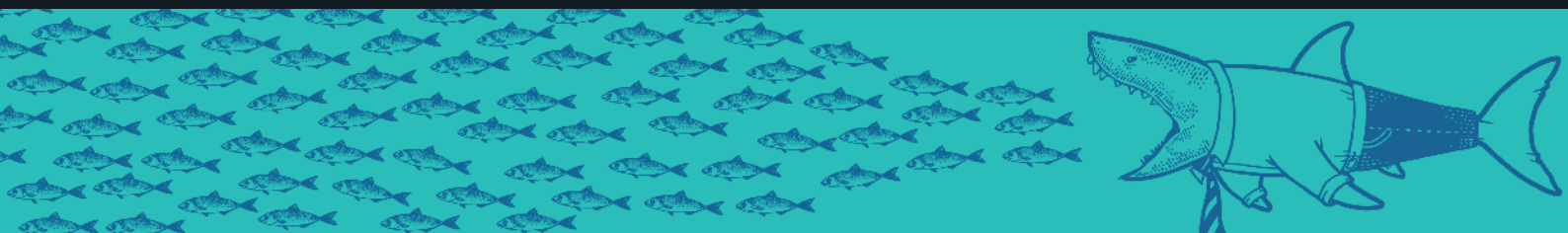


FUNDACIÓ



JOSEP IRLA



MONOPOLIS I OLIGOPOLIS A L'EUROPA DEL SEGLE XXI

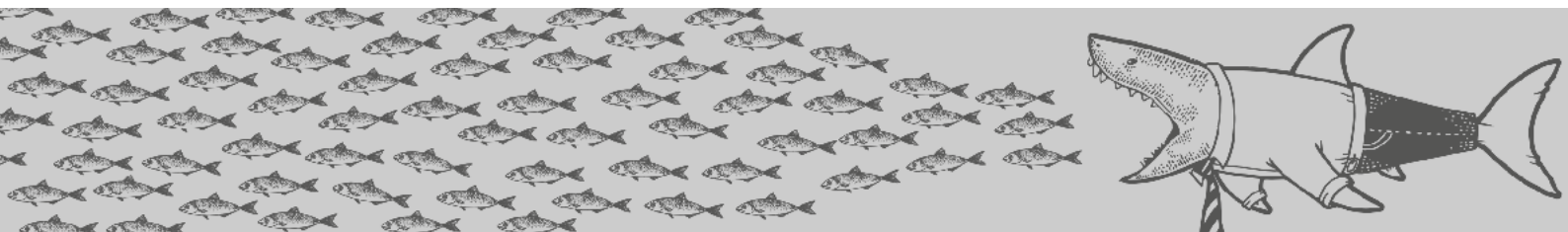
UNA AMENÇA PER A LA PROSPERITAT

JOSEP-MARIA ARAUZO-CAROD

FUNDACIÓ



JOSEP IRLA



MONOPOLIS I OLIGOPOLIS A L'EUROPA DEL SEGLE XXI

UNA AMENAÇA PER A LA PROSPERITAT

DESEMBRE 2020

This publication is financed with the support of the European Parliament (EP). The EP is not responsible for any use made of the content of this publication. The editor of the publication is the sole person liable.

Dipòsit legal: B 1544–2021

ISBN: 978-84-09-27101-6

MONOPOLIS I OLIGOPOLIS A L'EUROPA DEL SEGLE XXI

UNA AMENAÇA PER A LA PROSPERITAT

JOSEP-MARIA ARAUZO-CAROD

SUMARI

1.	INTRODUCCIÓ	9
2.	CAMPS, CONCEPTES I REPTES DE LA POLÍTICA DE COMPETÈNCIA	17
	ESTRUCTURES DE MERCAT	17
	PRIVATITZACIÓ DELS MONOPOLIS NATURALS	20
	UNA NOVA COMPETÈNCIA EN UNA NOVA ECONOMIA DIGITAL	24
3.	REPÀS A LA POLÍTICA DE COMPETÈNCIA. DELS EUA A LA UE	37
	UNA MICA D'HISTÒRIA	38
	DOS MODELS REGULADORS: ELS EUA I LA UE	42

4.	REGULACIÓ DE MONOPOLIS A LA UE. ANÀLISI D'UN CAS DESTACAT	49
	LA DICTADURA DIGITAL	50
5.	UNA NOVA POLÍTICA DE COMPETÈNCIA EN UN MÓN EN XARXA. L'ECONOMIA DIGITAL I EL PODER DE LES GRANS CORPORACIONS	59
	LA PROSPERITAT AMENÀÇADA	60
	LES AMENACES D'UN MÓN EN XARXA	64
	I ARA QUÈ? PROPOSTES EN MATÈRIA DE POLÍTICA DE COMPETÈNCIA	65
	REFLEXIONS FINALS PER A UNA POLÍTICA DE COMPETÈNCIA AL SEGLE XXI	74
6.	REFERÈNCIES	77



1



INTRODUCCIÓ

Els monopolis i els oligopolis han estat una constant a l'economia europea des de fa ja molts anys. Aquesta problemàtica no és en cap cas una particularitat d'aquest territori, sinó que es repeteix arreu on hi ha una economia de mercat. En qualsevol cas, a Europa, ja fos per les característiques de determinats sectors d'activitat, ja fos per les decisions preses pels governs de torn, el cert és que molts mercats han estat tradicionalment sota el poder de grans corporacions, els interessos de les quals sovint no han estat coincidents amb els de les societats en què aquestes operaven. Avui en dia les grans corporacions segueixen dominant determinats mercats, uns de nova aparició i uns altres de tradicionals, tot i que la manera com aquestes ostenten aquest poder ha variat amb el pas del temps, el nivell de regulacions i, en definitiva, de l'estructura dels propis mercats. Abans el poder de mercat s'exercia de manera més directa i indissimulada, sovint en un context de manca de regulacions. Avui, en canvi, els mecanismes són molt més subtils, fins al punt que molts cops els consumidors no arriben a ser-ne del tot conscients de fins a quin punt les seves decisions són estrictament pròpies o, per contra, estan condicionades i guiades per interessos aliens.

Al marge d'aquests mecanismes, però, la capacitat de determinades corporacions de controlar el subministrament de béns i serveis i les condicions en què aquestes tenen lloc representa una amenaça real a la prosperitat de la societat europea. S'imposen, doncs, uns mecanismes de regulació i control que facin

compatibles els interessos legítims del teixit empresarial amb els drets dels consumidors d'arreu, uns mecanismes que es coneixen com a política de defensa de la competència. Aquestes són unes polítiques clau en qualsevol estat modern, atesos els efectes que les decisions empresarials poden causar al conjunt de la societat. Així, operacions com ara una fusió, o una absorció, o uns acords –il·legals– entre dues empreses poden afectar negativament el benestar de milions de persones.

També és cert que les empreses tenen interessos econòmics legítims que fan que, per exemple, vulguin incrementar la seva presència a diferents mercats i atreure cada dia nous consumidors; de la mateixa manera que aquests, també legitimament, desitgen poder materialitzar els consums desitjats sense que aquestes operacions estiguin dirigides per unes empreses que poden arribar a actuar en contra dels seus interessos.

És fàcil veure com el poder d'aquestes corporacions té molt a veure amb la seva dimensió i amb la competència real que afronten als seus respectius mercats, de manera que aquest poder serà més gran com major sigui la seva dimensió i com menys competidors potencials hi hagi. Aquestes, però, són variables que, en bona mesura, escapen al control dels poders públics, ja que no es poden posar topalls al creixement de les empreses ni es poden afegir competidors de manera automàtica. El que sí poden fer aquests poders públics, en canvi, és posar les condicions per tal que hi hagi més competència als mercats, monitoritzant en tot moment que la balança entre empreses i consumidors no es decanti de forma excessiva cap a les primeres, sense que per això aquestes tinguin menys incentius a innovar i desenvolupar nous productes i serveis. Aquest és, sens dubte, un equilibri difícil i no sempre clarament identificable, però aquesta és, al cap i a la fi, la tasca dels poders públics encarregats de vetllar pel benestar comú.

Un dels nous sectors en expansió són els mercats digitals, un àmbit amb prou exemples d'aquest equilibri precari. Tot i la dificultat en delimitar de forma clara quines empreses i activitats cal incloure com a «mercats digitals», el cert és que aquests mostren, en termes generals, un gran dinamisme. I és que el conjunt de l'economia s'està desplaçant a marxes forçades des del món analògic cap al món digital. A tall d'exemple, si s'agafa l'informe de la consultora PwC sobre el rànquing de les principals empreses multinacionals en termes de capitalització borsària,¹ les quatre primeres pertanyen a aquests mercats: Microsoft, Apple, Amazon.com i Alphabet –Google–² una situació inèdita només uns anys enrere. Es tracta, doncs, d'un sector

1 PwC, «Global Top 100 companies by market capitalisation».

2 Tradicionalment aquests rànquings estaven encapçalats per empreses petrolieres, però a l'edició del 2019 cal anar fins la posició

altament dinàmic que cada cop és més present dins les vides de tota mena de consumidors i empreses. En aquest sentit, amb la crisi de la Covid-19 s'ha pogut veure un clar exemple de com en un context de restricció de la mobilitat i de les activitats econòmiques presencials, les activitats digitals han pres el relleu, en alguns casos de forma temporal –fins que es relaxin les mesures de distanciament social– però en d'altres casos segur que de forma permanent.

Si la introducció de competència als mercats i la monitorització de la seva evolució és una tasca força complicada, quan es tracta dels mercats digitals –aquells que subministren serveis tot emprant les tecnologies d'informació i comunicació (TIC) de forma intensiva– això és força més difícil ateses les peculiaritats d'aquests mercats. En concret, els mercats digitals es beneficien de la revolució de les TIC que han abaratit considerablement les eines tecnològiques i les han generalitzat arreu, amb importants efectes en termes de, per exemple, una introducció continuada d'innovacions. Es tracta d'uns mercats que al marge del servei que es tracti –s'hi troben des de serveis immobiliaris a serveis de missatgeria instantània, continguts digitals, assessorament empresarial...– comparteixen unes característiques bàsiques com ara 1) la utilització massiva de dades; 2) l'existència d'efectes de xarxa; 3) l'elevada volatilitat a causa de les majors facilitats per a l'entrada i sortida d'empreses; i sobretot 4) una tendència preocupant cap als processos de concentració empresarial. A partir d'aquestes característiques és fàcil observar l'aparició de moltes empreses el model de negoci de les quals parteix de la seva capacitat per a utilitzar dades dels usuaris potencials, amb l'objectiu d'ajustar millor la tipologia de béns i serveis que se'ls pot oferir.

Totes aquestes característiques dels mercats digitals ajuden a configurar uns sistemes amb grans singularitats respecte als de la resta d'activitats més tradicionals.³ En primer lloc, les dades –*big data*, en concret, és a dir la disponibilitat de dades de forma massiva– juguen un paper fonamental, ja que si no es disposa d'elles no es pot entrar al mercat. Sense elles, operar, créixer o innovar resulta impossible, mentre que les empreses que sí les tenen es poden beneficiar d'importants economies d'escala, amb la qual cosa la seva capacitat de creixement es dispara. De fet, l'evolució de la tecnologia ha fet possible la generació, recollida, emmagatzematge i explotació de quantitats ingents de dades que constitueixen un input fonamental per a aquestes empreses. Així, el fet que les dades siguin un input essencial en aquests mercats i que aquestes es tractin amb mitjans digitals, permet una major traçabilitat de les operacions efectuades, una circumstància que no és igual d'aplicable als mercats tradicionals.

10 –Exon Mobbil– per a trobar la primera, i la següent no apareix fins la posició 18 –Royal Dutch Shell.

3 EZRACHI; REYNA, *The Role of Competition Policy in Protecting Consumers' Well-being in the Digital Era*.

En segon lloc, els *network effects* o *network externalities* [els efectes o externalitats de xarxa] generen elevades economies d'escala que faciliten l'expansió de les activitats de cada empresa a mercats propers.⁴ Aquests efectes de xarxa poden ser de dos tipus: directes o indirectes.⁵ Els efectes directes impliquen que una plataforma esdevé més atractiva per als consumidors a mesura que s'incrementa el nombre de consumidors –per exemple, en un servei de missatgeria instantània, les possibilitats d'utilitzar el servei són directament proporcionals al nombre d'usuaris, per la qual cosa aquests tenen incentius que altres usuaris s'adhereixen a aquest servei, encara que això suposi que deixin d'emprar altres sistemes de missatgeria. Per la seva part els efectes indirectes suposen que una plataforma esdevé més atractiva per als consumidors si el nombre de serveis/continguts s'incrementa –per exemple, una plataforma de vídeo per *streaming* guanya atractiu a mesura que aconsegueix llicències de sèries o pel·lícules de noves productores, o una plataforma de lloguer d'habitatge aporta més valor als usuaris si incorpora noves propietats immobiliàries. Ara bé, la consideració de les dades com a input de les empreses, té diverses conseqüències jurídiques en el sentit que les autoritats de competència podrien arribar a obligar a compartir l'accés a les dades amb els competidors,⁶ en el cas que efectivament es consideri que es tracta d'un input essencial pel desenvolupament del mercat. Aquesta possibilitat s'explica perquè la no disponibilitat d'un input essencial impossibilita la competència efectiva i, per extensió, el tancament del mercat. Al marge de consideracions de lògica empresarial sobre la virtut o no de compartir les dades, el cas és que aquestes poden distribuir-se entre diferents agents sense cap limitació pel que fa al seu nombre, ja que el bé segueix sent el mateix. Les consideracions anteriors porten a plantejar que les economies d'escala al món digital siguin molt més importants que a la resta d'activitats econòmiques –en aquest cas, tant des del punt de vista de les empreses com dels consumidors– i que, des del punt de vista dels consumidors, hi hagi un cert interès que els mercats estiguin controlats per grans empreses enfront d'un escenari més atomitzat.

En tercer lloc, la major volatilitat,⁷ a la pràctica porta a uns majors nivells de concentració, gràcies a la capacitat de bloqueig a l'entrada del mercat per part de les grans corporacions; tot i que al mateix temps es tracta de mercats amb una elevada rotació, on l'entrada i la sortida d'empreses són importants, mentre que la permanència al mercat és, en termes generals, de curta durada.

4 UNCTAD SECRETARIAT, «Competition issues in the digital economy».

5 VAN GORP; BATURA, *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy*.

6 PUIG; GRAU, «L'economia de les dades. Reptes per a la competència».

7 Els mercats digitals són més volàtils que la resta de mercats gràcies a l'existència d'uns menors costos enfonsats –és a dir, les inversions requerides per a endegar una nova activitat–, la qual cosa facilita, –en teoria– l'entrada de noves empreses.

I en quart lloc, es produeixen remarcables externalitats negatives associades a l'excessiu poder de mercat de les empreses líders, les quals acostumen a tenir un poder de mercat superior al de la mitjana dels mercats tradicionals. És per aquest motiu que resulta molt difícil que una empresa entrant pugui desplaçar del lideratge les grans corporacions en aquests mercats i que, per tant, els canvis de lideratge siguin mínims.

Tot plegat demana solucions específiques pensades per a aquests mercats, unes solucions que van més enllà dels dilemes tradicionals en política de la competència: Cal deixar joc als mercats tot esperant que aquests s'autoregulin, assegurin un cert dinamisme i protegeixin els interessos legítims dels consumidors, o cal intervenir per tal d'assegurar tots aquests aspectes? Identificar els nivells òptims d'intervenció no és una tasca fàcil, atesos els riscos de no arribar a aquests nivells òptims –la qual cosa suposa perjudicis al benestar dels consumidors– o d'ultrapassar-los –la qual cosa suposa desincentivar les innovacions i les inversions dutes a terme per les empreses. Aquest és, justament, un dels principals reptes de la política de la competència: trobar quin ha de ser el nivell d'intervenció als mercats; en aquest cas, digitals, tot tenint en compte aquestes especificitats.

A més de les consideracions anteriors, existeixen tot un conjunt de riscos per a la competència específics d'aquests mercats, com ara les normes d'exclusió a les plataformes digitals; el control dels proveïdors de continguts; l'exclusivitat en la possessió de les dades; la manipulació dels cercadors d'informació en termes de prioritzar els productes de l'ecosistema digital; o les pràctiques discriminatòries envers els usuaris, com ara la fixació de preus via algorismes, els quals permeten importants diferenciacions en funció de les característiques de cada consumidor. Val a dir que malgrat les restriccions anteriors, també es tracta de mercats disputats,⁸ especialment en termes de la relació entre els proveïdors de continguts i els usuaris finals, ja que –almenys de forma teòrica– existeix una diversitat de plataformes alternatives a través de les quals es poden vehicular aquests serveis. Si més no, aquest fet reforça el caràcter altament dinàmic dels mercats digitals.

Actualment som en un context que podem considerar de transició de l'economia real cap a l'economia digital, on la primera mai no deixarà d'existir i on la segona és cada vegada més present a totes les esferes de la vida econòmica i social. En aquest sentit, hi ha mercats o activitats que tenen una doble dimensió real i digital –una situació que genera força problemes de regulació i coexistència–, però n'hi ha d'altres que

8 Els *contestable markets* [mercats disputats], en què és factible que qualsevol empresa desplaci les empreses líders.

només són digitals, sense que la normativa actual sobre competència o fiscalitat sigui capaç de recollir plenament les especificitats d'aquests mercats.

L'encaix d'aquestes activitats digitals –cada cop menys noves, per cert– és un dels reptes actuals de la política de competència, sobretot en un context força dinàmic en què els canvis ja no es limiten a l'aparició de nous serveis o mercats, sinó a noves formes de comercialització d'aquests serveis que cap legislador no havia previst i que, per tant, cap normativa no contempla. I si ho fa, és de forma molt aproximada, sense tenir en compte les implicacions del canvi tecnològic sobre les estructures empresarials existents al mercat. Les polítiques de competència, en síntesi, s'han de centrar en la protecció del benestar dels consumidors i en assegurar unes normes de competència justes i transparents. Aquest benestar depèn de molts factors com ara el nivell d'integració dels mercats –té a veure amb la intercanviabilitat,⁹ l'accés en línia o la llibertat dels proveïdors de continguts–, la pluralitat –aquesta demana fluxos d'informació bidireccionals–, l'eficiència –que depèn de la introducció d'innovacions–, la competència –és a dir l'estructura de mercat–, o la justícia –que fa referència a com aquesta fluctua en funció de l'absència de pràctiques discriminatòries o els abusos en la gestió de les dades.

Ara bé, la realitat és que les estructures dels sistemes dels mercats digitals sovint són força diferents de les de la resta d'àmbits de l'economia. En aquests, per exemple, és pràcticament impossible trobar fórmules força habituals en l'economia convencional com ara la competència perfecta, en què un nombre molt elevat d'empreses de dimensions i característiques semblants ofereixen un producte homogeni perfectament substituïble entre una empresa i una altra, ja que la realitat mostra com els mercats digitals estan altament concentrats, de forma que unes poques empreses prenen les decisions clau.¹⁰ És, justament, per motius com aquest que cal adaptar l'instrumental de la política de la competència cap a aquesta nova realitat, cada cop menys nova i més omnipresent.

9 EZRACHI; REYNA, *The Role of Competition Policy in Protecting Consumers' Well-being in the Digital Era*.

10 Es tracta, a més, d'empreses amb una elevada capacitat de fer lobby davant de les institucions polítiques d'arreu. Un exemple el trobem en el cas de Google, que el 2014 era la segona empresa del món segons despeses en concepte de lobby, amb un total de 16 milions de dòlars. Veure RADU; CHENOU, «Data control and digital regulatory space(s): towards a new European approach». Val a dir que hi ha autors que han mostrat com les empreses que duen a terme activitats de lobby acaben rebent sancions més baixes, la qual cosa suposa un incentiu clar a dedicar-hi recursos. Veure, GIRARD; GNABO; LONDONO, «Lobbying Activity and the Outcome of Cartel Enforcement».



2

CAMPS, CONCEPTES I REPTES DE LA POLÍTICA DE COMPETÈNCIA

Quan es parla de monopolis o oligopolis i de com regular-los per tal de maximitzar el benestar de la ciutadania, limitar el poder d'aquestes grans empreses i assegurar uns nivells de competència adequats, és necessari explicar 1) quines tipologies d'estructures de mercat hi ha –per exemple: competència perfecta o monopolis–, 2) quins són els processos que aquestes han experimentat al llarg del temps –per exemple, la privatització dels anomenats monopolis naturals– i 3) com l'aparició de noves activitats –per exemple, el món digital– genera nous mecanismes de competència que han de conviure amb els de les activitats econòmiques tradicionals.

Estructures de mercat

Les estructures de mercat que existeixen avui en dia són diverses i van des de la lliure competència al monopoli, passant per situacions intermèdies com la competència monopolística, l'oligopoli o el duopoli. Aquestes estructures fan referència al nombre d'empreses que hi ha als mercats i a quin poder tenen sobre aquests. En una situació de plena competència es considera que les empreses i els consumidors que participen d'un determinat mercat són preu-acceptants, és a dir, que accepten els preus que sorgeixen de la interacció entre l'oferta i la

demanda sense que els puguin modificar. En una situació de monopoli, en què només hi ha una empresa al mercat, les empreses tenen un poder de mercat que els permet fixar els preus lliurement sense que això els suposi perdre clients en benefici d'altres empreses competidores, la qual cosa els permet incrementar el seu excedent i, en conseqüència, reduir el dels consumidors.¹¹ Hom podria pensar que l'òptim fora una estructura en què cap empresa tingués prou pes com per imposar les seves condicions als consumidors, però també és cert que aquesta circumstància es dona únicament quan el nombre d'empreses al mercat és elevat, i això no és sempre possible ateses les elevades inversions que calen per a endegar iniciatives empresarials en sectors que requereixen d'importantes inversions inicials, com poden ser per exemple els de l'energia o el transport. A la pràctica, en la majoria de casos les empreses tenen alguna mena de poder de mercat, ja que poden imposar determinades condicions o modificar els preus a l'alça sense perdre la totalitat dels seus clients. A més, cal tenir present que en determinats sectors clau és necessària una regulació pública més intensa per tal de determinar en quines condicions es presten els serveis o quins són els preus que cal fixar.

