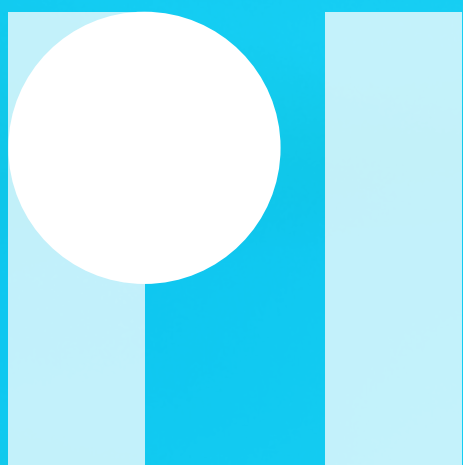
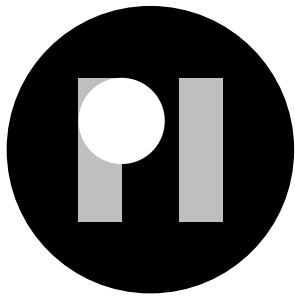




DATOS PERSONALES Y COMPETENCIA:

**Mapeando las perspectivas,
identificando los retos y mejorando
la interacción entre los reguladores
de la competencia y la
sociedad civil**



ABOUT PRIVACY INTERNATIONAL

Governments and corporations are using technology to exploit us. Their abuses of power threaten our freedoms and the very things that make us human. That's why Privacy International campaigns for the progress we all deserve. We're here to protect democracy, defend people's dignity, and demand accountability from the powerful institutions who breach public trust. After all, privacy is precious to every one of us, whether you're seeking asylum, fighting corruption, or searching for health advice.

So, join our global movement today and fight for what really matters:
our freedom to be human.



Open access. Some rights reserved.

Privacy International wants to encourage the circulation of its work as widely as possible while retaining the copyright. Privacy International has an open access policy which enables anyone to access its content online without charge. Anyone can download, save, perform or distribute this work in any format, including translation, without written permission. This is subject to the terms of the Creative Commons Licence Deed: Attribution-Non-Commercial-No Derivative Works 2.0 UK: England & Wales. Its main conditions are:

- You are free to copy, distribute, display and perform the work;
- You must give the original author ('Privacy International') credit;
- You may not use this work for commercial purposes;
- You are welcome to ask Privacy International for permission to use this work for purposes other than those covered by the licence.

Privacy International is grateful to Creative Commons for its work and its approach to copyright.

For more information please go to www.creativecommons.org.

Photo by Aedrian on Unsplash

Privacy International
62 Britton Street, London EC1M 5UY, United Kingdom
Phone +44 (0)20 3422 4321

privacyinternational.org

Privacy International is a registered charity (1147471), and a company limited by guarantee registered in England and Wales (04354366).

DATOS PERSONALES Y COMPETENCIA:

**Mapeando las perspectivas,
identificando los retos y mejorando
la interacción entre los reguladores
de la competencia y la
sociedad civil**

TABLE OF CONTENTS

RESUMEN EJECUTIVO	9
--------------------------	----------

INTRODUCCIÓN

EL VALOR DE LOS DATOS PERSONALES PARA EJERCER EL PODER DEL MERCADO EN LA ERA DIGITAL	11
--	----

DAÑOS DIGITALES SUFRIDOS POR LOS MERCADOS Y LOS CONSUMIDORES	13
--	----

LOS DATOS PERSONALES COMO PARTE DEL ANÁLISIS DE LA COMPETENCIA EN LA ECONOMÍA DIGITAL	17
---	----

ALCANCE Y PROPÓSITO DEL INFORME	20
---------------------------------	----

METODOLOGÍA	24
-------------	----

ESTRUCTURA DEL INFORME	26
------------------------	----

PARTE I: LOS DATOS PERSONALES COMO UN PARÁMETRO DEL ANÁLISIS DE LA COMPETENCIA: ENFOQUES Y DESAFÍOS	27
--	-----------

LAS CONSIDERACIONES DE DATOS PERSONALES EN LA ECONOMÍA DIGITAL	32
--	----

ANÁLISIS DE LOS MARCOS EXISTENTES Y DEL PAPEL DE LA LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DE DATOS EN LA COMPETENCIA DIGITAL	36
--	----

RETOS Y OPORTUNIDADES EN TÉRMINOS DE EXPERTICIA TÉCNICA Y DE PROTECCIÓN DE DATOS	48
--	----

CONSTRUYENDO EXPERTICIA EN MATERIA DE DATOS A TRAVÉS DE LA COLABORACIÓN INTERINSTITUCIONAL	53
--	----

PARTE II: LA INTERACCIÓN ENTRE LOS REGULADORES Y LA SOCIEDAD CIVIL Y LA MAXIMIZACIÓN DE LAS FUTURAS INTERACCIONES	55
LA INTERACCIÓN DE LOS REGULADORES CON LA SOCIEDAD CIVIL	58
LA INTERACCIÓN DE LAS OSC CON LOS REGULADORES	61
RETOS ENFRENTADOS POR LA SOCIEDAD CIVIL EN SU LABOR DE INCIDENCIA	66
UNA RELACIÓN SIGNIFICATIVA PARA EL FUTURO	69
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	74
NOTAS	78
ANEXO A: MODELO DE CUESTIONARIO ENVIADO A LOS REGULADORES	82
ANEXO B: MODELO DE CUESTIONARIO ENVIADO A LA SOCIEDAD (ORIGINAL EN INGLÉS)	85
ANEXO C: RESPUESTAS DE LOS REGULADORES	91
RESPUESTA DE LA COMISIÓN AUSTRALIANA DE COMPETENCIA Y CONSUMO (AUSTRALIA)	92
RESPUESTA DEL BUNDESKARTELLAMT (ALEMANIA)	94
RESPUESTA DE LA COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA DEL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (PERÚ) (ORIGINAL EN ESPAÑOL)	97
RESPUESTA DE LA COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA DEL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (PERÚ) (TRADUCCIÓN NO OFICIAL AL INGLÉS)	102
RESPUESTA DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA Y MERCADOS (REINO UNIDO)	106

RESPUESTA DE LA COMISIÓN EUROPEA (UE)	108
RESPUESTA DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA (MÉXICO) (ORIGINAL EN ESPAÑOL)	113
RESPUESTA DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA (MÉXICO) (TRADUCCIÓN NO OFICIAL AL INGLÉS)	122
RESPUESTA DE LA COMISIÓN HELÉNICA DE LA COMPETENCIA (GRECIA)	130
RESPUESTA DE LA AUTORIDAD HÚNGARA DE LA COMPETENCIA (HUNGRÍA)	134
RESPUESTA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (COLOMBIA) (ORIGINAL EN ESPAÑOL)	136
RESPUESTA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (COLOMBIA) (TRADUCCIÓN NO OFICIAL AL INGLÉS)	144
RESPUESTA DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA (ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)	151

RESUMEN EJECUTIVO

Este informe pretende mapear las actitudes y perspectivas de los reguladores de la competencia y de la sociedad civil de los diferentes países del mundo en materia de datos personales y competencia. Específicamente, explora el enfoque que han adoptado algunos reguladores al incorporar en sus análisis de competencia parámetros relacionados con los “datos personales”, así como los retos que enfrentan al adoptar este tipo de parámetros. El informe además busca identificar oportunidades de incidencia eficaces para las organizaciones de la sociedad civil (OSC), al discutir las diferentes herramientas que pueden utilizar para apoyar el trabajo programático de los reguladores al tiempo que defienden el bienestar de los consumidores en el entorno digital.

El informe se basa en investigación documental y empírica (cualitativa y cuantitativa) realizada por Privacy International (PI) en 2021. Más concretamente, PI envió una encuesta a varios reguladores antimonopolio y a organizaciones de la sociedad civil con sede y/o que operan en diversas partes del mundo. Las preguntas planteadas a los reguladores y a la sociedad civil versaron sobre su trabajo en la economía digital. Se preguntó a los reguladores y a las OSC si incorporaban consideraciones relativas a los datos personales en sus análisis o evaluaciones y de qué manera los hacían, sobre las dificultades enfrentadas en el contexto de su trabajo programático y sobre la interacción entre la sociedad civil y los reguladores de la competencia, y sus opiniones acerca de cómo prevén una mayor colaboración entre estos actores en el futuro. En total, 28 organizaciones (8 reguladores de la competencia y 20 OSC) respondieron la encuesta de PI. Las actividades programáticas de los encuestados abarcan las siguientes regiones en el mundo: África (OSC), Centro y Sur América, (reguladores y OSC), Asia (OSC) y Europa (reguladores y OSC).

Tras realizar un análisis comparativo de las respuestas recibidas, así como de materiales específicos sugeridos por los encuestados, como, por ejemplo, el resultado del trabajo programático de la sociedad civil y los reguladores, decisiones judiciales, decisiones regulatorias, informes y literatura académica, el informe formula una serie de hallazgos y recomendaciones clave.

De acuerdo con el análisis de las secciones que siguen, la mayoría de las respuestas recibidas a la encuesta de PI sugieren que los datos personales y las consideraciones sobre la competencia son una parte importante de las actividades programáticas de los encuestados, y que pareciera que estas temáticas no se limitan a jurisdicciones o continentes específicos. Al ser consciente de la relevancia global de estos temas, PI trató de involucrar a organizaciones de distintas jurisdicciones en el mundo. Sin embargo, no todos los reguladores y las OSC que fueron contactados originalmente respondieron la encuesta. A raíz de esta ausencia de información de ciertas jurisdicciones o regiones, el informe no representa por igual a todas las partes del mundo y de ninguna manera se puede considerar que sus conclusiones son globales.

Quisiéramos expresar nuestro sincero agradecimiento a todos los reguladores y las OSC que respondieron la encuesta de PI. También quisiéramos expresar nuestro agradecimiento a María Luisa Stasi, Directora del área de derecho y política de mercados digitales de ARTICLE 19, a Vanessa Turner, Asesora Senior de competencia de BEUC, y a Elettra Bietti, Becaria de Postdoctorado en NYU Law y Cornell Tech, quienes fueron las revisoras externas del informe y sus conclusiones.

Esperamos que este informe contribuya al debate global y de gran vigencia sobre el papel de los datos personales en el análisis de la competencia y que, en últimas, fomente la protección del bienestar de los consumidores en todo el mundo a través de la colaboración sólida y fructífera entre los reguladores y las OSC.

PI continuará actualizando las conclusiones derivadas de esta investigación. Para este fin, acogeríamos con agrado cualquier contribución adicional de los reguladores y las OSC que no hayan tenido la oportunidad de responder nuestra encuesta, la cual puede ser consultada en los anexos que se adjuntan a este informe.

London, Abril de 2022

Privacy International

INTRODUCCIÓN

EL VALOR DE LOS DATOS PERSONALES PARA EJERCER EL PODER DEL MERCADO EN LA ERA DIGITAL

En la economía digital existe una tendencia a la concentración empresarial de los datos personales.¹ Esto es especialmente cierto para las plataformas digitales, como las redes sociales, los motores de búsqueda, el entretenimiento digital o los comercios virtuales. La forma en que tradicionalmente se mide el dominio del mercado no siempre refleja el alcance del poder de mercado de estas empresas,² ya que sus productos y servicios suelen ser “gratuitos” para los consumidores.³

Esta tendencia es impulsada por el hecho de que muchos sectores de la economía dependen cada vez más de los datos, en particular de los datos personales. Acceder a datos personales es percibido como una capacidad cada vez más valiosa en la economía digital⁴ y su adquisición a gran escala es lo que permite que las grandes empresas de tecnología recauden miles de millones de dólares al año a través de anuncios personalizados.⁵ En 2020, por ejemplo, la casa matriz de Google, Alphabet, generó más del 80% de sus ingresos de 182.500 millones de dólares a través de los anuncios dirigidos a los usuarios de sus numerosos servicios, que incluyen, entre otros, el sistema operativo Android, Google Search, YouTube y Gmail.⁶ Del mismo modo, en 2020 Facebook tuvo ingresos de 85.970 millones de dólares, de los cuales casi el 98% (84.170 millones de dólares) fueron ingresos por publicidad.⁷

El valor del acceso a los datos personales aumenta conforme aumenta la cantidad de datos que pueden ser explotados a través de su adquisición, su combinación y su procesamiento adicional, lo que incentiva a las empresas a aplicar estrategias comerciales orientadas a recopilar la mayor cantidad de datos posible.⁸ Con el desarrollo y la integración de las tecnologías de inteligencia artificial (IA), los datos de los usuarios han adquirido importancia para estas empresas porque son un insumo esencial para entrenar los modelos

de IA, en especial los que categorizan a los seres humanos en función de sus características y perfiles. Y en vista de la creciente importancia de los datos personales para todos los sectores de la economía, es probable que la concentración de datos continúe y se extienda a otros mercados.⁹

Un estudio realizado en 2019 por PI reveló que los sitios web de salud mental más populares en Francia, Alemania y el Reino Unido comparten los datos de los usuarios con anunciantes, vendedores de datos (data brokers) y grandes empresas de tecnología, incluida Google, mientras que algunos de las “pruebas de depresión” en estos sitios filtran a terceros las respuestas y los resultados. Esta investigación también muestra el dominio de Google en este ecosistema de rastreo. Google era el principal rastreador de terceros en las páginas web analizadas por PI y la mayoría de estas páginas utilizaban los servicios publicitarios de Google, DoubleClick y AdSense. El 70,39% de las páginas web utilizan DoubleClick. También son ampliamente usados otros productos de Google, como Google Analytics, Google Tag Manager y Google Fonts. En Francia, el 87,8% de las páginas web tenían un rastreador de Google, en Alemania el 84,09% y en el Reino Unido el 92,16%.¹⁰

En diciembre de 2018, PI reveló cómo Facebook rutinariamente rastrea a los usuarios, los no usuarios y los usuarios sin sesión activa fuera de la plataforma a través de Facebook Business Tools. La investigación de PI concluyó que por lo menos el 61% de las aplicaciones de Android sometidas a prueba transfieren datos a Facebook automáticamente en el momento en que el usuario abre la aplicación. Esto sucede independientemente de si las personas tienen una cuenta en Facebook o no, o de si están conectados a una sesión activa o no. La investigación de PI descubrió, además, que algunas aplicaciones rutinariamente envían a Facebook datos increíblemente detallados y a veces muy sensibles. Al igual que los casos anteriores, esto afecta los datos personales de personas que no están conectadas a una sesión o no tienen cuenta en Facebook.¹¹

¿CUÁLES SON LAS CONSECUENCIAS O DAÑOS PARA LOS MERCADOS Y LOS CONSUMIDORES?

Los efectos de la concentración de poder son significativos, y no se limitan a la privacidad en línea o cuando se está desconectado. Hoy día, las plataformas digitales actúan como guardianes de acceso, por ejemplo, al regular cómo accedemos a la información en la web, así como qué aplicaciones podemos instalar en nuestros dispositivos. Tales empresas dependen cada vez más de la disponibilidad de los datos de los usuarios y pueden imponer la recolección desmedida de datos personales a personas que se han convertido en “usuarios cautivos” de sus proveedores, debido a la ausencia de opciones verdaderas.¹²

Se está produciendo un círculo vicioso: debido a su dominio, estas empresas recogen y analizan enormes cantidades de datos personales. Cuantos más datos recojan, mejor será su capacidad para perfilar a las personas, ofrecer dichos perfiles a los anunciantes, los partidos políticos y a otros y para utilizar esos perfiles a fin de aumentar el atractivo de sus propios servicios. Y cuantas más personas sean atraídas por los servicios, es cada vez menor el poder de cada usuario individual para dejar de participar en el modelo corporativo de explotación de datos debido a la ausencia de servicios equivalentes (que conserven la privacidad).¹³

En el 2019, en el Informe final de su investigación sobre plataformas digitales, la Comisión Australiana de Competencia y Consumidores (ACCC, por sus siglas en inglés), señala:

"Existen grandes barreras de acceso y de expansión en los mercados para la oferta de servicios de búsqueda general y de publicidad en buscadores, y los datos desempeñan un papel fundamental en tales barreras. Por ejemplo, se dan efectos de red derivados de la capacidad de Google para acumular grandes cantidades de datos de usuarios que luego puede utilizar para mejorar sus servicios de búsqueda en línea y de publicidad en buscadores... Mientras los datos recopilados por Google aumentan su poder de mercado, el poder de mercado que posee Google y su presencia en mercados relacionados también le permite recopilar una mayor cantidad y calidad de datos." ¹⁴

Paralelamente, las empresas que dominan los datos pueden poner trabas a la innovación e imponer varias barreras a los competidores que ya operan o desean acceder a los mercados en los que las primeras son dominantes. Sin duda, esta reducción de la competencia tiene consecuencias negativas para el bienestar de los consumidores.

En un mercado competitivo debería poder esperarse que el nivel de privacidad y protección de datos ofrecido a las personas está expuesto a competencia real, es decir, que las empresas compitan por ofrecer alternativas más respetuosas de la privacidad. Sin embargo, en los mercados digitales marcados por el aumento de la concentración corporativa, las empresas que ocupan una posición dominante no tienen ningún incentivo para adoptar modelos y prácticas empresariales que mejoren la privacidad de las personas. Por el contrario, las empresas que explotan los datos personales suelen considerar la legislación sobre privacidad y protección de datos como una amenaza para sus modelos de negocio,¹⁵ y pueden tratar de excluir a cualquier actor que mejore la privacidad de cualquiera de los mercados en los que pueden ejercer su poder de mercado.

El Informe Anual 2020 de Facebook parece considerar que el cumplimiento de las leyes de privacidad de datos es una amenaza para su modelo de negocio:

*"Nuestros ingresos publicitarios dependen de las herramientas de segmentación y medición que incorporan señales [de datos], y cualquier cambio en nuestra capacidad de utilizar dichas señales afectará negativamente a nuestro negocio. Por ejemplo, la evolución legislativa y reglamentaria... ha limitado nuestra capacidad para segmentar y medir la eficacia de los anuncios en nuestra plataforma, y ha repercutido negativamente en nuestros ingresos publicitarios, y si no somos capaces de mitigar esta evolución a medida que vaya surtiendo efecto en el futuro, nuestra capacidad de segmentación y medición se verá afectada de forma significativa y adversa, lo que a su vez afectará considerablemente el crecimiento de nuestros ingresos publicitarios en el futuro."*¹⁶

El informe Anual de Apple de 2021 afirma:

*El cumplimiento de los requisitos nuevos y cambiantes [de la ley de protección de datos] hace que la empresa incurra en importantes costos y ha exigido y puede llegar a exigir en el futuro que la empresa cambie sus prácticas comerciales. No cumplirlos podría dar lugar a sanciones o responsabilidad jurídica significativas.*¹⁷

En una sección titulada “La regulación gubernamental está evolucionando y cambios desfavorables podrían perjudicar nuestro negocio” (Government Regulations is Evolving and Unfavorable Changes Could Harm Our Business), el Informe Anual de Amazon de 2020 también plantea inquietudes acerca del efecto sobre su negocio de, entre otras, las regulaciones de privacidad y protección de datos:

Las regulaciones, leyes, decisiones o interpretaciones del gobierno o las autoridades regulatorias que aplican tales leyes y regulaciones, o investigaciones, pesquisas o medidas ejecutivas propuestas o iniciadas por ellas, podría... obligarnos a cambiar nuestras prácticas comerciales de maneras materialmente adversas para nuestro negocio, perjudicar nuestra reputación, obstaculizar nuestro crecimiento o tener un efecto sustancial en nuestras operaciones.¹⁸

LOS DATOS PERSONALES COMO PARTE DEL ANÁLISIS DE LA COMPETENCIA EN LA ECONOMÍA DIGITAL

Puesto que ya existen enormes concentraciones de poder derivadas del valor de los datos personales en la economía digital, es de suma importancia que los datos que poseen las empresas ocupen un lugar central en los análisis de la competencia de los reguladores antimonopolio. De hecho, las plataformas digitales son muy conscientes de la importancia de poseer datos, porque consideran que los datos de los consumidores son un activo comercial. Los datos personales son una parte esencial del modelo de negocios de estas empresas y, por tanto, de su valor de mercado.²⁰

Al analizar el poder de mercado, anteriormente las autoridades de defensa de la competencia tendían a centrarse en el precio y los resultados, prestando poca o ninguna atención al papel de los datos personales en los diferentes mercados relevantes (por ejemplo, la publicidad, las redes sociales, los motores de búsqueda, el entretenimiento en línea, etc.). Este enfoque tan estrecho no tuvo en cuenta la creciente importancia del efecto sobre la competencia del tratamiento de datos personales, especialmente cuando se realiza a gran escala. A su vez, no tuvo en cuenta los múltiples efectos que la obtención de datos personales tiene sobre cierto tipo de servicios digitales, como se ha discutido anteriormente. El efecto de red en los mercados en línea aumenta la importancia de ganar o perder un usuario debido a la importancia de los datos personales (a escala) para el funcionamiento de ciertos algoritmos, como los que subyacen la eficacia de la publicidad personalizada.

En abril de 2007, cuando Google adquirió DoubleClick por 3.100 millones de dólares, el fundador de Google, Sergey Brin, dijo que la privacidad sería la “prioridad número uno” de la empresa al momento de estudiar nuevos productos publicitarios.²¹ Tanto la Comisión Europea como la Comisión Federal de Comercio (FTC, por sus siglas en inglés) de los Estados Unidos aprobaron esta fusión con fundamento en que era poco probable que la misma restringiera la competencia, a pesar de que en aquel momento Google ya se había convertido en la empresa dominante en la publicidad pago por clic. La FTC opinó que los temas de privacidad no eran relevantes en un análisis antimonopolio.²² Sin embargo, en el verano de 2016, se reportó que Google había eliminado de su política de privacidad la línea que prometía mantener la separación entre la base de datos de los historiales de navegación de DoubleClick y los nombres y la información personal identificable que Google recopila en Gmail y otras cuentas para iniciar sesiones.²³

En su revisión de la fusión entre Facebook y WhatsApp en 2014, la comisión europea señaló que los modelos de negocios de Facebook y WhatsApp eran diferentes, en particular con políticas privacidad de notablemente diferentes, ya que el fuerte compromiso de WhatsApp con la privacidad del usuario contrastaba con las prácticas generalizadas de rastreo y elaboración de perfiles de Facebook.²⁴ Sin embargo, la Comisión asumió erradamente que los consumidores detectarían fácilmente el deterioro de cualquier protección de la privacidad después de la fusión, pero no consideró que la fusión elevó las barreras de entrada para los nuevos competidores a raíz de los distintos y fuertes efectos de red derivados de los datos, que efectivamente fueron aprovechados por Facebook de distintas maneras para impulsar su crecimiento. Dos años después de la fusión, Facebook fue multada por su comportamiento engañoso durante la investigación de la fusión: había dicho a los reguladores que no podía combinar los datos de WhatsApp con sus otros servicios, pero procedió a combinarlos al poco tiempo de concluir la transacción.²⁵

Desde hace unos años, los reguladores de la competencia reconocen la necesidad de considerar el papel de los datos personales en los análisis de la competencia, especialmente para los mercados digitales.²⁶ Algunas autoridades de la competencia han avanzado un paso más allá a la hora de abordar las implicaciones de la privacidad y la protección de datos. Por ejemplo, en febrero de 2019, la autoridad de la competencia alemana afirmó que “monitorear las actividades de tratamiento de datos de las empresas dominantes es, por tanto, una tarea fundamental para las autoridades de la competencia que no puede ser realizada por funcionarios de protección de datos”.²⁷ Así mismo, los reguladores de datos han advertido sobre los riesgos a la privacidad planteados por el aumento de la concentración de mercado y han propugnado por la necesidad de incluir la protección de datos en los análisis del posible abuso de posición dominante y de la fusión de empresas que operan en el mercado digital.²⁸

La capacidad de abordar de manera adecuada las concentraciones de datos personales es, por tanto, clave para que las reglas de la competencia evolucionen y puedan enfrentar los retos y las realidades de la economía digital: no es un asunto que solamente compete a los reguladores de la protección de datos. En consecuencia, los reguladores de la competencia deben tenerla en cuenta en todos los aspectos de su trabajo.

ALCANCE Y PROPÓSITO DEL INFORME

El presente informe es una labor encaminada a mapear las perspectivas de los reguladores antimonopolio y las OSC sobre el papel que desempeñan los datos personales en el análisis de la competencia.²⁹ Pretende contribuir a la eficacia de las actividades de incidencia ante las autoridades de defensa de la competencia, explorando las interacciones entre los reguladores y la sociedad civil, e identificando intervenciones significativas que aseguren que los derechos fundamentales de los consumidores sean debidamente respetados en la economía digital.

En los últimos años, PI ha venido colaborando con reguladores de la competencia y organizaciones de la sociedad civil en todo el mundo sobre temas relacionados con los datos personales y la normatividad de competencia. PI ha presentado pruebas a la Comisión Europea,³⁰ la Autoridad de Competencia y Mercados (CMA, por sus siglas en inglés) en el Reino Unido³¹ y la FTC en Estados Unidos en materia de datos personales y la competencia.³² En 2020, PI fue admitida como un tercero interesado y presentó comentarios en varias etapas de la revisión de la Comisión Europea de la fusión Google/Fitbit.³³ También se presentaron observaciones similares sobre esa transacción ante la Comisión de Competencia y Consumo de Australia (ACCC, por su sigla en inglés).³⁴ Del mismo modo, en 2021 PI presentó observaciones sobre la adquisición de Giphy por parte de Facebook ante la Autoridad de Competencia y Mercados del Reino Unido (CMA, por sus siglas en inglés) y ante la Comisión de Competencia y Consumo de Australia (ACCC, por sus siglas en inglés).³⁵

El trabajo de investigación de PI revela que la explotación de datos tiende a ser perpetrada por empresas que ocupan posiciones dominantes en distintos mercados en línea, y creemos que las reglas de competencia cumplen un papel vital en la tarea de exigir la rendición de cuentas a los gigantes digitales. Más importante aún, varias investigaciones desarrolladas por la red internacional de colaboradores PI³⁶ han subrayado que esta problemática no se limita a una jurisdicción o región específica, sino que su naturaleza es global. Esto se debe,

en primer lugar, a que los grandes gigantes tecnológicos como Google, Apple, Facebook, Amazon y Microsoft (conocidos coloquialmente bajo el acrónimo "GAFAM") a menudo se perfilan como los "sospechosos habituales" detrás de las prácticas de explotación de datos en varios países del mundo. Por ejemplo, estas empresas podrían actuar a nivel global como guardianes de acceso, regulando la manera en que accedemos a la información en la web, e incluso en algunos casos las aplicaciones que podemos instalar en nuestros dispositivos. Esto ya no afecta "tan solo" el ámbito de la publicidad digital. Cada vez más, los poderes corporativos interfieren en el funcionamiento de la democracia y tienen profundas repercusiones en la sociedad.³⁷

En segundo lugar, el marco de la legislación de la competencia podría ofrecer una oportunidad excelente para avanzar los derechos fundamentales de los usuarios en regiones donde la protección de los datos personales de los individuos es inexistente o no se aplica con el suficiente rigor. Los resultados de la investigación de PI revelan que la privacidad ha surgido en el contexto de propuestas legislativas antimonopolio que buscan regular los mercados digitales.³⁸ Esto no solo subraya la estrecha relación que existe en la economía digital entre los datos personales y la competencia, sino que también plantea el interrogante de si las autoridades de la competencia podrían abordar además problemáticas sistémicas más amplias de explotación de datos y promover los derechos digitales de los consumidores bajo el prisma de la legislación de la competencia, al garantizar, por ejemplo, la existencia de una competencia genuina respecto a los estándares de privacidad que ofrecen las empresas.³⁹

Tras la investigación en 2019 de las prácticas de SafeBoda, una de las aplicaciones de transporte más populares en Kenia, Uganda y Nigeria, la organización de derechos digitales Unwanted Witness reveló que la compañía estaba compartiendo con terceros los datos personales de sus clientes sin que ellos lo supieran o los autorizaran. En concreto, según el informe de Unwanted Witness, la aplicación utilizaba una herramienta comercial de Facebook, el Kit de Desarrollo de Software (SDK, por sus siglas en inglés), para recopilar rutinariamente información sobre los usuarios de Safeboda y compartir datos con Facebook.⁴⁰

En 2020, el Instituto Brasileño de Defensa del Consumidor (Idec, por sus siglas en portugués) interpuso una denuncia ante la Autoridad Brasileña de Defensa de la Competencia (CADE, por sus siglas en portugués) solicitándole que analizara la fusión Google-FitBit. Esta acción forma parte de un movimiento conjunto de OSC mundiales para expresar su preocupación por esta fusión.⁴¹

En la India, el Centro para el Internet y la Sociedad (CIS, por sus siglas en inglés) presentó comentarios sobre las modificaciones que se proponían a las Reglas de Protección de los Consumidores (Comercio Electrónico), 2020, las cuales fueron introducidas inicialmente con la intención de garantizar la protección adecuada de los consumidores y evitar la adopción de prácticas comerciales desleales por parte de las entidades de comercio electrónico. En su presentación, el CIS hizo hincapié en la necesidad de que las disposiciones relativas a la protección de los datos personales fueran más robustas, en vista de la ausencia de legislación sobre la protección de datos en la India.⁴²

En 2021, el Instituto de Investigación y Defensa de Políticas (ELSAM), con sede en Indonesia, formuló un documento centrado en la protección de los datos personales en el contexto de las actuaciones corporativas, como las fusiones y las adquisiciones, en respuesta a dos empresas tecnológicas de Indonesia, Gojek (taxi, fintech y servicios para la vida cotidiana) y Tokopedia (comercio electrónico).⁴³

En este contexto y a la luz de los constantes sucesos políticos y regulatorios en todo el mundo, en 2021 PI realizó una investigación empírica y documental con el propósito de entender cómo los reguladores de la competencia en todo el mundo están reaccionando ante problemáticas relacionadas con los datos personales y la competencia y cómo reflexionan sobre sus interacciones o relaciones con la sociedad civil en el marco de su trabajo sobre la economía digital. Así mismo, PI trató de consultar también a OSC con sede o actividades en diferentes partes del mundo para comprender mejor las razones que subyacen a los distintos enfoques normativos y fundamentar mejor nuestras conclusiones.

El propósito de este informe es, por tanto, ilustrar algunas conclusiones preliminares sobre cómo los reguladores de la competencia y las OSC están respondiendo a los problemas de privacidad originados en el contexto de la economía digital, y proporcionar un análisis preliminar de la eficacia de las interacciones entre estos dos actores a través de las formas específicas de incidencia a su disposición. Por consiguiente, se espera que las conclusiones de este informe contribuyan a las iniciativas de incidencia y regulación globales que buscan hacer frente a los efectos nocivos de las concentraciones de datos en la era digital y promover el bienestar de los consumidores en todo el mundo.

METODOLOGÍA

Para la realización de la investigación del informe, PI preparó dos encuestas similares, una para los reguladores de la competencia y otra para las OSC. Las encuestas, que son parte de los anexos que acompañan este informe, contenían preguntas relacionadas con la inclusión de consideraciones sobre la privacidad en sus análisis o evaluaciones, las dificultades que enfrentan en el contexto de su trabajo programático sobre los datos personales y la competencia, sus interacciones con la sociedad civil y los reguladores de la competencia, respectivamente, y sus opiniones sobre cómo prevén una mayor colaboración entre estas partes interesadas en el futuro.

