that might exceed the capabilities of any single competition agency. A second approach is to approach donor agencies to seek subsidies for evaluation exercises. In recent years, national and multinational donors have given increased attention to performance measurement, and there is reason to believe that requests by competition agencies would not simply be brushed aside.

121. *Identifying Restrictions on the Use and Dissemination of Confidential Records.* The initial planning process should address restrictions on the use of confidential data – proprietary business records in the possession of the competition agency and the confidential work product (e.g., memoranda prepared by professional staff and sensitive internal decision making records) of the competition agency itself – in the performance management exercise. Most, if not all, competition agencies will need to consider whether and with what conditions confidential records can be provided to agency outsiders who will participate in the evaluation exercises, and what restrictions must be observed in any public release of the results of an evaluation exercise. A further issue for some jurisdictions is whether the work product of the evaluation exercise itself must be revealed pursuant to the disclosure requirements of various public records statutes. For these and related questions, the initial process of planning an evaluation program ordinarily draws upon the advice of the legal services department of the competition agency.

122. Experience in individual jurisdictions is likely to vary, but some general observations about the treatment of confidential records are possible. Most jurisdictions have mechanisms for permitting outside experts to gain access to confidential records upon signing nondisclosure agreements. The typical nondisclosure agreement forbids the outsider to reveal confidential information to specified categories of individuals, unless the competition agency expressly authorizes the disclosure. The nondisclosure agreement also permits academics and other commentators to write about the project, but requires that the author give the competition agency drafts of manuscripts to ensure that confidential information has not

been disclosed. Competition agencies that have published their own reports or papers on evaluation exercises also have found effective mechanisms to supply informative accounts of their results without disclosing business or other information that must be kept secret.

123. Issues concerning the preservation of confidential data are another area in which competition agencies have assembled considerable experience. An agency planning its first evaluation exercise can consult its peer organizations for advice about how to manage the flow of information used in and generated by an evaluation program. It is quite likely that agencies experienced in performing evaluation exercises can provide templates of nondisclosure agreements or supply descriptions of safeguards used to ensure that confidentiality obligations are observed.

5.1.2 Conducting Ex Post Assessments: Using Insiders, Outsiders, or Both

124. One evaluation methodology would rely solely on the competition agency's own personnel to conduct evaluations. The agency would establish a process for its own personnel to select completed enforcement initiatives (both litigated cases and consent agreements) or operational procedures and analyze their quality. For example, a case-specific evaluation would consist of having agency personnel review specific enforcement episodes in detail, studying the deliberative processes that led to the agency's intervention, interviewing those involved in the decision to prosecute, and collecting data on effects, such as by consulting customers or competitors of the respondents. Internal self-evaluation could be performed as a collaborative effort involving case handlers, economic units, and policy bodies.

125. As suggested above, there are considerable advantages in engaging the talents of expert outsiders in performing assessments and not simply in the design of the measurement process. When they conduct or contribute to the actual assessment, an outsider can provide an expert perspective that the agency itself does not possess and can make the assessment more objective by bringing a presumably neutral point of view to the exercise. The outsiders could be non-government employees working under contract to the antitrust agencies, or could be employees of government institutions, such as national audit offices that occasionally examine competition agencies.

126. The level of participation by outsiders could range from more expansive forms of involvement, such as performing case studies, to more limited contributions such as offering comments on studies prepared by agency insiders. Compared to relying solely on insiders, participation by outsiders also is likely to increase the credibility of the evaluation exercise in the eyes of external groups. Even if an audit is not made public in any form, the agency probably will obtain a more meaningful perspective on its work if it engages outsiders on a confidential basis to participate in preparing the audit or commenting on reports that present the results.

127. One recent example that warrants attention by competition agencies is the IRDC project mentioned in Section 3.6 above. In this project, the Government of Canada is funding research by scholars in seven developing countries⁸² to identify and analyze factors that impede competition in the private sector of their economies. One important dimension of the IRDC study is the examination of how interventions by competition policy agencies in these countries have affected economic performance. To perform the country studies, the IRDC project director (Simon Evenett) has recruited a team of scholars in each developing country. Drafts of some country studies have been completed,⁸³ and the project's aim is to make the studies and data sets assembled to perform the studies available to other scholars and analysts.

128. One could imagine a collaboration in which a competition agency canvassed existing case-specific evaluation research within its own borders and sought to form a partnership with the organization conducting the research. For existing or proposed projects of this type, the competition agency might offer its cooperation to the outside researchers, including access to agency personnel and discussions about

publicly available information of which the outside researchers might not be aware. A still less drastic form of productive involvement would have the competition agency host or participate in conferences in which the results of such research are presented.

5.1.3 *Disclosure of Results*

129. One disclosure technique would have the results of ex post assessments revealed solely to enforcement agency personnel. For some competition policy agency insiders, this approach is likely to seem to be the least threatening form of evaluation. If the findings are negative, only the agency will be aware of them.⁸⁴ An evaluation program which the competition agency performs assessments but limits disclosure of the results to its own personnel is considerably better than no evaluation system at all. Even if an agency is unwilling to reveal evaluation results to outsiders, its chances of identifying and correcting flaws in case selection and procedure are likely to improve if it engages in a purely intramural exercise of candid self-assessment. As the agency uses and applies its internal evaluation methodology, it may become more comfortable over time in revealing at least some information about its assessments to outsiders.

130. The alternative to purely in-house distribution is to make evaluation results public in some form. The competition authority could issue public versions of the evaluations that delete references to sensitive information, such as confidential business data or material that discloses enforcement intentions regarding pending matters. A general presumption favouring public disclosure is warranted as a means of improving the substance and perceived legitimacy of a competition policy program, as well as the rigor of internal decision making. Even limited forms of public disclosure can elicit useful suggestions from outsiders about improvements in the choice of interventions and procedure.

131. By its willingness to subject its operations and decisions to public discussion, the competition agency can increase public confidence in the competition policy system. The knowledge that the agency will engage in future public discussion about assessments of its work could supply additional motivation to agency managers and professional staff to carry out their responsibilities conscientiously.

132. Here it is useful to consider, again, the experience of the FTC with its study of merger remedies in the 1990s. The FTC divestiture study underscores the benefits of public disclosure (U.S. FTC 1999). As noted above in Section 4.3.1, the merger remedies study was conducted by FTC attorneys and economists, who consulted an outside academic about the design and execution of the inquiry. After deleting references to confidential, non-public information, the agency released the study to the public. The FTC remedies study was both informative and influential. Had the FTC chosen to conduct the study internally and make no public disclosure of its results, the exercise unmistakably would have been valuable for what it told the FTC about needed improvements in the design of remedies. It is also clear that publication of the results stimulated a useful public debate about merger remedies and served to inform other competition agencies about how to improve merger control.

133. As a technique for disseminating the results of case studies and evaluations, competition policy agencies might commit themselves to engage in the detailed public analysis of specific cases or internal procedures that have been the subject of analysis by agency insiders or outsiders. Discussions of individual cases and of internal procedures that engage enforcement officials, private practitioners, business operators, and academics would increase understanding of the motivations for and consequences of individual enforcement decisions and agency procedures. Whether conducted in seminars, workshops, or conferences, the public give-and-take provides useful feedback to the competition agency and stimulates thinking about evaluation among external constituencies. From experience with discussion and debate between competition agencies and external groups concerning issues of doctrine and enforcement policy,

there is good reason to expect that a dialogue on matters relating to performance management would yield improvements in agency case selection and management.⁸⁵

5.2 *Special Considerations for Process-Oriented Performance Measurement*

134. The central task for applying a process-oriented evaluation methodology is to define what constitutes good internal agency procedures. Presented below is the suggested beginning of a list of good practice characteristics by which the quality of a competition agency's management techniques and procedures might be tested.⁸⁶

135. *Mechanism for Strategic Planning.* To be effective, a competition agency, be it old or new, must have a conscious process for setting goals and planning steps to accomplish them. To do otherwise is to be the passive captive of external demands, whether in the form of complaints from consumers or business operators, or requests for action by public bodies such as legislatures or government ministries. Even the most humbly funded competition agency must develop a strategic plan that defines what it will seek to achieve in the coming year or series of years.

136. *Maintenance and Disclosure of Data Bases.* Each competition agency should prepare and provide a full statistical profile of its enforcement activity. Good data bases are indispensable to the tracking and analysis of an agency's activities over time. Despite their importance to performance measurement, the maintenance and public disclosure of comprehensive, informative data bases on enforcement are relatively uncommon for competition policy agencies. Every authority should take the seemingly pedestrian but often neglected step of developing and making publicly available a data base that (a) reports each case initiated, (b) provides the subsequent procedural and decisional history of the case, and (c) assembles aggregate statistics each year by type of case. Each agency should develop and apply a classification scheme that permits its own staff and external observers to see how many matters of a given type the agency has initiated and to know the identity of specific matters included in category of enforcement activity.

137. Among other ends, a current and historically complete enforcement data base would promote better understanding and analysis, inside and outside the agency, of trends in enforcement activity.⁸⁷ For example, access to such data bases would give competition agencies greater ability to benchmark their operations with their peers. For poorly funded institutions, this is another area in which regional or global organizations can make immediate, major contributions.

138. *Explanation of Actions Taken and Not Taken.* Competition agencies should take measures to progress toward a norm that favours explanations for all important decisions to prosecute or not to prosecute. One might define as "important" any matter in which a competition authority conducts an elaborate inquiry. The norm suggested here would dictate that the agency seek as often as possible to explain why it decided not to intervene following an extensive investigation.

139. *Assessment of Human Capital.* Continuous institutional improvement requires a competition agency to regularly evaluate its human capital. The capacity of an agency's staff deeply influences what it can accomplish. An agency routinely must examine the fit between its activities and the expertise of its professionals. Has the agency developed a systematic training regimen for upgrading the skills of agency professionals? If the agency is active in areas such as intellectual property that require special expertise, has it acquired the requisite specialized skills – for example, by hiring some patent attorneys? Do government statutes and regulations that control public sector employment permit the agency to recruit needed expertise in a timely manner?

140. *Investments in Competition Policy R & D.* An essential element of continuous institutional improvement is the enhancement of the competition agency's knowledge base. In many activities, particularly in conducting advocacy, the effectiveness of competition agencies depends on establishing intellectual leadership. To generate good ideas and demonstrate the empirical soundness of specific policy recommendations, competition authorities must invest resources in "competition policy research and development."⁸⁸ Regular outlays for research and analysis serve to address the recurring criticism that competition policy lags unacceptably in understanding the commercial phenomena it seeks to address.

141. *Recognition of Policymaking Interdependencies.* Efforts to formulate effective competition policy increasingly will require competition agencies to study more closely how other government institutions affect the competitive process. Many jurisdictions resemble a policymaking archipelago in which various government bodies other than the competition agency deeply influence the state of competition. Too often each policy island in the archipelago acts in relative isolation, with a terribly incomplete awareness of how its behaviour affects the entire archipelago.

142. It is ever more apparent that competition agencies must use non-litigation policy instruments to build the intellectual and policy infrastructure that connects the islands and engenders a government-wide ethic that promotes competition. To build this infrastructure requires competition authorities to make efforts to identify and understand the relevant interdependencies and to build relationships with other public instrumentalities. In a number of instances, the study of collateral government policies will reveal how existing and proposed forms of public intervention impede competition. The capacity to study and document the effects of such impediments and to undertake advocacy initiatives to correct them will be important elements of an agency's program. On the report card by which we measure competition agencies, the suppression of harmful public intervention should count just as heavily as the prosecution of a case that forestalls a private restraint

143. *Benefits of Comparative Study.* As suggested above, comparative study can play an informative tool for individual competition agencies to improve performance.⁸⁹ No competition agency should consider adjustments in its own organization, procedures, or management techniques without examining experience abroad. Whatever the issue may be (for example, analytical methodology, investigative techniques, personnel policy, or advocacy), foreign practice frequently has much to teach any competition authority.⁹⁰

144. The degree of attentiveness to and analysis of relevant foreign experience should be one criterion by which a competition agency's internal procedures are evaluated. The ready availability in electronic form of foreign materials concerning many elements of competition agency enforcement and operations facilitates the comparative analysis contemplated here. Multinational organizations can spur this process by creating databases that describe and collect the results of evaluation projects carried out within individual jurisdictions.