És per tot plegat que les estructures de mercat són d'una gran rellevància, ja que determinen fins a quin punt els mercats són controlats per unes poques empreses, per un regulador o, en canvi, per uns consumidors amb un pes rellevant. Es tracta, doncs, d'assolir un cert equilibri entre, per un costat, les necessitats que puguin tenir les empreses per a rendibilitzar les seves inversions i, per tant, assegurar-se un cert control del mercat i, per altra banda, assegurar una protecció raonable als consumidors per tal d'evitar abusos per part d'aquestes empreses. Justament per a evitar aquests abusos van néixer les regulacions antimonopoli, per tal d'assegurar uns mínims de competència als mercats, tot i tenint en compte les especificitats –i les diferents estructures– existents a cadascun d'ells.

Al contrari del que molta gent creu, l'origen dels monopolis no és a la Revolució Industrial de finals del segle XIX, amb l'aparició de grans corporacions empresarials sorgides de l'elevat volum d'inversions que les –llavors– noves tecnologies industrials requerien, sinó molt abans, a partir de les activitats que moltes monarquies europees podien exercir en exclusiva i que, a canvi d'unes rendes, van cedir a grans empreses

11 L'excedent del productor es defineix com la diferència entre el preu de mercat i el preu mínim al qual els productors estarien disposats a vendre atesa la seva estructura de costos, mentre que l'excedent del consumidor es defineix com la diferència entre el preu de mercat i el preu màxim que estarien disposats a pagar els consumidors, atesa la utilitat que els proporciona el consum d'un determinat bé o servei.

preindustrials, tot i que en moltes ocasions aquestes activitats tenien lloc a petita escala.¹² Molt sovint aquestes activitats estaven vinculades a l'explotació del comerç i els recursos naturals en colònies situades a Àsia, Oceania, Àfrica o Amèrica, i van causar l'aparició de grans conglomerats empresarials el poder dels quals va arribar a ser fins i tot més fort que el de l'estat d'on provenien –un exemple en aquest sentit el constitueix l'*East India Company*, que gaudia del monopoli del comerç anglès a Àsia. Dècades després, la Revolució Industrial va significar un altre canvi rellevant en la configuració dels mercats, a partir de l'aparició de grans empreses amb un gran poder de mercat que, posteriorment, va generar una resposta per part dels poders públics per tal de limitar-ne aquesta capacitat de control.

Com dèiem, el que caracteritza un monopoli és l'existència d'un poder absolut de mercat per part de l'empresa que se'n beneficia. Aquest, en concret, es materialitza per la capacitat d'aquesta empresa d'imposar lliurement les condicions de comercialització dels seus béns i serveis –bàsicament el preu– sense que això suposi una pèrdua de quota de mercat. Així, en un context de monopoli una empresa podria apujar lliurement els preus sense que això hagués de suposar una fugida de consumidors cap a altres empreses atès que, justament, no hi ha altres empreses.

És evident que en un context com aquest en què el poder de la corporació esdevé quasi il·limitat, la temptació d'esprémer-lo al màxim és clara, per la qual cosa cal dissenyar mecanismes que limitin el poder de mercat de les empreses, els quals consisteixen en afavorir la competència. Així, en un context de competència, les empreses saben que, per exemple, no poden apujar els preus indefinidament ja que això els suposarà una fugida de clients cap a altres competidors. Ara bé, aquesta via d'escapament no sempre és present, ja que pot donar-se el cas que es tracti d'un mercat prou petit com per atreure diverses empreses, però que hi hagi barreres d'entrada tecnològiques que limitin l'entrada de competidors –com ara no disposar de la maquinària, tecnologia o capital humà necessaris per a operar en aquest mercat–, o que es tracti d'activitats en xarxa que requereixen de grans inversions inicials a l'abast de molt poques empreses. Al marge de quin sigui el motiu, tot plegat suposa que sense competència el poder de mercat de les empreses es dispara, per la qual cosa des dels poders públics cal, justament, afavorir l'existència de competència en cas que sigui possible o, per al contrari, regular aquests mercats per tal de protegir els consumidors.

12 Un exemple clar el tenim amb els molins per a la farina, a Catalunya eren propietat dels senyors feudals des del segle XII i aquests no només cobraven pel seu ús, sinó que obligaven els pagesos a utilitzar-los. Veure: RIERA, *Els cereal i el pa en els països de llengua catalana a la baixa edat mitjana*.

Privatització dels monopolis naturals

Ara bé, hi ha casos en què ateses les nombroses inversions que cal realitzar per a prestar determinats serveis, l'estructura de mercat no pot ser de cap manera de competència, sinó que cal que el retorn d'aquestes inversions es concentri en una sola empresa. És el cas dels anomenats monopolis naturals, en què la limitació de l'oferta permet una eficiència impossible d'assolir si cada empresa hagués de fer front a les mateixes inversions per a, finalment, quedar-se amb una part petita d'aquest mercat.

Aquest tipus de monopolis solen donar-se en serveis de xarxa –energia, aigua, telèfon...– o de transport –com ara ferrocarrils. Aquests serveis, tradicionalment, es prestaven per part dels poders públics en forma de companyies estatals, i aquesta ha estat la pràctica habitual fins fa no gaires anys, en què els governs van començar a obrir aquests sectors a la competència, tot i que amb ritmes diferents en funció de cada país. Aquesta transició cap a l'entrada de nous operadors és un procés que no és senzill, ja que implica permetre que empreses entrants utilitzin les infraestructures finançades per l'anterior empresa, en aquest cas pública, monopolista –els cables del telèfon o les vies del ferrocarril, per posar un exemple. L'obertura a la competència implica una tasca molt feixuga per part del regulador a efectes de «compensar» l'antic monopolista per les inversions fetes i gestionar una utilització conjunta de la xarxa per part de diverses empreses, les quals no han de tenir necessàriament el mateix nivell d'activitat. A més, el pas d'un servei públic universal a un altre centrat en criteris de mercat implica una regulació tendent a no desatendre aquells segments del mercat –sovint des d'una òptica territorial– que no són «interessants» per a les empreses entrants, únicament guiades per un criteri de maximització de beneficis. Així, l'accés a la cobertura telefònica, la xarxa de banda ampla o a la xarxa elèctrica esdevé un dret que els poders públics han de protegir, malgrat que ara ja no s'encarreguin de prestar aquest servei de forma directa o única.

Fins fa unes dècades la ciutadania europea estava acostumada al fet que determinats serveis els prestaven els estats en règim de monopoli. Així, serveis públics com ara els desplaçaments en tren, les comunicacions postals o la telefonia eren àmbits on la iniciativa privada no hi tenia accés i la competència era, en qualsevol cas, inexistent. I és per, justament, aquesta manca de competència que la qualitat en la prestació dels serveis era massa sovint deficient: en un context en què les empreses públiques concessionàries ja disposaven del 100% del mercat no hi havia cap mena d'incentiu a millorar la qualitat del servei o a incrementar el nombre de clients, ja que disposaven de mercats captius no contestables.¹³ Aquesta situació canvia a

13 Val a dir que en la qualitat o l'eficiència del servei ofertat per una empresa intervenen diversos factors, des de l'estructura del mercat

partir de les dècades de 1980 i 1990 amb la progressiva privatització de monopolis públics, un procés que a Europa ha viscut múltiples velocitats, des dels casos dels ferrocarrils britànics el 1994 fins a, per exemple, el 2006, en què es va liberalitzar el transport de mercaderies a la UE.

Aquest procés d'obertura al mercat i de facilitació de la competència no sempre ha donat els resultats esperats, com ho mostren els casos de la privatització dels ferrocarrils al Regne Unit. El govern conservador de John Major (1943) va tirar endavant la privatització de la British Rail amb l'esperança que aquesta millorés la qualitat del servei. El resultat, però, ha estat pràcticament el contrari, amb uns preus fins i tot per sobre dels de l'avió i unes millores de servei inexistents, tret d'una reducció del temps de viatge en algunes línies. El model britànic ha consistit en disgregar el servei, de manera que mentre que una empresa gestiona les infraestructures —és a dir, les vies—, unes altres competeixen per la gestió de les línies; però, a la pràctica, la competència entre dues companyies per tal d'oferir el mateix servei és més aviat escassa. El desgavell té com a punt culminant una completa dosi de subvencions per a garantir el servei en aquelles línies deficitàries, una tasca per a la qual no calia implicar la iniciativa privada i, sobretot, el procés de renacionalització del titular de la infraestructura el 2002 —integrada a la societat pública Network Rail— arran de les fortes pèrdues de l'empresa. Tot plegat suposa que qui en pateixen les conseqüències són els usuaris, obligats ara a suportar uns preus molt per sobre del que fora desitjable.

El fracàs de l'experiència britànica qüestiona les polítiques de privatització en monopolis naturals, com és el de transport de passatgers per ferrocarril, però això no impedeix que altres estats emprenguin polítiques per trencar els monopolis naturals amb bons resultats. A Itàlia, per exemple, hi ha hagut un procés de liberalització i d'entrada de competència, on el tren d'alta velocitat Italo competeix amb l'empresa pública Trenitalia per als mateixos trajectes i on ambdues empreses han seguit una estratègia de reduccions continuades de tarifes, amb uns bons resultats per a ambdues. D'altres van a un ritme més lent, com és el cas de l'Estat espanyol, on els fonaments per a la futura privatització del servei ja estan posats, amb la separació entre ADIF, l'empresa que gestiona la infraestructura, i RENFE, l'empresa que gestiona el servei de passatgers. El problema, però, és que existeixen limitacions tècniques per a la competència real, ja que dos operadors no poden utilitzar una via al mateix temps, amb la qual cosa la competència no és del tot completa —com sí succeeix en el cas de la telefonia, per exemple. La situació canviarà en breu a l'Estat espanyol ja que inicialment,

en què l'empresa opera fins als mecanismes de governança o els sistemes d'incentius dels seus gestors. És per aquest motiu que els problemes anteriors en termes de qualitat o eficiència no se solucionen necessàriament via privatitzacions, sinó que calen tot un seguit d'altres actuacions.

està prevista l'entrada de nous operadors a finals del 2020 amb la liberalització del servei. Alemanya és un cas molt similar, en què l'empresa operadora es privatitza parcialment i el govern es reserva el control sobre la infraestructura de la xarxa. En tots els casos, però les preocupacions dels usuaris pel que fa als processos de privatització se centren en l'evolució dels preus un cop aquests els fixi una empresa privada i la provisió del servei a les línies de menor o nul·la rendibilitat. Aquests processos estan en marxa arreu d'Europa, tot i que amb calendaris molt dispars. A França, per exemple, la introducció de competència que trenqui el monopoli de la Société Nationale des Chemins de Fer Français (SNCF) s'espera per al 2023 pel que fa als trens regionals i per al 2039 en el cas de l'àrea metropolitana de París. Ara bé, una cosa és introduir competència en un mercat i una altra privatitzar les empreses públiques que hi operen.

Quan es parla de privatitzacions cal tenir present que hi ha dos fenòmens que massa sovint es confonen. El primer fa referència a la forma jurídica i el segon a la titularitat. Així, es pot passar d'una situació de monopoli en mans de l'Estat a una altra d'obertura al mercat ja sigui: 1) transformant la forma jurídica de l'organisme que presta el servei, o 2) passant la titularitat a mans privades. La Poste, per exemple, és una societat anònima encarregada dels serveis postals a França. Actualment es tracta d'un servei liberalitzat, de manera que múltiples concurrents poden oferir serveis en aquest sentit. Així, La Poste és actualment una societat anònima on el capital és 100% públic, però aquesta situació és perfectament modificable via l'entrada d'inversors privats.

Des d'un punt de vista del benestar de la ciutadania i dels contribuents no queda clar si determinades activitats es corresponen fil per randa al que és un monopoli natural –el cas del ferrocarril, per exemple– i, per tant, si resulta molt més eficient prestar el servei per part del sector públic, ateses les ineficiències vinculades a la gestió privada quan el volum d'inversions requerides no té una contraprestació en termes d'una demanda suficient. A més, com s'ha pogut veure en pàgines precedents, el debat no és tant en termes de monopoli públic versus privatització, sinó en els dissenys concrets que pren cadascuna d'aquestes modalitats en relació a com es fixen les condicions del servei i les tarifes aplicables.

De forma addicional i tot seguint amb l'exemple del transport de viatgers, aquesta discussió no es limita al que es considera que són monopolis naturals –el ferrocarril en seria el cas clàssic–, sinó que s'estén a altres modalitats com ara el transport per carretera. El cas francès en seria un bon cas. En concret, el 2015 la «Ilei Macron» va liberalitzar el sector dels transports interurbans en autobús tot provocant un ràpid creixement, l'entrada de diverses empreses –tot i que posteriorment el nombre d'operadors s'ha reduït– i un guany de

quota de mercat al competidor tradicional, el ferrocarril. Al marge que la salut financera de les empreses implicades no és encara la desitjada, el cert és que segons dades del 2017 del regulador del sector, l'Autorité de Régulation des Transports, el mercat hauria crescut vora un 20% gràcies a aquesta liberalització. A més, els efectes generals han estat força positius en termes de reducció de tarifes, freqüències dels serveis i nivells de qualitat,¹⁴ la qual cosa implica que l'impacte sobre el benestar dels consumidors hagi estat clarament positiu. Aquests resultats són molt similars als experimentats per altres països europeus –per exemple, Alemanya, Itàlia, Noruega, Regne Unit i Suècia– en termes dels efectes positius sobre els preus i la qualitat del servei.¹⁵

Una prova de les contradiccions existents entre el desig de mantenir la competència als mercats i la necessitat, al mateix temps, de disposar d'empreses que puguin jugar el rol de «campions nacionals» la trobem al sector de la indústria aeronàutica. En aquest àmbit, per exemple, tant el govern dels EUA com la Comissió Europea han primat la idea dels «campions nacionals» per sobre de promoció de la competència, tot donant suport a les seves empreses estandard en aquest sector. Així, el volum de recursos públics abocats a Airbus, per part de la Comissió Europea, i Boeing, per part del govern estatunidenc, ha estat ingent. Aquests recursos han pres, bàsicament, la forma de subsidis, tot justificant-los per les elevades despeses de R+D necessàries al sector –i inassumibles per aquestes empreses de forma individual– i el retorn cap a la resta de l'activitat econòmica en forma de *spillovers* [vessaments],¹⁶ gràcies a la difusió dels avenços tecnològics desenvolupats pel sector cap a d'altres empreses i sectors. Aquest és justament un àmbit on la promoció de la lliure competència no té massa sentit, en vista de les necessitats d'inversió elevadíssimes que exigeixen una quota de mercat molt gran per a fer-les rendibles. Al marge d'aquests requeriments d'escala, el cert és que el 1992 els EUA i la UE van arribar a un acord per a limitar-ne el suport públic, a efectes d'imposar límits a les restriccions a la competència al sector de la indústria aeronàutica. En concret, els subsidis a les activitats de R+D es van limitar al 33% dels costos totals de desenvolupament dels nous aparells; es va posar un límit als subsidis militars indirectes fixant-los en un màxim del 4% de les vendes anuals de cada empresa; es van prohibir els subsidis a la producció; i es va restringir la capacitat de maniobra de les agències governamentals en termes de subsidiar els tipus d'interès per a la compra de nous aparells. Tot plegat

14 BLAYAC; BOUGETTE, «Should I go by bus? The liberalization of the long-distance bus industry in France».

15 OECD, *OECD Competition Assessment Reviews: Portugal Volume I - Inland and Maritime Transports and Ports*.

16 El concepte d'*spillover* és de difícil traducció i, tradicionalment, s'utilitza en la versió original anglesa. En concret, es refereix al fenomen segons el qual hi ha un transvasament d'informació o de coneixement des d'uns individus o territoris cap a uns altres situats prop d'aquests.

va suposar, com era d'esperar, un increment dels preus dels aparells, en haver d'assumir les empreses una part dels costos que abans suportaven els respectius governs. Malgrat aquesta reducció de la presència governamental als mercats, el cert és que el desenvolupament de nous aparells –en concret l'Airbus A380 i el Boeing 787– va disparar un altre cop els costos de desenvolupament d'aquestes empreses, les quals van requerir de nou el suport governamental, fet que va ser contestat des de banda i banda de l'Atlàntic quan, el 2004, ambdós governs van presentar les respectives denúncies a l'Organització Mundial del Comerç per subsidis il·legals. Finalment, el 2010 aquest organisme va dictaminar que, efectivament, bona part d'aquests subsidis eren de naturalesa il·legal, per la qual cosa s'han hagut de revertir.

Ara bé, aquests no són els únics casos en què els ajuts a empreses del sector aeronàutic han generat una forta controvèrsia pública i, fins i tot, la intervenció de les autoritats de competència. Podem recordar, per exemple, el préstec de 400 milions d'euros que les autoritats italianes van concedir a Alitalia el 2019 amb la finalitat que aquesta companyia pogués racionalitzar les seves estructures i despendre's de part dels seus actius. Aquesta mateixa empresa ja va estar sota la sospita de rebre ajuts estatals arran d'un préstec de 900 milions d'euros rebut el 2017. De manera similar, els ajuts que diverses aerolínies de baix cost –especialment la irlandesa Ryanair– han rebut per part de nombroses administracions regionals i estatals europees a efectes de promocionar determinats aeroports han estat objecte de resolucions per part de la Comissió Europea en el sentit d'obligar a les companyies aèries a tornar aquests ajuts.

Una nova competència en una nova economia digital

Les estructures tradicionals de competència als mercats pensades en un context de béns i serveis físics perdien bona part del seu sentit en el context de l'economia digital, on el que es comercialitza són bits. Així, amb la nova economia desapareixen bona part dels espais físics –els mercats– on tenen lloc les transaccions i aquestes ara es poden dur a terme en qualsevol indret i moment. Les transaccions en aquest nou context comencen en un únic punt –espacial, per cert–, que no és altre que el navegador d'internet. Aquesta porta d'entrada és la que filtra continguts, en prioritza uns i n'amaga uns altres i, en definitiva, «decideix» qui és qui al món digital. El problema d'aquest nou mercat digital és que no serveix de gaire que els mercats de productes i serveis estiguin atomitzats en un gran nombre d'empreses si resulta que la porta d'entrada a l'espai digital és, a la pràctica, un monopoli d'una empresa amb múltiples ramificacions en tota mena d'àmbits com la publicitat en línia, la contractació de viatges i allotjament, les agències de col·locació, la cartografia digital o les compres en línia. Aquesta és una de les contradiccions de l'economia digital, el fet que malgrat unes

condicions de partida aparentment proclius a uns elevats nivells de competència i de coexistència d'una gran diversitat d'oferta, la configuració final sigui altament concentrada en uns pocs gegants tecnològics.

Una peculiaritat d'aquests mercats és que molt sovint els productes o serveis no tenen costos marginals –o aquests són molt baixos–¹⁷ a diferència del que succeeix amb qualsevol producte o servei físic, on tota expansió de la producció suposa incrementar també aquests costos. De forma similar, tampoc no existeix rivalitat en el consum –com en el cas dels béns públics– de manera que el consum del servei per part d'un individu no redueix la quantitat d'aquest servei que està disponible per a la resta d'usuaris. En aquest sentit els models de negoci presents a l'economia digital presenten tot un seguit de característiques que els diferencien dels de l'economia real,¹⁸ com ara 1) una elevada mobilitat; 2) un recurs massiu a l'ús de dades; 3) uns efectes de xarxa molt acusats; 4) una marcada tendència cap a estructures monopolístiques o oligopolístiques; i 5) una gran volatilitat gràcies a les menors barreres d'entrada.

Com hem vist anteriorment, les dades són una dimensió clau de l'èxit de les empreses a l'economia digital. En aquest sentit, cal dir que existeixen tres vies principals per tal d'adquirir-les.¹⁹ En primer lloc, hi ha dades proporcionades directament pels usuaris de manera voluntària, com ara noms, adreces de contacte, fotografies o qualsevol mena d'interacció a les xarxes socials. En segon terme, hi ha dades que són observades per part de les empreses i després recopilades a través de procediments d'Intel·ligència Artificial (IA), com ara els rastres que deixen les compres online o l'historial de les pàgines web que es visiten. I finalment, hi ha dades que són inferides, és a dir, generades a partir de la recopilació de dades directes com ara els perfils en xarxes socials o les pautes de conducta en aquestes, com ara seguir uns comptes concrets o atorgar «likes» a uns determinats *posts*. Val a dir que els usuaris no sempre són conscients que estan subministrant dades, ja que sovint consideren que aquestes es limiten als identificadors personals –noms, adreces, telèfons...–, sense considerar que tot el rastre digital que deixen a les xarxes quan proporcionen opinions o informacions també són dades que fan les funcions d'identificadors personals i que permeten generar perfils d'usuaris. Ara bé, al marge de quina sigui la via d'adquisició de les dades, el cert és que aquestes no s'obtenen a cost zero per part de les empreses i que, de fet, l'estratègia empresarial d'oferir serveis sense cost per a l'usuari s'explica –parcialment– per la necessitat de poder captar les dades dels usuaris a partir de la utilització

17 Els costos marginals són els increments dels costos totals com a conseqüència de la producció d'una unitat addicional.

18 OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*.

19 CRÉMER; DE MONTJOYE; SCHEWEITZER, *Competition Policy for the digital era*.

d'aquests serveis.²⁰ Tot plegat suposa que l'obtenció de les dades per part de les empreses demani una inversió prèvia que no és a l'abast de totes elles, amb la qual cosa l'operador que sí està en condicions de fer-la disposarà d'un avantatge competitiu que pot tenir la condició d'estructural. És per aquest motiu que es pot arribar a afirmar que la disponibilitat de les dades pot produir un tancament del mercat.

