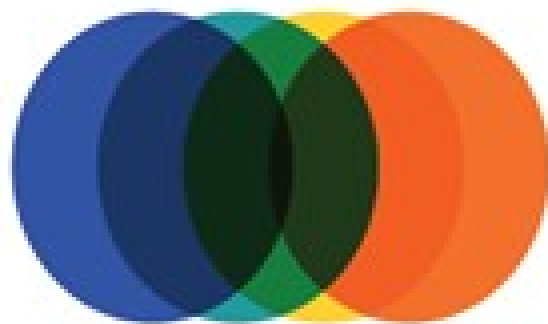


Efectividad de los programas de clemencia

Lisboa, 3ª Conferência Luso-Espanhola de Direito da Concorrência

Lisboa, 28 e 29 de novembro de 2013 Auditório VdA (Av. Duarte Pacheco 26)

Jesús alfaro águila-real, catedrático de derecho mercantil. Uam - of counsel linklaters



3.ª CONFERÊNCIA LUSO - ESPANHOLA DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA

3ª CONFERENCIA LUSO-ESPAÑOLA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

3º PORTUGUESE - SPANISH CONFERENCE ON COMPETITION LAW

Eficacia de los programas de clemencia

En general:

- dado que los cárteles son secretos, the prosecution system is poorly efficient
- Pero los cárteles son acuerdos inestables (Stigler) e ilegales (non enforceable)
- Pueden descubrirse y sancionarse con más facilidad si se generan incentivos a sus participantes para denunciar ante las autoridades la existencia del cártel y su modo de funcionamiento de tal manera que sus miembros puedan ser sancionados y las sanciones tengan efecto preventivo

a successful policy, which completely deters crime, might be indistinguishable from an ineffective policy with very low detection.

Eficacia de los programas de clemencia: bright side

- los programas de clemencia **disuaden la creación y sostenimiento de los cárteles a través de la desestabilización de los mismos** al generar '*race to cooperate*'
 - increases the payoff of cheating = prisoners' dilemma: The Deviator captures the reduction in fines & at the same time undercuts the collusive price.
 - conspirators can exploit the policy to raise rivals' costs in subsequent periods
- se incrementa la probabilidad de detección, lo que, ex ante,
- **hace más arriesgado entrar en un cártel** a la vez que
- se **incrementa la cuantía esperada de la multa**
 - Race to the Courthouse causes to increase the expected present value of penalties from continuing to collude.
 - porque la autoridad dispondrá de información más completa y precisa sobre el cártel lo que le permitirá incrementar la sanción (ZOIDO 2008)
- **differentiation of penalties** according to the role played by the different co-conspirators can have the effect of raising the cost of setting up and running cartels (Wils)

Eficacia de los programas de clemencia bright side

The size of this effect of leniency on cartel formation and stability depends essentially on three factors (Wils):

- the expected **leniency discount**: the higher the discount – the higher the penalty – , the higher the incentive to cooperate (certainty affects the discount)
- the **probability of detection** and punishment in the absence of cooperation (the higher the probability, the higher the incentive to cooperate), and
- the **profitability of the cartel** (the higher the profitability, the lower the incentive to cooperate).

Eficacia de los programas de clemencia bright side

- Leniency as a method to obtain information from breakers of antitrust rules. **Advantages** (Wils)
- Se reduce el coste administrativo de perseguir los cárteles (compárese con settlement procedure, todavía más barato) it can be used to obtain all kinds of information, not just existing documents; it saves on search costs in that the collecting of relevant information is done by the undertaking and its staff; it does not suffer from reliability problems,
- Se facilita la obtención de indemnizaciones de daños
- incentivar a las empresas a **conservar información potencialmente incriminatoria**. virtuous circle (facilita la prueba de los cárteles a la autoridad y de su gravedad:
*We show that firms may willfully keep the hard evidence, even if a leniency program is not available, **in order to enhance the stability of the cartel**. Additionally, we prove that **firms are more inclined to keep the hard evidence when a leniency program is available**. Finally, we demonstrate that firms are **more likely to destroy the hard evidence when the collusive profits-fine ratio increases Agisilaou (2012)***