5.3 *Special Considerations in Case-Specific Evaluations*

145. Past experience with the evaluation of specific competition agency interventions suggests considerations that agencies should take into account in carrying out the evaluation of cases or other actions.

146. *Reviewing a Collection of Matters Rather than Analyzing Single Cases.* An agency may learn more about its selection of cases or other interventions if it studies several related matters rather than focusing on a single intervention. For example, the FTC's study of vertical restraints cases in the late 1970s and early 1980s examined a range of matters within individual industries to develop a more general sense of the impact of its resale price maintenance and nonprice vertical restraints enforcement program. It may

not always be possible to study several matters of a specific type, and, as the FTC-sponsored study of the Xerox abuse of dominance settlement shows, the study of an individual case can be highly useful. Nonetheless, the design of a case-specific evaluation project should consider the possibility of studying two or more matters of a specific type.

147. *Understanding Enforcement Choices in Context.* Good case studies demand the skills of the historian and political scientist no less than the skills of an economist.⁹¹ Researchers conducting case studies should be pressed to account for the context that motivated the decision to prosecute. In addition to evaluating consequences *ex post*, a good case study should seek to recreate as much as possible the *ex ante* assumptions that guided the agency's decision to intervene. This is particularly true for interventions that turn out to be ineffective or in some sense counterproductive. Agencies seldom engage in unsuccessful endeavours because they enjoy failure or take pleasure in retarding social progress.

148. Commentators sometimes are fond of attributing the failure of an agency's substantive interventions to the irrationality, primitiveness, or general perversity of its incumbent decision makers. This explanation often is a mistaken, intellectually lazy answer to the question of why agencies fail. It ducks the harder, perplexing question of why intelligent individuals made choices that prove to be seriously ill-conceived. As one scholar has made the point, "[i]ndividual regulatory experiments and episodes must be judged against a standard true to the particular historical moment" (McCraw 1984; 308).

149. A case study may reveal that an agency made a faulty decision because it relied upon the wrong analytical model despite the availability of better models. One part of the researcher's task is to explain why the agency persisted in embracing the flawed model and neglected superior alternatives. The researcher should be pressed to suggest what types of institutional adjustments might serve in the future to avoid being trapped on the wrong path. This type of analysis is possible only if the researcher declines to build and demolish a strawman and instead takes the ideas and institutional influences that guided the competition agency at the time of the decision to prosecute on their own terms.

150. *Sensitivity to Institutional Capabilities and Long-Term Consequences.* One factor for the assessment of a decision to intervene is the care with which a competition agency avoided serious mismatches between its institutional capability and the analytical demands posed by the case. In some sense, a public institution always will be forced to run at a level above its capacity. There is a difference between trying to operate at 105 percent of capacity and at 200 percent of capacity. The first condition is manageable. The second is a formula for failure. Sensitivity to the longer term institutional demands associated with initiating a new matter and effort to achieve a rough match between commitments and capability ensure that incumbent managers do not impose significant negative externalities on successors and on their agencies as a whole.

5.3.1 *Case-Specific Evaluations: Building Mandates into Settlement Decrees*

151. Courts sometimes have played an important role in promoting efforts to assess the results of relief obtained in settlements. Since 1974, the federal district courts have been required to approve antitrust settlements in cases prosecuted by the Justice Department.⁹² One provision of the settlement approved by Judge Harold Greene to resolve the government's monopolization claims in *United States v. AT&T Co.*⁹³ required periodic evaluations of the efficacy of the relief negotiated between AT&T and DOJ.⁹⁴ This requirement generated informative assessments of the effects of the AT&T divestiture and analyses of the need for continuing restrictions on the business operations of the successors to the Bell Telephone system (*see, e.g.,* Huber 1987).

152. The evaluation mandated by Judge Greene in *AT&T* in some ways resembled a command that Judge Charles Wyzanski incorporated in the decree issued at the close of the Justice Department's

monopolization case in *United States v. United Shoe Machinery Corp.*⁹⁵ After finding that United Shoe had engaged in illegal monopolization, Judge Wyzanski imposed a collection of controls on the defendant's future conduct. Paragraph 18 of the decree provided that ten years after the decree's effective date "both parties shall report to this Court the effect of this decree, and may then petition for its modification, in view of its effect in establishing workable competition."⁹⁶ In the mid-1960s, Judge Wyzanski conducted the review contemplated in the 1953 decree.⁹⁷

153. The settlement in *AT&T* and the decree in *United Shoe* provide models that enforcement agencies and courts might adopt for other antitrust settlements. To ensure that the consequences of settlements (especially provisions of uncertain effect) receive subsequent scrutiny, an enforcement agency or a court could mandate periodic review of their effects. Where settlements are not subject to judicial approval, the competition agency might use its administrative discretion to incorporate mandatory assessment provisions in at least a sample of its orders. The certainty of occasional *ex post* review would add discipline to the negotiation of settlement terms and increase the empirical foundation for designing antitrust remedies in the future.

6. Conclusion

154. In 1940, two prominent commentators, Walton Hamilton and Irene Till, authored a gloomy assessment of the first 50 years of experience with antitrust enforcement in the United States. The two scholars observed that "[t]he Sherman Act has been called a 'charter of freedom' for American industry. Why has it not been a success?" (Hamilton & Till, 1940; 4). Among other findings, they concluded that future improvements would require the correction of various institutional flaws of the U.S. competition agencies. In particular, Hamilton and Till criticized what they believed to be the competition agencies' preoccupation with bringing the next case without the benefit of an internal management system that selected matters on the basis of continuing industry analysis, used such analysis to frame effective remedies, and monitored results (*id.*, at 30-35).

155. Competition agencies have evolved considerably, and have accomplished a great deal, since Hamilton and Till reviewed U.S. experience 65 years ago. Despite the passage of time, their emphasis on the importance of sound institutional design and operations as keys to the substantive success of competition agencies rings true today. In discussions of competition policy, there is a natural tendency to focus on current issues of doctrine and enforcement policy. These issues, after all, often have an immediate and powerful intellectual appeal. Amid discussions about the pressing substantive issues of the moment, it is easy to lose sight of the practical questions that beset efforts to formulate and execute competition policy programs. How should an agency set priorities? What is the best way to organize the investigation and litigation of cases? Which internal quality control mechanisms work best?

156. The exercises of preparing performance measures and conducting evaluations provide valuable tools for answering these critical questions about the administration of competition policy. The assessment of outcomes of substantive interventions can generate useful information about such basic matters as the choice of cases and the design of remedies. The routine evaluation of internal procedures supplies regular opportunities to determine whether the agency's organizational infrastructure and management techniques put the competition authority in the best possible position to select promising substantive initiatives and bring them to a successful close. A competition policy system is only as good as the institutions entrusted with implementation.⁹⁸ By emphasizing internal review and improvement, a competition agency puts proper emphasis on the expansion of its knowledge base and institution-building as indispensable predicates to success.

157. Evaluations may indicate needed adjustments in the competition agency's statutory authority. In recent decades, many competition authorities have sought and obtained important enhancements in the

framework of laws, and there is every reason to believe that a key to effectiveness over time will be the installation of periodic upgrades to account for past experience and new conditions.⁹⁹ A program of performance measurement and evaluation can supply a better empirical foundation for designing and justifying needed changes.

158. Evaluation promises to play a larger role that extends well beyond a competition authority's intramural decisions about case selection and management. The legitimacy of government efforts to enforce competition policy commands depends substantially on the ability of competition policy authorities to demonstrate to a variety of external observers – for example, legislators, business managers, and the public at large – that chosen forms of intervention to curb restraints on business rivalry improve economic performance. Neither the intuitions of public enforcement officials nor the hypotheses of academic theorists are likely to provide a confident basis for outsiders to conclude that the government agency has selected the correct mix of policies or chosen the ideal procedures to execute programs. Competition policy institutions face a continuing need to justify their value, and one cannot expect critical observers to be satisfied solely with the unsubstantiated assurances of efficacy.¹⁰⁰

159. Larger multinational bodies such as ICN, OECD, and UNCTAD and smaller regional associations have taken promising steps to promote the formulation and application of performance measures. Case seminars and peer review exercises have provided important sources of evaluation, and the regular meetings of these bodies have supplied useful venues for individual agencies to share know-how (for example, on the design of merger remedies) about the results of their own evaluation efforts. Considerable work remains to be done to encourage acceptance by competition agencies of a norm that treats evaluation as a vital tool for ensuring that government competition programs achieve desired ends. In the past, the evaluation initiatives of the major international competition policy institutions have focused on performing evaluations for their members. The focus for the future has to shift more toward projects that assist and prod competition agencies to devise and apply their own performance measurement methodology.

160. Ex post evaluation of results is important for all institutions, but it is especially critical for competition agencies. Competition policy relies heavily on experimentation and evolutionary adjustment to ensure that doctrine and enforcement policy make defensible distinctions between benign and dangerous commercial practices. Even for the most experienced and self-assured competition agency, competition policy is a work in progress, and performance measurement provides a vital element of the process by which agencies test new techniques and adapt proven methods to new circumstances. The aphorism often applied to the growth of individuals rings true in this field of public policy: It is what you learn after you know it all that really counts.

NOTES

- * E.K. Gubin Professor of Government Contracts Law, George Washington University Law School. The author thanks Joe Phillips and Patricia Heriard-Dubreuil for many helpful comments and suggestions about the preparation of this paper. The views expressed here are the author's alone.
1. When confronted with arguments advanced solely on the basis of theory or assumptions lacking empirical support, one of my former colleagues (David Hyman) at the Federal Trade Commission would observe: "In God we trust. All others provide data."
 2. See Report from Officialdom (2000: 593, 594-95) (comments of Robert Pitofsky; stating that "unexamined enforcement policy is not an appropriate way to proceed" and observing that antitrust agencies "virtually have an obligation, not just to enforce the law, but to take a look at the consequences of our enforcement").
 3. See Kusek & Rist (2004) (discussing importance of results-oriented evaluation to effective public administration); Wilson (1989; 373-75) (describing policy benefits of having government bodies evaluate results of their programs).
 4. Compare U.S. General Accounting Office (1980; 12) ("Neither the [U.S.] FTC nor the Antitrust Division has in the past placed a high priority on evaluating enforcement activities to assure that resources are effectively employed."); Lipsky (1995; 7) ("Retrospective research on the accuracy of the economic predictions underlying previous antitrust decisions is also extremely rare. When the Commission or a court strikes down a merger, for example, it seldom attempts to quantify either the efficiencies or the price increases that might result from a decision for or against the transaction.").
 5. Neustadt & May (1986; 252-53). Professors Neustadt and May observe that this type of thinking "is a special style of approaching choices, more the planner's or the long-term program manager's than the lawyer's or judge's or consultant's or trouble-shooter's" *Id.*
 6. One widely-taught example is the effort by De Havilland to determine the cause of crashes in the early 1950s of the world's first commercial jet airliner, the Comet. De Havilland conducted extensive research on a Comet in its inventory, identified a latent design flaw that caused the crashes, and made the results of its research available to the world's aviation community. See Williams (2000; 15-16). De Havilland's work in identifying the cause of the disasters and in publicizing the results of its evaluation facilitated significant improvements in the design of commercial jet transports.
 7. In his recent treatment of one area of the business of sport, Lewis (2004; 241) quotes one observer as capturing the problems of an organization that cannot, or will not, develop good measures of performance: "[The sport franchise executives] aren't equipped to evaluate their own systems. They don't have the mechanism to let in the good and get rid of the bad. They either keep everything or get rid of everything, and they rarely do the latter.").
 8. See Kovacic (2001; 805, 825-39) (reviewing how the U.S. FTC and the competition directorate of the European Commission analyzed the likely competitive effects of Boeing's acquisition of McDonnell Douglas amid conditions of technological dynamism and regulatory complexity).
 9. The discussion of the experimental features of competition policy is based in part on Kovacic (2001b).