Com hem dit abans, la possessió i la utilització de les dades suposa una eina fonamental en aquests mercats i, lògicament, ni totes les empreses tenen la mateixa capacitat d'obtenir-les a través dels tres canals abans esmentats, ni totes les empreses tenen la mateixa capacitat d'explotar-les per tal d'utilitzar-les amb finalitats comercials. Justament és per la importància creixent que tenen les dades en aquests mercats que el regulador ha de prendre mesures per assegurar-ne la protecció. Per avançar en aquest objectiu, és de vital importància la normativa del Reglament Europeu de Protecció de Dades de maig del 2018, segons el qual els usuaris han de donar el seu consentiment a les organitzacions que disposen de les seves dades per tal que aquestes puguin continuar utilitzant-les, una normativa que ha estat imitada per nombrosos països i, fins i tot, per diversos estats dels EUA.²¹ En concret, aquest reglament en substituïa un altre aprovat 20 anys enrere en un context radicalment diferent pel que fa a l'economia digital, i ha permès que la ciutadania tingui un major control de les seves dades i de com aquestes són utilitzades per altres organismes. Entre altres aspectes, per exemple, aquesta norma regula el dret a l'oblit, per tal de poder eliminar determinada informació, el dret a endur-se les pròpies dades d'una empresa a una altra o un accés més fàcil a les dades en poder d'altres organismes públics.²² De tota manera, potser el principal avantatge d'aquesta normativa és que es tracta, justament, d'una normativa aplicable al conjunt de la UE, tot evitant la diversitat de normes estatals que massa sovint arriben a ser contradictòries entre elles.

La utilització massiva de dades té, evidentment, notables avantatges per al consumidor, com ara el fet que les empreses puguin prestar serveis de forma molt més individualitzada, la qual cosa permet que aquests s'ajustin de manera més precisa a les seves característiques i necessitats específiques. Un exemple clar el constitueix la publicitat personalitzada –en funció de l'activitat prèvia de l'usuari a la xarxa– que s'insereix a les planes web. Aquesta pot proporcionar una elevada utilitat als usuaris, ja que la selecció dels anunci-

20 PUIG; GRAU, «L'economia de les dades. Reptes per a la competència».

21 THE ECONOMIST, «America Should Borrow from Europe's Data-Privacy Law».

22 RADU; CHENOU, «Data control and digital regulatory space(s): towards a new European approach». En aquest sentit cal esmentar la decisió al 2014 del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) segons la qual s'imposaven determinades obligacions a Google relatives a l'eliminació de resultats de les seves eines de cerca quan hi havia requeriments en aquest sentit.

ants mostrats es realitza a partir de les pàgines web visitades amb anterioritat per l'usuari i, per tant, es correspon amb productes o serveis per als quals s'ha mostrat un cert interès previ; però també és cert que aquesta personalització pot suposar una intromissió a la intimitat que vagi més enllà del que és raonable. De forma similar, l'ús de dades de forma massiva també pot generar importants ineficiències,²³ ja que un cop les empreses subministradores de serveis disposen de tota aquesta bateria d'informació, si no existeix una adequada portabilitat²⁴ d'aquestes –o no hi ha interoperabilitat–²⁵ és previsible que la possessió d'aquesta informació generi elevades barreres d'entrada als mercats. Aquesta barrera es produeix atès que les empreses no incumbents²⁶ no disposen de les dades esmentades relatives als clients i, per tant, no poden materialitzar l'entrada en no poder competir en la provisió de serveis, al mateix temps que es poden generar reduccions al benestar dels consumidors en benefici d'aquestes empreses –arran de la utilització del seu poder de mercat. De fet, la gran majoria dels processos de concentració poden explicar-se pels efectes de xarxa, els quals porten al fet que l'empresa guanyadora es quedi amb la pràctica totalitat del mercat, n'obtingui beneficis monopolístics i una situació quasi invulnerable front a la competència –el que es coneix com a *market tipping*. Els problemes vinculats a la portabilitat van ser especialment importants als inicis de la telefonia mòbil, sobretot quan els clients que volien canviar de companyia telefònica es trobaven amb moltes restriccions per continuar utilitzant el mateix número de telèfon. A la pràctica aquestes empreses disposaven d'un mercat captiu, degut als problemes derivats de canviar de número de telèfon que, al cap i a la fi, no deixa de ser una de les dades personals més bàsiques. Avui en dia solucionar aquesta mena de situacions és molt més senzill, però en altres àmbits digitals aquests tipus de problemàtiques encara no estan resoltes i suposen impediments a la competència real als mercats. Pensem en escenaris com ara un usuari d'una plataforma de *hosting* de fotos i vídeos que vol tancar el seu compte i endur-se tots els seus seguidors i historial a una altra plataforma, o el d'un propietari d'un immoble de lloguer turístic que vol canviar la plataforma on el comercialitza i endur-se amb ell tot l'historial de clients i de valoracions que ha rebut al llarg dels anys, per exemple. Tot plegat és el que es coneix com l'avantatge de ser el primer a posicionar-se en

23 COMMISSION 'COMPETITION LAW 4.0', «A new competition framework for the digital economy».

24 Per portabilitat de les dades ens referim a la capacitat de moure aquestes d'un servei a un altre, de manera que puguin ésser utilitzades amb les mateixes garanties.

25 Per interoperabilitat de les dades ens referim a la capacitat de les empreses per a compartir i reutilitzar les dades de què disposen als seus sistemes, de manera que aquestes siguin decodificables i utilitzables al marge de la tecnologia concreta emprada per cada empresa.

26 Les empreses incumbents són aquelles que ja són al mercat i les no incumbents són les empreses que –encara– no hi han entrat.

un mercat determinat –*first-mover advantage*. En la mesura en què aquesta portabilitat de les dades entre plataformes concurrencials no sigui possible, és més difícil que les plataformes alternatives a les líders del sector puguin esgarrapar quota de mercat atesa la seva invisibilitat inicial i l'existència d'uns topalls objectius al seu creixement.

Podria semblar que l'economia digital és més procliu a la competència entre les empreses i a afavorir mercats d'oferta més atomitzats, però l'evidència empírica indica tot el contrari, amb l'existència de grans empreses que dominen els seus respectius sectors, es converteixen en proveïdors pràcticament únics i absorbeixen molt ràpidament les *start-ups* que destaquen al mercat gràcies a les innovacions que aporten, de manera que bloquegen futurs competidors i reforcen, encara més, la seva predominança al mercat.²⁷ Tot plegat suposa que la visibilitat de les empreses petites i mitjanes sigui cada cop més complicada i, amb això, la seva quota de mercat es manté a una distància considerable de la d'aquelles grans empreses que lideren incontestablement els sectors. Aquest procés de concentració és, a més, de difícil mesura, ja que els mercats de productes digitals no estan igual de singularitzats que els de productes físics i tenen unes fronteres força difuses, atesa la seva transformació constant. De fet, la delimitació del mercat en un entorn digital és molt més difícil i imprecisa que en un entorn convencional degut a que cal tenir en compte que aquests evolucionen de forma molt més ràpida i àgil que a l'economia tradicional.²⁸

En aquests mercats, a més, les estructures de tipus conglomerat són cada cop més habituals.²⁹ Així, les grans empreses tecnològiques progressivament es desplacen cap a altres mercats aparentment diferents als dels seus nuclis de negoci originaris, com ara Amazon oferint serveis de *streaming online* o Google oferint serveis de sistemes operatius per a telèfons mòbils.³⁰ L'explicació a aquesta estratègia rau en efectes d'oferta i de demanda. Pel que fa a l'oferta, existeixen economies d'escala lligades al desenvolupament de productes gràcies al fet que aquests es basen en inputs similars –és a dir, dades–, de manera que l'afegitó

27 El cas de Google és molt clar en aquest sentit. En concret, fins a començaments d'abril de 2020 aquesta corporació havia adquirit un total de 223 empreses –veure <www.acquiredby.co>.

28 CRÉMER; DE MONTJOYE; SCHEWEITZER. *Competition Policy for the digital era*.

29 Els conglomerats són estructures empresarials en què existeixen diferents tipologies de negocis que, aparentment, poden semblar no connectats entre ells. A més a més d'això, però, als mercats digitals les empreses intenten estendre els seus serveis de forma de prestar de la manera més completa possible aquells serveis que demanen els consumidors. En aquest sentit, per exemple, Amazon està assajant un sistema de repartiment de comandes a partir de la seva pròpia flota de drons, un àmbit –el lliurament del producte– en què fins ara aquesta empresa no hi intervenia.

30 COMMISSION 'COMPETITION LAW 4.0', «A new competition framework for the digital economy».

de productes nous és relativament poc costosa en la mesura en què es disposi de la capacitat tècnica per a poder utilitzar aquestes dades de forma efectiva en diferents àmbits o serveis. I pel que fa a la demanda, existeixen guanys d'eficiència pel que fa als usuaris quan aquests adquireixen diferents serveis d'un mateix subministrador –aquesta oferta conjunta es coneix com a *bundling*–, una opció que redueix notablement els costos de transacció i facilita ampliar la cistella de productes i serveis a què es té accés.

L'empresa Apple constitueix un exemple excel·lent d'aquestes pràctiques: inicialment es tractava d'una empresa dedicada únicament a la producció d'ordinadors, però posteriorment va desplaçar-se cap a nous mercats, com ara ordinadors portàtils –MacBook–, dispositius per a reproduir música –iPod–, telèfons mòbils –iPhone–, tauletes –iPad– o rellotges intel·ligents –Apple Watch–, entre altres ginyes. Ara bé, tots aquests productes comparteixen la mateixa tecnologia i estan perfectament integrats entre ells, de manera que resulta molt senzilla la transmissió d'informació –dades– entre un iPhone, un iPad i un MacBook, per exemple, però aquesta ja no ho és tant –malgrat que, lògicament, continua sent possible– quan es tracta de moure les mateixes dades a dispositius pertanyents a un altre conglomerat, com el de l'entorn Windows. Tot plegat suposa que hi hagi un conjunt de mecanismes que estimulen la concentració dels mercats digitals al voltant d'uns pocs oferents amb la capacitat de diversificar serveis, la qual cosa dificulta la competència real en aquests sectors. I aquesta concentració es limita als oferents de major dimensió que disposen dels recursos humans, materials i tecnològics per a posicionar-se en tots aquests productes i serveis. Entre altres mecanismes, aquestes empreses es poden permetre vendre a pèrdua –és a dir, per sota del cost de producció– durant períodes relativament llargs, de manera que encara es bloqueja amb més força l'entrada. Cal dir també que quan la capacitat d'entrada es perpetua en el temps, els efectes negatius no són únicament en termes de barreres a l'entrada sinó de barreres a la innovació, ja que una part molt rellevant de les innovacions als mercats digitals es generen via l'entrada de petites noves empreses que volen comercialitzar una idea, de manera que si hi ha elements que dificulten la incorporació empresarial, també suposarà una reculada en termes de la introducció d'innovacions.

Val a dir que els processos de concentració a què fèiem esment no es refereixen únicament a fusions i/o absorpcions que es produeixen entre empreses que es dediquen, en termes generals, a proveir els mateixos serveis. Aquesta concentració també es duu a terme en operacions que abasten empreses especialitzades en activitats digitals clarament diferenciades –com ara la telefonia mòbil, els continguts digitals, els serveis de missatgeria...– amb la qual cosa les empreses resultants disposen d'un poder perillósament rellevant, en vista de la seva implantació en tota mena de serveis. És en aquest sentit que podem esmentar operacions

relativament recents com ara les dutes a terme per Google adquirint YouTube (2006), Doubleclick (2008), Waze (2013) i Nest (2014); per Facebook adquirint Instagram (2012) i WhatsApp (2014); o per Microsoft adquirint Skype (2011) i LinkedIn (2016), entre altres compres per part dels gegants digitals. El resultat final és, doncs, un conjunt de grans corporacions tecnològiques presents en la pràctica totalitat de serveis digitals i que disposen de milions de clients d'aquests serveis que, en certa manera, poden considerar-se com a captius, atesa la implantació d'aquestes empreses i la dificultat de funcionar en un món digital al marge de les aplicacions estrella que monopolitzen els serveis de missatgeria, fotografia, cartografia, telefonia o emmagatzematge al núvol. Al marge d'aquests fets, atès que cada cop més la ciutadania s'informa sobre què passa al món i a casa seva a través de mitjans digitals, la concentració empresarial en aquest sector pot resultar preocupant en termes del biaix potencial que es pot generar, a partir del filtratge de determinades notícies i l'ocultament, falsejament o potenciació d'unes altres –el paper de Facebook a la campanya de les eleccions presidencials nord-americanes del 2016 va ser molt polèmic, per exemple. Al cap i a la fi no només es tracta de com s'emmagatzemen les dades o de quins estàndards tecnològics s'utilitzen en aquest procés, sinó de si la informació circula lliurement o de si hi ha alguna mena de bloqueig.

Aquests processos de concentració són especialment preocupants en un tipus de productes, com les aplicacions que comentàvem, en què dominen els efectes de xarxa,³¹ els quals consisteixen en la millora de la utilitat que experimenten els usuaris en la mesura en què altres usuaris utilitzen el mateix servei. Aquest fet genera rendiments creixents des del punt de vista del consum i, en conseqüència, afavoreix la concentració de la demanda en unes poques aplicacions digitals en detriment d'altres. Tot plegat suposa una mena de mecanisme acumulatiu en què a mesura que s'utilitza més d'una aplicació, aquesta proporciona una major utilitat, de manera que es deixen de banda aquelles alternatives menys utilitzades ja que la utilitat que se n'extreu és menor. A escala global això suposa concentrar la demanda cap a unes poques empreses, tot obviat els avantatges que en teoria té el món digital en termes d'afavorir l'entrada de nous actors als mercats i de permetre una elevada diversitat d'ofertes. A la pràctica, però, el resultat són uns majors nivells de concentració.

Una altra particularitat d'aquestes externalitats de xarxa es produeix quan es tracta de mercats de doble cara –*two-sidedness*– en què una plataforma connecta dues tipologies d'usuaris –com ara Airbnb amb els propietaris dels immobles i els clients o eBay amb els venedors i compradors, per exemple. En concret, en

31 PUIG; GRAU, «L'economia de les dades. Reptes per a la competència».

aquesta mena de mercats els beneficis que s'obtenen a cada banda del mercat depenen de la quantitat i qualitat dels participants a l'altra banda.³² Per exemple, la utilitat dels clients d'Airbnb dependrà de la quantitat, diversitat i qualitat de l'oferta d'immobles que els propietaris presents a la plataforma siguin capaços d'oferir, de la mateixa manera que els propietaris dels immobles en sortiran guanyant com més clients potencials hi hagi, de manera que cadascun d'aquests agents tindrà incentius a que hi hagi més usuaris a l'altre costat. De manera similar, la utilitat dels restaurants que utilitzen una aplicació mòbil per a vendre menjar a domicili dependrà positivament de la quantitat d'usuaris d'aquesta aplicació, de manera simètrica a com la utilitat d'aquests usuaris dependrà de la quantitat de restaurants presents a la plataforma. Lògicament, aquesta necessitat de concentrar audiència a costat i costat del mercat té uns clars efectes en termes de concentració d'usuaris a la plataforma guanyadora, al marge que aquesta sigui la que ofereixi el millor producte o la que disposa de la millor tecnologia. Pel que fa a l'exemple anterior, és evident que tothom –restaurants i usuaris– tindran un interès racional en què hi hagi una única gran plataforma on poder trobar un gran nombre de clients –per part dels restaurants– i un gran nombre de restaurants –per part dels clients–, però els avantatges objectius d'una estructura d'aquesta mena poden desaparèixer si els gestors d'aquesta plataforma apliquen condicions abusives a les dues tipologies d'usuaris.³³

Des del punt de vista de les plataformes, l'existència de les dues tipologies d'actors de vegades porta a intentar maximitzar els ingressos totals per la via de renunciar als ingressos d'una de les tipologies.³⁴ Un exemple d'això el trobem al mercat de la publicitat en línia als navegadors, on l'estratègia consisteix en proporcionar el servei de cerques online de forma gratuïta a efectes d'incrementar el nombre d'usuaris i, per extensió, els ingressos obtinguts dels anunciants –proporcionals a la popularitat del servei. De fet, sovint l'avantatge d'una plataforma per sobre d'una altra –i el que determina l'èxit i la supervivència al mercat– no és tant la qualitat dels serveis que ofereix sinó el fet de ser l'incumbent al mercat. Aquest procés no és ben bé el que succeeix a l'economia tradicional, on encara que els incumbents tenen un cert avantatge sobre els entrants, el cert és que sempre és oberta la possibilitat que les empreses entrants més eficients desplacin les empreses ja instal·lades al mercat.

32 CRÉMER; DE MONTJOYE; SCHEWEITZER. *Competition Policy for the digital era*.

33 En aquest sentit, durant el primer confinament de la Covid-19, diverses aplicacions que fan d'intermediàries entre els restaurants i els clients van veure com perdien restaurants que optaven per crear les seves pròpies *app* com a conseqüència de la política de preus aplicada per aquestes empreses, que en alguns casos arribaven al 35% del cost estricte del servei del restaurant.

34 PUIG; GRAU, «L'economia de les dades. Reptes per a la competència».

És evident també que la ciutadania i les empreses són –en teoria– lliures de decidir quins productes digitals contracten, però també ho és el fet que, en un context de mercat com el que hi ha actualment, existeixen tot un conjunt de barreres d'entrada per a noves empreses que ofereixin alternatives als serveis ja existents. A més, encara que aquestes noves companyies siguin capaces de franquejar totes aquestes barreres, establir-se al mercat de forma relativament estable i esgarrapar quota de mercat a les grans operadores oligopolístiques, és molt probable que acabin sent absorbides per les primeres. En aquests casos el paper del regulador hauria de permetre que els usuaris accedissin als nous serveis, tot garantint que les empreses existents al mercat no imposessin preus i condicions de forma arbitrària.

És, justament, per l'elevat poder de mercat que poden arribar a acaparar els gegants tecnològics que els poders públics han hagut d'intervenir en nombroses ocasions per tal de restablir uns certs equilibris de mercat i eliminar pràctiques abusives. El cas més conegut correspon al de Microsoft quan, el 1999,³⁵ la Cort Suprema dels EUA la va condemnar per monopoli i altres pràctiques restrictives de la competència.³⁶ En concret, es va concloure que Microsoft 1) gaudia d'un monopoli en el mercat de sistemes operatius per a ordinadors personals; i que 2) venia de forma conjunta el seu sistema operatiu –Windows– i el seu navegador d'internet –Internet Explorer–, la qual cosa suposava una infracció de la legislació de competència. Val a dir que al marge de la resolució judicial, el cert és que les pràctiques de Microsoft van tenir un efecte molt clar en termes de la configuració del mercat, ja que va acabar expulsant l'empresa líder en el mercat dels navegadors web, Netscape, la qual no podia competir amb igualtat de condicions amb l'Internet Explorer quan aquest ja venia de sèrie amb els ordinadors que utilitzaven el sistema operatiu Windows, que eren la majoria. I és que al marge de les virtuts de cada navegador i les prestacions que pogués oferir, si n'hi havia un que ja venia de sèrie amb l'ordinador és evident que aquest es beneficiava d'un avantatge que en aquest cas va arribar a ser determinant.

Aquest procés va ser clau per fixar tot un conjunt de precedents en termes de conductes monopolístiques als mercats de productes relacionats amb l'entorn digital. En aquest sentit, es va considerar que Microsoft gaudia de poder de monopoli en el mercat de sistemes operatius Intel –de fet, la seva quota de mercat era de vora el 95% i existien elevades barreres d'entrada producte de les economies de xarxa. Les pràctiques de Microsoft condicionaven l'actuació dels fabricants de *hardware* que volguessin instal·lar el sistema ope-

35 EVANS (ed.), *Microsoft, Antitrust and the New Economy: Selected Essays*.

36 PAGE; LOPATKA, *The Microsoft Case. Antitrust, high technology, and consumer welfare*.

ratu Windows als seus equips, ja que aquests no podien 1) ni eliminar l'Internet Explorer; 2) ni modificar la seqüència de l'arrencada –això evitava triar un navegador alternatiu–; i 3) ni alterar l'aparença de l'escriptori, amb la qual cosa no s'hi podien promocionar altres navegadors. Tot això suposava que el sistema operatiu Windows i el navegador Internet Explorer constituïen una unitat que, de facto, bloquejava la utilització de navegadors alternatius, ja que no tenia sentit instal·lar un altre producte que proveís el mateix servei que un que ja venia de fàbrica. Pel que fa a l'acusació de venda conjunta, la justícia estatunidenca va considerar que l'empaquetament Windows més Internet Explorer era il·legítim ja que 1) es tractava de productes diferents; 2) Microsoft tenia un poder de mercat quasi total en ambdós productes –sistemes operatius i navegadors d'Internet–; 3) els consumidors no podien fer altra cosa que adquirir el «paquet» conjunt; i 4) les pràctiques d'empaquetament tenen un efecte restrictiu del comerç. Malgrat la clara aparença restrictiva, el cert és que els empaquetaments són una pràctica molt habitual a les empreses tecnològiques, atesos els guanys d'eficiència que aquests poden proporcionar. En aquest cas, però, era evident que la conducta de Microsoft atemptava contra la competència al mercat i es va resoldre que, per exemple, els fabricants de *hardware* i consumidors poguessin desactivar certes funcionalitats de Windows a efectes de disposar d'una major llibertat d'elecció del *software* a utilitzar.