Requisitos de Eficacia de los programas de clemencia

Perez BUSTAMANTE/LÖWHAGEN

- Multas elevadas “el palo (la sanción) debe ser suficientemente fuerte como para que la zanahoria (la oportunidad de evitar la sanción colaborando con las autoridades) resulte más apetecible (GUTIÉRREZ y ZOIDO)
- Riesgo de descubrimiento del cártel
- Transparencia y predictibilidad del programa de leniency

Leniency as a game between the competition authorities and the cartel participants and their lawyers

- **At the stage of the application for leniency**, the cartel participants' lawyers will try to obtain for their clients immunity from penalties or as high a reduction as possible, while giving as little evidence as possible of the antitrust violations. Even if they obtain full immunity, it is generally **against their interest to have the violation fully established**, as this can only increase their liability in follow-on private actions for damages.
- At the **stage of the formation and maintenance of cartels**, cartel participants will try to adapt their organization to the leniency policies, so as to minimize the destabilizing effect, or even (if the leniency policies are badly designed) to exploit the leniency policies to their advantage. (W. Wils 2007)

Eficacia de los programas de clemencia dark side

Se reduce la cuantía de la multa esperada (**Cartel Amnesty Effect**)

- it **encourages the entry of new fellows** into the illegal business by lowering their expected sanction and thus the compensation that the boss has to secure them at the hiring stage.
- **incrementan el sobreprecio** en los cárteles que resten. Si más cárteles son descubiertos gracias a estos programas, ex ante, un potencial cartelista exigirá mayores beneficios para arriesgarse a participar en un acuerdo. Por tanto, los que se formen en un entorno con programas de clemencia tenderán a fijar precios (supracompetitivos) más altos que los que se fijarían en otro caso (Spagnolo).
- leniency is more powerful **when firms anticipate only short-lived cartel profits**
- a higher fine may deter crime but **will encourage corruption**: the fraction of criminals that cooperate and the optimal amnesty rate are both lower in the presence of a less corrupt justice.
- Harrington (2008), when the detection probabilities (absent a conspirator's cooperation) is sufficiently high, cartels collapse immediately and all conspirators race for leniency. When the probability is sufficiently low, cartels are stable and conspirators never confess.

Eficacia de los programas de clemencia

dark side: efectos sobre persecución de cárteles

With the introduction of a leniency program, **the investigation of cases not involving leniency is likely to change and, as a result, this will affect the probability that a cartel is caught and convicted.**

As an antitrust authority has limited resources, if resources are used to handle leniency cases then fewer resources are available to effectively prosecute non-lenieny cases. **This doesn't necessarily imply that non-lenieny enforcement is weaker, however.** If a leniency program is successful in reducing the number of cartels, there will **be fewer non-lenieny cartel cases, in which case the authority may still have ample resources to effectively prosecute them.** Furthermore, an optimizing antitrust authority is likely to adjust its enforcement policy - for example, how it allocates prosecutorial resources across cases - in response to what is occurring with leniency applications. Thus, **while we expect the probability that a cartel is caught and convicted to change when a leniency program is put in place, it isn't clear in which direction it will go.** (Hang - Harrington 2010)

Eficacia de los programas de clemencia: soluciones al dark side

- **Elevar las multas** para el que no coopere “Sufficiently high expected sanctions would make collusion too risky, independent of the shape of leniency programs.” (Spagnolo)
- **No grant substantial leniency** to the third, fourth, fifth, sixth or seventh cooperating cartel member: (¿suprimirlas una vez que hay settlement?) Motta and Polo (2003) it can be efficient to reduce fines even when the authority has already started an investigation, but has not yet obtained evidence of misbehavior
- Increase **the acceptability of higher penalties**. Pero, es imprescindible reservar las elevadas multas para las conductas inequívocamente dañinas: hard core cartels
- Trade off regarding the **quality of evidence**:
 - Cuanto + exijamos al 1º, más deterrence pero menos casos (¿o no?.
 - Cuanto - exijamos, + casos pero necesidad de incrementar las reducciones de multas a 2º 3º etc.
 - Sin embargo, la UE redujo el nivel de exigencia en 2002 respecto de 1996: iniciar una investigación dirigida/pruebas de la existencia de un cártel’ *Under the 1996 Notice, a company had to be the first to ‘adduce decisive evidence of the cartel’s existence’. Immunity can be given under point 8(b) if ‘the undertaking is the first to submit evidence which in the Commission’s view may enable it to find an infringement of Article 81 EC*

