

Intercambios de información

Carmen Estevan de Quesada  
Octubre 2019

# Intercambios de información



Carmen Estevan de Quesada  
Prof. Titular Derecho Mercantil (Univ. Valencia)  
Presidenta de la Comisión de Defensa  
de la Competencia de la Comunidad Valenciana

Defcomcourt 4  
Valencia, 25 Octubre 2019

# Sumario

- 1. Intercambios de Información y Derecho de la Competencia
- 2. Tipos de Intercambios de Información
- 3. Evaluación de los Intercambios de Información desde el punto de vista de la competencia
  - Acuerdo, decisión, práctica concertada
  - Restricción por objeto
  - Efectos restrictivos
- 4. Recapitulación

# 1. Intercambios de Información y Derecho de la Competencia

- Dualidad de los intercambios de información (I.I.) para la competencia:
- Aspectos positivos:
  - Mejoras para las empresas: en estrategias comerciales, en eficiencia interna, promueve la innovación
  - Mejora la eficiencia del mercado (p. ej. sector bancario, seguros...)
  - Mejoras para consumidores: reduce costes de búsqueda → mejora su toma de decisiones
- Aspectos negativos:
  - En especial si se producen entre competidores, los I.I. pueden concretar o facilitar la colusión:
    - I.I. como cártel
    - Facilitación de la colusión tácita

# 1. Intercambios de Información y Derecho de la Competencia

- De ahí la tradicional preocupación del Derecho de la competencia por los I.I. entre competidores:
- *“People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices”*
  - Adam Smith, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations (1776)
- Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal:
  - Epígrafe 2: Principios generales de la evaluación del intercambio de información desde el punto de vista de la competencia

## 2. Tipos de Intercambios de Información

- Horizontales o Verticales:
  - Horizontales: entre competidores
  - Verticales: entre no competidores
- Contextos – DH § 56: “El intercambio de información tiene lugar en diversos contextos”
  - “Hay acuerdos, decisiones de una asociación de empresas o prácticas concertadas en virtud de los cuales se intercambia información, cuya función económica principal es el intercambio de la información propiamente dicho” → I.I. autónomos
  - “Por otra parte, el intercambio de información puede formar parte de otro tipo de acuerdo de cooperación horizontal (por ejemplo, las partes de un acuerdo de producción comparten cierta información sobre costes)” → I.I. en el marco de otro acuerdo más amplio (también en el caso de acuerdos verticales)
- Directos, indirectos o unilaterales
  - Directos: entre las partes implicadas
  - Indirectos: a través de un tercero (hub & spoke – sistemas radiales de intercambio de información)
  - Unilaterales: señalización (“invitations to collude”, US antitrust)

## 2. Tipos de Intercambios de Información

- Verticales (normalmente en el contexto de acuerdos más amplios):
  - suelen ser menos problemáticos porque el acuerdo en el que se enmarcan suele presentar aspectos pro-competitivos:
- Horizontales
  - menos problemáticos si se dan en el contexto de acuerdos más amplios con aspectos pro-competitivos
  - más problemáticos en el caso de I.I. autónomos (“cuya función económica principal es el intercambio de la información propiamente dicho”)



## 2. Tipos de Intercambios de Información

- I.I. en el marco de otros acuerdos (ya sean verticales y u horizontales) → evaluación en el marco del acuerdo amplio: REC (si existe) + Directrices (horizontales/verticales)
- I.I. autónomos (y horizontales), los más problemáticos para la competencia → Epígrafe 2 de las Directrices Horizontales: ulterior distinción
  - I.I. Directos: “los competidores pueden compartir datos de forma directa” (DH § 55)
  - I.I. Indirectos: “se pueden compartir los datos de forma indirecta a través de un organismo común (por ejemplo, una asociación comercial) o de un tercero como una organización de investigación de mercado o a través de los proveedores de las empresas o de los minoristas” (DH § 55)
    - hub & spoke: ¿posible responsabilidad de los intermediarios?
  - Unilaterales: señalizaciones (“invitations to collude”)
    - ¿son “acuerdos”, o son conductas unilaterales (fuera del art. 101 TFUE)? → §§ 62-63 DH