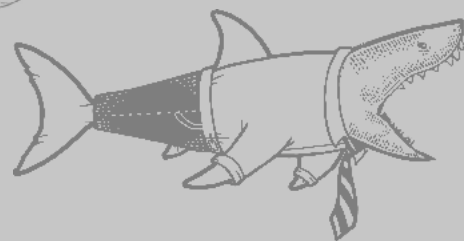
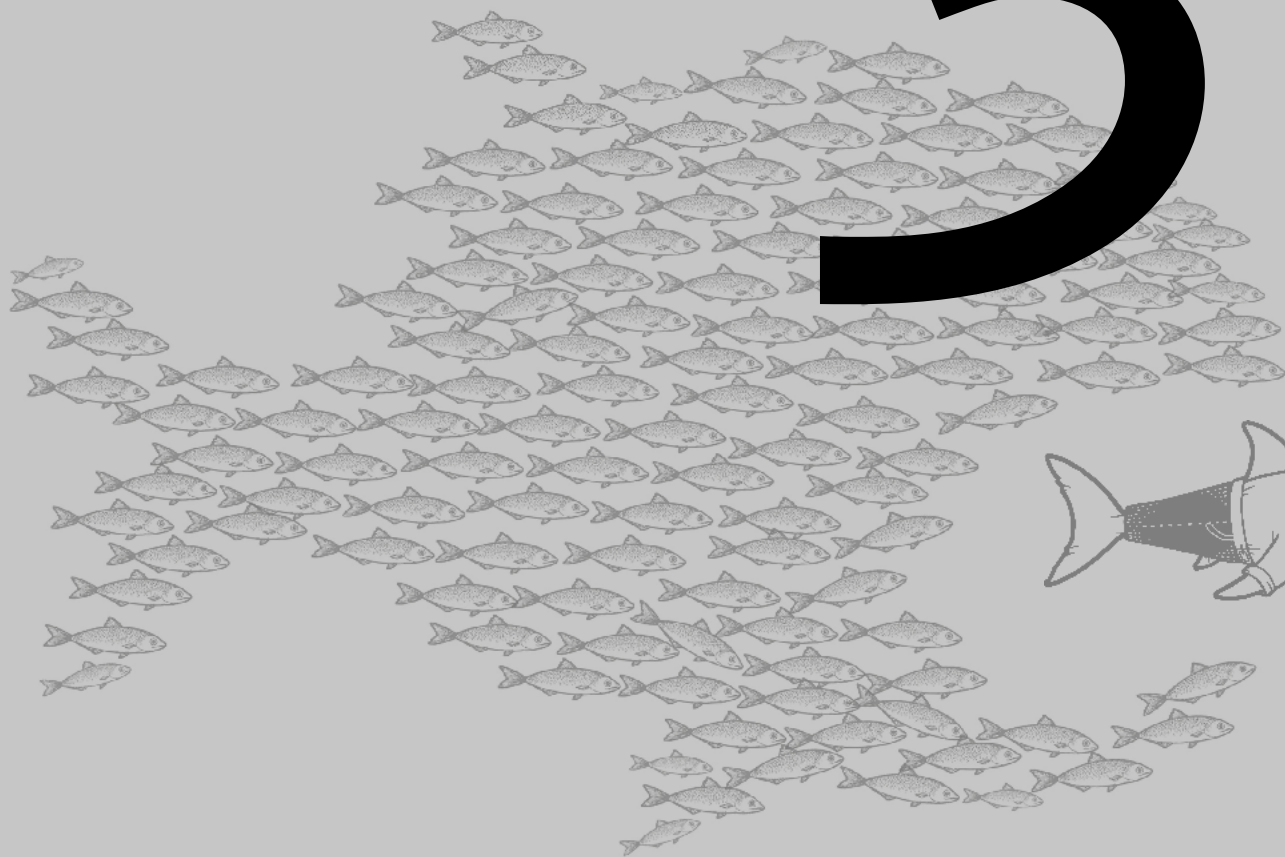
Les autoritats estatals de la competència, degut a la capacitat de les grans corporacions digitals d'exploitar de forma abusiva la seva posició dominant als mercats en què operen, tenen a les mans el recurs de l'article 102 del Tractat de Funcionament de la UE, un recurs utilitzat constantment. Així, la publicitat en línia vinculada a les cerques per Internet és un dels àmbits que es presta a aquesta mena de situacions. En concret, aquesta eina publicitària consisteix en el fet que les cerques que es fan en un navegador determinen el perfil d'anuncis –en forma de text, vídeo o imatges– que l'usuari pot veure al seu navegador. Al seu torn, l'eina –el navegador– amb què es fan aquestes cerques és un element clau, en tractar-se d'un mercat controlat quasi totalment pel motor de cerca de Google, amb una quota de mercat que se situa al voltant del 90% a la UE. Aquest predomini suposa que, per extensió, Google també tingui una posició de domini al mercat de la publicitat en línia, la qual cosa li permet, per exemple, decidir què s'anuncia i què no, o decidir –gràcies a Google Ads– què es mostra en format publicitari quan els usuaris realitzen una cerca determinada. Una altra derivada clau que es desprèn d'aquest control sobre el mercat fa referència a la capacitat de fixar preus, gràcies al fet que pràcticament no existeixen altres espais alternatius on comercialitzar aquests serveis publicitaris, o en l'opció de bloquejar la publicitat dels seus competidors, amb la qual cosa les barreres d'entrada al mercat són pràcticament infranquejables. Tot plegat ha suposat la posada en marxa d'investigacions de diverses autoritats estatals de competència al voltant de les pràctiques de Google al mercat de la publicitat

en línia, com ara la Competition and Markets Authority [Autoritat de la competència i els mercats] del Regne Unit contra Google i Facebook, el 2019, o l'Autorité de la Concurrence [Autoritat de la competència] a França, el 2020, qui va sancionar l'empresa Google per, precisament, haver abusat de la seva posició de domini en aquest mercat, o la pròpia Comissió Europea, qui el 2019 va imposar a Google una multa de 1.490 milions d'euros per abús de posició de domini al mercat de la publicitat en línia. De forma similar, el 2019 es va iniciar als EUA una investigació judicial per pràctiques monopolístiques en la publicitat en línia a través de la filial Alphabet. Així, si la publicitat en línia és un mercat dominat de forma clara per Google, pel que fa a la publicitat en xarxes socials en aquest cas és Facebook qui ostenta el domini en aquest camp, una situació denunciada per diverses empreses de publicitat tradicionals, les quals consideren que no poden competir en igualtat de condicions.

Un altre àmbit que ha generat denúncies d'empreses competidores de Google ha estat el de la cerca d'ocupació a la xarxa. En concret, el 2019 un total de 23 portals de cercadors d'ocupació van denunciar les pràctiques presumptament abusives que hauria dut a terme el portal Google for Jobs. En concret, el cercador de Google hauria desviat visites cap al seu portal tot limitant els accessos als de la competència. Aquest és un dels exemples que expliquen que a l'economia digital sovint es produeixi un contrast entre la competència al mercat i la competència per al mercat, atès que no resulta gaire útil l'existència de competència teòrica en termes del nombre d'empreses si després aquestes no poden accedir als seus clients potencials tot emprant mitjans digitals en els casos que, com aquest, hi hagi un altre competidor que en filtri l'accés i desviï bona part del trànsit cap als seus serveis.

Les compres en línia són una altra activitat que recentment ha experimentat importants nivells de conflictitat arran de les denúncies sobre pràctiques abusives dutes a terme per Google Shopping, el comparador de preus online de Google. A la UE aquesta disputa es va tancar el 2017 –momentàniament– amb la imposició per part de la Comissió Europea d'una multa record de 2.420 milions d'euros. El problema amb aquest servei és que sota l'aparença d'un comparador de productes s'hi amagava una plataforma publicitària en què l'ordre d'aparició estava fortament determinat per la inversió publicitària de cada anunciant, una situació que lògicament provocava importants problemes de competència en bloquejar de facto determinades empreses i generava un encaix ineficient entre anunciants i compradors.

3



REPÀS A LA POLÍTICA DE COMPETÈNCIA. DELS EUA A LA UE

La política de competència tracta, principalment, de les regulacions necessàries establertes pels poders públics per tal d'evitar els acords entre empreses contraris a la lliure competència. Es tracta, doncs, d'evitar que hi hagi empreses que tinguin una posició dominant a través de la qual puguin exercir un poder de mercat que vagi en detriment del benestar dels consumidors. La justificació teòrica prové del fet que no hi ha mecanismes per a assegurar que la competència es generi de forma natural als mercats, per la qual cosa cal una intervenció pública. Aquesta política s'aplica a tota mena d'empreses –públiques i privades– i, en qualsevol cas, admet múltiples matisos en funció de quines siguin les prioritats del regulador o de quina sigui la tradició a cadascun dels mercats. A la UE la política de la competència s'organitza en diversos nivells, des del comunitari –Direcció General de Competència– al regional –autoritats regionals de competència, però no a totes les zones–, passant per l'estatal –autoritats estatals de competència. Els dos actors principals en termes de política de competència, sens dubte, són els EUA i la UE, però malgrat que les legislacions i les pràctiques seguides en ambdós territoris són força similars, també és cert que existeixen notòries diferències, fins al punt que l'esperit de cadascun d'aquests sistemes es podria sintetitzar tot dient que la UE protegeix els competidors mentre que els EUA protegeixen la competència.³⁷

37 KOVACIC, «Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence in the future treatment of dominant firms?».

Una mica d'història

La política de competència actual prové de la tradició estatunidenca present en el seu procés d'independència respecte de la Gran Bretanya a l'últim quart del segle XVIII. I és que un dels elements que el van guiar va ser, justament, la voluntat d'esdevenir una societat en què els individus poguessin decidir lliurement els seus actes, un extrem que no és factible quan determinats àmbits de l'activitat econòmica estan controlats per unes poques empreses. Justament per aquest motiu la tradició nord-americana i l'europea no són exactament coincidents, ja que mentre la primera es basa en l'individu i la seva llibertat d'empresa, la segona té molt més en compte la col·lectivitat, la qual cosa suposa una política molt més intervencionista, al marge que aquesta intervenció pugui ésser força complexa i implicar diverses solucions amb presència d'empreses privades.³⁸ És evident que les solucions estrictament de mercat no són igualment presents en ambdós escenaris, ja que són molt més rellevants en el cas dels EUA d'acord amb els esquemes mentals predominants a la societat.

La política de competència apareix com a resposta al poder de les grans corporacions i, per tant, per la necessitat de limitar-lo per garantir els drets dels consumidors. Com hem comentat a la secció anterior, els seus orígens són anteriors a la Revolució Industrial en què els avenços tecnològics impulsen les economies d'escala i, amb elles, incentiven la concentració de la producció en unes poques grans empreses.

Al marge dels antecedents històrics, les polítiques antimonopoli –o *antitrust*– prenen una gran rellevància arran del cas de la Standard Oil als EUA dels inicis del segle XX.³⁹ És en aquest període quan la companyia constituïa un conglomerat industrial que controlava la pràctica totalitat de l'extracció, producció i distribució de petroli als EUA. A partir d'aquesta corporació es va arribar a crear tota una xarxa empresarial que es repartia el mercat als diversos estats. Una xarxa que es beneficiava d'una complexa estructura de control empresarial que fins i tot feia difícil esbrinar les estructures de propietat existents a cada moment. Així, malgrat que va haver-hi diversos intents per a desfer aquest càrtel, el cert és que la Standard Oil va mantenir-se al mercat durant més de 40 anys, gràcies a la utilització continuada de complexos mecanismes d'enginyeria legal que permetien ocultar l'abast real d'aquest conglomerat a ulls del poder judicial dels EUA. Aquesta

38 Un exemple el pot constituir la intervenció pública en sectors com ara les telecomunicacions, en què al marge que el regulador determina clarament els marges d'actuació de cada empresa i les necessitats de cooperació exigibles, els operadors al mercat són empreses completament independents del sector públic.

39 La companyia Standard Oil va ser fundada el 1870 per, entre d'altres, John D. Rockefeller (1839-1937), i amb el temps va esdevenir un símbol de com una empresa podia arribar a controlar l'economia de tot un país.

situació es va acabar el 1911 quan la justícia nord-americana es va emparar en la Sherman Antitrust Act [Llei Sherman antimonopoli] i va ordenar la dissolució de la Standard Oil Company i la disgregació en multitud d'empreses de menors dimensions. Aquesta actuació, però, va ser possible gràcies justament a aquesta llei, aprovada el 1890 pel Congrés estatunidenc amb l'objectiu de ser una eina contra l'excessiva concentració de propietat per part de les grans corporacions. De fet, l'origen de la llei s'explica parcialment pel context econòmic existent als Estats Units després de la guerra civil (1861-1865) en què,⁴⁰ per un costat, els productors agraris s'enfrontaven a uns preus dels productes primaris que eren força baixos i, per l'altre, aquests també havien de suportar uns costos de transport elevats causats per l'existència de càrtels –llavors legals– del sector del transport ferroviari. Uns anys després va aparèixer l'altra eina fonamental en la legislació nord-americana pel que fa a la lluita contra els monopolis: la Clayton Act, aprovada el 1914, la qual prohibia diverses formes de discriminació de preus, determinades vendes en un context d'absència de competència, i les fusions que tinguessin per efecte la reducció de la competència o donessin pas a una situació de monopoli.

Malgrat la popularitat de la Sherman Antitrust Act, el cert és que abans d'aquesta norma ja hi havia hagut força activitat legislativa en altres països europeus,⁴¹ bàsicament a Alemanya i a França, tot i que amb orientacions diferents. Al país germànic, des del segle XIX, les normes eren facilitadores dels grans càrtels industrials; mentre que a França, la regulació s'inicia al segle XVIII essent contrària als monopolis de bon començament, però amb derivades anticompetitives posteriorment, amb la pretensió final de dirigir els mercats.

Al marge d'aquestes actuacions d'àmbit estatal, a Europa la tradició legislativa pel que fa a una visió conjunta del continent és, lògicament, més recent i es remunta al naixement de les institucions comunitàries; en concret, ens situem en els anys posteriors a la Segona Guerra Mundial, moment en què es revisa el poder de mercat que les grans corporacions industrials havien assolit al període d'entreguerres. Així, podem trobar nombroses regulacions relatives als abusos de posició dominant i les concentracions empresarials al Tractat de París de 1952, constitutiu de la Comunitat Europea del Carbó i de l'Acer (CECA), el precedent de l'actual UE. Posteriorment, el Tractat de Roma (1957) suposaria el punt de partida de la Comunitat Econòmica Europea (CEE), i en ell es recollirien els fonaments de l'actual

40 WHINSTON, *Lectures on Antitrust Economics*.

41 KARAGIANNIS, «The Origins of European Competition Policy: Redistributive Versus Ideational Explanations».

política de la competència a Europa, amb l'objectiu d'assegurar la lliure competència dins del mercat comunitari. Després del 1957 la següent fita pot fixar-se al 2004, en què la Regulació del Consell 1/2003 va substituir l'anterior (17/1962).⁴²

Una de les diferències de la regulació europea envers la nord-americana és que la primera ha de fer front a l'existència de diversos estats amb sostres competencials molt elevats, la qual cosa fa necessaris organismes com el de l'European Competition Network [Xarxa Europea de la competència], creat el 2002 amb l'objectiu de facilitar la cooperació entre la Comissió Europea i les autoritats de competència de cada estat membre. Posteriorment, els articles 101 al 109 del Tractat de Funcionament de la UE (TFUE) constitueixen la norma bàsica sobre competència a la UE. En concret, aquests articles prohibeixen pràctiques com 1) els acords entre empreses que puguin afectar el comerç i tinguin per objecte impedir, restringir o falsejar la competència; i 2) l'explotació abusiva d'una posició dominant al mercat; detallen les atribucions legislatives del Consell i dels estats membres en matèria de competència, i prohibeixen els ajuts estatals que falsegin la competència tot afavorint a determinades empreses.

Una visió més a llarg termini de la política de la competència a Europa mostra com aquesta s'ha anat adaptant al model socioeconòmic imperant a cada moment i, en conseqüència, el marc neoliberal ha guanyat pes de forma clara. En aquest sentit, els economistes Hubert Buch-Hansen (1977) i Angela Wigger (1975) mostren com entre les dècades de 1950 i 1970 la ideologia econòmica dominant era una versió del liberalisme sota el qual es podien trobar aspectes com ara el fordisme en termes de l'organització de la producció,⁴³ l'eliminació de barreres al comerç i unes polítiques socials i macroeconòmiques d'inspiració keynesiana. És en aquests anys que es produeixen les contribucions d'autors com ara l'austríac Friedrich Hayek (1899-1992), que anys més tard constituïrien els fonaments del neoliberalisme sorgit de la Universitat de Chicago amb Milton Friedman (1912-2006) com a autor més reconegut. Tot això, a més, en un context de creixement econòmic accelerat i d'expansió del consum que duraria des de l'acabament de la Segona Guerra Mundial fins a la crisi del petroli; una etapa en la que les grans corporacions dels EUA exercien la seva prevalença davant d'unes empreses europees que havien patit de forma directa els efectes de la guerra.

42 CARREE; GÜNSTER; SCHINKEL, «European Antitrust Policy 1957–2004: An Analysis of Commission Decisions».

43 BUCH-HANSEN; WIGGER, «Revisiting 50 Years of Market-Making: The Neoliberal Transformation of European Competition Policy».

En aquest context, arran de la creació el 1951 de la CECA des dels EUA es va témer que sense la inclusió de clares mesures contra els càrtels, aquest organisme podria ser l'embrió d'un gran cartel europeu de productors de carbó i acer,⁴⁴ atesos els elevats nivells de protecció de què gaudien aquests sectors a Alemanya.⁴⁵ Pocs anys després, el Tractat de Roma (1957) ajudava a esvair parcialment aquests temors. El Tractat europeu concretava a l'article 81 que «seran incompatibles amb el mercat comú i quedaran prohibits tots els acords entre empreses, les decisions d'associacions d'empreses i les pràctiques concertades que puguin afectar al comerç entre els estats membres i que tinguin per objecte o efecte impedir, restringir o falsejar el joc de la competència dins el mercat comú (...)». A l'article 82 afegia que «serà incompatible amb el mercat comú i quedarà prohibida, en la mesura que pugui afectar al comerç entre els estats membres, l'explotació abusiva, per part d'una o més empreses, d'una posició dominant en el mercat comú o en una part substancial del mateix (...)». I finalment a l'article 86 establia que «els estats membres no adoptaran ni mantindran, respecte de les empreses públiques i aquelles empreses a les que concedeixin drets especials o exclusius, cap mesura contrària a les normes d'aquest Tractat (...)». Tot i això, la necessitat de comptar amb empreses europees potents que ajudessin a equilibrar la balança enfront de les dels EUA va suposar una certa tolerància envers nivells elevats de concentració en alguns sectors. La crisi de començaments de la dècada de 1970, però, va comportar una certa flexibilitat en la política de competència, de forma que alguns grans càrtels van ser tolerats, de manera similar a com es van acceptar ajuts estatals a sectors manufacturers greument afectats pels processos de transformació industrial i d'excés de capacitat –com ara el carbó i l'acer, el sucre, la construcció naval, l'automòbil o el tèxtil.⁴⁶

La sortida de la crisi de la dècada de 1970 va donar lloc a una onada neoliberal, present tant en l'àmbit dels governs del moment, liderada per Margaret Thatcher (1925-2013) al Regne Unit i per a Ronald Reagan (1911-2004) als EUA, com en les polítiques que aquests aplicaven. A partir de llavors, els sistemes de producció fordistes i les polítiques d'Estat del benestar d'arrel keynesiana van quedar aparcaades, i moltes empreses van emprendre la sortida als mercats exteriors a efectes de beneficiar-se de les economies d'escala de què no disposaven als respectius mercats domèstics.⁴⁷ En aquest context,

44 Ibídem.

45 KARAGIANNIS, «The Origins of European Competition Policy: Redistributive Versus Ideational Explanations».

46 BUCH-HANSEN; WIGGER, «Revisiting 50 Years of Market-Making: The Neoliberal Transformation of European Competition Policy».

47 LIPIETZ, *Towards a New Economic Order. Postfordism, Ecology and Democracy*.

el control a què havien estat sotmesos els mercats fins a aquell moment va començar a ser fortament contestat. En el marc d'una sortida a la crisi que estava resultant difícil, van aparèixer iniciatives com la de l'ERT European Roundtable of Industrialists [Taula europea d'industrials], que aspirava a assolir un major nivell d'integració europea per a facilitar la represa econòmica,⁴⁸ al mateix temps que començava una onada de privatitzacions i de flexibilitzacions del mercat de treball i que es plantejava obertament la necessitat de disposar de «campions nacionals» amb capacitat per a competir a escala mundial. I és que un cop més el relaxament de la política de competència apareixia com un mecanisme d'ajustament davant la crisi econòmica.

A partir de 1990, la pròpia Comissió Europea va prioritzar les privatitzacions en àmbits –com ara, telecomunicacions, energia, serveis postals i transport– que fins llavors havien quedat al marge de les polítiques de competència, tot insistint en les marcades ineficiències als monopolis públics que proveïen aquests sectors –com ara, burocràcia, costos elevats i excés de personal. Al mateix temps, es produïen reformes estructurals a diversos organismes estatals de competència i a la pròpia Comissió Europea que suposaven cedir protagonisme dels organismes públics de control cap als agents privats.⁴⁹

Dos models reguladors: els EUA i la UE

Tradicionalment, els EUA havien estat la referència mundial en termes de política de competència i de legislació antimonopoli, però d'uns anys ençà aquest paper preponderant correspon a la UE.⁵⁰ De fet, són les autoritats de competència europees les que als darrers anys han destacat en el control i la persecució de les pràctiques monopolístiques de les grans corporacions nord-americanes, arribant fins i tot a la imposició de multes milionàries,⁵¹ a diferència del que succeeix, justament, als EUA en què la pressió sobre el poder de mercat de què gaudeixen determinades grans empreses és menys intensa.

48 BUCH-HANSEN; WIGGER, «Revisiting 50 Years of Market-Making: The Neoliberal Transformation of European Competition Policy».