10. See Kovacic (2003; 472-76) (emphasizing cumulative nature of competition policy making and importance of experimentation as a source of learning for competition authorities).
11. The experimentation did not come to rest with the leniency reforms of the 1990s. It continues at a robust pace in many jurisdictions today. See, e.g., Pate (2005; 18) (discussing rationale for U.S. reforms in 2004 that increased maximum criminal fines for Sherman Act violations and provided partial dispensation from treble damages for certain leniency applicants).
12. See *General Motors Corp.*, 103 F.T.C. 374 (1984) (consent decree permitting General Motors and Toyota to participate in production joint venture, subject to various restrictions).
13. See *General Motors*, 104 F.T.C. at 391, 397 (dissenting statement of Commissioner Patricia Bailey):

[I]f this joint venture between the world's first and third largest automobile companies does not violate the antitrust laws, what does the Commission think will? This is surely the question that potential joint venture partners will be asking themselves. In this decision, the Commission has swept another set of generally recognized antitrust principles into the dustbin, using again the incorporeal economic rhetoric that now dominates Commission decision-making. In this case, the decision results in the blessing of a business proposal that is both breathtaking in its audacity and mind-numbing in its implications for future joint ventures between leading U.S. firms and major foreign competitors that seek to lend a helping hand.
14. See Roos (1995) (describing how GM-Toyota joint venture led GM to adopt production and management innovations).
15. Compare Muris (2000) (criticizing FTC prosecution of Intel for abuse of dominance) with Balto & Nagata (2000) (defending FTC challenge to Intel). See also Vickers (2004) (discussing difficulties in devising general analytical tests for evaluating claims of improper exclusion).
16. The predictive element of merger control is evident in the laws or implementing regulations of many jurisdictions. For example, Section 7 of the U.S. Clayton Act bars mergers whose effect "may be substantially to lessen competition or to tend to create a monopoly." 15 U.S.C. § 18 (1998).
17. See FTC (1996; Ch. 1) (discussing analytical complexity arising from rapid industrial change induced by technological dynamism, globalization, and deregulation).
18. See Kovacic (2000; 1314) (describing how technological dynamism complicates design of antitrust remedies).
19. In his discussion of the remedy accepted by FTC in 1975 to resolve its monopolization case against Xerox; Willard Tom uses the language of experimentation. After recounting the origin of the remedy, Tom asks: "What are we to make of this naked, but apparently highly successful, experiment in social engineering?" Tom (2001; 979).
20. See Khemani & Dutz (1995; 28) (emphasizing importance of transparent decision making processes in formulating competition policy).
21. Weak transparency regimes can undermine the quality of public administration. See Stiglitz (1999; 40) ("Governments in many countries have a strong proclivity for secrecy. ... Secrecy provides more scope for the work of special interest groups, greater cover for corruption, and greater opportunities for hiding mistakes.").
22. See Waller (1998; 1408-17) (discussing how U.S. enforcement agencies often use settlements to resolve antitrust concerns); Symposium (1995; 4-27) (same).

23. *See* Blumenthal (1996; 15) (describing U.S. system for notification and review of proposed mergers); Venit & Kolasky (2000) (discussing U.S. and European Union merger review systems).
24. *See* Symposium (1997) (analyzing the importance of the premerger notification mechanism in identifying and resolving competitive concerns involving mergers and acquisitions).
25. *See* Leary (1995; 231-33, 236-40, 246-49) (recommending that U.S. FTC provide business community with more information about its merger enforcement decisions and the rationale for consent agreements); *compare* Bloom & Stack (1995; 2) (finding "need for greater transparency in the [U.S. FTC's] enforcement decisions relating to transactions involving pharmaceutical products that are under development"); Skitol (1995; 2) ("[T]here is a certain 'black-magic' quality and lack of transparency about [U.S. FTC] decision-making, particularly about the conclusions reached on high-visibility, controversial transactions.").
26. *Compare* Sohn 1995; 12-13) (noting that previous U.S. federal antitrust enforcement concerning innovation markets has occurred "where the R&D overlap is a small part of a much larger transaction"; in such a context, "the parties have strong incentives to 'fix' the problem quickly and go forward, irrespective of their assessment of the merits of the [U.S. FTC's] base. We may well continue to have enforcement by consent order without the important safeguard provided by the litigation alternative or even a vigorous defence at the enforcement agency level. In this context, it is particularly important that the Commission clearly set forth and consistently apply its enforcement principles.").
27. *See* Skitol (1995; 3) (proposing that the FTC, when publishing a proposed complaint and consent order, issue a fuller "analysis to aid public comment" that reveals the bases for the Commission's decision to intervene).
28. A third approach is to rely more upon the full litigation of cases to clarify and establish legal principles. On the benefits of litigation as a way to clarify antitrust doctrine, see Calkins (1998).
29. *See* Kovacic (1992) (describing congressional delegation of interpretational authority to the courts in the U.S. antitrust laws).
30. *See* *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3, 20 (1997) (describing U.S. Supreme Court's distinctive role under the antitrust laws "in recognizing and adapting to changed circumstances and the lessons of accumulated experience").
31. *See* Baker (2003) (discussing how economic learning is absorbed into antitrust jurisprudence and enforcement policy); Kovacic & Shapiro (2000) (describing influence of economic analysis on development of legal antitrust doctrines since 1890 in the United States).
32. *See* Carlton (2001; 680) ("[A]s the literature in economics shows, economists often take decades to understand certain business practices.").
33. *See* *State Oil*, 522 U.S. at 15-18 (reviewing how "a considerable body of scholarship discussing the effects of vertical restraints" influenced judicial reassessment of the per se ban on maximum resale price maintenance); *see also* Muris (2001; 903-07) (describing impact of developments in industrial organization economics on merger enforcement policy).
34. *See* Symposium (2001; 6-65) (reviewing developments in merger control in various national jurisdictions); Kovacic (1998) (examining opportunities for multiple review of mergers resulting from growth in number of competition policy systems in transition economies).
35. The decentralization of prosecutorial authority across public and private entities in the United States is unmatched. *See* Kovacic (2004).

36. *See* Kolasky (2001) (describing parallel review by U.S. Department of Justice and Federal Communications Commission of mergers in telecommunications sector). In a number of jurisdictions, government regulatory bodies not ordinarily considered to have a competition policy portfolio take decisions that significantly influence the competitive process and affect, at least indirectly, the programs of public competition authorities. *See* U.S. Federal Trade Commission (2003) (discussing how process of granting patent rights in United States can affect competition); Kovacic & Reindl (2005 Forthcoming) (discussing how decisions of institutions that grant intellectual property rights can have major impact on competition).
37. *See* International Competition Policy Advisory Committee to the Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust (2000; 3-18) (summarizing possible costs associated with multiple reviews of individual transactions conducted by national competition authorities and by different competition bodies within a single country).
38. For a representative collection of papers examining the outcomes of specific cases, see Symposium (2000); Symposium (2001b). For a detailed examination of the merger review process in one jurisdiction, see Sims & Herman (1997). For a detailed examination of enforcement programs in several nations in Central Europe, see Fingleton et al. (1995).
39. For example, efforts in the United States to establish mandatory notification requirements and waiting periods for proposed mergers drew heavily upon the research of Elzinga (1969).
40. For example, the United Kingdom's National Audit Office presently is engaged in a study of the effectiveness of the operations of the Office of Fair Trading.
41. The IRDC project is described by the program manager in Evenett (2004). The initial results of this project, presented in a workshop in Buenos Aires in March 2005, are very promising.
42. The FTC, for example, has information-gathering powers that could be used to collect data on the effects of specific enforcement measures. *See* 15 U.S.C. § 46 (1998) (provision granting FTC power to gather company data to perform economic studies).
43. *See* Fingleton et al. (1995; 171) (discussing competition policy enforcement in Visegrad countries; urging "greater evaluation and refinement of the criteria used in making decisions"); Guasch (1998) ("It is imperative that competition agencies ... periodically evaluate the impact (efficiency and distribution) of their decisions and widely disseminate their findings."); U.S. General Accounting Office (1980; 15) (recommending that the U.S. Attorney General ensure that the Antitrust Division of the Department of Justice "provides for a continuing assessment and evaluation of the effectiveness of enforcement efforts in promoting and restoring competition"); Katzmann (1980; 204) (studies by U.S. FTC "could help resolve current public-policy debates about the role of antitrust in economic policy"; finding that "[m]ore work needs to be done about the effects of market concentration; there is a paucity of information about the impact of antitrust action on various economic indicies"); Kovacic (1989; 187) (advocating ex post evaluations to inform the selection of cases and litigation techniques); Kovacic (1989b; 1147) (ex post evaluations could improve design of government monopolization cases); Rodriguez & Williams (1998; 178) (multinational bodies and individual donors should increase monitoring and analysis of enforcement decisions of transition economy competition agencies).
44. The results of these proceedings are reported in U.S. FTC (1996).
45. *See, e.g.*, Augustine (1995; 6-7) ("[A] study should be conducted to review, say, two years after the fact, whether the intended outcomes of previous antitrust reviews [of defence industry mergers] were actually achieved, and if not, what lessons are to be learned."); Gilbert (1995; 2-3) (urging FTC "to use its investigatory powers to learn more about the competitive effects of hospital mergers. . . . The Commission could do a great service by undertaking a critical review of the effects of antitrust enforcement in this industry."); Lipsky (1995; 10) ("The Commission should consider whether retrospective study of the assumptions and results of previous antitrust enforcement efforts would help to discover whether

fundamental but unstated misconceptions about supply response may underlie some enforcement judgments."); Sims (1995; 17) (proposing that FTC study actual effects of hospital mergers); Skitol (1995; 6-7) (proposing that FTC's Bureau of Economics review experience of selected consortia that filed notifications under the National Cooperative Research Act or the National Cooperative Research and Production Act); *see also* Brodley (1995) (advocating *ex post* verification that efficiencies claimed for mergers and joint ventures have materialized); Nelson (1995; 7) ("[I]t appears that the FTC could perform a valuable service by researching and documenting more fully the economic circumstances under which shipments pattern data can be misleading").

46. Recent contributions expressing these concerns include Crandall (2001) and Crandall & Elzinga (2004).
47. This literature is surveyed and discussed in Kovacic (2001c; 286-90).
48. Notable examples of this type include the study by Katzmann (1980) of the U.S. FTC and the study by Weaver (1980) of the Antitrust Division of the U.S. Department of Justice.
49. Important contributions of this type include the Fingleton et al. (1995) assessment of the implementation of competition policy in the Visegrad countries, the Clarkson and Muris (1980) study of the U.S. FTC, and the Cox et al. (1969) evaluation of the consumer protection activities of the U.S. FTC.
50. In some jurisdictions, researchers can take advantage of laws that compel public agencies to disclose certain types of records.
51. For example, the Clarkson & Muris (1980) volume on the U.S. FTC, for example, includes detailed assessments of selected competition cases.
52. In 1969, at the request of President Richard Nixon, the American Bar Association (ABA) assembled a blue ribbon panel (ABA 1969) to evaluate the U.S. FTC. In the late 1980s, at its own initiative, the ABA convened blue ribbon panels to examine the DOJ Antitrust Division and the FTC, respectively.
53. A recent example is the Antitrust Modernization Commission (AMC), which the U.S. Congress established to evaluate various aspects of U.S. competition policy. The AMC received an appropriation of funds from Congress to hire a professional staff and conduct its operations.
54. *See* Kovacic (1982) (describing how recommendations of an 1969 ABA blue ribbon panel elicited major reforms of the U.S. FTC).
55. For a representative example of such reports, see Clark (1999). The author thanks John Clark for many useful conversations concerning his research on behalf of OECD.
56. From a small, representative sample of published OECD peer review studies, see Wise (1999, 2000, 2001); see also OECD (1999) (peer review of competition policy and regulatory reform in Hungary). The author thanks Jay Schaffer and Michael Wise for their informative comments in many conversations about the OECD peer review exercises.
57. Blue ribbon panels have a habit of reciting the conclusions of earlier, related blue ribbon studies without accounting for differences in the evaluative standards applied by previous panels. *See* Kovacic (1982; 599-602) (discussing work of blue ribbon panels concerning performance of U.S. FTC).
58. A compromise of sorts that may address this problem is for the peer review researcher to provide highly sensitive criticisms privately to the agency under review and to moderate or omit such criticisms in reports or presentations made for a larger audience.