Eficacia de los programas de clemencia: soluciones al dark side

- **Individual leniency:** se exime de las multas a los gestores. Pero éstas no son, en primer lugar, significativas salvo en los ordenamientos en los que hay sanciones penales por cártel. Tiene sentido, en tal caso, que la leniency incluya la persecución penal

Corporate fines are unlikely to efficiently deter conduct by an individual employee because he will internalize almost none of the fine imposed against his employer.

- Un **programa de premios a whistleblowers** se diferencia de un individual or corporate leniency program en que se induce a QUIEN NO HA TOMADO PARTE EN LA INFRACCIÓN O NO PUEDE SER SANCIONADO POR ELLA (empleados de la empresa) a poner a disposición de la autoridad la información sobre la infracción ¿es deseable?
Pros y contras

Eficacia de los programas de clemencia riesgos en la implementación

- all the members of a cartel **collectively denouncing** it to the antitrust enforcement authorities and claiming leniency, only after having fully implemented the cartel agreement up to its time of natural death
- the use of leniency as a mechanism to **punish deviations** from the cartel agreement, and hence, reinforcing it: **centralizing evidence** on the cartel by the leader
- **Negative moral effects**: guilty remains unpunished; unequal treatment of offenders can be reduced by not granting leniency to the leader and, in any case, to the coercer
- The nightmare scenario for any immunity applicant is to come in first in one jurisdiction and lose the race in another.
- speed up the resolution of cases
- Uncertainty in the qualification process will kill an amnesty program
- Drop the requirement for an evidential threshold?

Eficacia de los programas de clemencia: Differences between criminal organizations and CARTELS

CARTELS

- Contratos de “sociedad”
- **Firms are not criminal organizations but organizations that eventually commit crimes**
- You can influence the propensity of firms to cartelize
- Firms take the opportunity to make a clean sweep in the company (change of control or CEO)
- “the ability of undertakings to identify breaches of competition rules and discipline the employees that have committed such breaches is limited” (Geradin)
- lower rank employees do not benefit from cartels & are not charged even where cartels are criminal offence

CRIMINAL ORGANIZATIONS

- Jerarquía
- son **más estables**: strong internal cohesion
- Enforcement muy superior
- Larger rewards needed to induce whistleblowers
- Los **jefes no tienen incentivos para autodenunciarse**: *many among the most influential mafia heads never cooperated with the justice, even if being charged with several life sentences*
- accomplices rarely decided to blow the whistle before being under investigation

**Compliance programs Parent Company liability,
Fines level**

EFICACIA DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA

teoría económica

- leniency programs **increase the perception of effectiveness** Borrell, Jiménez y García (2013) la introducción de programas de delación mejora más la efectividad de la política en los países de menores niveles de efectividad
 - An immediate increase in cartel discoveries following an innovation is consistent with **enhanced detection** capabilities, and a **subsequent readjustment below pre-innovation** levels is consistent with enhanced deterrence capabilities (Miller 2009).
 - following an efficacious leniency program, the average duration of discovered cartels rises in the short run and falls in the long run (Zhou 2012)
 - when leniency is sufficiently great, policy serves to reduce cartel stability. When instead leniency is sufficiently mild, a deviator would not apply for leniency (Chong/Harrington 2010)
- that guaranteed amnesty to first confessors may be an important component of successful leniency programs***

Experimentos

The number of cartels detected in the United States and in Europe has increased considerably since the introduction of corporate leniency programs in antitrust legislation. It cannot, however, be ruled out that this apparent success results in part from increased cartel activity. We explore the effects of corporate leniency programs on pricing and cartel activity by use of an experiment. We find that in the lab (i) fewer cartels are established when a leniency program is in place, and (ii) cartels that do exist are less successful in charging prices above the static Nash equilibrium price and have lower survival rates.

