



L'ECONOMIA DE LES DADES. REPTES PER A LA COMPETÈNCIA

Novembre de 2016

REF. núm.: ES 12/2016

«Come gather 'round people
Wherever you roam
And admit that the waters
Around you have grown
And accept it that soon
You'll be drenched to the bone
If your time to you
Is worth savin'
Then you better start swimmin'
Or you'll sink like a stone
For the times they are a-changin'».
Bob Dylan. *The Times They Are A-Changin'*, 13 de gener de 1964¹

«If a company's use of data is so bad for competition that it outweighs the benefits, we may have to step in to restore a level playing field. [...] We don't need a whole new competition rulebook for the big data world. Just as we didn't need one for a world of fax machines, or credit cards, or personal computers. What we do need is to pay close attention to these markets and to take action when it's necessary».
Margaret Vestager. *Competition in a big data world*, 17 de gener de 2016²

«[...] We need to start looking at mergers with valuable data involved, even though the company that owns it doesn't have a large turnover. [...] I think there's a strong case for new EU rules as part of the answer. [...] if we do find that new EU legislation is the best way forward, I hope to put a proposal on the table early next year».
Big data and competition, 29 de setembre de 2016³

CONTACTES

Autoritat Catalana de la Competència
Via Laietana, 60, 5a planta
08003 Barcelona
Tel.: 93 552 81 60
autoritat.competencia@gencat.cat
<http://acco.gencat.cat/>
[@competenciakat](https://t.me/competenciakat)
<https://telegram.me/competenciakat>

Xavier Puig Soler
xpuigs@gencat.cat
[@xavipuigs](https://t.me/xavipuigs)

Susanna Grau Arnau
sgrau@gencat.cat
[@susanna_grau](https://t.me/susanna_grau)

1. Nobel de literatura de l'any 2016.

2. https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en.

3. http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/big-data-and-competition_en.

³ https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en

³ http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/big-data-and-competition_en



(I) UNA NOVA REALITAT: L'ECONOMIA DE LES DADES.....	6
1. La digitalització	6
2. La interconnexió digital.....	7
3. <i>Big data</i>	7
4. El valor de les dades	8
5. L'accentuació del desequilibri en els <i>two-sided markets</i>	10
6. Els efectes de xarxa.....	12
6.1. Tradicionals.....	12
6.2. Volum de dades (aprenentatge)	12
6.3. Amplitud de la informació.....	13
6.4. Retroalimentació entre les dues cares	13
(II) REPTES PER A LA COMPETÈNCIA.....	14
1. Una perspectiva més àmplia.....	14
2. Riscos per a la competència.....	16
2.1. Risc estructural: els <i>winners take it all</i>	16
2.2. Risc de comportament: conductes restrictives de la competència.....	20
2.2.1. La degradació de la qualitat del servei	20
2.2.1.1. Tracte preferencial	21
2.2.1.2. Increment de beneficis.....	22
2.2.2. Dificultar la portabilitat de dades	27
2.2.3. Abusar del domini en un àmbit i traslladar-lo a un altre.....	28
2.2.4. Limitar l'accés a les dades.....	28
2.2.4.1. Acords en exclusiva	28
2.2.4.2. Operacions de concentració.....	29
2.2.5. Coordinar preus o condicions comercials (algoritmes)	33
2.2.6. La discriminació perfecta.....	33
2.2.6.1. La captació de l'excedent del consumidor per l'oferent	35
2.2.6.2. Menors diferències de preus	35
2.2.6.3. L'exclusió del mercat	35
(III) NECESSITAT DE CANVIS	37
1. Canvis regulatoris.....	37
1.1. Contractació pública	37
1.2. Defensa de la competència.....	37
1.2.1. En relació amb el control de les operacions de concentració	38
1.2.1.1. Els llistats.....	38
1.2.1.2. Les dades	38



1.2.1.3.	Les operacions embrionàries	39
1.2.1.4.	Indicadors alternatius.....	40
1.2.2.	En relació amb el control dels comportaments anticompetitius	41
2.	Canvis en la manera d'actuar de les autoritats de la competència	41
2.1.	Més coordinació.....	42
2.2.	Més velocitat	42
2.3.	Nous instruments (tecnològics i de <i>soft law</i>)	43
2.3.1.	En relació amb el control de comportaments	43
2.3.2.	En relació amb la promoció de la competència.....	43
2.4.	Nou enfocament en les operacions de concentració.....	44
2.4.1.	La definició dels mercats rellevants	44
2.4.2.	Una visió omnicomprensiva	45
2.4.3.	Termini d'anàlisi.....	46
2.4.4.	Inversió de la càrrega de la prova	47
(IV)	CONCLUSIONS.....	48

PRELIMINAR

L'Autoritat Catalana de la Competència (d'ara endavant, l'ACCO) és un organisme de la Generalitat de Catalunya de caràcter independent, regulat per la Llei 1/2009, de 12 de febrer, de l'Autoritat Catalana de la Competència, que, de conformitat amb l'article 2.1 d'aquesta norma, «té l'objectiu de garantir, millorar i promoure les condicions de lliure competència i transparència en els mercats respecte a les activitats econòmiques que s'exerceixen principalment a Catalunya».⁴

La innovació incideix en les condicions de competència en els mercats en la mesura que altera el comportament dels operadors que hi actuen i fins i tot pot modificar el funcionament dels mercats.

És per això que l'ACCO ha treballat en l'anàlisi d'importants factors innovadors, com ara l'anomenada *economia col·laborativa*⁵ o l'autoconsum elèctric,⁶ a fi de promoure que les noves possibilitats tecnològiques contribueixin a millorar les condicions de competència en els mercats, de tal manera que s'incrementi el benestar de consumidors i usuaris.

Un dels avenços tecnològics més significatius correspon a la possibilitat de captar una quantitat ingent d'informació, com també un ràpid processament d'aquesta informació [dues de les principals característiques que configuren el fenomen conegut com a dades massives (*big data*)]. Això no tan sols implica l'aparició d'operadors especialitzats en aquest tipus d'activitats, sinó que també fa possible l'«economia de les dades».

En aquest sentit, amplia la rendibilitat de models de negocis basats en les dades i atorga més valor estratègic a la recopilació d'aquestes dades. Les possibilitats més grans d'obtenir ingressos a partir de la informació fan més eficient l'estratègia d'establir un preu zero en un dels mercats del qual depenen els models de negoci tipus plataforma (*two-sided*).

No obstant això, el mercat en el qual un operador ofereix el seu servei a preu zero no està exempt d'eventuals problemes de competència en paràmetres diferents del preu (significativament qualitat, ja sigui entesa com a informació adequadament classificada o com el nivell de privacitat ofert als usuaris). Per això, les autoritats de la competència necessàriament hauran d'abandonar una perspectiva *price-centric* i endinsar-se en la valoració d'altres paràmetres ja previstos per la Llei de defensa de la competència.

Aquest és només un dels reptes que planteja aquest nou entorn (l'economia de les dades). En aquest document s'explora la possibilitat que aquests reptes requereixin canvis regulatoris i de la manera d'actuar per part de les autoritats de la competència.

El document s'estructura en tres parts: a) caracterització del fenomen; b) principals reptes, i c) possibles respostes d'índole regulatòria i de la manera d'actuar de les autoritats de la competència.

4. Aquest document s'emmarca en la funció de promoció de la competència, té caràcter divulgatiu i, per tant, les referències a operadors concrets persegueixen únicament l'objectiu d'il·lustrar la realitat a la qual es vol fer menció, sense que en cap cas impliquin una validació de la seva actuació en termes de política de competència.

5. Xavier PUIG; Susanna GRAU. *Transacciones entre iguales (P2P). Un paso adelante*. ACCO, maig de 2016, <http://acco.gencat.cat/ca/detall/article/ES-10-2016.-Transaccions-entre-iguals-P2P-i-competencia.-Un-pas-endavant> *TRANSACCIONES ENTRE IGUALES (P2P). UN PASO ADELANTE..* <http://acco.gencat.cat/ca/detall/article/ES-10-2016.-Transaccions-entre-iguals-P2P-i-competencia.-Un-pas-endavant>

6. Xavier PUIG; Susanna GRAU. *El autoconsumo eléctrico y la competencia*. ACCO, maig de 2016, <http://acco.gencat.cat/ca/detall/noticia/LACCO-fa-publicues-unes-observacions-sobre-lautoconsum-electric-i-la-competencia> *El autoconsumo eléctrico y la competencia..* <http://acco.gencat.cat/ca/detall/noticia/LACCO-fa-publicues-unes-observacions-sobre-lautoconsum-electric-i-la-competencia>

(I) UNA NOVA REALITAT: L'ECONOMIA DE LES DADES

L'evolució tecnològica ha comportat canvis significatius en múltiples àmbits i l'economia no n'ha quedat al marge.

Alguns dels canvis més recents i significatius que ha suscitat la tecnologia en l'economia han consistit en l'aparició de múltiples operadors que basen el seu model de negoci en el tractament de la informació i que poden accedir-hi gràcies a una digitalització creixent (transformació de béns físics en informació), que ha permès les interaccions digitals (que, a diferència de les físiques, deixen constància —informació—), d'una banda, i a un ampli volum d'informació (Internet i els sensors), de l'altra.

Els canvis indicats no solament han permès la proliferació dels models de negocis basats en el tractament d'informació, sinó que també, i singularment, es corresponen amb aquells operadors que han aconseguit èxits més significatius recentment (des de Google fins a Facebook, WhatsApp o LinkedIn, passant per Uber i Airbnb).

1. La digitalització

Des de la revolució industrial fins ben avançat el segle XX, l'avantatge competitiu més rellevant dels operadors econòmics es fonamentava en la seva capacitat de produir i distribuir un bé o producte físic. No obstant això, en les dècades que ens precedeixen s'ha produït un fenomen molt particular de transformació dels béns físics (àtoms) en informació (bits). En altres paraules, cada vegada és menys rellevant el suport i més la informació.

Els qui han pogut viure les tres últimes dècades han conegut les cassetes i els CD. Igualment, han comprat i visionat vídeos (videocassetes) i han consultat les pàgines grogues. Molt probablement, les nenes i nens que neixen avui no utilitzaran mai cap dels suports físics esmentats, sinó únicament dades, per exemple, a través de serveis oferts per Spotify (música), Netflix (vídeo) o Google (com a directori d'informació de contacte de les empreses). I potser utilitzaran menys llibres en paper i més llibres electrònics.

Si no s'hagués produït l'avenç tecnològic que ha permès desmaterialitzar la informació, no haurien aparegut cap de les companyies abans descrites. Google neix com a resposta al problema que suscita l'aparició de multitud d'informació digital que requereix ser ordenada per poder ser consultada amb facilitat. Sense un volum ingent d'informació digital en termes de notícies, música, vídeo, etc., Google no hauria existit mai. No hi hauria hagut aquesta necessitat.

Lluny de desaparèixer, sembla que aquesta tendència es consolidarà, amb l'eventual utilització massiva de les impressores 3D.

Així, l'avantatge competitiu més rellevant sembla que s'ha traslladat de la producció i la distribució a la informació (les dades) i la seva gestió.⁷

7. Tal com s'exposarà, la gestió de la informació pot dependre també en gran manera de les dades o les interaccions tant o més que de l'algoritme. En aquest sentit, els algorismes sembla que s'estan convertint en una mena de producte indiferenciat (*commodity*) i que es poden aconseguir o perfeccionar a partir d'iniciatives com ara Kaggle.com.

2. La interconnexió digital

A la desmaterialització de la informació (ja no cal un suport físic) cal afegir-hi les possibilitats d'interacció digital que ha permès Internet, que no deixa de ser una xarxa que ens posa en contacte digital i que permet multitud d'interaccions telemàtiques. Fruit d'aquestes possibilitats han aparegut un gran nombre d'operadors en el marc del que s'ha convingut a anomenar *Internet 2.0* (Internet relacional). Entre aquests operadors hi ha Viquipèdia, Facebook, Uber, Airbnb i TripAdvisor, entre d'altres.

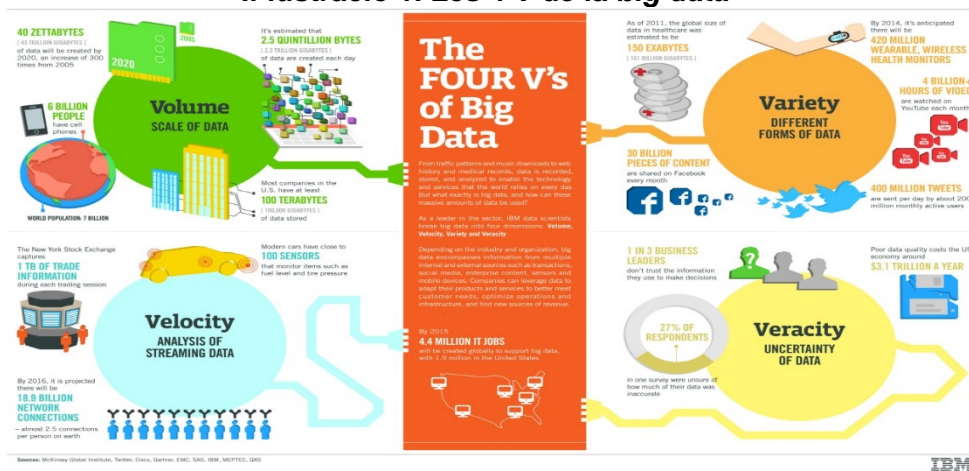
És a dir, sense Internet, no existirien les possibilitats de treball col·lectiu o col·laboratiu, com ara Viquipèdia o TripAdvisor, ni tampoc no haurien aparegut empreses com ara Uber i Airbnb, que treballen per fer més eficient la connexió entre oferents i demandants a través dels mitjans digitals. Tampoc no existiria Facebook si una interacció, abans restringida a l'àmbit personal (tenir una relació d'amistat amb algú), no hagués pogut ser configurada de manera digital.

En qualsevol cas, som a les portes d'una nova revolució⁸ en la mesura que les interaccions digitals deixen d'estar pràcticament monopolitzades per les persones per comprendre també la intercomunicació entre els objectes, l'internet de les coses⁹ (d'ara endavant, IoT, per la sigla en anglès). Probablement, la implantació massiva de la IoT permetrà l'aparició de nous operadors que compartiran, amb els esmentats anteriorment, la característica que el seu model de negoci pivota sobre la informació.

3. Big data

Molts operadors econòmics, conscients de la importància creixent de les dades, han invertit en aspectes relacionats amb aquestes dades, singularment en la seva obtenció i tractament. Això ha donat lloc al fenomen conegut com a dades massives (*big data*), que es caracteritza per les 4 V: volum, varietat, velocitat (de processament) i veracitat.

Il·lustració 1. Les 4 V de la *big data*¹⁰



8. Fernando TRIAS DE BES MINGOT. «¿Internet de las cosas? ¡Tranquilos!», *La Vanguardia-Dinero*, 25 de setembre de 2016, <http://www.esade.edu/web/esp/about-esade/today/esade-opinion/viewelement/324781/1/internet-de-las-cosas-tranquilos> «¿Internet de las cosas? ¡Tranquilos!» *La Vanguardia-Dinero*, <http://www.esade.edu/web/esp/about-esade/today/esade-opinion/viewelement/324781/1/internet-de-las-cosas-tranquilos>

9. *Big data: individual rights and smart enforcement*. European Data Protection Supervisor – BEUC Joint Conference. Brussel·les, Bèlgica, 26 de setembre de 2016. Remarks of Commissioner Terrell McSweeney,

https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/987103/mcsweeney_-_euro_data_protection_conf_9-29-16.pdf.

«Last year, Cisco released a report predicting that the Internet of Things will generate more than 500 zettabytes of data a year by 2019 – or the rough equivalent of all the data created from the dawn of the written word to the dawn of the Internet». *Cisco Global Cloud Index: Forecast and Methodology, 2014–2019*. White Paper, 21 d'abril de 2016

http://www.cisco.com/c/en/us/solutions/collateral/service-provider/global-cloud-indexgci/Cloud_Index_White_Paper.pdf. *BIG DATA: INDIVIDUAL RIGHTS AND SMART ENFORCEMENT*, European Data Protection Supervisor-BEUC Joint Conference Brussels,,

10. <http://www.ibmbigdatahub.com/infographic/four-vs-big-data> <http://www.ibmbigdatahub.com/infographic/four-vs-big-data>



4. El valor de les dades

L'obtenció de dades requereix una despesa per part de les empreses, ja sigui en forma d'implementació de sistemes més o menys sofisticats de recopilació d'informació (sensors) o mitjançant l'oferiment de productes (telèfons intel·ligents) o serveis (Google) gratuïts o subvencionats a fi de poder captar informació dels usuaris per obtenir després un benefici econòmic a partir d'aquesta informació.

La captació de dades pot resultar més o menys evident:¹¹

La FTC ha hagut d'advertir¹² els desenvolupadors d'aplicacions sobre l'ús d'un programari que permet, sense notificar-ho als usuaris, escoltar a través del telèfon mòbil per detectar l'ús televisiu dels usuaris.

També han aparegut notícies¹³ segons les quals alguns televisors i rellotges intel·ligents estarien escoltant les converses que es produeixen al seu voltant. Aquesta circumstància va ser recollida en un informe de la Competition and Markets Authority (CMA).¹⁴

En l'era de la IoT, cada vegada més productes recopilaran informació. Recentment s'ha fet pública¹⁵ una demanda en relació amb la recopilació de dades d'un vibrador (es configurava a través d'una aplicació).

Google ha estat acusada d'evitar les configuracions de privacitat del navegador d'Apple Safari amb la finalitat de poder obtenir informació dels usuaris mitjançant galetes.¹⁶

En qualsevol cas, i sense entrar de moment en consideracions sobre la privacitat (que també pot ser vulnerada en relació amb l'ús posterior de la informació recopilada), l'obtenció de dades requereix una inversió, amb la qual cosa l'operador que disposa d'aquestes dades té un avantatge competitiu. Aquests grans cossos de dades s'estan convertint en un actiu central en l'economia, estan impulsant noves indústries, processos i productes i estan creant avantatges competitius significatius.¹⁷

11. «Your Coffeemaker Is Watching You», *The Atlantic*, «Your Coffeemaker Is Watching You», *The Atlantic*, juliol-agost de 2016, <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2016/07/your-coffeemaker-is-watching-you/485597/?preview=VjDYOXUkmMWwsJe5MWcW3SkhVmQ%20...https://twitter.com/DataCompetition/status/784197284799983616>.

<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2016/07/your-coffeemaker-is-watching-you/485597/?preview=VjDYOXUkmMWwsJe5MWcW3SkhVmQ%20...https://twitter.com/DataCompetition/status/784197284799983616>

12. <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2016/03/ftc-issues-warning-letters-app-developers-using-silverpush-code> <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2016/03/letters-app-developers-caution-against-info-surprises>. <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2016/03/ftc-issues-warning-letters-app-developers-using-silverpush-code>

<https://www.ftc.gov/news-events/blogs/business-blog/2016/03/letters-app-developers-caution-against-info-surprises>

¹³ <http://www.bbc.com/news/technology-31296188> <https://www.theguardian.com/technology/2015/mar/13/smart-barbie-that-can-listen-to-your-kids-privacy-fears-mattel>

¹³ <http://www.bbc.com/news/technology-31296188>; <https://www.theguardian.com/technology/2015/mar/13/smart-barbie-that-can-listen-to-your-kids-privacy-fears-mattel>.

14. Paràgraf 4.90,

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf.

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf

15. 23 de setembre de 2016, <http://www.elladodelmal.com/2016/09/internet-of-sexy-things-una-mujer.html>.

<http://www.elladodelmal.com/2016/09/internet-of-sexy-things-una-mujer.html>

16. «Google Just Agreed to Pay \$5.5 Million to Settle Claims It Hacked Apple's Browser», 30 d'agost de 2016, <http://fortune.com/2016/08/30/google-safari-class-action/>. <http://fortune.com/2016/08/30/google-safari-class-action/>. També en relació amb Safari, és destacable aquest assumpte entre la FTC i Google: *United States v. Google Inc.* [No. CV 12-04177 SI (N.D. Cal. Nov. 16, 2012)], https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_v._Google_Inc. *United States v. Google Inc.* [No. CV 12-04177 SI (N.D. Cal. Nov. 16, 2012)] https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_v._Google_Inc

17. «These large data sets are becoming a core asset in the economy, fostering new industries, processes and products and creating significant competitive advantages». <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/data-driven-innovation.htm>.

18. <https://www.quora.com/Who-should-get-credit-for-the-quote-data-is-the-new-oil> «These large data sets are becoming a core asset in the economy, fostering new industries, processes and products and creating significant competitive advantages», <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/data-driven-innovation.htm>.

Alguns¹⁸ han afirmat que les dades són com el petroli (un *input* bàsic, potser essencial, per al funcionament de l'economia en conjunt i de valor econòmic important).

Cal apuntar únicament que la consideració de les dades com un *input* bàsic o essencial presenta conseqüències jurídiques molt rellevants. En particular, en cas que efectivament es conceptuïn les dades com un element essencial, les autoritats de la competència podrien imposar, en unes circumstàncies determinades, a qui disposa d'aquestes dades l'obligació de garantir l'accés dels seus competidors a aquesta informació. Per considerar que estem davant d'un *input* essencial han de concórrer les circumstàncies següents: a) absència d'alternatives;¹⁹ b) obstacles d'índole tècnica, legal o econòmica²⁰ que facin irracionalment difícil per a qualsevol altre operador competir²¹ amb qui té l'*input* essencial si no obté accés a aquest *input*.²²

No obstant això, si bé el símil dades-petroli sembla encertat basant-se en les característiques indicades en relació amb la seva transcendència, no capta adequadament altres elements que singularitzen les dades i que són, potser, l'origen d'alguna confusió.

Així, a diferència del petroli, les dades porten aparellat el problema de la privacitat i, a més a més, la informació constitueix un bé, no un rival; és a dir, la captació per part d'una empresa determinada no impedeix la recopilació de la mateixa informació per part d'un competidor, a diferència del petroli, que només pot ser consumit per una sola empresa i mai per dues alhora. Tanmateix, la no-rivalitat de les dades no impedeix que qui les ha obtingut exclouï o tracti d'excloure els competidors del seu magatzem de dades.

Per aquest motiu, cada vegada més operacions de concentracions s'expliquen basant-se en l'obtenció d'informació.²³ La il·lustració següent recull alguns exemples d'això:²⁴

¹⁸ <https://www.quora.com/Who-should-get-credit-for-the-quote-data-is-the-new-oil>

¹⁹ L'*input* és necessari: «necessitat objectiva de l'*input*», en termes de la «Comunicación de la Comisión: Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes», <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:ES:PDF>. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:ES:PDF>

²⁰ De manera que no quedi restringida únicament a aquells operadors amb capacitat econòmica adequada per a la recopilació massiva d'informació.