Se envió una encuesta para reguladores a un total de 23 organismos con sede en Europa, África, Asia, Australia y América, los cuales fueron seleccionados con base en su interacción actual o pasada con PI o su red internacional de colaboradores, y si habían actuado recientemente en cuestiones relacionadas con la privacidad y la competencia en su jurisdicción. De los 23 reguladores que recibieron la encuesta de PI, 10 respondieron y sus respuestas se encuentran en los anexos adjuntos a este informe. De los diez reguladores que respondieron la encuesta de PI, dos (la Comisión Australiana de Competencia y Consumo (ACCC) y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos declinaron participar en la encuesta, mientras que ocho (el Bundeskartellamt (Alemania), la Comisión Helénica de la Competencia (Grecia), la Autoridad Húngara de Competencia (Hungría) la Autoridad de Competencia y Mercados (Reino Unido), la Comisión Europea (UE), la Comisión Federal de Competencia Económica (México), el Instituto Nacional para la Defensa de la Competencia y la Protección de los Derechos de Propiedad Intelectual (Perú) y la Superintendencia de Industria y Comercio (Colombia) respondieron parte o la totalidad de las preguntas. Cabe señalar que en el informe los términos “reguladores antimonopolio” y “reguladores de la competencia” o “autoridades de la competencia” se utilizan indistintamente.

La encuesta dirigida a las OSC se difundió entre más de 50 organizaciones que abarcan desde organizaciones de derechos humanos o digitales hasta organizaciones de consumidores con sede en Europa, África, Asia, Australia y América. Este grupo incluyó organizaciones que formaban parte de la red internacional de colaboradores de PI, organizaciones que eran miembros de otras redes de derechos digitales o de los consumidores de las que PI es miembro, como la European Digital Rights (EDRi, por sus siglas en inglés) o el Diálogo Transatlántico de los Consumidores (TACD, por sus siglas en inglés), u organizaciones que habían trabajado recientemente en temas de privacidad y competencia o que habían trabajado en estos temas con PI en los últimos años. En total, 20 OSC respondieron parcial o totalmente a la encuesta de PI. Los encuestados tenían la opción de responder la encuesta de PI anónimamente. Por ello, no se publican sus respuestas, y las citas o declaraciones de los encuestados que decidieron guardar el anonimato se atribuyen a una referencia generalizada ("una OSC").

El análisis de las respuestas se complementó con una investigación documental que, debido a las limitaciones de ancho de banda y de recursos, se limitó al material sugerido y/o citado en las respuestas, en especial la literatura académica, informes, decisiones o sentencias, investigaciones o blogs. Así mismo, independientemente de la existencia de aspectos procedimentales que son propios de cada jurisdicción, las conclusiones del informe son generales. Adicionalmente, el borrador del informe fue revisado por María Luisa Stasi, Directora del área de derecho y política de mercados digitales de ARTICLE 19, Vanessa Turner, Asesora Senior de competencia de BEUC, y Elettra Bietti, Becaria de Postdoctorado en NYU Law y Cornell Tech.

Por último, aunque PI buscó la participación de organizaciones de diferentes jurisdicciones de todo el mundo, no todos los reguladores y OSC contactados originalmente respondieron la encuesta. Por consiguiente, aunque las conclusiones del presente informe podrían representar una buena proporción de los reguladores de la competencia y de las OSC de todo el mundo, generalizaciones adicionales para las regiones que no sean discutidas en este informe deben ser tratadas con cautela.

ESTRUCTURA DEL INFORME

Este informe se estructura en dos partes:

- **La PARTE I** analiza la manera en que los encuestados abordan el tema de los datos personales en las evaluaciones competitivas. Analiza si la privacidad ha sido un parámetro en las evaluaciones de la competencia de los reguladores y en el trabajo programático de varias OSC, y expone brevemente los desafíos más importantes que enfrentan en cada una de las regiones examinadas, así como las maneras de superarlos.
- **La PARTE II** ofrece una visión general de la interacción que tuvieron los reguladores y las OSC participantes, en el contexto de los análisis de las concentraciones de datos. Analiza la perspectiva de los reguladores sobre su compromiso con la sociedad civil, y a continuación examina la evaluación de las OSC sobre sus actividades ante los reguladores. Finalmente, resume las percepciones de las OSC sobre los retos que enfrentan en este tipo de interacción y ofrece vías y recomendaciones para lograr interacciones más significativas en el futuro.

Los anexos del informe contienen las respuestas de los reguladores de la competencia y antimonopolio, así como los cuestionarios originales que fueron usados para las distintas categorías de encuestados.

PARTE I: LOS DATOS PERSONALES COMO UN PARÁMETRO DEL ANÁLISIS DE LA COMPETENCIA: ENFOQUES Y DESAFÍOS

- Los reguladores respondieron que su enfoque ante los temas de la economía digital tiene en cuenta de manera adecuada la interacción entre la privacidad de datos y la competencia. Varios reguladores ya han tratado temas relacionados con los datos personales y la competencia, mientras que otros mostraron gran interés en identificar las situaciones en las que las consideraciones de privacidad serían relevantes en el contexto de sus evaluaciones competitivas.
- Según los reguladores, el tema de la privacidad no solo surge cuando se analiza el dominio del mercado o se articulan las teorías del daño, sino que también puede desempeñar un papel igualmente importante en la fase de diseño y aplicación de las intervenciones reguladoras o las medidas de comportamiento.
- Al preguntarles qué derechos fundamentales consideran son los más afectados por las concentraciones de privacidad en el contexto de la economía digital, la privacidad y la protección de datos ocuparon el primer lugar, al ser señaladas por el 95% de las OSC. Los derechos de los consumidores se sitúan en segundo lugar y la libertad de expresión/acceso a la información en tercero, siendo identificados por el 90% y el 60% de las OSC,

respectivamente. Las conclusiones de PI sugieren que existe una tendencia creciente entre las OSC de derechos digitales o de derechos humanos a enfocarse más en temas de competencia y en la interacción que la privacidad puede tener con los mismos.

- Los reguladores se mostraron de acuerdo en que la economía digital planteaba ciertos desafíos para las leyes de la competencia, que tradicionalmente no habían contemplado la relevancia de los datos personales para el análisis de posibles abusos de mercado, y que en los marcos jurídicos de la competencia que existen actualmente se podrían incorporar los análisis de la competencia en el contexto de las concentraciones de datos.
- Cuando se les preguntó en qué medida, en su opinión, su país o región estaba abordando cuestiones relacionadas con los datos personales y la competencia, las organizaciones de la sociedad civil expresaron diferentes opiniones, al afirmar que algunas regiones eran más activas que otras y que podían observarse discrepancias dentro de la misma región, ya que algunos países eran más receptivos que otros.
- Los reguladores identificaron retos tanto organizacionales como de fondo que enfrentan en el contexto de la competencia y la privacidad. Los retos organizacionales están relacionados en su mayoría con la falta de personal con experticia en materia de privacidad en el seno de las autoridades de competencia y con la necesidad de investigar si el diseño institucional existente es suficiente para hacer frente a los desafíos de la coordinación interinstitucional exigida por los mercados digitales. Los retos de fondo evolucionaron en torno a la necesidad de comprender mejor cómo funcionan las concentraciones de datos en la economía digital.

- Los reguladores han intentado afrontar estos retos mediante reformas organizacionales o respuestas proactivas a nivel internacional, así como mediante la realización de estudios de mercado, la publicación de documentos o propuestas de políticas, la adopción de estrategias digitales, impulsando la cooperación con sus homólogos internacionales o adquiriendo la

LAS CONSIDERACIONES DE DATOS PERSONALES EN LA ECONOMÍA DIGITAL

Las respuestas a la encuesta de PI sugieren que tanto los reguladores como las OSC entienden que las consideraciones relacionadas con los datos desempeñan un papel vital en el contexto del análisis de la competencia en la economía digital. Si bien se debe distinguir entre los datos personales como activo, lo que podría ser relevante en el contexto de la autorización de una fusión, por ejemplo, y la protección de datos y las consideraciones de privacidad, las que podrían surgir en el contexto de una investigación de comportamientos anticompetitivos o incluso durante el diseño de medidas correctivas, hay casos que podrían plantear estos dos aspectos. Muchas de las respuestas de los reguladores antimonopolio sugieren que se han presentado los dos aspectos en el curso de su trabajo programático.

En cuanto a los reguladores, todos afirmaron que su enfoque en materia de economía digital toma en cuenta adecuadamente la interacción entre la privacidad y la competencia. Varios reguladores ya han tratado temas relacionados con los datos personales y la competencia, mientras que otros se mostraron muy interesados en identificar las situaciones en que las consideraciones de datos serían relevantes en el contexto de sus análisis.

"La Bundeskartellamt comparte su opinión de que la consideración de la intersección entre la privacidad de los datos y el derecho de la competencia es cada vez más importante. Nuestra agencia se ha visto confrontada con la valoración del papel de los datos en general y de los datos personales en particular, debido al papel fundamental que desempeñan los datos en la economía digital."

Bundeskartellamt (Alemania)

"Desde hace algunos años, la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE o Comisión) ha integrado dentro de sus análisis, en aquellos casos que así lo amerite, el uso o explotación que se le puede dar a los datos privados de los consumidores como una variable adicional para entender el funcionamiento de estos mercados [de la economía digital]."

COFECE (México)

"La interacción entre la privacidad de los datos y la competencia siempre ha sido parte del enfoque de la Comisión ante la economía digital."

Comisión Europea (UE)

"En el contexto de la economía digital, muchos productos y servicios son data-driven, lo que significa que basan su modelo de negocios en la data de los consumidores. En ese sentido, el uso y explotación de la data ha cobrado relevancia en el análisis en casos de competencia y en la emisión de opiniones y reportes de diversas autoridades a nivel internacional, en particular, respecto del análisis de la data como un parámetro de competencia."

INDECOPI (Perú)

Por otro lado, en sus respuestas, varios reguladores describieron situaciones o ejemplos específicos en los que consideran que la privacidad tiene relevancia en el contexto de sus análisis.

En primer lugar, varios reguladores manifestaron que ya han abordado la acumulación de datos personales en sus análisis de la competencia.

"Las consideraciones de privacidad son potencialmente un factor en la evaluación de un abuso de posición dominante. El caso alemán de Facebook [ref] es un ejemplo destacado en el que las consideraciones de privacidad fueron relevantes para que el Bundeskartellamt constatará la existencia de una práctica abusiva. Nuestra entidad concluyó que las condiciones de servicio de Facebook y la manera y la amplitud con la que

recopila y utiliza los datos equivalen a un abuso de posición dominante. Al evaluar la idoneidad del comportamiento de Facebook en el marco del derecho de la competencia, el Bundeskartellamt tuvo en cuenta la violación de las normas europeas de protección de datos en detrimento de los usuarios."

Bundeskartellamt (Alemania)

En diciembre de 2019, la Autoridad Húngara de la Competencia (Gazdasági Versenyhivatal - GVH) multó a Facebook con un total de 3,6 millones de euros por engañar a los consumidores al afirmar que sus servicios son "gratuitos y cualquiera puede participar" y "Gratis y siempre lo serán". Según la GVH, esas afirmaciones eran engañosas porque distraen la atención de los usuarios "del hecho de que están pagando indirectamente por el uso de sus servicios a través de la transmisión de sus datos, el alcance de los datos recogidos y todas las consecuencias que se derivan de ello".⁴⁴

"La esencia del llamado modelo "precio cero" de Facebook es que atrae a los usuarios con el contenido de su plataforma en línea y recopila información detallada sobre los intereses, el comportamiento y los hábitos de compra de sus usuarios. La empresa entonces utiliza esta información para vender publicidad personalizada a sus clientes, y esta publicidad pagada aparece entonces entre las publicaciones de los usuarios seleccionados."

GVH (Hungría)

Adicionalmente, reguladores como la COFECCE y la Comisión Europea señalaron la importancia que pueden tener las consideraciones relativas a los datos personales, por ejemplo, en el contexto del análisis de una fusión. En el caso Microsoft/LinkedIn, que versaba sobre la adquisición del sitio web de redes profesionales LinkedIn por parte del gigante tecnológico mundial Microsoft, la Comisión Europea identificó varios problemas relacionados con la privacidad que hubieran podido resultar en un mayor poder de mercado para la entidad fusionada o el aumento de las barreras para los competidores que desearan entrar en el mercado de las redes sociales profesionales.⁴⁵

Del mismo modo, al examinar la fusión entre Apple y Shazam, la Comisión Europea “comparó los datos recopilados por las partes con otros conjuntos de datos similares disponibles en el mercado, utilizando cuatro métricas pertinentes: (1) variedad de datos, (2) velocidad de acumulación de datos, (3) volumen del conjunto de datos y (4) valor de los datos”.⁴⁶

A finales de 2018, la cadena de supermercados Walmart anunció que había llegado a un acuerdo para adquirir Cornershop, un startup que operaba como la principal plataforma digital de entrega a domicilio para compras en, entre otros, supermercados, clubes de precios, etc., por 225 millones de dólares. A partir del análisis de la fusión, la COFECE decidió no autorizar la operación al identificar varios riesgos, los más relevantes relacionados con los datos personales de los usuarios:

- El agente económico que surgiera de la fusión podría inducir a los competidores de Walmart a abandonar la plataforma Cornershop debido a la falta de certeza sobre el uso estratégico de los datos producidos y proporcionados por dichos competidores para vender sus productos;
- Walmart podría utilizar los datos de los usuarios de Cornershop con fines anticompetitivos como: (i) ofrecer ofertas personalizadas a usuarios que normalmente compran productos de otros supermercados; y, (ii) favorecer los productos de Walmart sobre los de sus competidores dentro de la plataforma de Cornershop.⁴⁷

“Así, y en relación con el tema de privacidad de datos, la principal preocupación de la Comisión se centró en la posibilidad de que Walmart pudiera [hacer] uso estratégico de datos de otras tiendas competidoras y de los consumidores finales que proporcionan y producen en la plataforma Cornershop, que incluyen hábitos de consumo, ofertas, entre otros, en su propio beneficio. Ante estos potenciales riesgos detectados durante su análisis, a mediados de 2019 el Pleno de la COFECE determinó no aprobar esta transacción.”

COFECE (México)

Como expone la respuesta suministrada por la SIC (Colombia), en 2019, los tres bancos más grandes de Colombia solicitaron la preevaluación de una posible fusión ante la autoridad del mercado financiero colombiano (Superintendencia Financiera de Colombia - SFC). La entidad fusionada, NewCo, sería una empresa en común basada en una innovación tecnológica que utilizaría una plataforma digital para conectar a las instituciones públicas y privadas con los ciudadanos, e intercambiar los datos personales necesarios para certificar su identidad personal. NewCo sería la primera empresa en prestar el servicio de identidad digital en Colombia. NewCo se encargaría de consolidar la información de los usuarios contenida en las diferentes instituciones que la poseen y luego la pondría a disposición de las instituciones públicas y privadas interesadas en tener acceso a la información, previa autorización del usuario.

La SFC solicitó la opinión de la autoridad de competencia colombiana para incluirla en el análisis del efecto que tendría la operación de NewCo en el mercado. Para emitir la opinión, la SIC estudió los mercados en los que la operación tendría efecto. Por un lado, el mercado de servicios financieros, ya que es el mercado en el que operan los bancos, y, por otro lado, el mercado de aplicaciones de identificación digital.

"La SIC determinó que el mercado financiero no se altera estructuralmente porque la nueva empresa no operaría en este mercado junto a los bancos. Sin embargo, NewCo le otorga un activo diferenciador frente a sus competidores a los tres bancos más grandes en Colombia al ser la única plataforma en el mercado de aplicativos para la identificación digital. Es importante mencionar que en conjunto estos bancos cuentan con más de treinta millones de usuarios activos (aproximadamente al 78% de la población económicamente activa a nivel nacional para 2018), circunstancia que podría ser relevante para el análisis de los efectos de red de la operación y la constitución del poder de mercado tanto de los bancos como de NewCo. Como los efectos de red son positivos, entre más usuarios (ciudadanos e instituciones) existan en la plataforma, mayores serán sus beneficios y mayor poder tendrá NewCo."

SIC (Colombia)

En diciembre de 2020, la Comisión Europea concluyó su análisis exhaustivo de la adquisición por parte de Google del monitor de actividad Fitbit:

“En ese caso, la Comisión ha analizado si la combinación de las capacidades de recopilación de datos de las partes que se fusionan plantearía problemas de competencia. La conclusión ha sido afirmativa en relación con el mercado de la publicidad en línea, donde se constató que la adición de los datos de los usuarios de Fitbit reforzaría la posición consolidada de Google en el mercado de la publicidad en línea.”

Comisión Europea (UE)

En segundo lugar, las consideraciones concernientes a los datos personales no solo surgen a la hora de evaluar la posición dominante en el mercado o de articular teorías del daño. Las respuestas recibidas sugieren que la protección de datos podría cumplir un papel igualmente importante en la fase de diseño y aplicación de las intervenciones reguladoras o las medidas de comportamiento.

“En efecto, existen sinergias, entre los dos regímenes mencionados, que se materializan, en primer lugar, durante el examen de los hechos del caso, ya que el análisis desde la perspectiva de los datos personales permite evidenciar el rol que estos juegan en mercados con plataformas digitales, especialmente por el volumen de usuarios y la correlativa cantidad de datos personales involucrados. Y, en segundo lugar, desde el diseño de soluciones óptimas, como por ejemplo en el caso de condicionamientos impuestos durante el control previo de integraciones empresariales, que realmente tengan en cuenta la lógica que subyace a la transacción o negocio y que depende principalmente de los datos personales.”

SIC (Colombia)

En la investigación sobre Google Allo mencionada anteriormente, Google se vio obligado a asumir una serie de compromisos en materia de protección de datos, como la creación de una página accesible que explicara las actividades de tratamiento de datos realizadas por Allo “en un lenguaje sencillo y de forma balanceada”.⁴⁸ Los compromisos contraídos por Google reflejan en gran medida

las obligaciones de protección de datos que tienen las empresas de acuerdo con las leyes europeas de protección de datos, como el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD).

“Es importante considerar qué tipo de normas y/o medidas de política pública relacionadas con la privacidad de datos pueden tener efectos positivos en el proceso de competencia. Por ejemplo, la imposición de obligaciones que limiten la finalidad del uso de los datos y la información de los usuarios puede contribuir a evitar que empresas con cierto poder de mercado utilicen la información que recaban al ofrecer algún servicio para un mercado adyacente. Una medida de este tipo no solo evita afectaciones al derecho de privacidad de los consumidores, sino que también reduce la capacidad de una empresa dominante de apalancar su poder en un mercado, en otro adyacente por el uso de los datos que tiene por operar el primero.”

COFECE (México)

En la fusión de NewCo comentada anteriormente, la SIC sugirió a la SFC que estableciera algunas condiciones para la transacción con la finalidad de mitigar los posibles efectos restrictivos horizontales y verticales que pudiera tener sobre la competencia. En cuanto al poder de mercado de NewCo, la SIC destacó la necesidad de preservar la independencia entre la nueva empresa y sus futuros accionistas (los bancos), así como la obligación de incluir un trato igualitario y no discriminatorio entre los diferentes clientes y usuarios de la nueva empresa. Cabe destacar que la SIC también recomendó el tratamiento y la protección adecuados de los datos personales de los clientes o usuarios de la nueva empresa. En particular, destacó que no se debe gestionar la migración automática y no consentida de los datos personales y la información confidencial de los usuarios o clientes del banco hacia la nueva empresa. Esta migración requerirá la autorización previa, expresa e informada de los clientes. Esta última condición y la obligación de asegurar que la interoperabilidad de los nuevos desarrollos para la migración de los usuarios a otras plataformas no conlleve costos adicionales, fue el resultado de la participación activa de la autoridad de protección de datos personales y de la autoridad de competencia (la SIC es la encargada de velar por el cumplimiento tanto de la legislación de competencia como la de protección de datos y los consumidores), dado

el papel que juegan los datos personales en los mercados con plataformas digitales, especialmente por el volumen de usuarios y la correlativa cantidad de datos personales involucrados en este caso específico.

“Las recomendaciones de la SIC estuvieron orientadas a la prevención de las prácticas anticompetitivas que pudieran surgir de la operación de NewCo frente a (i) la restricción de entrada de nuevos rivales en el mercado de aplicativos para la identificación digital y (ii) el posible aprovechamiento del poder de mercado en el sector financiero para consolidar con los datos de sus usuarios poder de mercado para NewCo.”

SIC (Colombia)

Medidas similares se adoptaron en el contexto del análisis de la Comisión Europea de la adquisición de Fitbit por parte de Google:

“Se adoptó una medida correctiva para segregar y mantener separados los datos de Fitbit en un silo de datos e impedir que las funciones publicitarias de Google los utilizaran. Por otro lado, en el contexto de los compromisos ofrecidos para asegurar que la transacción fuera autorizada, Google se comprometió a ofrecer a todos los usuarios de Fitbit la opción específica y por separado de consentir el uso de sus datos por parte de las funciones no publicitarias de Google, un compromiso que refuerza las salvaguardias de protección de datos que ya existen en relación con el tratamiento de los mismos.”

Comisión Europea (UE)

En tercer lugar, los reguladores subrayaron cómo las consideraciones relacionadas con los datos personales también han formado parte de las consultas, los informes, los estudios de mercado, las investigaciones sectoriales o los dictámenes legislativos elaborados como parte de su labor en la economía digital. Por ejemplo, INDECOPI ha publicado un informe preliminar de su estudio de mercado sobre los sistemas de tarjetas de pago en el que analiza las condiciones de competencia existentes en el mercado y formula recomendaciones para mejorar la competencia en los mercados.

Este documento es evidencia del creciente interés por comprender mejor el funcionamiento de la competencia en los mercados digitales.⁴⁹

En octubre de 2017, la COFECE emitió una opinión no vinculante dirigida al Senado de la República sobre el proyecto de decreto para reformar varias leyes del sector financiero y expedir la primera ley mexicana reguladora de las Instituciones de Tecnología Financiera (Ley Fintech). El Proyecto de Decreto tenía por objeto regular algunos de los servicios financieros prestados por este tipo de empresas, conocidas como Fintech, así como su organización, operación y funcionamiento. Las recomendaciones presentadas por la COFECE al Senado estaban orientadas principalmente a obligar a las instituciones financieras tradicionales a proporcionar dicha información a otros participantes del mercado, con el consentimiento de los usuarios.

"A principios del 2018, la Ley Fintech fue promulgada, tomando en consideración distintas recomendaciones realizadas por la COFECE, entre estas se encontraron: (i) reconocer explícitamente que la información financiera es propiedad de los clientes, no de las instituciones financieras; (ii) facilitar el acceso por parte de empresas Fintech a la información de los clientes que se encuentren bajo el control de entidades financieras tradicionales, así como determinar que los reguladores establecerán tarifas no discriminatorias para la transmisión de información y las condiciones bajo las cuales se permitirán las interrupciones de transmisión."

COFECE (México)

Del mismo modo, la Comisión Helénica de la Competencia ha realizado una serie de investigaciones en sectores en los que podrían surgir preocupaciones en materia de privacidad, a saber, las tecnologías financieras, la atención a la salud y el comercio electrónico. En relación con este último, la Comisión publicó su informe provisional en agosto de 2021:

"El Informe provisional señala que la aplicación uniforme de las normas de protección de datos personales a nivel de los Estados miembros en la Unión Europea puede impulsar las ventas transfronterizas y fomentar la consecución del mercado único digital. Desde la perspectiva de las empresas y a la luz de las diversas normas jurídicas aplicables tanto en el

marco de la UE como de la legislación nacional (legislación sobre datos personales y privacidad, así como sobre comercio electrónico y protección de los consumidores), la publicación de directrices fortalecerá la seguridad jurídica.”⁵⁰

Comisión Helénica de la Competencia (Grecia)

Como revelan las conclusiones examinadas anteriormente, las respuestas de los reguladores no solo sugieren que las consideraciones de datos personales están constituyendo una parte integral de su trabajo, sino que también ponen de relieve cómo estas figuran en la mayoría de sus actividades, desde las revisiones de fusiones hasta las investigaciones de mercado, pasando por las consultas políticas o los informes.

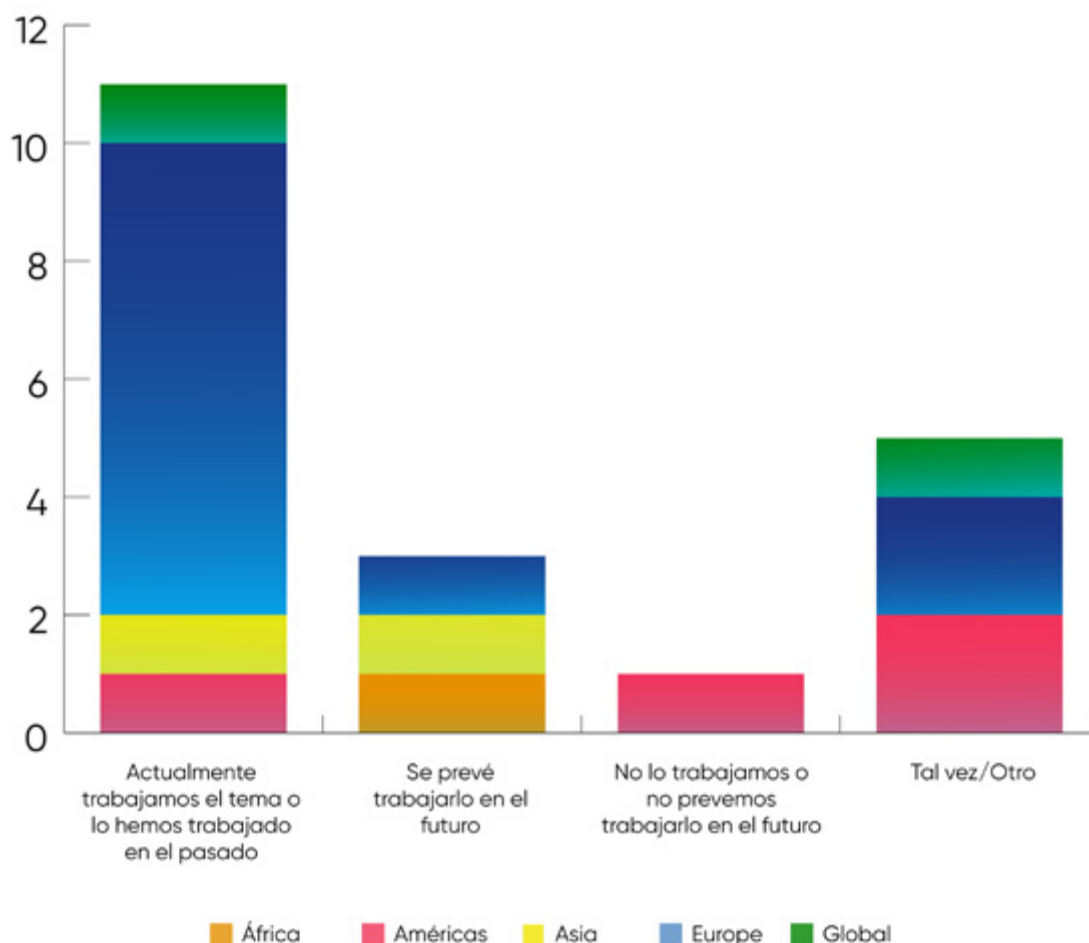
Parece que cada vez hay más voluntad tener en cuenta las cuestiones de privacidad en algunas circunstancias.”

Una OSC

Al preguntarles qué derechos fundamentales consideran son los más afectados por las concentraciones de datos en el contexto de la economía digital, la privacidad y la protección de datos ocuparon el primer lugar, al ser señaladas por el 95% de los encuestados. La elección y los derechos del consumidor se sitúan en segundo lugar y la libertad de expresión/acceso a la información en tercero, siendo identificados por el 90% y el 60% de los encuestados, respectivamente.

Como ilustra la gráfica a continuación, la gran mayoría de las OSC encuestadas indicaron que ya han trabajado, actualmente trabajan o planean trabajar sobre temas relacionados con la privacidad y la competencia. Específicamente, el 55% de las OSC (11 de 20) respondieron que actualmente están trabajando o han trabajado en el pasado sobre temas relacionados con la privacidad y la competencia; el 15% (3 de 20) declararon que tienen la intención de incluir la privacidad y la competencia como parte de sus actividades programáticas, y el 25% (5 de 20) dijeron que es posible que trabajen estos temas en el futuro. Solamente una organización (el 5% de los encuestados) indicó que no tenía intención de trabajar los temas de la privacidad y la competencia.

La sociedad civil y “los datos y la competencia”



Cabe destacar que, en primer lugar, este enfoque está respaldado tanto por las organizaciones de consumidores como por las de derechos humanos o digitales, lo que indica que se está adaptando el trabajo programático y las prioridades estratégicas de las OSC para abordar adecuadamente los retos de derechos humanos que plantea la economía digital. En segundo lugar, las organizaciones que actualmente trabajan o tienen planeado trabajar en temas relacionados con los datos personales no se circunscriben a una sola región, sino que representan diversas partes del mundo. Esto confirma la percepción de que

los problemas derivados de la concentración de datos en la economía digital pueden tener implicaciones globales para los derechos de las personas. En consecuencia, los resultados de la encuesta sugieren que existe una tendencia creciente entre las OSC de derechos digitales o de derechos humanos a trabajar más en cuestiones de competencia y la interacción que pueda existir con entre la anterior y la privacidad.

ANÁLISIS DE LOS MARCOS EXISTENTES Y DEL PAPEL DE LA LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DE DATOS FRENTE A LA COMPETENCIA DIGITAL

La Comisión Helénica de la Competencia (HCC, por sus siglas en inglés) ha reconocido que “las concentraciones de datos desafían la aplicación de las herramientas legales de competencia existentes” y ha acogido las recientes iniciativas legislativas tanto a nivel nacional como de la UE, en concreto la Ley de Mercados Digitales recientemente propuesta por la Comisión Europea.

“Como ilustran casos recientes de la economía digital, el actual marco de competencia le permite a la Comisión abordar los problemas de competencia derivados del tratamiento y la concentración de datos. Adicionalmente, el 15 de diciembre de 2020, la Comisión lanzó una propuesta de Ley de Mercados Digitales (LMD) que aborda de manera integral los riesgos de competencia asociados con el aumento de los guardianes de acceso en los mercados digitales y los mercados relacionados con los datos. La Ley de Mercados Digitales (LMD) propone una normativa que establece las obligaciones de los que sean considerados guardianes de acceso, algunas de las cuales se refieren al tratamiento y los usos de los datos.”

Comisión Europea (UE)

Los reguladores parecen coincidir en que la economía digital planteaba ciertos desafíos para las normas de la competencia, que tradicionalmente no han contemplado la relevancia de los datos personales para el análisis de posibles abusos de mercado, y en que los marcos jurídicos de la competencia actualmente existentes podrían cobijar las consideraciones de datos personales en el contexto de los análisis de la competencia.

"[El] régimen tiene como finalidad general la protección del derecho a la libre competencia, referenciando la necesidad de su actualización "a las condiciones actuales de los mercados". Así las cosas, [el mismo] permite a esta Superintendencia abordar los problemas de competencia derivados de la violación al régimen de protección de datos personales."

SIC (Colombia)

Aún así, a pesar de coincidir en que las herramientas de competencia a su disposición actualmente le permiten "hacer frente a buena parte de los problemas de competencia que derivan de la concentración de datos", existen áreas que exigen o se beneficiarían de ciertas reformas.