HINLOOPEN/SOETEVEENT (2008)

Leniency displays significantly lower prices than Standard which actually gives the highest market prices of all treatments. The lowest prices are found in Ideal, and there is no significant difference between Leniency and Ideal. Leniency furthermore gives the lowest percentage of cartel formation

Apesteguía y otros 2005

when the possibility of being betrayed and reported is present, and much more so when leniency policies increase the incentives to betray and report, **the worsening of the Trust Problem** (the increased fear and cost of being betrayed) assumes more importance compared to other considerations. Bigoni y otros 2012

Estudios empíricos: Klein (2011)

¿mercados más competitivos tras implementar leniency?

*If we expect that cartels lead to a less competitive outcome (for example collusive outcome vs. oligopoly outcome), the counterfactual hypothesis for a test of effectiveness of leniency programs should be whether there is a more competitive environment after the implementation of a leniency program. Therefore, effectiveness of cartels can be analyzed by investigating the intensity of competition in possibly cartelized industries. **If, ceteris paribus, competition intensity increases due to the implementation of leniency programs, a leniency program is effective.** Empirical analysis shows that leniency programs have a robust and throughout negative impact on the PCM, which is approximately between 3 % and 5 %. This implies a positive impact on the competitive environment at the industry level.*

Shortcomings of the 1996 notice solved by 2002/2006 notice

- The legislation had an even lower level of **transparency, certainty, and predictability** than the U.S. 1978 Amnesty Program;
- Leniency applicants could be granted amnesty from legal prosecution only if the Commission had not already opened an investigation and, when granted amnesty, leniency applicants were **required to immediately cease** their participation in the collusion, which could hamper the potential investigation into the cartel;
- By the time the international cartels were disclosed or the leniency application was made, **most had already failed or ceased operating;**
- **Fines** for breaching the competition rules were **rather low;**
- The most important cartel investigations concerned international infringements, investigations of which were mostly prompted by or even **mirrored investigations by the Antitrust Division**
- **¿Excluir a los ringleaders?** No: cartels often had more than one ringleader, the role of ringleaders was very diverse and ringleaders were typically the largest cartel members (Bos/Wanschneider 2011)

EFICACIA DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA: el cambio de la notice 1996 a la notice 2002

1996

- during the **six years of operation of the 1996 Notice, leniency was requested in a total of sixteen separate cases...** mainly reductions of fines.
- under the 1996 Notice most leniency applications were made following Commission inspections, with the objective of receiving a reduction in the fines to be imposed,

2002

- Since the entry into force of the Notice in February 2002, the Commission had received, by the end of September 2005, **80 applications for immunity (6 and 79 applications for a reduction of fine** By the end of September 2005, the Commission had granted conditional immunity decisions in 49 cases.
- most applications are immunity applications, **made before the Commission has taken any investigative steps**. Most of these decisions were indeed followed up by surprise inspections or requests for information within weeks after conditional immunity was granted
- as the Commission started to investigate the cartels denounced to it, a second wave of applications was made by companies seeking the largest possible reduction of fines. These new applicants have sometimes also brought in new cases in other product areas. And so, one case leads to the next.

Detecting cartels?