59. See papers and proceedings of the conference, titled “Estimating the Price Effects of Mergers and Concentration in the Petroleum Industry: An Evaluation of Recent Learning,” are available at <<http://www.ftc.gov/ftc/workshops/oilmergers/index.htm>>.
60. See Kovacic (2000b; 394-95) (discussing OECD programs to evaluate antitrust enforcement).
61. The author thanks Sally Van Siclen for many useful conversations about the OECD case seminars.
62. See U.S. Federal Trade Commission (1984) (presenting results of assessments of FTC vertical restraints cases).
63. See Bresnahan (1985) (presenting evaluation of relief obtained in 1975 in settlement by FTC of abuse of dominance complaint against Xerox).
64. See Huber (1987) (evaluating effects of AT&T divestiture).
65. Indecopi’s creation and early operations are examined in Boza (1998).
66. See Boza (2000) (presenting results of academic audit of Indecopi’s competition policy programs).
67. See Geroski (2004) (reporting on research performed by the UK Department of Trade and Industry and the UK Competition Commission).
68. By way of disclosure, the author of this paper was a member of the FTC team that oversaw the design and implementation of the impact evaluation project described here. The author was the principal FTC representative for the evaluation of the Xerox abuse of dominance consent decree. As recounted here, details of the project are based on the account provided in US FTC (1984).
69. 433 U.S. 36 (1977).
70. The Caves and Klein research protocols are reproduced in FTC (1984).
71. FTC (1984; 7-8). The FTC impact evaluation team selected the vertical restraints researchers “on the basis of both their academic expertise, particularly in vertical restraints, and the diversity of perspectives they would bring to the project.” *Id.* at 9.
72. Two prominent, much-cited examples are Bresnahan (1987) and Marvel (1982).
73. In re Beltone Electronics Corp., 100 F.T.C. 204 (1982).
74. The dramatic modern reforms of the European competition policy system since 2000 are detailed and analyzed in Wils (2005; 1-59).
75. The FTC’s 1999 merger remedies study is one element of a larger collection of merger control process reviews that the U.S. agencies have undertaken since the early 1990s and have continued to pursue to the present.
76. The Congressional proponents of the merger reforms adopted in the 1976 legislation relied extensively on the work of academic researchers who found that divestitures imposed as remedies for consummated mergers seldom achieved their intended remedial goals. See Elzinga (1969).
77. The relevant literature is collected and reviewed in Kouliavtsev (2005).

78. The 2003-2004 Annual Report of the Australian Competition and Consumer Commission superbly illustrates how a competition authority can identify the “core principles” that motivate its efforts and can specify the behavioural characteristics by which it measures fulfilment of its core principles (and by which it invites outsiders to measure its progress. ACCC (2004; 19-103).
79. For a comprehensive discussion of how public institutions can design and implement evaluation methodologies, see Kusek & Rist (2004).
80. In the context of discussing information security issues, Peter Swire (2004) provides a highly informative model for analyzing when the disclosure of information about a system is likely to set in motion developments that increase or decrease the security of the system. The author thanks Professor Swire for useful conversations concerning the issue of when a government agency should disclose more information about its operations.
81. For example, the World Bank has established a “Measuring Results” project that uses ex post assessments to evaluate the implementation of law reform initiatives and other development-related measures that have received assistance from the Bank. A description of the Bank’s Measuring Results project is available at <<http://www.worldbank.org/wbsite/external/projects>>.
82. The nations are Argentina, Brazil, China, Egypt, India, Mexico, and South Africa.
83. Examples of IRDC-sponsored studies that present an informative mix of case-specific and process-oriented assessments of national competition regimes include Garcia-Verdu & Solano (2005); Malherbe et al. (2005); Petrecolla (2005).
84. Some jurisdictions may have public disclosure statutes that could require a competition agency to make such assessments, or redacted versions of them, available if requested to do so. The design of a purely internal study would have to account for the types of information that might have to be revealed.
85. *See* Melamed (1998; 444) (“It is important to keep in mind ... that antitrust in [the United States] is based, not on a political or legislative code, but rather on a broad general statute that has been sustained through what is really a common law process – by which I mean, not only a process of federal court litigation, but more broadly a dialog among academic and business communities, the enforcement agencies and the courts.”).
86. The discussion in Section 5.3 is derived in part from Kovacic (2005).
87. For a formative treatment of the value of good statistical records for the analysis of competition policy, see Posner (1970).
88. The concept of “competition policy research and development” and its role in determining institutional capability are analyzed in Muris (2002). *See also* Uesugi (2005; 76) (describing creation by Japanese Fair Trade Commission in 2003 of Competition Policy Research Center to bolster JFTC’s research capabilities).
89. For an excellent review of the use of international benchmarking as a way to improve the competition systems of individual jurisdictions, and for a less sanguine view than this paper holds of the potential net benefits of comparative benchmarking, see Kerber & Budzinski (2004; 36-40).
90. *See* (Kovacic 2000b) (describing what older competition authorities can learn from institutional innovations undertaken by newer competition authorities); Scott (2005; 41-48) (discussing value of comparative analysis and international benchmarking in informing Canada’s consideration of reforms to its competition statutes).
91. On the importance of history and political science as sources of insight about the development of competition systems and as tools for understanding specific enforcement measures, see Gerber (1998).

92. 15 U.S.C. § 16 (1998).
93. 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982), *aff'd sub nom.*, Maryland v. United States, 460 U.S. 1001 (1983).
94. United States v. Western Electric Co., 552 F. Supp. 131, 194-95 (D.D.C. 1982).
95. 110 F. Supp. 295 (D. Mass. 1953), *aff'd per curiam*, 347 U.S. 521 (1954).
96. 110 F. Supp. at 354.
97. Emphasizing that United Shoe's market share fell from 85% in 1953 to 62% in 1964, Judge Wyzanski rejected the government's request that the company be split into at least two successor firms. The Supreme Court later reversed judge Wyzanski's ruling that he lacked discretion to impose a divestiture in this instance. *United States v. United Shoe Machinery*, 391 U.S. 244 (1968).
98. *See* Laffont (1999) (describing how quality of implementing institutions determines success of competition policy system); Muris (2005) (discussing institutional characteristics, including investments in "competition policy research and development," that improve an competition agency's prospects for success).
99. *See, e.g.*, Clarke & Coronos (1999; 8-16) (describing modern reform of Australia's competition system); Collins & Brown (1997) (reviewing enhancement of Canada's competition laws in the 1980s and subsequent implementation); Dekeyser & Gauer (2005) (describing new EU framework for enforcement of Articles 81 and 82 of the EC Treaty).
100. *See* Katzmann (1979; 205) ("[W]ithout studies indicating whether antitrust policy is technologically capable of achieving various economic goals, government is vulnerable to the charge that antitrust is a charade or a lightning rod that absorbs the frustrations of those who might otherwise push for greater state intervention in the economy.").

BIBLIOGRAPHY

- American Bar Association. 1969. Report of the American Bar Association Commission to Study the Federal Trade Commission.
- Augustine, Norman R. Nov. 2, 1995. Prepared Statement for Federal Trade Commission Hearings on Global and Innovation-Driven Competition.
- Australian Competition and Consumer Commission. 2004. ACCC Annual Report 2003-2004.
- Baker, Donald I. 2001. *The Use of Criminal Law Remedies to Deter and Punish Cartels and Bid-Rigging*. 69 *George Washington Law Review* 693.
- Baker, Jonathan B. 2003. *Preface to Post-Chicago Economics*, in *Post-Chicago Developments in Antitrust Law* 20 (Antonio Cucinotta et al. eds.).
- Balto, David A. & Ernest A. Nagata. 2000. *Proof of Competitive Effects in Monopolization Cases: A Response to Professor Muris*, 68 *Antitrust Law Journal* 309.
- Blue Ribbon Defence Panel. 1970. Report to the President and the Secretary of Defence on the Department of Defence.
- Bloom, Allen & Stephen A. Stack, Jr. Oct. 23, 1995. Prepared Statement Before the Federal Trade Commission Hearings on the Changing Nature of Competition in a Global and Innovation-Driven Age.
- Blumenthal, William B. 1996. *Overenforcement in the Hart-Scott-Rodino Second Request Process*, in *The Economics of the Antitrust Process* 15 (Malcolm B. Coate & Andrew N. Kleit eds.).
- Boza, Beatriz (Editor). 2000. *The Role of the State in Competition and Intellectual Property Policy in Latin America: Towards an Academic Audit of Indecopi*.
- Boza, Beatriz (Editor). 1998. *Peru's Experience in Market Regulatory Reform 1993-1998*.
- Bresnahan, Timothy. May 1985. *Post-Entry Competition in the Plain Paper Copier Market*. 75 *American Economic Review* 15.
- Brodley, Joseph F. Nov. 1, 1995. *Proof of Efficiencies in Mergers and Joint Ventures: Testing Ex Ante Claims Against Ex Post Evidence – Prepared Statement for Federal Trade Commission Hearings on Global and Innovation-Driven Competition*.
- Calkins, Stephen. 1998. *In Praise of Antitrust Litigation: The Second Annual Bernstein Lecture*. 72 *St. John's Law Review* 1.
- Carlton, Dennis W. 2001. *A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal – Why Aspen and Kodak are Misguided*. 68 *Antitrust Law Journal* 659.

- Clark, John. 1999. *Competition Law and Policy in the Baltics*. 1 OECD Journal of Competition Law and Policy 149.
- Clarke, Philip, & Stephen Corones. 1999. *Competition Law and Policy: Cases and Materials*.
- Clarkson, Kenneth, & Timothy J. Muris, eds.. 1981. *The Federal Trade Commission Since 1970*.
- Collins, Paul, & D. Jeffrey Brown. 1997. *National Antitrust Laws in a Continental Economy: A Comparison of Canadian and American Antitrust Laws*. 65 Antitrust Law Journal 495.
- Cox, Edward, Richard Fellmeth & James Schulz. 1969. "The Nader Report" on the Federal Trade Commission.
- Crandall, Robert W. 2001. *The Failure of Structural Remedies in Sherman Act Monopolization Cases*. 80 Oregon Law Review 109.
- Crandall, Robert W., & Kenneth G. Elzinga. 2004. *Injunctive Relief in Sherman Act Monopolization Cases*. 21 Research in Law & Economics 277 (John B. Kirkwood. ed.).
- DeKeyser, Kris, & Celine Gauer. 2005. *The New Enforcement System for Articles 81 and 82 and the Rights of Defence*. 2004 Fordham Corporate Law Institute 537 (Barry Hawk, ed.).
- De Souza, Nadia. April 27-28, 2005. "EC Merger Remedies." Powerpoint presentation at the IBC 12th Annual London Conference on Advanced EC Competition Law.
- Elzinga, Kenneth G. 1969. *The Antimerger Law: Pyrrhic Victories?* 12 Journal of Law & Economics 43.
- Evenett, Simon J. Mar. 2004. "Promoting Competitive Markets in Developing Countries" (Mimeo).
- Federal Trade Commission. 2004a. *The Petroleum Industry: Mergers, Structural Change, and Antitrust Enforcement*.
- Federal Trade Commission. 2004b. "Market Forces, Anticompetitive Activity, and Gasoline Prices: FTC Initiatives to Protect Competitive Markets." Testimony before the Subcommittee on Energy and Air Quality of the Committee on Energy and Commerce, U.S. House of Representatives, Hearing on the Status of the U.S. Refining Industry (July 15, 2004).
- Federal Trade Commission. Oct. 2003. *To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy*.
- Federal Trade Commission. 1999. *Bureau of Competition, A Study of the Commission's Divestiture Process (1999)*, available at <<http://www.ftc.gov/os/1999/9908/index.htm#6>>.
- Federal Trade Commission. May 1996). *Staff Report, Anticipating the 21st Century: Competition Policy in the New High-Tech, Global Marketplace*.
- Federal Trade Commission. 1984. *Impact Evaluations of Federal Trade Commission Vertical Restraints Cases (Ronald N. Lafferty, Robert H. Lande & John B. Kirkwood, eds.)*.
- Fingleton, John, Eleanor Fox, Damien Neven & Paul Seabright. 1995. *Competition Policy and the Transformation of Central Europe*.