49 WIGGER; NÖLKE, «Enhanced Roles of Private Actors in EU Business Regulation and the Erosion of Rhenish Capitalism. The Case of Antitrust Enforcement».

50 BRADFORD; CHILTON; LINOS, «La UE, ya no EE UU, es la referencia de la lucha antimonopolio mundial».

51 A tall d'exemple Google ha rebut més de 10.000 milions d'euros en multes entre el 2017 i el 2019.

Malgrat que les polítiques antimonopoli als EUA i a la UE persegueixen, en essència, el mateix,⁵² existeixen diferències rellevants entre elles, sobretot arran de l'onada neoliberal de la dècada de 1970, que va marcar una profunda divisió pel que fa a la intervenció pública als mercats, més contundent a l'Europa continental –cal remarcar el cas del Regne Unit que és força més proper al dels EUA i altres països de cultura anglosaxona– i molt més laxa als EUA fins al punt que es pot arribar a dir que els tribunals nord-americans tenen tendència a dir que les agències governamentals pequen per excés d'intervenció, més que no pas per defecte, una situació que no es produeix a escala europea.⁵³ En concret, és en relació al control de les concentracions empresarials on podem trobar, actualment, les diferències principals,⁵⁴ ja que als EUA habitualment són més permissius pel que fa al *trade-off* [equilibri] entre els guanys d'eficiència i els efectes negatius per als consumidors que es produeixen arran de la concentració empresarial, mentre que a Europa l'accent es tendeix a centrar-se en els efectes negatius d'aquestes i la política de la competència actua en conseqüència. En termes pràctics, aquesta diferència suposa que el legislador europeu imposa majors restriccions a les empreses dominants als seus mercats que no pas el nord-americà.⁵⁵ Així, mentre que l'article 81 del Tractat de Roma es refereix a la prohibició de totes les conductes restrictives de la competència, en el dret de defensa de la competència dels EUA es diferencia entre «restriccions contràries en si mateixes –per se– al dret antimonopoli –com ara els acords de fixació de preus o les pràctiques de repartiment de mercat– i aquelles que només són il·legals si restringeixen la competència de manera no raonable».⁵⁶ Aquesta diferència també succeeix en termes de, per exemple, el poder de mercat, un àmbit en què les empreses nord-americanes que en gaudeixen poden beneficiar-se amb una major amplitud sense arribar a infringir la legislació de competència, una situació que no es produeix a Europa; o també, pel que fa a les negatives de subministrament,⁵⁷ atesa la llibertat de les empreses per a con-

52 Cal dir que al marge de les seves especificitats, les normatives de cada país mantenen un elevat grau d'interdependència entre elles, de manera que és força difícil trobar marcs jurídics excessivament diferenciats especialment en una economia global en què les empreses multinacionals operen en una llarga llista de països i en què els intercanvis de tota mena entre la UE i els EUA són molt intensos. Veure: KOVACIC, «Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence in the future treatment of dominant firms?».

53 KOVACIC, «Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence in the future treatment of dominant firms?».

54 KOVACIC, «Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence in the future treatment of dominant firms?»; FOLGUERAS; BACHES, «Les normes de defensa de la competència a la Unió Europea i als Estats Units d'Amèrica: introducció a l'estudi comparat».

55 KOVACIC, «Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence in the future treatment of dominant firms?».

56 FOLGUERAS; BACHES, «Les normes de defensa de la competència a la Unió Europea i als Estats Units d'Amèrica: introducció a l'estudi comparat».

57 L'obligació de contractar es refereix a l'obligació que, segons la normativa europea, tenen les empreses que gaudeixen de posició

tractar amb tercers, una situació que contrasta amb l'obligació de contractar que té qualsevol empresa amb posició de domini a Europa,⁵⁸ llevat que existeixi una justificació objectiva que ho impedeixi.

Aquesta diferència es trenca, parcialment, amb l'onada de privatitzacions a Europa dutes a terme a la dècada de 1980, que fa que bona part d'aquests serveis passin a prestar-se per grans empreses, amb la qual cosa ambdues tradicions s'acosten progressivament. De tota manera, al marge de les oscil·lacions ideològiques periòdiques a dreta i a esquerra a banda i banda de l'Atlàntic, el que és cert és que mentre que als EUA hi ha un cert substrat sociològic favorable a l'individu i a la iniciativa privada a l'hora de prestar determinats serveis, a l'Europa continental l'accent es posa principalment en la col·lectivitat i, sobretot, el paper del sector públic. Aquestes diferències de fons són importants perquè, al cap i a la fi, determinen una visió concreta de què ha de fer i què no ha de fer el regulador en relació a les decisions que intenten prendre les empreses. Tot plegat ha donat lloc també a estructures empresarials i a incentius econòmics desiguals entre els EUA i la UE, la qual cosa es materialitza en unes empreses amb unes missions i valors no sempre coincidents i una diferent percepció de quins són els seus mercats naturals.

Una forma senzilla d'exemplificar aquestes diferències consisteix a veure com les autoritats de competència d'ambdós territoris han afrontat i resolt determinats casos que afecten a les mateixes empreses operant a la UE i als EUA. Potser el cas més clar fa referència a l'actuació que va obrir la Comissió Europea contra Google el novembre del 2010 per un abús de posició de domini a les cerques online, tot afavorint els seus propis serveis,⁵⁹ un procediment que va acabar amb la imposició d'una sanció milionària. En aquest sentit, una actuació similar va dur-se a terme contra la mateixa empresa el 2013 per part de la Federal Trade Commission [Comissió Federal de comerç] als EUA, la qual va acabar concluint que «no hem trobat evidència suficient que Google manipuli el seu algoritme de cerca per tal de perjudicar les pàgines que competeixen amb les que són propietat de Google. Malgrat que en determinats moments hi ha pàgines que han experimentat una reculada en les posicions, considerem que això ha estat una conseqüència dels canvis a l'algoritme que també podrien considerar-se com a una millora de la qualitat general dels resultats de les cerques de Google».⁶⁰ El mateix cas però amb un final força diferent.

de domini de subministrar als clients que els ho requereixin. En cas contrari es produiria una negativa de subministrament, la qual no està permesa en l'àmbit comunitari.

58 FOLGUERAS; BACHES, «Les normes de defensa de la competència a la Unió Europea i als Estats Units d'Amèrica: introducció a l'estudi comparat».

59 RADU; CHENOU, «Data control and digital regulatory space(s): towards a new European approach».

60 FEDERAL TRADE COMMISSION, «Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices In the Matter of Google Inc». Traducció de l'autor.

Val a dir que el disseny de les polítiques de competència al cap i a la fi és el resultat de l'existència d'unes determinades estructures de mercat i de relacions entre les diverses tipologies d'empreses que el formen com ara, per exemple, aquelles amb vocació exportadora o importadora, les PIMES o les multinacionals,⁶¹ de manera que una desigual correlació de forces d'aquests a diferents territoris –com ara els EUA i la UE, per exemple–, pot donar lloc a una diferent configuració d'aquestes polítiques atesa l'heterogeneïtat en les preferències. I és que el conegut esquema ECR [Estructura-Conducta-Resultats] és molt il·lustratiu en aquest sentit. En concret, l'aproximació ECR il·lustra quina és la relació entre l'estructura del mercat,⁶² la conducta de les empreses que hi participen i els seus resultats. En aquest sentit si hi ha estructures de mercat diferenciades, aquestes donaran lloc a conductes també desiguals i, en conseqüència, a resultats també dispars. Tot plegat permet explicar per què en molts casos les aproximacions a la competència que es fan des dels EUA difereixen de les de la UE.

El fet que aquestes dues potències mundials tinguin diferències importants en la seva legislació antimonopoli té també conseqüències colaterals, ja que les decisions que prenen en aquests àmbits són seguides de forma força mimètica per un nombre molt important de països del món. En aquest sentit, és rellevant veure fins a quin punt aquests es decanten per l'aproximació dels EUA o per l'europea. Així, un article de la professora i experta en comerç internacional Anu Bradford (1975)⁶³ mostra com als darrers anys s'ha produït un declivi relatiu de la influència dels EUA en matèria de legislació sobre competència, atès que un nombre força important –i molt heterogeni– de països han promulgat lleis que segueixen l'esperit de la normativa comunitària en matèria de competència, la qual cosa ha contribuït a «europeïtzar» la legislació antimonopoli a escala mundial en detriment de la tradicional influència majoritària estatunidenca.

Pel que fa als orígens intel·lectuals de les diferències en matèria de política de competència, es poden trobar en els referents acadèmics de la tradició nord-americana i de la tradició europea. Així, mentre que la primera, des de la dècada de 1980, beu de la neoliberal Chicago School of Economics,⁶⁴ la segona segueix

61 BUCH-HANSEN; WIGGER, «Revisiting 50 Years of Market-Making: The Neoliberal Transformation of European Competition Policy».

62 BAIN, *Industrial Organization*.

63 BRADFORD; CHILTON; LINOS, «The Global Dominance of European Competition Law Over American Antitrust Law».

64 El concepte de Chicago School of Economics no es refereix de forma precisa a una institució o grup d'acadèmics sinó que, de forma global, s'aplica a les línies generals del pensament econòmic, de caire neoclàssic, formulades en aquesta institució nord-americana. Així, es tracta en general d'una aproximació de caire neoliberal en què l'èmfasi es posa sobre la llibertat d'elecció dels agents i la intervenció mínima per part dels poders públics, de manera que els seus postulats són seguits bàsicament per partits polítics de caire conservador.

els postulats de la Post-Chicago School,⁶⁵ la qual s'aparta dels postulats anteriors i, tot emprant eines empíriques i el marc teòric de l'organització industrial i la teoria de jocs, analitza fins a quin punt existeix una veritable competència als mercats.⁶⁶ En aquest sentit, mentre que al tombant de segle XX els EUA van deixar de costat els casos d'abús de posició dominant, a la UE aquesta és avui en dia una preocupació clau dels legisladors. Una part d'aquestes diferències s'expliquen també perquè als EUA les portes giratòries són molt més importants que a la UE, de manera que els alts càrrecs a les agències de competència molt sovint procedeixen del món acadèmic o empresarial, una situació que a la UE no succeeix amb la mateixa intensitat, sobretot pel que fa al món empresarial, ja que ambdós mons estan molt més desconnectats. A més, la preocupació dels poders públics respectius sobre la necessitat de mantenir una política de la competència amb capacitats i poders efectius tampoc no és la mateixa si ens fixem en els recursos amb què compten les agències als EUA i la UE. En concret, en termes relatius segons PIB i nombre de treballadors, a la UE es dediquen el triple de recursos que als EUA,⁶⁷ una diferència força significativa que demostra que de forma estructural aquest és un àmbit amb més importància a escala europea.

Ara bé, no tot són diferències entre ambdós territoris, ja que, com dèiem abans, en termes generals hi ha coincidència en els principis fonamentals i en els objectius de la política de la competència, com ara l'actuació enfront de càrtels i fusions horitzontals i el reconeixement dels perills de les restriccions que imposen els estats a la competència.⁶⁸ Cal dir que avui en dia són habituals els contactes formals i informals entre les autoritats de competència d'ambdós territoris, la qual cosa sens dubte facilita poder mantenir aquestes coincidències.

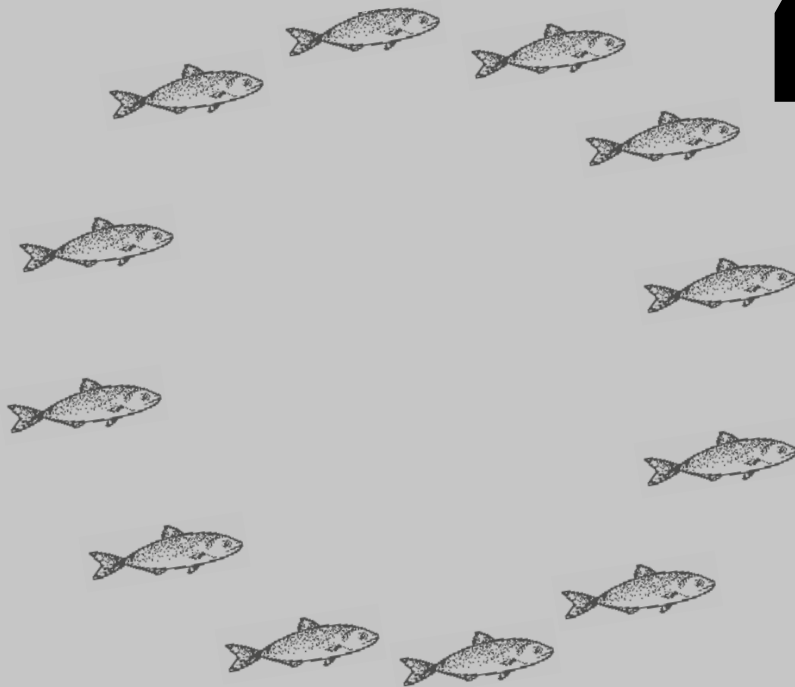
65 KOVACIC, «Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence in the future treatment of dominant firms?».

66 BRADFORD; CHILTON; LINOS, «The Global Dominance of European Competition Law Over American Antitrust Law».

67 LOWE, «The Design of Competition Policy Institutions for the 21st Century—the Experience of the European Commission and DG Competition».

68 KOVACIC, «Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence in the future treatment of dominant firms?».

4



REGULACIÓ DE MONOPOLIS A LA UE. ANÀLISI D'UN CAS DESTACAT

Les actuacions de la Comissió Europea contra els càrtels d'empreses han estat una constant des del començament de l'existència de les institucions comunitàries, tot i que l'eficiència d'aquestes va millorar notablement arran de la introducció dels programes de clemència⁶⁹ –*leniency*– al 1996.⁷⁰ A partir d'aquest moment el nombre de càrtels descoberts i l'import de les multes imposades per la Comissió van incrementar-se de manera considerable. Ara bé, pel que fa a activitats o sectors concrets, les necessitats i/o orientacions en la regulació varien considerablement, ateses les especificitats de cada activitat.

En aquest apartat analitzem un àmbit on hi ha una necessitat d'una regulació clara per part dels poders públics per tal d'assegurar un accés igualitari de la totalitat de la ciutadania als béns i serveis oferts per aquest sector, i que són igualment sectors clau per a la competitivitat de l'economia europea i el benestar de les persones. En concret, ens centrarem en el món digital, el qual inclou tot un conjunt d'activitats d'aparició relativament recent, força heterogènies i on la regu-

69 Els programes de clemència permeten que les empreses involucrades en càrtels –acords entre empreses d'un determinat mercat amb l'objecte de reduir o eliminar la competència en aquests mercats–, però que col·laborin en denunciar-los i en presentar evidència dels acords, puguin aconseguir reduccions en les sancions que els correspondria o que, fins i tot, puguin evitar completament aquestes sancions.

70 ORDÓÑEZ-DE-HARO; BORRELL; JIMÉNEZ, «The European Commission's Fight against Cartels (1962–2014): A Retrospective and Forensic Analysis».

lació pública encara no acaba de trobar uns estàndards que permetin conjugar, per un costat, els legítims interessos de les empreses que hi operen; i per un altre, els drets dels consumidors.

La dictadura digital

Com hem plantejat en planes precedents, el sector digital és, avui en dia, un element clau per a la gran majoria de la ciutadania, la qual de forma continuada consumeix els continguts que en aquest sector es generen a través de les diverses operadores que hi donen accés. Gràcies als rapidíssims progressos tecnològics, s'han generat nous mercats i oportunitats de negoci que ràpidament han atret consumidors i empreses oferents de nous productes i serveis en unes condicions que massa sovint han estat molt allunyades del que és veritablement un model de competència. En aquest sentit, el poder de mercat de què gaudeixen grans empreses com ara Apple, Facebook o Google fa que aquestes puguin imposar els continguts i els serveis a què tenen accés els consumidors, ja sigui perquè aquests es vehiculen a partir dels respectius sistemes operatius –Android i iOS, per exemple– o perquè els algoritmes dels seus respectius cercadors prioritzen determinats resultats i, per extensió, n'invisibilitzen d'altres.⁷¹

L'accés a volums ingents de dades per part de les empreses constitueix una part força important de la competitivitat d'aquestes i genera mecanismes d'acumulació, atesos els rendiments creixents que proporcionen les dades. Aquest fet, però, trenca qualsevol equilibri de mercat ja que genera asimetries informacionals entre empreses i consumidors. Així, les primeres acumulen gran quantitat d'informació sobre els segons –una situació que, lògicament, no es dona en sentit contrari– la qual cosa els permet no només conèixer les seves preferències sinó també preveure les seves pautes de conducta i, per extensió, manipular i explotar determinats grups de consumidors.⁷² A més, les diferències en la disponibilitat de dades també trenquen la igualtat en la capacitat competitiva de les empreses. Un exemple en aquest sentit el proporciona el mecanisme de funcionament dels cercadors d'Internet, basats en algoritmes.⁷³ Aquests cercadors aprenen a partir de les cerques dutes a terme pels usuaris,

71 Dissortadament, el poder de mercat de què gaudeixen aquestes corporacions s'exerceix no únicament en l'àmbit digital sinó també en l'àmbit de la distribució comercial. A tall d'exemple tenim la multa de 1.100 milions d'euros que l'Autorité de la Concurrence francesa ha imposat recentment a l'empresa Apple per delimitar amb els seus distribuïdors majoristes a França les quantitats de cada producte que havien de distribuir-se entre els comerços detallistes, a més d'incitar aquests últims a fixar els mateixos preus que els de les Apple Stores. El control de l'empresa californiana no s'acabava aquí sinó que arribava fins i tot a monitoritzar els preus per tal d'imposar sancions comercials a aquells distribuïdors en cas de promocions comercials no autoritzades.

72 COMMISSION 'COMPETITION LAW 4.0', «A new competition framework for the digital economy».

73 PUIG; GRAU, «L'economia de les dades. Reptes per a la competència».

de manera que la fiabilitat i precisió de l'algoritme s'incrementa amb el nombre de cerques. Aquest fet provoca que els cercadors menys populars seran també aquells amb una menor capacitat d'oferir aquella informació que cerquen els internautes, amb la qual cosa acabaran sent desplaçats pels que ja tenen una major quota de mercat que, justament a causa d'aquesta major difusió, han après a vincular quins continguts cerquen els usuaris quan introdueixen uns determinats termes. Per tant, és molt difícil que els cercadors incumbents i que tenen una major quota de mercat puguin ser desplaçats per altres ginys d'entrada més recent i amb un menor nombre d'interaccions, encara que la qualitat d'aquests sigui, a priori, superior. La diferència rau, doncs, en l'escala.

Al marge de les dades, la regulació –o l'absència d'aquesta, per ser més exactes– és una altra de les singularitats dels mercats digitals. Així, un dels elements que més sovint s'ha criticat per part de les empreses que proveeixen l'accés a la xarxa és que a la UE hi ha una regulació pel que fa a les tecnologies de la informació i la comunicació, però no a la resta de la cadena de valor. Aquest fet estaria afavorint les empreses que ofereixen serveis a través de la xarxa –com per exemple Facebook o Google– en detriment de les operadores de telecomunicacions, les quals estan subjectes a força restriccions, si més no en relació a la –menor– regulació que han de suportar les primeres. A més, mentre que les primeres domicilien les seves seues en paradisos fiscals i suporten una pressió fiscal molt baixa –si no pràcticament inexistent, en alguns casos–, les segones cotitzen a cadascun dels estats membres de forma homologable a la resta d'empreses de l'economia. Les respostes del legislador davant d'aquestes pràctiques sovint tenen uns efectes que són, justament, els contraris als desitjats, ja que suposen la desaparició de determinats serveis digitals. Un exemple el constitueix la taxa Google –també anomenada cànon AEDE– a l'Estat espanyol, la qual gravava l'empresa nord-americana pels enllaços a mitjans de comunicació que aquesta oferia al seu servei de notícies –Google News. El cas és que arran de la implantació d'aquesta taxa, Google News es va tancar a l'Estat espanyol, tot privant els seus usuaris de gaudir d'aquest servei d'agregació de notícies. És evident que aquest és un resultat no desitjat, però també ho és que Google «canibalitzava» els continguts generats pels editors de notícies, de manera que els usuaris finals no tenien cap necessitat de consultar les seves pàgines, la qual cosa al seu torn provocava una reducció considerable del trànsit que generava la conseqüent reducció d'ingressos publicitaris, la principal font d'ingressos del sector comunicatiu. De fet, aquesta és una qüestió d'actualitat al conjunt de la UE, en un context en què diversos estats tenen sobre la taula la introducció d'impostos sobre les grans plataformes digitals per tal d'evitar pràctiques com ara derivar el conjunt de la tributació d'aquestes empreses cap als estats de la UE amb una menor pressió fiscal –sobretot Irlanda. El cert és que mentre els sistemes impositius són, encara, els típics d'una societat exclusivament industrial o de serveis, el conjunt de les economies europees són cada cop més digitals, la qual cosa planteja importants tibantors en relació a la tributació de les empreses d'aquest sector i els estats.

Els aspectes fiscals són, a hores d'ara, un dels grans reptes que les autoritats de competència han d'afrontar a fi de permetre una millor coexistència de l'economia real i l'economia digital, sobretot si es té en compte que l'economia real cada cop més té un component digital,⁷⁴ i que la taxació de les activitats que tenen lloc de manera virtual suposa problemes importants per a les autoritats fiscals. Una situació que condueix a la generació de discriminacions notables entre les empreses que operen als mercats tradicionals i als mercats digitals. Aquest fet no només representa una menor recaptació impositiva per als governs sinó que genera distorsions als mercats, de manera que les empreses digitals poden competir amb importants avantatges enfront de les empreses que ofereixen els seus béns i serveis de forma tradicional.⁷⁵ Malgrat aquestes deficiències, però, el principal problema del sistema fiscal no és que aquest no sigui neutral a la tipologia de mercat en què operen les empreses —és a dir, els mercats tradicionals versus els mercats digitals— sinó que, a més, aquestes tenen l'opció de «moure» la generació de rendes potencialment subjectes a gravació fiscal des dels indrets en què es generen aquests ingressos cap a d'altres a una menor pressió fiscal. Aquest és un aspecte que planteja nombrosos interrogants i és de difícil solució en el context dels actuals sistemes fiscals, basats en la condició de «residents» per part d'empreses o consumidors, un aspecte que es dilueix en un context digital on empreses i consumidors poden situar-se en territoris diferents, i on el servei comercialitzat és difícilment territorialitzable, atès que aquestes poden prestar-se en un país on l'empresa responsable no tingui cap mena de presència física.