²¹ «La Comissió considera si el subministrament de l'*input* denegat és objectivament necessari perquè els operadors puguin competir eficaçment en el mercat. Això no vol dir que sense l'*input* denegat cap competidor no podria introduir-se o sobreviure en el mercat descendent (1). Es considera més aviat que una entrada és imprescindible quan no hi hagi cap substitut real o potencial en el qual es puguin basar els competidors del mercat descendent per contrarestar —almenys a llarg termini— les conseqüències negatives de la denegació, en termes de la «Comunicación de la Comisión: Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes». <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:ES:PDF>. dominantes <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:ES:PDF>

²² Paràgrafs 44-45, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-7/97>. Case C-7/97 *Bronner* [1998] ECR I-7791 <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-7/97>

²³ Segons una estimació de l'OCDE recollida per Ariel Ezrachi i Maurice Stucke, aquestes operacions es van duplicar amb escreix entre el 2008 i el 2013 (de 55 a 134),

http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/eu-internal-market-subcommittee/online-platforms-and-the-eu-digital-single-market/written/23223.html#_ftn9.





















http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/eu-internal-market-subcommittee/online-platforms-and-the-eu-digital-single-market/written/23223.html#_ftn9. La mateixa estimació està referenciada en el *Report of workshop on Privacy, Consumers, Competition and Big Data 2 june*, 11 de juliol de 2014,

https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Big%20data/14-07-11_EDPS_Report_Workshop_Big_data_EN.pdf.

https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/Consultation/Big%20data/14-07-11_EDPS_Report_Workshop_Big_data_EN.pdf

²⁴ Elaboració pròpia a partir de les informacions següents. Facebook <http://www.statista.com/statistics/225771/price-of-selected-acquisitions-by-facebook-since-2009/>; Google: <http://www.statista.com/statistics/192300/price-of-selected-acquisitions-by-google/>; Microsoft (fins al 2014): <http://www.statista.com/statistics/225771/price-of-selected-acquisitions-by-facebook-since-2009/>; Google: <http://www.statista.com/statistics/192300/price-of-selected-acquisitions-by-google/>; Microsoft (fins al 2014): <http://www.onlinemarketing-trends.com/2014/12/top-10-list-of-most-cash-guzzling.html>; BMW, Audi, Mercedes: <http://www.autoevolution.com/news/audi-bmw-and-mercedes-benz-conclude-the-acquisition-of-here-102602.html>. BMW, Audi, Mercedes: <http://www.onlinemarketing-trends.com/2014/12/top-10-list-of-most-cash-guzzling.html>. BMW, Audi, Mercedes: <http://www.autoevolution.com/news/audi-bmw-and-mercedes-benz-conclude-the-acquisition-of-here-102602.html>. L'adquisició de LinkedIn per part de Microsoft estaria valorada en 26 000 milions de dòlars: «Microsoft Pays \$ 26 Billion for for LinkedIn in

II-Il·lustració 2. Algunes operacions de concentració rellevants en termes d'adquisició d'informació

Adquirent	Adquirida	Preu	Any
 Microsoft	 LinkedIn	26.000 M \$	2016
 Facebook	 WhatsApp	19.000 M \$	2014
 Microsoft	 Skype	8.500 M \$	2011
 Google	 Nest	3.200 M \$	2014
 Google	 DoubleClick	3.100 M \$	2008
 Audi  BMW  Mercedes-Benz	 Here	2.800 M \$	2015
 Google	 YouTube	1.600 M \$	2006
 Google	 Waze	1.100 M \$	2013
 Facebook	 Instagram	1.000 M \$	2012

5. L'accentuació del desequilibri en els *two-sided markets*

El valor de les dades deriva essencialment de l'ús posterior que se'n faci, generalment amb finalitats publicitàries, per permetre als anunciants definir més bé el perfil o l'objectiu al qual es dirigeixen.

Aquesta circumstància ha incidit d'una manera molt particular en l'estratègia dels gestors de les plataformes que operen en mercats de doble cara (*two-sided markets*) i que es

Biggest Deal Yet», *Bloomberg*, 13 de juny de 2016, <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-06-13/microsoft-to-buy-linkedin-in-deal-valued-at-26-2-billion-ipe079k9> LinkedIn in Biggest Deal Yet» <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-06-13/microsoft-to-buy-linkedin-in-deal-valued-at-26-2-billion-ipe079k9>. No obstant això, l'operació estaria sent objecte de revisió per part de les autoritats de la competència europees. Salesforce així ho hauria sol·licitat: «Salesforce urges EU to probe Microsoft, LinkedIn antitrust issues», *Reuters*, 29 de setembre de 2016, <http://www.reuters.com/article/us-linkedin-m-a-microsoft-salesforce-idUSKCN11Z2YV> «Salesforce urges EU to probe Microsoft, LinkedIn antitrust issues» <http://www.reuters.com/article/us-linkedin-m-a-microsoft-salesforce-idUSKCN11Z2YV>. I la Unió Europea hauria enviat ja requeriments d'informació: «UE Sent Questionnaires About Microsoft-LinkedIn Deal to Rivals», 22 d'octubre de 2016, <http://www.wsj.com/articles/eu-sent-questionnaires-about-microsoft-linkedin-deal-to-rivals-1477144129>. «UE Sent Questionnaires About Microsoft-LinkedIn Deal to Rivals», 22 de octubre de 2016. <http://www.wsj.com/articles/eu-sent-questionnaires-about-microsoft-linkedin-deal-to-rivals-1477144129> En aquesta interessant conferència celebrada a Brussel·les el passat 3 d'octubre de 2016, Damien Neven va apuntar en el moment 1:15:55 que potser LinkedIn no té un volum de negoci que permetés la valoració de les autoritats de la competència europea, ja que no superava els límits legals establerts a aquest efecte: «Big data, digital platforms and market competition», <http://bruegel.org/events/big-data-digital-platforms-and-market-competition/>. «Big data, digital platforms and market competition», <http://bruegel.org/events/big-data-digital-platforms-and-market-competition/>. En aquesta informació es pot observar el cost per usuari de diferents operacions de concentració conegudes en el sector tecnològic: «Visualizing 15 Years of Acquisitions by Apple, Google, Yahoo, Amazon, and Facebook»: <https://techcrunch.com/2014/02/25/the-age-of-acquisitions/> «Visualizing 15 Years Of Acquisitions By Apple, Google, Yahoo, Amazon, And Facebook», 25 de febrer de 2014, <https://techcrunch.com/2014/02/25/the-age-of-acquisitions/>. També és interessant aquest interacció sobre operacions de concentració protagonitzades per gegants tecnològics: «Hungry Tech Giants. Simply Business», <http://www.simplybusiness.co.uk/microsites/hungry-tech/>.: Hungry Tech Giants. Simply Business. <http://www.simplybusiness.co.uk/microsites/hungry-tech/>;



(I) UNA NOVA REALITAT: L'ECONOMIA DE LES DADES

caracteritzen pel fet de posar en contacte dos col·lectius diferents i perquè almenys un dels col·lectius valora la concurrència de l'altre com a positiva.

Aquesta estructura no és gens nova i comprèn des de diaris (lectors i anunciants), televisió (televidents i anunciants) i ràdio (oients i anunciants), fins a aeroports (companyies aèries i viatgers) i centres comercials (compradors i botigues).

Tal com s'ha exposat, en molts d'aquests àmbits s'ha produït primer un procés de conversió del format físic al digital que ha permès una obtenció creixent d'informació valuosa provinent dels usuaris que pot ser rendibilitzada, per exemple, i ha ofert la possibilitat que apareguin anuncis cada vegada més personalitzats al públic objectiu del dissenyador de la campanya de màrqueting corresponent.

És a dir, en el mitjà digital, l'ofert de continguts no tan sols obté una compensació monetària per aquests continguts, sinó també informació sobre com els usuaris interactuen amb el contingut ofert.

Antigament, un venedor d'un diari o de llibres només obtenia el preu d'aquest producte i desconeixia la identitat del comprador, com també l'ús posterior que se'n feia. Avui dia, operadors com ara Amazon no tan sols obtenen el preu monetari que abonem quan comprem un dels seus llibres, sinó que, a més a més, tenen o podrien tenir informació de: a) tot el nostre historial d'adquisicions; b) el que subratllem; c) quan avancem les pàgines de manera ràpida o lenta; d) en quin punt abandonem un llibre determinat; e) a partir de quin punt de lectura la gran majoria de lectors acaben el llibre, etc.²⁵

En certa manera, percep un doble ingrés i, per tant, la maximització del conjunt dels ingressos pot consistir a renunciar a un dels ingressos. Així, pot ser que l'estratègia més eficient sigui oferir el contingut gratuïtament (atraient tots els usuaris possibles d'un costat del mercat) per obtenir més ingressos en l'altra part del mercat (anunciants), d'acord amb el volum més gran d'informació recopilada (a partir d'un nombre superior d'usuaris i d'interaccions). Amazon ja ha patentat la possibilitat que aparegui publicitat mentre els usuaris llegeixen llibres en format digital.²⁶

També aquest ha estat el model seguit per empreses com Google, que, encara que òbviament incorre en un important cost per oferir els seus serveis, no imposa cap cost monetari als usuaris que utilitzen el cercador. D'aquesta manera, obté la pràctica totalitat dels seus ingressos a partir dels pagaments que fan els anunciants per fer publicitat per al seu públic objectiu més selectiu. Gràcies a la informació captada per Google, un publicista pot determinar que el seu anunci només aparegui quan un usuari introdueix uns termes determinats al cercador, quan es troba en un país concret, quan aquest usuari té uns gustos determinats,²⁷ etc. En absència de les dades associades a la interacció digital prèvia amb els usuaris, aquestes possibilitats no existirien.

En conseqüència, en una economia cada vegada més dirigida o caracteritzada per les dades, és més freqüent observar operadors que ofereixen serveis i béns gratuïts amb l'objectiu d'intentar aconseguir el màxim nombre d'usuaris i d'interaccions possibles,

25. «Your E-Book Is Reading You», *The Wall Street Journal*, «Your E-Book Is Reading You», *The Wall Street Journal*, 19 de juliol de 2012,

<http://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304870304577490950051438304>.

<http://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304870304577490950051438304>

26. «Amazon Patent Details Ad-Supported Kindle Books», *Gizmodo*, 7 de juliol de 2009, http://gizmodo.com/5309001/amazon-patent-details-ad-supported-kindle-books?trending_test_three_e&utm_expid=66866090-68.Rvuykf2qT9qOAx_axtw3_w.2&utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.es%2F. «Amazon Patent Details Ad-Supported Kindle Books», *Gizmodo*, http://gizmodo.com/5309001/amazon-patent-details-ad-supported-kindle-books?trending_test_three_e&utm_expid=66866090-68.Rvuykf2qT9qOAx_axtw3_w.2&utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.es%2F

27. «About targeting your ads by audience interests», <https://support.google.com/adwords/answer/2497941?hl=en>, <https://support.google.com/adwords/answer/2497941?hl=en>

assumint les pèrdues que es deriven directament d'aquesta estratègia, conscients que podran compensar aquestes pèrdues a partir de l'explotació de les dades obtingudes.

En aquest escenari, el preu deixa de ser significatiu, si més no en relació amb una de les cares del mercat, en la qual s'ofereix el bé o servei gratuïtament i en la qual operen aquest tipus de plataformes (que, com s'ha exposat, són estructures relativament comunes i freqüents).

6. Els efectes de xarxa²⁸

6.1. Tradicionals

L'efecte de xarxa tradicional es pot definir com aquell en el qual un usuari determinat d'un servei obté una millor experiència en la mesura que altres usuaris també l'utilitzen.

Si m'instal·lo una aplicació de missatgeria instantània al telèfon, la utilitat que n'obting depèn directament del nombre de persones d'entre els meus contactes que també utilitzin aquesta aplicació. Com més familiars, amics i coneguts optin per la mateixa aplicació, més útil em resultarà.

Els mecanismes de reputació també es beneficien d'aquests efectes de xarxa: el valor que un usuari obté quan consulta TripAdvisor depèn de les persones que prèviament també han utilitzat aquest servei per exterioritzar la seva opinió.

6.2. Volum de dades (aprenentatge)²⁹

Alguns dels serveis propis de la societat de la informació es presten mitjançant l'ús d'algoritmes que tenen una característica molt particular: aprenen a partir del seu propi funcionament en relació amb les reaccions dels usuaris.

Imaginem que apareix una nova companyia anomenada Tesla. Quan algú introdueix aquest terme en un cercador seria probable que inicialment el cercador oferís com a resultat la pàgina de la Viquipèdia relativa a Nikola Tesla (enginyer elèctric). A mesura que el mateix cercador percebi que més i més usuaris en lloc d'accedir a aquest contingut accedeixen a un contingut que apareix més relegat en els resultats que ofereix el mateix cercador, l'anirà prioritzant. És a dir, quan un usuari introdueix un terme determinat, el cercador fa un càlcul de probabilitats per oferir la informació que considera que està buscant l'usuari en un percentatge més elevat. Si un cercador té un nombre menor d'interaccions, per més ben confeccionat que estigui, li resultarà especialment difícil recalibrar aquestes probabilitats.

Així, si un usuari utilitza un cercador amb més interaccions és més probable que quan introdueixi el terme Tesla se li ofereixi la informació de cotxes que segurament està buscant (tesla.com, de Tesla Motors, Inc.), amb la qual cosa es beneficiarà d'altres interaccions d'altres usuaris que hauran permès al cercador perfeccionar el recàlcul esmentat de probabilitats.

En conseqüència, com més gran sigui el nombre d'usuaris (o, més precisament, d'interaccions) que fan servir l'algorisme, millor serà el mateix algorisme i, per tant, més bon servei oferirà als seus usuaris.³⁰ Novament, la utilitat que obtinc a partir de l'ús de l'algorisme està correlacionada positivament amb el nombre d'usuaris que l'utilitzen.³¹

28. La sistematització s'ha fonamentat en l'exposició continguda en el molt recomanable llibre: Maurice E. STÜCKE; Allen P. GRUNES. *Big data and competition policy*, Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes, Oxford, 2016.. Oxford, 2016.

29. Els efectes de xarxa vinculats a l'aprenentatge poden estar relacionats amb les potencialitats derivades del *machine learning*.

30. El grau de dependència que l'algorisme té de les dades i les interaccions per al seu bon funcionament depèn de la tasca que ha de resoldre l'algorisme mateix. Així ho va apuntar Hal Varian, *chief economist* de Google, quan va assenyalar que el reconeixement d'imatge i de veu requeria informació abundant: «Big data, digital platforms and market competition», <http://bruegel.org/events/big-data-digital-platforms-and-market-competition/>. «Big data, digital platforms and market competition», *Bruegel*, 3 d'octubre de 2016, <http://bruegel.org/events/big-data-digital-platforms-and-market-competition/>.

31. Per això es considera que aquest fenomen constitueix un efecte de xarxa, malgrat que el *chief economist* de Google, Hal Varian, afirmi el contrari («Big data, digital platforms and market competition», *Bruegel*, 3 d'octubre de 2016,

6.3. Amplitud de la informació

Els efectes de xarxa també poden ser concebuts de manera individual. En aquest sentit, la xarxa estaria configurada pels diferents àmbits d'interacció entre un usuari i l'operador que recopila les seves dades. Així, com més àmbits d'interacció hi hagi amb un operador determinat, més personalitzat pot ser el servei que l'usuari obté.

Continuant amb l'exemple del cercador, aquest cercador es nodreix no tan sols de les dades obtingudes pel mateix cercador (Google), sinó també d'altres informacions, com ara el contingut dels correus electrònics (Gmail), l'ús del nostre telèfon (Android), l'historial de navegació (Chrome), els vídeos visionats (YouTube) o fins i tot la presència al domicili (a partir de dades del termostat Nest).

A tall il·lustratiu, si un usuari introdueix al cercador el terme Tivoli sense tenir activat el GPS i per la informació que té Google creu que l'usuari es troba a Barcelona, potser li oferirà informació del Teatre Tívoli. Probablement, si l'usuari es troba a Copenhaguen, té activat el GPS del telèfon Android i introdueix el mateix vocable, la primera informació que se li facilitarà serà la relativa al parc d'atraccions homònim de la capital danesa.

6.4. Retroalimentació entre les dues cares

En els mercats de doble cara és probable que el nombre d'usuaris en l'altre vessant (cara 2) incrementi el valor per a l'usuari de la primera cara (cara 1).

La utilitat d'un potencial usuari d'Uber serà més gran com més gran sigui el nombre d'oferents (el temps d'espera serà menor). Així mateix, per als potencials oferents, Uber serà més atractiu com més gran sigui el nombre de potencials clients als quals puguin accedir a través de l'aplicació esmentada. Tots dos efectes es retroalimenten.

Per tant, cal tenir en compte també que els efectes de xarxa no se circumscriuen a l'increment d'usuaris que ocupen una mateixa posició en un sector determinat (com ara usuari, com era l'exemple relatiu als efectes de xarxa tradicionals en què l'increment d'utilitat depenia d'un nombre més alt d'usuaris —WhatsApp—), sinó que l'increment d'utilitat es pot produir també a partir del creixement d'una altra tipologia d'usuaris (oferents, com ara Uber: com més oferta, menor temps d'espera).

<http://bruegel.org/events/big-data-digital-platforms-and-market-competition/>): «Big data, digital platforms and market competition» <http://bruegel.org/events/big-data-digital-platforms-and-market-competition/>, : «Si bé és cert que aquesta economia de xarxa té un impacte inicial en la banda de l'oferta (permet oferir un servei substancialment millor), Varian apunta que aquest factor no és diferent del fet d'oferir un producte o servei, tenir èxit i, amb els ingressos obtinguts, millorar el producte o servei. No obstant això, es considera que el *machine learning* comporta una millora directa del seu ús (no requereix cap inversió addicional), de tal manera que la causa de la millora és atribuïble directament a l'ús per part de múltiples usuaris. En l'exemple de Varian, la millora del rendiment del servei depèn de l'èxit en la reinversió dels ingressos obtinguts d'un producte o servei d'èxit».

(II) REPTES PER A LA COMPETÈNCIA

1. Una perspectiva més àmplia

Anteriorment s'ha apuntat que l'important rendiment econòmic que es pot obtenir a partir de les dades ha enfortit l'estratègia consistent en el fet que operadors en mercats de doble cara es fonamentin en la informació. Aquests operadors eximeixen els usuaris del pagament monetari per aconseguir atreure'ls en el màxim nombre possible i obtenir tota la informació possible d'aquesta relació comercial.

L'estratègia que s'acaba de descriure comporta que els usuaris rebin un producte o servei gratuïtament. No obstant això, per més contraintuïtiu que pugui semblar inicialment, també en un mercat en el qual els usuaris reben un servei a preu monetari zero hi pot haver problemes de competència que incideixin negativament en el seu benestar.

En concret, el benestar dels usuaris no tan sols depèn del preu que monetàriament abonen pel servei, sinó també de la qualitat d'aquest servei³² i de la varietat d'oferta a la seva disposició.

El mandat del legislador de les autoritats de la competència comprèn no solament prendre en consideració la variable preu, sinó també altres elements que incideixen en el benestar del consumidor, com ara la quantitat de productes oferta, la seva varietat i la seva qualitat.

És necessari destacar el contingut del primer paràgraf del preàmbul de la Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència (d'ara endavant, la LDC):

«L'existència d'una competència efectiva entre les empreses constitueix un dels elements definitoris de l'economia de mercat, disciplina l'actuació de les empreses i reassigna els recursos productius a favor dels operadors o les tècniques **més eficients. Aquesta eficiència productiva es trasllada al consumidor en forma de menors preus o d'un augment de la quantitat oferta dels productes, de la seva varietat i qualitat, amb l'increment consegüent del benestar del conjunt de la societat.**»

Entre les variables qualitatives hi ha la privacitat de les seves dades, un element que també pot ser concebut com un «preu no monetari». Concretament en relació amb el factor qualitatiu, en el marc d'una taula rodona de l'OCDE,³³ les autoritats de la competència ho van considerar específicament un objectiu tot i ser conscients de la subjectivitat inherent a aquest element.³⁴

Si bé en l'àmbit de promoció de la competència amb una certa freqüència es fa referència a factors diferents del preu per realçar les virtuts de la competència, es fa més difícil identificar consideracions en relació amb aquests mateixos factors en els procediments de defensa de la competència.

Tot sembla indicar que les autoritats de la competència hauran d'analitzar aspectes diferents del preu en les seves anàlisis de competència. Tal com s'exposarà, algunes ja han hagut d'adoptar aquesta perspectiva més àmplia per tractar alguns casos que presentaven les

32. Quan el producte és gratuït, la qualitat esdevé especialment rellevant segons la Comissió Europea. «Microsoft/Yahoo! Search Business (Case Comp/M.5727)», «Microsoft/Yahoo! Search Business (Case Comp/M.5727)», Commission Decision C(2010) 1077 [2010] OJ C 020/08, paràgraf 101; Microsoft/Slype (Case Comp/M.6281), Commission Decision C(2011)7279, 7 d'octubre de 2011, paràgraf 81.

33. *OECD Policy Roundtables: «The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis»*, «The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis», *OECD Policy Roundtables*, 28 d'octubre de 2013, <http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>, p. 22.

34. *Ibid.*, p. 6.

característiques anunciades més amunt. Singularment, constitueix una fita en aquest sentit l'anomenat cas Google per part de la DG Comp.³⁵

Cal apuntar també que un dels objectius de les autoritats de la competència és garantir la varietat que deriva de la competència.

La varietat és un factor més sensible, si això és possible, en àmbits determinats, com el dels mitjans de comunicació,³⁶ en què la varietat pot ser fins i tot sinònim de qualitat informativa vista en conjunt. En paraules de qui va ser director de la FTC, Robert Pitofsky, «competència és més que economia [...], i, si tens assumptes en l'àmbit del negoci de la premsa, dels llibres, de les notícies en general, de l'entreteniment, crec que has de ser més acurat i ampli en la teva recerca que no pas si els mateixos problemes es produeixen en l'àmbit dels cosmètics, de l'ebenisteria o de les mines de carbó. Vull dir que, si algú monopolitza el camp dels cosmètics, ells trauran els diners de les butxaques dels consumidors, però les implicacions per als valors democràtics seran zero. En canvi, si es monopolitzen llibres, estàs parlant d'implicacions que van més enllà del que el preu majorista hauria de ser».³⁷

Més recentment, Giovanni Buttarelli, actual supervisor de la protecció de dades en l'àmbit europeu (EDPS), va afirmar:³⁸ «Què passaria si Twitter fos adquirit per un gegant digital? Això hauria de ser de l'interès de les autoritats de la protecció dels consumidors i de les de la competència, com també de la comunitat en defensa de la privacitat. Tindria implicacions reals per a la llibertat d'expressió en línia. El control de concentracions es preocupa de la protecció de la pluralitat dels mitjans de comunicació, i això és una preocupació del món analògic. Necessitem actualitzar-la en relació amb la realitat digital en la mesura que una major part de les nostres vides i objectes es traslladen al món en línia».