Over three quarters of the European Commission (hereafter “EC”) **leniency applications by first-in applicants took place not before but after a cartel collapses;**

Nearly 40 percent of the applications by first-in applicants **postdated cartel dissolution** by at least a year;

Assuming that conspirators report a cartel as soon as the cartel ends overstates leniency’s efficacy in enhancing detection and saving enforcement resources, as **more than half of the applications by first-in applicants postdated the dawn raids**

Zhou/Gärtner

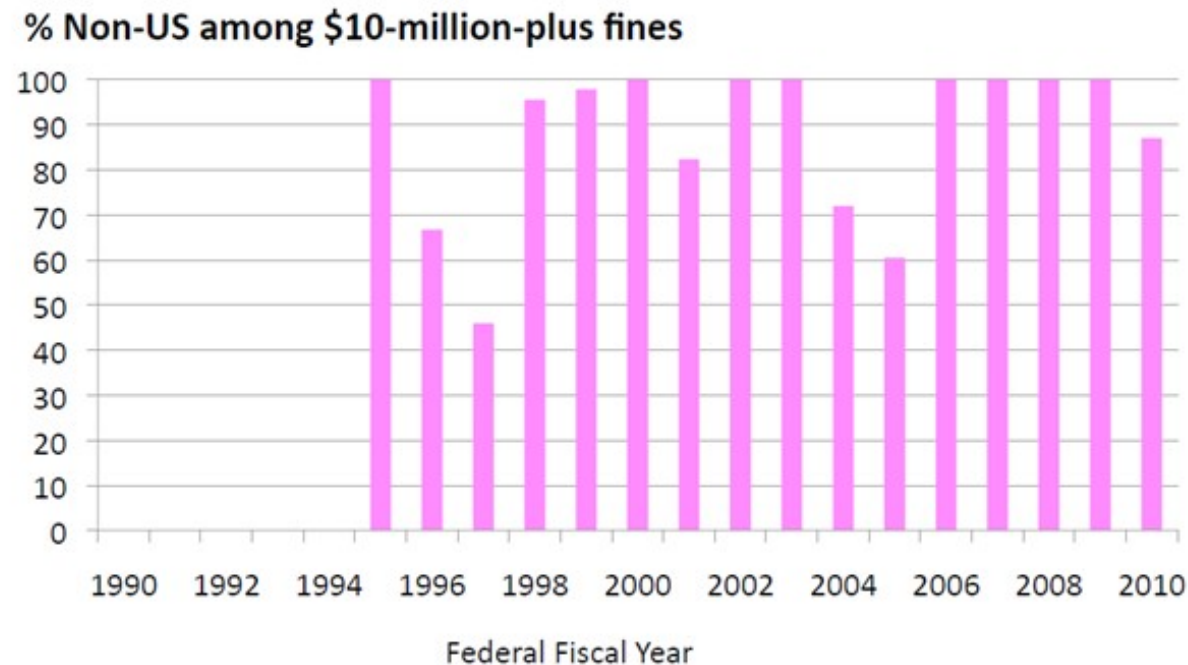
Conclusión

- Con multas muy elevadas, una autoridad no corrupta y con medios y una cultura empresarial de compliance, los programas de leniency sirven para “limpiar el pasado”.
- Las empresas dejan de cartelizarse por las condiciones de mercado (incentivos para la colusión); por efecto del enforcement de la prohibición de cárteles (concentrada en las industrias en las que las condiciones para la colusión son muy favorables); y por incremento de la cultura de competencia y moralidad empresarial
- En pocos años, los grandes cárteles habrán desaparecido
- No hay que preocuparse porque la Comisión esté sobresaturada de solicitudes de clemencia
- El programa de leniency permite a la autoridad “aprender”.
- screening industries for suspected cartels: sospechosos habituales (cement, azúcar...)
- Vamos a ver qué ha pasado en España: tener en cuenta que el programa de leniency empieza en 2008 y que

En muchos países de Europa, los cárteles eran lícitos hasta 1993 (Finlandia donde el 90 % de la industria estaba cartelizada en 1990)