"Por ejemplo, el marco normativo actual no permite a la Comisión investigar y sancionar prácticas explotativas, las cuales en el entorno digital se traducen en la imposición de términos y condiciones abusivos con el fin de obtener una mayor cantidad de datos privados de usuarios y consumidores y que han sido sancionados en otras jurisdicciones, tal como lo hizo la autoridad de competencia alemana recientemente."

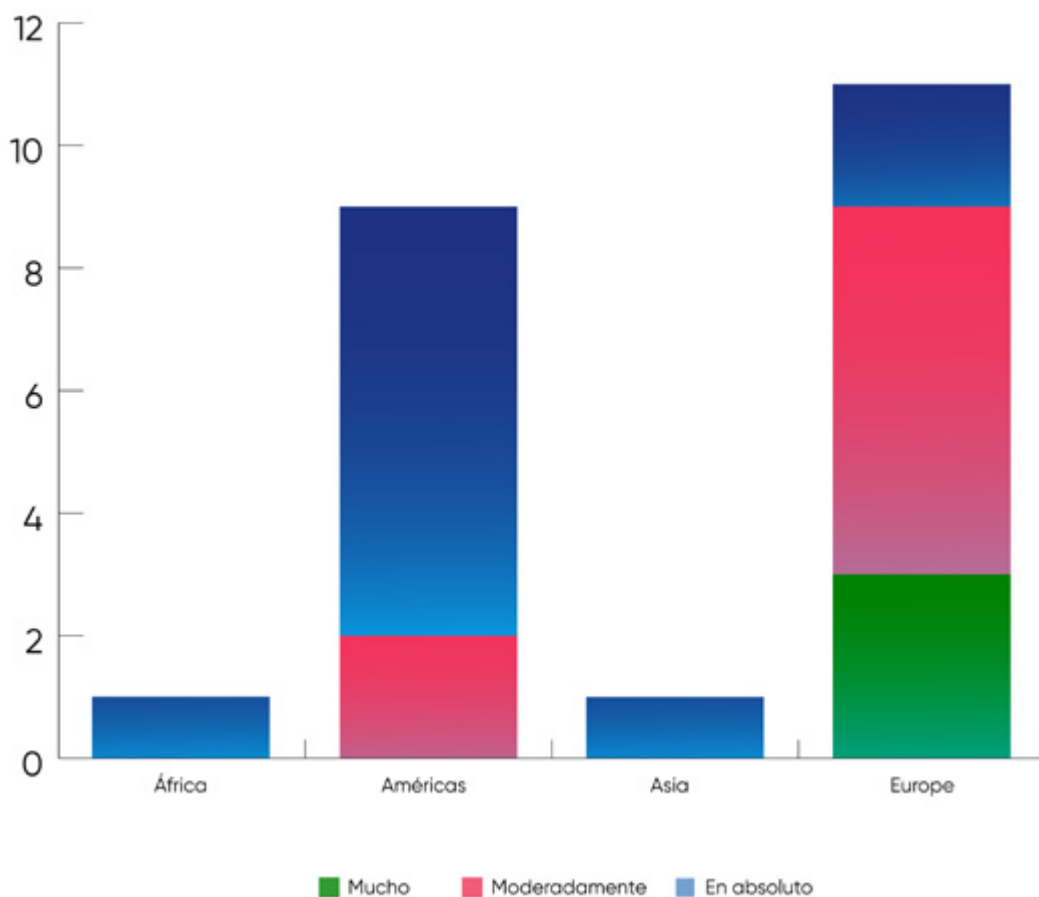
COFECE (México)

Cuando se les preguntó hasta qué punto, en su opinión, su país o región estaba abordando asuntos relacionados con los datos personales y la competencia, las OSC expresaron opiniones encontradas.

"Al trabajar en distintas zonas del mundo, la respuesta puede variar sustancialmente según el país en cuestión. Los lugares más "activos" en ese sentido parecen ser el Reino Unido, Alemania, la Unión Europea y Estados Unidos. También estamos viendo que algunos países de Latinoamérica uniéndose a la discusión, como México y Brasil, entre otros."

ARTICLE 19 (Global)

¿En qué medida se abordan los problemas de datos y competencia en su país o región?



Como se observa en el gráfico anterior, las respuestas recibidas varían según la región y el país. Las organizaciones de la sociedad civil consideran que algunas regiones están abordando las cuestiones relativas a los datos personales y la competencia de forma más activa que otras y que aún pueden observarse discrepancias dentro de una misma región, ya que algunos países son más receptivos que otros.

“Los parámetros de privacidad deberían considerarse en mayor medida en la legislación de la UE en materia de competencia.”

Una CSO

Las respuestas recibidas de dos OSC que indicaron que las cuestiones de privacidad y competencia no son abordadas en absoluto en sus regiones, DRF y ELSAM, con sede en Pakistán e Indonesia, respectivamente, podrían explicar hasta cierto punto la razón por la que los datos personales y la competencia no habrían sido objeto de mucha discusión en sus jurisdicciones.

“Esperamos que se tenga en cuenta la intersección entre la privacidad de los datos y la regulación de la competencia. Para Pakistán, esto no ocurrirá antes de que el proyecto de ley de protección de datos se convierta en ley. Sin embargo, la esperanza tentativa es que, dado que hemos pasado por nuestro tercer borrador del proyecto de ley y el interés parece seguir centrado en la introducción de la regulación, que las bases jurídicas para la interacción con la Comisión de la Competencia de Pakistán surgirán en los próximos 1-2 años y podremos elaborar una estrategia sobre cómo interactuar con ellos para transmitirles en su trabajo de la mejor manera posible un enfoque basado en derechos que repercuta positivamente en la situación.”

DRF (Pakistán)

“En el contexto de la protección de datos y la competencia empresarial, los reguladores y los profesionales de Indonesia suelen recurrir a los estándares y prácticas que se aplican en los países de la ASEAN [Asociación de Naciones del Sudeste Asiático]. Sin embargo, en la ASEAN no existe hasta ahora ninguna normativa relativa a la protección de los datos personales en la competencia empresarial. Por lo tanto, también es importante examinar comparaciones con otros países de la ASEAN en este respecto.”

ELSAM (Indonesia)

Las respuestas anteriores sugieren que un análisis competitivo eficaz de los datos personales o de los problemas de privacidad exigiría, además, la existencia de un marco de protección de datos. En otras palabras, la protección de datos está estrechamente vinculada al derecho de la competencia en el contexto de la economía digital. Así, se considera que la ley de protección de datos no solamente proporciona herramientas adecuadas para analizar el comportamiento anticompetitivo, sino que también es fuente de medidas correctivas o las intervenciones que abordan los efectos perjudiciales de las concentraciones de datos.

“Desde nuestra perspectiva, el marco normativo actual en materia de protección de datos presenta áreas de oportunidad que de ser atendidas podrían incidir de manera positiva en el proceso de competencia. Entre los temas que hemos detectado en la Comisión se encuentra, por ejemplo, el de establecer un mecanismo de portabilidad de datos a favor de los usuarios, que los empoderaría como titulares de sus datos para decidir en qué plataforma, aplicación o servicio compartir esta información, además de que propiciaría una mayor competencia, al permitir que empresas que quieran participar en los mercados digitales pudieran acceder a dichos datos que generalmente están concentrados en las grandes empresas ya establecidas. Con efectos similares también se encuentra la interoperabilidad de datos, que desde la perspectiva de competencia podría reducir las barreras a la entrada para nuevos competidores y el efecto “single-homing”.

Otro tema de protección de datos que puede tener incidencia en la competencia económica es la minimización de datos, principio regulatorio que obliga a las empresas a recopilar únicamente los datos que son necesarios para un fin en específico, sin que pueda utilizarse para fines distintos. Esto puede limitar el uso de datos de los usuarios por parte de empresas con posición de dominio en mercados adyacentes o relacionados (práctica conocida como “leveraging”).

Este principio de minimización podría venir acompañado de la obligación de informar a los usuarios y consumidores de manera clara y precisa el

uso y finalidad que se le dará de los datos que son recabados en una plataforma o servicio determinado. El derecho del usuario a ser informado tiene incidencia positiva en los mercados en el sentido de que, al contar con consumidores mejor informados, se reduce la asimetría de información entre consumidores y empresas. Al mismo tiempo, facilita que los consumidores identifiquen a aquellas empresas que les ofrezcan mejores condiciones en el tratamiento de sus datos, lo que se traduce en incentivos para que las empresas compitan entre sí en términos de calidad en sus procesos recolección y análisis de los datos personales."

COFECE (México)

Al mismo tiempo, la respuesta de la Comisión Europea presentada a continuación expone los límites hasta donde la ley de protección de datos puede hacer avanzar las evaluaciones de la competencia:

"No se considera que las normas de competencia intervengan en ausencia de problemas de competencia, incluso cuando el comportamiento del mercado implica el tratamiento de datos personales y/o conduce a una infracción de las normas de protección de datos. En otras palabras, las cuestiones de protección de datos "como tales" no son objeto de la política de competencia, pero son ciertamente pertinentes y se tienen en cuenta cuando la acumulación de datos personales es central en un problema de competencia. El Tribunal de Justicia indicó en la sentencia Asnef que "cuestiones relativas al aspecto sensible de los datos de carácter personal no se rigen, en cuanto tales, por el derecho sobre la competencia [y] pueden ser resueltas basándose en las disposiciones pertinentes en materia de protección de tales datos"."

Comisión Europea (UE)

RETOS Y OPORTUNIDADES EN RELACIÓN CON LA EXPERTICIA TÉCNICA Y DE PROTECCIÓN DE DATOS

Los reguladores de la competencia que respondieron la encuesta realizada por PI identificaron los retos tanto organizacionales como de fondo a los que se enfrentan en el contexto de la competencia y los datos personales.

Los retos organizacionales identificados por los reguladores se relacionan en su mayoría con la falta de personal con experticia en materia de protección de datos al interior de las autoridades de competencia y con la necesidad de investigar si el diseño institucional existente es suficiente para hacer frente a los desafíos de la coordinación interinstitucional que exigen los mercados digitales.

"Es fundamental que los organismos de competencia comprendan el alcance y el tipo de datos recogidos por las empresas investigadas, cómo se procesan los datos en entornos tecnológicos complejos, cuáles son las entidades y las funciones corporativas que en realidad procesan los datos y si otros agentes del mercado disponen de bases de datos similares."

Comisión Europea (UE)

Los retos de fondo que los reguladores identificaron giran en torno a la necesidad de comprender mejor el funcionamiento de las concentraciones de datos en la economía digital. Por ejemplo, varios reguladores se refirieron a la importancia de comprender el alcance de la recopilación y el tratamiento de datos personales que efectúan los principales agentes de los mercados digitales, lo que, por consiguiente, contribuirá a fundamentar sus conclusiones, elaborar teorías del daño e identificar comportamientos anticompetitivos en el contexto de los problemas de competencia. COFECE se refirió además a la comprensión de "la pertinencia y el alcance de las herramientas actuales de competencia y protección de datos personales, así como reconocer si será

necesaria alguna modificación al marco legal vigente con miras a enfrentar de mejor manera los desafíos que plantea la economía digital”.

“Como agencia de competencia, consideramos que el desafío más importante es entender adecuadamente las dinámicas que caracterizan a los mercados digitales, así como su contexto específico.”

INDECOPI (Perú)

Por otra parte, la SIC colombiana destacó, entre otras cosas, el carácter global del mercado digital y de las plataformas que habitualmente lo integran, lo que exige el acceso a toda la información disponible para poder realizar análisis competitivos eficaces:

“El problema es que en muchas ocasiones las empresas encargadas de almacenar, usar y explotar la información de la plataforma no se encuentran radicadas en la zona geográfica donde las interacciones económicas surten efecto. Esta circunstancia limita en gran medida la capacidad de las autoridades de competencia para adoptar medidas efectivas en procura de un adecuado funcionamiento del mercado. La razón por la que se genera ese problema está relacionada con el carácter global de los mercados analizados y de las tecnologías en las que se sustentan. Frente a ese carácter global, las autoridades de competencia, individualmente consideradas, apenas si tienen una influencia y un poder de acción local.”

SIC (Colombia)

Para adaptarse a los retos organizacionales que plantea la economía digital, algunos reguladores indicaron que han desarrollado reformas organizacionales o respuestas proactivas a nivel internacional.

“La HCC, consciente de los retos que plantea la economía digital y con el fin de potenciar la respectiva experticia en el seno de la HCC, ha creado una Dirección dedicada a los medios de comunicación, los servicios en línea y la infraestructura electrónica. También ha creado una Unidad de

Investigación/Detección Forense y contratará a un Director de Tecnología con un equipo de científicos de datos, así como a un Economista Jefe que tendrá el apoyo de un equipo especializado. Además, ha creado la Plataforma de Inteligencia y Análisis de Datos de la HCC, que permite monitorear mejor el mercado en tiempo real. La HCC también ha invertido en el uso de herramientas de derecho computacional y de economía.”

HCC (Grecia)

La Comisión Helénica de la Competencia manifestó, entre otras cosas, que “ha renovado recientemente su organización interna” y “ha establecido una Dirección dedicada a los medios de comunicación, los servicios en línea y la infraestructura electrónica”.⁵¹ La Autoridad Húngara de Competencia (GVH, por sus siglas en inglés) señaló que también participa en el proyecto del Grupo Directivo de la Red Internacional de Competencia (ICN, por sus siglas en inglés) sobre la aplicación de las normas de competencia el punto de intersección entre la competencia, la protección del consumidor y la privacidad.⁵²

En relación con los retos de fondo presentes en el contexto de los datos personales y la competencia, las respuestas a la encuesta de PI subrayan que los reguladores antimonopolio ya han empezado a abordarlos de diversas maneras. Por ejemplo, realizando estudios de mercado, publicando documentos o propuestas de políticas, adoptando estrategias digitales, impulsando la cooperación con sus homólogos internacionales o recibiendo formación pertinente sobre la aplicación de la competencia en la economía digital.

“Al respecto, consideramos que los estudios de mercado son muy importantes porque permiten convocar a los distintos actores públicos y privados que conforman el ecosistema digital y, de este modo, nutrirnos de sus conocimientos y experiencia para entender mejor los derechos digitales, el funcionamiento técnico y las dinámicas que caracterizan a los mercados digitales. En ese marco, hemos emitido un informe preliminar del estudio de mercado que analiza las condiciones de competencia en los sistemas de tarjetas de pago, en el que también se explora el uso de medios de pago digitales, los que son claves para lograr la inclusión digital y financiera de cada vez más peruanos.”

INDECOPI (Perú)

En marzo de 2020, la Comisión Federal de Competencia Económica publicó su Estrategia Digital, en la que se exponían las acciones que emprendería en el contexto de los mercados digitales. La Estrategia Digital consideraba las siguientes acciones: (i) desarrollar recomendaciones de política sobre cómo los mercados digitales pueden beneficiar a más consumidores mexicanos; (ii) trabajar con expertos internacionales para actualizar y fortalecer la experticia de su personal en la comprensión del funcionamiento de las plataformas digitales; (iii) fortalecer las capacidades técnicas y la infraestructura tecnológica de la Comisión para que pueda, entre otras cosas, recopilar y analizar grandes cantidades de datos y comprender el alcance de la inteligencia artificial; (iv) impulsar la cooperación internacional; y, (v) establecer una Unidad de Competencia en Mercados Digitales.

"Las acciones consideradas en la Estrategia Digital COFECE, sin duda, han permitido a la Comisión avanzar en el entendimiento sobre las implicaciones que tiene la recolección, almacenamiento y uso de los datos personales para los modelos de negocio que operan en el mundo digital, así como su impacto en el proceso de competencia en ciertos mercados. Ya se señalaba arriba que hemos hecho un análisis de la normativa mexicana de protección de datos personales, advirtiéndole algunas áreas de oportunidad en términos de del manejo de datos que pueden hacer las empresas de los datos personales de sus usuarios y el impacto de esta conducta en los mercados.."

COFECE (México)

Por último, en cuanto al desafío que se deriva de las limitaciones en el acceso a la información que destacó la SIC, esta manifestó que ha hecho uso de sus competencias en el marco de la ley nacional de competencia para multar a una plataforma digital que opera en Colombia a raíz de la política de la empresa que limitó el acceso del regulador a la información relevante y, en consecuencia, obstaculizó la investigación de la SIC.

"El punto central de este tipo de actuaciones es que, más allá de las dificultades metodológicas que implica la estrategia que emplean las

autoridades de competencia para abordar mercado con plataformas digitales, el acceso a la información relacionada con las interacciones dentro de estos mercados también se encuentra limitada. La situación empeora si no existe suficiente colaboración por parte de las empresas o dinámicas de coordinación entre las autoridades de competencia para poner en marcha todas las gestiones necesarias para brindar obtener la información necesaria para el ejercicio de sus funciones."

SIC (Colombia)

LA CONSTRUCCIÓN DE EXPERTICIA EN PROTECCIÓN DE DATOS A TRAVÉS DE LA COLABORACIÓN INTERINSTITUCIONAL

Centrándose en el tema de la cooperación entre los reguladores de la competencia y los de la protección de datos, en sus respuestas la gran mayoría de los reguladores antimonopolio subrayaron varias veces lo importante que es poder recibir apoyo en sus actividades. Varios de los encuestados indicaron que ya han colaborado con los reguladores de la protección de datos en el contexto de las investigaciones antimonopolio o los análisis de fusiones. Por ejemplo, el Bundeskartellamt alemán mencionó que, durante su investigación de Facebook mencionada anteriormente, "cooperó estrechamente con las autoridades de protección de datos para aclarar los asuntos de protección de datos en cuestión". El informe provisional de la HCC sobre el comercio electrónico también subraya la importancia de la cooperación entre las autoridades competentes.⁵³

"El apoyo de las autoridades de protección de datos en las investigaciones de competencia es útil en este sentido. Por ejemplo, en su reciente investigación sobre la fusión Google/Fitbit, la Comisión colaboró estrechamente con el Comité Europeo de Protección de Datos."

Comisión Europea (CE)

Según las autoridades de la competencia, los reguladores de la protección de datos pueden hacer valiosos aportes tanto a nivel de los análisis de la competencia de las concentraciones de datos, como a nivel del diseño y la aplicación de intervenciones y medidas regulatorias.

"Por cuanto hace a la protección de datos personales, el Instituto Nacional de Acceso a la Información Pública (INAI) es el órgano constitucional autónomo con facultades exclusivas para velar por su protección, para lo cual cuenta con herramientas dentro del marco normativo nacional,

entre las que destaca la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de los particulares. Esta ley, si bien incorpora algunos principios como los derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición a la información que manejan los particulares, los cuales son fundamentales para garantizar la protección de la información de los usuarios de los servicios digitales, no establece expresamente la colaboración con otras autoridades en aquellos temas de intersección con otras materias, como la competencia económica. La COFECE reconoce que, para garantizar la protección integral de los consumidores dentro del entorno digital se requiere de un esfuerzo coordinado de diversas autoridades, entre ellas las responsables de salvaguardar la privacidad de los datos de los individuos."

COFECE (México)

A raíz de las "fuertes sinergias entre los intereses de la protección de datos y la competencia", en mayo de 2021, la Autoridad de Competencia y Mercados del Reino Unido (CMA, por sus siglas en inglés) y el regulador de la protección de datos del Reino Unido, la Oficina del Comisionado de Información (ICO, por sus siglas en inglés), emitieron una declaración conjunta sobre cómo interactúan las dos en los mercados digitales. El documento de 31 páginas expone los puntos de vista de ambos reguladores sobre la relación entre los datos personales y la competencia y subraya la importancia de trabajar juntos en estos asuntos. Entre los distintos ejercicios de regulación, menciona que las dos instituciones colaboran estrechamente en relación con dos investigaciones en curso, a saber, la investigación de la CMA sobre las propuestas de Privacy Sandbox de Google y la investigación de la ICO sobre las pujas en tiempo real y el sector de la tecnología publicitaria (adtech).⁵⁴

PARTE II: LAS INTERACCIONES ENTRE LOS REGULADORES Y LA SOCIEDAD CIVIL Y LA MAXIMIZACIÓN DE LA INTERACCIÓN FUTURA

- Los reguladores de la competencia expresaron opiniones divididas sobre su interacción con la sociedad civil. Los reguladores europeos, como la Comisión Europea y la Comisión Helénica de la Competencia, tienen una experiencia significativa y positiva de colaboración con la sociedad civil, mientras que los reguladores de América Latina informan de una experiencia limitada o nula en este sentido.
- Más de la mitad de las OSC que respondieron la encuesta de PI indicaron que habían interactuado previamente con los reguladores de la competencia (55%). De las 9 que indicaron que no habían interactuado con los reguladores, 3 indicaron que esto se debía a que todavía no se habían presentado cuestiones relacionadas con los datos personales en las actividades de los reguladores de la competencia en su jurisdicción, 3 indicaron que no tenían la experticia necesaria y 3 que no contaban con los recursos necesarios.
- Las interacciones de las OSC con los reguladores de la competencia parecen adoptar diferentes formas, aunque en la

mayoría de los casos se trata de reuniones formales o informales con los reguladores de la competencia para discutir cuestiones o inquietudes relacionadas con la privacidad.

- Si bien una proporción significativa de las OSC se sintieron decepcionadas por los resultados de su interacción con los reguladores, la mayoría de las que habían interactuado con los mismos consideró que sus interacciones habían tenido algún efecto en sus decisiones.
- El mayor reto de las OSC al interactuar con los reguladores de la competencia fue la dificultad de reunir pruebas, mientras que algunas OSC también señalaron que las cuestiones relacionadas con la legitimación para participar y los costos legales adversos podrían tener un efecto negativo en la eficacia de sus actividades de incidencia.
- En general, los reguladores de la competencia expresaron entusiasmo acerca de su futura interacción con las organizaciones de la sociedad civil, y algunos de ellos destacaron cómo consideraban que las organizaciones de la sociedad civil podían ser de especial ayuda, por ejemplo, alertando a los reguladores de posibles violaciones de la ley de competencia, participando proactivamente en las investigaciones de fusiones o antimonopolio, aportando pruebas de la actitud de los consumidores hacia la privacidad, apoyando al regulador en la fase de diseño de las medidas correctivas.
- Según los reguladores de la competencia, las formas más útiles en que la sociedad civil puede interactuar con su trabajo sobre la privacidad y la competencia es aportando a las investigaciones en curso, quejas formales, opiniones de expertos/ presentando información, respuestas a cuestionarios, consultas o estudios de mercado, evidencia del comportamiento/enfoque de los consumidores respecto a la privacidad, reuniones y convocatorias, sensibilización del público.

- Las OSC encuestadas se mostraron menos optimistas acerca de sus futuras interacciones con los reguladores de la competencia. En particular, algunas OSC cuestionaron la receptividad de los reguladores a argumentos sobre los efectos en los derechos humanos o repercusiones sociales que van más allá de las consecuencias para el mercado. Por otro lado, algunas OSC se mostraron optimistas sobre su capacidad para sensibilizar y capacitar a los reguladores de la competencia, por ejemplo, mediante la formulación de recomendaciones de políticas, involucrando a los reguladores en estudios e invitándolos a talleres o presentaciones.
- A la pregunta de qué tipo de habilidades, conocimientos o experticia tendrían que desarrollar para alcanzar el nivel de participación deseado, la gran mayoría de las OSC indicaron la necesidad de desarrollar experticia jurídica y la coordinación con otras OSC, y una pequeña mayoría dijo que necesitaría mejorar la experticia tecnológica. Bastantes OSC destacaron la necesidad de aumentar la capacidad y la financiación para trabajar en estos temas – lo que refleja que las prioridades de financiación aún no se han dirigido a apoyar a la sociedad civil en este tipo de trabajo.

LA INTERACCIÓN DE LOS REGULADORES CON LA SOCIEDAD CIVIL

El estado de la incorporación de los datos personales en los análisis de los reguladores de la competencia parece verse reflejado en su nivel de interacción con la sociedad civil. Los reguladores que respondieron a la encuesta de PI expresaron opiniones divididas sobre esta interacción. Los reguladores europeos, como la Comisión Europea y la Comisión Helénica de la Competencia (HCC, por sus siglas en inglés), tienen una experiencia significativa y positiva de colaboración con la sociedad civil, mientras que los reguladores de América Latina informan de una experiencia limitada o nula en este sentido.

La Comisión Helénica de la Competencia indicó que, en el curso de su investigación sobre el sector de comercio electrónico,⁵⁵ colaboró ampliamente con las organizaciones de la sociedad civil:

"Homo Digitalis, en especial, ha contribuido activamente en las fases iniciales de la Investigación sobre el sector de comercio electrónico de la HCC mediante su participación en la consulta pública, tanto presentando comentarios por escrito como realizando una presentación sobre el tema de la protección de datos en el entorno digital durante la correspondiente teleconferencia que organizó la HCC (véase el párrafo 1091 del Informe provisional)."

HCC (Grecia)

Así mismo, la investigación de la Comisión Europea sobre la fusión Google/Fitbit contó con la colaboración de varias organizaciones de derechos digitales:

"La Comisión consideró que la cooperación con Privacy International, que participó activamente en ambas fases de la investigación sobre Google/Fitbit (por ejemplo, con presentaciones, dictámenes de expertos, respuestas al cuestionario y a la prueba de mercado de las medidas correctivas),

y con otras organizaciones de derechos digitales fue de utilidad... La contribución de estas organizaciones al señalar las implicaciones para la privacidad del caso Google/Fitbit fueron útiles. Aportaron perspectivas útiles sobre la forma en que los datos podrían ser explotados en ciertos modelos de negocio. Como en todas las investigaciones, los aportes de estas organizaciones suelen complementarse con otras pruebas, como documentos internos de las partes de la fusión y respuestas a cuestionarios de investigación de mercado de clientes y competidores de las partes de la fusión."

Comisión Europea (UE)

Por lo tanto, las contribuciones de las OSC son una parte cada vez más importante de las investigaciones de competencia, y no se consideran una idea marginal, sino que aportan pruebas con un valor similar a las de las partes que se fusionan o las de los expertos de la industria.

La mayoría de los reguladores que aún no han interactuado con la sociedad civil no descartan o están abiertos a una futura colaboración; la SIC de Colombia señaló que la ley de competencia del país proporciona el marco adecuado para que terceras partes participen en las investigaciones:

"La Ley 1340 de 2009 en su artículo 19⁵⁶ prevé que los terceros interesados podrán ser reconocidos y participar como tales en las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas de la competencia (actuación administrativa), aportando las consideraciones y pruebas que consideren pertinentes."

SIC (Colombia)

Del mismo modo, en México, la COFECE consideró que:

"Hasta el momento la COFECE no ha interactuado con organizaciones de derechos digitales para alguno de los procesos a cargo de esta. Sin embargo, la Comisión reconoce que los retos que plantea la economía digital, cada vez se vuelven más relevante el surgimiento de espacios de

colaboración no solo con otros organismos involucrados en garantizar el correcto funcionamiento de los mercados digitales, sino también con organizaciones del sector privado y de la sociedad civil, a fin de garantizar que estos mercados funcionen en beneficio de los ciudadanos. En este sentido, la COFECE no descarta la posibilidad de futuros esfuerzos de colaboración con organizaciones de derechos digitales. "

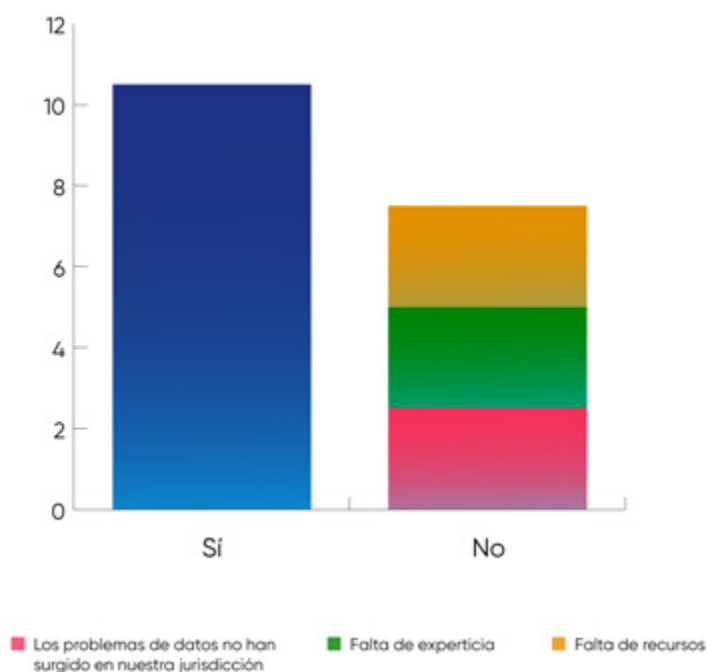
COFECE (México)

Así, los reguladores de la competencia son conscientes de la necesidad de obtener opiniones y pruebas sobre el efecto de las fusiones y adquisiciones sobre la privacidad, y son conscientes de que la sociedad civil puede desempeñar un papel vital ayudando a evaluar este impacto. Algunos reguladores ya han colaborado oficialmente con la sociedad civil en el marco de las investigaciones, y sus decisiones finales reflejan su valoración de estos temas, al tener en cuenta las contribuciones de la sociedad civil.

LA INTERACCIÓN DE LAS OSC CON LOS REGULADORES

La manera en que los reguladores valoran su interacción con la sociedad civil se reflejó en las respuestas de las OSC a la encuesta de PI. De las OSC que respondieron nuestra encuesta, más de la mitad señalaron que habían interactuado previamente con los reguladores de la competencia (55%). De las 9 que indicaron que no habían interactuado con los reguladores, 3 indicaron que esto se debía a que todavía no se habían presentado cuestiones relacionadas con la privacidad en las actividades de los reguladores de la competencia en su jurisdicción, 3 indicaron que no tenían la experticia necesaria y 3 que no contaban con los recursos necesarios.

Interacciones pasadas de las OSC con los reguladores de la competencia



En los casos en que las OSC indicaron que en su jurisdicción no se habían presentado cuestiones relacionadas con la competencia y la privacidad, esto coincidió con las respuestas de los reguladores, que indicaron que aún no habían realizado evaluaciones de la competencia que incluyeran un análisis de la interacción entre los datos personales y la competencia.

En los casos en que las OSC han interactuado con los reguladores, estas interacciones adoptaron muchas formas, pero la mayoría fueron reuniones formales o informales con los reguladores de la competencia para debatir temas o preocupaciones sobre la privacidad.

Estas reuniones formales o informales consistieron en presentar a los reguladores las preocupaciones de las OSC sobre ciertas propuestas legislativas, como la Ley de Servicios Digitales y la Ley de Mercados Digitales en la UE, o en obtener las opiniones de los reguladores como parte de grupos de discusión (por ejemplo, ELSAM incluyó a la autoridad indonesia de la competencia, KPPU, en un grupo de discusión sobre la protección de datos y el comportamiento empresarial).

"En general, tenemos buenas relaciones con la Autoridad Helénica de la Competencia, y hemos organizado reuniones con ellos... en el pasado."

Homo Digitalis (Grecia)

"[Nuestra OSC] interactúa con la Dirección General de Competencia, la Autoridad de Competencia y Mercados del Reino Unido, el Bundeskartellamt [sic], y otros, ocasionalmente."

Consejo Irlandés para las Libertades Civiles (Irlanda)

"Hemos celebrado reuniones con la autoridad nacional de la competencia para discutir cuestiones relacionadas con la privacidad y la competencia."