Sortosament hi ha estats que han començat a introduir taxes digitals, com ara Àustria, l'Estat espanyol, França, Itàlia o el Regne Unit,⁷⁶ però aquesta hauria de ser una qüestió d'àmbit europeu i no estatal. Ara bé, si ens fixem en la manca d'harmonització fiscal a escala europea —on, fins i tot, conviuen *pseudo* paradisos fiscals amb una gran capacitat d'atreure seus de multinacionals tot cercant rebaixes impositives, com en el cas de Luxemburg o els Països Baixos— és força difícil ser optimista pel que fa a esperar una solució homogènia en el marc del conjunt de la UE. Malgrat aquestes perspectives, és cert que des de les institucions europees hi ha una certa conscienciació de la necessitat de taxar de forma conjunta les activitats digitals,⁷⁷ tot i que les actuacions dutes a terme fins ara hagin estat clarament insuficients.

És per tot plegat que cal que els estats assumeixin que la distinció entre economia digital i economia física o tradicional és cada cop més artificial, sobretot si es té en compte que el conjunt de l'economia s'es-

74 OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*.

75 Ibídem.

76 BRÄUNINGER, «Taxing the digital economy. Good reasons for scepticism».

77 EUROPEAN COMMISSION, *Questions and Answers on a Fair and Efficient Tax System in the EU for the Digital Single Market*.

tà digitalitzant a marxes forçades –aquesta és una tendència que s'ha intensificat arran dels confinaments massius decretats com a resposta a la pandèmia de la Covid-19–, per la qual cosa cal incorporar de forma clara les característiques de les activitats digitals dins dels actuals sistemes fiscals. En cas contrari es perpetuaran situacions difícils d'explicar, com ara mateix es produeix al mercat immobiliari de moltes ciutats europees on el principal proveïdor de serveis immobiliaris, Airbnb, és una empresa que no té cap immoble que sigui taxable. En termes fiscals, la conseqüència per als estats és que els ingressos fiscals, que aquests normalment recaptarien com a conseqüència d'activitats immobiliàries com les d'Airbnb, es veuen sensiblement reduïts a causa de la feble pressió fiscal exercida contra aquesta plataforma. Aquesta és una qüestió de molta actualitat en un context en què les economies europees –i les d'arreu del món– s'enfronten a un escenari de dèficits públics creixents on, per tant, la cerca de vies alternatives per a incrementar la recaptació esdevé una prioritat absoluta.

Un altre aspecte que diferencia els mercats tradicionals dels digitals fa referència a les estratègies a seguir en cadascun d'ells,⁷⁸ ja que mentre els primers centren les seves estratègies en la maximització de beneficis, els segons se centren en el creixement del mercat, és a dir, el nombre d'usuaris. Aquestes diferències porten a configurar estructures de mercat també diferenciades en funció de la tipologia d'empreses que emergeixen com a guanyadores als àmbits digitals i tradicionals. Això suposa que les grans corporacions digitals puguin permetre's operar amb pèrdues molt importants durant els primers anys, en un procés que, per extensió té importants efectes en termes d'expulsió del mercat dels operadors «tradicionals» que no tenen aquesta capacitat de resistir al mercat sense generar beneficis.

Que les condicions en ambdós mercats siguin força diferents fa referència a la mesura del poder de mercat, desigual en cada cas. Un exemple el trobem en les operadores de telecomunicacions, les quals estan controlades a efectes que la seva quota no vagi més enllà del 40% als diversos mercats en què operen; mentre que les quotes de mercat de les empreses que ofereixen serveis a la xarxa són, en molts casos, sensiblement superiors a aquest llinar. Aquesta frontera –variable– del 40% és la que s'utilitza pels organismes europeus de competència per tal de dictaminar si una empresa té o no poder de mercat atès que, en termes generals, es considera que aquest existeix un cop s'ultrapassa aquesta frontera.⁷⁹ Les empreses

⁷⁸ UNCTAD SECRETARIAT, «Competition issues in the digital economy».

⁷⁹ Per al cas dels EUA, el llinar acostuma a ser del 50% del mercat, veure KOVACIC, «Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence in the future treatment of dominant firms?».

del món digital, en canvi, es beneficien del fet que operen en mercats força nous i difícils de delimitar on, en conseqüència, les mesures relatives a les quotes de mercat són menys clares, especialment en aquells casos –força habituals– en què es tracta de serveis subministrats a preu zero. La conseqüència de tot plegat és molt clara, i no és altra que l'afavoriment dels processos de concentració empresarial al món digital, un resultat que és força més difícil que es produeixi a l'economia tradicional. Tot seguint amb l'exemple del mercat de les telecomunicacions, el cas de les empreses que operen als mercats tradicionals i les que operen als mercats digitals correspon a dues realitats molt diferenciades pel que fa a l'estructura empresarial, ja que mentre que les empreses que ofereixen serveis a través de la xarxa operen a escala mundial i gaudeixen de posicions de quasi monopoli als respectius serveis que ofereixen, el mercat de les telecomunicacions a la UE està enormement fragmentat, amb més d'un centenar d'empreses operant en mercats d'àmbit estatal;⁸⁰ mentre que en altres indrets com ara els EUA o la Xina, els mercats es troben completament integrats i tenen únicament menys de deu operadors en el cas dels primers i tres en el cas dels segons. És per aquest motiu que les diferències en la regulació de cada territori poden arribar a ser tan importants.

L'exemple de Microsoft mostra com la regulació al món digital no és una tasca senzilla, ja que es tracta de conjugar a) els interessos legítims de les empreses que volen rendibilitzar les inversions fetes en matèria de nous productes i serveis, i b) la llibertat d'elecció dels consumidors, que han de poder decidir quines aplicacions digitals utilitzen i quines no. Molt habitualment, els gegants digitals disposen d'elevades quotes de mercat que fan sospitar de pràctiques restrictives de la competència –per exemple, en el cas de Microsoft la quota de mercat del sistema operatiu Windows era del 95%–, però una posició majoritària al mercat no necessàriament s'ha de concretar en un comportament abusiu. El problema és que la normativa de competència actual arriba a assumir que hi ha abús de mercat únicament a partir de l'existència d'una quota de mercat elevada, la qual cosa no sempre és raonable –en el cas abans esmentat de Microsoft, per exemple, les alternatives accessibles eren molt escasses.⁸¹ En un mateix sentit, cal tenir present que sota determinades circumstàncies –i gràcies a les economies de xarxa– l'existència d'un sol operador pot ser positiva per als usuaris, atesa l'acumulació de dades per part d'una sola empresa i les majors facilitats per a la interacció entre tots els usuaris. Un exemple el tenim en empreses com Apple, que comercialitzen tot un conjunt de dispositius –ordinadors, telèfons, rellotges, tauletes, TV...– perfectament integrats entre ells i

80 Només per citar alguns exemples, en el cas d'Alemanya hi ha tres operadores principals –Telekom, O2 i Vodafone–, quatre a França –Orange, SFR, Bouygues Telecom i Free Mobile–, quatre a Itàlia –TIM, Vodafone, WINDTRE i Iliad–, quatre a l'Estat espanyol –Movistar, Vodafone, Orange i Yoigo–, o sis a Dinamarca T–DC, TT, Telenor, Telia, 3(Tre) i Net 1.

81 VICKERS, «Abuse of Market Power».

on les tasques que s'hi fan poden monitoritzar-se o emmagatzemar-se a la resta de dispositius, sense cap problema de compatibilitat o de connexió.

És evident també que determinats gegants digitals fan un abús continuat de la seva preeminència als mercats. Anteriorment hem explicat el cas de l'empresa nord-americana Google, la qual ha rebut diverses multes de la Comissió Europea per abús de posició dominant –per un valor total de suposen més de 8.000 milions d'euros. El cas de Google és prou simptomàtic arran de les pràctiques restrictives de la competència que aquesta empresa duu a terme de forma reiterada, com ara imposar restriccions a planes web externes en el mercat de la publicitat en línia, les restriccions aplicades a fabricants de mòbils i tauletes amb el sistema operatiu Android o el fet d'afavorir el seu sistema de comparació de preus –Google Shopping.

Ara bé, el món digital no únicament ha generat nous serveis, sinó que a partir del consum d'aquests han fet aparició tot un conjunt de nous drets que els consumidors reclamen com a propis, i que els poders públics han de poder garantir sense fissures, com ara el dret a la portabilitat;⁸² és a dir, el dret del consumidor a endur-se la seva informació personal emmagatzemada a mitjans electrònics cap a un altre operador, tot garantint la titularitat de la informació i la seva utilització en plataformes alternatives. Aquest és un element fonamental ja que implica l'existència de 1) un format electrònic obert utilitzat per a intercanviar informació entre plataformes diferents; i 2) desaparició ó dels avantatges d'escala de què gaudeixen els grans operadors en eliminar-se els mercats captius. Aquest és un exemple de com la tecnologia molt sovint va més de pressa que la regulació dels mercats, i és que malauradament actualment encara ara s'és lluny de poder garantir sense fissures aquests nous drets als consumidors.

A banda que els principis de la política de la competència hagin de ser, en essència, els mateixos al marge dels mercats en què s'apliquin, es requereix una major velocitat d'actuació a l'economia digital,⁸³ ja que quan es produeix un procés de tancament de mercat aquest és, sovint, molt complicat de solucionar via una actuació posterior.⁸⁴ També pel que fa a les especificitats en aquests mercats, és cert que una part de

82 PUIG; GRAU, «L'economia de les dades. Reptes per a la competència».

83 COMMISSION 'COMPETITION LAW 4.0'; «A new competition framework for the digital economy».

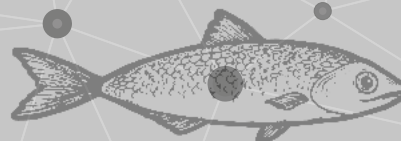
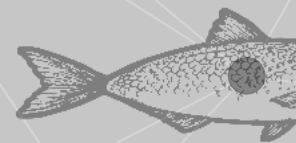
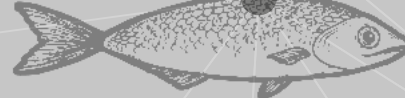
84 De tota manera, cal tenir present que en l'àmbit de la política de defensa de la competència els terminis pel que fa a la resolució de conflictes solen ser molt dilatats en el temps –fins i tot anys–; un fet que, si ja és un problema en l'àmbit de l'economia tradicional, encara ho és més als mercats digitals. De fet, per a aquests últims, quan s'arriba a la resolució dels litigis és força possible que els mercats hagin canviat considerablement, o que els productes o serveis objecte de l'expedient en qüestió ja hagin estat depassats per d'altres amb noves i millors prestacions.

l'instrumental analític de la política de la competència no serveix per a mercats en què hi ha serveis ofertats a preu zero; una situació en què no es pot estimar quins són els mercats de manera homologable, tal com es faria per a mercats de l'economia tradicional amb preus sempre positius. Per tant, la definició de «mercat rellevant» ha de ser específica per a l'economia digital.

En resum, els baixos nivells d'intervenció, que hem anat exposant, són també un reflex d'una certa deriva cap a principis neoliberals⁸⁵ molt estesos durant les darreres dècades i tendents a reduir els nivells de regulació per part de l'estat. Malgrat això, és cert que també hi ha honroses excepcions, i que representen passos endavant que haurien de suposar una major protecció dels drets dels consumidors, com ara el *General Data Protection Regulation* [Reglament General de Protecció de Dades] i el *Single Digital Market* [Mercat Únic Digital]. Aquest, per exemple, ha de suposar una igualtat –encara no assolida– en l'accés als productes i serveis digitals, al marge del lloc des d'on es produeixi aquest accés. Tot plegat suposa la necessitat d'una major intervenció pública en aquests mercats per tal d'eliminar pràctiques abusives que actuen contra la lliure competència, per així garantir els drets dels consumidors i afavorir, en resum, un major nivell de benestar per als diferents agents que hi participen.

85 RADU; CHENOU, «Data control and digital regulatory space(s): towards a new European approach».

5



UNA NOVA POLÍTICA DE COMPETÈNCIA EN UN MÓN EN XARXA. L'ECONOMIA DIGITAL I EL PODER DE LES GRANS CORPORACIONS

La política de defensa de la competència es va plantejar als seus inicis per a limitar el poder de les grans corporacions i afavorir l'existència de lliure competència als mercats, atesos els avantatges que es deriven d'aquesta en termes de, per exemple, garantir majors incentius a la innovació i menors apropiacions del benestar dels consumidors a mans de les grans empreses. Més d'un segle després les problemàtiques segueixen sent, en essència, les mateixes, al voltant del poder de mercat de què gaudeixen algunes empreses i de com aquest els permet extreure un major excedent del consumidor del que n'obtidrien en un context de major competència. La diferència amb la política de defensa de la competència de començaments del segle XX rau en què llavors es tractava de garantir el subministrament de béns a uns preus raonables per als consumidors; mentre que, actualment, aquesta política s'ocupa també dels serveis, i no se centra tant en els preus –tal com hem comprovat, ja que els preus són molt menys rellevants en aquests mercats– com en l'accés al servei, atès el seu caràcter estratègic.

Val a dir que al marge de la importància creixent de l'economia digital, actualment l'element principal no és tant si aquesta està guanyant pes en relació a les activitats tradicionals, sinó que aquestes últimes, al seu torn, s'estan digitalitzant; la qual cosa fa que les restriccions –i la manca– de regulació d'aquesta mena d'activitats siguin cada cop més importants.

La prosperitat amenaçada

Massa sovint la política de competència ha posat l'èmfasi en el control dels càrtels per tal d'evitar els efectes negatius –per exemple, uns majors preus i uns menors incentius a la innovació– que tenen sobre els consumidors. És cert que aquestes pràctiques tenen –o poden tenir– unes conseqüències nefastes en termes de benestar, però malauradament n'hi ha d'altres que, si fa no fa, poden tenir els mateixos efectes, com ara les fusions.⁸⁶ És evident que aquestes estan regulades per tal d'evitar els efectes restrictius que tenen sobre el benestar dels consumidors, però un repàs a l'evidència recent mostra com els darrers anys s'ha produït un increment molt important en el nombre de fusions i absorcions d'empreses, especialment als sectors més intensius en tecnologia, la qual cosa suposa un decantament de la balança en favor de les grans corporacions i, lògicament, en contra dels drets dels consumidors. En aquest sentit, els economistes Kai Hüscherlath i Florian Smuda mostren com hi ha una relació clara entre el trencament de càrtels i els intents de fusió,⁸⁷ fet que demostraria que aquestes serien una alternativa plausible quan els càrtels no arriben a bon port. En el fons es tracta de la mateixa pràctica on la diferència principal rau en el grau d'integració de diverses organitzacions inicialment independents les unes de les altres: menor en el cas dels càrtels i molt major en el cas de les fusions.

Al marge que als mercats digitals hi hagi multitud de serveis que s'ofereixen a un preu zero, també és cert que aquests conviuen amb serveis de pagament on els principis de la teoria econòmica relatius a la fixació de preus són plenament vigents. Així, per exemple, aquesta ens mostra com les demandes de consum de qualsevol individu s'expliquen per la utilitat esperada d'aquest consum, la qual marca un preu màxim que s'està disposat a pagar. Així, en la mesura en què el preu de mercat –comú en un grup d'individus– sigui inferior a aquest preu màxim, la diferència és el que es coneix com a excedent del consumidor, de manera que com major sigui aquesta diferència –és a dir, com més distància hi hagi entre el que l'individu accepta pagar i el preu de mercat– major serà l'excedent del consumidor. De manera similar, l'excedent del productor

86 HÜSCHEL RATH; SMUDA, «Do Cartel Breakdowns Induce Mergers? Evidence from EC Cartel Cases?».

87 Ibídem.

consisteix en la diferència entre el preu mínim al qual s'accepta proveir un determinat bé o servei i el preu de mercat d'aquest, de manera que una major diferència entre el preu de mercat –superior– i el preu mínim marcat pel productor –inferior– suposarà un major excedent del consumidor. Als mercats tradicionals les empreses ignoren quin és el preu màxim que els individus estan disposats a desemborsar, i només poden inferir aquest preu a partir de les conductes de consum dels primers, però als mercats digitals la major disponibilitat de dades sobre els usuaris pot permetre que les empreses coneguin amb molta més precisió aquests preus màxims i, en conseqüència, fixin uns preus que minimitzin l'excedent del consumidor al temps que maximitzen l'excedent del productor.⁸⁸ Aquesta és, en síntesi, una important amenaça a la prosperitat dels consumidors, com a conseqüència de les asimetries informatives als mercats digitals.

En aquest sentit, als mercats digitals és molt habitual que petites *start-ups* altament innovadores siguin comprades per les grans corporacions del sector, amb l'efecte d'evitar que el ràpid creixement d'aquestes pugui, en un futur, erosionar les quotes de mercat privilegiades. Aquesta estratègia, lògicament, no fa altra cosa que perpetuar les estructures de mercat altament concentrades, ja que s'elimina la competència dels entrants recents, motiu pel qual el regulador hauria d'estar amatent a aquests processos a efectes de no bloquejar la futura competència als mercats per aquesta via.⁸⁹

D'altra banda, també és cert que en l'àmbit digital l'existència d'un sol operador –o d'un operador amb una elevada quota de mercat– pot ser positiva per al consumidor, gràcies als efectes d'escala, molt per sobre dels de la resta de l'economia. En aquest sentit, per exemple, serveis com el que proporciona Google Scholar a la comunitat acadèmica poden ser altament beneficiosos per als usuaris, al marge que, justament, degut a l'existència d'aquest servei gratuït la demanda adreçada a altres serveis de pagament es veu sensiblement amenaçada. En qualsevol cas, una posició predominant al mercat facilita que l'existència d'un gran nombre d'usuaris aportin un valor addicional a la pertinença a la plataforma en qüestió, de manera que la concentració esdevé l'organització més eficient. Aquesta combinació d'efectes de xarxa i elevades economies d'escala és la que, justament, porta a elevats nivells de concentració en molts mercats digitals en reforçar les posicions de domini ja existents, els quals, al seu torn, generen importants barreres d'entrada que limiten

88 PUIG; GRAU, «L'economia de les dades. Reptes per a la competència».

89 Tot i aquest efecte negatiu també és cert que aquesta conducta proporciona incentius a les empreses naixents, ja que la possibilitat de ser absorbida per un gegant tecnològic és un potent estímul per a la captació d'inversió a les etapes inicials de l'empresa, de manera que hi ha empreses que es creen amb l'objectiu a curt termini de ser adquirides per un d'aquests grups empresarials. A més a més, els productes innovadors que desenvolupen aquestes empreses són posteriorment comercialitzats per l'empresa adquirent.

la incorporació de noves empreses i, per extensió, la introducció d'innovacions.⁹⁰ Tot plegat porta a conclusions contradictòries pel que fa a l'encaix entre les preferències individuals dels usuaris de les plataformes i el que es considera és positiu des d'un punt de vista social. Així, per exemple, els primers interessats a concentrar usuaris en unes poques plataformes són justament els usuaris d'aquestes plataformes, la utilitat dels quals s'incrementarà més que proporcionalment amb l'arribada de nous usuaris provinents d'altres plataformes i l'expulsió d'aquestes del mercat.

Un cas molt clar el trobem en els serveis de missatgeria instantània: des del punt de vista de l'usuari és òptim que tothom estigui a la mateixa plataforma, la qual cosa suposa una major facilitat d'ús i la seguretat que els missatges que es difonguin arribin als destinataris finals; però des del punt de vista del bé comú o del regulador, el que és òptim és que hi hagi un nombre suficient de plataformes, de manera que aquestes puguin competir entre elles i els usuaris puguin passar amb facilitat d'una a l'altra si el servei que reben no s'ajusta a les seves necessitats. En aquest cas, però, la configuració final dels mercats respon a una lògica de submercats comunicatius, ja que si ens fixem en quines són les aplicacions dominants veurem que a escala mundial conviuen diferents serveis de missatgeria –Facebook, Whatsapp, Telegram, WeChat, QQ...–⁹¹ i que cadascun d'ells té una posició de domini clara a nivell d'estats, on podem concloure que existeixen mercats comunicatius relativament integrats i poc permeables –en termes generals– envers l'exterior. Així, per exemple, Facebook és l'aplicació líder a escala mundial, però els resultats per països ofereixen un resultat molt més segmentat, amb Line com a aplicació líder al Japó, Facebook a França i a Austràlia, Whatsapp a Alemanya i Itàlia, WeChat a la Xina o Facebook Messenger als EUA. Tot plegat suposa que en mercats on hi ha importants externalitats de xarxa i economies d'escala, la competència real és per al mercat, no al mercat, de manera que les empreses es disputen les posicions de lideratge per tal d'operar de forma majoritària als mercats respectius.⁹² Ara bé, un cop aquestes operen als mercats, les externalitats de xarxa abans esmentades afavoriran la concentració dels usuaris en unes poques aplicacions, a efectes de maximitzar les possibilitats que aquestes ofereixen en termes de contactes potencials.