Conclusión: en usa se han acabado los cartelistas

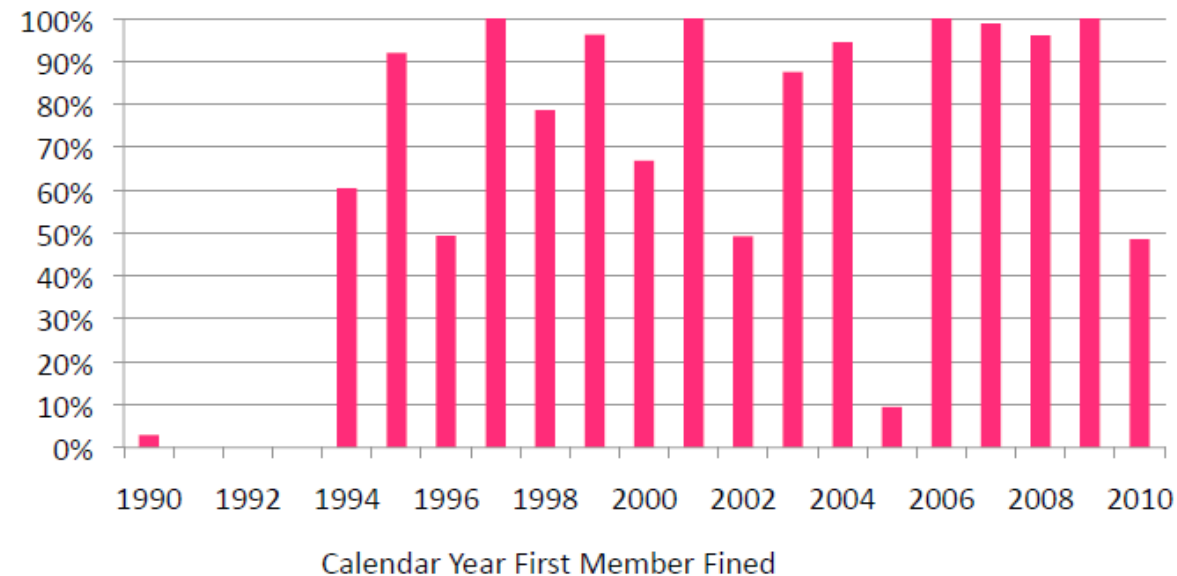
Proportion of Large DOJ Corporate Fines that Are Non-U.S., 1990-2010



Conclusión: en usa se han acabado los cartelistas

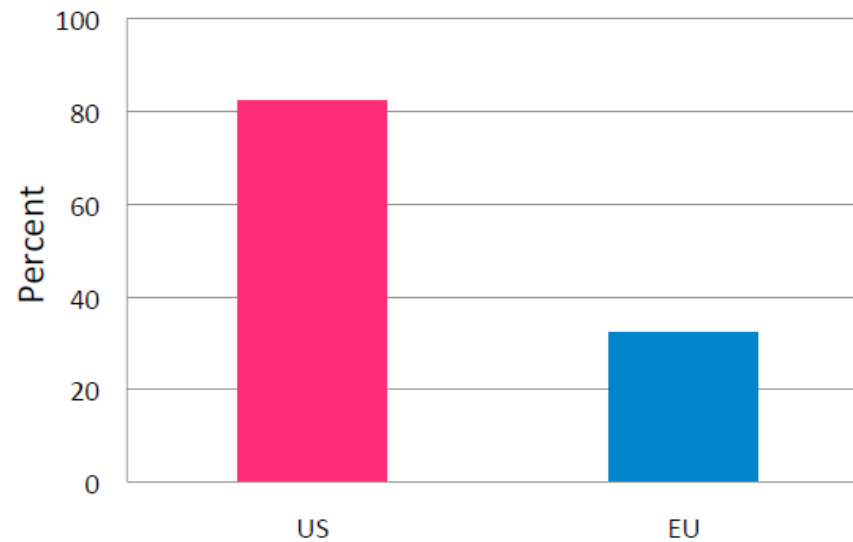
Proportion of DOJ Fines from **Non-U.S. Corporations**, 1990-2010