- Gerber, David J. 1998. *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*.
- Garcia-Verdu, Rodrigo, & Oliver Solano. 2005. "Promoting Competitive Markets in Mexico."
- Gavil, Andrew I., William E. Kovacic & Jonathan Baker. 2002. *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*.
- Geroski, Paul A. Sept. 2004. "Is Competition Policy Worth It?" (Mimeo).
- Gilbert, Richard. Nov. 14, 1995. *Responding to Structural Change: A Call for a Review of the Competitive Consequences of Hospital Mergers – Prepared Statement for Federal Trade Commission Hearings on Global and Innovation-Driven Competition*.
- Guasch, J. Luis. Dec. 1998. *Competition Policy Advocacy and Regulatory Reform: Presentation Prepared for the World Bank's First International Training Program on Competition Policy (Dec. 13-18, 1998)*.
- Heyer, Ken. 2005. *A World of Uncertainty: Economics and the Globalization of Antitrust*. 72 *Antitrust Law Journal* 375.
- Huber, Peter W. 1987. *The Geodesic Network: 1987 Report on Competition in the Telephone Industry*.
- International Competition Policy Advisory Committee to the Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust. 2000. *Final Report*.
- Johnson, Melanie. 2004. *Keynote Speech*, in *II Current Competition Law 3* (Mads Andenas et al., eds.).
- Katzmann, Robert A. 1980. *Regulatory Bureaucracy: The Federal Trade Commission and Antitrust Policy*.
- Kerber, Wolfgang, & Oliver Budzinski. 2004. *Competition of Competition Laws: Mission Impossible?*, in *Competition Laws in Conflict 31* (Richard A. Epstein & Michael S. Greve eds.).
- Khemani, R. Shyam & Mark A. Dutz. 1995. *Instruments of Competition Policy and Their Relevance for Economic Development*, in *Regulatory Policies and Reform: A Comparative Perspective 16* (Claudio R. Frischtak ed.).
- Kolasky, William J. 2001. *The FCC's Review of the Bell Atlantic/NYNEX and SBC/Ameritech Mergers: Regulatory Overreach in the Name of Promoting Competition*. 68 *Antitrust Law Journal* 771.
- Kouliavtsev, Mikhail S. 2005. *Some Empirical Evidence on the Effectiveness of Antimerger Relief in the United States*. 43 *Economic Inquiry* 370.
- Kovacic, William E. 2005. *Achieving Better Practices in the Design of Competition Policy Institutions*, in *On the Merits – Current Issues in Competition Law and Policy 195* (Paul Lugard & Leigh Hancker eds.).
- Kovacic, William E. 2004. *Toward a Domestic Competition Network*, in *Competition Laws in Conflict 316* (Richard A. Epstein & Michael S. Greve, eds.).
- Kovacic, William E. 2003. *The Modern Evolution of U.S. Competition Policy Enforcement Norms*. 71 *Antitrust Law Journal* 377.

- Kovacic, William E. 2001. *Transatlantic Turbulence: The Boeing-McDonnell Douglas Merger and International Competition Policy*, 68 *Antitrust Law Journal* 805.
- Kovacic, William E. 2001b. *Evaluating Antitrust Experiments*. 9 *George Mason Law Review* 843.
- Kovacic, William E. 2001c. *Institutional Foundations for Economic Legal Reform in Transition Economies: The Case of Competition Policy and Antitrust Enforcement*. 77 *Chicago-Kent Law Review* 265.
- Kovacic, William E. 2000. *Designing Antitrust Remedies for Dominant Firm Misconduct*, 31 *University of Connecticut Law Review* 1285.
- Kovacic, William E. 2000b. *Lessons of Competition Policy Reform in Transition Economies for U.S. Antitrust Policy*. 74 *St. John's Law Review* 361.
- Kovacic, William E. 1998. *Merger Enforcement in Transition: Antitrust Controls on Acquisitions in Emerging Economies*. 66 *University of Cincinnati Law Review* 1075.
- Kovacic, William E. 1992. *The Influence of Economics on Antitrust Law*. 30 *Economic Inquiry* 294.
- Kovacic, William E. 1989. *Federal Antitrust Enforcement in the Reagan Administration: Two Cheers for the Disappearance of the Large Firm Defendant in Nonmerger Cases*. 12 *Research in Law & Economics* 173.
- Kovacic, William E. 1989b. *Failed Expectations: The Troubled Past and Uncertain Future of the Sherman Act as a Tool for Deconcentration*. 74 *Iowa Law Review* 1105.
- Kovacic, William E. 1982. *The Federal Trade Commission and Congressional Oversight of Antitrust Enforcement*. 17 *Tulsa Law Journal* 587.
- Kovacic, William E. & Andreas Reindl. 2005 (Forthcoming). *An Interdisciplinary Approach to Improving Competition Policy and Intellectual Property Policy*. *Fordham International Law Journal*.
- Kovacic, William E. & Carl Shapiro. 2000. *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*. 14 *Journal of Economic Perspectives* 43.
- Kusek, Jody Zall, and Ray C. Rist. 2004. *Ten Steps to a Results-Based Monitoring and Evaluation System* (World Bank).
- Laffont, Jean-Jacques. 1999. *Competition, Information, and Development*, in *Annual World Bank Conference on Development Economics 1998*, at 237 (Boris Pleskovic & Joseph E. Stiglitz, eds.).
- Leary, Thomas B. Oct. 17, 1995. Transcript, U.S. Federal Trade Commission Hearings on Global and Innovation-Based Competition.
- Lewis, Michael. 2004. *Moneyball*.
- Lipsky, Jr., Abbott B. Oct. 18, 1995. *Geographic Competition and Market Definition: The Proper Use of Economic Theory in Antitrust Decisions: Prepared Statement for the Federal Trade Commission Hearings on Global and Innovation-Driven Competition*.

- Lowe, Philip, & Luc Peeperkorn. 2005. *Singing in Tune with Competition and Innovation: The New EU Competition Policy Towards Licensing*. 2004 Fordham Corporate Law Institute 265 (Barry E. Hawk ed. 2005).
- Majoras, Deborah Platt. Feb. 8, 2005. "A Dose of Our Own Medicine: Applying a Cost/Benefit Analysis to the FTC's Advocacy Program." Remarks before the Charles River Associates, *available at* <http://www.ftc.gov/speeches/majoras/050208currebtopics.pdf>.
- Malherbe, Stephan, Andrew Myburgh, Jacob Kosoff & Paul Anderson. February 2005. "Promoting Competitive Markets in Sough Africa."
- McCraw, Thomas K. 1984. *Prophets of Regulation*.
- Marvel, Howard P. 1982. *Exclusive Dealing*. 25 *Journal of Law & Economics* 1.
- Melamed, A. Douglas. 1998. *International Antitrust in an Age of International Deregulation*, 6 *George Mason Law Review* 437.
- Muris, Timothy J. 2005. *Principles for a Successful Competition Agency*. 72 *University of Chicago Law Review* 165.
- Muris, Timothy J. Nov. 2003a. "How History Can Inform Practice" (Remarks before the Fall Forum of the American Bar Association Section of Antitrust Law, Washington, D.C.), available at <http://www.ftc.gov>.
- Muris, Timothy J. 2003b. *Looking Forward: The Federal Trade Commission and the Future Development of U.S. Competition Policy*. 2003 *Columbia Business Law Review* 359.
- Muris, Timothy J. Dec. 10, 2002. "Looking Forward: The Federal Trade Commission and the Future Development of U.S. Competition Policy" (remarks for the Milton Handler Annual Antitrust Review), available at <http://www.ftc.gov/speeches/muris/handler>.
- Muris, Timothy J. 2001. *GTE Sylvania and the Empirical Foundations of Antitrust*. 68 *Antitrust Law Journal* 899.
- Muris, Timothy J. 2000. *The FTC and the Law of Monopolization*, 67 *Antitrust Law Journal* 693.
- Nelson, Philip B. Oct. 19, 1995. Prepared Statement for Federal Trade Commission Hearings on the Changing Nature of Competition in a Global and Innovation-Driven Age.
- Neustadt, Richard, & Ernest May. 1986. *Thinking in Time: the Uses of History for Decisionmakers*.
- Organization for Economic Cooperation and Development. Sept. 1999. *Regulatory Reform – The Hungary Country Review*.
- Pate, R. Hewitt. 2005. *Current Issues in International Antitrust Enforcement*. 2004 Fordham Corporate Law Institute 17 (Barry E. Hawk ed. 2005).
- Petrecolla, Diego. Feb. 2005. "Promoting Competitive Markets in Developing Countries – Argentina."
- Posner, Richard A. 1970. *A Statistical Study of Antitrust Enforcement*. 13 *Journal of Law & Economics* 365.

Report from Officialdom. 2000. *Roundtable Conference with Enforcement Officials*, 68 Antitrust Law Journal 581.

Rodriguez, Armando E. & Mark D. Williams. Spring 1998. *Recent Decisions by the Venezuelan and Peruvian Agencies: Lessons for the Export of Antitrust*. 43 Antitrust Bulletin 147.

Roos, David. September 1995). Automobile Competitiveness: A Report of the MIT International Motor Vehicle Program (Statement prepared for the Capital Hill Forum on Industrial Competitiveness in September 1995 and submitted as part of Professor Roos's presentation at the U.S. Federal Trade Commission Hearings on Global and Innovation-Driven Competition, October 18, 1995).

Saltzman, Harold, Roy Levy & John C. Hilke. Nov. 1999. Transformation and Continuity: The U.S. Carbonated Soft Drink Bottling Industry and Antitrust Policy Since 1980 (U.S. FTC Staff Report).

Scott, Sheridan. 2005. *Cartel Enforcement: International and Canadian Developments*. 2004 Fordham Corporate Law Institute 33 (Barry E. Hawk ed. 2005).

Sims, Joe. Nov. 14, 1995. Antitrust Treatment of Mergers in Distressed Industries: Hospitals as a Case Study – Prepared Statement for Federal Trade Commission Hearings on Global and Innovation-Driven Competition.

Sims, Joe, & Deborah P. Herman. 1997. *The Effect of Twenty Years of Hart-Scott-Rodino on Merger Practice: A Case Study in the Law of Unintended Consequences Applied to Antitrust Legislation*. 65 Antitrust Law Journal 865.

Sohn, Michael N. Oct. 25, 1995. Competitive Effects and Entry Analysis in R&D and Future Generation Markets: Testimony Outline for U.S. Federal Trade Commission Hearings on Global and Innovation-based Competition.

Skitol, Robert A. Oct. 26, 1995. Prepared Statement for U.S. Federal Trade Commission Hearings on Global and Innovation-Driven Competition.

Stiglitz, Joseph E. 1999. *Knowledge for Development: Economic Science, Economic Policy, and Economy Advice*, in Annual World Bank Conference on Development Economics 9, (Boris Pleskovic & Joseph E. Stiglitz eds.).

Sullivan, Mary W. 2002. *The Effect of the Big Eight Accounting Firm Mergers on the Market for Audit Services*. 45 Journal of Law & Economics 375.

Swire, Peter P. 2004. *A Model for When Disclosure Helps Security: What is Different About Computer and Network Security?* 2 Journal on Telecommunications and High Technology Law.

Symposium. Spring 2001. *International Merger Control*. Antitrust Magazine 6.

Symposium. 2001b. *Antitrust at the Millennium (Part II)*. 68 Antitrust Law Journal.

Symposium. 2000. *Antitrust at the Millennium (Part I)*. 68 Antitrust Law Journal.,

Symposium. 1997. *Twenty Years of Hart-Scott-Rodino Merger Enforcement*. 65 Antitrust Law Journal
13

Symposium. Fall 1995. *Consent Decrees: Antitrust Enforcers as Regulators*. Antitrust Magazine 4.

