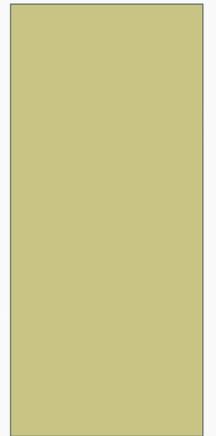


ABUSOS DE EXPLOTACIÓN EN DE PLATAFORMAS DIGITALES

CARMEN RODILLA MARTÍ
DEFCOMCOURT5 (2 SESSION)



DISCLAIMER

- Se excluye de la presentación:
 - Definición de mercado relevante
 - Prueba de la posición de dominio y poder de mercado
 - Recurrir a indicios distintos de cuotas de mercado en mercados digitales
- * Premisa: se ostenta una posición de dominio en el mercado relevante definido previamente
- Análisis: conducta abusiva
 - Dos tipos de conducta abusiva:
 - Por exclusión
 - Por explotación:
 - a) imponer directa o indirectamente **precios** de compra, de venta u **otras condiciones** de transacción **no equitativas**
 - b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores

PRECIOS EXCESIVOS

Test en dos niveles (United Brands)

- Ésta es solo una de las posibilidades que permite el tribunal (“inter alia”)

Dos niveles de un precio (¿cumulativos?)

- Comparación entre el precio del producto y los costes de producción DEL PRODUCTO O SERVICIO VENDIDO O SUMINISTRADO, resultado que arrojaría el margen de beneficios → **excesivo**
 - Análisis coste-beneficio
 - Coste nunca es cero, pero en mercados digitales se aproxima (“Freeconomics” en “The future of a radical price” (Anderson))
- Si el precio impuesto unilateralmente es no equitativo en sí mismo o en la comparación con otros → **no equitativo**
 - Comparación con un parámetro (externo)

PRECIOS EXCESIVOS

- Plataformas obtienen potencialmente beneficios de los dos lados del mercado (two-sided markets):
 - Operadores empresarios
 - Consumidores (¿“gratis”?)
 - Problema de orientación borkiana (“the antitrust paradox”) del Derecho de la competencia: estándar de bienestar del consumidor extrapolado de precios a corto-plazo plazo.
- Desde una perspectiva económica hay dos planteamientos posibles:
 - Cross-subsidizing (una parte del mercado asume toda la contraprestación, mientras que para otra es gratis)
 - Centro de imputación de coste vs loss leader/financially neutral
 - Falso precio predatorio (precio por debajo de coste) compensado
 - Se remunera con una contraprestación distinta al dinero/no monetario (**datos**, atención (por. ej. Youtube))
 - Cantidad de datos

PRECIOS EXCESIVOS (INDIRECT CROSS SUBSIDIZING)

- En mercados de dos lados uno de los lados del mercado paga la totalidad del servicio ofrecido (a las dos partes del mercado) por el intermediario
 - Una parte paga por el servicio que le ofrecen a él + el servicio que ofrecen a la otra parte
 - Ej: En mercados de medios de comunicación ofrecen a los consumidores el producto gratuitamente, mientras que los anunciantes pagan la publicidad (periódicos digitales, por ejemplo. La guerra de los periódicos en USA)

PRECIOS EXCESIVOS (INDIRECT CROSS SUBSIDIZING)

- Teoría económica
 - Se ostenta posición de dominio en uno de los mercados (vis à vis empresarios proveedores del servicio intermediado), pero no en el otro al que se pretende extender la posición de dominio
 - Compensar las pérdidas incurridas consecuencia de una práctica de precio predatorio en un segmento o parte del mercado con precios excesivos en otro
 - ¿Quién soporta el coste? Menos elasticidad, menos posibilidad de multihoming, etc.
 - Donde haya dominancia/qué segmento es más valioso
 - Precio predatorio pocas veces* tiene sentido en mercados de dos lados (económicamente no racional). De hecho, **globalmente** considerado el precio, NO hay pérdida
 - *Sí lo tiene cuando no se tiene dominancia en uno de los dos lados (se intenta obtener en los dos)
 - ICN en “Unilateral Conduct Working Book” la compensación del precio predatorio es una justificación objetiva
 - Problemas para calificar como precio excesivo el precio en la otra parte de la mercado: Se ha de considerar el precio y producto global o el precio a cada parte
 - Crítica: Son dos mercados distintos (operadores y productos distintos), la compensación como justificación no tiene sentido
 - Necesario identificar el producto que se ofrece a cada parte + coste
 - Complejidad del análisis desplazará la práctica hacia precio predatorio
 - Por eso metodología basada en precios NO es siempre buena, mejor análisis de mercado

PRECIOS EXCESIVOS (CANTIDAD DE DATOS)

- Se recogen datos de consumidores y empresas que ofrecen sus servicios y productos en la plataforma
- Datos se configuran como contraprestación por parte de la doctrina, no una “condición de la transacción”
 - Cuántos se recaban vs cómo se recaban
 - Directiva 2019/770 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales
 - Def. “precio”: el dinero o una representación digital de valor, pagadero a cambio del suministro de los contenidos o servicios digitales
 - Vestager: “Social networks let people keep in touch with friends, wherever they are in the world. And they don’t pay a single penny for those services. Instead, **they pay with their data**. That doesn’t have to be a problem, as long as people are happy that the data they share is a fair price to pay for the services they get in return. Personal data has become a valuable commodity”.