# 3. Evaluación de los Intercambios de Información desde el punto de vista de la competencia

- Pasos de la evaluación:
  - 1. ¿Acuerdo / decisión / práctica concertada?
  - 2. ¿Restricción por objeto?
  - 3. ¿Efectos restrictivos?
  - (...) Posibilidad de exención ex art. 101.3 TFUE

# 3. Evaluación de los Intercambios de Información desde el punto de vista de la competencia

- **1. ¿Acuerdo / decisión / práctica concertada?**
- Circunstancias en que los I.I. establecen o forman parte de un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas: §§ 60-63 DH
  - condición básica para aplicarles el artículo 101 TFUE
- Cuestiones importantes:
  - A) comunicaciones unilaterales (¿?)
  - B) I.I. indirectos, a través de organismo común / terceros → participación / responsabilidad de estos (¿?)
    - Organismo común: asociaciones de empresas
    - Terceros: empresas consultoras / proveedores o minoristas

### 3. Evaluación de los Intercambios de Información desde el punto de vista de la competencia

- A) Comunicaciones unilaterales:
- ¿Fuera del art. 101 TFUE, o prácticas concertadas?
- Supuesto: Una empresa revela unilateralmente información estratégica a sus competidores, que la aceptan (asistencia a reunión, recepción de emails...):
  - Puede constituir una práctica concertada, si reduce la incertidumbre estratégica en cuanto a la operación futura del mercado: § 62 DH
  - PERO un anuncio de una empresa hecho de forma unilateral y verdaderamente pública (p.ej. a través de un periódico), no suele constituir una práctica concertada: § 63 DH

### 3. Evaluación de los Intercambios de Información desde el punto de vista de la competencia

- B) Participación / responsabilidad de otras partes:
- *B1) Asociaciones de empresas*
- No hay responsabilidad si el I.I. se realiza por los miembros de la asociación, sin intervención de esta (aunque sea con ocasión de reuniones lícitas de la asociación)
- Responsabilidad, si
  - La asociación se crea para objetivos ilegales (coordinar comportamiento competitivo)
  - La asociación facilita los I.I. ilegales: organización de reuniones, distribución de información (estratégica, detallada, actualizada...), vigilancia de los acuerdos...

### 3. Evaluación de los Intercambios de Información desde el punto de vista de la competencia

- *B2) Empresas consultoras:*
- C-194/14 P, AC-Treuhand/Commission: cártel de estabilizadores térmicos
  - Participación de Treuhand (empresa consultora): tareas remuneradas por los cartelistas
    - Administración del sistema de monitorización para la implementación del acuerdo
    - Recogida y tratamiento de la información relativa a la actividad comercial de los cartelistas
    - Comunicación de los volúmenes individualizados de ventas a cada cartelista
    - Tareas administrativas relativas a las reuniones del cártel (hoteles...)
    - Papel de moderador en casos de tensiones ente miembros del cártel
- Test:
  - contribución activa en la infracción + conocimiento de la relevancia de los hechos
  - Irrelevante la presencia o no en el mercado, o el posible papel accesorio

### 3. Evaluación de los Intercambios de Información desde el punto de vista de la competencia

- *B3) Otros intermediarios (proveedores o distribuidores):*
- Problema:
  - Aspecto vertical del I.I. (que puede presentar eficiencias)  $\neq$  impacto en el nivel horizontal (posible coordinación de comportamientos de competidores)
- *Decisión C.E. Asunto COMP/AT.39847- E-Books (12.12.2012): compromisos (art. 9 Reglamento 1/2003)*
  - I.I. entre 5 editoriales y Apple (minorista e-books)
  - Apple parte del procedimiento, como participante en el I.I.
    - $\rightarrow$  Decisión de compromisos: falta de test de evaluación a nivel UE

### 3. Evaluación de los Intercambios de Información desde el punto de vista de la competencia

- Restricción: principales problemas de competencia que plantean los I.I.
  - facilitar la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas: §§ 65-68 DH
  - dar lugar a una exclusión contraria a la competencia: §§ 69-71 DH
  - → posible restricción por objeto / efectos restrictivos
- Posibilidad de exención ex art. 101.3 TFUE: §§ 95-104 DH
  - Eficiencias
  - Carácter indispensable
  - Beneficio consumidores
  - No eliminación de la competencia