³⁵ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740

³⁵ http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740.

³⁶ «The merger may therefore lead to higher prices or a reduction in choice and quality for readers.» Press release: «Specialist magazines merger could face in-depth investigation. «The merger may therefore lead to higher prices or a reduction in choice and quality for readers». Press release: «Specialist magazines merger could face in-depth investigation», 7 d'octubre de 2016, <https://www.gov.uk/government/news/specialist-magazines-merger-could-face-in-depth-investigation>.

<https://www.gov.uk/government/news/specialist-magazines-merger-could-face-in-depth-investigation>

³⁷ Referència recollida per Maurice Stücker en el marc d'una entrevista: «How Can Antitrust Be Used to Protect Competition in the Digital Marketplace?», 26 de setembre de 2016, <https://promarket.org/digital-market-not-going-correct/>.

«Antitrust is more than economics. [...] And I do believe if you have issues in the newspaper business, in book publishing, news generally, entertainment, I think you want to be more careful and thorough in your investigation than if the very same problems arose in cosmetics, or lumber, or coal mining. I mean, if somebody monopolizes the cosmetics fields, they're going to take money out of consumers' pockets, but the implications for democratic values are zero. On the other hand, if they monopolize books, you're talking about implications that go way beyond what the wholesale price of the books might be».

Les declaracions de Pitofsky van ser recollides inicialment a *The Washington Post*. Alec KLEIN. «A Hard Look at Media Mergers», *The Washington Post*, 29 de novembre de 2000 (quoting Robert Pitofsky, FTC Chairman),

<https://www.washingtonpost.com/archive/business/2000/11/29/a-hard-look-at-media-mergers/d8380c2d-92ee-4b1b-8ffd-f43893ab0055/>.

How Can Antitrust Be Used to Protect Competition in the Digital Marketplace?

<https://promarket.org/digital-market-not-going-correct/>

«Antitrust is more than economics And I do believe if you have issues in the newspaper business, in book publishing, news generally, entertainment, I think you want to be more careful and thorough in your investigation than if the very same problems arose in cosmetics, or lumber, or coal mining. I mean, if somebody monopolizes the cosmetics fields, they're going to take money out of consumers' pockets, but the implications for democratic values are zero. On the other hand, if they monopolize books, you're talking about implications that go way beyond what the wholesale price of the books might be.»

«A Hard Look at Media Mergers», *Wash. Post*, 29 de novembre, 2000 (quoting Robert Pitofsky, FTC Chairman).

<https://www.washingtonpost.com/archive/business/2000/11/29/a-hard-look-at-media-mergers/d8380c2d-92ee-4b1b-8ffd-f43893ab0055/>

<https://www.washingtonpost.com/archive/business/2000/11/29/a-hard-look-at-media-mergers/d8380c2d-92ee-4b1b-8ffd-f43893ab0055/>

³⁸ «What if Twitter were acquired by a digital giant ? This should be of interest to consumer enforcers and antitrust, as well as the privacy community. It would have real implications for freedom of expression online. Merger control provides for the protection of media plurality – this is a concern from an analogue world. We need to update this for the digital reality, as more and more of our lives and objects go online.»

³⁸ «Big Data individual rights and enforcement Speech at EDPS-BEUC», *Joint Conference European Commission*, Berlaymont, Bruselas, «What if Twitter were acquired by a digital giant? This should be of interest to consumer enforcers and antitrust, as well as the privacy community. It would have real implications for freedom of expression online. Merger control provides for the protection of media plurality – this is a concern from an analogue world. We need to update this for the digital reality, as more and more of our lives and objects go online».

Giovanni BUTTARELLI. *Big data individual rights and enforcement*. EDPS-BEUC Joint Conference European Commission, Berlaymont, Brussel·les, 29 de setembre de 2016,

https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2016/16-09-29_Speech_EDPS_BEUC_BigData_EN.pdf. Giovanni Buttarelli

https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2016/16-09-29_Speech_EDPS_BEUC_BigData_EN.pdf

En el marc de l'operació de concentració entre AT&T Inc. i Time Warner Inc., hi ha qui indica la necessitat de prendre en consideració l'impacte d'aquesta operació en la varietat dels mitjans de comunicació.³⁹

2. Riscos per a la competència

L'economia caracteritzada per les dades com a element de rellevància especial presenta algunes característiques singulars, entre les quals destaquen el seu dinamisme i la presència habitual d'algun dels efectes de xarxa recollits. La conjunció de tots dos aspectes comporta que una actuació poc decidida per part de les autoritats de la competència⁴⁰ pot tenir conseqüències rellevants en l'entorn competitiu dels mercats.

Així, a tall d'exemple, permetre determinades operacions de concentració per part de qui ja posseeix un important volum i varietat de dades pot impedir que un operador de menor dimensió disposi de la informació necessària per experimentar economies de xarxa, de manera que serà difícil que en el futur s'erigeixi com a alternativa a l'operador que sí que disposa de la informació i que experimenta a gran velocitat els efectes positius derivats dels efectes de xarxa.

En conseqüència, és convenient, des d'una òptica dinàmica de la competència, valorar en quin grau la integració dificultaria l'accés al mercat d'alternatives econòmicament viables, com també la dependència en termes de dades respecte de l'entitat fusionada i que eventualment la innovació pugui constituir un límit.

Aquest tipus de risc es correspon amb un problema d'índole estructural (els riscos tenen una doble naturalesa: estructural i conductual).

2.1. Risc estructural: els *winners take it all*

El risc estructural és resultat dels efectes de xarxa recollits al punt 1.4 anterior i consisteix en el fet que, quan un operador aconsegueix un cert avantatge competitiu en termes d'interaccions (informació),⁴¹ és possible que el nivell de qualitat que pot oferir com a conseqüència d'aquesta informació no es pugui replicar, tret que un altre operador assoleixi aquest punt mínim a partir del qual els creixements en termes de qualitat són ja molt marginals.

Aquesta mateixa situació ha estat advertida per l'OCDE i magistralment recollida al llibre *Big data and competition policy*.⁴²

39. Carta del senador Bernard Sanders de data 26 d'octubre de 2016, <http://www.sanders.senate.gov/download/atandt-time-warner-letter?inline=file><http://www.sanders.senate.gov/download/atandt-time-warner-letter?inline=file>.

40. Cal destacar l'informe «Competition Law and Data», de 10 de maig de 2016, Autorité de la Concurrence i Bundeskartellamt, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>.

<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf> Aquest estudi va donar lloc a dues entrades del blog de la CNMC:

José RUBIO; Pedro HINOJO. «La política de competencia y el *big data* (una visión francesa y alemana)» (I), 18 d'agost de 2016, <https://blog.cnmec.es/2016/08/18/competencia-y-big-data/>.

José RUBIO; Pedro HINOJO. «La política de competencia y el *big data* (una visión francesa y alemana)» (II), 22 d'agost de 2016, <https://blog.cnmec.es/2016/08/22/la-politica-de-competencia-y-el-big-data-una-vision-francesa-y-alemana-ii/>. Com a part de continuació a l'estudi conjunt esmentat, el Bundeskartellamt va fer públic un document de treball sobre el poder de mercat de les plataformes i les xarxes, 9 de juny de 2016,

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/09_06_2016_ThinkTank.html
https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/09_06_2016_ThinkTank.html

41. Així ho reflecteix aquest article de títol eloqüent: «Data, not algorithms, is key to machine learning success», 6 de gener de 2016, <http://versionone.vc/data-not-algorithms-is-key-to-machine-learning-success/#ixzz4LApiviHE>.

42. Maurice E. STÜCKE; Allen P. GRUNES. *Big data and competition policy*, Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes. Oxford. 2016. *Big data and competition policy*. Oxford. 2016, paràgraf 16.52, p. 252. Original en anglès: «We are already hearing the warnings: "Where companies acquiring massive proprietary data sets" the OECD observed, "there is thus a higher risk that we're kind of

«Estem sentint ja les advertències: “On les empreses adquireixen dades de manera massiva”, l’OCDE va observar que “hi ha un risc superior que ens estiguem dirigint cap a les dades com una font de poder de monopoli”.⁴³ L’OCDE també va destacar que “l’economia de les dades afavoreix la concentració del mercat i la dominància” i que “els mercats dirigits per les dades poden conduir a un resultat en el qual un guanyador s’ho emporta tot i la concentració és un resultat probable de l’èxit del mercat”».⁴⁴

L’exemple paradigmàtic és el de Google:

Un cop Google va confeccionar el seu algoritme de classificació d’informació i va obtenir un nombre elevat d’usuaris, el mateix algoritme es perfecciona (aprèn) a partir de cadascuna de les interaccions. Això, a la pràctica, pot significar que encara que un competidor potent com Microsoft destini múltiples esforços a crear un cercador alternatiu (Bing), fins i tot en cas que el disseny del cercador sigui millor que el de Google, serà molt difícil que rendeixi tan bé com el de Google, en la mesura que no disposarà d’un nombre d’interaccions suficients per aprendre d’aquestes interaccions.

Tant és així que el Departament de Justícia, en la seva comunicació⁴⁵ sobre l’operació de concentració entre Microsoft (i el seu cercador Bing) i Yahoo, va apreciar la necessitat que el cercador pogués disposar d’un nombre més gran d’interaccions per evolucionar en qualitat i poder generar competència real.

«Les indústries de la cerca i els anuncis de pagament de les cerques es caracteritzen per una relació inusual entre escala i rendiment competitiu. La transacció ampliarà el rendiment competitiu de Microsoft, perquè tindrà un accés a un nombre superior de consultes, que hauria d’accelerar l’aprenentatge automatitzat dels algoritmes de cerca i pagament per cerca de Microsoft i ampliar l’habilitat de Microsoft d’oferir resultats de cerca i de pagament rellevants, particularment en relació amb les consultes més ocasionals o “de la cua”. L’increment de consultes rebudes per l’operació de concentració oferirà a Microsoft un marc de dades més ampli del que disposa actualment o podria obtenir sense aquesta transacció. Aquest marc més ampli de dades segurament li permetrà testar de manera més efectiva i, per tant, aconseguir una innovació més gran en potencials productes vinculats amb la cerca, canvis en la presentació dels resultats i en els resultats de pagament, altres canvis en la interfície dels usuaris i canvis en els algoritmes de cerca i pagaments per cerca. Aquest rendiment millorat, si és perceptible, hauria d’infligir, en conseqüència, més pressió competitiva al mercat».⁴⁶

heading toward data as a source of monopoly power”. The OECD also noted how the “economics of data favours market concentration and dominance” and how “data-driven markets can lead to a winner takes all result where concentration is a likely outcome of market success”». «We are already hearing the warnings: «Where companies acquiring massive proprietary data sets» the OECD observed, «there is thus a higher risk that we’re kind of heading toward data as a source of monopoly power». The OECD also noted how the «economics of data favours market concentration and dominance» and how «data-driven markets can lead to a «winner takes all» result where concentration is a likely outcome of market success.»

43. OECD. «Data Driven Innovation for Growth and Well-Being», *Interim Synthesis Report*, octubre de 2014, p. 58, <https://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>.⁴³ OECD, «Data Driven Innovation for Growth and Well-Being»: Interim Synthesis Report, octubre de 2014, p.58, <https://www.oecd.org/sti/inno/data-driven-innovation-interim-synthesis.pdf>

44. *Ibid.*, p. 7.

45. Departament de Justícia, 18 de febrer de 2010, <https://www.justice.gov/opa/pr/statement-department-justice-antitrust-division-its-decision-close-its-investigation-internet>. <https://www.justice.gov/opa/pr/statement-department-justice-antitrust-division-its-decision-close-its-investigation-internet>

46. L’original en anglès: «The search and paid search advertising industry is characterized by an unusual relationship between scale and competitive performance. The transaction will enhance Microsoft’s competitive performance because it will have access to a larger set of queries, which should accelerate the automated learning of Microsoft’s search and paid search algorithms and enhance Microsoft’s ability to serve more relevant search results and paid search listings, particularly with respect to rare or “tail” queries. The increased queries received by the combined operation will further provide Microsoft with a much larger pool of data than it currently has or is likely to obtain without this transaction. This larger data pool may enable more effective testing and thus more rapid innovation of potential new search-related products, changes in the presentation of search results and paid search listings, other changes in the user interface, and changes in the search or paid search algorithms. This enhanced performance, if realized, should exert correspondingly greater competitive pressure in the marketplace»: «The search and paid search advertising industry is characterized by an unusual relationship between scale and competitive performance. The transaction will enhance Microsoft’s competitive performance because it will have access to a larger set of queries, which should accelerate the automated learning of Microsoft’s search and paid search algorithms and enhance Microsoft’s ability to serve more relevant search results and paid search listings, particularly with respect to rare or “tail” queries. The increased queries received by the combined operation will further provide Microsoft with a much larger pool of data than it currently has or is likely to obtain without this transaction. This larger data pool may enable more effective testing and thus more rapid innovation of potential new search-related products, changes in the presentation of search results and paid search listings, other changes in

La constatació que l'estructura d'alguns mercats queda reduïda a un únic operador («winner takes it all») necessàriament ha de posar en alerta les autoritats de la competència.

El primer objectiu ha de consistir en la persecució i la promoció de mecanismes que permetin garantir una competència més gran en els mercats i una certa varietat d'opcions a disposició dels usuaris i els consumidors.

En aquest sentit, seria interessant definir el règim de propietat de les dades. Si les dades són sempre propietat de l'usuari, qualsevol operador podria oferir serveis de qualitat a aquells que voluntàriament li donin accés a les seves pròpies dades.⁴⁷ En altres paraules, l'avantatge competitiu derivat de la interacció amb els usuaris no dependria de la capacitat de la seva recopilació massiva (derivada d'importants inversions), sinó que estaria en funció de la capacitat de persuadir els usuaris perquè voluntàriament els cedeixin les seves dades.

En aquesta mateixa línia es troba qui sosté el dret dels usuaris a obtenir en tot moment una còpia de tota la informació que un operador hagi recopilat sobre ells:

«Un dret a obtenir còpia de la informació emmagatzemada i la llibertat de traspassar-la d'un proveïdor de serveis a un altre sense impediments».⁴⁸

«Basant-se en aquesta proposta de reforma, els usuaris tindrien el dret a traspassar la informació personal electrònica processada d'una empresa al seu competidor a través d'un format electrònic "habitualment utilitzat". Aquest dret a la portabilitat de dades és vist com una simple extensió del principi segons el qual és "la teva" informació, no és dels operadors que l'han recaptat».⁴⁹

Així mateix, qui va ser comissari de Competència, Joaquín Almunia, va afirmar que «el dret a la portabilitat es troba al cor de la política de competència».⁵⁰

Seguint amb l'exemple anterior, els usuaris podrien optar per cedir totes les seves dades històriques recopilades per Google, per exemple al cercador Bing. D'aquesta manera, Bing podria obtenir els paquets de dades històriques perquè el seu algoritme pugui aprendre amb la mateixa informació històrica. Cal dir que seria molt difícil que Bing aconseguís per vies alternatives aquesta informació, ja que els usuaris no utilitzarien el cercador en la mesura que el seu rendiment seria inferior al de Google, precisament per manca de dades.

També en un sentit similar, Telefónica⁵¹ ha anunciat⁵² recentment que està treballant en una plataforma, que serà operativa el 2017, perquè siguin els usuaris els qui gestionin les seves

the user interface, and changes in the search or paid search algorithms. This enhanced performance, if realized, should exert correspondingly greater competitive pressure in the marketplace.»

47. És a dir, es tractaria de garantir que l'usuari té la possibilitat d'optar per la privacitat de les seves dades, cosa que probablement farà que hagi de pagar un cost monetari pel servei, o que, en canvi, opti expressament per «vendre-les» a canvi de gaudir d'un servei determinat gratuïtament o rebre una compensació monetària.

48. Damien GERADIN; Monika KUSCHEWSKY. *Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue*, 12 de febrer de 2013, p. 9-10. L'original en anglès: «A right to obtain a copy of the stored data from the controller and the freedom to move it from one service provider to another, without hindrance», http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088. «A right to obtain a copy of the stored data from the controller and the freedom to move it from one service provider to another, without hindrance.»

49. Damien GERADIN; Monika KUSCHEWSKY. *Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue*, 12 de febrer de 2013, nota al peu 37. L'original en anglès: «Under this proposed reform, individuals would be given the right to "switch electronically processed personal data from one firm to its rival through a 'commonly used' electronic format". This right of data Portability is seen as a mere extension of the principle that it is "your" data, not the controllers».

50. Joaquín ALMUNIA. «The "right of Portability" as going "to the heart of competition policy"». *Competition and personal data protection*, 26 de novembre de 2012. Speech 12/860.

51. Els operadors de telefonia també recopilen abundant informació dels seus clients: <http://www.zeit.de/datenschutz/malte-spitz-data-retention> Zeit Online. Zeit Online, <http://www.zeit.de/datenschutz/malte-spitz-data-retention>.

52. http://economia.elpais.com/economia/2016/09/05/actualidad/1473067092_839315.html; <http://www.lavanguardia.com/economia/20160905/41120275640/telefonica-clientes-cobren-empresas-datos.html>;

pròpies dades, i els operadors que en vulguin fer ús paguin per aquestes dades, si bé no és l'única proposta comercial en aquesta línia.⁵³

En la mateixa línia, Giovanni Buttarelli, actual supervisor de la protecció de dades en l'àmbit europeu (EDPS), va esmentar en un discurs recent⁵⁴ el concepte de les «botigues de dades personals» com a concepte per assegurar el control sobre les dades personals, i va elogiar els treballs realitzats per l'administració japonesa per promoure la descentralització en l'emmagatzematge de la informació.

Una altra possibilitat consistiria a obligar que qui recopila la informació ofereixi una API (*application programming interface*, interfície de programació d'aplicacions), de tal manera que els usuaris puguin accedir sempre a aquesta informació i oferir-la a competidors (increment de la compatibilitat). Aquesta és la interessant línia apuntada per Nick Grossman en el marc d'una entrevista recent⁵⁵ i que en certa manera coincideix amb el contingut de l'article 20 del Reglament (UE) 2016/679, del Parlament Europeu i del Consell, de 27 d'abril de 2016, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades, i pel qual es deroga la Directiva 95/46/CE (Reglament general de protecció de dades).⁵⁶

Finalment, també s'ha fet referència a la possibilitat de crear plataformes perquè diferents operadors posseïdors d'informació la traslladin a un mercat comú i el contingut d'aquesta informació sigui posteriorment rebut a altres operadors que necessiten la informació.⁵⁷

És destacable que les diferents opcions coincideixen en el fet que limiten les possibilitats d'exclusió per part de l'operador que inicialment ha obtingut les dades i que no impliquen cap cost⁵⁸ perquè l'usuari pugui gestionar les dades (o bé no han sortit de la seva esfera de control o bé hi pot accedir a través d'una API a cost zero). És a dir, totes tracten d'aconseguir anul·lar els costos de canvi de tal manera que els usuaris puguin facilitar l'accés al seu historial o la seva reputació⁵⁹ a qualsevol nou oferent perquè li ofereixi els serveis personalitzats d'acord amb la mateixa informació de la qual disposava l'anterior proveïdor del servei.

<http://www.xatakamovil.com/movistar/telefonica-prepara-una-plataforma-para-que-los-otrs-recompensen-a-sus-clientes-por-acceder-a-sus-datos>⁵² http://economia.elpais.com/economia/2016/09/05/actualidad/1473067092_839315.html;
<http://www.lavanguardia.com/economia/20160905/41120275640/telefonica-clientes-cobren-empresas-datos.html>;
<http://www.xatakamovil.com/movistar/telefonica-prepara-una-plataforma-para-que-los-otrs-recompensen-a-sus-clientes-por-acceder-a-sus-datos> .

53. <http://handshake.uk.com/hs/index.html>.⁵³ <http://handshake.uk.com/hs/index.html>

54. «Personal data stores will be one way of the individual reasserting her control over personal data, and we were impressed to learn of the work the Japanese administration is doing to promote such decentralisation of data storage». Giovanni BUTTARELLI. *Big data rights: let's get together*, 6 d'octubre de 2016,

https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/site/mySite/Big_data_rights_Lets_get_together⁵⁴ «Personal data stores will be one way of the individual reasserting her control over personal data, and we were impressed to learn of the work the Japanese administration is doing to promote such decentralisation of data storage.» *BIG DATA RIGHTS: LET'S GET TOGETHER*. 6 de octubre de 2016. Giovanni Buttarelli. .

https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/site/mySite/Big_data_rights_Lets_get_together
 55. *The Capital Forum*. 21 de setembre de 2016. Basat en la conferència telefònica de 15 de setembre de 2016,

<http://createsend.com/t/j-D5D60E8ACC6E3E1C>. <http://createsend.com/t/j-D5D60E8ACC6E3E1C>

56. «L'interessat tindrà dret a rebre les dades personals que l'incumbeixin, que hagi facilitat un responsable del tractament, en un format estructurat, d'ús comú i lectura mecànica, i a transmetre-les a un altre responsable del tractament sense que ho impedeixi el responsable a qui s'hagin facilitat». <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=en>. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=en>

57. Johannes DEICHMANN; Kersten HEINEKE; Thomas REINBACHER; Dominik WEE. *Creating a successful Internet of Things data Marketplace*, octubre de 2016, <http://www.mckinsey.com/business-functions/digital-mckinsey/our-insights/creating-a-successful-internet-of-things-data-marketplace>.

<http://www.mckinsey.com/business-functions/digital-mckinsey/our-insights/creating-a-successful-internet-of-things-data-marketplace>

58. L'absència de cost és especialment rellevant, ja que hi ha una tendència a valorar més el que exigeixes per perdre una cosa que posseeixes que no pas el que estàs disposat a pagar per recuperar-la.

59. Han aparegut iniciatives en aquest sentit, com ara Traity, que faciliten la portabilitat de la reputació dels usuaris.