D'altra banda, en l'àmbit tecnològic també es poden produir situacions força paradoxals que limiten l'extensió de determinades aplicacions majoritàries, tot i que amb uns propòsits que poc tenen a veure amb la competència als mercats. Un exemple d'aquest són les disputes comercials entre les administracions dels

90 CRÉMER; DE MONTJOYE; SCHEWEITZER, *Competition Policy for the digital era*.

91 Veure <www.wearesocial.com>.

92 CRÉMER; DE MONTJOYE; SCHEWEITZER, *Competition Policy for the digital era*.

EUA i la Xina que han portat a l'aplicació de determinades mesures restrictives per part del govern nord-americà entre el 2018 i el 2020. Concretament, els telèfons de la marca xinesa Huawei fabricats després del març del 2019 ja no poden portar les aplicacions de la multinacional nord-americana Google, ni altres aplicacions líders als seus mercats respectius com ara Facebook, Instagram o WhatsApp.⁹³ Aquesta restricció va fer que molts analistes consideressin que sense tot aquest conjunt d'aplicacions els telèfons Huawei serien ràpidament expulsats del mercat nord-americà en restringir la capacitat d'interacció amb els usuaris d'altres dispositius, però sembla ser que els efectes han estat força diferents i que han aparegut notables incentius per a atreure desenvolupadors de noves aplicacions alternatives que puguin substituir les anteriors. A més a més, l'empresa xinesa s'ha associat amb altres multinacionals d'aquest país –Xiaomi, Oppo i Vivo– per tal de crear una nova botiga d'aplicacions que pugui competir amb les populars App Store –iOS– o Google Play Store. A hores d'ara encara és aviat per saber com evolucionaran les respectives quotes de mercat en el futur, però és possible que aquestes decisions polítiques consistents a bloquejar l'entrada de determinades empreses als mercats puguin tenir, sorprenentment, l'efecte de limitar el poder de mercat dels operadors principals.

En qualsevol cas, les autoritats europees de la competència –ja siguin aquestes comunitàries, estatals o regionals– han prioritzat en les seves resolucions la garantia dels consumidors d'accedir a un major ventall de serveis i, sobretot, d'una veritable capacitat de tria per part d'aquests, massa sovint mediatitzada per unes grans corporacions que filtren continguts i serveis. Tal com hem pogut veure en pàgines precedents, el principal problema no és únicament la reducció de competidors als mercats, sinó un dels efectes col·laterals d'aquesta reducció, com és la disminució d'incentius a la innovació atesa a) la menor entrada d'empreses guiades per les expectatives de negoci de la comercialització d'una innovació i b) la menor rendibilitat potencial de les innovacions en un context de mercats quasi monopolístics.

Un altre element que pot resultar polèmic, és quan col·lideixen serveis tradicionals amb serveis similars prestats des de plataformes digitals. En aquests casos, sovint el regulador prioritza la protecció dels operadors incumbents en aquests mercats –per exemple el sector del taxi– enfront dels nous operadors digitals –per exemple els VTC–, la qual cosa no és necessàriament beneficiosa per a la majoria d'usuaris, atesa l'existència d'estructures monopolístiques o pseudomonopolístiques en determinats mercats tradicionals, la qual cosa atempta contra el benestar dels consumidors en dotar a aquests membres incumbents un

93 SANZ, «Même sans Android, un téléphone Huawei peut être un bon achat».

excessiu poder de mercat. En aquest sentit, massa sovint la política de la competència s'ha supeditat a la protecció de determinats drets adquirits, amb un efecte directe en termes de menors incentius a la innovació, bloqueig de l'entrada d'empreses, ús ineficient de recursos, alentiment de la transformació imprescindible en molts mercats i, paradoxalment, menor competència. Tot i això, és cert que molt sovint les empreses digitals entrants intenten aprofitar les esclatxes d'una legislació encara massa aliena al món digital, la qual cosa no fa sinó il·lustrar les incoherències d'una normativa ambigua i poc preparada per a la coexistència de serveis prestat de manera tradicional i de manera digital.

Les amenaces d'un món en xarxa

El món actual és un món en xarxa en què les economies del planeta estan estretament interconnectades les unes amb les altres. Aquestes vinculacions estretes tenen, lògicament, avantatges i inconvenients, ja que de la mateixa manera que les innovacions i el coneixement circulen de forma ràpida d'un país a un altre, també ho fan els *shocks* econòmics, les inestabilitats dels mercats i, pel que fa al fet que sens dubte ha marcat i marcarà el 2020 i els següents anys, la Covid-19. Al marge de les lògiques implicacions en termes de salut pública com a conseqüència de la pandèmia, també existeixen efectes en termes de competència als mercats. En aquest sentit, un dels principis bàsics de la política de la competència arreu és la restricció dels ajuts estatals a les empreses, a efectes d'evitar distorsions de la competència als mercats i afavorir uns agents econòmics en detriment d'uns altres, tot i que en determinats supòsits poden autoritzar-se. Aquest és, justament, un àmbit força polèmic atès que es tracta d'intervencions del sector públic que tot i que es pressuposa que responen a l'interès general, poden tenir efectes no desitjats en termes d'ineficiències als mercats i, fins tot, generant reduccions al benestar econòmic general.

Malgrat les restriccions existents, aquests ajuts són i han estat relativament importants. Bàsicament n'hi ha de dos tipus, els ajuts regulars i els ajuts al sector financer en un context de crisi. Es poden visualitzar a partir dels efectes de la crisi econòmica del 2008. Els primers representaven el 0,7% del PIB de la UE-28 el 2016, mentre que el pes dels segons assolien un major pes, del 0,83% del PIB el mateix any, tot i que lluny del 8,78% del 2009 o el 7,65% del 2010, als moments de major impacte de la crisi financera.⁹⁴ Arran de la paràlisi econòmica generada per la Covid-19 és previsible un recurs massiu a aquesta mena d'instruments, per tal de mirar d'esmoreir els impactes d'una pràctica aturada de l'activitat en molts sec-

94 CNMC, *Informe de la CNMC sobre las ayudas públicas en España – 2018*.

tors arreu de la UE, especialment en aquells estats que com l'Estat espanyol, l'Estat francès o Itàlia han aprovat mesures de confinament més rigoroses i dilatades en el temps. Així, la UE ha endegat un ambiciós pla d'ajuts públics en forma de subvencions directes i avantatges fiscals selectius; garanties estatals per a préstecs bancaris a empreses; préstecs públics subsidiats a empreses i garanties per a bancs en suport a l'economia real. És evident que les distorsions creades per la pandèmia de la Covid-19 als mercats financers i a l'economia real són —i seran— força importants, i que les temptacions de moltes administracions públiques per mirar d'afavorir les empreses que depenen de la seva gestió també seran grans. Si el que es pretén és una sortida d'aquesta crisi que sigui sostenible i duradora en el temps, serà necessari evitar derivar cap a una situació en què la competitivitat del teixit empresarial depengui més de la capacitat de determinats grups de pressió d'aconseguir suports i ajuts per als seus sectors en particular, tot trencant el principi d'unitat de mercat. És per aquest motiu que les respostes han de ser coordinades a escala europea per tal d'assegurar-ne la màxima eficàcia i, sobretot, evitar el malbaratament de recursos públics que es va produir a la crisi econòmica del 2008, en què els ajuts a la banca es van disparar molt per sobre del que era raonable.

Si la UE ha patit en xarxa els efectes de la pandèmia, també n'ha de prendre les corresponents solucions en xarxa. Malauradament, però, els fets recents mostren com les solucions adoptades pels estats membres disten molt de ser coordinades i respectuoses dels principis de competència, com ara els ajuts de l'Estat francès de 7.000 milions d'euros a Air France i la garantia de préstecs de 5.000 milions a Renault, o les propostes de nacionalització de l'aerolínia portuguesa TAP Air. El problema és que no es tracta només d'ajuts puntuals a empreses amb problemes de liquiditat o que estan afrontant un *shock* de demanda considerable, sinó que al mateix temps la Comissió Europea ha acceptat flexibilitzar l'aplicació de les normes de competència a efectes de mantenir el nivell d'activitat econòmica,⁹⁵ com si una cosa i l'altra fossin incompatibles.

I ara què? Propostes en matèria de política de competència

Al llarg d'aquest treball hem fet esment de quins són els principals problemes de competència als mercats digitals i, en conseqüència, de quins són els reptes a què s'enfronten les autoritats de competència. Tot i que amb una importància desigual, aquests poden resumir-se en la utilització de les dades, la fixació dels

95 ALLENDESALAZAR, «Acertada flexibilización del Derecho de Competencia».

preus, la privacitat dels usuaris i la taxació de les activitats empresarials. És en el marc d'aquests problemes que cal plantejar propostes per tal de millorar el funcionament dels mercats digitals.

Anem a pams. En el context de l'economia digital en què les economies d'escala de la utilització de dades són clarament creixents –és a dir, la seva utilitat s'incrementa de forma més que proporcional amb el volum de dades disponible– els incentius a la concentració i a l'acumulació de dades per part de les empreses són molt grans.⁹⁶ Aquest fet genera importants barreres d'entrada, ja que les empreses que no són al mercat tenen menys incentius i més dificultats per a entrar-hi –perquè no disposen de les dades necessàries per a dissenyar a mida els productes que oferirien als seus clients i, per tant, difícilment podrien ser competitives– per la qual cosa moltes iniciatives amb idees de negoci valuoses no s'arriben a materialitzar mai. Per tal de capgirar aquesta situació, el recurs ferm i decidit per garantir les dades obertes –*open data*– podria col·laborar a eliminar aquestes ineficiències. Ara bé, es tractaria d'un recurs només aplicable en determinats àmbits, ja que tot i que determinades dades –per exemple, les que fan referència a administracions públiques o a estadístiques generals– sí que poden fàcilment distribuir-se de manera lliure, no succeeix el mateix amb dades específiques dels consumidors, sobre les quals hi hauria greus problemes de confidencialitat. El que és evident, en qualsevol cas, és que la disponibilitat de dades massives sobre tot el que fa referència a activitats econòmiques, mercats, consum... és cada cop més un input imprescindible per a les empreses i per a la ciutadania. És per aquest motiu que les administracions públiques han d'avançar cap a la regulació de forma ferma en aquesta direcció, i facilitar les condicions tècniques d'emmagatzematge i d'obertura de les dades ja existents.

Com hem vist anteriorment, les dades són fonamentals pels mercats digitals. Són font de competitivitat per a les empreses i garantia de precisió i individualització del servei per a l'usuari, però també poden girar-se en contra seva si aquests no són capaços d'endur-se-les a una altra empresa. En aquest sentit, és bàsic assegurar la portabilitat de les dades de cada consumidor en un format que sigui gestionable des de diferents empreses i sistemes informàtics.⁹⁷ Ara bé, en molts casos el poder exercit per les grans corporacions és tan elevat que difícilment una normativa de competència més estricta podria eliminar els efectes perniciosos d'unes estructures de mercat massa concentrades. En aquests casos, per exemple, es podria arribar a plantejar la necessitat de forçar la divisió d'aquestes empreses per tal de reduir les barreres d'en-

96 COMISSION COMPETITION LAW 4.0; «A new competition framework for the digital economy».

97 VAN GORP; BATURA, *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy*.

trada.⁹⁸ Aquesta acció no és innovadora: s'ha dut a terme a molts països al sector del ferrocarril, en què s'ha passat d'un únic operador responsable de la provisió del servei i la infraestructura a un esquema en què la titularitat de la infraestructura correspon a una empresa i la provisió del servei pot adjudicar-se a diferents empreses en funció de les condicions que aquestes ofertin, unes empreses que fins i tot poden competir entre elles als mateixos trajectes. Aquesta és una qüestió fonamental si es considera l'existència d'economies d'escala en la disponibilitat de dades, les quals generen una barrera massa sovint infranquejable entre les empreses que les tenen, i les que no.

Les dades, doncs, són un component clau dels mercats digitals ateses les marcades asimetries pel que fa al seu accés i explotació. Així, mentre les plataformes digitals quasi monopolitzen la recollecció i explotació de les dades, les empreses que creen continguts hi tenen un accés molt més limitat. Cal, en síntesi, avançar cap a escenaris en què l'accés a les dades sigui molt més directe i obert per a tots els agents implicats en la producció i distribució de continguts, al mateix temps que es protegeix de forma adequada la privacitat dels consumidors. A més, existeixen notables diferències en la regulació de les activitats de producció de continguts –com ara produccions audiovisuals– i les activitats de les plataformes digitals –com ara les que es dediquen a emmagatzemar vídeos en línia–, de forma que les primeres suporten uns controls, regulacions i nivells de pressió fiscal molt més importants que les segones. Aquest fet no només no té cap sentit des d'un punt de vista de l'accés a aquests continguts per part dels consumidors, sinó que suposa un diferencial de tracte que no és acceptable.

Pel que fa a la fixació dels preus, tradicionalment l'aproximació predominant en matèria de política de la competència ha estat la de prioritzar el benestar del consumidor, el qual s'acostuma a mesurar en termes de majors o menors preus conseqüència del poder de mercat de les empreses. Aquesta aproximació, però, exclou pràctiques habituals als mercats digitals com la dels preus predadors, una estratègia que permet assolir posicions de monopoli. La paradoxa és que es tracta d'una pràctica que a priori podria semblar que afecta positivament el benestar dels consumidors, ja que consisteix en uns preus molt baixos en el curt i mig termini, però que finalment resulta en l'expulsió del mercat d'aquelles empreses que no poden competir en aquests termes. La conseqüència lògica és que els preus pugen en el llarg termini un cop es redueix la competència al mercat, amb la qual cosa sí que hi ha, a la llarga, una erosió real en el benestar dels consumidors. En aquests mercats, doncs, el que realment compta no és tant el preu que es carrega per un producte –ateses

98 UNCTAD SECRETARIAT, «Competition issues in the digital economy».

les fonts d'ingressos alternatives, com ara la publicitat en línia— sinó el nombre d'usuaris del servei. De fet, justament, el nombre d'usuaris determina el volum d'ingressos publicitaris, per la qual cosa en molts casos és altament rendible proporcionar el servei a cost zero.⁹⁹ A partir d'aquí l'estratègia consisteix a vincular diverses plataformes sota el control de la mateixa empresa, de manera que s'optimitza el servei tant des del punt de vista de l'usuari final com des del punt de vista de l'anunciant.¹⁰⁰

En qualsevol cas, fer anàlisis de preus en mercats digitals és força complicat atesa l'extrema volatilitat d'aquests i el seu caràcter específic per a cada consumidor o grups de consumidors —producte de la utilització d'algoritmes per a fixar preus d'acord amb el perfil dels consumidors. En aquests mercats, però, les possibilitats de fixar preus de manera individualitzada són quasi infinites i permeten una pràctica sistematitzada de discriminació de preus tant en termes individuals com col·lectius, com ara en funció del tipus de dispositiu amb què s'accedeix a la xarxa, de manera que, per posar un exemple, als usuaris que accedeixen des d'un dispositiu amb sistema operatiu iOS se'ls podria arribar a aplicar un preu superior perquè es considera que els seus ingressos són més elevats que els que n'utilitzen d'altres com ara Android.¹⁰¹

A més, en un context en què molts d'aquests preus són, simplement, zero, ateses les diverses fórmules a què poden acollir-se els consumidors, no sembla que la variable preu —clau a la resta de mercats— sigui aquí massa rellevant. És per això que cal incloure altres factors per tal de mesurar acuradament el benestar dels consumidors, com ara la privacitat de les dades, els costos de canviar de plataforma o els efectes de tancament de mercat que es poden generar per part de les plataformes dominants.¹⁰² En un context digital, doncs, la prosperitat ja no només depèn dels preus —de fet, aquests juguen un rol força més secundari que als mercats tradicionals— sinó de les decisions que, de forma automàtica, prenen els algoritmes de les plataformes digitals, els quals filtren i prioritzen els continguts que apareixen, de manera que anticipen i, el que és a priori més greu, determinen les decisions que prendrà la ciutadania en matèria de consum, en el que es coneix com la «governança per algoritmes».¹⁰³ Així, encara que hi hagi consumidors que creuen que aquell

99 En qualsevol cas, cal tenir present que res no surt de franc. De manera que encara que el preu per al servei en concret sigui de zero euros, en el fons el consumidor està pagant aquest servei en espècies, tot aportant les seves dades; les quals, tot sigui dit, de ben segur tenen un valor per a l'empresa en qüestió molt més gran que el preu més elevat que aquest consumidor estaria disposat a pagar.

100 VAN GORP; BATURA, *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy*.

101 PUIG; GRAU, «L'economia de les dades. Reptes per a la competència».

102 UNCTAD SECRETARIAT, «Competition issues in the digital economy».

103 MUSIANI, «Governance by algorithms».

llibre comprat a Amazon l'han triat ells mateixos, en realitat ha estat un algoritme qui els hi ha proposat, de manera discreta, a partir de les preferències mostrades per aquest consumidor a la xarxa.

És evident que les decisions finals les pren la ciutadania, però aquestes estan fortament mediatitzades per les eines d'IA que creen, utilitzen o adquireixen les grans corporacions.¹⁰⁴ Un exemple clar el constitueix l'eina *Deep Text* de Facebook, la qual descodifica el que diuen els usuaris d'aquesta xarxa i aprèn sobre els seus interessos i preferències, la qual cosa té una utilitat fonamental a l'hora de seleccionar la publicitat en línia que, de manera individualitzada, rep cada usuari. Al marge d'altres consideracions, és evident que es tracta d'unes eines amb una elevada capacitat per a desvirtuar completament la competència als mercats digitals, tot prioritjant el trànsit de dades i la demanda cap a una tipologia molt concreta de serveis. El problema addicional, però, és que no són només les grans empreses les que desenvolupen aquesta mena d'eines, amb la qual cosa la ciutadania es mostra completament indefensa enfront d'unes empreses que ja no competeixen directament entre elles per tal de vendre uns productes o uns serveis, sinó que competeixen entre elles per tal d'apropriar-se de les nostres dades i utilitzar-les per vendre'ns determinats béns i serveis. És justament per motius com aquests que les autoritats de competència comencen a prendre mesures contra algunes d'aquestes pràctiques. Un exemple recent és el cas de Facebook en relació a l'ús que l'empresa feia de les dades dels seus usuaris.¹⁰⁵ En concret, el 2019 es va multar l'empresa a Itàlia i a Alemanya per compilar dades dels usuaris extretes de diverses fonts sense, evidentment, el coneixement ni el permís d'aquests.

Ateses les consideracions anteriors, sembla evident que el paper que juguen els preus als mercats digitals és força diferent del que aquests tenen als mercats tradicionals. Per tant, els preus no han de tenir un paper clau en la política de competència en entorns digitals. Hem vist com les empreses ofereixen serveis a preu zero amb l'objectiu d'atreure clients i generar beneficis a partir d'altres agents –als mercats de doble cara, per exemple–, la qual cosa genera sens dubte utilitat als usuaris. És per aquest motiu que a més a més de la dimensió preu cal incorporar-ne d'altres com ara la quantitat de serveis oferts, la seva varietat i la seva qualitat.¹⁰⁶ Així, entre les variables relatives a la qualitat hi ha la privacitat de les dades, una dimensió

104 Un exemple el constitueixen les nombroses empreses d'IA adquirides per Google els darrers anys, com ara Onward (2018), AiMatter (2017), Api.ai (2016), Kifi (2016) DeepMind (2014) o Industrial Perception (2013), només per recollir les més recents. Pel que fa a Facebook, aquesta empresa també ha destacat per una política similar amb les adquisicions d'empreses com ara Bloomsbury AI (2018) o Ozlo (2017).

105 BOTTA; WIEDEMANN, «The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey».

106 PUIG; GRAU, «L'economia de les dades. Reptes per a la competència».

força rellevant per als consumidors al marge que sigui de difícil mesura. El diferent rol que juguen els preus als mercats digitals fa que els procediments de competència s'hagin d'adaptar per tal d'incloure aquestes casuístiques. A tall d'exemple, la llei de competència d'Alemanya es va modificar el 2017 per tal d'ajustar-se a les singularitats de l'economia digital, tot definint els productes gratuïts com un mercat, la qual cosa no tindria cabuda a la resta de mercats de l'economia tradicional.¹⁰⁷

Pel que fa a la privacitat dels usuaris, aquesta és, doncs, un element clau que els reguladors fins ara no han tingut prou en compte atesa la seva escassa incidència a l'economia tradicional. A l'economia digital, però, la privacitat és el preu a pagar –en un context en què hi ha multitud de serveis que se subministren a un preu zero– si es vol disposar de serveis personalitzats i que encaixin perfectament amb les necessitats i preferències de cada consumidor. En relació a aquesta, cal dir que tot sovint té lloc una mena d'intercanvi entre els usuaris i les empreses digitals: els usuaris renuncien a la seva privacitat a canvi d'obtenir millors serveis. El problema, però, consisteix a identificar fins on es pot renunciar a la privacitat. Un exemple el trobem en la funcionalitat de Google relativa a l'historial d'ubicacions. En concret, aquesta és una opció que tots els usuaris de Google tenen el dret d'activar o no. En cas de fer-ho, tots els moviments de l'usuari queden registrats –sempre en el cas que es desplaci amb un dispositiu com ara el seu telèfon mòbil– i són accessibles per a l'usuari en forma de cartografia digital i d'informes d'activitat. En contrapartida, l'usuari pot rebre mapes personalitzats en funció dels llocs per on es desplaci o rebre informació específica relativa als llocs on va de manera habitual, la qual cosa suposa disposar de dades més ajustades a les seves necessitats potencials. Òbviament, aquesta funcionalitat suposa una cessió de la privacitat de l'usuari –malgrat que les dades estiguin completament anonimitzades– que, a canvi, permet generar tot un conjunt de dades útils per a la resta d'usuaris, com ara els mapes de fluxos de trànsit actualitzats en temps real que permeten saber quin és l'estat de congestió de les carreteres, o els mapes d'horaris d'afluència a botigues o instal·lacions diverses. Un altre exemple, força actual, el constitueixen les aplicacions desenvolupades per diverses administracions públiques tendents a geolocalitzar els usuaris d'aquestes per tal de poder-los informar si han estat en contacte proper d'un altre usuari que hagi estat infectat per la Covid-19. Objectivament, utilitzar aquesta eina permet millores en la salut públic en detectar de forma més ràpida possibles casos positius de la Covid-19, però no tothom accepta compartir amb una administració pública el seu historial de desplaçaments i interaccions socials, encara que aquests estiguin completament anonimitzats.