Una OSC

Las OSC que trabajan a nivel mundial o de la UE también intervinieron activamente en la revisión de la Comisión Europea de la fusión entre Google y Fitbit, obteniendo la condición de terceras partes intervinientes⁵⁷, así como presentando o firmando declaraciones a la Comisión Europea en las que se ponían de manifiesto las inquietudes que planteaba la fusión.⁵⁸

Como se mencionó anteriormente, debido a sus consecuencias para el bienestar de los consumidores a nivel mundial, la adquisición del monitor de actividad Fitbit por parte de Google brindó a las OSC de otras partes del mundo la oportunidad de interactuar con los reguladores, apoyando sus análisis o pidiéndoles que consideraran la transacción. El Instituto Brasileño de Defensa del Consumidor (Idec, por sus siglas en portugués), por ejemplo, denunció la fusión y pidió al regulador brasileño (CADE) que la investigara.⁵⁹

La IDEC también logró convencer a las autoridades brasileñas de protección de datos, de consumo y de competencia de evaluar las actualizaciones de la política de privacidad de WhatsApp, lo que llevó a las autoridades a recomendar que WhatsApp dejara de restringir el acceso a los usuarios que no habían aceptado las actualizaciones mientras estaba pendiente el análisis de las autoridades.

“Además, Idec participó activamente en la denuncia de la actualización de la política de privacidad de WhatsApp ante varias autoridades brasileñas: la de protección de datos, la de consumo y la de competencia.”⁶⁰

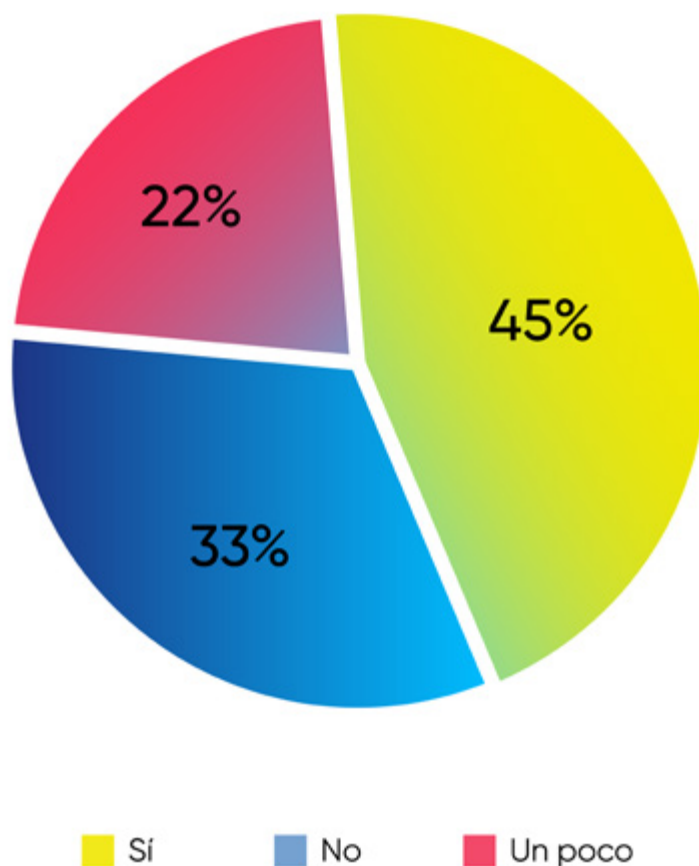
Posteriormente, estas autoridades y la Fiscalía Federal emitieron una recomendación conjunta para que WhatsApp dejara de restringir el acceso a los usuarios que no aceptaran los cambios mientras se realiza la evaluación de las autoridades. Idec trabajó a nivel nacional y regional, con declaraciones de CDR (Coalición Brasileña de Derechos en la Red)⁶¹ y Al Sur (Coalición Latinoamericana).⁶² También participamos en la campaña mundial “Stop Facebook, Save WhatsApp”,⁶³ planteando cuestiones de competencia, consumo y privacidad. Idec ha participado en dos reuniones con la Fiscalía Federal ante el CADE, autoridad que tiene un pre-procedimiento para evaluar la posibilidad de presentar una denuncia

formal directamente ante el CADE. Por último, participamos en un taller interno para la Autoridad de Competencia de Paraguay sobre el mismo asunto."

IDEC (Brasil)

En cuanto al efecto y la utilidad de estas interacciones entre los reguladores y la sociedad civil, la mayoría de las OSC consideraron que sus interacciones con los reguladores tuvieron algún efecto sobre las decisiones de los reguladores.

Impacto de las intervenciones de las OSC en las decisiones de los reguladores



Una OSC que respondió “No” cuando se le preguntó si creía que sus interacciones habían tenido algún efecto, consideró que “el efecto directo es difícil de medir”, y que el regulador con el que interactuaba “se vio obligado a abandonar finalmente las partes más innovadoras” de la herramienta de competencia sobre la que estaban consultando, lo que indica que la intervención de la OSC podría haber tenido efectos si otros factores externos no hubieran impedido que el regulador siguiera adelante con su iniciativa.

“El regulador ha entablado un diálogo más estrecho con la autoridad de protección de datos, y ha sido más activo en cuestiones digitales.”

Una OSC

“Es difícil determinar con exactitud el efecto que tienen las conversaciones, pero supongo que el [regulador de la competencia] está adoptando un enfoque mejor fundado gracias a nuestras intervenciones.”

Una OSC

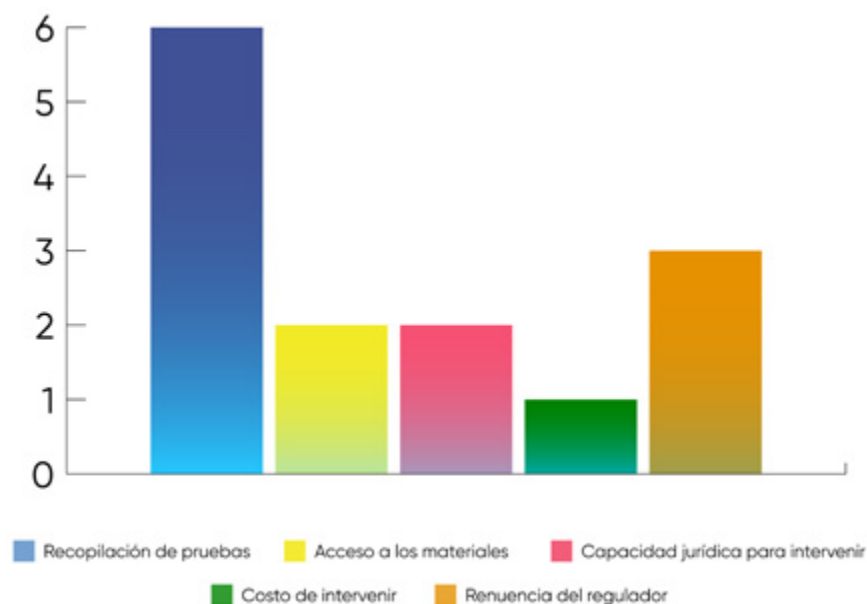
Sin embargo, todavía existe un alto porcentaje de OSC que se sienten decepcionadas por los resultados de su interacción con los reguladores. Si bien esto no es sorprendente teniendo en cuenta que los reguladores de la competencia apenas están empezando a tener en cuenta cuestiones relacionadas con la privacidad, la siguiente sección evaluará si las OSC enfrentan retos específicos para lograr una incidencia efectiva.

RETOS ENFRENTADOS POR LA SOCIEDAD CIVIL EN SU LABOR DE INCIDENCIA

A la pregunta de cuáles son los retos que enfrentan en sus interacciones con los reguladores antimonopolio, el reto más comúnmente reportado por las OSC encuestadas fue la dificultad de reunir pruebas. Esto parece no sorprender a las organizaciones de derechos digitales, que, debido al carácter opaco de la industria a la que buscan cuestionar, a menudo enfrentan dificultades para recolectar las pruebas de sus reclamos.

Un rasgo común del tratamiento de datos por parte de las grandes empresas tecnológicas es la falta de transparencia; a pesar de que se conocen las consecuencias perjudiciales de las concentraciones de datos, esto puede dificultar la recopilación de pruebas por parte de las OSC, especialmente cuando se trata de fusiones, porque las organizaciones no tienen acceso a la información sobre el tratamiento de datos personales que las partes de la fusión entregan a los reguladores. Aunque las organizaciones pueden alentar a los reguladores a que busquen ciertos tipos de información sobre las prácticas de tratamiento de datos de las partes que se fusionan, las OSC no suelen tener derecho a consultar esta información, ni siquiera asumiendo la obligación de guardar la confidencialidad. Las OSC encuestadas indicaron que esta situación es un gran obstáculo para la participación eficaz.

¿Qué retos ha enfrentado en sus intervenciones?



Algunas de las OSC encuestadas también consideraron que aspectos relacionados con la legitimación jurídica y los costos legales adversos podrían afectar negativamente la eficacia de sus actividades de incidencia.

"La sociedad civil necesita el presupuesto y las agallas para llevar a la DG Comp ante el TJUE la próxima vez que no actúe. También es necesario que invirtamos en el análisis jurídico de la legitimación."

Consejo Irlandés para las Libertades Civiles

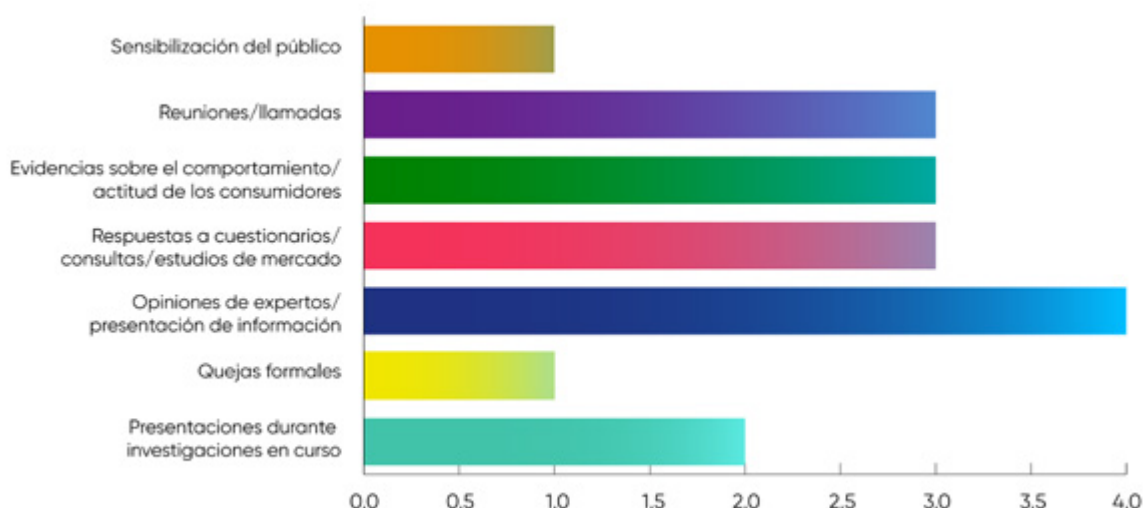
Esta fue una preocupación persistente, ya que las OSC se encuentran entre la espada y la pared: por un lado, a menudo carecen de la legitimación jurídica necesaria para realizar intervenciones o reclamaciones formales ante los reguladores, o para impugnar las decisiones de los reguladores ante los tribunales; y, por otro lado, incluso si lo hicieran, carecerían de los recursos necesarios para poder defender sus casos, ya que las consecuencias de los costos pueden ser funestas. Este problema no se limita al ámbito de la competencia y los datos personales, pero sí amerita que tanto la atención como la solución que reciba sean específicas y se realicen a través de la modificación de la legislación relacionada con la competencia.

En general, la encuesta resaltó que la interacción entre las OSC y los reguladores está acortando una importante brecha en la experticia y el arsenal para el análisis de fusiones y adquisiciones de los reguladores de la competencia. Los reguladores reconocen el valor de integrar experticia sobre el impacto de las concentraciones de datos en los derechos individuales, y todos los que han recurrido a dicha experticia la consideraron útil para sus análisis. Aunque por ahora muchas interacciones entre las OSC y los reguladores se han limitado a reuniones y presentaciones informales o formales, cada vez son más las OSC que presentan intervenciones formales que parecen influir en las decisiones u opiniones de los reguladores. Observamos que un reto importante para la eficacia de las intervenciones de las OSC es la dificultad de obtener pruebas y materiales que respalden sus reclamaciones, lo que debería ser remediado por los reguladores con la concesión de acceso confidencial a cierta información si la participación de la sociedad civil es un apoyo útil para sus investigaciones.

UNA RELACIÓN SIGNIFICATIVA PARA EL FUTURO

En la encuesta, PI preguntó a los reguladores y a las OSC cómo percibían sus futuras interacciones. En general, los reguladores de la competencia expresaron entusiasmo acerca de su futura colaboración con las organizaciones de la sociedad civil, y algunos de ellos destacaron cómo consideraban que las organizaciones de la sociedad civil podían ser de especial ayuda, por ejemplo, alertando a los reguladores de posibles violaciones de la ley de competencia, participando proactivamente en las investigaciones de fusiones o antimonopolio, aportando pruebas de la actitud de los consumidores hacia la privacidad, apoyando al regulador en la fase de diseño de las medidas correctivas.

¿Cuáles son las formas de participación de la sociedad civil que los reguladores consideran más útiles?



Según los reguladores de la competencia, la forma más útil en que la sociedad civil puede colaborar con su trabajo en materia de datos personales y competencia son:

- Presentaciones durante investigaciones en curso (Comisión Europea, Perú)
- Quejas formales (México)
- Opiniones de expertos/presentación de información (Comisión Europea, Perú, México, Colombia)
- Respuestas a cuestionarios/consultas/estudios de mercado (Comisión Europea, Perú, Colombia)
- Evidencias sobre el comportamiento/actitud de los consumidores (Grecia, México, Perú)
- Reuniones/llamadas (Comisión Europea, Perú, México)
- Sensibilización del público (Comisión Europea)

En las respuestas de los reguladores y de las OSC se puso de manifiesto un posible obstáculo a la intervención formal de la sociedad civil en las evaluaciones de fusiones y adquisiciones en algunas jurisdicciones: la normativa vigente en estas jurisdicciones no permite que terceros intervengan formalmente en el procedimiento. Una forma de obviar este obstáculo, que destacaron algunos reguladores, es presentar información relevante a la autoridad en forma de pruebas.

La Comisión Europea también destacó una forma indirecta para en que las OSC pueden intervenir en materia de competencia y privacidad:

“De manera más general, las organizaciones de derechos digitales apoyarían la política de competencia al fomentar la conciencia de los ciudadanos de que su control sobre los datos personales también es importante en el contexto de sus interacciones en el mercado con los proveedores de servicios digitales (por ejemplo, cuando los datos se comparten a cambio de servicios digitales) y que la privacidad podría ser una faceta de la calidad de dichos servicios.”

Comisión Europea (UE)

Las OSC encuestadas se mostraron menos optimistas acerca de sus futuras interacciones con los reguladores de la competencia. En particular, algunas OSC cuestionaron la receptividad de los reguladores a argumentos acerca de los efectos sobre los derechos humanos o las repercusiones sociales que van más allá de las consecuencias para el mercado.

“La actitud de las autoridades de la competencia debería cambiar, para que sean más receptivas a los argumentos de derechos humanos/ derechos fundamentales.”

Una OSC

Por otro lado, algunas OSC se mostraron optimistas sobre su capacidad para sensibilizar y capacitar a los reguladores de la competencia, por ejemplo, mediante la formulación de recomendaciones de políticas, involucrando a los reguladores en estudios e invitándolos a talleres o presentaciones.

“Vemos a nuestra organización interactuando más con los reguladores de la competencia, dialogando con ellos y siendo escuchados en temas relacionados con la competencia y la privacidad, influyendo en su toma de decisiones y viendo cómo los reguladores de la competencia tienen en cuenta las preocupaciones sobre la privacidad.”

Una OSC

“La principal contribución sería trabajar con los reguladores para ayudar a incluir temas relacionados con la privacidad de los datos en la política de competencia y su aplicación. Esto podría hacerse por lo menos en dos niveles: construyendo una nueva narrativa sobre la importancia de los temas de privacidad de datos en el marco de la competencia, y aportando pruebas, especialmente con respecto al lado de los consumidores.”

ARTICLE 19 (Global)

Los reguladores hicieron eco del valor de este tipo de colaboración, pues acogerían favorablemente la participación de las OSC como una ayuda para comprender mejor las cuestiones de derechos digitales:

"Al proporcionar información relevante para la realización de estudios que permitan mejorar el entendimiento de la Comisión con respecto del desarrollo de los mercados digitales en México y el estado que guarda la defensa de los derechos digitales en nuestro país, especialmente en aquellos aspectos que escapan de la competencia de la Comisión pero que requieren ser entendidos para mejorar la labor de la COFECE. Por ejemplo, información sobre el comportamiento de los consumidores en el entorno digital. Por último y por cuanto hace a los estudios de mercado que elabora la Comisión, las organizaciones de derechos digitales podrían colaborar con la COFECE al brindarle información relevante sobre el funcionamiento de los mercados que forman parte de la economía digital, así como información sobre las conductas, la percepción y las problemáticas identificadas por los consumidores de productos y/o servicios digitales."

COFECE (México)

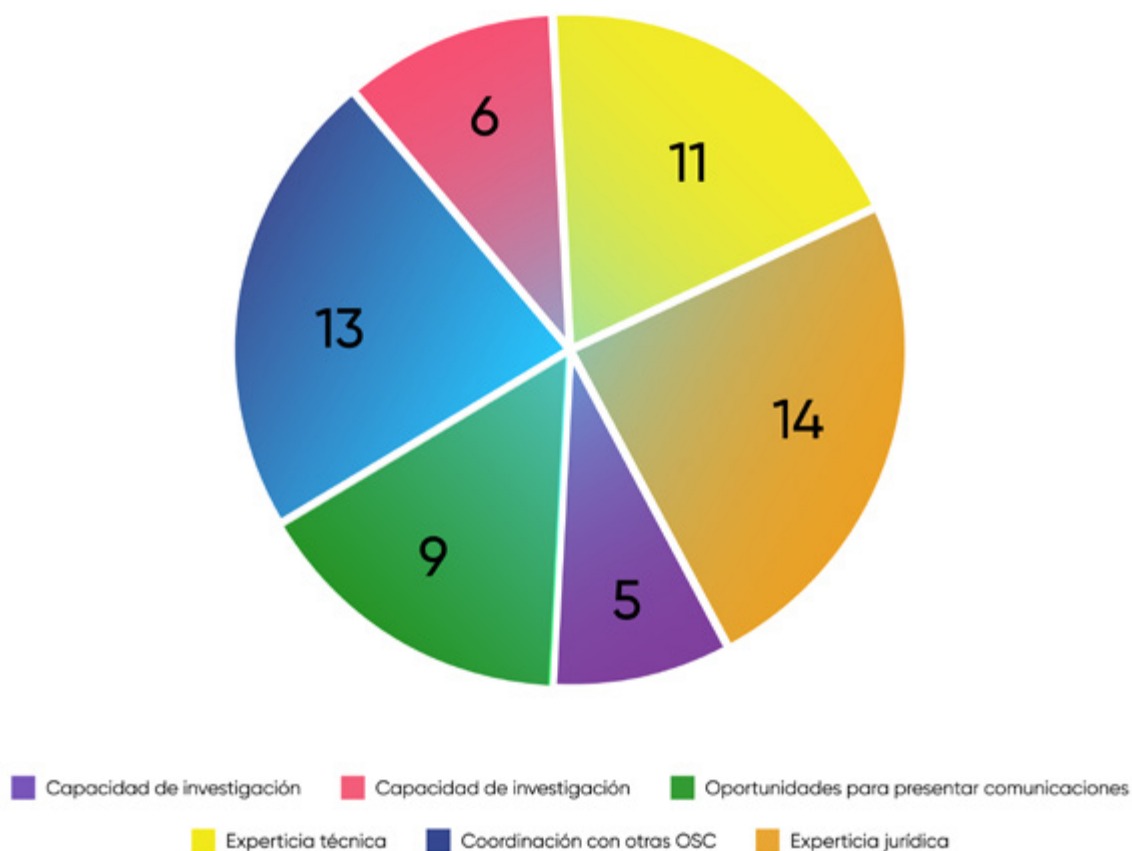
También surgió la posibilidad de un enfoque más intenso o contencioso; una OSC afirmó que lo ideal sería poder "forzar al regulador" a "que considere los efectos sociales de la posición dominante de unas pocas empresas" y "forzar al regulador a emprender más investigaciones e intervenciones coercitivas, por ejemplo, iniciando casos ante el regulador, o llevando al regulador a los tribunales". Otro consideró que se lograría un mayor impacto llevando a la Comisión Europea ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea "la próxima vez que no actúe". Señaló que, sin la amenaza de acciones legales por parte de la sociedad civil, "la Comisión solo teme los desafíos de otros participantes en el mercado".

"Podríamos forzar al regulador a que considere no solo el efecto en el mercado, sino también los efectos sociales de la posición dominante de unas pocas empresas. Podríamos forzar al regulador a emprender más investigaciones e intervenciones coercitivas, por ejemplo, iniciando casos ante el regulador, o llevando al regulador a los tribunales."

Una OSC

Por último, a la pregunta de qué tipo de habilidades, conocimientos o experticia tendrían que desarrollar para alcanzar el nivel de interacción deseada con los reguladores de la competencia, la gran mayoría de las OSC señalaron la necesidad de desarrollar experticia jurídica y la coordinación con otras OSC, y una pequeña mayoría dijo que necesitaría mejorar su experticia tecnológica. Bastantes OSC destacaron la necesidad de aumentar la capacidad y la financiación para trabajar en estos temas – lo que refleja que las prioridades de financiación aún no se han dirigido a apoyar a la sociedad civil en este tipo de trabajo.

¿Qué necesita desarrollar para alcanzar el nivel de interacción deseado?



CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Una mayor conciencia del papel que desempeñan los datos personales en los mercados digitales plantea oportunidades y retos para los reguladores de la competencia y las OSC. Si bien las respuestas a la encuesta realizada por PI en 2021 no ofrecen un panorama exhaustivo, sí apuntan a algunas tendencias clave.

Los reguladores de la competencia están reconociendo los retos que plantean los papeles que cumplen los datos en los mercados digitales y muchos han realizado estudios que analizan la interacción de los datos personales y la competencia. Por consiguiente, el análisis del papel que desempeñan los datos personales se está volviendo una parte integral del trabajo de regulación de la competencia que entra en juego a la hora de considerar el poder de mercado durante la evaluación de las fusiones, al articular las teorías del daño en relación con el abuso de posición dominante y al desarrollar o responder a consultas políticas o legislativas.

Las respuestas de los reguladores también sugieren que están considerando formas para abordar preocupaciones sobre la concentración de datos en la etapa de diseño e implementación de intervenciones regulatorias y remedios de comportamiento. Sin embargo, muchas organizaciones de la sociedad civil señalaron que los reguladores no suelen considerar plenamente las repercusiones sociales de las concentraciones de datos y las posiciones dominantes. De hecho, aunque existen señales alentadoras de que los reguladores buscan incluir salvaguardias en relación con los datos a la hora de aplicar soluciones (véase, por ejemplo, el caso de la CE sobre Google/Fitbit), aún hay renuencia (con algunas excepciones notables) a considerar plenamente las reglas de protección de la privacidad y de los datos al analizar el comportamiento de una empresa en posición de dominio o los posibles efectos de una fusión.

Es significativo que las respuestas de las OSC sugieren que para que sean eficaces los análisis competitivos que implican entidades que dependen de la recopilación y el tratamiento de grandes cantidades de datos personales, usualmente es necesario que exista un marco normativo. Esto es importante, porque la legislación de protección de datos todavía no ha entrado en vigencia en algunos de los países donde están basados los encuestados, mientras que, en otros, la legislación de protección de datos no es exhaustiva o adecuada o no está actualizada.

Los resultados de nuestra investigación señalan que existe un consenso generalizado de que la economía digital ha planteado ciertos retos para las leyes de competencia existentes. Si bien muchos reguladores sugirieron que las herramientas de competencia existentes todavía les permiten abordar muchos de estos retos relacionados con las concentraciones de datos, hay áreas que requerirían o se beneficiarían de una reforma legislativa. Aunque no pertenece al ámbito de este informe el análisis de las diferentes reformas legislativas en materia de competencia que se están llevando a cabo en todo el mundo, es notable que los reguladores y las OSC expresen la opinión de que las leyes de competencia deben adaptarse para poder responder a algunos de los retos del mercado digital y de la concentración o el abuso de datos.

Así mismo, para comprender mejor cómo funcionan las concentraciones de datos en la economía digital, algunos reguladores efectuaron estudios y consultas (a los que contribuyeron las OSC) y desarrollaron experticia interna sobre asuntos relacionados con los datos. Por otra parte, parece contar con bastante apoyo la postura de que los reguladores de la competencia se benefician o se beneficiarían de la experticia de las autoridades de protección de datos, puesto que varios de los encuestados indicaron que ya han colaborado con los reguladores de la protección de datos en el contexto de investigaciones antimonopolio o análisis de fusiones.

Sin embargo, aunque muchos reguladores de la competencia, especialmente en Europa, han reconocido el papel que pueden desempeñar las OSC a la hora de apoyar sus actividades y mejorar su capacidad para analizar el papel de los datos personales en las economías digitales, todavía existen obstáculos importantes que dificultan la interacción eficaz entre las OSC y las autoridades

de competencia. En particular, a menudo las OSC carecen de la legitimación necesaria para presentar intervenciones o quejas formales ante los reguladores, o para impugnar ante los tribunales las decisiones tomadas por los reguladores. A pesar de que las autoridades de la competencia tienen la posibilidad de buscar proactivamente la participación de las OSC en sus investigaciones, y que de hecho lo hacen en algunas jurisdicciones, es posible que se necesiten reformas legislativas para asegurar que las OSC estén legitimadas para presentar denuncias e intervenir en los procedimientos.

La recopilación de pruebas y el análisis de la información que suministran las empresas durante una investigación reglamentaria continúan siendo un obstáculo importante. En parte, esto se debe a la opacidad de muchas plataformas digitales, que son reconocidas por su falta de transparencia en el tratamiento de datos personales. Pero también es el resultado de la falta de legitimación ante las autoridades de competencia. Haría falta una reforma para garantizar que las OSC reclamantes tengan acceso a las pruebas aportadas por las empresas, aún cuando sea de manera confidencial.

Las OSC también señalaron el riesgo que suponen los posibles costos de denunciar a las empresas ante los reguladores o los tribunales y en general la falta de oportunidades de financiación para desarrollar este trabajo.

Por último, debido al carácter global de la economía digital, con muchas plataformas que operan, a menudo desde una posición dominante, en todo el mundo, no es una sorpresa que se resaltara que la coordinación y el intercambio de información entre las autoridades de la competencia y entre las OSC que operan en diferentes jurisdicciones es una medida importante.

Si bien cada contexto es diferente, nuestras conclusiones parecen apoyar las siguientes recomendaciones:

- Los reguladores de la competencia deberían desarrollar estrategias para abordar los mercados digitales y el papel de los datos personales, en consulta con las OSC;

- Los reguladores de la competencia deberían interactuar de forma proactiva con las OSC e invitarlas a aportar sus perspectivas y conocimientos en el marco de consultas sobre políticas, estudios de mercado y análisis o investigaciones de fusiones;
- Los reguladores de la competencia deberían desarrollar experticia al interior del organismo, incluyendo experticia técnica y legal, para evaluar los parámetros de privacidad en las investigaciones de competencia y trabajar estrechamente con sus homólogos de protección de datos;
- Los reguladores de la competencia deberían apoyar las reformas legislativas dirigidas a abordar los desafíos de la privacidad en los mercados digitales y apoyar las iniciativas que buscan garantizar que las OSC gocen de legitimación jurídica y puedan incoar o intervenir en procesos ante ellos;
- Las OSC deberían colaborar y compartir su experiencia para apoyar su capacidad de relacionarse con los reguladores de la competencia;
- Las OSC deberían generar conciencia sobre la forma en que la competencia puede y debe abordar los problemas de concentración de datos y buscar oportunidades para la incidencia, incluyendo las reformas legislativas y el reconocimiento de la legitimación jurídica ante las autoridades de la competencia;
- Los financiadores deberían invertir más en la capacidad de las OSC para trabajar en la intersección de la protección de datos y la competencia.

Pl agradecería todo aporte adicional de los reguladores de la competencia y de las OSC de todo el mundo para perfeccionar su análisis y las recomendaciones contenidas en este informe.

NOTAS

- 1 Si bien distintas jurisdicciones, especialmente las que no pertenecen a la Unión Europea, comprenden el concepto de datos personales de diferentes maneras, para los fines de este informe los datos personales se definen como cualquier información relacionada con una persona viva identificada o susceptible de ser identificada. Aunque los términos "privacidad", "datos" y "datos personales" a menudo se utilizan intercambiabilmente, el informe se enfoca en los datos personales y sus efectos en la competencia en la economía digital.
- 2 Cabe señalar que algunos académicos han utilizado el concepto de "poder de plataforma", véase, por ejemplo, Orla Lynskey, Regulating 'Platform Power' (LSE Legal Studies Working Paper No. 1/2017) [en inglés], <https://ssrn.com/abstract=2921021>. Con respecto a los "mercados de los medios de comunicación", en un sentido más amplio, algunos académicos también han utilizado el concepto de "poder de opinión". Aunque estos debates no son el objeto del presente informe, quizá pongan de relieve la necesidad de que ciertos conceptos de la competencia evolucionen en la economía digital.
- 3 PI, Competition and Data (26 de septiembre de 2018) [en inglés], <https://privacyinternational.org/explainer/2293/competition-and-data>.
- 4 Por ejemplo, el considerando 54 de la Propuesta de la Comisión Europea sobre la Ley de Mercados Digitales señala: Los guardianes de acceso se benefician del acceso a grandes cantidades de datos que recopilan cuando prestan servicios de plataformas básicas, así como otros servicios digitales. Véase Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales) (Bruselas, 15 de diciembre de 2020) COM(2020) 842 final.
- 5 PI, Why am I really seeing that ad? The answer might be Real Time Bidding (RTB) (21 de mayo de 2019) [en inglés], <https://privacyinternational.org/explainer/2974/why-am-i-really-seeing-ad-answer-might-be-real-time-bidding-rtb>.
- 6 Alphabet, Annual Report 2020 [en inglés], https://abc.xyz/investor/static/pdf/2020_alphabet_annual_report.pdf?cache=8e972d2.
- 7 Facebook, Inc., Form 10-K 2020 [en inglés], <https://d18rn0p25nwr6d.cloudfront.net/CIK-0001326801/4dd7fa7f-1a51-4ed9-b9df-7f42cc3321eb.pdf>.
- 8 Reuben Binns, Ulrik Lyngs, Max Van Kleek, Jun Zhao, Timothy Libert, Nigel Shadbolt, Third Party Tracking in the Mobile Ecosystem, arXiv:1804.03603v3 [cs.CV] (18 de octubre de 2018) [en inglés], <https://arxiv.org/pdf/1804.03603.pdf>.
- 9 En enero de 2020, Google finalizó oficialmente la adquisición del monitor de actividad Fitbit. Esta operación se suma a una serie de adquisiciones realizadas por Google o su empresa matriz, Alphabet, y genera inquietud sobre la posible posición dominante de Google en el sector de salud digital o en los mercados relacionados con la salud, véase PI, Press Release: European Commission green lights Google and Fitbit merger in a game-changing and disappointing decision for the rights of millions of Europeans (17 de diciembre de 2020) [en inglés], <https://privacyinternational.org/news-analysis/4351/press-release-european-commission-green-lights-google-and-fitbit-merger-game>; cfr. PI, Alexa, what is hidden behind your contract with the NHS? (6 de diciembre de 2019) [en inglés], <https://privacyinternational.org/node/3298>.
- 10 PI, Your mental health for sale: How websites about depression share data with advertisers and leak depression test results (septiembre de 2019) [en inglés], <https://privacyinternational.org/sites/default/files/2019-09/Your%20mental%20health%20for%20sale%20-%20Privacy%20International.pdf>.
- 11 PI, How Apps on Android Share Data with Facebook (even if you don't have a Facebook account) (diciembre de 2018) [en inglés], <https://privacyinternational.org/sites/default/files/2018-12/How%20Apps%20on%20Android%20Share%20Data%20with%20Facebook%20-%20Privacy%20International%202018.pdf>.
- 12 Véase, por ejemplo, PI, Most cookie banners are annoying and deceptive. This is not consent (21 de mayo de 2019) [en inglés], <https://privacyinternational.org/explainer/2975/most-cookie-banners-are-annoying-and-deceptive-not-consent>.
- 13 PI, Response to the CMA's online platforms and digital advertising market study (29 de julio de 2019) [en inglés], <https://privacyinternational.org/advocacy/3101/response-cmas-online-platforms-and-digital-advertising-market-study>.
- 14 ACCC, Digital Platforms Inquiry: Final Report (junio de 2019) [en inglés], <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf>.