2.2. Risc de comportament: conductes restrictives de la competència

L'economia de les dades no està exempta de riscos per a la competència,⁶⁰ els quals es detallen a continuació i que, tenint en compte el que s'ha indicat, molt probablement requeriran una actuació més vigorosa per part de les autoritats de la competència. Les conductes limitadores de la competència podrien consistir, entre d'altres, a:

- Degradar la qualitat del servei. Aquesta conducta es pot dur a terme en aquells àmbits més complexos i poc perceptibles pels usuaris (condicions de privacitat, qualitat de la resposta oferta pel servei —discriminar a favor dels serveis propis en lloc d'oferir la millor resposta des del punt de vista qualitatiu—).
- Dificultar el canvi dels usuaris a operadors competidors. Els oferents en serveis digitals poden haver invertit esforços a aconseguir una bona reputació o poden haver elaborat treballs digitals (per exemple, campanyes de publicitat). Dificultar la possibilitat d'aprofitar aquest treball si es canvia a un operador alternatiu limita la competència.
- Abusar del domini en un àmbit de mercat específic i regulat i traslladar-lo a un altre. Operar en un mercat permet l'accés a la informació. Quan es tracta d'un àmbit regulat en el qual només els operadors designats a aquest efecte poden disposar d'informació, aquesta informació no pot ser utilitzada en altres àmbits en la mesura que posaria els competidors en un desavantatge clar, sense que això estigués justificat en mèrits empresarials.
- Limitar l'accés a les dades. En particular, vehiculades mitjançant acords en exclusiva o operacions de concentració.
- Coordinar preus o condicions de l'oferta, mitjançant l'ús d'algoritmes.
- Dur a terme una discriminació perfecta entre usuaris i compradors per apoderar-se de l'excedent del consumidor (*targetting behaviour*).

2.2.1. La degradació de la qualitat del servei

La degradació de la qualitat del servei es pot produir principalment per dos motius. El primer es produeix quan s'ofereix un tracte privilegiat en relació amb un mateix (quan alhora el gestor de la plataforma opera a través de la mateixa plataforma) i, per tant, l'objectiu deixa de ser oferir els millors resultats possibles i passa a ser afavorir-se a si mateix. Aquest comportament es desenvolupa a l'apartat 2.2.1.1 d'aquest document.

El segon motiu per degradar el servei pot derivar de l'objectiu d'incrementar els beneficis a costa d'explotar l'asimetria informativa existent. És a dir, si un operador sap que els seus usuaris no es poden adonar d'uns nivells determinats de qualitat del servei (per exemple, elements de seguretat, de privacitat, etc.), els rebaixa per tal d'incórrer en menys despeses (menys despesa en seguretat) o per obtenir més ingressos (menys privacitat —rebaixa de qualitat— implica més possibilitats d'explotació). És a dir, quan hi ha elements difícils de percebre pels usuaris es produeix una competició a la baixa (*race to the bottom*). Aquesta circumstància s'accentua si l'operador té posició de domini i, per tant, té un menor risc (menys pressió competitiva) que aquesta estratègia li comporti una pèrdua significativa de clients/usuaris. Aquests comportaments es desenvolupen a l'apartat 2.2.1.2 d'aquest document.

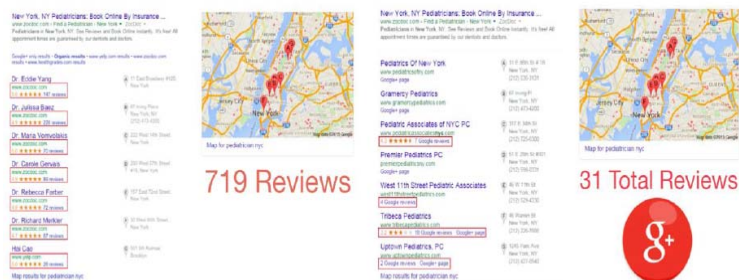
60. En una entrevista recent, Ariel Ezrachi i Maurice E. Stucke apunten que l'economia digital és menys competitiva del que es pensa (probablement a causa de la seva complexitat). <https://promarket.org/digital-economy-much-less-competitive-think/>.
<https://promarket.org/digital-economy-much-less-competitive-think/>

2.2.1.1. Tracte preferencial

Un dels elements de fet en què se sustenta el procediment entre la Comissió i Google⁶¹ es refereix al possible afavoriment per part de l'empresa dels seus propis serveis en l'àmbit dels anomenats *cercadors verticals* (per exemple, cercadors especialitzats en les opinions dels usuaris).

A tall d'exemple,⁶² Google podria haver prioritzat l'aparició dels comentaris recollits a Google+ en lloc d'altres serveis d'opinions, encara que Google+ tenia en conjunt un menor nombre d'opinions.

II-lustració 3. La prioritització de Google. Reducció de la qualitat⁶³



“pediatrician nyc”: Focus on the User (FOTUL) results versus Google+

Així, si la qualitat dels resultats en aquest àmbit concret, com és raonable pensar, està correlacionada positivament amb el nombre d'opinions a les quals l'usuari pot accedir, la prioritització de Google+ genera un dany als competidors, que no poden accedir als usuaris, i als mateixos usuaris, que reben una informació pitjor (reducció de la qualitat).

Recentment, han aparegut informacions⁶⁴ segons les quals Amazon també estaria prioritzant els seus propis serveis. De manera semblant a Google, Amazon controla el portal d'informació i, així mateix, opera a través d'aquest portal quan ofereix productes directament.

Aparentment, Amazon hauria col·locat a la “opció de comprar directament” els productes que ofereix sense ser els més econòmics. Així mateix, en l'ordenació de la informació no estaria prenent en consideració el cost d'enviament dels productes quan són oferts directament per Amazon, si bé el consumidor l'ha d'abonar sempre que no tingui una subscripció amb Amazon.

Tant Google com Amazon sembla que eventualment haurien beneficiat els seus propis serveis en perjudici dels competidors i haurien ocasionant un dany als consumidors i els usuaris (en el cas de Google, en termes de qualitat de la informació rebuda, i en el d'Amazon, fins i tot en termes monetaris —adquirint potser productes més cars sense arribar a saber que hauria opcions més econòmiques—).

Altres entorns on és probable que tinguin lloc conductes anticompetitives de naturalesa similar serien els corresponents a les botigues virtuals d'aplicacions.⁶⁵

61. http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740. http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740

62. Tant aquest comportament com els següents que es posen de manifest en aquesta secció constitueixen merament exemples il·lustratius, sense que en cap cas es puguin entendre com un pronunciament sobre els casos en concret per part de l'ACCO.

63. Vegeu: <http://focusontheuser.eu/es#what-users-want>. <http://focusontheuser.eu/es#what-users-want>

64. <https://www.propublica.org/article/amazon-says-it-puts-customers-first-but-its-pricing-algorithm-doesnt>.⁶⁴ <https://www.propublica.org/article/amazon-says-it-puts-customers-first-but-its-pricing-algorithm-doesnt>

65. S'exposa el control que té el gestor d'una plataforma com l'AppStore per endarrerir els permisos que s'atorguen a les apps perquè es puguin comercialitzar a través d'aquesta plataforma. *The Capital Forum*, 21 de setembre de 2016. Basat en una conferència telefònica de 15 de setembre de 2016, <http://createsend.com/tj-D5D60E8ACC6E3E1C>. <http://createsend.com/tj->

Novament, el portal és controlat per un operador (els dos més importants, per Google i Apple) i el mateix operador ofereix aplicacions pròpies a través d'aquest portal.

Aquesta configuració singular implica una relació d'amor-odi molt particular del gestor de la plataforma envers els oferents que operen a través d'aquesta plataforma.⁶⁶ Al principi és d'amor, ja que totes aquestes plataformes necessiten la concurrència d'aquests oferents perquè la plataforma tingui valor. Poc valor tindria Google sense contingut de tercers i Amazon sense productes aliens, i Android i iOS sense aplicacions de desenvolupadors independents.

No obstant això, aquesta relació inicial d'amor es pot convertir en odi quan el gestor de la plataforma la vol utilitzar per oferir la seva informació (Google+), productes (Amazon) o aplicacions (Android⁶⁷ i iOS). Alguns autors han optat per definir aquesta relació com d'amic-enemic (*frenemy*).⁶⁸

Això comporta un nivell de risc tal que el Parlament Europeu va aprovar una resolució en què es «demana, a més a més, a la Comissió que estudiï propostes que desvinculin els motors de cerca d'altres serveis comercials, com un dels mitjans potencials a llarg termini per aconseguir els objectius esmentats».⁶⁹ És a dir, la Resolució del Parlament estaria en la línia que es valorés una possible intervenció estructural per evitar que qui ostenta el control d'una d'aquestes plataformes operi també a través de la mateixa plataforma.

Per exemple, i tot i que encara no n'hi ha constància, Airbnb hauria de poder accedir al mercat immobiliari i oferir pisos de la seva propietat a través de la seva plataforma? Sigui quina sigui la resposta a aquesta qüestió, és clar que, en cas afirmatiu, hi hauria un risc elevat que Airbnb, amb tota la informació i capacitat d'intermediació que posseeix en aquest sector, pogués utilitzar aquests elements per afavorir els seus propis allotjaments.

2.2.1.2. Increment de beneficis

És destacable que la qualitat dels serveis no sempre està correlacionada positivament amb els beneficis que s'obtenen d'aquests serveis, cosa que genera una competició a la baixa (*race to the bottom*).

Hi ha diferents elements que configuren un entorn en què la qualitat fins i tot pot estar correlacionada negativament amb els ingressos:

[D5D60E8ACC6E3E1C](https://www.competitionpolicyinternational.com/japan-report-shows-apple-google-hinder-app-competition/). Japan: Report shows Apple, Google hinder app competition. *Competition Policy International*, 15 de setembre de 2016, <https://www.competitionpolicyinternational.com/japan-report-shows-apple-google-hinder-app-competition/>.

66. El Parlament britànic va fer públic el 20 d'abril de 2016 l'informe *Online Platforms and the Digital Single Market*, en el qual s'examina aquesta situació de porta d'entrada que configuren aquestes plataformes: <http://www.parliament.uk/online-platforms>. En el marc d'aquest estudi, Ariel Ezrachi i Maurice Stucke van presentar aquesta informació: <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/eu-internal-market-subcommittee/online-platforms-and-the-eu-digital-single-market/written/23223.html>.

67. Benjamin G. EDELMAN; Damien GERADIN. *Android and Competition Law: Exploring and Assessing Google's Practices in Mobile*. Benjamin G. Edelman, Damien Geradin *Android and Competition Law: Exploring and Assessing Google's Practices in Mobile*, 1 de setembre de 2016, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2833476.

68. Maurice E. STÜCKE; Allen P. GRUNES. *Big data and competition policy*. Oxford, 2016, paràgraf 6.76. *Big data and competition policy*. Maurice E. Stucke & Allen P. Grunes. Oxford, 2016

69. Resolució del Parlament Europeu, de 27 de novembre de 2014, sobre el suport als drets dels consumidors en el mercat únic digital, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2014-0071+0+DOC+XML+V0/ES>.

- Concurrencia entre serveis gratuïts i serveis de pagament

És possible que un mateix proveïdor ofereixi serveis gratuïts i de pagament.

Google ofereix enllaços «gratuïts» (resultats orgànics) i enllaços de pagament.

II-lustració 4. Tipologia de resultats de Google



Larry Page i Sergey Brin, en el document universitari que va donar lloc a Google (*The Anatomy of a Large-Scale Hypertextual Web Search Engine*),⁷⁰ van indicar que si una empresa paga per anunciar-se en un cercador, l'incentiu per part del gestor del cercador és intentar que aquesta mateixa informació no aparegui gratuïtament com a resultat orgànic quan l'usuari introdueix la denominació de l'anunciant. És a dir, si el cercador té més qualitat a l'hora d'identificar una companyia determinada, aquesta millora en qualitat pot comportar un descens en ingressos:

«A més a més, els ingressos per anuncis sovint representen un incentiu per oferir resultats de qualitat pobre. Per exemple, ens hem adonat que un dels cercadors més importants no oferia l'enllaç a la pàgina principal d'una important companyia aèria quan els usuaris introduïen el nom de la companyia en el cercador. Succeïa que aquesta aerolínia havia adquirit un anunci car per a aquelles cerques en les quals els usuaris introduïen el seu nom. Un cercador millor no hauria fet necessari aquest anunci, cosa que probablement hauria derivat en una pèrdua d'ingressos provinents de la companyia aèria. En general, es podria argumentar que, des del punt de vista del consumidor, com millor és un cercador, menys anuncis necessitarà per trobar el que cerca. Això, per descomptat, erosiona el model de negoci basat en els anuncis dels cercadors existents».

70. Apèndix 8. «Furthermore, advertising income often provides an incentive to provide poor quality search results. For example, we noticed a major search engine would not return a large airline's homepage when the airline's name was given as a query. It so happened that the airline had placed an expensive ad, linked to the query that was its name. A better search engine would not have required this ad, and possibly resulted in the loss of the revenue from the airline to the search engine. In general, it could be argued from the consumer point of view that the better the search engine is the fewer advertisements will be needed for the consumer to find what they want. This of course erodes the advertising supported business model of the existing search engines». <http://infolab.stanford.edu/~backrub/google.html>. «Furthermore, advertising income often provides an incentive to provide poor quality search results. For example, we noticed a major search engine would not return a large airline's homepage when the airline's name was given as a query. It so happened that the airline had placed an expensive ad, linked to the query that was its name. A better search engine would not have required this ad, and possibly resulted in the loss of the revenue from the airline to the search engine. In general, it could be argued from the consumer point of view that the better the search engine is, the fewer advertisements will be needed for the consumer to find what they want. This of course erodes the advertising supported business model of the existing search engines». <http://infolab.stanford.edu/~backrub/google.html>

En el mateix document i apartat,⁷¹ s'advertia que també hi podia haver un incentiu a degradar la qualitat de la informació oferta per no danyar la reputació de cap client (anunciant).

«Avui dia, el model de negoci actual per a cercadors comercials és el publicitari. Els objectius del model de negoci publicitari no sempre coincideixen amb l'oferiment de qualitat per als usuaris. Per exemple, en un cercador prototipus, un dels primers resultats per a telèfons mòbils és "L'efecte de l'ús dels telèfons mòbils en relació amb l'atenció dels conductors", un estudi que exposa molt detalladament les distraccions i els riscos associats a parlar amb un telèfon mòbil mentre es condueix. Aquest resultat apareixia en primer lloc per la importància que l'algoritme PageRank li atorgava, una aproximació a la importància de les citacions a la web. És clar que un cercador que està obtenint ingressos a partir de mostrar anuncis de telèfons mòbils trobaria difícil de justificar la pàgina (informació) que el cercador ofereix als seus anunciants. Per aquest tipus de qüestions i experiència històrica amb altres mitjans de comunicació, creiem que els cercadors que obtenen ingressos publicitaris estaran esbiaixats inherentment cap als anunciants i lluny de les necessitats dels consumidors».

Finalment, Larry Page i Sergey Brin apuntaven que aquests tipus de biaixos en els cercadors eren particularment insidiosos per als usuaris, en la mesura que fins i tot per als experts era «molt difícil» valorar els cercadors.⁷²

Una cosa similar passa en relació amb la discussió de la neutralitat de la xarxa. En aquest sentit, els defensors d'aquesta neutralitat⁷³ argumenten que, si no es garanteix la neutralitat de la xarxa, el gestor d'aquesta xarxa tindria incentius a degradar voluntàriament la qualitat del servei *no premium* a fi que el servei *premium* o de més velocitat resultés més atractiu.

- Asimetries informatives

Millorar o garantir un cert nivell de qualitat poc apreciable per part dels usuaris pot no estar compensat en termes d'ingressos.

Per això, hi ha una àmplia normativa en matèries com ara la seguretat industrial. El regulador, conscient d'aquestes asimetries informatives, obstaculitza per garantir un nivell determinat de qualitat.

La privacitat també constitueix un factor molt difícil de percebre i verificar. I la seva salvaguarda constitueix una limitació a l'ús i, per tant, al rendiment

71. Apèndix 8. «Currently, the predominant business model for commercial search engines is advertising. The goals of the advertising business model do not always correspond to providing quality search to users. For example, in our prototype search engine one of the top results for cellular phone is "[The Effect of Cellular Phone Use Upon Driver Attention](#)", a study which explains in great detail the distractions and risk associated with conversing on a cell phone while driving. This search result came up first because of its high importance as judged by the PageRank algorithm, an approximation of citation importance on the web [[Page, 98](#)]. It is clear that a search engine which was taking money for showing cellular phone ads would have difficulty justifying the page that our system returned to its paying advertisers. For this type of reason and historical experience with other media [[Bagdikian 83](#)], we expect that advertising funded search engines will be inherently biased towards the advertisers and away from the needs of the consumers». <http://infolab.stanford.edu/~backrub/google.html>.

72. Apèndix 8. «Since it is very difficult even for experts to evaluate search engines, search engine bias is particularly insidious». <http://infolab.stanford.edu/~backrub/google.html>.⁷¹ Apèndice 8 «Currently, the predominant business model for commercial search engines is advertising. The goals of the advertising business model do not always correspond to providing quality search to users. For example, in our prototype search engine one of the top results for cellular phone is "[The Effect of Cellular Phone Use Upon Driver Attention](#)", a study which explains in great detail the distractions and risk associated with conversing on a cell phone while driving. This search result came up first because of its high importance as judged by the PageRank algorithm, an approximation of citation importance on the web [[Page, 98](#)]. It is clear that a search engine which was taking money for showing cellular phone ads would have difficulty justifying the page that our system returned to its paying advertisers. For this type of reason and historical experience with other media [[Bagdikian 83](#)], we expect that advertising funded search engines will be inherently biased towards the advertisers and away from the needs of the consumers.» <http://infolab.stanford.edu/~backrub/google.html>

⁷² «Since it is very difficult even for experts to evaluate search engines, search engine bias is particularly insidious.» Apèndice 8 <http://infolab.stanford.edu/~backrub/google.html>

⁷³ *Net Neutrality Kills!* SavetheInternet.Eu <https://www.youtube.com/watch?v=g6fXpo8uQtA&feature=youtu.be>

econòmic que els operadors poden obtenir de les dades sol·licitades (ja s'ha apuntat que les dades generen efectes de xarxa, de manera que renunciar a l'ús d'aquestes dades és encara més rellevant). Per això, l'incentiu general per part dels operadors és clar: oferir un nivell baix de privacitat, ja que això permet obtenir una rendibilitat més gran sense pràcticament cap cost en termes de pèrdua d'usuaris o compradors.⁷⁴

Així, novament la relació general positiva entre qualitat i ingressos es trenca.

Novament, per això el legislador estableix un conjunt normatiu encaminat, en aquest cas, a la protecció de les dades.

No obstant això, passa que quan un operador té posició de domini, per definició, sent menys pressió competitiva, de manera que conjuntament amb la baixa percepció d'aquest factor hi pot haver una temptació més gran a abusar d'aquesta situació de preponderància en el mercat i degradar la qualitat del servei ofert.

L'autoritat de la competència alemanya (Bundeskartellamt) va iniciar a principis d'any una investigació contra Facebook per haver infringit, presumptament, aspectes relatius a la protecció de dades,⁷⁵ i a finals d'octubre l'autoritat de la competència italiana va obrir una doble investigació en relació amb la possibilitat que WhatsApp hagués forçat l'acceptació dels nous termes i condicions d'ús (que permetien a aquesta companyia compartir informació amb Facebook) mitjançant l'advertència als seus usuaris que en cas de no acceptar els nous termes i condicions d'ús no podrien continuar utilitzant el servei, i la possibilitat que la

73. *Net Neutrality Kills! SavetheInternet.Eu*, 9 d'octubre de 2015, <https://www.youtube.com/watch?v=g6fXpo8uQtA&feature=youtu.be>.

74. En aquest vídeo es mostra que, quan a un usuari se li explica adequadament que se'l convida a un café (similar a l'ingrés que moltes aplicacions intenten aconseguir) però a canvi ha de subministrar multitud d'informació personal, l'usuari opta per no acceptar el café gratuït. Suposadament, doncs, hi ha un problema informatiu pel qual molts usuaris acceptarien l'ús gratuït en termes monetaris de les aplicacions a canvi de sacrificar part de la seva privacitat.

<https://www.youtube.com/watch?feature=youtu.be&v=hE9D3aFjUy8&app=desktop>.

<https://www.youtube.com/watch?feature=youtu.be&v=hE9D3aFjUy8&app=desktop>

75.

http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html;jsessionid=6182A1E5981DA8D58F8EF0D4448C82ED.1_cid378?nn=3599398.

http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html;jsessionid=6182A1E5981DA8D58F8EF0D4448C82ED.1_cid378?nn=3599398 La decisió del Bundeskartellamt no ha estat exempta de crítica:

<http://chillingcompetition.com/2016/03/02/facebook-privacy-and-article-102-a-first-comment-on-the-bundeskartellamts-investigation/>. <http://chillingcompetition.com/2016/03/02/facebook-privacy-and-article-102-a-first-comment-on-the-bundeskartellamts-investigation/>

En aquest interessant article s'apunta que la decisió per part de l'autoritat de la competència alemanya recolzaria sobre una decisió prèvia del Bundesgerichtshof (KZR 58/11 -VBL-Gegenwert) de 6 de novembre de 2013. Robert MCLEOD. «Novel But a Long Time Coming: The Bundeskartellamt Takes on Facebook».

<http://jeclap.oxfordjournals.org/content/7/6/367.full.pdf+html> *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, vol. 7, núm.

6. La comissària de la FTC, Terrell McSweeney, ha apuntat que als Estats Units aquesta pràctica seria vista de l'òptica de la protecció dels consumidors i els usuaris: «In the United States, we would view the violation of data protection provisions on its own as a consumer protection issue. Another difference is the European view that dominant firms have "special obligations". The potential competition law violations identified in the recently-issued EDPS opinion are primarily "exploitative abuses", which do not have an analogue under the American antitrust laws. In the U.S. context, extracting more data from customers than would be possible in a competitive market could be viewed as akin to charging monopoly prices. U.S. law is clear that monopoly pricing by itself does not violate the antitrust laws». *Big data: individual rights and smart enforcement*. European Data Protection Supervisor – BEUC Joint Conference. Brussel·les, Bèlgica, 29 de setembre de 2016. Remarks of Commissioner Terrell McSweeney, https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/987103/mcsweeney_-_euro_data_protection_conf_9-29-16.pdf. «In the United States, we would view the violation of data protection provisions on its own as a consumer protection issue. Another difference is the European view that dominant firms have "special obligations." The potential competition law violations identified in the recently-issued EDPS opinion are primarily "exploitative abuses," which do not have an analogue under the American antitrust laws. In the U.S. context, extracting more data from customers than would be possible in a competitive market could be viewed as akin to charging monopoly prices. U.S. law is clear that monopoly pricing by itself does not violate the antitrust laws».

https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/987103/mcsweeney_-_euro_data_protection_conf_9-29-16.pdf *BIG DATA: INDIVIDUAL RIGHTS AND SMART ENFORCEMENT* European Data Protection Supervisor-BEUC Joint Conference Bruselas, Bèlgica, 29 de septiembre, 2016 Remarks of Commissioner Terrell McSweeney.

inclusió de clàusules determinades en les condicions esmentades fos opressiva (abusiva).⁷⁶

Precisament Facebook ha estat el centre d'una altra polèmica en termes d'elements de qualitat difícils d'apreciar. En aquest cas, hauria sobreestimat alguns mesuraments relatius al «consum» de vídeo per part dels usuaris de la xarxa social esmentada,⁷⁷ de manera que els anunciants haurien fet els càlculs de rendibilitat de l'anunci basant-se en una informació errònia.

