

# Políticas de la competencia

Informe de David Encaoua y Roger Guesnerie



*Las lecciones de la historia y de la geografía, en la circunstancia, sirven para aclarar las grandes opciones de toda política de la competencia, en especial aquella aplicada en la Unión europea. ¿ Dónde poner el cursor entre la exigencia de competitividad y la preocupación por la protección de los consumidores ? ¿ Qué equilibrio aceptar o favorecer entre la lógica de la competencia y la de la cooperación ? ¿ Cómo articular la política de la competencia y la política de la I+D y de la innovación ? Las recomendaciones del informe sont ricas, pragmáticas y rápidamente operacionales. Recordaremos la serie de proposiciones por aplicar en el plano comunitario. Sin olvidar, por supuesto, las reformas internas francesas exigidas por la evolución del contexto general y legitimadas por el papel que sigue siendo reservado, en todos estos temas, al principio de subsidiaridad.*

*Una economía de mercado necesita una regulación y reglas del juego. La política de la competencia es uno de los instrumentos de esta regulación. Este informe entrega una presentación detallada de los fundamentos intelectuales e históricos de estas políticas. Luego expone sus campos de intervención, que van desde el control de las estructuras de mercado mediante el control de las operaciones de concentración, al de los comportamientos por la aplicación de las reglas antimonopolios. Por otra parte, el informe destaca y detalla la importancia creciente que adquiere el análisis económico tanto en la aplicación de las políticas como igualmente en el diseño reglamentario e institucional.*

*Este informe ha sido presentado al Primer ministro el 14 de septiembre de 2005. Esta carta, publicada bajo la responsabilidad de la célula permanente, retoma las principales conclusiones obtenidas por los autores.*

Las políticas de la competencia han conocido una importancia creciente en todos los países occidentales. Este informe detalla los orígenes y los diferentes campos de intervención. Presenta de manera pedagógica y muy completa las formas e intensidad óptimas de la competencia, las complementariedades de las políticas de la competencia con otras políticas, la heterogeneidad de los campos de intervención y de las herramientas, y la coherencia interna de estos sistemas de gobernanza. Propone un cierto número de recomendaciones, en especial una mejor coordinación de las políticas de la competencia con aquellas que promueven la competitividad y la innovación. Preconiza igualmente aclarar los objetivos asignados a esas políticas y a las autoridades que las aplican.

## Orígenes y fundamentos de las políticas de la competencia

En una primera parte, los autores ponen en perspectiva las actuales políticas de la competencia, recurriendo tanto a la historia como a los fundamentos intelectuales de la disciplina. Las políticas de la competencia son primeramente descritas como productos de la historia. Los autores oponen la emergencia de esas políticas a fines del siglo en XIX en Estados Unidos y después a mediados del siglo XX<sup>e</sup> en Alemania.

Las primeras leyes norteamericanas fueron la ley Sherman en 1890 y la ley Clayton en 1914 para luchar contra los monopolios, al tiempo que reconocían los aspectos positivos de la concentración de los medios de producción para explotar las economías de escala. Esos primeros textos son leyes federales cuyos objetivos son prohibir las restricciones al comercio entre los Estados de la Unión. Los autores describen el movimiento de balancín que ha seguido a la aplicación de esta ley. A una fase de aplazamiento entre 1915 y 1936, que vio la promoción del Estado-providencia, sucedió un período activista de 1936 a 1972, bajo la influencia de la escuela estructuralista de Harvard. La fuerte sospecha respecto de las grandes empresas y la voluntad de simplificar al extremo las cargas de la prueba que incumben a las autoridades de la competencia, condujeron a la promoción y a la búsqueda de mercados compuestos de pequeñas estructuras atomizadas. El período de 1973 a 1992 ha conocido una transformación radical, bajo la influencia de la Escuela de Chicago, que ha mostrado los posibles efectos positivos sobre el bienestar de ciertas prácticas restrictivas de la competencia. Se puso énfasis en el mejoramiento de la eficacia y en la consideración de una necesaria promoción de la innovación. Esos argumentos han sido tomados después en un marco más formal por la síntesis post Chicago, usando las herramientas de la teoría de los juegos.