# 3. Evaluación de los Intercambios de Información desde el punto de vista de la competencia

- 2. ¿Restricción por objeto?
- § 59 DH: “la comunicación de información entre competidores puede constituir un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas **con objeto de fijar, en particular, precios o cantidades**. Por norma general, esos tipos de intercambios de información se considerarán **cárteles** y, como tales, serán multados.
- § 72 DH: “Cualquier intercambio de información cuyo objetivo sea la restricción de la competencia se considerará restricción de la competencia por el objeto”
  - § 74 DH: los intercambios entre competidores de **datos individualizados sobre los precios o cantidades previstos en el futuro** deberían considerarse una restricción de la competencia por el **objeto**

# 3. Evaluación de los Intercambios de Información desde el punto de vista de la competencia

- **3. ¿Efectos restrictivos?**
- I.I. que no son restricciones por objeto han de analizarse individualmente:
  - el resultado de la evaluación depende de una combinación de distintos factores específicos de cada asunto.
- Criterio: debe ser probable que el I.I. produzca un impacto negativo apreciable en uno o varios de los parámetros competitivos (p.ej. precio, producción, calidad del producto, variedad de productos o innovación)
- Dos aspectos en la evaluación de los efectos restrictivos: § 75 DH
  - A) características de la información intercambiada.
  - B) condiciones económicas imperantes en los mercados de referencia

### 3. Evaluación de los Intercambios de Información desde el punto de vista de la competencia

- *A) Características de la información intercambiada:*
- *(i) Tipo de información*
- NO se puede intercambiar información sobre asuntos confidenciales y estratégicos:
  - En especial, estrategias comerciales o de negocio, precios o cantidades producidas, costes, demanda...
  - Pero también otros aspectos: p.ej. listas de clientes, ventas, capacidades, calidades, riesgos, inversiones, tecnologías, resultados de la I+D...
- Lo determinante a la hora de valorar este aspecto es la utilidad estratégica de los datos intercambiados en el caso concreto
- La información pública (disponible para todo el mundo, sin coste) y los intercambios públicos de información no suelen considerarse problemáticos

### 3. Evaluación de los Intercambios de Información desde el punto de vista de la competencia

- *A) Características de la información intercambiada:*
- *(ii) Nivel de detalle de la información*
- cuanto más detallada, más apta para permitir la coordinación de comportamientos competitivos
- NO se pueden intercambiar datos desagregados (por operadores): más probabilidades de considerarse contrarios al art.101 TFUE
- Los datos agregados referidos a la industria no suelen ser problemáticos, salvo en casos de mercados oligopolísticos muy restringidos,
  - Lo determinante es si los datos permiten identificar informaciones individualizadas: si los datos agregados permiten identificar a operadores concretos (p.ej. en un oligopolio restringido), pueden ser considerados del mismo modo que los datos desagregados

### 3. Evaluación de los Intercambios de Información desde el punto de vista de la competencia

- *A) Características de la información intercambiada:*
- *(iii) Actualización de la información*
- NO se pueden intercambiar datos actualizados, o los datos referidos a estrategias futuras
- Los datos históricos son menos apta para permitir la coordinación de comportamientos → menos problemáticos
  - La antigüedad que han de tener los datos intercambiados para ser considerados históricos dependerá de las características del mercado relevante

### 3. Evaluación de los Intercambios de Información desde el punto de vista de la competencia

- *A) Características de la información intercambiada:*
- *(iv) Frecuencia de los intercambios*
- NO se pueden implementar sistemas organizados de intercambio de informaciones periódicas (p.ej. mensual, trimestral, semestral y anual):
  - Los intercambios frecuentes permiten a las empresas adaptar mejor su política comercial a las estrategias de los competidores, y facilitan también el control de las desviaciones aumentando así los riesgos de resultado colusorio.
  - PERO un intercambio aislado también puede, dependiendo de las circunstancias, facilitar la coordinación competitiva de las empresas participantes (Caso *T-Mobile Netherlands*)
  - La periodicidad que se pueda considerar relevante dependerá de las características del mercado