Totes les conductes descrites en aquest apartat (2.2.1) tenen una característica comuna: la seva relativa perceptibilitat per part dels usuaris (asimetria informativa). Aquesta circumstància sembla que serà cada vegada més present en la mesura que els usuaris prioritzen en gran manera la seva comoditat: una resposta tan específica i ràpida com sigui possible.

Així, per exemple, els assistents digitals (Siri d'Apple, Alexa d'Amazon, M de Facebook o l'assistent de Google) ja ofereixen aquest tipus de resposta ràpida i específica, amb la qual cosa els riscos tant en termes de qualitat com de tancament de mercat entre competidors són més grans.⁷⁸

Reprent un exemple anterior, encara serà més difícil per a l'usuari detectar que hi ha productes més econòmics (en el cas d'Amazon, sembla que prioritzen els seus productes, però això no impedeix que després de buscar detalladament es puguin localitzar). A través d'un assistent com els esmentats, pot ser més difícil o impossible si ofereixen una única resposta.

Aquesta dificultat més gran en la seva detecció exigirà un control més efectiu per part de les autoritats públiques (tant d'autoritats de la protecció de dades com de la competència), el qual no pot ser assumit pels mateixos usuaris. Un estudi afirmava que llegir-se totes les polítiques de privacitat requeriria 244 hores a l'any, xifra que representa més de la meitat del temps que un usuari dedica a l'any a navegar per Internet⁷⁹ (una càrrega inassumible). A més a més, cal prendre en consideració la complexitat de moltes d'aquestes polítiques.

En aquest sentit, no tan sols sembla interessant un seguiment d'aquests aspectes per part de les autoritats de la competència quan això presenta un vessant competitiu, sinó també la iniciativa per part de l'agència de privacitat del Regne Unit de confeccionar un segell de qualitat relatiu a la privacitat,⁸⁰ amb la finalitat de minimitzar la càrrega de verificació per part dels usuaris.

76. Nota de premsa de l'Autorità Garant della Concorrenza i del Mercato, 28 d'octubre de 2016, <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/2358-exchange-of-personal-data-with-facebook-and-oppressive-clauses.-double-antitrust-investigation-on-whatsapp.html>. <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/2358-exchange-of-personal-data-with-facebook-and-oppressive-clauses.-double-antitrust-investigation-on-whatsapp.html>

77. <http://www.wsj.com/articles/facebook-overestimated-key-video-metric-for-two-years-1474586951> http://www.nytimes.com/2016/09/24/business/media/facebook-apologizes-for-overstating-video-metrics.html?ref=media&_r=0

78. Ariel EZRACHI; Maurice STÜCKE. *Is Your Digital Assistant Devious?*, 23 d'agost de 2016, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2828117.⁷⁸ *Is Your Digital Assistant Devious?*. Ariel Ezrachi y Maurice Stucke. 23 de agosto de 2016. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2828117

79. *EDPS Privacy and competitiveness in the age of Big Data: The Interplay between Data protection, Competition Law, and Consumer Protection in the Digital Economy, Preliminary Opinion*, 26 de març de 2014, p. 34, https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/shared/Documents/Consultation/Opinions/2014/14-03-26_competition_law_big_data_EN.pdf. https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/shared/Documents/Consultation/Opinions/2014/14-03-26_competition_law_big_data_EN.pdf

80. <https://ico.org.uk/for-organisations/improve-your-practices/privacy-seals/>.⁸⁰ <https://ico.org.uk/for-organisations/improve-your-practices/privacy-seals/>

2.2.2. Dificultar la portabilitat de dades

Hi ha opinions en el sentit que alguns dels riscos recollits a l'apartat anterior no constitueixen un problema substantiu en la mesura que els usuaris poden canviar de proveïdor de serveis («competition is a clic away») d'una manera fàcil i ràpida. Aquesta argumentació no té en compte l'asimetria informativa, per la qual l'usuari podria no canviar d'operador tot i estar patint una degradació en termes de la qualitat rebuda.

En el món digital, l'asimetria informativa pot eliminar els efectes positius d'una eventual facilitat en el canvi. En el món físic, els costos d'anar a un altre oferent poden consistir en el desplaçament fins a l'establiment competidor, cosa que implica un cost que eventualment pot ser substancial si es compara amb el món digital.⁸¹ Tanmateix, hi ha una diferència essencial entre els dos àmbits: en el món físic, la qualitat és més fàcil d'apreciar.

Si un gelat o plat no agrada a un usuari ho percep i, conscient d'aquesta circumstància, opta per canviar i anar a un altre establiment competidor, assumint fins i tot el desplaçament a un lloc més allunyat del seu domicili. En canvi, en el món digital, pocs usuaris han percebut si un cercador puntualment li ha ofert informació menys rellevant que la que potencialment podria haver-li facilitat. En conseqüència, l'usuari no es pren la molèstia, per petita que sigui, de canviar a un altre cercador diferent.

A més a més, hi ha altres elements que sembla que apunten al fet que els costos de canvi podrien ser superiors als que aparentment es perceben i, per tant, haurien de considerar aspectes com ara el costum d'utilitzar un determinat servei, els efectes de xarxa col·lectius, la reputació, etc.

Aquestes circumstàncies (asimetria informativa i existència de costos de canvi) expliquen les elevades valoracions que les mateixes empreses atorguen al fet de ser una opció per defecte.

Google hauria pagat a Apple mil milions de dòlars per continuar sent el cercador per defecte en els iPhone.⁸²

Google també afronta un plec de concreció de fets (a més del corresponent al suposat afavoriment dels seus propis serveis) en relació amb Android. Aquest plec recolliria tres conductes, dues de les quals consisteixen precisament a intentar aconseguir que les seves aplicacions estiguin per defecte en els dispositius Android.⁸³

«A exigir als fabricants que preinstal·lin Google Search i el navegador Chrome de Google i obligar-los que seleccionin en els seus dispositius Google Search com a servei de cerca per defecte com a condició per concedir-los llicències de determinades aplicacions exclusives de Google;

[...]

a concedir incentius financers als fabricants i els operadors de xarxes mòbils amb la condició que preinstal·lin exclusivament Google Search en els seus dispositius».

En conseqüència, sembla que la decisió per part dels usuaris de canviar entre competidors no és gaire freqüent. Així i tot, alguns operadors haurien intentat dificultar aquestes possibilitats de canvi.

81. Així ho va apuntar Hal Varian, *chief economist* de Google: «Big data, digital platforms and market competition», *Bruegel, Big data, digital platforms and market competition*. <http://bruegel.org/events/big-data-digital-platforms-and-market-competition/>. 3 d'octubre de 2016, <http://bruegel.org/events/big-data-digital-platforms-and-market-competition/>.

82. «Google Paid Apple \$1 Billion to Keep Search Bar on iPhone. Google Paid Apple \$1 Billion to Keep Search Bar on iPhone», *Bloomberg*, 22 de gener de 2016, <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-01-22/google-paid-apple-1-billion-to-keep-search-bar-on-iphone>. <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-01-22/google-paid-apple-1-billion-to-keep-search-bar-on-iphone>

83. «Antitrust: la Comisión envía un pliego de cargos a Google sobre el sistema operativo y las aplicaciones de Android». Comunicat de premsa, 20 d'abril de 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1492_es.htm. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1492_es.htm

La mateixa Google va rebre l'escrutini⁸⁴ per part de les autoritats de la competència europees en la mesura que es considerava que introduïa limitacions a les possibilitats d'exportar les dades de les campanyes creades en AdWords a altres competidors.

2.2.3. Abusar del domini en un àmbit i traslladar-lo a un altre

Operar en un mercat regulat, en el sentit de ser l'únic operador designat en exclusiva per dur-hi a terme la seva activitat, reporta dos beneficis: a) beneficis monetaris derivats de l'activitat esmentada; b) beneficis en recopilació d'informació dels usuaris. Tanmateix, és probable que la informació obtinguda en el segment d'activitat regulat només pugui ser utilitzada en relació amb aquell mateix àmbit. És a dir, l'operador no pot utilitzar aquestes dades aconseguides de manera privilegiada (és l'únic que tindria aquest accés en aquelles condicions)⁸⁵ per obtenir un avantatge competitiu en un altre segment o mercat.

A França, GDF Suez va utilitzar la informació obtinguda en la seva activitat monopolística regulada en el sector gasista per competir en altres mercats. L'autoritat de la competència francesa va ordenar⁸⁶ a GDF Suez donar accés a aquesta informació.

Vegeu que les dades són novament una variable cabdal per als operadors fins al punt que pot ser l'element clau per, des d'una posició preponderant en un mercat determinat, ampliar-la o traslladar-la a un altre.

2.2.4. Limitar l'accés a les dades

Vista la importància competitiva de la informació i, com s'ha indicat anteriorment, la seva possibilitat d'exclusió, no és sorprenent que els diferents operadors intentin disposar d'aquest avantatge respecte als seus competidors. Hi ha diferents conductes que persegueixen aquesta mateixa finalitat de limitació de l'accés dels operadors rivals a la informació.

2.2.4.1. Acords en exclusiva

Una primera pràctica que permet tant l'obtenció d'informació com la limitació de l'accés a tercers consisteix a establir acords d'exclusivitat segons els quals una part cedeix en exclusiva a l'altra la informació recopilada o permet directament a la part que vol obtenir la informació estar present al portal o al maquinari a través del qual es produeix la captació de la informació.

Google hauria arribat a configurar una xarxa d'aquest tipus d'acords. En aquest sentit, a més del ja esmentat acord amb Apple per ser el cercador per defecte en els seus dispositius mòbils, també hauria arribat a acords amb Mozilla Firefox⁸⁷ i Opera.⁸⁸

84. En el punt III dels compromisos que Google inicialment va remetre a la Comissió es feia referència a aquesta qüestió. *Commitments in Case COMP/C-3/39.740 – Foundem and others, Foundem and others*.3 d'abril de 2013.

85. Si bé ja s'ha apuntat anteriorment la conveniència de permetre l'accés a la informació a tots els competidors.

86. Autorité de la Concurrence. «Gas Market». Comunicat de premsa, 9 de setembre de 2014,

http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=592&id_article=2420.

http://www.autoritedelaconurrence.fr/user/standard.php?id_rub=592&id_article=2420

87. Si bé a finals del 2014 Firefox va arribar a un acord per cinc anys amb Yahoo. «Firefox drops Google as default search engine, signs five-year deal with Yahoo», *The Verge*, 19 de novembre de 2014,

<http://www.theverge.com/2014/11/19/7250513/firefox-signs-yahoo-as-default-search-engine->. *Firefox drops Google as default search engine, signs five-year deal with Yahoo*

<http://www.theverge.com/2014/11/19/7250513/firefox-signs-yahoo-as-default-search-engine->

88. Aquest acord és vigent des del 2012 i s'ha estès fins al 31 de desembre de 2017. «BRIEF-Opera Software and Google signs new agreement», *Reuters*, 1 de juny de 2015, <http://www.reuters.com/article/idUSFWN0YN03L20150601>. .

<http://www.reuters.com/article/idUSFWN0YN03L20150601>

Difícilment un altre competidor podria oferir les substancials quantitats de diners que ofereix Google, ja que els competidors no tenen la capacitat de rendibilitzar tan bé els anuncis (precisament per la manca de dades).

Els acords esmentats no fan sinó ampliar la distància entre Google i els seus competidors, els quals, a més a més, serà difícil que trobin fonts d'informació tan potents per accedir a una informació tan voluminosa. Segons s'afirma en un interessant estudi,⁸⁹ aquesta xarxa podria ser considerada contrària als articles 101 i 102 del TFUE.

A tall de simple apunt final, cal indicar que Google també ha establert acords d'exclusiva adreçats no tant a captar dades sinó a impedir que els seus usuaris d'AdSense (titulars de webs que volen rendibilitzar els seus webs mitjançant la venda d'espais en aquests webs per col·locar-hi anuncis) compatibilitzin els seus serveis amb els d'empreses competidores. Aquesta conducta també està sent objecte d'anàlisi per part de la Comissió Europea, que l'ha incorporat en un dels plecs de càrrecs contra la companyia de Mountain View.⁹⁰

2.2.4.2. Operacions de concentració

Les operacions de concentració constitueixen un mecanisme per incorporar la informació d'un altre operador de manera estructural i més estable al si d'una companyia. Les companyies tecnològiques de més prestigi han dut a terme diferents operacions de concentració que sembla que tenen com a motivació principal la incorporació d'informació tal com s'ha recollit a la il·lustració 2. Particularment conegudes han estat les operacions de concentració ja executades entre Google i Double Click⁹¹ i Google i Waze.

La primera va permetre a Google demanar informació i tecnologia per liderar la capacitat d'obtenir rendiment a partir dels anuncis més personalitzats o focalitzats. Tant la Comissió com la FTC van autoritzar l'operació. Tanmateix, en el cas de la FTC hi va haver un vot particular en el qual s'exposava que potser no s'haurien tingut en compte els efectes de xarxa i que les barreres a l'entrada que l'operació generava (en termes que cap competidor no podria oferir un servei de la mateixa qualitat) comportaria que els anunciants no disposessin de cap alternativa a recórrer a l'entitat fusionada.⁹²

L'operació de concentració entre Google i Waze també s'explica per l'obtenció d'informació. Waze, una empresa israeliana mitjançant la qual els usuaris

89. Damien GERADIN; Monika KUSCHEWSKY. *Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue*, 12 de febrer de 2013, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088, p. 8.

Competition Law and Personal Data : Preliminary Thoughts on a Complex Issue
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088

90. Defensa de la competència: la Comissió continua avançant en les investigacions sobre les pràctiques de Google en matèria de publicitat i comparació de preus que suposadament vulneren la normativa de la UE. 14 de juliol de 2016,

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2532_es.htm, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2532_es.htm, ...

91. Commission Decision of 11 March 2008. *Comp / M.4731 Google/Double Click*.

http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf; Statement of the Fed. Trade Comm'n Concerning Google/DoubleClick (Dec. 20, 2007), File No. 071-0170 at 12,

https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googledc-commstmt.pdf. Commission Decision of 11 March 2008. *Comp/M.4731 Google / Double Click*.

http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf; Statement of the Fed. Trade Comm'n Concerning Google/DoubleClick (Dec. 20, 2007), File No. 071-0170 at 12,

https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googledc-commstmt.pdf

92 Commissioner Pamela Jones Harbour, Dissenting Statement in the matter of Google/DoubleClick, 92. Pamela JONES HARBOUR (comissària). *Dissenting Statement in the matter of Google/DoubleClick*, 20 de desembre de 2007,

https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_0.pdf.
https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_0.pdf

identificaven diferents aspectes del trànsit a temps real, contenia una valuosa informació perquè Google pogués complementar els seus mapes basant-se en aportacions individualitzades a temps real. L'Office of Fair Trading⁹³ va concloure que l'operació no reduiria la competència, i tampoc la FTC⁹⁴ no va considerar que l'adquisició comportés problemes de competència. Tres anys més tard, no sembla que cap producte alternatiu ofereixi la mateixa qualitat.

Una altra operació de concentració que sembla que es pot explicar a partir de l'interès a aconseguir informació és la corresponent a Facebook i WhatsApp. Facebook estaria interessada a disposar de tota la informació generada a través de WhatsApp per millorar la seva capacitat de dirigir millor els anuncis. Aquesta visió sembla que s'ha acomplert. El model de negoci de WhatsApp s'ha alterat: a) ha deixat d'experimentar amb el cobrament d'1 euro per l'aplicació; b) la seva política de privacitat ha estat modificada per permetre expressament la cessió d'informació a Facebook.⁹⁵

L'operació, per tant, ha implicat una pèrdua d'opcions per part dels usuaris. És a dir, on abans de l'operació esmentada coexistien dos models diferents —WhatsApp (amb més protecció de dades però amb l'exigència d'un pagament monetari anual) i Facebook Messenger (menor protecció de la privacitat però gratuïta)—, ara només n'hi ha un (servei gratuït però amb poca privacitat).

En conseqüència, per a aquells usuaris que valoraven la seva privacitat per damunt de la quantitat monetària que WhatsApp els requeria, amb la fusió han vist com el seu benestar disminuïa (disminució de la qualitat en termes de privacitat). Cal destacar que aquests usuaris difícilment poden deixar d'utilitzar un servei específic de missatgeria quan els seus amics i familiars hi romanen (efectes de xarxa tradicionals).

En aquest sentit, és destacable, per exemple, que la Comissió Europea, en relació amb l'operació de concentració entre WhatsApp i Facebook, no va analitzar les conseqüències en privacitat derivades d'un increment en la concentració de dades produïda com a resultat d'aquesta adquisició.

93. OFFICE OF FAIR TRADING. *Completed acquisition by Motorola Mobility Holding (Google, Inc.) of Waze Mobile Limited*. ME/6167/13, 17 de desembre de 2013,

http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.offt.gov.uk/shared_offt/mergers_ea02/2013/motorola.pdf. Office of Fair Trading. *Completed acquisition by Motorola Mobility Holding (Google, Inc.) of Waze Mobile Limited*. ME/6167/13.

94. *Engadget*, 1 d'octubre de 2013, <https://www.engadget.com/2013/10/01/ftc-will-not-challenge-google-waze-acquisition/>..

<https://www.engadget.com/2013/10/01/ftc-will-not-challenge-google-waze-acquisition/>.
95. 26 de setembre de 2016, <http://www.xataka.com/moviles/whatsapp-empieza-a-compartir-tu-numero-de-telefono-y-conexiones-con-facebook>.⁹⁵ 26 de setembre de 2016. <http://www.xataka.com/moviles/whatsapp-empieza-a-compartir-tu-numero-de-telefono-y-conexiones-con-facebook>; L'autoritat de la protecció de dades d'Hamburg ha emès una ordre administrativa per impedir aquesta transferència de dades. Press release, 27 de setembre de 2016, https://www.datenschutz-hamburg.de/fileadmin/user_upload/documents/Press_Release_2016-09-27_Adminstrative_Order_Facebook_WhatsApp.pdf, https://www.datenschutz-hamburg.de/fileadmin/user_upload/documents/Press_Release_2016-09-27_Adminstrative_Order_Facebook_WhatsApp.pdf.

També apareixen notícies en el sentit que l'autoritat britànica de protecció de dades hauria afirmat que investigaria Facebook i WhatsApp: *BBC News*, 29 de setembre de 2016, <http://www.bbc.com/news/technology-37512419>. Facebook: <http://www.bbc.com/news/technology-37512419>. Facebook: «WhatsApp consumeix la seva advertència: o se accepten les seves condicions o no se podrà seguir usant», *El País*, 27 de setembre de 2016.

http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2016/09/27/actualidad/1474975944_468987.html#?ref=rss&format=simple&link=seguir. Així mateix, la comissària Vestager va indicar que va requerir informació d'aquestes empreses: 9 de setembre de 2016, <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-09-09/facebook-grilled-by-eu-s-vestager-over-whatsapp-merger-u-turn>. <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-09-09/facebook-grilled-by-eu-s-vestager-over-whatsapp-merger-u-turn>. La L'Agència Espanyola de Protecció de Dades també ho estaria investigant: «Protección de Datos investiga a WhatsApp por su nueva política de privacidad», *Sabemos Digital*, 5 d'octubre de 2016, http://sabemos.es/2016/10/05/proteccion-datos-investiga-whatsapp-privacidad-facebook_27268/.

«Qualsevol preocupació derivada de l'increment en la concentració de la informació controlada per Facebook com a resultat de la transacció no entra dins de l'àmbit de la llei de competència d'àmbit europeu».⁹⁶

«Pels objectius d'aquesta decisió, la Comissió ha analitzat la concentració potencial d'informació només en relació amb la possibilitat que reforci la posició de Facebook en el mercat dels anuncis digitals o qualsevol subsegment que en depengui. Qualsevol qüestió relacionada amb la privacitat derivada de l'increment de concentració de dades dins del control de Facebook com a conseqüència de la transacció no entra dins de l'àmbit de les normes de competència europees, sinó dins de l'àmbit de la protecció de dades a escala europea».⁹⁷

Aquesta visió més restrictiva respecte a l'àmbit d'aplicació de les normes de competència ha comportat un cert dany al benestar dels consumidors i els usuaris, tal com s'ha exposat.

Els fets descrits mostren que una eventual absència d'actuació per part de les autoritats de la competència no pot ser solucionada per una intervenció posterior per part dels organismes encarregats de vetllar per la protecció de dades. En aquest sentit, cal tenir en compte, per exemple, que les operacions de concentració només són notificades, quan s'escau, a les autoritats de la competència i que només aquestes autoritats poden imposar condicions estructurals.⁹⁸ Per tant, la valoració d'una possible incidència negativa en la privacitat dels usuaris com a conseqüència d'aquesta operació únicament pot ser apreciada pels organismes encarregats de la promoció i la defensa de la competència i només aquests organismes poden condicionar, per exemple, l'operació al fet que les dades d'un servei no puguin ser utilitzades per l'adquirent.

Tot i això, cal no desconèixer que en termes de preu dels usuaris obtindran més benestar (ja no hauran d'abonar cap quantitat per utilitzar WhatsApp) i que una menor privacitat fins i tot pot incidir positivament en algun dels factors qualitius.⁹⁹

96. Nota de premsa: «Commission approves acquisition of WhatsApp by Facebook», 3 d'octubre de 2014, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1088_en.htm. «Any privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the transaction do not fall within the scope of EU competition law». http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1088_en.htm. «Any privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the transaction do not fall within the scope of EU competition law.»

97. Paràgraf 164 de la Decisió de 3 d'octubre de 2014. *Case No COMP/M.7217 – Facebook/WhatsApp*, http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf. «For the purposes of this decision, the Commission has analysed potential data concentration only to the extent that it is likely to strengthen Facebook's position in the online advertising market or in any sub-segments thereof. Any privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the Transaction do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules». *Case No COMP/M.7217 - FACEBOOK/ WHATSAPP*. http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf. «For the purposes of this decision, the Commission has analysed potential data concentration only to the extent that it is likely to strengthen Facebook's position in the online advertising market or in any sub-segments thereof. Any privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the Transaction do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules.»