- 15 Véase, por ejemplo, el Informe Anual de Alphabet, Alphabet, 2020 Annual Report, p. 6, [en inglés] https://abc.xyz/investor/static/pdf/2020_alphabet_annual_report.pdf?cache=8e972d2.
- 16 Facebook, Inc., 2020 Form 10-K 2020 [en inglés], <https://d18rn0p25nwr6d.cloudfront.net/CIK-0001326801/4dd7fa7f-1a51-4ed9-b9df-7f42cc3321eb.pdf>.
- 17 Apple Inc., Form 10-K 2021 [en inglés], [https://s2.q4cdn.com/470004039/files/doc_financials/2021/q4/10-K-2021-\(As-Filed\).pdf](https://s2.q4cdn.com/470004039/files/doc_financials/2021/q4/10-K-2021-(As-Filed).pdf).
- 18 Amazon, 2020 Annual Report [en inglés], https://s2.q4cdn.com/299287126/files/doc_financials/2021/ar/Amazon-2020-Annual-Report.pdf.
- 19 CEPD, Opinion 8/2016 on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data (23 de septiembre de 2016) [en inglés], https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-09-23_bigdata_opinion_en.pdf.
- 20 La CMA señaló en su informe Online Platforms and Digital Advertising Market Study Final Report [Informe final del estudio de mercado de las plataformas en línea y la publicidad digital] (1 de julio de 2020) [en inglés] que "aunque las plataformas prestan servicios que los consumidores pueden utilizar gratuitamente, algunas también generan grandes ingresos y son extremadamente rentables. Su modelo de negocio se basa en captar la atención de los consumidores y recopilar sus datos, que utilizan para vender publicidad personalizada", parr. 4.2, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf.
- 21 Liat Clark, Google's ad-tracking just got more intrusive. Here's how to opt out (Wired, 24 de octubre de 2016) [en inglés], <https://www.wired.co.uk/article/google-ad-tracking>.
- 22 Diane Bartz, Google wins antitrust OK to buy DoubleClick (Reuters, 20 de diciembre de 2007) [en inglés], <https://www.reuters.com/article/us-doubleclick-google/google-wins-antitrust-ok-to-buy-doubleclick-idUSN2039512220071220>.
- 23 Julia Angwin, Google Has Quietly Dropped Ban on Personally Identifiable Web Tracking (ProPublica, 21 de octubre de 2016) [en inglés], <https://www.propublica.org/article/google-has-quietly-dropped-ban-on-personally-identifiable-web-tracking>.
- 24 Case M.7217 – Facebook/ WhatsApp: Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) of Council Regulation No 139/2004, C(2014) 7239 final (Bruselas, 3 de octubre de 2014) [en inglés], parr. 185-189, https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf.
- 25 Comisión Europea, Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover (Bruselas, 18 de mayo de 2017) [en inglés], https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1369.
- 26 Véase ACCC, Digital Platforms Inquiry: Final Report (junio de 2019) [en inglés], <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf>; CMA, Online Platforms and Digital Advertising Market Study Final Report (1 de julio de 2020) [en inglés], https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf. Para un panorama general de los enfoques de las autoridades de competencia del G7 frente a los mercados digitales, véase G7, Compendium of approaches to improving competition in digital markets (29 de noviembre de 2021) [en inglés], <https://www.gov.uk/government/publications/compendium-of-approaches-to-improving-competition-in-digital-markets>.
- 27 Bundeskartellamt, Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources (7 de febrero de 2019) [en inglés], https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Meldungen%20News%20Karussell/2019/07_02_2019_Facebook.html.
- 28 CEPD, Statement of the EDPB on the data protection impacts of economic concentration [en inglés], https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_statement_economic_concentration_en.pdf.
- 29 PI, Competition and Data [en inglés], <https://privacyinternational.org/learn/competition-and-data>.
- 30 PI, Submission to the European Commission consultation on 'shaping competition policy in the era of digitisation' (octubre de 2018) [en inglés], <https://www.privacyinternational.org/sites/default/files/2018-10/ec-competition1018.pdf>.
- 31 PI, Submission to the Competition and Markets Authority's call for information on digital mergers (23 de julio de 2019) [en inglés], <https://privacyinternational.org/node/3097>; PI, Response to the CMA's online platforms and

digital advertising market study (29 de julio de 2019) [en inglés], <https://privacyinternational.org/advocacy/3101/response-cmas-online-platforms-and-digital-advertising-market-study>.

32 PI, Submission to the US Federal Trade Commission on the intersection between privacy, big data, and competition (1 de agosto de 2018) [en inglés], <https://privacyinternational.org/report/2262/submission-us-federal-trade-commission-intersection-between-privacy-big-data-and-competition>.

33 PI, European Commission's review of the Google/Fitbit merger [en inglés], <https://privacyinternational.org/legal-action/european-commissions-review-googlefitbit-merger>.

34 PI, Submission to the Australian Competition and Consumer Commission on the proposed acquisition of Fitbit, Inc. by Google LLC (24 de marzo de 2020) [en inglés], https://privacyinternational.org/sites/default/files/2020-07/WEB_20.03.25_Pi_Submission_Google_Fitbit_ACCC_FINAL.pdf; PI, Response to the Australian Competition and Consumer Commission's Statement of Issues: Proposed acquisition of Fitbit, Inc. by Google LLC (10 de julio de 2020) [en inglés], https://privacyinternational.org/sites/default/files/2020-07/WEB_20.07.09_Pi_Google_Fitbit_Response_ACCC_SOI_FINAL.pdf.

35 PI, Submissions to the Australian and UK competition authorities on the Facebook/Giphy merger (3 de marzo de 2021) [en inglés], <https://privacyinternational.org/advocacy/4455/submissions-australian-and-uk-competition-authorities-facebookgiphy-merger>.

36 PI, Global reach [en inglés], <https://privacyinternational.org/where-we-work>.

37 CNUCYD, Competition and Consumer Protection Policies for Inclusive Development in the Digital Era (2021) [en inglés], https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2021d2_en_0.pdf.

38 PI, EU Digital Markets Act needs to be bolder to address data exploitation by digital gatekeepers (12 de marzo de 2021) [en inglés], <https://privacyinternational.org/advocacy/4460/eu-digital-markets-act-needs-be-bolder-address-data-exploitation-digital-gatekeepers>.

39 Ioannis Kouvakas, Challenging the Google-Fitbit Merger through Competition Law (DFF, 17 de septiembre de 2020) [en inglés], <https://digitalfreedomfund.org/challenging-the-google-fitbit-merger-through-competition-law>.

40 Unwanted Witness, Revealed: SafeBoda involved in personal data sharing with third parties, Unwanted Witness report (Kampala, 15 de julio de 2020) [en inglés], <https://www.unwantedwitness.org/revealed-safeboda-involved-in-personal-data-sharing-with-third-parties-unwanted-witness-report>.

41 Idec, Idec solicita ao Cade investigação da compra da Fitbit pela Google (15 de julio de 2020) [en portugués], <https://idec.org.br/noticia/idec-solicita-investigacao-da-operacao-de-compra-da-fitbit-pela-google>.

42 Vipul Kharbanda, Aman Nair, Rajat Misra y Arindrajit Basu, Comments on proposed amendments to the Consumer Protection (E-Commerce) Rules, 2020 (The Centre for Internet and Society, India, 21 de julio de 2021) [en inglés], <https://cis-india.org/internet-governance/centre-for-internet-society-ecommerce-amendments>.

43 Lintang Setianti, Menjaga Data Privasi dalam Merger Perusahaan (Kompas, 4 de junio de 2021) [en bahasa indonesia], <https://www.kompas.id/baca/opini/2021/06/04/menjaga-data-privasi-dalam-merger-perusahaan>.

44 GVH, Competition Proceeding against Google is closed with Commitment Decision (31 de agosto de 2018) [en inglés], https://www.gvh.hu/en/press_room/press_releases/press_releases_2018/competition_proceeding_against_google_is_closed.

45 Comisión Europea, Commission decision pursuant to Article 6(1)(b) in conjunction with Article 6(2) of Council Regulation No 139/2004 and Article 57 of the Agreement on the European Economic Area (Case M.8124 – Microsoft / LinkedIn) C(2016) 8404 final (Bruselas, 6 de diciembre 2016) [en inglés], parr. 179, https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf.

46 Comisión Europea, Commission Decision of 6.9.2018 declaring a concentration to be compatible with the internal market and the EEA Agreement (Case M.8788 – Apple/Shazam) C(2018) 5748 final (Bruselas, 6 de septiembre de 2018) [en inglés], parr. 317, https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8788_1279_3.pdf.

47 COFECE, COFECE blocked Walmart/Cornershop concentration (Ciudad de México, 5 de junio de 2019) [en inglés], <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2019/06/COFECE-032-2019-English.pdf>.

- 48 GVH, Competition Proceeding against Google is closed with Commitment Decision (31 de agosto de 2018) [en inglés], https://www.gvh.hu/en/press_room/press_releases/press_releases_2018/competition_proceeding_against_google_is_closed.
- 49 Indecopi, Estudio de Mercado Sistema de Tarjetas de Pago en Perú (enero de 2021), <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/6194832/Estudio+of+Market+System+for+Payment+Cards+in+Perú>.
- 50 HCC, Investigación sectorial sobre el comercio electrónico: informe provisional (Atenas, 2 de agosto de 2021) [en griego], parr. 308, https://www.epant.gr/files/2021/INTERIM_ECOMMERCE.pdf.
- 51 HCC, Press Release – Presentation of the HCC Data Analytics and Economic Intelligence Platform (13 de abril de 2021) [en inglés], <https://www.epant.gr/en/enimerosi/press-releases/item/1373-press-release-presentation-of-the-hcc-data-analytics-and-economic-intelligence-platform.html>.
- 52 International Competition Network, Scoping paper – Competition law enforcement at the intersection between competition, consumer protection, and privacy [en inglés], <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/05/SG-Project-comp-cp-priv-scoping-paper.pdf>.
- 53 HCC, Sector inquiry by the Hellenic Competition Commission into e-commerce [en inglés], <https://epant.gr/en/enimerosi/sector-inquiry-into-e-commerce.html>.
- 54 CMA e ICO, Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO (19 de mayo de 2021) [en inglés], https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/987358/Joint_CMA_ICO_Public_statement_-_final_V2_180521.pdf.
- 55 HCC, Investigación sectorial sobre el comercio electrónico: informe provisional (Atenas, 2 de agosto de 2021) [en griego], https://www.epant.gr/files/2021/INTERIM_ECOMMERCE.pdf.
- 56 Véase el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009: “Los competidores, consumidores o, en general, aquel que acredite un interés directo e individual en investigaciones por prácticas comerciales restrictivas de la competencia, tendrán el carácter de terceros interesados y además, podrán, dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la publicación de la apertura de la investigación en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, intervenir aportando las consideraciones y pruebas que pretendan hacer valer para que la Superintendencia de Industria y Comercio se pronuncie en uno u otro sentido. Las ligas y asociaciones de consumidores acreditadas se entenderán como terceros interesados”, Ley 1340 de 2009, Diario Oficial 47420.
- 57 PI, Submission to the European Commission regarding the proposed acquisition of Fitbit, Inc. by Google LLC (Case M.6990 Google/Fitbit) (julio de 2020) [en inglés], https://privacyinternational.org/sites/default/files/2020-07/WEB_20.0703_PI_SubmissionEC_Google_Fitbit.pdf.
- 58 BEUC, Consumer and citizen groups have serious concerns about Google Fitbit takeover: Common Statement (junio de 2020) [en inglés], https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2020-060_joint_ngo_statement_on_google_fitbit_merger.pdf.
- 59 Peter Frontini, Idec pede que Cade investigue aquisição da Fitbit pelo Google (Reuters, 16 de julio de 2020) [en portugués], <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/reuters/2020/07/16/idec-pede-que-cade-investigue-aquisicao-da-fitbit-pelo-google.htm>.
- 60 Angelica Mari, Brazilian authorities urged to act on WhatsApp privacy update (ZDNet, 15 de abril de 2021) [en inglés], <https://www.zdnet.com/article/brazilian-authorities-urged-to-act-on-whatsapp-privacy-update>.
- 61 Rafael Bucco, ONGs cobram ação de ANPD, Senacon e Cade contra mudança de política do Whatsapp (Tele.Sintese, 5 de mayo de 2021) [en portugués], <https://www.telesintese.com.br/ongs-cobram-acao-de-anpd-senacon-e-cade-contra-mudanca-de-politica-do-whatsapp>.
- 62 AlSur, Manifestación de Al Sur y organizaciones de la sociedad civil latinoamericana sobre la nueva política de datos de WhatsApp (4 de mayo de 2021), <https://www.alsur.lat/blog/manifestacion-al-sur-organizaciones-sociedad-civil-latinoamericana-sobre-nueva-politica-datos>.
- 63 Save WhatsApp, <https://savewhatsapp.org>.

ANEXO A: MODELO DE CUESTIONARIO ENVIADO A LOS REGULADORES

A. El papel de la privacidad de datos en el análisis de la competencia: Situación actual

1. ¿Considera que su enfoque ante los temas de la economía digital tiene en cuenta la interacción entre la privacidad de datos y la competencia? Por favor explique.
2. ¿La privacidad de datos ha sido un parámetro en alguna de sus decisiones o informes, por ejemplo, en el contexto de estudios de mercado, exámenes de fusiones, investigaciones, análisis de mercado, el diseño de recursos o intervenciones regulatorias, etc.? Por favor de ejemplos concretos, subrayando el contexto y el resultado pertinentes.

B. Idoneidad de los marcos jurídicos actuales

1. En su opinión, ¿los marcos normativos o regulatorios existentes pueden abordar adecuadamente los problemas de competencia derivados de la concentración de datos? ¿Cuáles son los cambios que considera necesarios para el marco normativo o regulatorio existente?

C. Retos

1. ¿Cuáles considera que son los principales retos, en cuanto a conocimientos técnicos y/o sobre derechos digitales, que podría enfrentar en el contexto de la competencia y la privacidad de datos?

2. ¿Cómo ha tratado de superar cualquiera de los retos identificados anteriormente en la pregunta C.1?

D. Participación de la sociedad civil

1. ¿Ha interactuado con organizaciones de derechos digitales en cualquier aspecto de su trabajo respecto a temas de economía digital (por ejemplo, investigaciones, consultas políticas, estudios o informes de mercado, exámenes de fusiones)? Por favor proporcione información detallada sobre el contexto de la interacción (por ejemplo, presentaciones o intervenciones formales, reuniones o eventos informales, etc.) y su resultado. ¿Considera que el conocimiento de las organizaciones sobre privacidad de datos fue útil para superar los desafíos identificados en la sección C (Retos)? Si no ha interactuado con organizaciones de derechos digitales, ¿podría explicar por qué?
2. Si las organizaciones de derechos digitales han presentado pruebas o análisis jurídicos, técnicos o de cualquier otro tipo en el contexto de las investigaciones o los exámenes que ha efectuado, ¿qué tan útiles fueron sus aportes para su organización? De ser posible, por favor proporcione ejemplos.

E. Futuro

1. ¿Espera que interactuará o continuará interactuando con organizaciones de derechos digitales en el futuro? De ser posible, por favor proporcione ejemplos de la interacción que espera tener con organizaciones de derechos digitales.
2. ¿De qué manera podrían las organizaciones de derechos digitales apoyar mejor su trabajo en el contexto de la economía digital? Por favor dé ejemplos o sugerencias específicas.

3. Si una organización de derechos digitales quisiera intervenir en el examen de una fusión o una investigación de mercado en curso realizada por su organización en el contexto de la economía digital, ¿qué tipo de pruebas o análisis esperaría que aportaran para apoyar de la mejor manera el examen? Por favor dé ejemplos específicos.

F. Comentarios adicionales

1. Por favor aporte cualquier otra observación que considere pertinente.

ANEXO B: MODELO DE CUESTIONARIO ENVIADO A LA SOCIEDAD (ORIGINAL EN INGLÉS)

COMPETITION & DATA PRIVACY – SURVEY FOR CSOS

A. Introduction

1. What is the name of your organisation?
2. Which country(ies), region(s) or continent(s) does your organisation's work cover?
3. Please state your organisation's mission, or key issues you work on, in a few words.

B. The role of data privacy in competition assessments: State of play

4. In your view, which of the below issues are most significantly affected by the fact that a few digital companies hold dominant market positions?
 - i. Privacy / Data protection rights
 - ii. Freedom of expression / Access to information
 - iii. Consumer choice and rights
 - iv. Innovation
 - v. Other (please specify):

5. In your opinion and experience, to what extent are data privacy and competition issues addressed in your country or region?
 - i. Not at all (e.g. government and regulators are silent on those issues)
 - ii. Moderately (e.g. these issues have been mentioned a few times)
 - iii. A lot (e.g. these issues are frequently mentioned and some authorities/regulators take them into account)
 - iv. Other (please specify):

6. Are you aware of any recent examples of competition regulators in your country or region taking issues of data privacy into account (for example in their policy consultations, investigations, merger reviews, decisions etc)? If Yes, please mention some examples in the "Comments" box.
 - i. Yes
 - ii. No

C. Your programmatic work

7. Has your organisation previously worked, or does it currently work, on competition and data privacy issues?
 - i. Yes
 - ii. No

8. You said your organisation has worked or currently works on competition and data privacy issues. Which of the below best describes how such issues form part of your work?
 - i. Issues of competition and data privacy are part of our strategic priorities
 - ii. We have one or more project(s) focused on competition and data privacy

- iii. We don't have any projects specifically dedicated to those issues, but we've conducted some activities related to them (research, advocacy...)
 - iv. We sometimes support other organisations working on those issues
 - v. Other (please specify):
9. When you work on such issues, what do you do to familiarise yourself with the relevant competition law frameworks?
- i. Some of our staff already have the required expertise
 - ii. We conduct our own research
 - iii. We engage external consultants/experts
 - iv. We engage external counsel/lawyers
 - v. Other (please specify):
10. Please mention any examples of activities or outputs (e.g. research paper, online article, letter to regulator...) you have conducted on competition and data privacy. Feel free to share any links if relevant.
11. You said your organisation has not previously worked on competition and data privacy issues. Can you tell us why?
- i. These issues have not come up in our jurisdiction
 - ii. We never thought about it
 - iii. We don't have the expertise
 - iv. We don't have the resources
 - v. Other (please specify):
12. Do you intend to make competition and data issues part of your programmatic work in the future?
- i. Yes
 - ii. No
 - iii. Maybe
 - iv. Other (please specify):

D. Your interaction with competition regulators

13. Have you ever interacted in any way with competition regulators in your country or region with regard to data privacy issues? (For example, meeting with them, intervening before an investigation, submitting evidence or filing complaints). If you answer "No", you will be taken to the next survey section.
 - i. Yes
 - ii. No

14. You said you haven't before interacted with competition regulators in your jurisdiction with regard to data privacy issues. What was the main reason?
 - i. We tried, but the regulator(s) were not interested
 - ii. Issues of data privacy have never come up in competition regulators' activities in our jurisdiction
 - iii. We don't have the expertise
 - iv. We don't have the resources
 - v. Other (please specify):

15. You said your organisation has previously interacted with competition regulators. Please specify the nature of that(those) intervention(s).
 - i. Formal or informal meetings with competition regulators to discuss data privacy issues/concerns
 - ii. Submitting complaints before competition regulators or signing on to complaints submitted by others on data privacy issues
 - iii. Intervening in ongoing investigations or merger reviews as a third party or making submissions in ongoing investigations or merger reviews
 - iv. Submitting evidence in the context of policy consultations, surveys or market studies

- v. Submitting statements or signing on to statements submitted by others in the context of wider advocacy work
 - vi. Other (please specify):
16. Please mention specific examples of the intervention(s) identified above, including for example: details about the context of your intervention the regulator you interacted with whether you intervened independently or with other organisations subject of the case or investigation issues that arose in the case Feel free to share any relevant links or documents if easier than answering here fully.
17. In the interventions identified above, did you come across any of the following challenges (please check any that apply):
- i. Issues with evidence collection/gathering
 - ii. Lack of access to material
 - iii. Difficulties in establishing legal standing
 - iv. Intervention costs
 - v. Hesitance by regulators to deal with data privacy issues
 - vi. None
 - vii. Other (please specify):
18. Did you find that your intervention(s) had an impact on the regulator's decision(s)?
- i. Yes
 - ii. No
 - iii. A bit
19. Based on your overall experience, to what extent are regulators willing to engage with you on data privacy issues and/or take your concerns and submissions into consideration?
- i. A lot
 - ii. A bit

- iii. Not at all
- iv. Other (please specify):

E. Paving the future and overcoming obstacles

20. How would you ideally see your organisation engaging with competition regulators in your country or region on data privacy matters in the next 3-5 years?
21. What types of skills, knowledge or expertise would you need to develop in order to achieve this level of engagement? Please check all examples of the support you would need:
- i. Technological expertise (understanding how technology works, where data flows...)
 - ii. Better understanding of legal frameworks
 - iii. Research skills
 - iv. More opportunities to make submissions to regulators
 - v. Coordination with other civil society organisations
 - vi. We do not want to engage on such matters
 - vii. Other (please specify):

F. Other comments and personal data

22. Please share any other thoughts or comments with regards to the topics above that might not have been addressed through the questions in this survey.

23. In case we have any follow-up questions, would you be OK with us contacting you to seek further information or to arrange a call? If yes, please state your email address only.
- i. Yes
 - ii. No
24. If you wish your responses to be attributed to you individually, please state your name, surname and position.
25. PLEASE NOTE: Parts of the responses you have provided might be used or quoted in an anonymised form in PI's report and associated material. If you wish to have any quotes attributed to you, please provide your EXPLICIT CONSENT in the box below (please write "I hereby explicitly consent to Privacy International, in any published materials, attributing the answers I provided in the survey to my organisation" or something to the same effect). If you wish to retain anonymity for only some of your answers, please state as such within the relevant answers.

ANEXO C: RESPUESTAS DE LOS REGULADORES

RESPUESTA DE LA COMISIÓN AUSTRALIANA DE COMPETENCIA Y CONSUMO (AUSTRALIA)

Subject: RE: Privacy International survey on data privacy and competition
[SEC=OFFICIAL]
From: International ACCC <InternationalACCC@accc.gov.au>
Date: 30/07/2021, 01:07
To: "[REDACTED]@privacyinternational.org" <[REDACTED]@privacyinternational.org>
CC: International ACCC <InternationalACCC@accc.gov.au>

OFFICIAL

Dear Mr [REDACTED],

Thank you for the invitation to participate in the Privacy International survey on data privacy and competition. The ACCC has decided not to participate in the survey.

For your information, the ACCC's 2019 report for the [Digital Platforms Inquiry](#) provided a range of discussion on the intersection between competition and privacy in digital markets. Furthermore, the ACCC's 2020 submission to the [Australian Privacy Act Review](#) outlines the ACCC's views on the intersection of competition and privacy issues more generally.

The ACCC is also participating as a co-chair in the International Competition Network's project on "Competition law enforcement at the intersection between competition, consumer protection, and privacy". Further information on the project can be found [here](#).

Regards,

[REDACTED]

Director | International | Specialist Advice and Services Division
Australian Competition & Consumer Commission
23 Marcus Clarke Street, Canberra, ACT 2601
T: + 61 2 6243 1320
www.accc.gov.au

The ACCC acknowledges the traditional owners and custodians of Country throughout Australia and recognises their continuing connection to the land, sea and community. We pay our respects to them and their cultures; and to their Elders past, present and future.

RESPUESTA DEL BUNDESKARTELLAMT (ALEMANIA)

Andreas Mundt

Präsident
Bundeskartellamt

D-53113 Bonn
Kaiser-Friedrich-Straße 16
Telefon: 02 28 - 94 99 200
Telefax: 02 28 - 94 99 140
e-mail: L1@bundeskartellamt.bund.de

14 June 2021



Privacy International
62 Britton Street
London EC1M 5UY
United Kingdom

Dear Mr



Thank you very much for your kind invitation to contribute to the Privacy International survey on data privacy and competition.

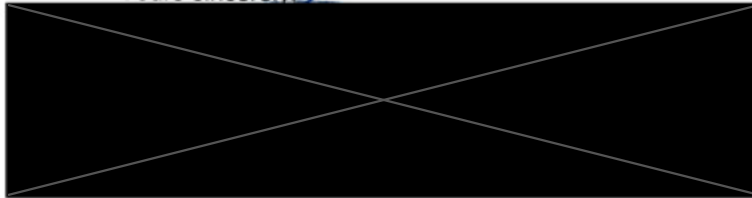
The Bundeskartellamt shares your believe that considering the intersection of data privacy and competition law has become more and more important. Our agency has been confronted with assessing the role of data in general and personal data in particular, due to the pivotal role data has in the digital economy.

For instance, privacy considerations can potentially be a factor within the assessment of an abuse of a dominant position. The German Facebook case is a prominent example in which privacy considerations were relevant for the Bundeskartellamt's finding of an abusive practice. Our agency found that Facebook's terms of service and the manner and extent to which it collects and uses data amount to an abuse of dominance. In assessing the appropriateness of Facebook's behaviour under competition law, the Bundeskartellamt had regard to the violation of the European data protection rules to the detriment of users. Our authority closely cooperated with data protection authorities in clarifying the data protection issues involved.

The Bundeskartellamt's decision is not yet final, Facebook has appealed the decision. Recently, the Higher Regional Court has suspended proceedings and has requested a preliminary ruling by the European Court of Justice on a number of questions directly related to privacy matters.

I very much regret that we currently have to refrain from taking positions on privacy considerations to the extent covered by your survey, as they might have a direct or indirect bearing on our court proceedings. Nevertheless, I applaud your intentions of developing a guide aimed at civil society organisations to increase their expertise on issues of digital dominance and send my best wishes for what I am sure will be a highly successful endeavour.

Yours sincerely, 



RESPUESTA DE LA COMISIÓN DE DEFENSA
DE LA LIBRE COMPETENCIA DEL INSTITUTO
NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y
PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
(PERÚ) (ORIGINAL EN ESPAÑOL)

Cuestionario Privacy International (PI)

A. El papel de la privacidad de datos en el análisis de la competencia:

1. Situación actual 1. ¿Considera que su enfoque ante los temas de la economía digital tiene en cuenta la interacción entre la privacidad de datos y la competencia? Por favor explique

La Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) se encuentra atenta a las últimas tendencias mundiales y al enfoque se brinda a nivel internacional a la interacción entre la privacidad de datos y la competencia.

En el contexto de la economía digital, muchos productos y servicios son *data-driven*, lo que significa que basan su modelo de negocios en la data de los consumidores. En ese sentido, el uso y explotación de la data ha cobrado relevancia en el análisis en casos de competencia y en la emisión de opiniones y reportes de diversas autoridades a nivel internacional, en particular, respecto del análisis de la data como un parámetro de competencia.

No obstante, hasta la fecha, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia no ha analizado un caso, investigación o estudio de mercado que desarrolle un análisis sobre la interacción entre datos personales y competencia.

2. ¿La privacidad de datos ha sido un parámetro en alguna de sus decisiones o informes, por ejemplo, en el contexto de estudios de mercado, exámenes de fusiones, investigaciones, análisis de mercado, el diseño de recursos o intervenciones regulatorias, etc.? Por favor de ejemplos concretos, subrayando el contexto y el resultado pertinentes.

Hasta la fecha, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia no ha llevado a cabo ninguna investigación, procedimiento, estadio de mercado o regulación, que desarrolle en específico la privacidad de datos como un parámetro de competencia.

B. Idoneidad de los marcos jurídicos actuales

1. En su opinión, ¿los marcos normativos o regulatorios existentes pueden abordar adecuadamente los problemas de competencia derivados de la concentración de datos? ¿Cuáles son los cambios que considera necesarios para el marco normativo o regulatorio existente?

El Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, brinda facultades a la autoridad de competencia para investigar posibles actos de abuso de posición de dominio, lo que podría incluir -dependiendo del análisis específico- conductas derivadas de la concentración de datos, en tanto estas tengan efectos en el territorio nacional.

En relación con la situación del análisis de operaciones de concentración empresarial, cabe destacar que desde 1997, el Perú contaba con una norma de evaluación de operaciones de concentración empresarial aplicable únicamente al sector eléctrico peruano. Sin embargo, a partir del 14 de junio de 2021, se encuentra vigente la Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, la cual permite a la autoridad de competencia el poder analizar operaciones de concentración empresarial en todos los sectores de la economía peruana. Por ello, la autoridad de competencia podría considerar la privacidad de datos como un parámetro de competencia en el marco de análisis de una operación de concentración empresarial.

C. Retos

1. ¿Cuáles considera que son los principales retos, en cuanto a conocimientos técnicos y/o sobre derechos digitales, que podría enfrentar en el contexto de la competencia y la privacidad de datos?

Como agencia de competencia, consideramos que el desafío más importante es entender adecuadamente las dinámicas que caracterizan a los mercados digitales, así como su contexto específico.

1. ¿Cómo ha tratado de superar cualquiera de los retos identificados anteriormente en la pregunta C.1?

Al respecto, consideramos que los estudios de mercado son muy importantes porque permiten convocar a los distintos actores públicos y privados que conforman el ecosistema digital y, de este modo, nutrirnos de sus conocimientos y experiencia para entender mejor los derechos digitales, el funcionamiento técnico y las dinámicas que caracterizan a los mercados digitales. En ese marco, hemos emitido un informe preliminar del estudio de mercado que analiza las condiciones de competencia en los sistemas de tarjetas de pago, en el que también se explora el uso de medios de pago digitales, los que son claves para lograr la inclusión digital y financiera de cada vez más peruanos.

Asimismo, una consideración esencial para enfrentar los desafíos de la economía digital es la capacitación de los funcionarios de la agencia de competencia. En este sentido, el Indecopi alberga el Centro Regional de Competencia de la OCDE en América Latina que brinda capacitación a los funcionarios de la región en materia de aplicación de la normativa en competencia y abogacías, enfocándose en la actualización de los conocimientos del personal sobre los nuevos temas de competencia, que incluye, los desafíos de la economía digital

D. Participación de la sociedad civil 1. ¿Ha interactuado con organizaciones de derechos digitales en cualquier aspecto de su trabajo respecto a temas de economía digital (por ejemplo, investigaciones, consultas políticas, estudios o informes de mercado, exámenes de fusiones)? Por favor proporcione información detallada sobre el contexto de la interacción (por ejemplo, presentaciones o intervenciones formales, reuniones o eventos informales, etc.) y su resultado. ¿Considera que el conocimiento de las organizaciones sobre privacidad de datos fue útil para superar los desafíos identificados en la sección C (Retos)? Si no ha interactuado con organizaciones de derechos digitales, ¿podría explicar por qué?