### 3. Evaluación de los Intercambios de Información desde el punto de vista de la competencia

- *Cobertura de mercado:*
  - (incluido por DH en el apartado sobre Información, pero en realidad referido a las Empresas)
- Para que un I.I. tenga efectos restrictivos apreciables, las empresas implicadas tienen que cubrir “una parte suficientemente amplia del mercado de referencia”
  - Si no, los competidores que no participan en el I.I. podrían limitar el comportamiento anticompetitivo de las empresas implicadas.
- Lo que constituye “una parte suficientemente amplia del mercado de referencia” depende de las circunstancias de cada caso
  - PERO si el I.I. se realiza en el contexto de otro tipo de acuerdo horizontal y no excede de lo necesario para su aplicación, la cobertura del mercado por debajo de los umbrales de cuota de mercado establecidos en las DH, REC o Comunicación *de minimis* no tendrá por lo general un alcance suficientemente amplio para dar lugar a efectos restrictivos



### 3. Evaluación de los Intercambios de Información desde el punto de vista de la competencia

- *B) Condiciones económicas del mercado relevante:*
- *(i) Transparencia*
- En qué medida el sistema de intercambio de información puede aumentar el nivel previo de transparencia del mercado:
  - En un mercado donde ya exista un alto grado de transparencia, puede que los datos intercambiados no aporten una diferencia significativa
  - Pero en un mercado poco transparente, esos mismos datos pueden tener un gran valor para coordinar los comportamientos competitivos

### 3. Evaluación de los Intercambios de Información desde el punto de vista de la competencia

- *B) Condiciones económicas del mercado relevante:*
- *(ii) Concentración*
- Es más probable que los I.I. desarrollados en mercados oligopolísticos restringidos o con un grado importante de concentración, tengan efectos negativos sobre la competencia
  - En principio, cuanto menor sea el número de participantes en un mercado, más fácil será establecer (y mantener) la coordinación de comportamientos competitivos
- PERO no se puede descartar que se prohíban I.I. en mercados más competitivos, en especial si los I.I. se realizan tan solo entre algunos operadores que tienen una importante cuota de mercado

### 3. Evaluación de los Intercambios de Información desde el punto de vista de la competencia

- *B) Condiciones económicas del mercado relevante:*
- *(iii) Complejidad*
- Cuanto más complejo sea el mercado, mayor será el intercambio de información necesario para conseguir la coordinación.
- Un factor determinante de la complejidad del mercado es la naturaleza del producto que se comercializa
  - Si se trata de un único producto, de características homogéneas, el I.I. es más útil para facilitar la coordinación de comportamientos
  - Si hay varios productos con características diferenciadas, aunque haya I.I. puede ser difícil analizar y comparar los datos obtenidos y extraer de ellos el curso de acción coordinado más favorable para las empresas

### 3. Evaluación de los Intercambios de Información desde el punto de vista de la competencia

- *B) Condiciones económicas del mercado relevante:*
- *(iv) Estabilidad*
- En un mercado muy inestable puede que no sea posible llegar a la colusión a pesar de los I.I., pero en otras ocasiones los I.I. pueden facilitar la estabilidad necesaria para coordinar los comportamientos competitivos.
- Datos que pueden indicar que el mercado no es suficientemente estable para que la coordinación sea probable: p. ej.
  - demanda volátil
  - importante crecimiento interno de algunas empresas
  - entrada frecuente de nuevas empresas
  - importancia de la innovación...

### 3. Evaluación de los Intercambios de Información desde el punto de vista de la competencia

- *B) Condiciones económicas del mercado relevante:*
- *(v) Simetría*
- I.I. más susceptibles de afectar a la competencia en mercados simétricos
  - Mercado simétrico: donde las empresas son similares en aspectos como costes, demanda, cuotas de mercado, gama de productos, capacidades
- La homogeneidad de las empresas (igual que la del producto/servicio, visto antes) puede facilitar su coordinación

# 4. Recapitulación

Infracción	Más probable	Menos probable
Características de la Información	Confidencial, estratégica ( <b>precios y cantidades</b> )	Pública / Intercambios públicos
	Desagregada ( <b>datos individualizados</b> )	Agregada (salvo en oligopolios)
	Actualizada ( <b>datos futuros</b> )	Dados históricos
	Frecuente, periódica	Intercambio aislado, esporádico
Condiciones del Mercado Relevante	Poco transparente	Muy transparente
	Concentrado	Poco concentrado, competitivo
	Complejo (producto homogéneo)	Productos diferenciados
	Estable	Inestable
	Simétrico (Empresas homogéneas)	Asimétrico
Cobertura de Mercado	Amplia	Pequeña

*¡GRACIAS POR SU ATENCIÓN!*