La evolución de la política de la competencia en Alemania es muy diferente. Después de 1945, ella ha estado influenciada por dos factores. El primero, de orden intelectual, está asociado a la doctrina del ordoliberalismo. El segundo, de orden político, manifiesta la presión de las fuerzas aliadas para dismantelar el régimen de los cárteles. Desde 1958 se votó en RFA una ley relativa a las restricciones de la competencia, designada bajo la sigla GWB. En este texto, la competencia es un objeto de derecho que conviene proteger en sí. De este modo el objetivo difiere del que ha terminado por prevalecer en Estados Unidos, a saber, la defensa de la eficacia económica. La desconfianza respecto de la dominación económica

tiene un papel más importante en Alemania que en Estados Unidos. Los autores explican después los fundamentos intelectuales de la política de la competencia, destacando su complejidad y vinculándolos a los desarrollos del análisis económico. Si la creciente importancia del razonamiento económico no garantiza una estabilización de las formas de intervención, como lo confirma la experiencia histórica, él ha favorecido sin embargo una cierta convergencia contemporánea de las políticas de la competencia entre los dos continentes.

## Campos y modos de acción

En una segunda parte, los autores analizan los desafíos y los límites de la política comunitaria de la competencia, revisando los principales campos de intervención, a saber la acción antimonopolios y el control de las concentraciones. Esta parte recuerda los arbitrajes constantes entre competencia y cooperación, que sobreentienden, en nombre de la búsqueda de la eficacia económica, la conducción de las políticas de la competencia. Los instrumentos disponibles permiten realizar un control *ex ante* sobre las estructuras de mercado o las relaciones contractuales y un control *ex post* sobre los comportamientos de las empresas. La política óptima debe usar de la mejor manera posible la articulación entre esos dos modos de acción. Esos controles son sometidos igualmente al delicado arbitraje entre la búsqueda de la mayor seguridad jurídica que procuran las reglas de interdicción en sí o denominadas *per se*, y de una mayor eficacia permitida por la aplicación de las reglas denominadas *de razón*, que permiten un examen caso por caso, con la inevitable incertidumbre que ello implica. Los autores recuerdan que la política comunitaria de la competencia, desde el Tratado de Roma en 1957 hasta las recientes reformas aplicadas en 2004, está marcada por la coexistencia y la yuxtaposición de tres objetivos. El primer objetivo, heredado de la concepción ordoliberal alemana, es la defensa de la competencia, concebida como un objeto de derecho que debe protegerse en sí. El segundo objetivo, predominante en el período inicial pero que por tanto no ha desaparecido, es el de la integración del mercado común. El tercer objetivo es el de la eficacia, según el cual sólo son reprobables las prácticas que reducen el bienestar de los consumidores o, en ciertos casos, el bienestar global. Este objetivo, más explícitamente económico, se acerca a la concepción estadounidense de la política de la competencia.

## Acción antimonopolios

Después se trata de la acción antimonopolios, elemento esencial de la política de la competencia. Se abordan sucesivamente la lucha contra los convenios ilegales, las prácticas de exclusión y las prácticas restrictivas. La lucha contra los convenios ilegales y el examen de los acuerdos traza la frontera de lo que es tolerado entre la competencia y la cooperación. Los autores recuerdan las diferencias de sanción que existen a cada lado del Atlántico. En Estados Unidos, los autores de un convenio ilegal están sujetos a una sanción penal (penas de prisión), lo que no ocurre en Europa. Los contraventores se exponen a multas iguales al triple de los daños provocados. Luego se estudia la materialidad de las pruebas necesarias para sancionar un convenio ilegal. Esto significa distinguir la colusión tácita de la explícita. La colusión explícita designa los acuerdos y prácticas cuyas pruebas materiales han sido descubiertas. Al contrario, la detección de la colusión tácita se basa en un conjunto de índices. El grado de materialidad de las pruebas necesario para sancionar un convenio ilegal conduce a reprimir únicamente los acuerdos explícitos o igualmente los acuerdos tácitos. Esta dificultad ha sido origen de divergencias entre las decisiones de la Comisión y las sentencias en apelación del Tribunal de justicia. La Comisión ha tratado a veces de condenar los comportamientos que le parecían ir en contra de la eficacia económica sin pruebas materiales. Al contrario, el Tribunal de justicia ha tratado de preservar más la libertad económica, exigiendo normas de pruebas más exigentes. Así, la Comisión ha considerado a veces el paralelismo de comportamientos o de precios como índice de una colusión tácita, siendo el Tribunal de justicia más reticente a admitir dichos razonamientos. Se detallan igualmente los programas de clemencia recientemente introducidos a los niveles comunitario y nacional. Ellos permiten a un participante en un convenio ilegal ser amnistiado de toda o parte de las multas a cambio de informaciones que permitan probar dicho convenio. Esos programas son una ilustración de una política óptima que busca a hacer revelar y a detectar a menor coste las prácticas ilícitas. En ciertas situaciones, una cooperación entre empresas puede ser beneficiosa desde el punto de vista de la eficacia económica. Tales acuerdos son hechos posibles por un régimen de exención legal si se respetan dos condiciones : ser beneficiosos para los consumidores y no eliminar totalmente la competencia. Es el caso especialmente de ciertos acuerdos de I+D, de especialización o de transferencia de tecnología que pueden favorecer la innovación. Es igualmente el caso de ciertas restricciones verticales entre proveedores y distribuidores. El derecho comunitario ha introducido intensivamente el mecanismo denominado de la exención en bloque, que se presenta por categorías de actividades. Un acuerdo entre empresas que no posean un poder de mercado excesivo (en general una cuota de mercado inferior al 20 ó 30 %) y que no incluya restricciones caracterizadas de la competencia (específicas a cada categoría de actividades) beneficia de una exención en bloque. Hasta en mayo de 2004, cuando no se cumplía con una de esas condiciones, se aplicaba el régimen de la notificación obligatoria y la Comisión decidía entonces caso por caso. Desde mayo de 2004, el régimen vigente es el de la excepción legal. Esos acuerdos son considerados lícitos mientras que la Comisión no los condene. Corresponde así a las empresas mismas evaluar el mejoramiento de la eficacia permitido por las restricciones de la competencia y correr así el riesgo jurídico.