- Taylor, Christopher T., & Daniel S. Hosken. 2004. "The Economic Effects of the Marathon-Ashland Joint Venture: The Importance of Industry Supply Shocks and Vertical Market Structure." (FTC Bureau of Economics Working Paper).
- Tom, Willard K. 2001. *The 1975 Xerox Consent Decree: Ancient Artifacts and Current Tensions*. 68 *Antitrust Law Journal* 967.
- Uesugi, Akinori. 2005. *Where Japanese Competition Policy Is Going – Prospect and Reality of Japan*. 2004 Fordham Corporate Law Institute 57 (Barry E. Hawk ed. 2005).
- U.S. General Accounting Office. May 2004. "Energy Markets: Effects of Mergers and Market Concentration in the U.S. Petroleum Industry."
- U.S. General Accounting Office. Feb. 29, 1980. Closer Controls and Better Data Could Improve Antitrust Enforcement.
- Venit, James S. & William J. Kolasky. 2000. *Substantive Convergence and Procedural Dissonance in Merger Review*, in *Antitrust Goes Global* 79 (Simon J. Evernett et al. eds).
- Vickers, John. Sept. 3, 2004. "Abuse of Market Power." Paper presented at the Conference of the European Association for Research in Industrial Economics, Berlin.
- Vita, Michael G., & Seth Sacher. 2001. *The Competitive Effects of Not-for-Profit Hospital Mergers: A Case Study*. 49 *Journal of Industrial Economics* 63.
- Waller, Spencer Weber. 1998. *Prosecution by Regulation: The Changing Nature of Antitrust Enforcement*. 77 *Oregon Law Review* 1383.
- Weaver, Suzanne. 1980. Decision to Prosecute.
- Werden, Gregory J. et al. 1991. *The Effects of Mergers on Price and Output: Two Studies from the Airline Industry*. 12 *Managerial and Decision Economics* 341.
- Williams, Ray. 2000. Images of Aviation: Comet and Nimrod.
- Wils, Wouter P.J. 2005. Principles of European Antitrust Enforcement.
- Wilson, James Q. 1989. Bureaucracy.
- Wise, Michael. 2001. *Review of Competition Law and Policy in Italy*. 3 *OECD Journal of Competition Law and Policy* 65.
- Wise, Michael. 2000. *Review of Competition Law and Policy in Korea*. 2 *OECD Journal of Competition Law and Policy* 127.
- Wise, Michael. 1999. *Review of United States Competition Law and Policy*. 1 *OECD Journal of Competition Law and Policy* 9.



CONTRIBUTIONS



OECD Competition Committee

**A Pilot Project
for the Institutional Assessment
of the
Portuguese Competition Authority**

**Submission to the Round Table on Evaluation of the Actions
and Resources of Competition Authorities**

by the Portuguese Competition Authority

Revised June 2005

**A Pilot Project
for the Institutional Assessment
of the
Portuguese Competition Authority**

Introduction

1. The Portuguese Competition Authority (Autoridade da Concorrência, AdC) is a fairly young organization. It started operations in late-March, 2003 and as such it has barely completed its second anniversary. At the time of its creation, 30 seconded staff was available; no installation period was foreseen; no grace period was granted; no budget was approved; no dead-line was waved. As of end-2004, 77 staff were on board, 56% of which with an academic background equal or above Masters level ¹; a € 5.8 million budget was secured under dedicated financing arrangements ²; a total of 90 mergers have been subject to prior review, of which 8 were approved with remedies; a portfolio of 42 restrictive practice cases were under active investigation; fines in the amount of € 3.3 million were imposed in a major cartel decision; 15 major economic and market studies were in the process of being finalized; six Recommendations were made to Government, of which three have been already adopted into policy; and its Web Site registered a monthly average of 8,000 visits. Key indicators of AdC activity for 2004 are summarized in Annex 1.
2. But equally important is the fact that markets are becoming aware that an independent Authority exists as an active promoter of competition policy and as a restless enforcer of competition legislation. In his strive for economic efficiency and consumer welfare improvements, Authority management has appropriately emphasized the importance of internal organizational in making things happen. To this extent, a lean-and-clean matrix system was adopted; management by objectives is being implemented; competitive outside recruitment is the norm; pay scales are competitive; performance incentives are built into the pay scales; and a comprehensive staff training program is available, with an average 1.7 SWs of training in 2004. AdC's Organization Flow Chart is attached as Annex 2.
3. As AdC completes its second anniversary, management has realized that most of its attention as so far been dedicated to outputs, and to attracting, recruiting and training staff, as well as to the diffusion of a competition culture in a country with an history of state intervention. With these basically in place, management considered that increased concern should now be put on improving internal efficiency. As such, time has been considered right for AdC to have its institutional performance independently assessed. To this extent, the OECD Competition Division was approached in view of their comparative advantage in international evaluations, peer reviewing and benchmarking. The challenge was

¹ A 50% increase in Authority high-level staff was registered as a result of recruitment undertaken in mid-2004.

² Up to 7.5% of charges collected by Sector Regulators, as levied on regulated undertakings. Achieving sustained financing was a key element towards independence and implementation of a long-term strategy.

accepted, and as November 2004 the Competition Division and AdC have entered into a cooperative Pilot Project for institutional assessment (the Project).

The Pilot Project

(i) Objectives

4. The Project objectives were to develop and implement an assessment and improvement methodology for AdC, following a prototype methodology to be developed by OECD Competition Division. This methodology was to be applied in cooperation with AdC, the ultimate goal being the development of a baseline for the preparation of the Authority 2006-2008 Business Plan.

(ii) Background

5. Over the past 20 years within Organization Development a relatively simple methodology has been developed to help private and public sector organizations establish and improve themselves. The methodology has been widely used both to build new organizations and improve existing ones. The steps in this methodology are relatively straightforward:
 - Articulate the core principles of the type of organization that is desired;
 - Convert these principles into behavioral or substantive indicators;
 - Create an assessment device using these indicators;
 - Apply the assessment, essentially with the management group of the organization or in some circumstances with external experts;
 - Turn the results of the assessment into the framework for a building or improvement plan of action; and
 - Re-apply the assessment device on a regular basis to ensure continued application of the principles for the organization and its processes.
6. However, each of these steps is not easy to complete. Articulation of the core principles of the type of organization that is desired is rarely done. Most organizations are certainly created with a *vision* in mind by their originators, but subsequently they *adapt* over time in ways that are not always obvious or understood. Even originators of organizations are more likely to focus on the outputs they want the organization to produce, rather than on the type of organization that it takes to make that happen.
7. At times a need to change an organization emerges as performance deteriorates. Change, however, most often tends to be *piecemeal* rather than a complete overhaul to create the type of organization which is really desired. It is particularly important when creating an organization to have a thought-out framework on which to grow.

(iii) The Assessment Framework

8. As indicated above, Organization Development provides a basic framework to assess institutional performance. A wealth of experience is also available in its successful application to the corporate world. However, right from the start, the singularity of Competition Authorities was recognized and the need to appropriately characterize key determinants of their performance identified. To this extent, recourse was made to key *informants*, i.e. those who have an in-depth understanding of the working of successful competition authorities, including process and substance. Key *informants* were selected by OECD Competition Division among those currently within an Authority, other government bodies, and the international bodies that have an in-depth knowledge of competition law and policy.³
9. Expert knowledge was subsequently gathered from the *informants*, with a view to establish key dimensions of Competition Authorities when they are operating successfully. Dimensions include issues such as relationships with other government departments or functions, relationships with the private sector, engagement of current employees and speed of work process. These interviews and dialogue allowed for the identification of the larger institutional performance dimensions, as well as of key attributes within each dimension.
10. As a result, it has been possible to identify nine key organisation and management dimensions providing a blueprint for building a Competition Authority or evaluating an existing Authority in order to identify areas for improvement. Attributes for each dimension were also identified, as indicated in Annex 3. Overall, the nine dimensions are as follows:
 - Strategic Direction;
 - Leadership;
 - Organisation;
 - Operating Processes and Management Processes;
 - Performance Standards;
 - Human Resource Utilisation;
 - Relations with Government Institutions;
 - Relations with relevant *Publics*; and
 - Performance Review

³ The key informants who have helped prepare the dimensions of a successful authority under this project are Allan Fels (former Chairman of the Australian Competition and Consumer Commission), Lennart Goranson (former Deputy Director General of the Swedish Competition Authority), Bill Kovacic (General Counsel of the US Federal Trade Commission), Matti Purasjoki (former Director General of the Finnish Competition Authority), Fernando Sanchez Ugarte (former President of the Mexican Federal Competition Commission) and Michael Wise (author of 20 reviews of Competition Authorities).

11. In evaluating what currently exists, these dimensions were used as organising dimensions for an enquiry. The dimensions are the basis for dialogue between an *examiner* and the organisation and / or for those within the Competition Authority as they self-assess how it is delivering against goals and objectives. This led to the formulation of a 'questionnaire' and a measurement tool that seeks judgment about current performance and evidence for the judgments made. In order to allow for a metric, an assessment score of points from a possible 1,000 points has been given as part of the enquiry.

(iv) Applying the Framework

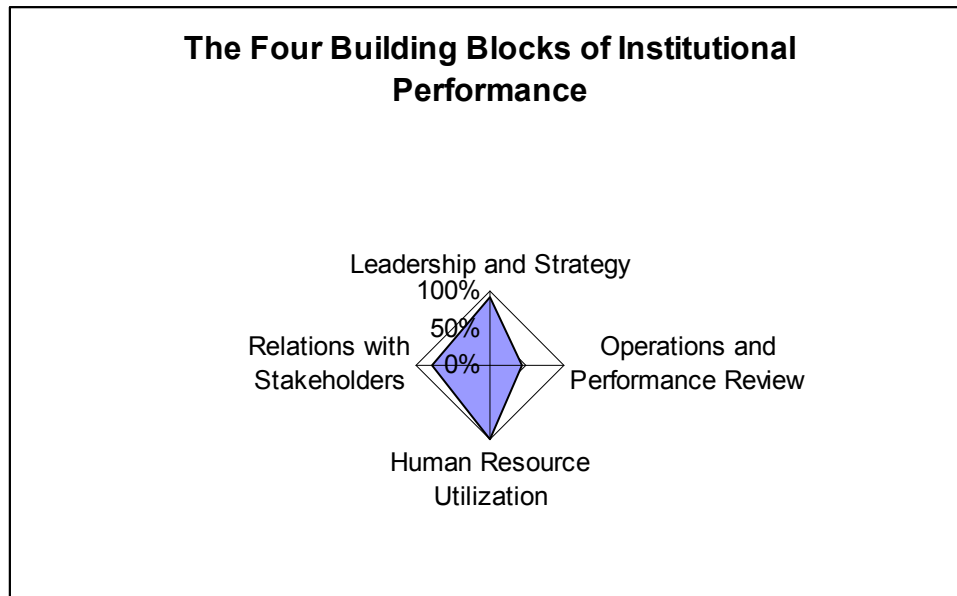
12. Upon development of the enquiry, and of a scale of measurement, an OECD preparation mission visited Lisbon, January 13, 2005. The evaluation mission was subsequently undertaken, February 21-24. This mission was led by Mr. Bernard Phillips, Division Chief, Competition Division, and comprised Messrs. Lennart Goranson, Head, Competition Outreach, and Paul Malyon, Consultant. The main objective of the mission was to carry out a series of interviews, with key Authority stakeholders as well as high level management. To this extent, a total of 16 interviews have been pre-arranged, of which eight with external stakeholders.
13. Outside interviewees included Judges from the Lisbon Commerce Court, the Court of Appeal for Authority decisions; Sector Regulators; a leading Competition Lawyer, and former President of the Court of First Instance; the President of the Confederation of the Portuguese Industry; the Secretary-General of the major Consumer Association; the Economic Advisor to the Minister of Economy; and a leading Economic Journalist and respected Opinion-maker. The criteria for selection emphasized interviewee direct knowledge of Authority activities, as well as their diverse affiliation among key stakeholders. Interviewees were informed beforehand of the overall objective of the mission visit, although not of the precise scope of the questionnaire. This was considered important, in order to avoid any bias resulting from a pre-assessment of replies. Interviewees were further re-assured of the total confidentiality of their replies, and made aware that no Authority staff would be attending the interviews.
14. Results of the interviews were subsequently processed by the OECD mission, and shared with AdC during a subsequent visit to Lisbon which took place on March 18. The instrument used was a facilitated Workshop with Authority Management. Results of the questionnaire and of the mission assessment were candidly shared with participants. These were subsequently divided into three subgroups, each handling one of the following issues: strategic direction, leadership and process management. Each subgroup came up with a series of recommendations which were subsequently shared with the plenary. As a result, it was possible to identify key performance improvement actions to be considered in the preparation of the 2006-2008 Business Plan.