107 UNCTAD SECRETARIAT, «Competition issues in the digital economy».

Per tant, la renúncia a la privacitat de dades tan íntimes, com poden ser les relatives als desplaçaments que fa cadascú, per exemple, pot tenir un sentit en termes de permetre generar un servei útil a la comunitat digital.¹⁰⁸ I és que aquesta és una qüestió on no existeixen respostes clares i categòriques. De fet, la posició de les administracions públiques en aquest sentit és lluny de ser clara. Un exemple viscut durant el 2020, el trobem en els diversos projectes que a escala europea hi ha per a implantar una aplicació mòbil que permeti un millor control de la propagació de la Covid-19, de manera similar a com s'ha fet en altres països com ara la Xina o a Corea del Sud. La lògica d'una aplicació d'aquesta mena demana, justament, que l'usuari del dispositiu mòbil transmeti la seva localització de manera continuada, un fet que podria entrar en col·lisió amb el dret a la intimitat dels usuaris. En aquest sentit, Cédric O (1982), el secretari d'Estat de polítiques digitals del govern francès va afirmar que la proposta que els va fer arribar l'empresa Apple no era del tot adequada ja que protegia en excés la privacitat dels usuaris,¹⁰⁹ per la qual cosa va demanar a la companyia californiana canvis en aquest sentit. Un posicionament que no deixa de ser paradoxal, ja que normalment són les administracions públiques les que mostren un major zel en la protecció de la privacitat dels usuaris i no pas les empreses.

Al marge d'aquestes casuístiques, en el marc de l'economia digital, la privacitat –o, més concretament, la gestió de la privacitat– pot considerar-se com una fallada de mercat ateses les ineficiències que se'n deriven.¹¹⁰ En concret, podríem dir que a banda i banda del mercat hi ha un cert interès en disposar de més i millor informació dels consumidors: pel que fa a les plataformes que dominen aquests mercats per tal d'ajustar els seus serveis i definir millor quins són els clients; i pel que fa als clients finals ja que gràcies a aquesta informació poden gaudir de serveis més especialitzats. Ara bé, la identificació de la quantitat precisa d'informació a transferir és un problema de difícil solució. Aquest és un àmbit en què s'han produït importants canvis legislatius en anys recents. Així, gràcies a la *General Data Protection Regulation* (GDPR), aprovada al Parlament europeu al 2016, els usuaris disposen de més garanties respecte a qui emmagatz-

108 Un exemple d'aquesta aparent contradicció el trobem amb els informes que Google ha començat a subministrar en el marc del confinament generalitzat a causa de la Covid-19 –COVID-19 Community Mobility Reports. Aquests informes es realitzen gràcies als usuaris de Google que tenen activat l'historial de localitzacions i permeten mostrar –per a diferents àmbits territorials i tipologies de desplaçaments– com evolucionen les pautes de mobilitat abans i durant el confinament.

109 TWITTER, declaració publicada el 5 de maig del 2020 al compte personal d'O, @cedric_o.

110 BOTTA; WIEDEMANN, «The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey». Aquest terme s'utilitza en economia per a descriure les situacions en què un bé o servei no es distribueix de forma eficient al mercat. Aquesta ineficiència pot explicar-se en termes d'abundància o escassetat de les quantitats subministrades.

ma informació sobre ells i quin ús se'n fa. Aquesta actuació es justifica, com dèiem, pel concepte de fallades de mercat, en vista de la manca de transparència existent pel que fa a quines dades tenen les empreses sobre els consumidors, quin ús en fan i, per tant, quina utilitat en pot obtenir aquest de la cessió de les seves dades. És per motius com aquest que, per exemple, els usuaris de planes web han de donar el seu consentiment explícit per tal que aquestes instal·lin galetes –*cookies*– al seu ordinador, ja que aquestes recopilen informació de la seva activitat a la xarxa. En aquest cas, si l'usuari accepta instal·lar-les sap que això li proporcionarà una navegació web més ràpida però, en contrapartida, deixarà una petjada digital que pot ser utilitzada per a recopilar informació sobre les seves activitats o preferències.

Pel que fa a la taxació de les activitats empresarials, aquest és un aspecte fonamental per tal d'assegurar una millora de la competència als mercats. I és que en un context en què bona part de les activitats econòmiques es digitalitzen, com a conseqüència de la menor pressió fiscal que suporten les activitats digitals, els estats estan experimentant una important fugida fiscal que acaba repercutint en la qualitat i quantitat dels serveis públics que presten i, per tant, en el benestar de la seva ciutadania. Aquest és, en qualsevol cas, un problema que afecta el conjunt de la fiscalitat europea,¹¹¹ i no únicament la que es refereix a les activitats digitals. De tota manera, és urgent una harmonització fiscal a escala comunitària que eviti l'existència d'illes fiscals sense cap mena de taxa digital o amb unes taxes digitals significativament per sota de les de la mitjana comunitària. En termes generals, les diferències a escala comunitària són notables, la qual cosa genera incentius perversos en termes d'on localitzar les activitats tot cercant una menor pressió fiscal. Ara bé, quan aquestes situacions es produeixen amb l'aparició de països competidors fora de l'àmbit comunitari els problemes són força menys importants que quan són, justament, països de la UE que se suposa s'haurien de regir per les mateixes normes.

També és cert que en virtut de la virtualització creixent de les activitats físiques la frontera existent entre els serveis diguem-ne tradicionals i els serveis digitals és cada vegada més ambigua i permeable, de manera que aquesta adequada identificació i taxació de les activitats digitals no hauria de portar a l'existència de dos règims completament diferenciats –el tradicional i el digital–, sinó que el sistema actual simplement hauria d'incorporar les característiques dels serveis digitals i integrar-les de manera homologable a la resta

111 DOVER, «Bringing transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the European Union». Aquest estudi del Parlament Europeu quantifica la pèrdua d'ingressos fiscals totals en una forquilla que va dels 50 als 190 bilions d'euros, en funció de la metodologia emprada.

d'activitats taxades fins ara. El dilema actual és, doncs, fins a quin punt cal retocar els actuals sistemes fiscals per tal d'acomodar-los a l'economia digital o si, pel contrari, el que cal és una reformulació completa d'aquests per tal d'evitar les ineficiències detectades anteriorment. En vista que les actuals transformacions de l'economia van força més enllà de la irrupció de les activitats digitals i que, en conseqüència, el que està succeint és que bona part de l'economia està abraçant la digitalització, podríem concloure que la segona opció –una profunda remodelació dels sistemes impositius– seria la més adequada.

Podem resumir les consideracions pràctiques d'aquest apartat en una bateria de recomanacions tant per a la UE en el seu conjunt, com per als poders públics de cadascun dels estats membres –a qualsevol nivell governamental o administratiu escaient. Aquesta bateria no és ni de bon tros exhaustiva, però considerem que pot ser un bon punt de referència a l'hora d'enfrontar-se al perill que poden suposar els monopolis i oligopolis en general i, en concret, d'aquells relacionats amb els serveis digitals. A tal efecte, considerem que caldria que les polítiques de competència del segle XXI tinguessin com a eixos principals:

- Reforçar el dret a la privacitat de l'usuari de serveis digitals, de forma que aquest tingui un major control sobre quines dades cedeix a quines empreses; a canvi de quins serveis; amb quines finalitats; i durant quin període de temps.
- Garantir l'accés lliure i obert a dades fins on sigui possible, tot mirant de comptabilitzar el dret a la privacitat amb l'interès públic.
- Assegurar la portabilitat de les dades de cada consumidor en un format que sigui gestionable des de diferents empreses i sistemes informàtics, sense que aquesta suposi un cost afegit per al consumidor.
- Promoure la divisió de grans corporacions en aquells mercats on es doni un grau excessiu de concentració, per tal de reduir barreres d'entrada i afavorir la competència i la innovació.
- Reformular profundament els sistemes fiscals, per tal d'adaptar-los al fet que bona part de l'economia està abraçant la digitalització; de forma que s'eviti una diferenciació –cada cop menys raonable– entre dos règims fiscals completament diferenciats –el «tradicional» i el «digital».

- Harmonitzar les regulacions que afecten les empreses de producció de continguts amb les que afecten les plataformes digitals; particularment, en allò referent a controls i fiscalitat.
- Implementar una major harmonització fiscal a escala europea –i, si és possible, global–, de cara a evitar l'existència d'il·les fiscals sense cap mena de taxa digital o amb unes taxes digitals significativament per sota de les de la mitjana de la UE.

Reflexions finals per a una política de competència al segle XXI

La política de defensa de la competència al segle XXI ha de perseguir, bàsicament, els mateixos objectius que fins a l'actualitat, que no són altres que garantir la lliure competència als mercats, tot utilitzant un conjunt d'instruments que normalment serveixen per a evitar la creació de barreres d'entrada, facilitar l'entrada d'empreses als mercats i, en definitiva, afavorir la innovació.¹¹² Els canvis a realitzar en aquesta política, però, s'han de referir justament a les transformacions que experimenten els mercats amb l'aparició de noves formes de satisfer la demanda, unes noves formes que trenquen amb els canals habituals de distribució física en virtualitzar-se. És evident que aquests nous serveis suposen millores de benestar per als consumidors, en ampliar considerablement el ventall de béns i serveis a què aquests tenen accés, però al mateix temps poden arribar a deixar-los en una situació d'indefensió, en incrementar-se la seva dependència vers unes –poques– empreses que decideixen com es comuniquen amb el món, què consumeixen, com ho consumeixen i des d'on ho consumeixen.

En el món digital és evident que cal conjugar els interessos legítims de les empreses –pel que fa al retorn de les seves inversions– amb la protecció dels drets de consumidors i usuaris. Actualment, una de les eines principals per a protegir aquests drets és la interoperabilitat, per tal d'assegurar l'existència de diverses plataformes dins d'un mateix mercat, la qual cosa permet al mateix temps la lliure competència entre les empreses i que els usuaris en triïn la que s'ajusti més a les seves necessitats; però també cal buscar altres mecanismes que conjuguin els incentius de les empreses a invertir en noves solucions tecnològiques amb l'erradicació de les barreres d'entrada en aquests mercats.

Ara bé, malgrat les continuades apel·lacions a la competència que es fan des de tota mena d'organismes, al món digital es pot produir la paradoxa que, en determinats àmbits, el millor per als consumidors sigui l'existèn-

¹¹² VAN GORP; BATURA, *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy*.

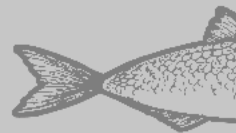
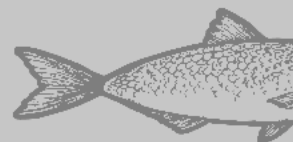
cia d'una sola gran plataforma en forma de monopoli, i no pas el que hi hagi una diversitat d'empreses intentant competir entre elles per atreure usuaris a les seves plataformes. Arribats a aquest punt, cal plantejar-se què és primer, si l'ou o la gallina o, dit d'una altra manera: com es pot conjugar el fet que la competència sigui un bé preuat perquè assegura el benestar, amb els casos en què per garantir aquest benestar calgui prescindir de la competència. De tota manera, el regulador no pot obviar la preocupant tendència a la concentració que es produeix als mercats digitals, en què assolir nivells de competència homologables als que es donen a l'economia tradicional és poc menys que una quimera. I és que, parafrasejant la dita, a l'economia digital «*The winner takes it all*» [el guanyador s'ho emporta tot]. Aquí, per exemple, caldria preguntar-se si en aquells àmbits on el monopoli sigui inevitable o desitjable, no tindria sentit que es convertís en un monopoli públic o, si més no, sotmès a un fort control públic.

Avui en dia són els usuaris els qui –aparentment– trien quines aplicacions fan servir i com i quan les utilitzen, però l'avenç de la IA pot posar aquests usuaris en mans de les grans companyies que controlen el conjunt d'algoritmes que, cada cop més, guiaran les nostres decisions i ens diran què i com consumir. Aquesta no és una peculiaritat de l'economia digital sinó que el poder dels algoritmes ja és molt gran en altres sectors, com ara al món de les finances, en què aquests són responsables de bona part de les operacions que tenen lloc cada dia. Ingènuament, molts de nosaltres creiem que quan ens connectem a la nostra xarxa social favorita som nosaltres qui decidim quines actualitzacions ens apareixen en pantalla però, malauradament, això no és així, sinó que són els algoritmes els que decideixen per nosaltres en funció de la nostra activitat anterior a la xarxa, dels comptes que hem decidit seguir, dels «*likes*» que hem assignat o del temps que hem dedicat a llegir una determinada publicació.

De fet, fins i tot els comptes i perfils que seguim estan mediatitzats per l'algoritme de torn que ens proposa opcions semblants a allò que ens agrada. Tot plegat suposa que, contràriament al que pensàvem, la xarxa no ens permet accedir a un món sense fronteres, sinó que més aviat ens fa explorar una porció molt petita d'aquest món dins d'unes fronteres que nosaltres mateixos, inconscientment, ens delimitem. Vol dir això que l'economia digital ha de romandre al marge de qualsevol control ja que, a hores d'ara, potser és fora del control de les empreses que hi participen? És evident que la resposta és no, però també ho és que en un context com aquest no podem pretendre gestionar aquests mercats de la mateixa manera que ho hem fet, i fem, amb els tradicionals.

Com diu Bernard Minier (1960) a la seva novel·la *M, le bord de l'abîme*, tot referint-se a la IA «*elle ne se passe pas dans le futur: elle se passe aujourd'hui*» [no passa en el futur, està passant avui].

6



REFERÈNCIES

ALLENDESALAZAR, Rafael. «Acertada flexibilización del Derecho de Competencia». A *Expansión*, del 18 d'abril de 2020.

BAIN, Joe S. *Industrial Organization*. Nova York: Wiley, 1959.

BLAYAC, Thierry; BOUGETTE, Patrice. «Should I go by bus? The liberalization of the long-distance bus industry in France». A *Transport Policy*, núm. 56, pàg. 55–62, 2017.

BOTTA, Marco; WIEDEMANN, Klaus. «The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey». A *The Antitrust Bulletin* núm. 64 (3), pàg. 428–446, 2019.

BRADFORD, Anu; CHILTON, Adam; LINOS, Katerina. «La UE, ya no EE UU, es la referencia de la lucha antimonopolio mundial». A *Cinco Días*, del 9 de desembre de 2019.

BRADFORD, Anu; CHILTON, Adam; LINOS, Katerina. «The Global Dominance of European Competition Law Over American Antitrust Law». A *Journal of Empirical Legal Studies*, núm 16 (4), pàg. 731–766, 2019.

BRADFORD, Anu; CHILTON, Adam; LANCIERI, Filippo Maria. «The Chicago School's Limited Influence on International Antitrust». A *The University of Chicago Law Review*, núm. 87 (2), pàg. 297–329, 2019.

BRÄUNINGER, Dieter. «Taxing the digital economy. Good reasons for scepticism» [en línia]. A *EU Monitor. Digital economy and structural change* (Deutsche Bank Research). Disponible a: <www.dbresearch.com>.

BUCH-HANSEN, Hubert; WIGGER, Angela. «Revisiting 50 Years of Market-Making: The Neoliberal Transformation of European Competition Policy». A *Review of International Political Economy*, núm. 17 (1), pàg. 20–44, 2010.

CARREE, Martin; GÜNSTER, Andrea; SCHINKEL, Maarten Pieter. «European Antitrust Policy 1957–2004: An Analysis of Commission Decisions». A *Review of Industrial Organization*, núm. 36 (2), pàg. 97–131, 2010.

CINI, Michelle; MCGOWAN, Lee. *Competition Policy in the European Union*. Londres: Palgrave, 2008.

CNMC, *Informe de la CNMC sobre las ayudas públicas en España – 2018*. Madrid: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 2018.

COMMISSION COMPETITION LAW 4.0'. «A new competition framework for the digital economy». Berlin: Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, 2019.

CRÉMER, Jacques; DE MONTJOYE, Yves-Alexandre; SCHEWEITZER, Heike. *Competition Policy for the digital era*. Brussel·les: European Commission, 2019.

DOVER, Robert (et al). «Bringing transparency, coordination and convergence to corporate tax policies in the European Union». Brussel·les: European Parliamentary Research Service, 2015.

EUROPEAN COMMISSION. *Questions and Answers on a Fair and Efficient Tax System in the EU for the Digital Single Market*. Brussel·les: European Commission, 2018.

- EVANS, David (ed.). *Microsoft, Antitrust and the New Economy: Selected Essays*. Nova York: Kluwer Academic Publishers: 2002.
- EZRACHI, Ariel; REYNA, Agustin. *The Role of Competition Policy in Protecting Consumers' Well-being in the Digital Era*. Brussel·les: BEUC, 2019.
- FOLGUERAS, Jaime; BACHES, Sergio. «Les normes de defensa de la competència a la Unió Europea i als Estats Units d'Amèrica: introducció a l'estudi comparat». A *Nota d'Economia*, núm. 74, pàg. 147–167, 2002.
- FEDERAL TRADE COMMISSION, «Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices In the Matter of Google Inc» [en línia]. Disponible a: <www.ftc.gov>.
- GIRARD, Alexandre; GNABO, Jean Yves; LONDOÑO, R. «Lobbying Activity and the Outcome of Cartel Enforcement». Mimeo, 2020.
- HÜSCHEL RATH, Kai; SMUDA, Florian. «Do Cartel Breakdowns Induce Mergers? Evidence from EC Cartel Cases?». A *European Competition Journal* núm. 9 (2), pàg. 407–429, 2013.
- KARAGIANNIS, Yannis. «The Origins of European Competition Policy: Redistributive Versus Ideational Explanations». A *Journal of European Public Policy*, núm. 20 (5), pàg. 777–794, 2013.
- KOVACIC, William. «Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence in the future treatment of dominant firms?». A *Competition Law International*, núm. 4 (3), pàg. 8–18, 2008.
- LERNER, Josh. «The Returns to Investments in Innovative Activities: An Overview and an Analysis of the Software Industry». A EVANS, David (ed.), *Microsoft, Antitrust and the New Economy: Selected Essays*, Nova York: Kluwer Academic Publishers, 2002.
- LIPIETZ, Alain. *Towards a New Economic Order. Postfordism, Ecology and Democracy*. Cambridge: Polity Press, 1992.

LOWE, Philip. «The Design of Competition Policy Institutions for the 21st Century—the Experience of the European Commission and DG Competition». A *EC Competition Policy Newsletter*, vol. 2008 (3), pàg. 1–11, 2008.

MINIER, Bernard. *M, le bord de l'abîme*. París: XO Éditions, 2019.

MUSIANI, Francesca. «Governance by algorithms». A *Internet Policy Review*, núm.2 (3), pàg. 1–8, 2013.

OECD. *OECD Competition Assessment Reviews: Portugal Volume I - Inland and Maritime Transports and Ports*. París: OECD Publishing, 2018.

OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*. París: OECD Publishing, 2014.

ORDÓÑEZ-DE-HARO, José Manuel; BORRELL, Joan Ramon; JIMÉNEZ, Juan Luís. «The European Commission's Fight against Cartels (1962–2014): A Retrospective and Forensic Analysis». A *Journal of Common Market Studies*, núm. 56 (5), pàg. 1087–1107, 2018.

PAGE, William; LOPATKA, John. *The Microsoft Case. Antitrust, high technology, and consumer welfare*. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

PUIG, Xavier; GRAU, Susanna. «L'Economia de les dades. Reptes per a la competència». Barcelona: Autoritat Catalana de la Competència, 2016.

PwC. «Global Top 100 companies by market capitalisation» [en línia]. Disponible a: <www.pwc.com>.

RADU, Roxana; CHENOU, Jean Marie. «Data control and digital regulatory space(s): towards a new European approach». A *Internet Policy Review*, núm. 4(2), pàg. 1–10, 2010.

RIERA, Antoni. *Els cereals i el pa en els països de llengua catalana a la baixa edat mitjana*. Barcelona: Institut d'Estudis Catalans, 2017.

SANZ, Didier. «Même sans Android, un téléphone Huawei peut être un bon achat». A *Le Figaro*, de 6 de març, pàg. 29, 2020.

STOLLER, Matt. *Goliath*. Nova York: Simon & Schuster, 2019.

THE ECONOMIST, «America Should Borrow from Europe's Data-Privacy Law». A *The Economist*, de 5 d'abril de 2018.

TRILLAS, Francesc. «L'economia política de les indústries de xarxa a la Unió Europea». A *Oikonomics*, núm. 3, pàg. 28-34, 2015.

UNCTAD SECRETARIAT. «Competition issues in the digital economy». Nova York: Trade and Development Board (United Nations Conference on Trade and Development), 2019.

VAN GORP, Nicolai; BATURA, Olga. *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy*. Brussel·les: European Parliament, 2015.

VICKERS, John. «Abuse of Market Power». A BUCCUROSSI, Paolo (ed.). *Handbook of Antitrust Economics*. Cambridge: The MIT Press, 2008.

VIVES, Xavier (ed.). *Competition Policy in the EU: Fifty Years on from the Treaty of Rome*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

WHINSTON, Michael. *Lectures on Antitrust Economics*. Cambridge: The MIT Press, 2008.

WIGGER, Angela; NÖLKE, Andreas. «Enhanced Roles of Private Actors in EU Business Regulation and the Erosion of Rhenish Capitalism. The Case of Antitrust Enforcement». A *Journal of Common Market Studies*, núm. 45(2), pàg. 487–513, 2007.