Los autores revisan después la práctica de la lucha contra las estrategias de exclusión o más generalmente de abuso de posición dominante. Este campo es considerado como uno de los más delicados, ya que es difícil conseguir las pruebas. El uso de precios abusivamente bajos o de cláusulas contractuales como las de las rebajas, de las ventas ligadas o de los precios discriminantes son otros tantos instrumentos que pueden ser usados como herramientas de predación contra los competidores pero que, como tales, no son nefastos para los consumidores, al menos a corto plazo. Las autoridades de la competencia se encuentran confrontadas a importantes asimetrías de información en cuanto a la evaluación de los costes pertinentes o de la finalidad de tales prácticas. La secuencialidad de la carga de la prueba durante las diferentes fases de la instrucción puede ser optimizada de modo de limitar esas condiciones informativas. Es el objeto de la elaboración de las *reglas de razón estructuradas* en discusión en el marco de la reforma del artículo 82 del Tratado. Igualmente, ciertas prácticas restrictivas de la competencia en las relaciones verticales entre proveedores y distribuidores siguen estando prohibidas *per se*. La teoría económica sugiere sin embargo posibles efectos positivos de cada una de

ellas. La regla de razón debería imponerse así frente a las reglas *per se*. Se trata, especialmente en Francia, de la prohibición de la reventa a pérdida, de la cual los autores reivindican la supresión.

## **El control de las concentraciones**

Después se detalla el control de las operaciones de concentración. Se trata aquí de un control de las estructuras que recurre a una lógica prospectiva, en contraste con la lógica retrospectiva o represiva que domina el campo precedente de las reglas de la competencia. Hasta en 2004, la Comisión podía prohibir una fusión si ésta conducía a la creación o al fortalecimiento de una posición dominante individual o colectiva, creando así un riesgo de prácticas anticompetencia. Al no poder prohibir una fusión que provocaría un riesgo demasiado grande de convenios ilegales, la Comisión ha usado un concepto frágil desde el punto de vista del análisis económico, el de la posición dominante colectiva. En numerosas decisiones, el Tribunal de primera instancia (TPI) ha discutido las decisiones de la Comisión, no sólo en cuestiones de forma sino igualmente en el fondo. El TPI ha pasado así de un papel de control de los errores manifiestos de apreciación a un control del razonamiento económico de la Comisión. La reforma de mayo de 2004 modifica a la vez el control de las concentraciones y el criterio de apreciación. El nuevo procedimiento está basado en una cooperación reforzada entre la Comisión y las autoridades nacionales de la competencia. En el fondo, la prueba de predominio económico ha sido sustituida por la prueba de obstáculo significativo a la competencia efectiva, equivalente de la prueba anglosajona llamada de reducción sustancial de competencia. Esta prueba sustituye así por una regla de razón correspondiente a lo que llamamos el efecto unilateral de una fusión, que debe ser evaluado caso por caso, la regla *per se* correspondiente a la noción de predominio individual. Es más exigente que la prueba basada en el predominio, ya que un obstáculo significativo a la competencia puede existir en ausencia de un predominio económico individual. Además, el nuevo reglamento introduce la noción de efecto coordinado de una fusión que remite a la plausibilidad reforzada de un comportamiento colusorio en el mercado después de la fusión. Esta plausibilidad depende de un cierto número de factores que se supone facilitan la colusión. Las ganancias en eficacia permitidas por la fusión podrán ser tomadas en cuenta y se cotejarán las posibles reducciones de la competencia. Este último punto no era posible antes ya que, al contrario, una mayor eficacia de la nueva entidad fusionada era interpretada como fortaleciendo la posición dominante en el mercado. Finalmente, los autores examinan los remedios estructurales (cesión de activos) que pueden ser impuestos por una autoridad de la competencia como medida correctora a ciertas operaciones de concentración.