98. «Competition enforcement has been so effective not only because of the level of the fines but also because it disrupts how companies and organisations behave». *Opinion 8/2016, EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, 23 de setembre de 2016, European Data Protection Supervisor (EDPS), p. 15, https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Events/16-09-23_BigData_opinion_EN.pdf.⁹⁸ «Competition enforcement has been so effective not only because of the level of the fines but also because it disrupts how companies and organisations behave». P. 15. *Opinion 8/2016 EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*. 23 de setembre de 2016. European Data Protection Supervisor (EDPS). https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Events/16-09-23_BigData_opinion_EN.pdf

99. Per exemple, en l'àmbit de la medicina, és evident que una menor privacitat pot proporcionar solucions més adequades a cada perfil concret: «Project Hanover: ¿es el big data la esperanza contra el cáncer?», *El País*, 29 de setembre de 2016, http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2016/09/23/actualidad/1474647362_976680.html#?ref=rss&format=simple&link=guid. 6es Jornades TIC Salut i Social, «El repte de la salut i el benestar en la societat digital», 30 de setembre de 2016. Minut 44:50 segons. Intervenció de Javi Creus, «Sabemos que los datos curan», https://www.youtube.com/watch?v=MonYWFoW2_g. «The

Es considera inadequat no prendre també en consideració la qüestió relativa a la privacitat (possible rebaixa en la qualitat), com també una menor possibilitat d'elecció (menor varietat d'operadors «rellevants»¹⁰⁰ amb ofertes diferenciades). És a dir, encara que potser els efectes qualitatius són més fàcils de quantificar (per exemple, ràtio de conversió dels anuncis superior), cal ponderar el doble efecte qualitatiu (també l'eventual degradació en termes de privacitat).

Tal com s'ha apuntat, hi pot haver una paradoxa, ja que menor privacitat pot significar al mateix temps menys qualitat en termes d'«intimitat», però la informació obtinguda de cada usuari, com s'ha explicat, pot permetre obtenir un servei més bo i més personalitzat per al mateix usuari. En qualsevol cas, hauria de quedar a elecció del consumidor o usuari el nivell de privacitat pel qual opta, tot i que sàpiga que un nivell de privacitat elevat pot comportar un servei relativament pitjor.¹⁰¹

Aquesta paradoxa no s'esdevé quan les dades sol·licitades no són necessàries per al servei que es presta. Per això, una recomanació clara que les autoritats de la protecció de dades fan de manera encertada consisteix a minimitzar el volum de dades recollides.¹⁰²

Les dificultats a l'hora de valorar aquest tipus d'operacions de concentració no es limiten a la determinació dels aspectes objecte d'anàlisi. També és un repte el replantejament de la noció clàssica de definició del mercat rellevant afectat.

data released through the Open Data Initiative is being used to improve public health, energy efficiency, traffic flow, and even drought management. It is pioneering precision medicine for individual patients and making hospitals work better. There are apps created from the data that are helping families looking for colleges and consumers who want to avoid unhygienic restaurants». Remarks of Commissioner Terrell McSweeney. *Big data: individual rights and smart enforcement*. European Data Protection Supervisor – BEUC Joint Conference. Brussel·les, Bèlgica, 29 de setembre de 2016, p. 3, https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/987103/mcsweeney_-_euro_data_protection_conf_9-29-16.pdf. *BIG DATA: INDIVIDUAL RIGHTS AND SMART ENFORCEMENT* European Data Protection Supervisor-BEUC Joint Conference Bruselas, Bèlgica Septiembre 29, 2016. P. 3 https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/987103/mcsweeney_-_euro_data_protection_conf_9-29-16.pdf

100. Els costos de canvi en un servei amb importants efectes de xarxa poden ser substancials. En altres paraules, si tots els meus coneguts fan servir un servei de missatgeria determinat, és difícil que «pugui» canviar a un altre d'acord amb les meves preferències de privacitat.

101. L'Agència Europea de Protecció de Dades (EDPS) també ha recomanat explorar la possibilitat de crear un espai del web on els usuaris puguin interactuar sense ser monitorats. «We also recommend that the EU institutions with external experts explore the creation of a common area, a space on the web where, in line with the Charter, individuals are able to interact without being tracked». *Opinion 8/2016 EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, 23 de setembre de 2016. European Data Protection Supervisor (EDPS), https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Events/16-09-23_BigData_opinion_EN.pdf. «We also recommend that the EU institutions with external experts explore the creation of a common area, a space on the web where, in line with the Charter, individuals are able to interact without being tracked». *Opinion 8/2016 EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*. 23 de setembre de 2016. European Data Protection Supervisor (EDPS). https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Events/16-09-23_BigData_opinion_EN.pdf

102. «Data protection authorities need to enforce data minimisation, which requires personal information only to be processed where 'adequate, relevant and limited to what is necessary in relation to the purposes for which they are processed'. *Opinion 8/2016, EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, 23 de setembre de 2016, European Data Protection Supervisor (EDPS), p. 7, https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Events/16-09-23_BigData_opinion_EN.pdf.¹⁰² «Data protection authorities need to enforce data minimisation, which requires personal information only to be processed where 'adequate, relevant and limited to what is necessary in relation to the purposes for which they are processed.'»

104. 4 de febrer de 2014, <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/early-termination-notice/20140457P>. *Opinion 8/2016 EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*. 23 de setembre de 2016. European Data Protection Supervisor (EDPS). https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Events/16-09-23_BigData_opinion_EN.pdf.

105. Ariel EZRACHI; Maurice E. STÜCKE. *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*, 8 d'abril de 2015, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2591874.

En l'adquisició de Nest (termòstats domèstics intel·ligents) per Google —que va ser aprovada en fase inicial per la FTC—,¹⁰³ una de les qüestions controvertides fou quin seria el mercat afectat per l'operació.

Sembla poc probable que amb l'adquisició Google estigués mostrant un interès a convertir-se en oferent de termòstats. Més aviat, l'objecte de l'operació seria obtenir informació recollida per aquests dispositius per millorar la capacitat de confeccionar un perfil d'usuari i, d'aquesta manera, perfeccionar la seva capacitat d'oferir als potencials anunciants una certesa més gran que els anuncis arribin als usuaris als quals estiguin més interessats a arribar.

En conseqüència, la determinació del mercat rellevant —pel fet d'estar vinculat amb les dades— sembla que no té una correspondència física evident. I, per tant, lluny de poder definir-lo en l'àmbit dels termòstats, s'escau una visió més àmplia. En altres paraules, les dades transcendeixen les configuracions de mercat més vinculades als elements físics.

2.2.5. Coordinar preus o condicions comercials (algoritmes)

Els operadors econòmics s'han adaptat a aquest nou marc caracteritzat per la rellevància de la informació, les dades i la capacitat del seu processament. Així, utilitzen les noves possibilitats que aquest entorn els ofereix.

Mentre que les pràctiques col·lusòries requerien en el passat una coordinació entre representants dels diferents operadors econòmics que determinaven elements estratègics com el preu, en aquest nou entorn la fixació d'aquests elements pot ser establerta per algoritmes. En conseqüència, una eventual coordinació anticompetitiva també es pot portar a la pràctica a través d'aquests mecanismes automatitzats.¹⁰⁴

El Departament de Justícia americana¹⁰⁵ i la CMA¹⁰⁶ ja han sancionat pràctiques col·lusòries implementades mitjançant l'ús automatitzat de la determinació dinàmica dels preus. I l'ús d'algoritmes per a la fixació dels preus per part d'empreses com Uber està sent objecte d'anàlisi judicial per si és constitutiu d'un acord col·lusori entre els prestadors del servei.¹⁰⁷

2.2.6. La discriminació perfecta

És antiga i relativament general la pràctica de cobrar preus diferents en funció del «grup» al qual pertanyi el client. Així, sovint, un parc d'atraccions ofereix entrades a un preu diferent en funció de l'edat (nen, adult, sènior).

106. *Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution*, 6 d'abril de 2015,

<https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace>.
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2591874

107. *Former E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division's First Online Marketplace Prosecution* *Online seller admits breaking competition law*, 21 de juliol de 2016,

<https://www.gov.uk/government/news/online-seller-admits-breaking-competition-law>. *CMA issues final decision in online cartel case*, 12 d'agost de 2016, <https://www.gov.uk/government/news/cma-issues-final-decision-in-online-cartel-case>.

<https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace>

¹⁰⁶ *Online seller admits breaking competition law*.

108. 12 d'agost de 2016, <http://business.cch.com/ald/MeyervKalanick3312016.pdf>. Acció presentada el 31 de març de 2016.

<https://www.gov.uk/government/news/online-seller-admits-breaking-competition-law>. *CMA issues final decision in online cartel case*. <https://www.gov.uk/government/news/cma-issues-final-decision-in-online-cartel-case>.

109. Si bé treballar per revertir l'opacitat en la configuració dels preus pot correspondre a l'àmbit d'actuació de les autoritats o agències de protecció del consumidor, s'inclou en aquest treball sobre competència, en la mesura que aquesta opacitat pot distorsionar la competència (per exemple, s'incrementa el risc d'eventuals abusos de posició dominant com la imposició de preus no equitatius, article 2 LDC).

No obstant això, en el marc actual hi ha més possibilitats de discriminació sistemàtica en funció de múltiples factors (per exemple, pel dispositiu mitjançant el qual un accedeix a la informació; si ho fa a través d'un dispositiu Apple, es pot considerar que té un nivell d'ingressos superior i, per tant, se li ofereixen els productes a preus superiors). Aquest tipus de discriminacions poden reduir la categoria o grup a la dimensió individual (oferir un preu diferent a cadascun dels seus clients) i no són fàcils de percebre pels usuaris.¹⁰⁸

Com més paràmetres es prenguin en consideració, més individualitzat serà el preu (cada vegada serà menys probable que dos consumidors diferents presentin exactament les mateixes característiques en relació amb totes les variables utilitzades per determinar el preu). I, continuant amb l'exemple, és poc probable que un mateix usuari utilitzi dispositius diferents dels propis per verificar si hi ha algun biaix d'aquest tipus.

A més a més, les mateixes empreses dissimulen aquest tipus de pràctiques per mitjà de l'oferiment de descomptes o cupons molt personalitzats.

Aquestes pràctiques són objecte de debat.¹⁰⁹ En concret, s'analitzava el cas Amazon i com aquestes pràctiques poden afectar no tan sols els consumidors i els usuaris, sinó també els operadors, que venen els seus productes a través d'aquesta plataforma (una pràctica eventualment distorsionadora de la competència que consisteix a imposar preus no equitatius).

La discriminació i el desconeixement d'aquest tipus de pràctiques i possibles errors —presumible a favor de qui les implanta— condueixen a pensar que aquestes pràctiques acabaran generant un impacte negatiu en el benestar dels consumidors i els usuaris. En un entorn perfectament competitiu, aquest tipus de pràctiques fins i tot podrien ser positives tant per a consumidors com per a oferents.¹¹⁰ No obstant això, segons la nostra opinió, els mercats i els mateixos consumidors i usuaris en realitat no estan perfectament alineats amb la teoria econòmica. L'Office of Fair Trading va assenyalar que el context de competència en el mercat incidia en la probabilitat que la discriminació de preus perjudiqués els consumidors i els usuaris.¹¹¹

Aquesta circumstància pot comportar tres greus perjudicis per als consumidors i els usuaris:¹¹²

110. Finals de gener de 2016, *Amazon's Book Monopoly: A Threat to Freedom of Expression?*, http://www.ustream.tv/recorded/82066262?lang=es_ES *Amazon's Book Monopoly: A Threat to Freedom of Expression?* http://www.ustream.tv/recorded/82066262?lang=es_ES (a partir de les 2 hores del vídeo).

110. EXECUTIVE OFFICE DEL PRESIDENT DELS ESTATS UNITS D'AMÈRICA. *Big data and differential pricing*, febrer de 2015, p. 16, https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf. *BIG DATA AND DIFFERENTIAL PRICING*. «Economists typically see value-based pricing as a tool for expanding the size of the market by charging more to those willing to pay and less to those who are not». «Executive Office del Presidente de los Estados Unidos de América. Economists typically see value-based pricing as a tool for expanding the size of the market by charging more to those willing to pay and less to those who are not». https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf

111. OFFICE OF FAIR TRADING. *The economics of online personalised pricing*, maig de 2013, p. 8, http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.offt.gov.uk/shared_offt/research/oft1488.pdf. http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.offt.gov.uk/shared_offt/research/oft1488.pdf

112. EXECUTIVE OFFICE DEL PRESIDENT DELS ESTATS UNITS D'AMÈRICA. *Big data and differential pricing*, febrer de 2015, p. 16, https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf. «For example, big data may facilitate discrimination against protected groups, and when prices are not transparent, differential pricing could be conducive to fraud or scams that take advantage of unwary consumers. This final section of the report considers how big data and differential pricing relate to existing antidiscrimination and consumer protection laws that might address these issues». «Executive Office del Presidente de los Estados Unidos de América. For example, big data may facilitate discrimination against protected groups, and when prices are not transparent, differential pricing could be conducive to fraud or scams that take advantage of unwary consumers. This final section of the report considers how big data and differential pricing relate to existing antidiscrimination and consumer protection laws that might address these issues». https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf

2.2.6.1. *La captació de l'excedent del consumidor per l'oferent*

Com més s'apropin els oferents a conèixer la xifra corresponent a la disponibilitat màxima al pagament de cada un dels consumidors, menor serà el romanent de benestar que els consumidors podran experimentar.

És a dir, si un usuari està disposat a pagar 30 € per una samarreta i aconsegueix adquirir-la per 20 €, el seu excedent del consumidor serà de 10 €. Però si els diferents productors de samarretes aconsegueixen conèixer (o acostar-s'hi) la quantitat màxima que està disposat a abonar el consumidor (per exemple, 29 €), el consumidor haurà d'abonar 29 € i el seu excedent quedarà reduït a un únic euro.

En la mesura que el benestar general dels consumidors pot quedar menystingut i que la seva protecció configura l'objecte darrer que persegueix la competència, segons consta en el preàmbul de la LDC,¹¹³ les autoritats de la competència haurien d'incidir en aquest tipus de pràctiques¹¹⁴ i, particularment, quan les porta a terme un operador dominant.

2.2.6.2. *Menors diferències de preus*

En conseqüència, la relació entre els oferents i els seus usuaris o consumidors queda alterada, i passa de ser d'un oferent a una pluralitat d'usuaris, a ser una relació bilateral un a un (preu individualitzat).

Això implica, per exemple, que la comparació de preus entre oferents pot perdre un cert sentit. És probable que cada un d'ells intenti identificar quina és la quantitat màxima que l'usuari està disposat a pagar i carregar-li el preu màxim. Encara que hi pot haver diferències (probablement no tots els oferents utilitzaran el mateix algoritme i, per tant, no tindran en compte els mateixos factors amb idèntica magnitud), es presumeix que aquestes diferències seran menors que en un altre escenari en què un consumidor es pot beneficiar d'aconseguir el producte a un preu menor, ja que va dirigit a una pluralitat suposadament amb menor disponibilitat a pagar que ell.

Seguint amb el potencial comprador de la samarreta, quan recorri a un oferent alternatiu, probablement aquest intentarà aproximar-se novament al preu màxim que està disposat a pagar (30 €). Potser diferirà de l'anterior i en lloc de 29 € l'estimarà en 27 €. Però, en tot cas, el guany potencial de la competència en preus quedaria significativament reduït (a només 3 €). No seria racional oferir la samarreta per 20 €. Anteriorment, com que els operadors desconeixien (absolutament) la disponibilitat al pagament de cada individu, no hauria estat descartable que el consumidor hagués aconseguit la samarreta per 20 € o fins i tot per 10 €.

2.2.6.3. *L'exclusió del mercat*

En qualsevol cas, el màxim perjudici per als usuaris consistiria en l'exclusió de la possibilitat de contractar.¹¹⁵ Aquesta circumstància també ha estat examinada per diferents instàncies. Una de les propostes amb més bona acollida és la mateixa que s'apuntava més amunt, que

113. «Aquesta eficiència productiva es trasllada al consumidor en forma de menors preus o d'un augment de la quantitat oferta dels productes, de la seva varietat i qualitat, amb l'increment consegüent del benestar del conjunt de la societat».

114. «La competència en termes de preu podria quedar reduïda a les diferències entre aquestes pràctiques, pel fet d'esbrinar la disponibilitat màxima al pagament de cada usuari individual. I, en un entorn amb creixent informació, poden ser cada vegada menys significatives».

115. «Amb la qual cosa, aquells usuaris no podrien veure satisfetes les seves necessitats i, per tant, no es beneficiarien de la competència entre oferents. El "no-mercat" és una fallada de mercat que hauria de ser corregida».

podria contribuir a un entorn més competitiu (determinar que la propietat de les dades correspon als usuaris):¹¹⁶

«Una manera de limitar aplicacions deslleials o inadequades de la *big data* podria consistir a atorgar als consumidors un control més gran respecte a la seva informació. Els intermediaris d'informació afirmen que drets forts de propietat respecte a la informació personal podrien incrementar els costos de transacció, cosa que incidiria negativament en aplicacions valuoses de la *big data*. Les teories econòmiques també suggereixen que aquests drets de propietat no resoldrien del tot el problema de privacitat. Per exemple, problemes de selecció adversa reapareixerien a través de la compartició voluntària d'informació. No obstant això, una aproximació basada en els drets de propietat en relació amb la privacitat és particularment atractiva quan la *big data* comporta preocupacions sobre tracte equitatiu en l'aplicació d'estratègies de preu basades en el risc, i intermediaris d'informació poden tenir incentius insuficients per garantir la precisió de la informació personal».

En definitiva, la *big data* pot ser alhora un mecanisme d'inclusió en el mercat (rebaixant el preu per a aquells amb menys disponibilitat), però també d'exclusió.¹¹⁷

116. EXECUTIVE OFFICE DEL PRESIDENT DELS ESTATS UNITS D'AMÈRICA. *Big data and differential pricing*, febrer de 2015, p. 18, https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf. «One way to limit unfair or inaccurate applications of big data might be to give consumers greater control over their information. Data brokers claim that strong property rights over personal information could produce large transaction costs that would undermine valuable applications of big data. Economic theories also suggest that such property rights would not fully resolve the privacy problem. For example, adverse selection issues could re-emerge through voluntary disclosure of information. 21 Nevertheless, a property rights approach to privacy seems particularly appealing where big data leads to concerns about fairness in the application of risk-based pricing strategies, and information intermediaries may have insufficient incentives to ensure the accuracy of personal information».

118. FTC. *Big Data. A Tool for Inclusion or Exclusion?*, gener de 2016, <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues/160106big-data-rpt.pdf>. «One way to limit unfair or inaccurate applications of big data might be to give consumers greater control over their information. Data brokers claim that strong property rights over personal information could produce large transaction costs that would undermine valuable applications of big data. Economic theories also suggest that such property rights would not fully resolve the privacy problem. For example, adverse selection issues could re-emerge through voluntary disclosure of information. 21 Nevertheless, a property rights approach to privacy seems particularly appealing where big data leads to concerns about fairness in the application of risk-based pricing strategies, and information intermediaries may have insufficient incentives to ensure the accuracy of personal information.»

https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/docs/Big_Data_Report_Nonembargo_v2.pdf

¹¹⁷ *Big Data. A Tool for Inclusion or Exclusion?* <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues/160106big-data-rpt.pdf>

(III) NECESSITAT DE CANVIS

1. Canvis regulatoris

L'entorn actual presenta sens dubte nous reptes¹¹⁸ i la qüestió és si les autoritats disposen actualment dels instruments adequats per donar-hi una resposta eficaç.

1.1. Contractació pública

Una de les primeres i més importants recomanacions que s'han fet és considerar elements diferents del preu com a elements propis de la competència. Aquesta aproximació resulta del valor econòmic de les dades i l'ús comercial d'aquestes dades. No obstant això, no tan sols les autoritats de la competència són o han estat *price-centric*; també ho són els òrgans de contractació.

Això comporta, per exemple, que la licitació d'un contracte públic per a la transformació d'una ciutat en intel·ligent (*smart*) es pugui canalitzar a través del procediment d'adjudicació menys procompetitiu en cas que el licitador no sol·liciti cap contraprestació monetària. En aquest cas, des de l'òptica *price-centric* es tractaria d'un contracte de molt poca entitat, de manera que no seria necessari garantir una mínima concurrència competitiva.

En aquest sentit, a Nova York s'està desenvolupant el projecte linkNYC, amb Sidewalk Labs (la unitat de Google per a la investigació de ciutats intel·ligents).¹¹⁹ És clar que, si actualment una empresa oferís a cost zero aquest tipus de serveis a Espanya, des d'un punt de vista de compliment estricte de la legalitat, podria resultar adjudicatària mitjançant un procediment d'adjudicació que no estigués de conformitat la importància real (no monetària) del projecte.

El que s'acaba de dir implica la necessitat urgent de promoure la reformulació de la normativa de contractació pública que, a fi de garantir la concurrència competitiva, pren només en consideració com a cost el factor preu.

1.2. Defensa de la competència

En el mateix sentit exposat en relació amb la normativa de contractació, és probable que la normativa de defensa de la competència també requereixi una adaptació a aquesta nova realitat (economia de les dades). Com afirmava Vestager a principis del 2016, potser no cal un «nou cos jurídic per al món *big data*»,¹²⁰ però cada vegada és més evident que «noves

118. Una apreciació que coincideix amb l'OCDE, que abordarà aquests reptes (*big data* i competència) en el marc de la propera trobada que tindrà lloc a París entre els dies 28 de novembre i 2 de desembre. A manera d'antecedents, el secretariat de l'OCDE ha elaborat unes interessants notes. *Big data: bringing competition policy to the digital era*, *BIG DATA: BRINGING COMPETITION POLICY TO THE DIGITAL ERA*. 27 d'octubre de 2016,

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2016\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2016)14&docLanguage=En).

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2016\)14&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2016)14&docLanguage=En). També en relació amb aquests reptes:

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/09_06_2016_ThinkTank.html.

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/09_06_2016_ThinkTank.html

119. http://www.ara.cat/economia/ignasi-Vilajosana-No-capital-aconseguir_0_1594640547.html

<https://www.wired.com/2016/02/googles-city-fixing-sidewalk-labs-is-finally-getting-to-work/>. http://www.ara.cat/economia/ignasi-Vilajosana-No-capital-aconseguir_0_1594640547.html <https://www.wired.com/2016/02/googles-city-fixing-sidewalk-labs-is-finally-getting-to-work/>

120. «We don't need a whole new competition rulebook for the big data world. Just as we didn't need one for a world of fax machines, or credit cards, or personal computers.» *Competition in a big data world*. Margaret Vestager. «We don't need a whole new competition rulebook for the big data world. Just as we didn't need one for a world of fax machines, or credit cards, or personal computers». Margaret VESTAGER. *Competition in a big data world*, 17 de gener de 2016,

https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en.

https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en

normatives europees són part de la resposta», en paraules també de Vestager uns quants mesos més tard, el setembre de 2016.¹²¹

En aquesta línia, a continuació s'assenyalen alguns aspectes concrets que potser haurien de ser objecte de revisió o adaptació.