Hasta la fecha, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia no ha tenido la oportunidad de interactuar con organizaciones de derechos digitales respecto a temas de economía digital. Sin embargo, el Indecopi se encuentra siempre abierto al diálogo y a la comunicación con las diversas organizaciones en aras de la promoción de la competencia.

2. Si las organizaciones de derechos digitales han presentado pruebas o análisis jurídicos, técnicos o de cualquier otro tipo en el contexto de las investigaciones o los exámenes que ha efectuado, ¿qué tan útiles fueron sus aportes para su organización? De ser posible, por favor proporcione ejemplos

No aplica.

E. Futuro

1. ¿Espera que interactuará o continuará interactuando con organizaciones de derechos digitales en el futuro? De ser posible, por favor proporcione ejemplos de la interacción que espera tener con organizaciones de derechos digitales.

La Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia espera interactuar con organizaciones de derechos digitales y con cualquier organización que desee contactarnos y contribuir con la promoción de la competencia en los mercados.

Así, por ejemplo, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, publica versiones preliminares de los estudios de mercado y abogacías de la competencia que elabora, a fin de recibir comentarios de los interesados en el tema. Por ello, los comentarios de organizaciones de derechos digitales en su calidad de expertos constituirán un valioso aporte cuando la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia realice un estudio o abogacía que involucre el análisis de las condiciones de competencia en mercados digitales.

2. ¿De qué manera podrían las organizaciones de derechos digitales apoyar mejor su trabajo en el contexto de la economía digital? Por favor dé ejemplos o sugerencias específicas.

Las organizaciones de derechos digitales pueden contribuir con la promoción y defensa de la competencia de diversas maneras, el Indecopi es una institución que recibe y promueve la participación ciudadana y de expertos.

Por ello, las organizaciones de derechos digitales pueden solicitar reuniones informales con nuestros funcionarios para explicar sobre una situación que les causa preocupación en su materia, pueden realizar denuncias informales por escrito y remitir información o datos estadísticos que consideren pertinentes, entre otros. Asimismo, pueden aportar su experiencia y conocimientos en los estudios de mercado o abogacías de la competencia que involucren mercados digitales.

3. Si una organización de derechos digitales quisiera intervenir en el examen de una fusión o una investigación de mercado en curso realizada por su organización en el contexto de la economía digital, ¿qué tipo de pruebas o análisis esperaría que aportaran para apoyar de la mejor manera el examen? Por favor dé ejemplos específicos.

El artículo 21 de la Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, señala que en el procedimiento aplicable al trámite de la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial durante la segunda fase de evaluación, la Comisión publica un breve resumen de la resolución que sustenta el inicio de la segunda etapa, de manera que los terceros con interés legítimo puedan presentar información relevante ante la autoridad, sin que por ello sean considerados como partes intervinientes en el procedimiento.

Por ello, las organizaciones de derechos digitales que prueben un interés legítimo pueden intervenir en el examen de una concentración presentando información relevante a la autoridad de competencia.

En relación con información o pruebas que esperaría, pueden presentarse informes, estadísticas o cualquier tipo de información que sea considerada relevante.

F. Comentarios adicionales

1. Por favor aporte cualquier otra observación que considere pertinente.

La Comisión de Defensa de la Libre Competencia ha publicado el informe preliminar del estudio de mercado en los sistemas de tarjetas de pago donde analiza las condiciones de competencia existentes en el mercado y realiza recomendaciones para mejorar la competencia en los mercados. Este documento evidencia el creciente interés por obtener un mayor entendimiento sobre el funcionamiento de la competencia en los mercados digitales. El documento mencionado se encuentra disponible en el siguiente link: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/6194832/Estudio+de+Mercado+Sistema+de+Tarjetas+de+Pago+en+Per%C3%BA>.

RESPUESTA DE LA COMISIÓN DE DEFENSA
DE LA LIBRE COMPETENCIA DEL INSTITUTO
NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y
PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
(PERÚ) (TRADUCCIÓN NO OFICIAL AL INGLÉS)

Privacy International (PI) Questionnaire

A. The role of data privacy in competition assessments:

1. State of play 1. Do you feel that your approach to digital economy issues takes adequate stock of the interplay between data privacy and competition? Please explain

The Technical Secretariat of the Commission for the Defense of Free Competition of the National Institute for the Defense of Competition and Protection of Intellectual Property (INDECOPI) closely monitors the latest global trends and international approaches to the interaction between data privacy and competition.

In the context of the digital economy, many products and services are data-driven, which means their consumer model is founded on consumer data. In this sense, data use and exploitation has gained relevance to analyze competition cases and issue opinions and reports by various authorities at the international level, in particular regarding the analysis of data as a competition parameter.

However, to date, the Commission for the Defense of Free Competition has not analyzed any case, investigation or market study that conducts an analysis of the interplay between personal data and competition.

2. Has data privacy been a parameter in any of your decisions or reports, for example, in the context of market studies, merger reviews, investigations, market assessments, design of remedies or regulatory interventions etc.? Please provide specific examples highlighting the relevant context and outcome.

To date, the Commission for the Defense of Free Competition has not conducted any investigation, proceeding, market or regulatory study that specifically analyzes data privacy as a competition parameter.

B. Adequacy of existing legal frameworks

1. In your view, can existing legal or regulatory frameworks adequately address the competition concerns stemming from data concentrations? What changes to the existing legal or regulatory framework would you consider necessary?

The Supreme Decree approving the Single Unified Text of the Law for the Repression of Anti-competitive Conduct grants powers to the competition authority to investigate the potential abuse of a dominant position, which could include –depending on the specific analysis– conducts resulting from the concentration of data, as long as they have effects in the national territory.

In terms of the status of the analysis of corporate concentration operations, it is noteworthy that since 1997, Peru has had regulations to evaluate corporate concentration operations that only apply to the Peruvian electricity sector. However, on June 14, 2021, Law 31112 came into force; this law establishes the ex ante control of business concentration operations, which allows the competition authority to analyze business concentration operations in all sectors of the Peruvian economy. As a result, the competition authority could consider data privacy as a competition parameter in the framework of the analysis of a business concentration operation.

C. Challenges

1. What would you identify as the main challenges, with regard to technical and/or digital rights expertise, that you might be confronted with in the context of competition and data privacy?

As a competition agency, we consider that the most important challenge is to properly understand the dynamics that characterize digital markets, as well as their specific context.

1. How have you sought to overcome any of the challenges identified in Question C.1. above?

In this regard, we believe market studies are very important because they allow us to convene the different public and private actors that make up the digital ecosystem and, consequently, draw on their knowledge and experience to better understand digital rights, technical operation and the dynamics that characterize digital markets. Within this framework, we have issued a preliminary report of the market study that analyzes competitive conditions in payment card systems and also explores the use of digital payment methods, which are key to achieving the digital and financial inclusion of more Peruvians each day.

Additionally, a key consideration in meeting the challenges posed by the digital economy is capacity building for competition agency officials. In this regard, Indecopi hosts the OECD Regional Competition Center in Latin America, which provides training to the region's officials on the enforcement of competition laws and advocacy, with a focus on updating staff knowledge in relation to new competition issues, including the challenges of the digital economy.

D. Engagement with civil society 1. Have you engaged with digital rights organizations in any aspects of your work on digital economy issues (e.g., investigations, policy consultations, market studies or reports, merger reviews etc.)? Please provide details about the context of the engagement (e.g., formal submissions or interventions, informal meetings or events etc.) and the outcome. Did you find their data privacy expertise useful to overcoming the challenges identified in section C (Challenges) above? If you have not had any engagement with digital rights organizations, could you please explain why?

To date, the Commission for the Defense of Free Competition has not had the opportunity to interact with digital rights organizations in relation to digital economy issues. Nonetheless, Indecopi is always open to dialogue and communication with the different organizations in the interest of promoting competition.

2. If digital rights organizations have submitted evidence or legal, technical or any other analyses in the context of investigations or reviews carried out by you, how helpful were their submissions for your organization? If possible, please provide examples.

Not applicable.

E. Future

1. Do you expect that you will engage or continue to engage with digital rights organizations in the future? If possible, please provide examples of engagement you expect to have with digital rights organizations.

The Technical Secretariat of the Commission for the Defense of Free Competition expects to interact with digital rights organizations and with any organization that wishes to contact us and contribute to the promotion of competition in the markets.

Therefore, for example, the Technical Secretariat of the Commission for the Defense of Free Competition publishes preliminary versions of the market studies and competition advocacy it prepares, with the aim of receiving comments from those interested in the topic. Consequently, comments from digital rights organizations in their capacity as experts will be a valuable input when the Technical Secretariat of the Commission for the Defense of Free Competition conducts studies or advocacy involving the analysis of competitive conditions in digital markets.

2. How could digital rights organizations better support your work in the context of the digital economy? Please provide specific examples or suggestions.

Digital rights organizations can contribute to the promotion and defense of competition in a variety of ways; Indecopi is an institution that welcomes and promotes citizen and expert participation.

Therefore, digital rights organizations can request informal meetings with our officials to explain situations that raise concerns in their area, they can make informal written complaints and submit information or statistical data they consider relevant, among others. Likewise, they can contribute their experience and knowledge in market studies or competition advocacy involving digital markets.

3. If a digital rights organization sought to intervene before an on-going merger review or market investigation carried out by your organization in the context of the digital economy, what kind of evidence or analyses would you expect them to provide to best assist you in your review? Please provide specific examples.

Article 21 of Law 31112, which establishes the ex ante control of business concentration operations, provides that in the proceeding applicable to the request for authorization of the business concentration operation during the second evaluation phase, the Commission publishes a brief summary of the resolution that substantiates the initiation of the second stage, so that third parties with a legitimate interest may submit relevant information to the authority without being considered as intervening parties in the procedure.

Consequently, digital rights organizations that prove a legitimate interest may intervene in a concentration review by submitting relevant information to the competition authority.

In relation to information or evidence that it would expect, any report, statistics or any type of information that is considered relevant may be submitted.

F. Other comments

1. Please provide any other remarks you may consider relevant.

The Commission for the Defense of Free Competition published the preliminary report of the market study on payment card systems where it analyzes the existing competitive conditions in the market and makes recommendations to improve market competition. This paper is evidence of the growing interest in gaining a better understanding of how competition works in digital markets. The paper is available at the following link: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/6194832/Estudio+de+Mercado+Sistema+de+Tarjetas+de+Pago+en+Per%C3%BA>.

RESPUESTA DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA Y MERCADOS (REINO UNIDO)

Subject: RE: Privacy International survey on data privacy and competition
From: Andrea Coscelli <[REDACTED]@cma.gov.uk>
Date: 28/05/2021, 16:45
To: "[REDACTED]@privacyinternational.org" <[REDACTED]@privacyinternational.org>
CC: [REDACTED] <[REDACTED]@cma.gov.uk>, [REDACTED] <[REDACTED]@cma.gov.uk>, [REDACTED] <[REDACTED]@cma.gov.uk>

Classification: **Official**

Dear [REDACTED],

Thank you for your email. We would be happy to provide some input.

We see strong synergies between the interests of data protection and competition. So much so that we recently issued a [joint statement](#) with the ICO on how the two interact in digital markets. We also [provided advice](#) to the UK Government in December on market power in digital markets, concluding that there is a need for a new pro-competition framework for the most powerful digital firms. The Government is now working towards implementing this, including [launching the Digital Markets Unit](#) last month.

Between the first two documents, you will find the CMA's views in respect of many of your questions. Can I therefore suggest that you take a look at these, and if you have further questions thereafter, you have a short discussion with relevant colleagues here in July – most likely Simeon Thornton and Cat Batchelor, copied.

Kind regards,

Andrea

Andrea Coscelli | Chief Executive | Competition and Markets Authority
The Cabot | 25 Cabot Square | London | E14 4QZ | +44203 738 6286 | +44796 0716 710



Due to the ongoing Covid-19 situation, we are not able to process any documents or correspondence sent by post or courier to any of our offices

RESPUESTA DE LA COMISIÓN EUROPEA (UE)

ANNEX A: QUESTIONS TO REGULATORS

Contribution of EVP Margrethe Vestager, European Commission**A. The role of data privacy in competition assessments: State of play****1. Do you feel that your approach to digital economy issues takes adequate stock of the interplay between data privacy and competition? Please explain.**

The interplay between data privacy and competition has always been part of the Commission's approach to the digital economy. In particular, competition rules are concerned with preventing or addressing situations in which the exercise of market power could harm competition. In cases where market power arises in connection with the access to or availability of personal data (e.g. large databases are built or personal data are used as a currency or as a shadow price for "free" services), competition rules will apply and address competition concerns. To the contrary, competition rules are not deemed to intervene in the absence of competition concerns, even when market behaviour involves the processing of personal data and/or leads to an infringement of data protection rules. In other words, data protection issues "as such" are not a matter for competition policy, but they are certainly relevant and considered when the accumulation of personal data is at the centre of a competition concern. The Court of Justice indicated in the *Asnef* judgment that "*issues relating to the sensitivity of personal data are not, as such, a matter for competition law [and] may be resolved on the basis of the relevant provisions governing data protection*".

2. Has data privacy been a parameter in any of your decisions or reports, for example, in the context of market studies, merger reviews, investigations, market assessments, design of remedies or regulatory interventions etc. Please provide specific examples highlighting the relevant context and outcome.

While, data protection is not a matter for competition policy unless there is a competition concern, the Commission gives due account to the increasing importance of data protection in the competitive dynamics of digital markets, as consumers become more conscious of the importance of privacy and stronger regulation has entered into force at EU level.

This is for example relevant in merger investigations if it emerges that data protection is an element of quality, which is significant for consumers. The Commission has in the past intervened in the *Microsoft/LinkedIn* case where, in the course of its investigation, the Commission found that data protection was an important parameter of competition between professional social networks on the market, which could have been negatively affected by the transaction.

Privacy and data protection and the processing of users' personal data have been one of the subjects of another recent Commission merger decision in the case *Google/Fitbit* (M.9660). In that case, the Commission has examined whether the combination of the merging parties' data and data collection capabilities would raise competition concerns. The conclusion has been affirmative in relation to the market for online advertising, where it has been found that the addition of Fitbit's user data would strengthen Google's entrenched market position in online advertising. Consequently, a remedy was adopted to segregate and hold separate Fitbit's data in a data silo and prevent their use by Google's advertising functions. In addition, in the context of the commitments offered to secure clearance to the transaction, Google committed to offer all Fitbit

users a specific and separate choice of whether to consent to the use of their data by Google's non-advertising functions, a commitment that reinforces existing data protection safeguards on data processing.

Other competition investigations have looked into data as an asset whose accumulation or use could be anti-competitive. In *Apple/Shazam*, the Commission compared the data collected by the parties against other comparable datasets available on the market, using four relevant metrics: (1) variety of data; (2) velocity of data accumulation; (3) volume of the dataset; and (4) data value. In the *Amazon* antitrust case, we preliminarily concluded that Amazon misused the data gathered from the activities of sellers on the Amazon marketplace to compete against those sellers when Amazon sells itself competing products. In the recently opened *Facebook marketplace* antitrust investigation, similar concerns will be investigated.

B. Adequacy of existing legal frameworks

- 1. In your view, can existing legal or regulatory frameworks adequately address the competition concerns stemming from data concentrations? What changes to the existing legal or regulatory framework would you consider necessary?**

As illustrated by recent cases in the digital economy, the current competition framework enables the Commission to address competition concerns stemming from data processing and concentration. In addition, on 15 December 2020, the Commission has launched a proposal for a Digital Market Act (DMA) that comprehensively address the competition risks associated to the raise of gatekeepers in digital markets and data-related markets. The Digital Markets Act (DMA) proposes regulation covering obligations on designated as gatekeepers, some of which relate to the handling and uses of data.

C. Challenges

- 1. What would you identify as the main challenges, with regard to technical and/or digital rights expertise, that you might be confronted with in the context of competition and data privacy?**

It is crucial for competition agencies to understand the scope and type of data collected by the investigated companies, how data are processed within complex technology environments, which are the entities and corporate functions that are actually processing the data and whether similar databases are available to other players in the market. Support from data protection authorities in competition investigations is helpful in this respect.

- 2. How have you sought to overcome any of the challenges identified in Question C.1. above?**

For example, in its recent *Google/Fitbit* merger investigation the Commission has worked in close cooperation with the European Data Protection Board.

D. Engagement with civil society

- 1. Have you engaged with digital rights organisations in any aspects of your work on digital economy issues (e.g., investigations, policy consultations, market studies or reports, merger reviews etc)? Please provide details about the context of the engagement (e.g., formal submissions or interventions, informal meetings or events etc) and the outcome. Did you find their data privacy expertise useful to overcoming**

the challenges identified in section C (Challenges) above? If you have not had any engagement with digital rights organisations, could you please explain why?

In the *Google/Fitbit* merger investigation, the Commission engaged with a number of organisations protecting consumers' digital rights, fundamental rights and privacy and data protection rights, in particular. The engagement took place through calls, informal meetings and written submissions. All opportunities were used to facilitate interaction with the Commission in the framework of the procedural rules. Their contribution was helpful in understanding privacy considerations and rules that could be relevant in the assessment of the competition case.

2. If digital rights organisations have submitted evidence or legal, technical or any other analyses in the context of investigations or reviews carried out by you, how helpful were their submissions for your organisation? If possible, please provide examples.

The contribution of such organisations in pointing to the privacy implications of the *Google/Fitbit* case were useful. They provided useful insights on how data could be exploited in a given business model. As is the case for all investigations, the input provided by such organisations would typically be complemented with other evidence, such as internal documents of the merging parties and replies to market investigation questionnaires by customers and competitors of the merging parties.

E. Future

1. Do you expect that you will engage or continue to engage with digital rights organisations in the future?

Yes, most likely. The Commission found the cooperation with Privacy International, which was active in both phases of the *Google/Fitbit* investigation (e.g. with submissions, expert opinions, replies to the questionnaire and to market test of the remedies), and other digital rights organisations useful. For future cases, the Commission welcomes input from all relevant stakeholders. This applies both to future merger cases as well as any antitrust investigations concerning conduct in which the collection and use of personal data is a relevant factor in the assessment.

If possible, please provide examples of engagement you expect to have with digital rights organisations.

Various routes are open to organisations that are willing to contribute their knowledge to the Commission, such as meetings, calls, submissions of written contributions as happened in recent cases.

2. How could digital rights organisations better support your work in the context of the digital economy? Please provide specific examples or suggestions.

There is not only one specific way in which digital rights organisations may support the Commission in its role as competition enforcer. Their proactive participation in merger or antitrust investigation can involve different levels of engagement, which – as mentioned above – have proven helpful.

More generally, digital rights organisations would support competition policy by fostering people's awareness that their control over personal data is important also in the context of their

market interactions with digital services providers (for example when data is shared in exchange of digital services) and that privacy could be a quality aspect of such services.

3. If a digital rights organisation sought to intervene before an on-going merger review or market investigation carried out by your organisation in the context of the digital economy, what kind of evidence or analyses would you expect them to provide to best assist you in your review? Please provide specific examples.

The type of evidence or analysis relevant in a merger review or antitrust investigation would depend on the case and the types of competition concerns raised by the merger or conduct under investigation. As mentioned above, a digital rights organisation will have multiple routes to participate in the procedure, including that of replying to the market questionnaires sent by the Commission or applying as an interested third party in a merger procedure, for example.

RESPUESTA DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA (MÉXICO) (ORIGINAL EN ESPAÑOL)

Respuesta a la consulta de la Privacy International

A. El papel de la privacidad de datos en el análisis de la competencia: Situación actual

1. ¿Considera que su enfoque ante los temas de la economía digital tiene en cuenta la interacción entre la privacidad de datos y la competencia? Por favor explique.

A inicios de este milenio la división entre las esferas de competencia económica y protección de datos personales parecía muy clara. No obstante, el desarrollo y avance de la digitalización de la economía ha hecho que esta división sea cada vez más borrosa, debido a la relevancia que tienen los datos (muchos de ellos personales) para los distintos modelos de negocio que operan en el entorno digital. Conforme se desarrollan nuevos modelos de negocio y empresas en la economía digital, resulta cada vez más claro que una misma conducta por parte de una empresa digital puede tener implicaciones sobre estos dos ámbitos de política pública.

Tomando en consideración lo anterior, desde hace algunos años, la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE o Comisión) ha integrado dentro de sus análisis, en aquellos casos que así lo amerite, el uso o explotación que se le puede dar a los datos privados de los consumidores como una variable adicional para entender el funcionamiento de estos mercados. Asimismo, la COFECE reconoce que, para garantizar la protección integral de los consumidores dentro del entorno digital, se requiere de un esfuerzo coordinado de diversas autoridades, entre ellas las responsables de salvaguardar la privacidad de los datos de los individuos.

En este sentido, es importante considerar que tipo de normas y/o medidas de política pública relacionadas con la privacidad de datos pueden tener efectos positivos en el proceso de competencia. Por ejemplo, la imposición de obligaciones que limiten la finalidad del uso de datos e información de los usuarios puede contribuir a evitar que empresas con cierto poder de mercado utilicen la información que recaban al ofrecer algún servicio para en un mercado adyacente. Una medida de este tipo no solo evita afectaciones al derecho de privacidad de los consumidores, sino que también reduce la capacidad de una empresa dominante de apalancar su poder en un mercado, en otro adyacente por el uso de los datos que tiene por operar el primero.

2. ¿La privacidad de datos ha sido un parámetro en alguna de sus decisiones o informes, por ejemplo, en el contexto de estudios de mercado, exámenes de fusiones, investigaciones, análisis de mercado, el diseño de recursos o intervenciones regulatorias, etc.? Por favor de ejemplos concretos, subrayando el contexto y el resultado pertinentes.

De manera paulatina la privacidad de los datos ha comenzado a integrarse como una de las variables a considerar en los análisis de competencia a cargo de la COFECE. En particular, en dos casos analizados por la Comisión, la consideración de dicha variable ha sido fundamental para su resolución.

Walmart-Cornershop

A finales de 2018, la cadena de supermercados Walmart anunció que había llegado a un acuerdo para adquirir por 225 millones de dólares la totalidad de la empresa Cornershop, una startup que operaba como la principal plataforma digital de entrega a domicilio de compras en supermercados, clubes de precio, entre otros.

A partir del análisis de la concentración, la COFECE resolvió no autorizar la transacción al identificar diversos riesgos, de los cuales los más relevantes se relacionaron con los datos de los usuarios (muchos de ellos personales), los cuales se describen a continuación:

- El agente económico que surgiera de la fusión podría inducir a los competidores de Walmart a abandonar la plataforma Cornershop debido a la falta de certeza sobre el uso estratégico de los datos producidos y proporcionados por dichos competidores para vender sus productos.
- Walmart podría utilizar los datos de los usuarios de Cornershop con fines anticompetitivos como: (i) ofrecer ofertas personalizadas a usuarios que normalmente compran productos de otros supermercados; y, (ii) favorecer los productos de Walmart sobre los de sus competidores dentro de la plataforma de Cornershop.

Así, y en relación con el tema de privacidad de datos, la principal preocupación de la Comisión se centró en la posibilidad de que Walmart pudiera un uso estratégico de datos de otras tiendas competidoras y de los consumidores finales que proporcionan y producen en la plataforma Cornershop, que incluyen hábitos de consumo, ofertas, entre otros, en su propio beneficio. Ante estos potenciales riesgos detectados durante su análisis, a mediados de 2019 el Pleno de la COFECE determinó no aprobar esta transacción.

Ley Fintech

En octubre de 2017, la COFECE emitió una opinión no vinculante dirigida al Senado mexicano sobre el Proyecto de Decreto para reformar varias leyes del sector financiero y emitir la primera ley mexicana para regular las Instituciones de Tecnología Financiera (Ley Fintech). El Proyecto de Decreto tenía por objeto regular algunos de los servicios financieros prestados por este tipo de empresas, conocidas como Fintech, así como su organización, operación y funcionamiento.

En el sector financiero, la información del usuario es esencial para que los nuevos participantes, como las Fintech, compitan en igualdad de condiciones con las instituciones bancarias y crediticias tradicionales. Las recomendaciones al Senado estuvieron principalmente dirigidas a que las instituciones financieras tradicionales quedaran obligadas a brindar dicha información a otros participantes del mercado, con el consentimiento de los usuarios.

A principios del 2018, la Ley Fintech fue promulgada, tomando en consideración distintas recomendaciones realizadas por la COFECE, entre éstas se encontraron: (i) reconocer explícitamente que la información financiera es propiedad de los clientes, no de las instituciones financieras; (ii) facilitar el acceso por parte de empresas Fintech a la

información de los clientes que se encuentren bajo el control de entidades financieras tradicionales, así como determinar que los reguladores establecerán tarifas no discriminatorias para la transmisión de información y las condiciones bajo las cuales se permitirán las interrupciones de transmisión.

B. Idoneidad de los marcos jurídicos actuales

1. En su opinión, ¿los marcos normativos o regulatorios existentes pueden abordar adecuadamente los problemas de competencia derivados de la concentración de datos? ¿Cuáles son los cambios que considera necesarios para el marco normativo o regulatorio existente?

La Comisión como órgano constitucional autónomo encargado de velar por la competencia y libre concurrencia en los mercados,¹ cuenta con diversas herramientas que permiten enfrentar buena parte de los retos de la digitalización de la economía en lo que respecta a temas relacionados con competencia en México. Como parte de lo que se consideran las herramientas de competencia tradicionales, la autoridad de competencia cuenta con el análisis de concentraciones, la investigación por la comisión de prácticas monopólicas absolutas (colusión) y relativas (abuso de dominancia). Asimismo, la COFECE cuenta con facultades de emisión de opiniones en materia de competencia respecto de iniciativas de leyes, anteproyectos de reglamentos, decretos, ajustes de programas y políticas, celebración de tratados internacionales, entre otros; así como la facultad para determinar la existencia de insumos esenciales o barreras a la competencia.

Consideramos que la suma de estas herramientas nos permite hacer frente a buena parte de los problemas de competencia que derivan de la concentración de datos que han sido identificados a nivel internacional; sin embargo, existen áreas de oportunidad. Por ejemplo, el marco normativo actual no permite a la Comisión investigar y sancionar prácticas explotativas, las cuales en el entorno digital se traducen en la imposición de términos y condiciones abusivos con el fin de obtener una mayor cantidad de datos privados de usuarios y consumidores y que han sido sancionados en otras jurisdicciones, tal como lo hizo la autoridad de competencia alemana recientemente.

Por cuanto hace a la protección de datos personales, el Instituto Nacional de Acceso a la Información Pública (INAI) es el órgano constitucional autónomo con facultades exclusivas para velar por su protección, para lo cual cuenta con herramientas dentro del marco normativo nacional, entre las que destaca la Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de los particulares. Esta ley, si bien incorpora algunos principios como los derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición a la información que manejan los particulares, los cuales son fundamentales para garantizar la protección de la información de los usuarios de los servicios digitales, no establece expresamente la colaboración con otras

¹ Con excepción de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, de competencia exclusiva del Instituto Federal de Telecomunicaciones.

autoridades en aquellos temas de intersección con otras materias, como la competencia económica.

Además, desde nuestra perspectiva, el marco normativo actual en materia de protección de datos presenta áreas de oportunidad que de ser atendidas podrían incidir de manera positiva en el proceso de competencia. Entre los temas que hemos detectado en la Comisión se encuentra, por ejemplo, el de establecer un mecanismo de portabilidad de datos a favor de los usuarios, que los empoderaría como titulares de sus datos para decidir en qué plataforma, aplicación o servicio compartir esta información, además de que propiciaría una mayor competencia, al permitir que empresas que quieran participar en los mercados digitales pudieran acceder a dichos datos que generalmente están concentrados en las grandes empresas ya establecidas. Con efectos similares también se encuentra la interoperabilidad de datos, que desde la perspectiva de competencia podría reducir las barreras a la entrada para nuevos competidores y el efecto “*single-homing*” relacionado con un único oferente de productos o servicios en el entorno digital.

Otro tema de protección de datos que puede tener incidencia en la competencia económica es la minimización de datos, principio regulatorio que obliga a las empresas a recopilar únicamente los datos que son necesarios para un fin en específico, sin que pueda utilizarse para fines distintos. Esto puede limitar el uso de datos de los usuarios por parte de empresas con posición de dominio en mercados adyacentes o relacionados (práctica conocida como “*leveraging*”).

Asimismo, este principio de minimización podría venir acompañado de la obligación de informar a los usuarios y consumidores de manera clara y precisa el uso y finalidad que se le dará de los datos que son recabados en una plataforma o servicio determinado. El derecho del usuario a ser informado tiene incidencia positiva en los mercados en el sentido de que al contar con consumidores mejor informados, se reduce la asimetría de información entre consumidores y empresas. Al mismo tiempo, facilita que los consumidores identifiquen a aquellas empresas que les ofrezcan mejores condiciones en el tratamiento de sus datos, lo que se traduce en incentivos para que las empresas compitan entre sí en términos de calidad en sus procesos recolección y análisis de los datos personales.

Por lo anterior y tal como se señaló con anterioridad, la Comisión reconoce que en el contexto de la economía digital, cada vez se requieren mayores esquemas de cooperación entre las autoridades responsables de garantizar la protección de los datos personales y las autoridades de competencia.

C. Retos

1. ¿Cuáles considera que son los principales retos, en cuanto a conocimientos técnicos y/o sobre derechos digitales, que podría enfrentar en el contexto de la competencia y la privacidad de datos?

Desde el ámbito de la política de competencia, los retos más relevantes en materia de privacidad de datos identificados por la Comisión son:

1. Ahondar en el entendimiento sobre el papel que juegan la privacidad de los datos (ya sean comerciales o personales) para algunos modelos de negocio y estructuras de mercado dentro de la economía digital.
 2. Reconocer los potenciales efectos anticompetitivos que podrían derivar de conductas de empresas relacionadas con la recopilación, almacenamiento y/o uso de datos personales.
 3. Identificar los potenciales efectos anticompetitivos que podrían resultar de la concentración de bases de datos personales a partir de una adquisición o fusión de dos o más empresas, incluso en mercados aparentemente no relacionados.
 4. Comprender el alcance que podrían tener ciertos acuerdos entre Agentes Económicos (o con usuarios comerciales) que involucren el almacenamiento y/o uso de datos personales.
 5. Disuadir y sancionar aquellas prácticas de discriminación de precios que disminuyan el bienestar de los consumidores y que deriven de la explotación de los datos personales o comerciales de los usuarios.
 6. Comprender la pertinencia y el alcance de las herramientas actuales de competencia y protección de datos personales, así como reconocer si será necesaria alguna modificación al marco legal vigente con miras a enfrentar de mejor manera los desafíos que plantea la economía digital.
 7. Identificar si el diseño institucional vigente es suficiente como para enfrentar los retos de coordinación interinstitucional que demandan los mercados digitales.
2. ¿Cómo ha tratado de superar cualquiera de los retos identificados anteriormente en la pregunta C.1?