## **Política de la competencia y política de la innovación**

El informe presta igualmente una atención especial a los problemas en la interfaz de la política de la competencia, de la innovación y de la propiedad intelectual. Esos problemas tienen una creciente importancia en nuestras sociedades contemporáneas, donde los activos inmateriales desempeñan un papel cada vez más determinante, y podemos preguntarnos si las especificidades de los sectores donde la innovación es dominante y permanente no exigen una aplicación diferenciada del derecho de la competencia. Según los autores, es necesario aquí una mejor articulación entre el derecho y la economía: por una parte, la propiedad intelectual convenientemente otorgada constituye una incitación eficaz a la inversión en investigación y, por otra parte, sus derechos no podrían rebasar el nivel necesario. Esta tensión se demuestra con los ejemplos contrastados de Estados Unidos y de Europa. Una extensión abusiva del campo de lo patentable sugiere ciertas desviaciones de la propiedad intelectual en Estados Unidos y va a la par de un fortalecimiento de los derechos de los poseedores de patentes y de un mayor laxismo en la atribución de esos derechos. La situación es muy diferente en Europa, donde incluso la unificación comunitaria de un derecho de la propiedad intelectual está lejos de realizarse.

## **Las ayudas públicas**

Finalmente se detalla el control de las ayudas públicas. Es un campo sensible y controvertido que cubre ciertos aspectos de política industrial, especialmente a través de las ayudas a las empresas en dificultad. Esas ayudas pueden crear distorsiones de la competencia que afecten significativamente el comercio entre Estados miembros, o bien el mantenimiento en el mercado, gracias a la ayuda pública, de una empresa momentáneamente en dificultad. Pero esto puede ser en ciertos casos paradójicamente favorable a la competencia. El informe se interroga sobre los criterios elegidos para la calificación de una ayuda pública (ventaja neta para el beneficiario, selectividad de la ayuda, recursos públicos para financiar la ayuda), sobre su pertinencia respecto de los objetivos del derecho de la competencia y sobre el carácter suficiente de la obligación de reembolso en caso de éxito. Sobre esos temas, el informe aboga por una subsidiaridad reforzada y encuadrada. La cuestión se extiende después a las diferencias entre los países miembros en términos de fiscalidad, de normas sociales o de medio ambiente, sabiendo que esas diferencias originan asimetrías de competencia acentuadas después de la ampliación.

## **Las recomendaciones**

La tercera parte toma un punto de vista más sintético y comprende un cierto número de recomendaciones. Como preámbulo, el informe observa una cierta indeterminación de los objetivos de las políticas de la competencia, un poco indecisas entre el excedente del consumidor y el bienestar del ciudadano económico, entre el corto y el medio plazo. Las recomendaciones son agrupadas en dos proposiciones principales.

La primera proposición consiste en explotar las complementariedades entre la política de la competencia y las políticas a favor de la competitividad y de la innovación. La diferencia entre Europa y Estados Unidos en términos de medios consagrados a la política de la investigación y de la innovación es considerable, en el momento mismo en que las políticas de la competencia convergen fuertemente entre los dos continentes. Esta proposición remite a los desequilibrios que induce la preeminencia europea de la política de la competencia. Se trata a la vez de volver a dar un espacio y los medios a las políticas de la competitividad y de la innovación, y de explotar mejor las complementariedades con la

política de la competencia. Los autores proponen que el Consejo europeo se comprometa a aumentar cada año el presupuesto comunitario de la investigación y de la innovación en un importe igual al nivel de los 2ingresos<sup>2</sup> de la política de la competencia (el importe recolectado por las multas). Sugieren igualmente un fortalecimiento de los mecanismos de incitación a la innovación, incluyendo la protección por la propiedad intelectual.