1.2.1. En relació amb el control de les operacions de concentració

1.2.1.1. Els llindars

La LDC i el Reglament 139/2014 en l'àmbit europeu contenen uns límits relatius a quotes de mercat i volums de negoci per sota dels quals es pressuposa que les operacions de concentració no són susceptibles d'alterar la competència i, per tant, ni tan sols han de ser objecte de notificació a les autoritats de la competència.

1.2.1.2. Les dades

Tal com hauria afirmat Vestager, «una empresa pot comprar un competidor per aconseguir la seva informació, fins i tot encara que no hagi estat capaç de monetitzar aquesta informació».¹²²

En vista dels límits actuals, aquest tipus d'operació ni tan sols hauria de ser notificada tot i que presentés implicacions significatives en termes de competència. Per aquesta raó, la mateixa Vestager apuntava que «per això estem explorant si necessitem començar a revisar operacions de concentració amb informació valuosa involucrada, fins i tot quan la companyia propietària d'aquesta informació no presenta un nivell de facturació significatiu».¹²³ També l'Agència Europea de Protecció de Dades havia recomanat «actualitzar les normes basant-se en les quals les autoritats efectuen el control de concentracions per protegir millor la privacitat en línia, la informació personal i la llibertat d'expressió».¹²⁴

121 «[...] we need to start looking at mergers with valuable data involved, even though the company that owns it doesn't have a large turnover. [...] I think there's a strong case for new EU rules as part of the answer. [...] if we do find that new EU legislation is *the best way forward*, I hope to put a proposal on the table early next year.» *Big data and competition*.¹²¹ «[...] We need to start looking at mergers with valuable data involved, even though the company that owns it doesn't have a large turnover. [...] I think there's a strong case for new EU rules as part of the answer. [...] if we do find that new EU legislation is *the best way forward*, I hope to put a proposal on the table early next year.» *Big data and competition*, 29 de setembre de 2016, http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/big-data-and-competition_en.

122. «Data could be an important factor in how a merger affects competition», va dir Vestager. «A company might even buy up a rival just to get hold of its data, even though it hasn't yet managed to turn that data into money».

«European Commission may consider customer data concerns in mergers», *Financial Times*, 29 de setembre de 2016, <https://www.ft.com/content/415351b8-3ec6-3d1e-9677-ff0e54cc9101>. «Data could be an important factor in how a merger affects competition» said Ms Vestager. «A company might even buy up a rival just to get hold of its data, even though it hasn't yet managed to turn that data into money».

European Commission may consider customer data concerns in mergers. 11124. «We are therefore exploring whether we need to start looking at mergers with valuable data involved, even though the company that owns it doesn't have a large turnover».

«European Commission may consider customer data concerns in mergers», *Financial Times*, 29 de setembre de 2016, <https://www.ft.com/content/415351b8-3ec6-3d1e-9677-ff0e54cc9101>. *Financial Times*. <https://www.ft.com/content/415351b8-3ec6-3d1e-9677-ff0e54cc9101>

¹²³ «We are therefore exploring whether we need to start looking at mergers with valuable data involved, even though the company that owns it doesn't have a large turnover.» *European Commission may consider customer data concerns in mergers*.

124. «Finally, we recommend updating the rules on how authorities apply merger controls better to protect online privacy, personal information and freedom of expression». European Data Protection Supervisor (EDPS). *Opinion 8/2016, EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, 23 de setembre de 2016, p. 3, https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Events/16-09-23_BigData_opinion_EN.pdf. «Finally, we recommend updating the rules on how authorities apply merger controls better to protect online privacy, personal information and freedom of expression». P. 3 *Opinion 8/2016 EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*. 23 de setembre de 2016. European Data Protection Supervisor (EDPS). https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Events/16-09-23_BigData_opinion_EN.pdf

Aquesta exploració ha conduït a l'inici d'un procés de consulta pública¹²⁵ a fi d'obtenir punts de vista sobre el funcionament del control de concentracions. El primer punt fa referència precisament als llindars de notificació i exposa els dubtes respecte al fet que aquests llindars siguin efectius en la mesura que pivoten exclusivament sobre facturació monetària.

En aquest sentit, hi pot haver empreses amb un gran potencial (per exemple, en el sector farmacèutic o el tecnològic) que posseeixen actius molt rellevants (patents de fàrmacs encara no comercialitzats o multitud d'informació encara no explotada), però que encara no tinguin reflex en els seus ingressos monetaris.

El funcionament inadequat dels llindars no és sinó una conseqüència de la menor correlació entre ingressos monetaris i importància fruit del valor intrínsec de la informació. Tot això convida a reflexionar sobre la conveniència de revisar la normativa de defensa de la competència a fi d'abastar aquelles operacions de concentració empresarial en les quals no hi ha una correlació entre el nivell d'ingressos (essencialment de l'entitat adquirida) i la importància econòmica de l'operació.

WhatsApp, en el moment que va ser adquirida per Facebook, no tenia uns nivells elevats de facturació —no superava els llindars—, encara que l'operació era molt rellevant¹²⁶ (valorada en 19.000 milions de dòlars). Operadors com ara LinkedIn,¹²⁷ Wallapop i Waze, per esmentar alguns exemples, també poden posseir una gran quantitat d'informació sense presentar nivells de facturació elevats.

1.2.1.3. Les operacions embrionàries

La conveniència d'aquesta revisió esdevé més evident si es té en compte que cada vegada es poden produir un nombre més gran d'operacions de concentració en un moment inicial de la marxa de l'entitat absorbida (i, per tant, que l'entitat adquirida no tingui un nivell d'ingressos que superi els llindars exigits per notificar l'operació de concentració).

Aquesta circumstància (operacions de concentració en estats inicials de desenvolupament d'un projecte empresarial) es deu a les capacitats de detecció de què gaudeixen alguns operadors en relació amb iniciatives amb un potencial interessant (radar competitiu). Així, l'operador que gestiona una plataforma té una valuosa informació sobre les iniciatives que desperten més interès entre els usuaris.

Imaginem, per exemple, que Google, que opera la botiga virtual Google Play d'aplicacions, observa que una aplicació d'informació sobre el trànsit està experimentant un èxit creixent per part dels usuaris.¹²⁸ I, vista aquesta trajectòria inicial, eventualment pot optar per adquirir-la.

¹²⁵ *Mergers: Commission seeks feedback on certain aspects of EU merger control.*

¹²⁵ *Mergers: Commission seeks feedback on certain aspects of EU merger control*, 7 d'octubre de 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3337_en.htm.

¹²⁶ «The Transaction does not have a Union dimension within the meaning of Article 1(2) or Article 1(3) of the Merger Regulation as the EU turnover of one of the Parties (WhatsApp) amounted to only EUR [...] in 2013». Pàgina 1 de la Decisió de 3 d'octubre de 2014. *Case No COMP/M.7217 - Facebook/WhatsApp*,

http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf «The Transaction does not have a Union dimension within the meaning of Article 1(2) or Article 1(3) of the Merger Regulation as the EU turnover of one of the Parties (WhatsApp) amounted to only EUR [...] in 2013».. *Case No COMP/M.7217 - FACEBOOK/ WHATSAPP*.

http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf

¹²⁷ En aquesta interessant conferència celebrada a Brussel·les el passat dia 3 d'octubre de 2016, Damien Neven va apuntar en el moment 1:15:55 que potser LinkedIn no té un volum de negoci que permeti la valoració de les autoritats de la competència europea, ja que no supera els límits legals establerts a aquest efecte. «Big data, digital platforms and market competition», Bruegel, <http://bruegel.org/events/big-data-digital-platforms-and-market-competition/>. <http://bruegel.org/events/big-data-digital-platforms-and-market-competition/>

¹²⁸ Fem notar que Google també pot observar aquesta tendència a través de les interaccions que rep el seu cercador.

Algú podria considerar que aquestes operacions haurien de ser validades en la mesura que l'operador adquirit no representa una amenaça competitiva (probablement a causa de l'estat de desenvolupament de la iniciativa). No obstant això, aquesta línia de raonament comportaria que cada vegada seria més difícil que els potencials adquirits representessin una amenaça per a l'adquirent, que cada cop tindria una dimensió i una capacitat superiors. Per això, seria important determinar a partir de quin moment un operador esdevé dominant i, per tant, pot abusar de la seva posició en termes quantitativs i qualitativs, com també fins a quin punt l'operació incrementa les barreres d'entrada al mercat (per poder competir efectivament), amb independència de l'amenaça real que l'operador adquirit pogués representar.

1.2.1.4. *Indicadors alternatius*

Basant-se en el punt anterior, caldria replantejar la utilització del volum d'ingressos com a únic element per determinar la importància d'una operació de concentració determinada.

Tal com s'apunta en la consulta pública iniciada per la Comissió Europea, la noció de mercat potencial important (ja sigui basant-se en patents o en informació dels usuaris) podria ser captada pel valor econòmic que les parts atorguen a l'operació.¹²⁹ En conseqüència, el valor econòmic de la transacció podria ser un bon indicador de la importància d'aquesta operació, en la mesura que, en principi, reflecteix la rellevància que les parts li atorguen.

Tanmateix, prendre en consideració aquest factor genera un problema cabdal, ja que aquest valor és fixat per les parts, de manera que, per evitar el control de concentracions, aquestes parts podrien intentar, mitjançant estructures complexes de pagament,¹³⁰ projectar una imatge d'una operació d'una menor quantia econòmica que la que realment tindria.

Adicionalment, el valor econòmic real d'una operació de concentració que es produís en un estadi inicial de la trajectòria de l'operador adquirit podria no superar tampoc el límit monetari que eventualment es fixés per desencadenar l'obligació de notificar l'operació a les autoritats de la competència.

Per tant, tot i apreciant la possible incorporació del factor preu de l'operació de concentració com a llindar de notificació, aquesta mesura podria no ser suficient.

Finalment, els riscos que una operació impacti en la competència són més grans com més gran és l'adquirent (a més a més, la seva capacitat de detecció d'un operador competidor «interessant» pot comportar que l'operació no presenti un preu de transacció elevat). Així, potser seria convenient analitzar la possibilitat que aquells operadors que hagin assolit una quota de mercat rellevant (en qualsevol dels

129. «Under current EU Merger Regulation thresholds, acquisitions of target companies that do not yet generate significant turnover but that have a high market potential, which may be reflected in a high purchase price, do not have to be notified to the Commission. This can happen, in particular, in the digital services sector». *Mergers: Commission seeks feedback on certain aspects of EU merger control*, 7 d'octubre de 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3337_en.htm. «Under current EU Merger Regulation thresholds, acquisitions of target companies that do not yet generate significant turnover but that have a high market potential, which may be reflected in a high purchase price, do not have to be notified to the Commission. This can happen, in particular, in the digital services sector».

Mergers: Commission seeks feedback on certain aspects of EU merger control.
http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3337_en.htm;

130. FTC. *LBOs and the Size of Transaction Test*, 6 d'octubre de 2016, <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2016/10/lbo-size-transaction-test>. *LBOs and the Size of Transaction Test*. 6 de octubre de 2016. FTC.
<https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2016/10/lbo-size-transaction-test>

mercats en què operen) tinguin el deure de notificar totes les adquisicions que facin.¹³¹

1.2.2. En relació amb el control dels comportaments anticompetitius

On sembla que hi ha més consens és a considerar suficients els instruments de què ja disposen les autoritats de la competència per detectar comportaments anticompetitius. I potser és cert que en aquest àmbit no és necessari replantejar aspectes tan essencials com ho era en relació amb les operacions de concentració. No obstant això, hi ha dos aspectes que com a mínim haurien de ser objecte d'anàlisi.

El primer consisteix a assegurar que els il·lícits de competència engloben totes aquelles conductes que generen efectes restrictius de la competència. En aquest sentit, és conegut que la tecnologia permet prendre decisions de manera autònoma a partir de la realitat informativa que capta.

En aquest cas, no estariem davant de cap acord explícit ni tan sols tàcit entre competidors, de manera que difícilment es podria plantejar una possible infracció de l'article 1 LDC. No obstant això, l'ús dels algoritmes comportaria, si cada competidor implementés el seu algoritme, que la solució d'equilibri consistís en la nul·la diferenciació de preus (l'algoritme acabaria aprenent que, si abaixa el preu, els competidors el reduiran també de manera immediata, amb la qual cosa en el nou equilibri tots hi perdrien i, per tant, no tornaria a rebaixar el preu).

Tal com apunta Maurice Stücker,¹³² «els ordinadors i particularment la intel·ligència artificial poden facilitar la col·lusió en formes que els actuals instruments de defensa de la competència no poden corregir».¹³³

En vista del que s'acaba de dir, podria ser adequada una revisió de la normativa en el sentit de garantir que conductes que poden incidir de manera significativa i negativa en la competència puguin ser sancionades tot i que la seva implantació es fonamenti en l'ús d'algoritmes (s'han d'abordar els problemes de tipicitat i fins i tot d'autoria).

2. Canvis en la manera d'actuar de les autoritats de la competència

En qualsevol cas, l'entorn caracteritzat per la tecnologia i l'economia de la informació no solament comporta plantejar la possibilitat de reformes d'índole regulatòria, sinó també empeny a revisar la manera d'actuar de les autoritats de la competència.

131. La LDC ja combina factors relatius a la quota de mercat i, arribats a un cert punt (el 50 %, *ex art. 8.1.a in fine*), l'operació de concentració ha de ser notificada amb independència que el volum de negocis de la societat adquirida no superi els 10 milions d'euros.

132. En un post a la *Harvard Business Review*, de 27 d'octubre de 2016, «How Pricing Bots Could Form Cartels and Make Things More Expensive», Stücker i Ezrachi exposaven els quatre escenaris que consideren que un algoritme podria promoure la col·lusió. <https://hbr.org/2016/10/how-pricing-bots-could-form-cartels-and-make-things-more-expensive>

133. «Namely that computers and particularly artificial intelligence might help facilitate collusion in ways that the current antitrust tools can't readily address». «How Can Antitrust Be Used to Protect Competition in the Digital Marketplace?», 26 de setembre de 2016, <https://promarket.org/digital-market-not-going-correct/>.¹³³ «Namely that computers and particularly artificial intelligence might help facilitate collusion in ways that the current antitrust tools can't readily address.» 26 de setembre de 2016. *How Can Antitrust Be Used to Protect Competition in the Digital Marketplace?*. <https://promarket.org/digital-market-not-going-correct/>. En la mateixa línia es reflexionava al post «Cuando el cartelista es un robot», de 29 d'octubre de 2016, elaborat per Antonio Robles. <http://derechocompetencia.blogspot.com.es/2016/10/cuando-el-cartelista-es-un-robot.html>. En particular, es feia referència al fet que el problema podria «ser no tan sols de tipificació o detecció, sinó també d'imputació».

2.1. Més coordinació

Tal com s'ha apuntat, es considera imprescindible que les autoritats de la competència tinguin en compte factors qualitatius, com ara la privacitat. Això no obstant, són les autoritats de la protecció de dades les especialistes en aquesta matèria, de manera que la seva col·laboració amb les autoritats de la competència és especialment positiva.

Des d'una perspectiva més general, ambdues disciplines operen amb una mateixa finalitat: el benestar dels consumidors i els usuaris. Aquesta finalitat també és compartida per les autoritats o agències de consum. En vista d'aquesta coincidència i de les possibles sinergies existents entre totes elles, l'Agència de Protecció de Dades Europea ha formulat la proposta d'una *digital clearing house* (DCH) per als reguladors dels mercats de totes les formes i dimensions.¹³⁴ La Digital Clearing House consistiria¹³⁵ en una xarxa voluntària de reguladors amb l'objectiu de compartir informació sobre possibles abusos en l'ecosistema digital i buscar conjuntament la millor manera d'abordar-los. La coordinació també hauria de permetre una aproximació coherent de totes les autoritats implicades en relació amb la protecció dels drets individuals.

2.2. Més velocitat

Una de les característiques més significatives del nou entorn econòmic és la velocitat a la qual succeeixen els esdeveniments i els avenços (i també el processament de la informació, en què la velocitat esdevé una de les quatre característiques essencials de la *big data*).

En aquest sentit, en un discurs recent¹³⁶ de la comissària de la FTC, Terrell McSweeney, va exposar que els dos anys i mig que feia que exercia el càrrec equivalien a 2,5 bilions de cerques a Google i al fet que els cotxes autònoms passessin de ser un mer experiment a una realitat que ja estava als carrers d'algunes ciutats.

134. Giovanni BUTTARELLI. «We have launched a Digital Clearing House (DCH) for digital market regulators of all shapes and sizes». *Big data rights: let's get together*, 6 d'octubre de 2016,

https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/site/mySite/Big_data_rights_Lets_get_together. We have launched a Digital Clearing House (DCH) for digital market regulators of all shapes and sizes.»

BIG DATA RIGHTS: LET'S GET TOGETHER. 6 de octubre de 2016. Giovanni Buttarelli.

https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/site/mySite/Big_data_rights_Lets_get_together

135 «This Opinion therefore recommends establishing an Digital Clearing House for enforcement in the EU digital sector, a voluntary network of regulatory bodies to share information, voluntarily and within the bounds of their respective competences, about possible abuses in the digital ecosystem and the most effective way of tackling them. This should be supplemented by guidance on how regulators could coherently apply rules protecting the individual.» P. 3 Opinion 8/2016 *EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*. 135. «This Opinion therefore recommends establishing a Digital Clearing House for enforcement in the EU digital sector, a voluntary network of regulatory bodies to share information, voluntarily and within the bounds of their respective competences, about possible abuses in the digital ecosystem and the most effective way of tackling them. This should be supplemented by guidance on how regulators could coherently apply rules protecting the individual». European Data Protection Supervisor (EDPS). *Opinion 8/2016, EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, 23 de setembre de 2016, p. 3,

https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Events/16-09-23_BigData_opinion_EN.pdf. European Data Protection Supervisor (EDPS).

https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Events/16-09-23_BigData_opinion_EN.pdf

136. «I was sworn in as a Commissioner two and a half years ago or about 2.5 trillion Google searches ago. At that time, self-driving cars were an experimental oddity confined to the backlots of some tech companies. Two weeks ago, a fleet of semi-autonomous Ford Fusions took to the streets of Pittsburgh to pick up passengers for Uber.» *BIG DATA: INDIVIDUAL RIGHTS AND SMART ENFORCEMENT* European Data Protection Supervisor-BEUC Joint Conference Bruselas, «I was sworn in as a Commissioner two and a half years ago or about 2.5 trillion Google searches ago. At that time, self-driving cars were an experimental oddity confined to the backlots of some tech companies. Two weeks ago, a fleet of semi-autonomous Ford Fusions took to the streets of Pittsburgh to pick up passengers for Uber». *Big data: individual rights and smart enforcement*. European Data Protection Supervisor – BEUC Joint Conference, Brussel·les, Bèlgica, 29 de setembre de 2016. Remarks of Commissioner Terrell McSweeney,

https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/987103/mcsweeney_-_euro_data_protection_conf_9-29-16.pdf,
https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/987103/mcsweeney_-_euro_data_protection_conf_9-29-16.pdf

Continuant amb l'exemple de McSweeny, si el procés fins a l'eventual imposició d'una sanció i de condicions estructurals arriba als dos anys i mig, això equivaldria que, mentrestant, Google hauria pogut dur a terme 2,5 bilions de cerques, cosa que, tenint en compte les economies de xarxa exposades més amunt, li concedeix un avantatge en el mercat ja difícil de revertir, de manera que la sanció per més dura que eventualment sigui serà difícil que aconseguixi una de les seves finalitats: la dissuasió.

Per això, seria recomanable que les autoritats de la competència disposessin dels mitjans (humans i materials) necessaris per donar una resposta tan ràpida com sigui possible a aquest tipus d'infraccions. Fins i tot els experts més famosos en la matèria aposten¹³⁷ per les intervencions *ex ante* en la mesura que consideren que poden ser els mecanismes més adequats per als mercats tecnològics que avancen a gran velocitat.

2.3. Nous instruments (tecnològics i de *soft law*)

Alguns operadors econòmics disposen de poderosos instruments de naturalesa tecnològica i, per això, és convenient que les autoritats que han de controlar el seu comportament disposin també, com a mínim, de les mateixes possibilitats. En cas contrari, el desequilibri pot condicionar substancialment les tasques assignades a aquestes autoritats de control.

2.3.1. En relació amb el control de comportaments

Una resposta més ràpida requereix disposar d'instruments capaços d'oferir aquesta resposta. La velocitat dels instruments tecnològics és inigualable. En conseqüència, seria interessant que les autoritats de la competència tinguessin al seu abast instruments d'aquesta naturalesa que contribuïssin a gaudir d'una ràpida capacitat de detecció i resposta.

Al web <http://focusontheuser.eu/es#download> es pot descarregar un codi obert que permet que els usuaris obtinguin resultats sense el biaix que suposadament Google hauria introduït en favor dels seus cercadors verticals (és a dir, apareixerien els enllaços amb un nombre més alt d'opinions i no els corresponents necessàriament a Google+; vegeu la il·lustració 3).

Estan apareixent serveis de detecció de vulneracions d'índole legal basats en solucions tecnològiques precisament com a resposta als casos en què aquestes infraccions es produeixen en l'àmbit digital. Un exemple pot ser l'empresa <https://www.redpoints.com/>, que protegeix el contingut digital de la «pirateria».

2.3.2. En relació amb la promoció de la competència

Les noves possibilitats que ofereix la tecnologia (dinamisme,¹³⁸ reputació,¹³⁹ transparència,¹⁴⁰ capacitat de processament mitjançant algorismes)¹⁴¹ també poden configurar una altra

137. «In our research we venture beyond ex-post intervention and also consider possible ex-ante instruments. Pre-emptive intervention, when carefully executed, may offer us a fine tuned mechanism adequate for fast moving technology markets. It may provide competition agencies with a range of tools to change the dynamics of market power, the transparency of the market, or the way online companies are able or allowed to present the goods they are selling.» «In our research we venture beyond ex-post intervention and also consider possible ex-ante instruments. Pre-emptive intervention, when carefully executed, may offer us a fine tuned mechanism adequate for fast moving technology markets. It may provide competition agencies with a range of tools to change the dynamics of market power, the transparency of the market, or the way online companies are able or allowed to present the goods they are selling.

Ex-ante means, can enable the competition agencies and other regulators to focus on the competition dynamics and better align the interests of the super-platforms and consumers».

«How Can Antitrust Be Used to Protect Competition in the Digital Marketplace?», 26 de setembre de 2016, <https://promarket.org/digital-market-not-going-correct/>. <https://promarket.org/digital-market-not-going-correct/> Declaracions de Maurice Stucke.