En marzo de 2020, la Comisión publicó su Estrategia Digital, en la cual explica las acciones que llevará a cabo para abordar con éxito sus análisis e investigaciones en los mercados digitales. Dentro de las acciones consideradas en la estrategia se encuentran: (i) elaborar un documento con propuestas de política pública para que los mercados digitales beneficien a más consumidores mexicanos; (ii) realizar foros con expertos internacionales que nos permita actualizar y robustecer el conocimiento de nuestro personal en el entendimiento de la operación de plataformas digitales, aprender de la experiencia internacional, especialmente de casos y políticas y normativas realizadas con el entrono digital ; (iii) fortalecer las capacidades técnicas de nuestros colaboradores y robustecer la infraestructura tecnológica de la Comisión, que permitan, entre otras cosas, recopilar y analizar grandes cantidades de datos y entender los alcances de la inteligencia artificial; (iv) fortalecer la cooperación internacional; y, (v) establecer una Unidad de Competencia en Mercados Digitales.

Las acciones consideradas en la Estrategia Digital COFECE, sin duda, han permitido a la Comisión avanzar en el entendimiento sobre las implicaciones que tiene la recolección, almacenamiento y uso de los datos personales para los modelos de negocio que operan en el mundo digital, así como su impacto en el proceso de competencia en ciertos mercados. Ya

se señalaba arriba que hemos hecho un análisis de la normativa mexicana de protección de datos personales, advirtiendo algunas áreas de oportunidad en términos que del manejo de datos que pueden hacer las empresas de los datos personales de sus usuarios y el impacto de esta conducta en los mercados.

Un ejemplo adicional a lo ya mencionado se relaciona con la forma en la que las plataformas y empresas del entorno digital hacen uso de diversas herramientas para recabar y explotar datos personales, frecuentemente sin informar adecuadamente a los usuarios de cuál será el uso que se dará a estos datos o mediante términos y condiciones opacos o bajo condiciones de “take it or leave it”, sin más opciones para el usuario.

D. Participación de la sociedad civil

1. ¿Ha interactuado con organizaciones de derechos digitales en cualquier aspecto de su trabajo respecto a temas de economía digital (por ejemplo, investigaciones, consultas políticas, estudios o informes de mercado, exámenes de fusiones)? Por favor proporcione información detallada sobre el contexto de la interacción (por ejemplo, presentaciones o intervenciones formales, reuniones o eventos informales, etc.) y su resultado. ¿Considera que el conocimiento de las organizaciones sobre privacidad de datos fue útil para superar los desafíos identificados en la sección C (Retos)? Si no ha interactuado con organizaciones de derechos digitales, ¿podría explicar por qué?

No, hasta el momento la COFECE no ha interactuado con organizaciones de derechos digitales para alguno de los procesos a cargo de ésta. Sin embargo, la Comisión reconoce que los retos que plantea la economía digital, cada vez se vuelven más relevante el surgimiento de espacios de colaboración no sólo con otros organismos involucrados en garantizar el correcto funcionamiento de los mercados digitales, sino también con organizaciones del sector privado y de la sociedad civil, a fin de garantizar que estos mercados funcionen en beneficio de los ciudadanos. En este sentido, la COFECE no descarta la posibilidad de futuros esfuerzos de colaboración con organizaciones de derechos digitales.

2. Si las organizaciones de derechos digitales han presentado pruebas o análisis jurídicos, técnicos o de cualquier otro tipo en el contexto de las investigaciones o los exámenes que ha efectuado, ¿qué tan útiles fueron sus aportes para su organización? De ser posible, por favor proporcione ejemplos.

Debido a que, hasta el momento, no se ha presentado una colaboración formal entre la COFECE y alguna organización de derechos digitales, la Comisión no ha recibido ninguna prueba o análisis por parte de dichas organizaciones para alguno de los procedimientos a su cargo.

E. Futuro

1. ¿Espera que interactuará o continuará interactuando con organizaciones de derechos digitales en el futuro? De ser posible, por favor proporcione ejemplos de la interacción que espera tener con organizaciones de derechos digitales.

Como se ha señalado en respuestas anteriores, el rápido desarrollo de la economía digital sin duda exige mayores espacios de cooperación entre las autoridades de competencia y las organizaciones de derechos digitales.

Por ello, es previsible que, un futuro cercano, surjan mayores esfuerzos de colaboración entre la COFECE y organizaciones defensoras de los derechos digitales en México (por ejemplo, Red en Defensa de los Derechos Digitales (R3D), Asociación para el Progreso de las Comunicaciones, Derechos Digitales, Artículo 19, Tec-Check, entre otras), particularmente, en el entendimiento de la relación entre la privacidad de datos y la competencia económica, así como la denuncia de potenciales prácticas anticompetitivas que pudiesen estar afectando el proceso de libre competencia y concurrencia como consecuencia del uso indebido de los datos personales de los usuarios.

2. ¿De qué manera podrían las organizaciones de derechos digitales apoyar mejor su trabajo en el contexto de la economía digital? Por favor dé ejemplos o sugerencias específicas.

Al proporcionar información relevante para la realización de estudios que permitan mejorar el entendimiento de la Comisión con respecto del desarrollo de los mercados digitales en México y el estado que guarda la defensa de los derechos digitales en nuestro país, especialmente en aquellos aspectos que escapan de la competencia de la Comisión pero que requieren ser entendidos para mejorar la labor de la COFECE. Por ejemplo, información sobre el comportamiento de los consumidores en el entorno digital. Adicionalmente, en caso de contar con información, denunciar la realización de prácticas anticompetitivas por parte de Agentes Económicos que participen en los mercados digitales, como consecuencia de vulnerar los derechos digitales de los consumidores en México.

3. Si una organización de derechos digitales quisiera intervenir en el examen de una fusión o una investigación de mercado en curso realizada por su organización en el contexto de la economía digital, ¿qué tipo de pruebas o análisis esperaría que aportaran para apoyar de la mejor manera el examen? Por favor dé ejemplos específicos.

La Ley Federal de Competencia Económica no prevé algún mecanismo para la intervención *motu proprio* de alguna organización durante el análisis de una concentración o de investigaciones por prácticas anticompetitivas o para determinar la posible existencia de barreras a la competencia e insumos esenciales. Sin embargo, en ambos casos la Comisión cuenta con facultades para requerir a cualquier persona información o documentos que se encuentren relacionados con el procedimiento en cuestión, por lo que la participación de organizaciones de derechos digitales puede hacerse por este medio. En el caso de concentraciones, por medio de una entrevista a solicitud de terceros que pudieran verse afectados con el resultado de una operación, la Comisión ha escuchado sus argumentos y preocupaciones, lo que ha permitido contar con una perspectiva más amplia sobre los posibles efectos anticompetitivos cuando se analiza la transacción en cuestión.

En el caso de las investigaciones mencionadas, en ciertas condiciones y bajo los requisitos que establece la ley, estas organizaciones pueden presentar denuncias que permitan iniciar investigaciones en el entorno digital donde pudieran verse vulnerada la privacidad de la información y hubiera afectaciones al proceso de competencia. En estos casos, las organizaciones de derechos digitales pueden proveer de información o evidencia que ayuden a detectar la comisión de prácticas anticompetitivas por parte de ciertos agentes económicos o información sobre los beneficios que genera la realización de ciertas conductas en favor de los consumidores.

Por último y por cuanto hace a los estudios de mercado que elabora la Comisión,² las organizaciones de derechos digitales podrían colaborar con la COFECE al brindarle información relevante sobre el funcionamiento de los mercados que forman parte de la economía digital, así como información sobre las conductas, la percepción y las problemáticas identificadas por los consumidores de productos y/o servicios digitales.

F. Comentarios adicionales

1. Por favor aporte cualquier otra observación que considere pertinente.

Ninguno.

² Los estudios de mercado analizan las características de un mercado en específico con el fin de emitir un documento no vinculante que describa dicho mercado, sus ventajas y problemáticas y generalmente van acompañadas de recomendaciones de política pública que contribuyan a generar o mejorar las condiciones de competencia del mercado analizado. Esto difiere de las investigaciones por prácticas anticompetitivas, que pueden culminar en una sanción impuesta por el Pleno de la Comisión, y de las investigaciones para determinar la posible existencia de barreras a la competencia e insumos esenciales, que pueden culminar en la imposición de obligaciones a particulares, recomendaciones a otras autoridades o la regulación del acceso a un insumo esencial.

RESPUESTA DE LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA (MÉXICO) (TRADUCCIÓN NO OFICIAL AL INGLÉS)

Reply to Privacy International's Inquiry

A. The role of data privacy in competition assessments: State of play

1. Do you feel that your approach to digital economy issues takes adequate stock of the interplay between data privacy and competition? Please explain.

At the start of this millennium, the division between the spheres of economic competition and personal data protection seemed very clear. However, the evolution and advancement of the digitization of the economy has increasingly blurred this division owing to the relevance of data (much of it personal) for the different business models operating in the digital environment. As new business models and companies develop in the digital economy, it becomes increasingly clear that a single behavior by a digital company can have implications in both public policy areas.

In light of the above, in recent years, the Federal Economic Competition Commission (COFECE or Commission) has included in its analysis, in the cases that warrant it, the use or exploitation of consumers' private data as an additional variable to understand how these markets operate. COFECE also recognizes that, to guarantee the comprehensive protection of consumers in the digital environment, a coordinated effort is required from various authorities, including those responsible for safeguarding the privacy of individuals' data.

In this sense, it is important to consider the different types of data privacy norms and/or public policy measures that might have a positive effect in the competition process. For example, imposing obligations that limit the end use of users' data and information can help prevent that companies with a certain degree of market power use information they collect to offer services in adjacent markets. This kind of measure not only prevents harming consumers' right to privacy, but also diminishes a dominant firm's ability to leverage its power in a market in an adjacent market by using the data it has from operating in the first one.

2. Has data privacy been a parameter in any of your decisions or reports, for example, in the context of market studies, merger reviews, investigations, market assessments, design of remedies or regulatory interventions etc.? Please provide specific examples highlighting the relevant context and outcome.

Data privacy is gradually being integrated as one of the variables considered in the COFECE's competition analyses. In particular, this variable was key to resolving two of the cases analyzed by the Commission.

Walmart-Cornershop

In late 2018, the supermarket chain Walmart announced an agreement to acquire for USD 225 million the totality of the company Cornershop, a startup that operated as the main digital platform for home delivery of purchases in supermarkets, price clubs, among others.

Based on its concentration analysis, COFECE decided to not authorize the transaction because it identified several risks, the most relevant of which relate to user data (many of it personal) and are described below:

- The economic agent resulting from the merger could induce Walmart's competitors to abandon the Cornershop platform due to lack of certainty about the strategic use of the data produced and provided by the competitors to sell their products.
- Walmart could use data from Cornershop users for anti-competitive purposes such as: (i) offering personalized offers to users who normally purchase products from other supermarkets; and, (ii) favoring Walmart's products over those of its competitors on the Cornershop platform.

Therefore, and in relation to data privacy, the Commission's main concern was the possibility that Walmart could strategically use for its own benefit data from competing stores and end consumers that supply and produce on the Cornershop platform, including consumption habits, offers, among others. As a result of these potential risks identified during the analysis, in mid-2019 the COFECE Plenary decided not to approve this transaction.

Fintech Law

In October 2017, COFECE issued a non-binding opinion addressed to the Mexican Senate in connection to the Draft Decree to reform several financial sector laws and issue the first Mexican law to regulate Financial Technology Institutions (Fintech Law). The Draft Decree sought to regulate some of the financial services provided by this type of company, known as Fintech, as well as their organization, operation and functioning.

In the financial sector, user information is essential for new entrants, such as Fintechs, to compete on a level playing field with traditional banking and credit institutions. The main purpose of the recommendations to the Senate was requiring that traditional financial institutions provide this information to other market participants, with the consent of the users.

In early 2018, the Fintech Law was enacted, taking into consideration different recommendations made by COFECE, including: (i) explicitly recognizing that financial information belongs to customers and not financial institutions; (ii) facilitating Fintech companies' access to customer information controlled by traditional financial institutions, as well as determining that regulators will establish non-discriminatory fees for the transmission of information and the conditions under which transmission interruptions will be allowed.

B. Adequacy of existing legal frameworks

1. In your view, can existing legal or regulatory frameworks adequately address the competition concerns stemming from data concentrations? What changes to the existing legal or regulatory framework would you consider necessary?

The Commission, as an autonomous constitutional body responsible for overseeing free competition in the markets,¹ has several tools to address many of the challenges posed by the digitization of the economy that involve issues related to competition in Mexico. As part of what are considered traditional competition tools, the competition authority has the analysis of concentrations, the investigation by the commission of absolute (collusion) and relative (abuse of dominance) monopolistic practices. COFECE is also empowered to issue opinions on competition matters in connection to legislative initiatives, draft regulations, decrees, program and policy adjustments, and international treaties, among others, as well as the power to determine the existence of essential inputs or barriers to competition.

We consider that the sum of these tools allow us to address many of the competition problems arising from the concentration of data that have been identified at the international level; however, there are areas of opportunity. For example, under the current regulatory framework the Commission is not allowed to investigate and sanction exploitative practices, which in the digital environment translate into the imposition of abusive terms and conditions with the purpose of obtaining more private data from users and consumers, which has been sanctioned in other jurisdictions, as the German competition authority recently did.

In terms of personal data protection, the National Institute for Access to Public Information (INAI) is the autonomous constitutional body with exclusive powers to ensure its protection, for which it is equipped with tools in the national regulatory framework, including, notably, the Federal Law for the Protection of Personal Data Held by Private Parties. Although this law incorporates some principles such as the rights of Access, Rectification, Cancellation and Opposition to the information held by private parties, which are key to ensuring the protection of the information that belongs to digital services users, it does not expressly establish cooperation with other authorities on issues that intersect with other areas, such as economic competition.

Furthermore, from our perspective, the current regulatory framework on data protection offers areas of opportunity that, if addressed, could positively impact the competition process. For example, one of the issues the Commission has identified is establishing a data portability mechanism for the benefit of users, which would empower them as the owners of their data to decide on which platform, application or service they share this information, while also promoting greater competition by allowing companies that wish to participate in digital markets to access this data, which is generally concentrated in large established companies. Data interoperability also has similar effects, which from a competition perspective could reduce barriers to entry for new competitors and the single-homing effect associated with the existence of a sole supplier of products or services in the digital environment.

¹With the exception of the telecommunications and broadcasting sectors, which are under the exclusive jurisdiction of the Federal Telecommunications Institute.

Another data protection issue that may impact economic competition is data minimization, a regulatory principle that requires companies to collect only the data that is necessary for a specific purpose and not use it for other purposes. This may limit the use of user data by companies with a dominant position in adjacent or related markets (a practice known as leveraging).

Likewise, this minimization principle could be accompanied by the obligation to inform users and consumers in a clear and precise manner about the use and purpose of the data collected on a given platform or service. A user's right to be informed has a positive impact on markets in the sense that having better-informed consumers reduces the asymmetry of information between consumers and companies. It also makes it easier for consumers to identify the companies that offer them better conditions in the processing of their data, which translates into incentives for companies to compete with each other in terms of the quality of their personal data collection and analysis processes.

Considering the above, and as previously noted, the Commission recognizes that in the context of the digital economy, there is a growing need for improved cooperation schemes between the authorities responsible for guaranteeing personal data protection and competition authorities.

C. Challenges

1. What would you identify as the main challenges, with regard to technical and/or digital rights expertise, that you might be confronted with in the context of competition and data privacy?

From the perspective of competition policy, the most relevant data privacy challenges identified by the Commission are:

1. Gaining a deeper understanding of the role of data privacy (whether commercial or personal) for some business models and market structures in the digital economy.
2. Recognizing the potential anti-competitive effects that could arise from company behaviors related to the collection, storage and/or use of personal data.
3. Identifying potential anti-competitive effects that could stem from the concentration of personal databases resulting from the acquisition or merger of two or more companies, even in apparently unrelated markets.
4. Understanding the potential reach of certain agreements between Economic Agents (or with commercial users) that involve the storage and/or use of personal data.
5. Deterring and sanctioning price discrimination practices that decrease consumer welfare and result from the exploitation of the personal or commercial data of users.
6. Understanding the relevance and reach of the existing competition and personal data protection tools, as well as recognizing whether it will be necessary to modify the current legal framework to respond more effectively to the challenges posed by the digital economy.

7. Identifying whether the current institutional design is sufficient to meet the interagency coordination challenges posed by digital markets.

2. How have you sought to overcome any of the challenges identified in Question C.1. above?

In March 2020, the Commission published its Digital Strategy which explains the actions it will take to successfully address its analysis and research in digital markets. Some of the actions considered in the strategy are (i) preparing a document setting forth public policy proposals to ensure that digital markets benefit more Mexican consumers; (ii) holding forums with international experts to keep our staff up to date and to strengthen their knowledge and understanding of the operation of digital platforms, to learn from international experience, especially from cases and policies and regulations developed in connection with digital environments; (iii) strengthening our staff's technical capabilities and the Commission's technological infrastructure, which will allow, among other things, collecting and analyzing large amounts of data and understanding the reach of artificial intelligence; (iv) strengthening international cooperation; (v) establishing a Unit for Competition in the Digital Market. The actions considered in the COFECE Digital Strategy have undoubtedly allowed the Commission to advance its understanding of the implications of the collection, storage and use of personal data for the business models that operate in the digital world, as well as their impact on the competitive process in certain markets. As mentioned above, we have analyzed the Mexican regulations on personal data, noting some areas of opportunity in terms of how companies manage their users' personal data and the impact of this behavior on the markets.

In addition to the aforementioned, another example relates to the way in which platforms and companies in the digital environment use various tools to collect and exploit personal data, often without adequately informing users of how the data will be used, or under opaque terms and conditions or "take it or leave it" conditions, leaving the user with no other options.

D. Engagement with civil society

1. Have you engaged with digital rights organizations in any aspects of your work on digital economy issues (e.g., investigations, policy consultations, market studies or reports, merger reviews etc.)? Please provide details about the context of the engagement (e.g., formal submissions or interventions, informal meetings or events etc) and the outcome. Did you find their data privacy expertise useful to overcoming the challenges identified in section C (Challenges) above? If you have not had any engagement with digital rights organizations, could you please explain why?

No, so far COFECE has not interacted with digital rights organizations for any of the processes under its responsibility. However, the Commission recognizes that in the face of the challenges of the digital economy, the emergence of collaborative spaces with other agencies involved in ensuring the proper functioning of digital markets and also with private sector and civil society organizations, to ensure these markets work for the benefit of citizens, is becoming increasingly relevant. In this sense, COFECE does not rule out the possibility of future cooperation efforts with digital rights organizations.

2. If digital rights organizations have submitted evidence or legal, technical or any other analyses in the context of investigations or reviews carried out by you, how helpful were their submissions for your organization? If possible, please provide examples.

Since, to date, no formal collaboration between COFECE and any digital rights organization has taken place, the Commission has not received any evidence or analysis from such organizations for any of the proceedings under its responsibility.

E. Future

1. Do you expect that you will engage or continue to engage with digital rights organizations in the future? If possible, please provide examples of engagement you expect to have with digital rights organizations.

As outlined in previous responses, the rapid development of the digital economy undoubtedly calls for greater areas of cooperation between competition authorities and digital rights organizations.

Therefore, it is foreseeable that in the near future, there will be an increase in cooperation efforts between COFECE and organizations that defend digital rights in Mexico (e.g., Red en Defensa de los Derechos Digitales (R3D), Asociación para el Progreso de las Comunicaciones, Derechos Digitales, Artículo 19, Tec-Check, among others), particularly regarding the relationship between data privacy and economic competition, as well as reporting potential anti-competitive practices that could be affecting the free competition process as a consequence of the improper use of the users' personal data.

2. How could digital rights organizations better support your work in the context of the digital economy? Please provide specific examples or suggestions.

By providing relevant information related to studies that enhance the Commission's understanding of the development of digital markets in Mexico and the status of the defense of digital rights in our country, especially in those aspects that are beyond the Commission's competence but need to be understood to improve COFECE's work. For example, information on consumer behavior in the digital environment. Additionally, if possessing information to report the anti-competitive practices of economic agents participating in digital markets, as a consequence of violating the digital rights of consumers in Mexico.

3. If a digital rights organization sought to intervene before an on-going merger review or market investigation carried out by your organization in the context of the digital economy, what kind of evidence or analyses would you expect them to provide to best assist you in your review? Please provide specific examples.

The Federal Economic Competition Law does not provide any mechanism that allows organizations to intervene at their own initiative during concentration analysis or investigations of anti-competitive practices or to determine the existence of barriers to competition and essential inputs. However, in both cases, the Commission has powers to request from any person information or documents related to the proceeding in question,

therefore, digital rights organizations may participate in such way. In the case of concentrations, through interviews requested by third parties potentially affected by the transaction, the Commission has listened to arguments and concerns, which has allowed it to have a broader view of potential anti-competitive effects when analyzing the transaction.

In the case of the aforementioned investigations, in certain circumstances and under the requirements established by law, these organizations may file complaints that allow launching investigations in the digital environment, where information privacy could be violated and the competition process could be affected. In these cases, digital rights organizations may provide information or evidence to help identify whether anti-competitive practices have been committed by certain economic agents or information on the benefits to consumers of certain conducts.

Lastly, in relation to market studies prepared by the Commission,² digital rights organizations could cooperate with COFECE by contributing relevant information pertaining to the operation of digital economy markets, as well as information on the behaviors, perceptions and problems identified by consumers of digital products and/or services.

F. Other comments

1. Please provide any other remarks you may consider relevant.

None.

² Market studies analyze the characteristics of a specific market, with the purpose of issuing a non-binding document that describes such market, its advantages and problems, and are generally accompanied by public policy recommendations that seek to generate or improve the competitive conditions of the analyzed market. This differs from investigations into anti-competitive practices, which may culminate in a sanction imposed by the Plenary of the Commission, and investigations to establish the existence of barriers to competition and essential inputs, which may culminate in the imposition of obligations on individuals, recommendations to other authorities or regulating access to an essential input.

RESPUESTA DE LA COMISIÓN HELÉNICA DE LA COMPETENCIA (GRECIA)

ANNEX A: QUESTIONS TO REGULATORS

A. The role of data privacy in competition assessments: State of play

1. Do you feel that your approach to digital economy issues takes adequate stock of the interplay between data privacy and competition? Please explain.

While there are no cases to date examining data privacy considerations, the Hellenic Competition Commission (“HCC”) has adopted an approach that takes adequate stock of the interplay between competition and data privacy.

First, it has recently revamped its internal organisation (see here <https://epant.gr/en/ea/organizational-chart.html> and here [file:///Users/XXXXXXXXXX/Downloads/NewsLetter_issue_3_EN%20\(2\).pdf](file:///Users/XXXXXXXXXX/Downloads/NewsLetter_issue_3_EN%20(2).pdf) , p. 4). Amongst other changes, it has established a dedicated Directorate on media, online services and e-infrastructure.

Second, it has undertaken a number of sector inquiries in sectors where data privacy considerations may be a concern. On the sector inquiry into e-commerce see here <https://epant.gr/en/enimerosi/sector-inquiry-into-e-commerce.html> . The Interim Report (para 380) notes that the uniform application of personal data protection rules at Member State level in the European Union can boost cross-border sales and encourage the completion of the digital single market. From a business perspective and in light of the various applicable legal rules under both EU and national law (personal data and privacy legislation, as well as e-commerce and consumer protection legislation), the publication of guidelines will improve legal certainty. The report also stresses the importance of cooperation between the competent authorities.

On the sector inquiry into fintech see here <https://epant.gr/enimerosi/kladiki-erevna-stis-xrimatooikonomikes-texnologies-fintech.html>

On the sector inquiry into private healthcare see here <https://epant.gr/enimerosi/health.html> (in Greek)

2. Has data privacy been a parameter in any of your decisions or reports, for example, in the context of market studies, merger reviews, investigations, market assessments, design of remedies or regulatory interventions etc. Please provide specific examples highlighting the relevant context and outcome.

See answer above.

B. Adequacy of existing legal frameworks

1. In your view, can existing legal or regulatory frameworks adequately address the competition concerns stemming from data concentrations? What changes to the existing legal or regulatory framework would you consider necessary?

The HCC acknowledges that data concentrations challenge the application of existing competition law tools, both ex post (Art 1 and 2 Greek Competition Act -Law 3959/2011- and Art 101 and 102 TFEU) and ex ante (merger control instruments). There is already an ever growing amount of academic literature and policy reports on this topic (see for instance, N. Economides & I. Lianos, Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Market Failure Perspective, *Journal of Competition Law & Economics*, 2021;, nhab007, <https://doi.org/10.1093/joclec/nhab007>).

With respect to potential changes to the existing legal framework, the HCC endorses the contemplated legislative changes at EU level, subject to the proposals put forward by the heads of the national competition authorities within the European Competition Network (see here https://ec.europa.eu/competition/ecn/DMA_joint_EU_NCAs_paper_21.06.2021.pdf)

At national level, the Law Commission tasked in early 2020 with revising the Greek Competition Act in order to, amongst other issues, make it fit for the digital age has put forward concrete proposals on amending Law 3959/2011. These proposals were put to public consultation (from August 6th – September 3rd 2021). The Law Commission suggested a new provision in the Competition Act (Article 2A), under which the HCC could prohibit an undertaking holding a position of power in an ecosystem of paramount importance with regards to competition in Greece from abusing its power.ⁱ

C. Challenges

1. What would you identify as the main challenges, with regard to technical and/or digital rights expertise, that you might be confronted with in the context of competition and data privacy?

The main challenges, from a practical perspective, with regard to technical and digital rights expertise relate to the lack of the relevant expertise within competition authorities. From a substantive perspective, the main challenges pertain to constructing theories of harm with respect to exploitative abuses, platform discrimination/envelopment and moving beyond traditional economic IO analysis.

The HCC, aware of the challenges posed by the digital economy and in order to boost the respective expertise within the HCC has established a dedicated Directorate on media, online services and e-infrastructure. It has also established a Forensic Investigation/ Detection Unit and will hire a Chief Technology Officer with a team of data scientists as well as a Chief Economist supported by a dedicated team.

In addition, it has established the HCC Data Analytics and Intelligence Platform, which allows better market monitoring in real time (see here <https://www.epant.gr/en/enimerosi/press-releases/item/1373-press-release-presentation-of-the-hcc-data-analytics-and-economic-intelligence-platform.html>).

The HCC has also invested in the use of computational law and economics tools (see the HCC report, [Computational Competition Law and Economics \(epant.gr\)](https://www.epant.gr/en/enimerosi/press-releases/item/1373-press-release-presentation-of-the-hcc-data-analytics-and-economic-intelligence-platform.html))

2. How have you sought to overcome any of the challenges identified in Question C.1. above?

See above

D. Engagement with civil society

1. Have you engaged with digital rights organisations in any aspects of your work on digital economy issues (e.g., investigations, policy consultations, market studies or reports, merger reviews etc)? Please provide details about the context of the engagement (e.g., formal submissions or interventions, informal meetings or events etc) and the outcome. Did you find their data privacy expertise useful to overcoming the challenges identified in section C (Challenges) above? If you have not had any engagement with digital rights organisations, could you please explain why?

The HCC has engaged with digital rights organisations in the context of the e-commerce sector inquiry. Homo Digitalis in particular has contributed actively at the initial stages of the HCC's E-commerce Sector Inquiry through its participation in the public consultation, both by submitting written comments and by

delivering a presentation on the issue of data protection in the digital environment during the relevant teleconference organised by the HCC (see para 1091 of the Interim Report). Additionally, we have noted that industry representatives (such as APPLIA HELLAS) have also taken a keen interest into the interplay between competition and data privacy (see para 1075 of the Interim Report).

In addition, in the context of all the above sector inquiries the HCC has held (or is planning) an open consultation and invited all interested parties/ stakeholders to share their views and comments.

2. If digital rights organisations have submitted evidence or legal, technical or any other analyses in the context of investigations or reviews carried out by you, how helpful were their submissions for your organisation? If possible, please provide examples.

See above.

E. Future

1. Do you expect that you will engage or continue to engage with digital rights organisations in the future? If possible, please provide examples of engagement you expect to have with digital rights organisations.

The HCC looks forward to a closer engagement with digital rights organisations both as part of its ongoing sector inquiries as well as in potential cases in the future.

2. How could digital rights organisations better support your work in the context of the digital economy? Please provide specific examples or suggestions.

They can participate in ongoing sector inquiries or possibly alert the HCC of possible competition law violations.

3. If a digital rights organisation sought to intervene before an on-going merger review or market investigation carried out by your organisation in the context of the digital economy, what kind of evidence or analyses would you expect them to provide to best assist you in your review? Please provide specific examples.

It would be particularly useful to provide evidence of consumers' approach to privacy, possibly as an aspect of quality competition. In addition, their intervention may assist the HCC at the stage of remedial design.

F. Other comments

1. Please provide any other remarks you may consider relevant.

ⁱ Discussing this proposal and its respective potential to address, amongst other issues, data concentrations see M G. Jacobides and Ioannis Lianos, "Ecosystems and Competition Law in Theory and Practice" (CLES Research Paper Series 1/2021) p.32 et seq (forthcoming *Industrial and Corporate Change*, 2021).

RESPUESTA DE LA AUTORIDAD HÚNGARA DE LA COMPETENCIA (HUNGRÍA)

Subject: RE: Privacy International survey on data privacy and competition
From: international <international@gvh.hu>
Date: 04/06/2021, 10:18
To: [REDACTED] <[REDACTED]@privacyinternational.org>
CC: [REDACTED] <[REDACTED]@privacyinternational.org>, [REDACTED]
<[REDACTED]@privacyinternational.org>

Dear Mr [REDACTED],

Thank you for your inquiry.

As you may know, in the practice of the Hungarian Competition Authority (GVH) the question of data privacy has arisen mainly in relation to consumer protection type of cases, such as Facebook (Reg. No. Vj/85/2016.), Google (Reg. No. Vj/88/2016). Please find the links of the press releases on the cases in English.

https://www.gvh.hu/pfile/file?path=/en/press_room/press_releases/press-releases-documents/press_releases_2019/sk_vj_85_2016_lezart_facebook_a&inline=true

https://www.gvh.hu/en/press_room/press_releases/press_releases_2018/competition_proceeding_against_google_is_closed

The full text of the Facebook decision is also available in English.

https://www.gvh.hu/en/resolutions/resolutions_of_the_gvh/resolutions_2016/vj-852016189

Additionally, we would like to note that the International Competition Network (ICN) has a Steering Group project on *Competition law enforcement at the intersection between competition, consumer protection, and privacy*, in which the GVH also involved. The project is still ongoing; however, the scoping paper of the project is available on the ICN website.

<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/05/SG-Project-comp-cp-priv-scoping-paper.pdf>

We hope you will find the above useful.

Kind regards,

International Section
Gazdasági Versenyhivatal (GVH)
the Hungarian Competition Authority

.....
address: HUNGARY H-1054 Budapest, Alkotmány u. 5.
mailing address: H-1391 Budapest, 62. Pf. 211
<http://www.gvh.hu>

RESPUESTA DE LA SUPERINTENDENCIA
DE INDUSTRIA Y COMERCIO (COLOMBIA)
(ORIGINAL EN ESPAÑOL)



Bogotá D.C.,

1000

Señor



Asunto: Encuesta de Privacy International sobre protección de datos y competencia

Respetado señor



Se ha recibido su comunicación electrónica, en la que invita a esta Superintendencia a responder algunas preguntas, formuladas en el Anexo A, relacionadas con la intersección entre la privacidad de datos y las normas de competencia. Dichas preguntas serán respondidas a continuación:

A1 “¿Considera que su enfoque ante los temas de la economía digital tiene en cuenta la interacción entre la privacidad de datos y la competencia? Por favor explique.”