Notional Scoring

15. As indicated above, when the focus is upon assessing what currently exists, an assessment score of points from a possible 1,000 points has been given as part of

the enquiry. Assessment points were separately given by each member of the OECD mission after completing the interviews, and subsequently checked for consistency. It is the mission view that few deviations were registered among team mission members while scoring the various dimensions. It is worth noticing, at this point, that the maximum is just a notional figure, not an empirically observed one. Indeed, the mission informed that in similar exercises carried out in the corporate world a score of about 700 is associated with leading international organizational performance. Accordingly, this is probably a useful value for benchmarking purposes.

16. The institutional assessment model uses nine dimensions for evaluation purposes. This multidimensional evaluation framework is key for data gathering at the survey stage. However, and when moving from assessment to strategy formulation, it is very important that organizational attention be concentrated on fewer dimensions. At a premium are not only scarce managerial resources as is the need to communicate inside the institution key areas for improvement that staff at all levels can easily identify with. Moreover, it is equally important for implementation and regular monitoring that responsibilities be assigned, as much as possible, along specific functional areas. It is to this extent that the following composite components were considered as the four building blocks for institutional performance assessment:
 - Strategy and Leadership;
 - Operations and Performance Review;
 - Human Resources; and
 - Relations with Stakeholders.
17. The following exhibit indicates the rating of the Portuguese Competition Authority as the percentage achievement vs. the leading international corporate performers four the four building blocks. The relationship between the four building blocks and the nine dimensions used during evaluation is presented in Annex 4.



18. From the above assessment, it becomes clear that the block of highest score is strategy and leadership, followed by human resource utilization and relations with stakeholders. The block of lowest score is operations and performance review, as it could be expected in the case of a two-year old institution. This is the block which deserves priority focus for improvement as the Authority matures and consolidates its internal operating and evaluation procedures. Accordingly, they will be given appropriate emphasis in the preparation of the Business Plan, 2006-2008.

Lessons Learned

19. Several lessons have been learned through the implementation of the Pilot Project. First, it has allowed for the development of an institutional assessment methodology targeted at Competition Authorities. To the extent that specific expert knowledge was, for the first time, encoded into an organization evaluation model this is, by itself, no small achievement. Moreover, the pioneer application of this model to a concrete situation, the one of the Portuguese Competition Authority, has clearly shown that the methodology is robust and that it can be applied in a credible fashion. Testimony to this fact is the candidness of feedback received from interviewees, unlikely to materialize outside the *controlled* environment of the Project. Moreover, sharing feedback from interviewees in a facilitated management workshop was instrumental in shaping the necessary internal discussion. Indeed, this would be more difficult to achieve in a stand alone, un-facilitated, retreat. Furthermore, the methodology could be applied in a relatively short period of time and at a reasonable cost.
20. As to the methodology, it is both a development tool and an educational instrument. It communicates the significant dimensions of a 'successful' Authority. But on the other hand, the notional scoring has quite a few limitations. As a matter of fact, it is not yet fully applicable for benchmarking purposes, since there is no evaluation data basis for Competition Authorities as such. That stated, notional scoring allows for some degree of assessment of the stronger and weaker dimensions of an Authority, leading to the opportunity that

performance objectives for future years become based upon some evidence assessment rather than less grounded information.

21. Overall, the consequences or opportunities created by developing and using an evidence based assessment can be summarized as follows:
- The assessment tool communicates the important dimensions that an Authority should focus upon and build development plans around;
 - The scores that result from an assessment become the baseline for improvement and development of the Authority over time; and
 - Momentum is created among management to gradually implement needed improvements.

Preparation of the Business Plan 2006-2008

(i) President's 2005 Statement

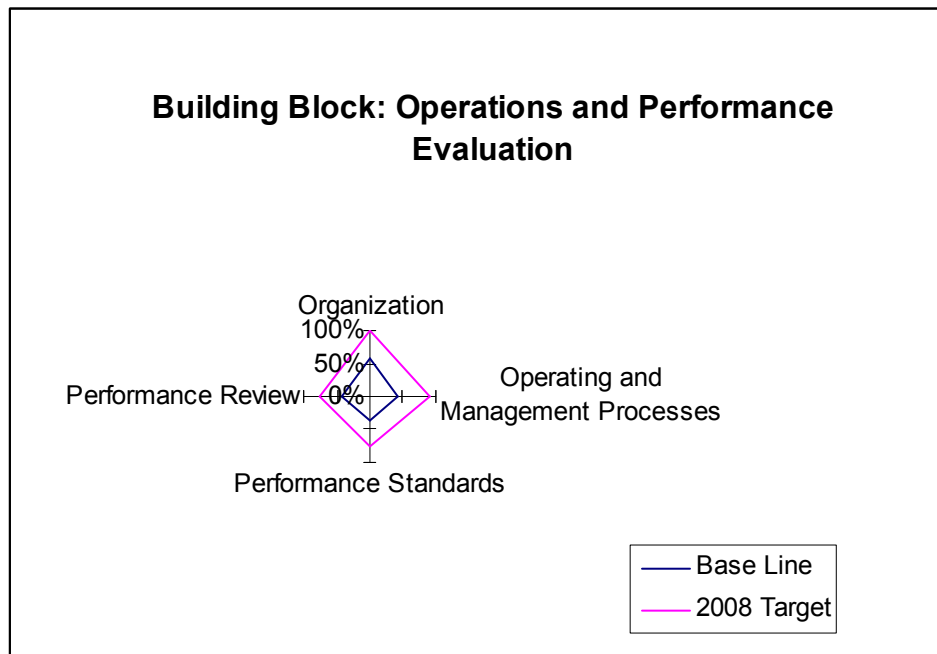
22. In 2005 the Competition Authority enters the third year of its activities. As the Portuguese authority entrusted with the task of disciplining the markets in terms of competition, in close co-operation with the European Competition Network, it will carry out its duties of supervising compliance with competition law by the economic agents and promoting a competition culture and will contribute to developing legal and economic science and policy in the field of competition. These aims are embodied in the Authority 2005 Activity Program.
23. As to compliance with competition legislation, the Authority will:
- Investigate and conclude at least 5 restrictive practice cases in significant markets and 4 restrictive practice cases in regulated markets;
 - Reinforce the pipeline of restrictive practice cases, by raising awareness of their negative effects on economic agents;
 - Improve the economic instruments available for analyzing mergers; and
 - Launch of a joint campaign with other public institutions to uncover cartels connected with large contracts or public invitations to tender.
24. Regarding its institutional strengthening, the Authority will:
- Produce the Case Manual and standardized forms of basic procedural briefs;
 - Complete the Personnel, Career and Performance Assessment Regulations;
 - Install and make it fully operational the new document management system;
 - Improved internal organization; and
 - Continue of the effort to provide staff with professional training.
25. In what concerns the development of relationships with stakeholders, the Authority will:

- Organize the first Forum with competition lawyers;
 - Launch awareness-raising campaigns with business associations;
 - Improve its relationship with the legal system in order to streamline and speed up appeals;
 - Organize the first seminar on competition for the judiciary; and
 - Co-operate with universities in developing competition science and policy.
26. To improve market efficiency from the welfare point of view, the study of the competitive conditions in the markets will be pursued.
- These studies are essential if indicators are to be compiled on structural action that needs priority, under competition policy, for Authority intervention or possible recommendations to the Government, sector regulators or economic agents, in particular. For 2005, the following studies will be completed: telecommunications (June-July); forestry and the purchase of wood for paper pulp; and pharmacy sector (retail medicine sales and public markets supplying medicines);
 - Given their importance, possible vertical restrictions on the efficient functioning of the following markets will continue to be monitored and studied: large food distributors and their suppliers (conclusion); car distribution market; and retail and wholesale fuel market;
 - The following markets will remain subject to continuous monitoring by the Authority: fuel, and cereal flour;
 - The following legislative initiatives for improving competition instruments will be undertaken: integration of Regulation 1/2003; clemency rule; and improvement in the legal procedure.
27. To strengthen and promote a competition culture, the Authority will:
- Continue the campaign to explain the benefits of competition to the general public; and
 - Produce materials to inform the public about competition policy instruments and those for detecting restrictive practices.
28. In co-operation with the European Commission, the ECN and ECA, the Authority will:
- Co-operation with the sector studies launched by the Commission in the financial and energy sectors;
 - Conclude the work on the liberal professions; and
 - Provide leadership for an ECA study on the creation of the single energy market.
29. The Authority will strive for the development of legal and economic science and policy in the field of competition, by:

- Organizing the 1st Lisbon Conference on Competition Law and Economics (November 3-4), an international conference with eminent world experts from Europe and the USA; and
- Promote high quality studies on topics at the forefront of competition science and policy, in co-operation with universities and specialist institutes

(ii) Building block on Operations and Performance Review

30. As indicated above, the building block Operations and Performance Review is the one in which a focused effort by management would be required towards aligning performance with the remaining building blocks and, indeed, with best international corporate practice. To this extent, and building upon the President's 2005 Statement, a specific Action Plan was developed as a preparation for the upcoming 2006-2008 Business Plan. This action plan specifies measures to address identified issues under each assessment dimension, as well as their completion dates, key responsible and envisaged impact. The Action Plan is attached as Annex 5. Should the resulting targets, as indicated in the following exhibit, be reached, then the overall institutional assessment score of the Authority would move to almost 90% of leading corporate performance worldwide. This assumes, of course, that the remaining building blocks maintain the same performance. Ambitious as it may seem, such achievement is realistic, and in line with past performance improvement of the Authority. In any case, a follow-up review of institutional performance will be launched in 2007, towards a new independent assessment of progress.



Annex 1Key Indicators of AdC activities, 2004

Size: 77, of which 51 working in competition enforcement (24law, 19ec, 8other)

Other duties besides competition: none

% focused on competition: 100 per cent

Budget: € 5.8 m

Percentage spent on salary: 61 per cent

Name of leader: Prof. Abel Mateus

Years until next leadership change: 3 years (2008)

Bureau of economics: No*

*Establishing bureau upon appointment of Chief Economist, expected 2006

Name of chief economist: Awaiting appointment (Prof. Luis Cabral is the Lead Economic Advisor).

Name of Chief Legal Officer: Awaiting appointment (Prof. Eduardo Paz Ferreira, Prof. Germano Marques da Silva, Prof. Rui Pinto Duarte, Prof. Vítal Moreira, and Prof. Marcelo Rebelo de Sousa integrate the Legal Scientific Advisory Board)

Av. age of your staff: 46 years

Av. tenure of staff: open-ended appointments

Percentage of staff leaving in 2004: 4 per cent

Percentage of leavers taking retirement: 0 per cent

Percentage of staff who've worked in commercial sector: 15 per cent

PRIORITIES

% of staff working on mergers: 18 per cent

Other resource deployment: anti-cartel: 37 per cent, dominance related issues: 35 per cent, advocacy: 10 per cent

Priorities in 2004: Telecoms, utilities, means of payment, insurance, motor fuels, paper wood, great distribution.

Largest matters of 2004:

1. Energy merger.
2. Insurance merger.
3. Potential abuse of market power in telecoms.
4. Cartel in pharmaceuticals.

Work planned for 2005: Pharmacy sector, public procurement, and liberal professions, these in addition to the ones indicated for 2004.