138. Permet reinterpretar el concepte de restricció proporcional i exigir que aquesta qualitat es verifiqui de manera continuada en el temps. L'ACCO va suggerir en relació amb el lloguer turístic (de curta durada) que qualsevol restricció fos dinàmica (puntual en el temps a partir de les dades recollides en cada instant). Xavier PUIG; Susanna GRAU. *Transacciones entre iguales (P2P). Un paso adelante*. ACCO, maig de 2016, p. 23-24,

http://acco.gencat.cat/web/contenit/80_acco/documents/arxiu/actuacions/P2P-Un-pas-endavant_DEF_es-vX.pdf. Vídeo explicatiu: <https://www.youtube.com/watch?v=x-SvhmVJdEU>. <https://www.youtube.com/watch?v=x-SvhmVJdEU>

manera de regular, amb la qual cosa les autoritats de la competència haurien de tenir-les en compte a l'hora de fer les seves recomanacions en el marc de la promoció de la competència.

2.4. Nou enfocament en les operacions de concentració

Com ja s'ha indicat anteriorment, per dotar d'efectivitat el control de les operacions de concentració empresarial pot ser oportuna una eventual reforma regulatòria, però els reptes plantejats en aquest àmbit també exigiran probablement una modificació en la manera d'actuar de les autoritats de la competència.

2.4.1. La definició dels mercats rellevants

El primer escull que afronten les autoritats de la competència quan han d'analitzar una operació de concentració en què el component «informatiu» és molt rellevant¹⁴² consisteix a definir el mercat rellevant.

En operacions d'aquesta mena, com mostrava l'exemple de l'operació entre Google i Nest, les dades i la informació transcendeixen els mercats físics. És a dir, probablement, identificar com a mercat rellevant en el marc d'aquella operació els termòstats no hauria estat encertat.

Les dades o la informació tenen una característica molt particular que explica aquesta gran dificultat de categorització. Segons va assenyalar Hal Varian,¹⁴³ *chief economist* de Google, la tecnologia i les dades poden ser destinades a finalitats diverses.¹⁴⁴

A diferència de qui té una fàbrica de mobles que no la pot destinar amb facilitat a la producció de roba, les dades permeten donar-los nous usos amb relativa facilitat.

Per exemple, Facebook, que en principi és una xarxa social, ha començat a utilitzar la seva infraestructura i molt probablement les dades que posseeix amb la finalitat de crear una plataforma de compravenda d'articles (amb la qual cosa començaria a competir amb operadors que no són xarxa social, com ara eBay i Wallapop).¹⁴⁵

139. Fa possible la mitigació d'externalitats negatives. L'ACCO va suggerir també en relació amb el lloguer turístic (de curta durada) que s'utilitzés la reputació dels potencials llogaters per establir un règim de responsabilitat que incentivi que l'arrendador internalitzi en la seva decisió sobre si llogar-li o no el seu habitatge la probabilitat que l'arrendatari generi molèsties. Aquest esquema hauria de contribuir a mitigar les externalitats negatives de l'activitat sense necessitat de limitar-la. Xavier PUIG; Susanna GRAU. *Transacciones entre iguales (P2P). Un paso adelante*. ACCO, maig de 2016, p. 28-29, http://acco.gencat.cat/web/contenit/80_acco/documents/arxius/actuacions/P2P-Un-pas-endavant_DEF_es-vX.pdf.

140. La informació és un requisit essencial perquè hi hagi competència. Ja s'ha apuntat que, quan el potencial comprador o usuari no disposa d'informació, la conducta estratègica òptima per part dels operadors consisteix en una competició a la baixa (*race to the bottom*). Per exemple, si coneixem amb certesa característiques d'un producte, com ara l'origen o el tracte rebut pels treballadors en produir-lo, etc., això pot configurar també un element de competència.

141. Els algorismes permeten captar multitud d'elements per oferir una solució o una quantificació a partir d'aquesta diversitat. En aquest sentit, l'ACCO va suggerir utilitzar les possibilitats que ofereixen els algorismes per calcular una indemnització per compensar els costos de transició a la competència en aquells mercats en què el legislador, amb la seva actuació, ha induït a fer inversions que, en cas de liberalitzar l'activitat, potser no hauran pogut ser amortitzades. Això requeriria prendre en consideració aspectes com ara: «a) Les inversions realitzades necessàries per accedir al mercat segons la normativa vigent; b) el moment en què es van fer les inversions; c) el moment en què es produeix la modificació regulatòria; d) la intensitat del canvi; e) el factor relatiu a la recuperació de la inversió (ajustable a cada mercat; haurà de prendre en consideració l'existència de beneficis extraordinaris per haver operat en mercats restringits a la competència)». Xavier PUIG; Susanna GRAU. *Transacciones entre iguales (P2P). Un paso adelante*. ACCO, maig de 2016, p. 35,

http://acco.gencat.cat/web/contenit/80_acco/documents/arxius/actuacions/P2P-Un-pas-endavant_DEF_es-vX.pdf; Vídeo explicatiu: <https://www.youtube.com/watch?v=L3xQZpz8C2Y>

142. En aquest tipus d'operació de concentració, és probable que l'adquisició aparentment no presenti problemes de competència perquè no s'adquireix directament a un competidor. Per exemple, Google va adquirir Nest. No obstant això, aquesta aparença no és suficient per concloure l'absència de problemes per a la competència.

143. «Big data, digital platforms and market competition», *Bruegel*, 3 d'octubre de 2016, <http://bruegel.org/events/big-data-digital-platforms-and-market-competition/>.

144. *Repurpose of Technology*.

145. 3 d'octubre de 2016. <https://techcrunch.com/2016/10/03/facebook-marketplace-2/>

La mateixa Facebook també entraria¹⁴⁶ en el mercat de les aplicacions de treball mitjançant Workplace,¹⁴⁷ i competiria doncs amb Slack o amb Microsoft, que a més de la seva *pack office* semblaria estar molt interessada en aquest segment, com demostraria l'adquisició de LinkedIn.

La impossibilitat de preveure l'ús de les dades fa molt difícil determinar el mercat potencialment afectat per una operació de concentració. En conseqüència, s'entreveuen dues opcions: la primera, conceptualitzar un mercat genèric d'informació i dades. Tanmateix, aquesta alternativa, tot i que minimitza els errors de categorització, sembla massa imprecisa i no permet a les autoritats de la competència valorar els eventuais problemes derivats d'una operació de concentració.

Sembla que no n'hi ha prou de conceptualitzar el mercat, afectat per l'adquisició de WhatsApp per Facebook, només com el mercat de dades, ja que és massa ampli i no permet identificar els potencials efectes. Per exemple, es desconixeria el mercat efectivament afectat (xarxes socials?, compravenda?, serveis digitals a corporacions?).

La segona opció consistiria a requerir als notificadors que delimitessin l'ús efectiu que donarien a la informació recopilada com a conseqüència de l'operació. Això tindria pel cap baix tres efectes positius: a) delimitar l'àmbit afectat i, per tant, la possible incidència en termes de competència; b) evitar l'«acumulació de dades sense un objectiu clar» (ja s'ha indicat que l'acumulació d'informació sense una finalitat específica només genera un menysteniment de la privacitat sense revertir, si més no inicialment, en un millor producte o servei); c) ser coherent amb la regulació de la protecció de dades, que fa múltiples referències a la finalitat, l'ús o la destinació de les dades obtingudes com a límit ulterior per a la seva explotació.

Aquesta possibilitat (necessitat que les parts notificants delimitin l'àmbit en el qual faran ús de la informació fruit de l'adquisició) presenta com a mínim tres complicacions: a) es tracta d'informació estratègica molt rellevant per part dels operadors; b) limita la seva llibertat de funcionament (modificar el seu objecte empresarial) —si bé, tal com s'ha apuntat, aquesta limitació ja la imposa la normativa de protecció de dades—; c) es tracta d'un element molt difícil de controlar per part dels reguladors.

En qualsevol cas, la definició dels mercats rellevants en operacions de concentració caracteritzades per la importància de les dades és una qüestió problemàtica no resolta i que exigirà una reflexió urgent i profunda, a la qual s'ha intentat contribuir de manera preliminar apuntant com a possible solució la delimitació per part dels operadors de l'ulterior ús de les dades sol·licitades a partir de l'operació de concentració.

Finalment, cal apuntar que mecanismes que tradicionalment podien facilitar la delimitació del mercat rellevant —com ara el test *small but significant and non-transitory increase in price* (SSNIP)— esdevenen ineficaços, ja que els mateixos mecanismes són útils en aquests supòsits.

2.4.2. Una visió omnicomprensiva

Una dificultat addicional per a les autoritats de la competència és la revisió d'una mateixa operació de concentració des de tots els angles respecte als quals aquesta operació pot

146. «Facebook at Work: Workplace, la herramienta de Facebook para el trabajo». *Tecnología | El País*, 10 d'octubre de 2016, http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2016/10/10/actualidad/1476087975_448581.html. «Facebook at Work: Workplace, la herramienta de Facebook para el trabajo» | Tecnología | EL PAÍS

147. <https://workplace.fb.com/>. <https://workplace.fb.com/>

generar problemes de competència. Aquests diferents punts de vista comprendrien, com a mínim, els següents:¹⁴⁸

- a) L'impacte en cadascun dels costats d'un *two-sided market*.
- b) La degradació de la qualitat en la part gratuïta del mercat (incloent-hi les proteccions de privacitat en relació amb la informació recopilada i els seus usos).

Un dels principals reptes que el nou entorn econòmic constitueix per a les autoritats de la competència és valorar i quantificar la qualitat com a paràmetre que incideix significativament en el benestar dels consumidors i els usuaris. Conscient d'aquest repte, l'OCDE va fer públic ja el 2013 un document sobre aquesta qüestió¹⁴⁹ i, més recentment, s'ha publicat un interessant estudi en què s'explora l'adaptació del test *small but significant and non-transitory increase in price* (SSNIP) en termes de qualitat (privacitat) amb el compliment d'unes condicions determinades per examinar operacions de concentració entre operadors que basen el seu model de negoci en els ingressos dels anunciants.¹⁵⁰ És a dir, seria interessant que les autoritats de la competència poguessin quantificar també paràmetres qualitius per poder incorporar-los en les seves consideracions sense convertir-los en subjectius.

- c) La informació adquirida com a conseqüència de l'operació ajuda l'operador a aconseguir o mantenir el seu poder en qualsevol mercat.
- d) L'increment a mantenir les barreres d'entrada al mercat directament afectat o en altres mercats.

2.4.3. Termini d'anàlisi

Així mateix, l'escrutini d'una operació sempre porta implícita una percepció de futur, en el sentit que ha d'intentar percebre els riscos futurs que aquesta operació pot presentar per a la competència.

En conseqüència, seria interessant que les autoritats de la competència examinessin a *posteriori* els efectes de les operacions de concentració per aprendre d'aquestes operacions. És a dir, fins a quin punt es van poder preveure els efectes per a la competència finalment esdevinguts i si les decisions adoptades (validar l'operació, condicionar-la o impedir-la) van ser les adequades. Es tractaria d'incorporar metodològicament aquesta revisió amb la finalitat d'aprendre de les actuacions realitzades i, d'aquesta manera, millorar decisions futures.

148. «(i) The merger's impact on each side of the multi-sided platform (both on advertisers and Twitter users), (ii) whether the merger increases the likelihood of the firm degrading quality on the free side (including the privacy protections on the data collected and its uses), (iii) whether the data from the acquired or acquiring entity helps the firm attain or maintain its power in any market, and (iv) whether the merger increases entry barriers in the social network market or other markets». «(i) the merger's impact on each side of the multi-sided platform (both on advertisers and Twitter users), (ii) whether the merger increases the likelihood of the firm degrading quality on the free side (including the privacy protections on the data collected and its uses), (iii) whether the data from the acquired or acquiring entity helps the firm attain or maintain its power in any market, and (iv) whether the merger increases entry barriers in the social network market or other markets.»
Exposició feta per Maurice Stucke en relació amb una eventual adquisició de Twitter per part de Google. «How Can Antitrust Be Used to Protect Competition in the Digital Marketplace?», 26 de setembre de 2016, <https://promarket.org/digital-market-not-going-correct/>. *How Can Antitrust Be Used to Protect Competition in the Digital Marketplace?*
<https://promarket.org/digital-market-not-going-correct/>

149. OECD Policy Roundtables: *The Role and Measurement of in Competition Analysis*, 28 d'octubre de 2013, <http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>. OECD Policy Roundtables: *The Role and Measurement of in Competition Analysis*, 28 October 2013, <http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>.

150. Keith WAEHRER. *Online services and the analysis of competitive merger effects in privacy protections and other quality dimensions*. Bates White, LLC, 8 de juliol de 2016, <http://waehrer.net/Merger%20effects%20in%20privacy%20protections.pdf> *Online services and the analysis of competitive merger effects in privacy protections and other quality dimensions*. Keith Waeherer. Bates White, LLC.. <http://waehrer.net/Merger%20effects%20in%20privacy%20protections.pdf>

En aquest sentit s'ha pronunciat el supervisor de protecció de dades en l'àmbit europeu, en afirmar que s'ha d'aprendre de les operacions de concentració entre Facebook i WhatsApp i Google i Double Click. En particular, ha indicat que, a parer seu, les autoritats de la competència haurien d'haver tingut una visió més a llarg termini en la seva anàlisi.¹⁵¹

Cal notar que la revisió es produiria també en relació amb aquelles operacions de concentració validades per les autoritats de la competència, cosa que permetria prendre consciència dels eventuais costos de la no-intervenció. És evident que la no-intervenció pot presentar importants costos per a la competència, que molt probablement no seran revertits pel lliure funcionament del mercat (en aquest sentit, es poden considerar fenòmens com els corresponents als efectes de xarxa indicats més amunt).

2.4.4. Inversió de la càrrega de la prova

A partir del que s'ha dit, és clara la dificultat que han d'afrontar les autoritats de la competència en aquest àmbit (operacions de concentració fonamentades en les dades). Aquesta dificultat ha fet que persones com ara l'assistent a advocat general Hesse suggerissin la possibilitat de la inversió de la càrrega de la prova en relació amb aquest tipus d'operacions, de manera que serien els operadors els qui haurien de demostrar l'interès públic de l'operació i no els consumidors o els reguladors. El mateix supervisor de protecció de dades en l'àmbit europeu es va fer ressò d'aquesta opinió.¹⁵²

És clar que aquesta possibilitat se situa a l'extrem de denegar una operació de concentració si les parts no poden justificar adequadament les eficiències que es deriven d'aquesta operació. En altres paraules, es tracta d'una transició des de la posició actual de considerar per defecte que només quan les operacions de concentració presentin greus problemes de competència han de ser qüestionades cap a un nou enfocament fonamentat a entendre que únicament si els operadors demostren que l'operació està alineada amb l'interès públic es pot materialitzar. En qualsevol cas, l'opinió transcrita abans (inversió de la càrrega de la prova) constitueix una línia de pensament sobre la qual cal reflexionar.

151. «We have to learn from the Facebook-WhatsApp and Google – Double Click mergers. I argue that, yes, the competition authorities could have been more longer term in their assessment of potential effects on consumer welfare». Giovanni BUTTARELLI. *Big data individual rights and enforcement Speech*. EDPS-BEUC Joint Conference European Commission, Berlaymont, «We have to learn from the Facebook Whatsapp and Google Double Click mergers. I argue that, yes, the competition authorities could have been more longer term in their assessment of potential effects on consumer welfare. » *Big Data individual rights and enforcement Speech* at EDPS-BEUC Joint Conference European Commission, Berlaymont, Brussel-les, 29 de setembre de 2016,

https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2016/16-09-29_Speech_EDPS_BEUC_BigData_EN.pdf. Giovanni Buttarelli.

https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2016/16-09-29_Speech_EDPS_BEUC_BigData_EN.pdf

152. «And as Assistant Attorney General Hesse suggested, the burden of proof for big data mergers should be on the merging parties to demonstrate the public interest, the burden should not be on the consumer or the regulator». Giovanni BUTTARELLI. *Big data individual rights and enforcement*. EDPS-BEUC Joint Conference European Commission, Berlaymont, Brussel-les, 29 de setembre de 2016,

https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2016/16-09-29_Speech_EDPS_BEUC_BigData_EN.pdf.¹⁵²

«And as Assistant Attorney General Hesse suggested, the burden of proof for big data mergers should be on the merging parties to demonstrate the public interest, the burden should not be on the consumer or the regulator.»

Big Data individual rights and enforcement Speech at EDPS-BEUC Joint Conference European Commission, Berlaymont, Giovanni Buttarelli.

https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2016/16-09-29_Speech_EDPS_BEUC_BigData_EN.pdf

(IV) CONCLUSIONS

L'entorn econòmic és canviant i avui presenta noves característiques a causa principalment de la importància creixent de la informació en volum, varietat, velocitat de tractament i valor (*big data*).

Associat amb el fenomen de la *big data*, el rendiment (valor) que es pot obtenir a partir de les dades s'ha incrementat, de manera que es reforcen les estratègies que consisteixen a oferir productes i serveis per sota del seu cost, ja que les pèrdues produïdes es compensen mitjançant el rendiment esmentat de la informació recollida a partir d'aquests productes i serveis. No obstant això, l'oferiment de productes o serveis a preu zero no impedeix que puguin presentar algun perjudici per als consumidors —singularment en relació amb la seva qualitat (també entesa com a privacitat)—, amb la qual cosa les autoritats de la competència hauran de tenir en compte que un producte o servei a preu zero no està exempt de menystenir el benestar dels consumidors.

Així mateix, un altre dels elements vinculats a la *big data*, la velocitat de processament, ha comportat l'aparició de fenòmens com ara el *machine learning*.¹⁵³ Les màquines aprenen basant-se en cada interacció amb elles. D'aquesta manera, l'operador que arriba a un nivell substancial d'interaccions (informació) pot oferir un nivell de qualitat més gran que un altre, encara que el primer disposi d'un algoritme no tan precís. Les dades (interaccions) poden generar un avantatge que no es pot replicar. Per aquest motiu, cada vegada més operacions de concentració s'expliquen basant-se en l'obtenció d'informació (generen un avantatge competitiu substancial derivat també de l'exclusió dels competidors de poder disposar d'aquesta mateixa informació). I també per aquest motiu, cada vegada més mercats presenten una estructura poc competitiva (amb operadors molt dominants), amb els riscos que se'n deriven. En aquest sentit, es recomana explorar la possibilitat de garantir la propietat de l'usuari de tota la informació que se li demani, de manera que pugui controlar qui hi té accés, cosa que al seu torn podria facilitar l'accés al mercat de nous operadors (podrien disposar de tot l'historial d'interaccions d'un usuari si ell ho autoritza).

Tot això fa imprescindible que les autoritats de la competència amplii la seva visió (incloent-hi aspectes diferents del preu) i que mantinguin una actitud més atenta i vigorosa, tant en relació amb infraccions com amb operacions de concentració.

La «nova» manera d'actuar de les autoritats de la competència es podria concretar, entre altres aspectes, en: a) més coordinació entre les autoritats de la competència i les autoritats de la protecció de dades, en la mesura que cada vegada serà més necessari que les autoritats de la competència valorin aspectes relatius a la qualitat, com ara el nivell de privacitat ofert pels operadors; b) l'aprofitament de les possibilitats que brinden les noves tecnologies per a una millor detecció d'il·lícits o per fer propostes regulatòries procompetitives; c) una nova manera de valorar les operacions de concentració, que consisteix en una visió omnicompreensiva de tots els potencials efectes nocius d'aquestes operacions (impacte en les dues bandes de la plataforma, probabilitat de degradació de la qualitat, incidència en el poder del mercat de les parts contractants i possible increment de les barreres d'entrada); d) més velocitat en les respostes ofertes per les autoritats de la

153. El *machine learning*, com una de les facetes més rellevants del camp de la intel·ligència artificial, suscita qüestions ètiques i reptes científics rellevants. «Google, Amazon, Facebook y Microsoft se unen para que la inteligencia artificial salga a la calle», *La Vanguardia*, 1 d'octubre de 2016, <http://www.lavanguardia.com/tecnologia/20161001/41684797831/inteligencia-artificial-google-facebook-amazon-apple.html> <http://www.partnershiponai.org/>.
<http://www.lavanguardia.com/tecnologia/20161001/41684797831/inteligencia-artificial-google-facebook-amazon-apple.html> <http://www.partnershiponai.org/>

competència, ja que un avantatge temporal pot permetre beneficiar-se d'uns efectes de xarxa que generin un avantatge competitiu molt rellevant.

L'entorn actual, en paraules de *The Economist*, constitueix un «problema gegant» que implica que «els legisladors prudents han de reinventar la defensa de la competència per a l'era digital».¹⁵⁴ Els principals aspectes reguladors que es considera que haurien de ser susceptibles de modificació en matèria de competència serien: a) els llindars de les operacions de concentració (no capten la importància d'aquelles operacions de concentració amb un volum de facturació escàs); b) les conductes il·lícites en matèria de competència, en la mesura que les decisions adoptades autònomament per algoritmes poden comportar restriccions a la competència que, per la manera com s'adopten, no estan subjectes a la prohibició prevista a l'article 1 de la LDC o a l'article 101 del TFUE.

Finalment, també es considera necessari reconfigurar la normativa de contractació amb l'objectiu que garanteixi adequadament la competència en l'àmbit de la contractació pública. Avui dia, els procediments de contractació estan determinats exclusivament pel valor monetari que han d'abonar les administracions públiques. Per tant, una operació en la qual el pagament es fa amb dades comportaria el procediment menys garant de la competència en una adquisició que en realitat pot ser important.

154. «Prudent policymakers must reinvent antitrust for the digital age. That means being more alert to the long-term consequences of large firms acquiring promising startups. It means making it easier for consumers to move their data from one company to another, and preventing tech firms from unfairly privileging their own services on platforms they control (an area where the commission, in its pursuit of Google, deserves credit). And it means making sure that people have a choice of ways of authenticating their identity online». *A giant problem*, 17 de setembre de 2016, http://www.economist.com/news/leaders/21707210-rise-corporate-colossus-threatens-both-competition-and-legitimacy-business?fsrc=scn/tw_ec/a_giant_problem. «Prudent policymakers must reinvent antitrust for the digital age. That means being more alert to the long-term consequences of large firms acquiring promising startups. It means making it easier for consumers to move their data from one company to another, and preventing tech firms from unfairly privileging their own services on platforms they control (an area where the commission, in its pursuit of Google, deserves credit). And it means making sure that people have a choice of ways of authenticating their identity online.» http://www.economist.com/news/leaders/21707210-rise-corporate-colossus-threatens-both-competition-and-legitimacy-business?fsrc=scn/tw_ec/a_giant_problem