PRECIOS EXCESIVOS (CANTIDAD DE DATOS)

- Cálculo de extracción excesiva de datos:
 - “excesivo” concepto definido en la jurisprudencia europea (United Brands, entre otras) con relación a un precio en dinero, no permuta.
 - Calcular el valor
 - “Excesivo”:
 - por comparación con referencias:
 - temporal (antes después)
 - entre plataformas
 - para otros servicios ofrecidos por la misma plataforma.
 - La diferencia ha de ser “significativa” y “persistente”
 - Excesivo en sí mismo: el precio abonado por un cliente a una dominante en comparación con el valor económico del bien o producto adquirido
 - la utilidad económica que extrae cada parte de la relación:
 - Consumidor: uso de la plataforma
 - En FB, por ej., exclusivamente la plataforma, la interfaz, porque el contenido lo producen los propios usuarios
 - Plataforma: datos + atención
 - Averiguar el valor de mercado de los datos es posible → se vende a terceros

PRECIOS EXCESIVOS (CANTIDAD DE DATOS)

JUSTIFICACIÓN OBJETIVA

- More economic approach admite la posibilidad de justificaciones objetivas también en el 102 TFUE
- ¿Posible alegar justificación objetiva con extracción excesiva de datos?
 - Probar que el servicio prestado es mejor con más datos → IA, better learning del algoritmo, servicios personalizados más específicos, etc.
 - Pero, la compensación ha de ser cierta y compensar el daño causado
- NO es una justificación objetiva que los consumidores ceden “voluntariamente” sus datos → existe una posición de dominio y, por lo tanto, ausencia de competencia

OTRAS CONDICIONES DE TRANSACCIÓN NO EQUITATIVAS

- Condiciones impuestas a los usuarios pueden ser demasiado onerosas en el tratamiento de sus datos
 - *no es la cantidad lo que preocupa, sino de quién cómo se extraen, acumulan y procesan
- Caso Facebook (2019)
 - Bundeskartellamt sanciona a FB por obtener datos de usuarios a través de distintas fuentes
 - Recogida y uso de datos de la red de FB (FB, Whatsapp e Instagram) y **de páginas web y apps de terceros, con una interfaz que permitía a éstas compartir los datos con FB**
 - Calificación: Abuso por explotación
 - Justificación de la prohibición de la autoridad: los usuarios tienen un control reducido de sus datos porque no pueden saber qué datos de qué fuentes van a ser combinados con qué fin con los datos de sus cuentas de FB → falta de transparencia:
 - La transferencia de datos se produce aunque se haya desmarcado la opción de “web tracking” en sus buscadores y en sus dispositivos
 - Los usuarios alemanes consideran que la política de privacidad y tratamiento de datos es relevante para ellos y son conscientes de lo que implica pero NO tienen alternativa por el poder de mercado de FB

OTRAS CONDICIONES DE TRANSACCIÓN NO EQUITATIVAS

- Oberlandesgericht Düsseldorf → anula la decisión
 - Considera que no existe un daño a la competencia
 - No se trata de un abuso por explotación ni exclusionario
 - No puede probarse un nexo de causalidad entre la posición de dominio y la aceptación por parte de los usuarios de las condiciones de privacidad
 - La recogida de datos no puede considerarse una situación abusiva ni una pérdida de control para los usuarios, ya que voluntaria y conscientemente consienten

OTRAS CONDICIONES DE TRANSACCIÓN NO EQUITATIVAS

- Bundesgerichtshof → cuestión prejudicial ante el TJUE (C-252/21 de 22 de abril de 2021)
 - Pese a que es una decisión basada en derecho alemán (art. 19.1 LDC alemana) → uso abusivo de condiciones contractuales
 - Más estricto que el derecho europeo (admitido por el art. 3.2 Reglamento 1/2003)
 - El TJUE ya tiene experiencia considerando abuso de posición de dominio ciertas cláusulas contractuales que sería aplicable:
 - Abusiva las obligaciones que no sean absolutamente necesarias para la obtención del objetivo (SABAM)
 - Obligar a los clientes a adquirir servicios no solicitados o no relacionados con el objeto del contrato (Alsatel)

OTRAS CONDICIONES DE TRANSACCIÓN NO EQUITATIVAS

- ¿Debería el Derecho de la competencia proteger datos personales?
 - ¿Es abusiva desde la perspectiva del derecho de la competencia cualquier infracción de la legislación de protección de datos?
 - No existe tal automatismo
 - Son ilícitos con bienes jurídicos protegidos distintos
 - Protección de determinados datos especialmente sensibles (GDPR)
 - Protección de: la eficiencia, el mercado, el buen funcionamiento del mercado, consumer welfare standard
 - ** si se escoge el consumer welfare standard se ha de ser especialmente cauto porque cualquier infracción de regulación que dañe al consumidor si se está en posición de dominio podría convertirse en un abuso 102 TFUE
 - Puede ser paralelamente sancionado por las dos normativas siempre que exista una teoría del daño que permita considerarlo infracción antitrust