La segunda proposición consiste en atenuar ciertas tensiones en la aplicación de la política de la competencia. En materia de intervenciones prospectivas, las pruebas practicadas para el control de las concentraciones privilegian el corto plazo, ahí donde debería ponerse el énfasis más bien en el medio y largo plazo. Para disminuir las tensiones a nivel comunitario, los autores proponen establecer una coordinación entre la DG Competencia, la DG Empresa e Industria y la DG Investigación para la evaluación de las operaciones de concentración que incluyen aspectos notorios de competitividad industrial. Sugieren igualmente que los compromisos que condicionan las autorizaciones de concentración no sean únicamente de naturaleza estructural, como es el caso actualmente. A veces pueden bastar algunas medidas correctoras que conduzcan a compromisos de tipo comportamental, si van acompañados de sanciones en caso de no respeto *ex post*. A nivel francés, el informe preconiza dos alternativas para mejorar el control de las concentraciones. La primera es una discusión sobre el régimen actual de control de las concentraciones: la notificación sería hecha al Consejo de la Competencia que se encargaría de la instrucción, correspondiendo la decisión final al ministro en razón de consideraciones que eventualmente no tengan relación con la competencia. Esta solución, conforme al régimen alemán, permitiría descartar la sospecha de que sería más fácil a las empresas encontrar soluciones aceptables negociando con los servicios del ministerio que con el Consejo de la Competencia. La segunda solución propone asumir la lógica del statu quo racionalizándola. Un dualismo razonado consistiría en separar la función de represión de los fraudes de la función de control de las concentraciones y en encuadrar esta última de modo más sistemático, tomando en cuenta a la vez el punto de vista de la competencia y de los elementos de apreciación referidos a otros criterios.

En materia de intervenciones represivas, el informe formula dos proposiciones. La primera busca restablecer una cierta coherencia entre las disposiciones específicas a la competencia y la plétora de disposiciones legislativas y reglamentarias que rigen por otro lado las relaciones comerciales. El informe propone suprimir la interdicción de la reventa a pérdida confiando a las autoridades de la competencia el cuidado de distinguir si una reventa a pérdida constituye o no una estrategia de predación. La segunda proposición se refiere al equilibrio entre la seguridad jurídica y la flexibilidad económica, prefiriendo el recurso a una regla de razón estructurada según el abuso presumido de cada práctica. Los principios de tal regla deberían ser precisados en líneas directrices, explicando las etapas sucesivas del examen, la asignación en cada etapa de la carga de la prueba y finalmente las ponderaciones acordadas a los argumentos anticompetencia y procompetencia según la gravedad presumida de la práctica en cuestión.

## Comentarios

**Michel Mougeot** destaca el contraste palpable entre la minuciosidad, la sutileza y el carácter matizado del análisis de la competencia propuesto por el informe, y la presentación simplista, maniquea y a menudo errónea de las cuestiones de mercado en los medios de comunicación y en los discursos políticos en Francia. Los debates concernientes al referéndum de 2005 sobre la constitución europea han mostrado hasta qué punto la sociedad francesa, a menudo mal informada, teme la extensión del campo de la competencia. A este respecto, el primer mérito del informe es recordar que una economía de mercado necesita una reglamentación y reglas del juego. La política de la competencia es uno de los instrumentos de esta reglamentación, y el informe entrega de ella una presentación erudita. El segundo mérito de este texto es poner en evidencia las diferentes concepciones de esta política y sus vínculos con la teoría económica. La competencia vista como un proceso no tiene las mismas implicaciones que la competencia vista como un estado de equilibrio. Las concepciones a corto y a largo plazo difieren, especialmente en cuanto a la pertinencia de las políticas de innovación. Las formas de competencia por el mercado se sustituyen o, al contrario, son complementos de la competencia en el mercado.

**Hervé Lorenzi** vuelve a plantearse la ausencia de objetivo preciso asignado a las políticas de la competencia. ¿ Se trata de defender el excedente de los consumidores o el bienestar social definido de modo más amplio ? Destaca la importancia acordada a la relación entre competencia e innovación. Se interroga sobre una estabilización eventual de las políticas de la competencia, sobre la importancia de una política industrial o de competitividad, y sobre la jerarquización a nivel de la Unión europea entre las políticas de la competencia, industriales y comerciales. Finalmente concluye sobre la importancia actualmente esencial de las políticas de la competencia, al centro de la evolución de las economías modernas.