When last peer reviewed: OECD pilot institutional review ongoing

Synopsis of review: ongoing

MERGERS

No. of mergers filed: 48

% of filings that led to a request for further info: 80-90 per cent

% of filings sent to in-depth review: 17 per cent

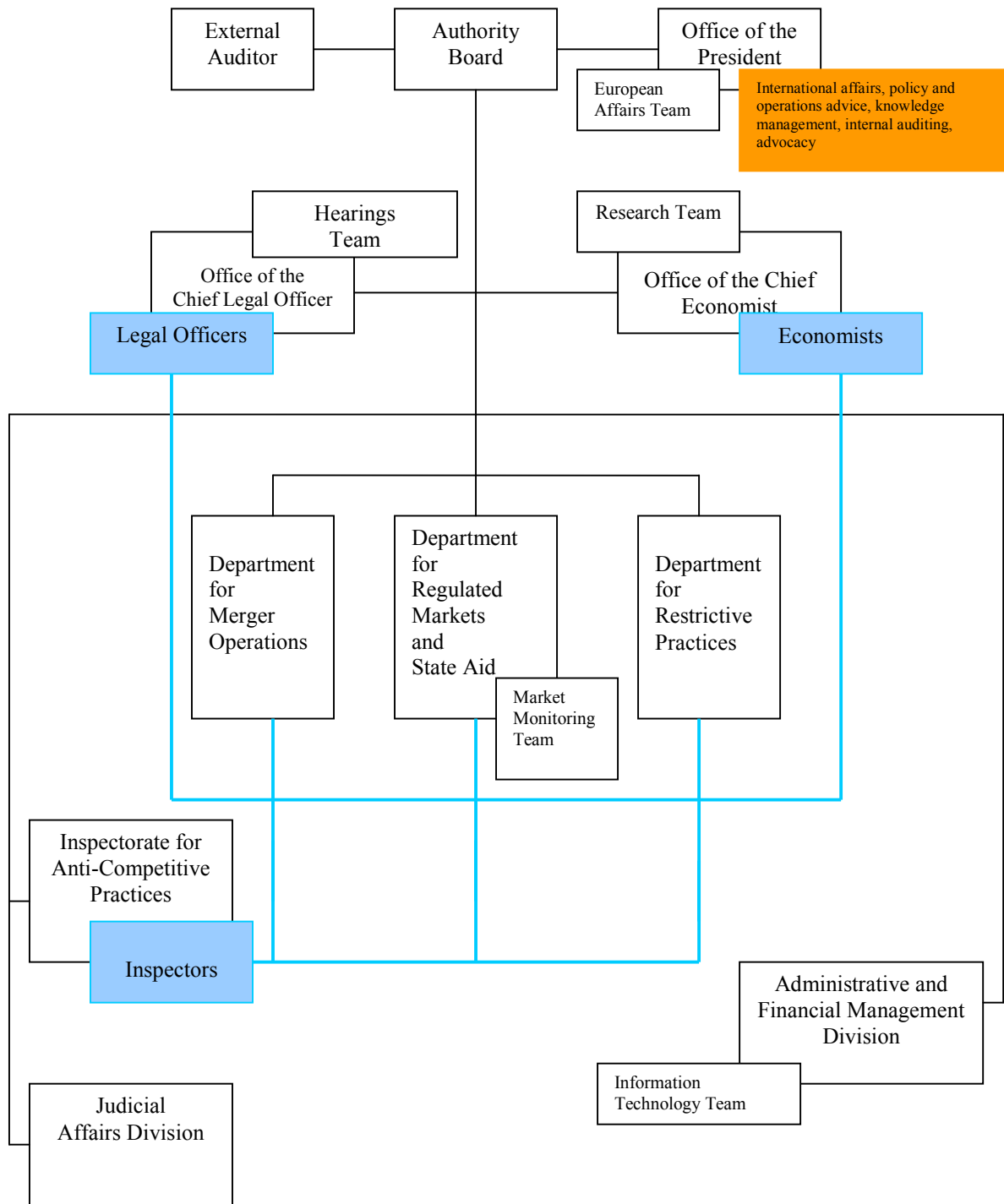
Results of merger review: none blocked; one withdrawn; five mergers approved with conditions

ANTI-CARTEL**No. of companies which received fines:** 5**Total amount of cartel fines in 2004:** € 3,290,000**Av size of cartel fines per company in 2004:** € 658,000

Av length of cartel case in this jurisdiction: 1.5 years

ABUSE OF DOMINANCE ISSUES.**No of abuse of dominance investigations underway in 2004:** 16**% of these that were opened in 2004:** 56 per cent**Av length of an abuse-of-dom. file:** 2 to 2.5 years.**No of cases resulting in a remedy:** no data***Breakdown of remedies used:** no data, the agency was set up in March 2003**POLICY WORK AND ADVOCACY****International committees that are chaired by this agency:** European Competition Authorities (ECA) Energy Working Group.**No of mentions on broadcast news:** 140**No column inches:** 2,000 columns, 12.2x1.97 inches**Change in media profile in 2004:****Advocacy priorities for 2004:** Fostering of competition culture among economic agents. Training of judges.**Notably advocacy results in 2004:** Recommendations made to Government were accepted and regulations changed accordingly: 1) mandatory tendering of communications services by central and local government services 2) removal of entry barriers in the provision of pumping stations by hypermarkets**Other advocacy output:**Advocacy priorities for 2005: **economic harm caused by cartels, and structural issues in telecom and energy.****ORGANISATION****Any change to the organisation's structure in 2004:** None**New powers received in 2004:** None**Increase in budget:** 81 per cent

Organization Flow Chart



Annex 3Attributes of each Dimension**Strategic Direction**

- Legislative and government regulatory environment
 - is the competition act recent ?
 - has the competition act been reviewed or updated ?
 - is legislation that impacts competition narrow in focus or broadly spread across many parts of government ?
 - is the legislation a topic or issue of which the public is aware?
- Strategic Direction
 - is the strategic direction distinct from competition legislation ?
 - does the strategic direction form part of a ‘energising purpose’ of the CA ?
 - is the strategic direction recent ?
 - has the strategic direction been reviewed ?
 - how is the strategic direction used ?
- CA approach to Strategic Direction
 - what efforts are made to ensure that the strategic direction is kept up-to-date within the CA ?
 - how are people within the CA engaged with the direction ?
 - what processes are used to keep the direction alive, current and applicable ?
- CA application of Strategic Direction
 - can the link between the organisation and its direction be seen ?
 - are there transparent connections with the organisation processes ?
 - is the strategic direction applicable to the workings of the CA on a daily basis ?

Leadership

- The Leadership Role
 - what guidelines / expectations exist for the leadership role ?
 - is a sense of mission, passion and personal values integral to the leadership ?
 - how are personal values and commitments seen in the roles played by the leaders ?
- The internal Leadership functions

- how is leadership organised across the CA ?
- how are leadership functions enacted internally ?
- do the leaders actively create and sustain the sense of mission, passion and commitment to a competition culture ?
- what are the processes for recruitment and selection to leadership positions ?
- The external Leadership functions
 - are there different groups playing different leadership roles ?
 - how do the top-ranking officials who present the CA to the external environment fulfil their role ?
 - how is the external and the internal CA leadership perceived from the outside ?
 - is an external role part of an overall leadership function ?

Organisation

- The organisation structure
 - how is the CA organised ?
 - does the structure reflect the strategic direction ?
 - is it transparent to those on the inside of the CA ?
 - is it transparent to those on the outside?
- Impact of structure on output
 - is the structure seen to be a 'barrier' to effective output ?
 - does the structure facilitate output ?
 - what are the examples of both ?

Operating and Management Process

- Are the operating processes clearly articulated ?
- Are the operating processes transparent in definition both internally and externally ?
- Are there measures of process effectiveness clearly articulated ?
- Are these measures known to people internally and externally ?
- Are these effectiveness measures used to manage the processes and improve operations ?
- What is the relative positioning and role of law enforcement within the overall operating processes of the CA ?
- Have the processes for effective management of the resources and goals-objectives of the CA been clearly defined ?

- Are these processes used ?
- In describing the management processes of the CA, is it evident that they are aligned with the values and strategic direction of the CA?

Performance Standards

- What are the performance standards of the CA ?
- Can performance standards be described ?
- Are the performance standards publicly available ?
- Is performance against the stated standards regularly measured ?
- With special reference to law enforcement, are the standards with respect to decisions to pursue, preparation of cases (including evidence collection) and eventual judicial presentation stated ?
- Are there guidelines in place for the installation of transparent performance standards ?
- What are the processes and behaviours that ensure performance standards are followed – used by the CA?

Human Resource Utilisation

- Does the CA have human resource policies and practices that are in line with the employment environment and the political and governmental context of the CA ?
- In operating the human resource policies, does the CA follow the best practices within its context for the engagement of all employees and managers ?
- Knowing that the CA is ultimately greatly dependent upon people with a sense of passion for the values of competition, does the HR practice ensure that these values are nurtured and protected ?

Relations with Government institutions

- Horizontal relations with government departments that may have conflicting, competing and / or contiguous goals and objectives, advocacy being an essential policy in respect of these horizontal government relations;

- Vertical relations with the political environment of government - upward to politicians and downwards to the electors.

Relations with the wider public

- How are relations conducted with the variety of interest groups / audiences ?
- How are relations with the 'general public' managed ?
- What is the policy and practice of being proactive in communicating and building a public face for the CA ?
- To what extent is the CA as a whole involved in building a public relationship ?
- What is the position of the employees of the CA in respect of building - supporting the public face of the competition authority?

Performance Review

- How is performance review policy articulated ?
- To what extent is performance review policy enacted ?
- How does performance review influence the development of strategy, organisation, operations and ultimately the legislative environment ?
- What is in place to build a fundamental value and a 'culture' of performance management ?
- To what extent is performance review part of the fabric for how the CA operates ?
- Assessment of CA Impact
 - Does it achieve real-world impact ?
 - Does it win its cases and achieve its objectives, prevail when challenged, persuade other decision-makers in its regulatory initiatives ?
 - Is there compliance with its decisions ?
 - Do the cases and regulatory initiatives protect or promote the process of competition ?
 - Over the longer-term, does the CA examine whether it achieves its goals?

Annex 4The Four Building Blocks of Institutional Performance

Building Blocks	Dimensions	Notional Maximum	Assumed Benchmark
Strategy and Leadership	Strategic Direction	275	193
	Leadership		
Operations and Performance Review	Organization	450	315
	Operating and Management Processes		
	Performance Standards		
	Performance Review		
Human Resources	Human Resource Utilization	100	70
Relations with Stakeholders	Relations with Government Institutions	175	123
	Relations with Relevant Publics		

Annex 5Action Plan on Operations and Performance Review

Dimension	Action	Date	Responsible	Impact
Organisation	Ensure that annual evaluation reflects agreed Departmental targets	December 2005	Board/Directors	Improve internal accountability
	Monthly meetings between Board and Directors	March 2005	Board	Disseminate information internally
	1 st Meeting of Competition Lawyers Forum	September 2005	Chief of Staff	Greater outside awareness of how the institution works
Operating Processes	Operations Manual on Mergers	December 2005	Director, Mergers Department	Improved interface with outside stakeholders
	Guidelines on Restrictive Practice Cases	June 2006	Director, Restrictive Practices Department	Greater consistency and predictability in case handling
	Objective case screening criteria	December 2005	Board	Improved resource allocation
	Staff interchange with the Netherlands Competition Authority	April 2005	Chief of Staff	Development of a case handling culture
	Project Management Course	January 2006	Chief of Staff	Improved overall process management
Performance Standards	Appointment of the Chief Economist	June 2005	Board	Quality enhancement
	Appointment of the Chief Legal Officer	December 2006	Board	Formulation of standards
	Selected ex-post case review	December 2005	Lead Economic Advisor	Feedback into operational outputs
	Setting up an external Legal Scientific Advisory Board	May 2005	Board	Improvements in legal analysis
	New Seminars on the legal aspects of competition law	Seminar program for 2005 already adjusted	Board	Greater emphasis in procedural aspects
Performance Review	Clear internal communication at Departmental and personal level	2006	Board/Directors	Improved alignment of individual incentives with institutional objectives