En los últimos años la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante “**SIC**”) ha hecho importantes aproximaciones al análisis de competencia en mercados con plataformas digitales. Estas experiencias han resultado de trascendental importancia porque (i) vinieron acompañadas de procesos de aprendizaje, (ii) tuvieron como resultado un trabajo coordinado entre las autoridades encargadas de velar por el cumplimiento del régimen de datos personales y el régimen de competencia y (iii) ayudaron a entender la importancia de este tipo de plataformas para el desarrollo de los mercados y la innovación tecnológica.

Así las cosas, esta superintendencia en su rol de Autoridad Única de Competencia ha podido concluir que existe una fuerte complementariedad entre la protección de datos y la protección de la competencia cuando se trata de garantizar los derechos de los consumidores y la eficiencia general de la economía digital. En efecto, existen sinergias, entre los dos regímenes mencionados, que se materializan, en primer lugar, durante el examen de los hechos del caso, ya que el análisis desde la perspectiva de los datos personales permite evidenciar el rol que estos juegan en mercados con plataformas digitales, especialmente por el volumen de usuarios y la correlativa cantidad de datos personales involucrados. Y, en segundo lugar, desde el diseño de soluciones óptimas, como por ejemplo en el caso de condicionamientos impuestos durante el control previo de integraciones empresariales, que realmente tengan en cuenta la lógica que subyace a la transacción o negocio y que depende principalmente de los datos personales.





A2 “¿La privacidad de datos ha sido un parámetro en alguna de sus decisiones o informes, por ejemplo, en el contexto de estudios de mercado, exámenes de fusiones, investigaciones, análisis de mercado, el diseño de recursos o intervenciones regulatorias, etc.? Por favor de ejemplos concretos, subrayando el contexto y el resultado pertinentes”

En 2019, los tres bancos más grandes del país, solicitaron la preevaluación de una operación de concentración ante la entidad encargada de la vigilancia y control de los mercados financieros, la Superintendencia Financiera de Colombia (En adelante “SFC”). Los tres bancos pretendían crear una empresa en común (en adelante NewCo) con sustento en una innovación tecnológica que conectaría a instituciones públicas y privadas con los ciudadanos en una plataforma digital para intercambiar datos necesarios para certificar su identidad personal. NewCo es la primera empresa que prestaría el servicio de identidad digital en Colombia.

NewCo estaría encargada de consolidar información de los usuarios contenida en las diferentes instituciones que la custodian para luego ponerla a disposición de instituciones públicas y privadas interesadas en tener acceso a la información, previa autorización del usuario. Esta operación podría fortalecer la toma de decisiones y minimizar los riesgos de fraude que pueden verse reflejados en menores costos y mayores eficiencias en general. Por ejemplo, desde el punto de vista de un banco, es útil conocer cuáles de las personas que adquieren obligaciones financieras están en capacidad real de cumplirlas. Si el banco conoce esa información a través de un aplicativo capaz de brindar certeza acerca de la identidad real de las personas que acceden a sus servicios, entonces sabrá cuál es la probabilidad de que la persona cumpla o no con sus obligaciones financieras. En ese sentido, el banco podrá prestar dinero más barato a personas capaces de cumplir pues no tendrá que incluir costos de tiempo ni de investigación. Esto, a su vez, reducirá las pérdidas por concepto de obligaciones incumplidas y contribuirá a que los consumidores de estos servicios financieros obtengan créditos más baratos.

La SFC le solicitó concepto a la SIC para integrarlo al análisis del impacto de la operación de NewCo sobre el mercado. Para emitir el concepto la SIC estudió los mercados donde tendría efectos la operación. Por un lado, el mercado de los servicios financieros por tratarse del mercado en el que operan los bancos y, por otro lado, el mercado de aplicativos para identificación digital.

La SIC determinó que el mercado financiero no se altera estructuralmente porque la nueva empresa no operaría en este mercado junto a los bancos. Sin embargo, NewCo le otorga un activo diferenciador frente a sus competidores a los tres bancos más grandes en Colombia al ser la única plataforma en el mercado de aplicativos para la identificación digital. Es importante mencionar que en conjunto estos bancos cuentan con más de treinta millones de usuarios activos (aproximadamente al 78% de la población económicamente activa a nivel nacional para 2018), circunstancia que podría ser relevante para el análisis de los efectos de red de la operación y la constitución del poder de mercado tanto de los bancos como de NewCo. Como los efectos de red son positivos, entre más usuarios (ciudadanos e instituciones) existan en la plataforma, mayores serán sus beneficios y mayor poder tendrá NewCo.

Por lo expuesto, la SIC le sugirió a la SFC incluir algunos condicionamientos a la operación para mitigar cualquier efecto restrictivo de tipo horizontal y vertical que pudiera ocasionarse en la competencia. En lo que respecta al poder de mercado de NewCo, la SIC destacó la





necesidad de mantener la independencia entre la nueva sociedad y sus futuros accionistas (los bancos), así como su obligación de incluir un trato equitativo y no discriminatorio entre los distintos clientes y usuarios de la nueva sociedad.

Vale la pena resaltar que la SIC también recomendó el adecuado tratamiento y protección de los datos personales de los clientes o usuarios de la nueva sociedad. En particular, llamó la atención acerca de que no debería gestionarse la migración automática y no consentida de los datos personales e información confidencial de los usuarios o clientes de los bancos a la nueva sociedad. Para esa migración se requerirá autorización previa, expresa e informada por parte de los clientes. Este último condicionamiento y la obligación de mantener la interoperabilidad de los nuevos desarrollos para la migración de usuarios a otras plataformas sin costos adicionales, resultó de la participación activa de la autoridad de protección de datos personales y la autoridad de competencia (que hacen parte de la SIC), dado el rol que los datos personales juegan en mercados con plataformas digitales, especialmente por el volumen de usuarios y la correlativa cantidad de datos personales involucrados en este caso particular.

En conclusión, las recomendaciones de la SIC estuvieron orientadas a la prevención de las prácticas anticompetitivas que pudieran surgir de la operación de NewCo frente a (i) la restricción de entrada de nuevos rivales en el mercado de aplicativos para la identificación digital y (ii) el posible aprovechamiento del poder de mercado en el sector financiero para consolidar con los datos de sus usuarios poder de mercado para NewCo.

En el siguiente vínculo se podrá consultar el concepto mencionado para una mejor referencia del lector:
https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/integracion_empresarial/pdf/2019/julio/BANCOLOMBIA%20-20DAVIVIENDA%20%20BANCO%20DE%20BOGOT%C3%81.pdf

B1 “En su opinión, ¿los marcos normativos o regulatorios existentes pueden abordar adecuadamente los problemas de competencia derivados de la concentración de datos? ¿Cuáles son los cambios que considera necesarios para el marco normativo o regulatorio existente?”

El régimen general de protección de la competencia, establecido por el legislador en el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, norma que además determina los componentes de ese régimen, al señalar que está constituido por “La Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen”. Dicho régimen tiene como finalidad general la protección del derecho a la libre competencia, referenciando la necesidad de su actualización “a las condiciones actuales de los mercados”, conforme al objeto establecido en el artículo 1 de esa ley.

Así las cosas, el marco normativo existente permite a esta Superintendencia abordar los problemas de competencia derivados de la violación al régimen de protección de datos personales.

C1 “¿Cuáles considera que son los principales retos, en cuanto a conocimientos técnicos y/o sobre derechos digitales, que podría enfrentar en el contexto de la competencia y la privacidad de datos?”





- **Definición del mercado relevante**

Escenarios con plataformas digitales retan la estrategia tradicional que se emplea para definir el mercado relevante. Las herramientas para la definición del grado de sustituibilidad del producto en ocasiones no son suficientes para comprender con rigor la totalidad de la estructura del mercado¹, el comportamiento de los agentes involucrados y el resultado de sus interacciones cuando existen múltiples lados. La estrategia tradicional, si bien no debe ser descartada, está diseñada para abordar tradicionalmente las dinámicas en mercados de un solo lado, razón por la cual omite el análisis de los efectos de red y algunas condiciones contractuales centrales referidas a los mercados con múltiples lados.

- **Determinación del poder de mercado**

Para determinar el poder de mercado de cada uno de los agentes que interactúan en los múltiples lados que componen una plataforma es preciso analizar las externalidades de red. No basta el estudio de las condiciones de mercado de un solo lado, sino que es necesario estudiar el efecto de las presiones competitivas de los demás lados que hacen parte de la plataforma², incluida la plataforma misma. La cantidad de individuos presentes en cada lado del entorno económico y las condiciones del mercado en las que se desenvuelven, afectan indirectamente todas las interacciones que tienen lugar en ecosistemas con plataformas.

Las condiciones contractuales que regulan la interacción entre los agentes de la plataforma son relevantes porque coordinan los incentivos que cada uno tiene para participar en ese mercado³. Que las autoridades de competencia omitan estas circunstancias y en su lugar, haciendo uso de sus herramientas preventivas o correctivas, intervengan mercados que por sí mismos han equilibrado sus incentivos podría ocasionar el desbalance de objetivos que soportan su existencia y motivan el desarrollo de innovaciones tecnológicas.

- **Detección de conductas anticompetitivas**

Las plataformas en sí mismas son innovaciones tecnológicas que han cambiado la forma en que los usuarios realizan transacciones en los mercados. Los consumidores cuentan con mayor información relacionada con los bienes y servicios que buscan adquirir a través de este medio. Los oferentes tienen acceso a una mayor cantidad de consumidores que no tendrían si no existieran estos nuevos canales. Estas condiciones propias de los mercados digitales contribuyen a la perfección de la información disponible para la toma de decisiones de los agentes de quienes se encuentran a cada lado del mercado. Por ejemplo, en un contexto de información completa los oferentes pueden llegar a discriminar los precios porque conocen la disponibilidad a pagar de cada consumidor⁴. Mientras que en contextos tradicionales donde la información es incompleta tal discriminación difícilmente podría explicarse sin considerar un eventual escenario anticompetitivo. El reto de las autoridades de competencia en este escenario será identificar si las dinámicas que son de la naturaleza de este tipo de mercados tienen alcances procompetitivos o anticompetitivos y si se justifica cualquier tipo de intervención.

¹ Ver: Etgar y Goodwin (1982), Filistrucchi, Geradin, Damme, y Affeldt (2014), entre otros.

² Ver: Rochet y Tirole (2004), Tremblay (2017), entre otros.

³ Ver: Wals y Schinkel, (2018), Behringer y Filistrucchi (2015).

⁴ Ver: Reed Shiller (2014).





- **Acceso a la información relacionada con las transacciones, contratos y demás interacciones desarrolladas en las plataformas**

Esta información es relevante para la aproximación de las autoridades pues pueden servir como insumo para la detección de nuevas conductas tendientes a limitar la libre competencia económica. El problema es que en muchas ocasiones las empresas encargadas de almacenar, usar y explotar la información de la plataforma no se encuentran radicadas en la zona geográfica donde las interacciones económicas surten efecto. Esta circunstancia limita en gran medida la capacidad de las autoridades de competencia para adoptar medidas efectivas en procura de un adecuado funcionamiento del mercado.

La razón por la que se genera ese problema está relacionada con el carácter global de los mercados analizados y de las tecnologías en las que se sustentan. Frente a ese carácter global, las autoridades de competencia, individualmente consideradas, apenas si tienen una influencia y un poder de acción local⁵.

C2 “¿Cómo ha tratado de superar cualquiera de los retos identificados anteriormente en la pregunta C.1?”

Es conveniente resaltar la actuación de la SIC frente al reto de acceso a la información relacionada con las transacciones, contratos y demás interacciones desarrolladas en las plataformas

Ante esa barrera la entidad acudió a un mecanismo previsto en la normativa colombiana en materia de Competencia que, además de reprimir comportamientos orientados a la obstaculización de las investigaciones, tiene la capacidad de enviar un mensaje de prevención general al mercado. Con base en el mecanismo en cuestión, en el año 2019 la SIC impuso a una plataforma digital que opera en Colombia y a algunos de sus agentes una multa por casi USD630.000. Esta multa se impuso porque la empresa y sus agentes, acatando una política corporativa orientada a limitar el acceso de las autoridades a la información relevante de la compañía, lograron obstaculizar el curso de la investigación que estaba dirigida a determinar si su conducta en el mercado podía constituir restricciones a la libre competencia económica.

El punto central de este tipo de actuaciones es que, más allá de las dificultades metodológicas que implica la estrategia que emplean las autoridades de competencia para abordar mercado con plataformas digitales, el acceso a la información relacionada con las interacciones dentro de estos mercados también se encuentra limitada. La situación empeora si no existe suficiente colaboración por parte de las empresas o dinámicas de coordinación entre las autoridades de competencia para poner en marcha todas las gestiones necesarias para brindar obtener la información necesaria para el ejercicio de sus funciones.

D1 “¿Ha interactuado con organizaciones de derechos digitales en cualquier aspecto de su trabajo respecto a temas de economía digital (por ejemplo, investigaciones, consultas políticas, estudios o informes de mercado, exámenes de fusiones)? Por favor proporcione información detallada sobre el contexto de la interacción (por ejemplo, presentaciones o intervenciones formales, reuniones o eventos informales, etc.) y su

⁵ Ver: Eleonor Fox (2009).





resultado. ¿Considera que el conocimiento de las organizaciones sobre privacidad de datos fue útil para superar los desafíos identificados en la sección C (Retos)? Si no ha interactuado con organizaciones de derechos digitales, ¿podría explicar por qué?”

La Delegatura para la Protección de la Competencia de la SIC aún no ha interactuado con organizaciones de derechos digitales.

Sin embargo, resulta pertinente mencionar que la Ley 1340 de 2009 en su artículo 19⁶ prevé que los terceros interesados podrán ser reconocidos y participar como tales en las investigaciones por prácticas comerciales restrictivas de la competencia (actuación administrativa), aportando las consideraciones y pruebas que consideren pertinentes.

E3 “Si una organización de derechos digitales quisiera intervenir en el examen de una fusión o una investigación de mercado en curso realizada por su organización en el contexto de la economía digital, ¿qué tipo de pruebas o análisis esperaría que aportaran para apoyar de la mejor manera el examen? Por favor dé ejemplos específicos”

En primer término, se aclara que de acuerdo con la normatividad vigente (Ley 1340 de 2009 y la Resolución SIC No. 2751 del 29 de enero de 2021, básicamente), en el procedimiento administrativo de integraciones empresariales (Notificación y Pre-evaluación), en principio solamente las intervinientes de la operación participan en el procedimiento; aparte claro está, de las entidades de regulación, control y vigilancia del sector que corresponda y en la etapa procedimental dispuesta en el numeral 4 del artículo 10 de la Ley 1340.

Cabe precisar que en el procedimiento de pre-evaluación existe un plazo preclusivo de diez (10) días, contado a partir del día hábil siguiente a la publicación en el portal web institucional de una síntesis de la operación proyectada, durante el cual, terceras personas (diferentes de las intervinientes) pueden aportar información para allegar elementos de juicio a esta Superintendencia que servirán para complementar el análisis de Autoridad de la operación.

En cuanto a las pruebas, no existe un medio probatorio exclusivo como tampoco una tarifa legal de los medios probatorios. En cada caso, los elementos probatorios para acreditar la información presentada dependerán del sector económico o mercado relevante que corresponda analizar, si se trata de una integración horizontal o vertical y en general, de los posibles efectos que sobre la libre competencia económica tendría la operación proyectada.

En este sentido, y solo a manera de ejemplos, se pueden aportar pruebas documentales diversas, como estudios de mercado con la debida idoneidad técnica y profesional, pruebas de naturaleza técnica y en general, medios probatorios que sustenten los argumentos

⁶ Artículo 19 Ley 1340 de 2009

“Los competidores, consumidores o, en general, aquel que acredite un interés directo e individual en investigaciones por prácticas comerciales restrictivas de la competencia, tendrán el carácter de terceros interesados y además, podrán, dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la publicación de la apertura de la investigación en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, intervenir aportando las consideraciones y pruebas que pretendan hacer valer para que la Superintendencia de Industria y Comercio se pronuncie en uno u otro sentido.

Las ligas y asociaciones de consumidores acreditadas se entenderán como terceros interesados.

(...)”





presentados respecto de los efectos que la operación proyectada tendría en la libre competencia económica (eliminación de un competidor importante, aumento en los niveles de concentración, ausencia de productos sustitutos, existencia de barreras de entrada al mercado relevante definido, posibles cierres de mercado, posibles efectos coordinados, entre otros).

F1 “Por favor aporte cualquier otra observación que considere pertinente”

la SIC es una entidad con funciones de inspección, vigilancia y control tanto sobre la Protección de la Competencia, como de la Protección de Datos personales y la Protección del Consumidor.

Los regímenes legales en los que se enmarcan dichas disciplinas, aunque son de naturaleza diferente, se relacionan al estar contruidos sobre la misión de avanzar en la protección de los derechos constitucionales individuales y colectivos reconocidos en Colombia. (i) derecho fundamental a la privacidad, a la protección de la información personal y al buen nombre. (ii) derecho a la libre competencia económica

Cuando una de las delegaturas de la SIC identifica que un caso puede involucrar hechos que pueden ser relevantes para otra área, se encuentra obligada a remitir el caso al área competente. Estos casos pueden ser manejados en paralelo por las delegaturas competentes, cada una de ellas enfocándose en hacer cumplir el régimen aplicable según las competencias a su cargo. Esto significa que los mismos hechos pueden ser investigados desde diferentes perspectivas.

Atentamente,

SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

Elaboró:

Revisó y aprobó:



RESPUESTA DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO (COLOMBIA) (TRADUCCIÓN NO OFICIAL AL INGLÉS)

Bogotá D.C.

1000

Mr.



PRIVACY INTERNATIONAL (PI)

[\[redacted\]@privacyinternational.org](mailto:[redacted]@privacyinternational.org)

Subject: Privacy International Survey on Data Protection and Competition

Dear Mr. [redacted]:

We have received your electronic communication inviting this Superintendency to answer some questions, formulated in Annex A, in relation to the intersection between data privacy and competition rules. Please find the answers to these questions below:

A1 “Do you feel that your approach to digital economy issues takes adequate stock of the interplay between data privacy and competition? Please explain.”

In recent years, the Superintendence of Industry and Commerce (hereinafter “SIC”) has made important inroads in the analysis of competition in markets with digital platforms. These experiences have been crucially important because (i) they resulted in learning processes, (ii) they led to coordinated work between the authorities responsible for ensuring compliance of the personal data and the competition regimes, and (iii) they helped understand the importance of this type of platforms for the development of markets and technological innovation.

In light of the above, in its role as Single Competition Authority, this superintendence has concluded that there is strong complementarity between protecting data and protecting competition in terms of guaranteeing the rights of consumers and the overall efficiency of the digital economy. In effect, there are synergies between these two regimes that materialize, firstly, when the facts of the case are examined, because an analysis that includes a personal data approach highlights its role in markets with digital platforms, especially given the volume of users and the correlative amount of personal data involved. And, secondly, in the design of optimal solutions that actually take into account the logic underlying the transaction or business and that depend mainly on personal data, for instance in the case of conditions imposed during the ex ante control of business integrations.

A2 “Has data privacy been a parameter in any of your decisions or reports, for example, in the context of market studies, merger reviews, investigations, market assessments, design of remedies or regulatory interventions etc.? Please provide specific examples highlighting the relevant context and outcome.”

In 2019, the country's three largest banks requested the pre-evaluation of a concentration operation by the entity responsible for the oversight and control of financial markets, the Financial Superintendency of Colombia (hereinafter "SFC"). The three banks wished to create a joint venture (hereinafter "NewCo") founded on a technological innovation that would connect public and private institutions with citizens on a digital platform to exchange the data necessary to certify their personal identity. NewCo is the first company that would provide digital identity services in Colombia.

NewCo would be tasked with consolidating user information held by the different institutions that custody it and then making it available to public and private institutions interested in accessing the information, subject to user authorization. This operation could strengthen decision making and minimize the risks of fraud, which could be reflected in lower costs and greater efficiency in general. For example, from a bank's point of view, it is useful to know which of the people who acquire financial obligations are actually able to meet them. If the bank learns this information through an application that can provide certainty about the real identity of the people accessing its services, then it will know the likelihood that the person will or will not meet his or her financial obligations. In that sense, the bank will be able to lend cheaper money to people who are able to meet their obligations because it will not have to include the cost of time or research. This, in turn, will reduce losses arising from defaults and help the consumers of these financial services obtain cheaper credit.

The SFC requested an opinion from the SIC to incorporate it into the analysis of the effect of NewCo's operation in the market. To issue the analysis, the SIC studied the markets impacted by the operation. On the one hand, the financial services market, since it is the market in which banks operate, and on the other, the market for digital identity applications.

The SIC found that the financial market would not be altered structurally because the new company would not operate in this market alongside the banks. However, NewCo provides a distinguishing asset to the three largest banks in Colombia, as it is the only platform for digital identity applications in the market. It is important to note that in aggregate these banks have more than thirty million active users (approximately 78% of the national economically active population for 2018), a circumstance that could be relevant in analyzing the network effects of the operation and the structure of both NewCo's and the banks' market power. As network effects are positive, the more users (citizens and institutions) there are on the platform, the greater the benefits and the greater the power of NewCo.

For these reasons, the SIC suggested to the SFC that it include conditions to the operation that would mitigate any restrictive horizontal and vertical effects it might have on competition. Regarding NewCo's market power, the SIC highlighted the need to maintain the new company's independence from its future shareholders (the banks), as well as its obligation to include equitable and non-discriminatory treatment among the different clients and users of the new company.

It is worth noting the SIC also recommended the adequate treatment and protection of the personal data of customers or users in the new company. In particular, it highlighted that the personal data and confidential information of the banks' users or customers should not be automatically and non-consensually migrated to the new company. This migration should require the prior, express and informed authorization of customers. This last condition and the obligation of maintaining the interoperability of new developments for the migration of users to other platforms without additional costs, resulted from the active participation of the personal data protection authority and the competition authority (which are part of the SIC), given the role that

personal data is playing in markets with digital platforms, especially due to the volume of users and the correlative amount of personal data involved in this particular case.

In conclusion, the SIC's recommendations sought to prevent anti-competitive practices potentially resulting from NewCo's operations in relation to (i) restricting the entry of new rivals in the market for digital identity applications and (ii) the potential exploitation of market power in the financial sector to consolidate NewCo's market power through the data of its users.

The above-mentioned opinion may be accessed in the following link, for the reader's further reference:

https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/integracion_empresarial/pdf/2019/julio/BANCOLOMBIA%20-20DAVIVIENDA%20%20BANCO%20DE%20BOGOT%C3%81.pdf

B1 “In your view, can existing legal or regulatory frameworks adequately address the competition concerns stemming from data concentrations? What changes to the existing legal or regulatory framework would you consider necessary?”

The general regime to protect competition, established by the legislator in article 4 of Law 1340 of 2009, a norm that also determines the components of such regime by stating that it encompasses “Law 155 of 1959, Decree 2153 of 1992, this law and the other provisions that amend or add to them.” This regime's general purpose is to protect the right to free competition, noting the need to update it “to the current conditions of the markets,” in accordance with the purpose set forth in Article 1 of this law.

Accordingly, the existing regulatory framework allows this Superintendency to address competition issues arising from the infringement of the personal data protection regime.

C1 “What would you identify as the main challenges, with regard to technical and/or digital rights expertise, that you might be confronted with in the context of competition and data privacy?”

- **Defining the relevant market**

Digital platform scenarios challenge the traditional strategy used to define the relevant market. The tools to define a product's degree of substitutability do not always suffice to rigorously understand the entire market structure¹, the behavior of the agents involved and the outcome of their interactions when there are multiple sides. The traditional strategy, which should not be discarded, is designed to address in a traditional manner the dynamics in one-sided markets, which is why it omits an analysis of network effects and some central contractual conditions related to multi-sided markets.

- **Determining market power**

To determine the market power of each one of the agents interacting on the multiple sides that constitute a platform, it is necessary to analyze the network externalities. Studying only one side's market conditions is not enough; it is also necessary to study the effect of the competitive pressure of the other sides that are also part of the platform², including the platform itself. All the interactions that take place in platform ecosystems are affected by the number of individuals

¹ See Etgar y Goodwin (1982), Filistrucchi, Geradin, Damme, y Affeldt (2014), among others.

² See Rochet y Tirole (2004), Tremblay (2017), among others.

present on each side of the economic environment and the market conditions in which they operate indirectly.

The contractual conditions regulating the interactions between the platform's agents are relevant because they coordinate the incentives that each one of them has for participating in that market³. If competition authorities ignore these circumstances and instead, using their preventive or corrective tools, intervene in markets that have balanced their own incentives, the result could be an imbalance in the objectives that support their existence and motivate the development of technological innovations.

- **Detection of anti-competitive behavior**

The platforms themselves are technological innovations that have changed the way in which users carry out transactions in the markets. Consumers have more information regarding the goods and services they seek to purchase through this channel. Offerors have access to more consumers than if these new channels did not exist. These conditions, intrinsic to digital markets, contribute to perfecting the decision-making information available to the agents of the participants on each side of the market. For example, in a full-information context, offerors could discriminate prices because they have knowledge of each consumer's the willingness to pay⁴. On the other hand, in traditional contexts where information is incomplete, such discrimination could hardly be explained without considering an eventual anti-competitive scenario. In this scenario, competition authorities are confronted with the challenge of identifying whether the dynamics intrinsic to this type of markets are pro-competitive or anti-competitive and whether any type of intervention is justified.

- **Access to information related to transactions, contracts and other interactions conducted on the platforms.**

This information is relevant for the authorities' approach, as it can be used as an input to identify new conducts that tend to limit free economic competition. The issue is that in many cases the companies that store, use and exploit information on the platform are not located in the geographic area where the economic interactions take place. This circumstance significantly limits the ability of competition authorities to take effective measures to ensure the proper functioning of the market.

This problem is caused by the global nature of the markets being analyzed and the technologies on which they are founded. Faced with this global nature, the competition authorities, individually considered, only have local influence and power to act⁵.

C2 “How have you sought to overcome any of the challenges identified in Question C.1. above?”

It is convenient to highlight the actions of the SIC regarding the challenge posed by access to information related to transactions, contracts and other interactions carried out on the platforms.

In response to this barrier, the entity turned to a mechanism established in Colombian Competition law that, in addition to repressing behaviors that seek to obstruct investigations, has the capability to send a general precautionary message to the market. Based on this mechanism,

³ See Wals y Schinkel, (2018), Behringer y Filistrucchi (2015).

⁴ See Reed Shiller (2014).

⁵ See Eleonor Fox (2009).

in 2019, the SIC imposed a fine of almost USD630,000 on a digital platform operating in Colombia and some of its agents. The fine was imposed because the company and its agents, abiding by a corporate policy aimed at limiting the authorities' access to the company's relevant information, managed to obstruct an investigation that sought to establish whether its conduct in the market might restrict free economic competition.

The main point of this type of action is that, beyond the methodological difficulties posed by the strategy used by competition authorities to engage with markets with digital platforms, access to information related to interactions in these markets is also limited. The scenario is made worse if the companies do not cooperate sufficiently or if there are no coordination dynamics among the competition authorities to implement all the necessary steps to obtain the necessary information to exercise their duties.

D1 “Have you engaged with digital rights organizations in any aspects of your work on digital economy issues (e.g., investigations, policy consultations, market studies or reports, merger reviews, etc.)? Please provide details about the context of the engagement (e.g., formal submissions or interventions, informal meetings or events etc.) and the outcome. Did you find their data privacy expertise useful to overcoming the challenges identified in section C (Challenges) above? If you have not had any engagement with digital rights organizations, could you please explain why?”

The SIC Office for the Protection of Competition has not yet interacted with digital rights organizations.

However, it is relevant to note that article 19⁶ of Law 1340 of 2009 provides that interested third parties may be accredited and participate as such in investigations into business practices restrictive of competition (administrative action), submitting the considerations and evidence they believe is relevant.

E3 “If a digital rights organization sought to intervene before an on-going merger review or market investigation carried out by your organization in the context of the digital economy, what kind of evidence or analyses would you expect them to provide to best assist you in your review? Please provide specific examples.”

First of all, it should be clarified that pursuant to the regulations in force (Law 1340 of 2009 and SIC Resolution No. 2751 of January 29, 2021, basically), during the business integration administrative procedure (Notification and Pre-evaluation), in principle only the parties involved in the operation participate in the procedure, aside from, of course, the relevant sector's regulatory, control and oversight entities and during the procedural stage provided for in numeral 4 of Article 10 of Law 1340.

It is relevant to note that in the pre-evaluation procedure there is a non-extendable term of ten (10) days, counted from the business day after the publication on the institutional web portal of a

⁶ Article 19 of Law 1340 of 2009

“Competitors, consumers or, in general, anyone who can prove a direct and individual interest in an investigation of restrictive business practices, will be considered an interested third party and may also, within fifteen (15) working days after publishing the initiation of the investigation on the website of the Superintendency of Industry and Commerce, intervene by providing the considerations and evidence they intend to invoke for the Superintendency of Industry and Commerce to rule in one way or another.

Accredited consumer leagues and associations will be deemed interested third parties.

(...)”

summary of the proposed transaction, during which third parties (other than the intervening parties) may submit information that will complement the Authority's analysis of the transaction.

In terms of evidence, there is not a sole or exclusive type of evidence, nor a statutory or preset system to weigh evidence (*tarifa legal*). For each case, the evidentiary elements to prove the submitted information will depend on the relevant economic sector or market under analysis, on whether it is a horizontal or vertical integration and, in general, the potential effects on free economic competition.

In this sense, and by way of example, different types of documentary evidence can be submitted, such as market studies with the appropriate technical and professional suitability, technical evidence and, in general, evidence that supports the arguments presented about the effects of the proposed transaction on free economic competition (elimination of an important competitor, increase in concentration levels, absence of substitute products, existence of entry barriers to the relevant market identified, possible market closures, possible coordinated effects, among others).

F1 "Please provide any other remarks you may consider relevant."

The SIC is an entity responsible for inspecting, monitoring and controlling the Protection of Competition, as well as the Protection of Personal Data and the Protection of Consumers.

The legal regimes that frame these disciplines, although different in nature, relate to each other as they are built on the mission of advancing the protection of individual and collective constitutional rights recognized in Colombia: (i) the fundamental right to privacy, to the protection of personal information and to one's good name. (ii) the right to free economic competition

When one of the SIC offices determines that a case may involve facts that may be relevant to another area, it has the duty to refer the case to the competent area. These cases may be handled in parallel by the competent offices, each of them focusing on enforcing the applicable regime according to the duties under their responsibility. This means that the same facts may be investigated from different perspectives.

Sincerely,

[Redacted Signature]

DEPUTY SUPERINTENDENT FOR THE PROTECTION OF COMPETITION

Prepared by: [Redacted]

Reviewed and approved by: [Redacted]

RESPUESTA DEL DEPARTAMENTO DE JUSTICIA (ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA)

Subject: RE: Media Inquiry from [REDACTED] – Privacy International (non-governmental organisation)

From: "[REDACTED]" <[REDACTED]@usdoj.gov>

Date: 22/07/2021, 19:44

To: "[REDACTED]@privacyinternational.org" <[REDACTED]@privacyinternational.org>

Hello [REDACTED],

We thank you for your interest, but decline the request at this time.

Best,

[REDACTED]

DOJ Office of Public Affairs