% Non-US among All Intl. Cartel fines



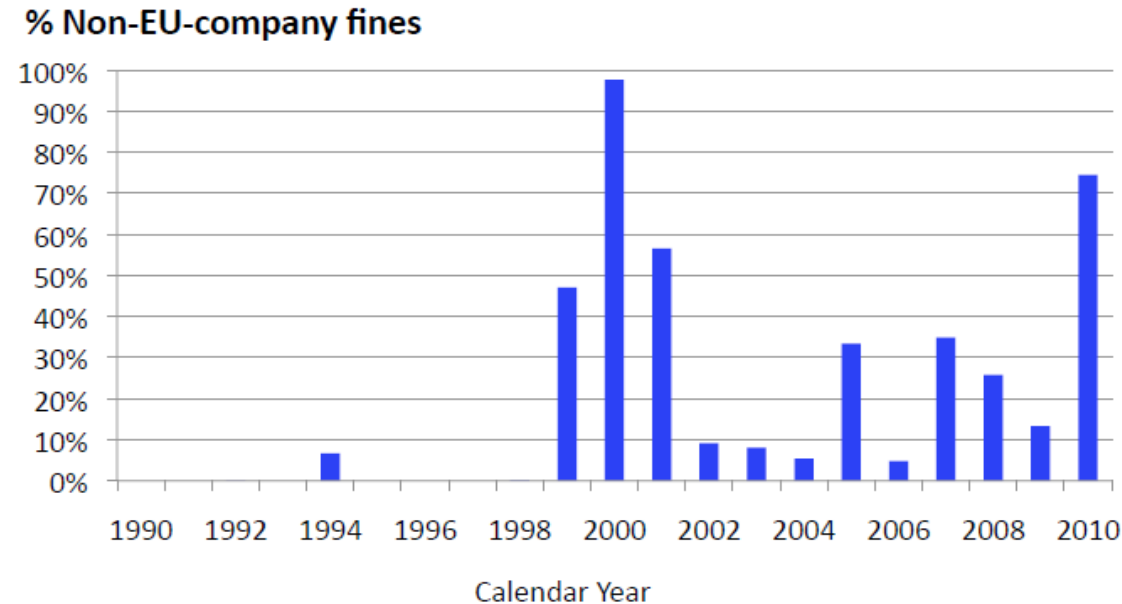
Conclusión: en usa se han acabado los cartelistas y en europa vamos con 10 años de retraso

1990-2010 Fines Paid by Cartelists Headquartered Outside US or EU



Conclusión: en usa se han acabado los cartelistas y en europa vamos con 10 años de retraso

Proportion of All EC Fines
on **Non-EU Companies**, 1990-2010



Conclusión: ¿y qué hacemos con los reincidentes?

Están en unos pocos sectores,
en los que la autoridad puede
concentrar su vigilancia

Connors/Helmers

Table E. The 11 Largest International Cartel Recidivists, 1990-2005

Company (other & former names)	HQ	Number of Convictions
BASF AG	DE	26
Total S.A. (TotalFinaElf, Atofina)	FR	18
Hoffmann-La Roche	CH	17
Akzo Nobel	NL	14
Aventis (Hoechst, Rhone-Poulenc, Sanofi)	FR/DE	14
ENI (Ente Nazionale, AGIP, Syndial, Polimeri)	IT	14
Shell (Royal Dutch Shell)	NL	14
Degussa (Huels)	DE	13
Bayer AG	DE	11
Mitsubishi Corp.	JP	10
Mitsui & Co. Ltd.	JP	10

Source: Appendix Table 11

MEJORAR LA Eficacia de los programas de clemencia: CASO GELES DE BAÑO

- **La CNC no facilita al solicitante de clemencia información que haya obtenido de otras fuentes y que le sirva para completar su solicitud de clemencia.** Si la CNC hubiera hablado claro sobre el problema que tenía con Colgate (que HENKEL había contado que Colgate no había ido a la primera reunión y sí a la segunda cuando SARA LEE había declarado que sí había ido a la primera pero no a la segunda), la Resolución habría sido más sólida en este punto.
- La consecuencia ha sido la **sentencia de la Audiencia nacional anulando** la sanción a Colgate.
 - *No ha sido probado que algún representante de CP España asistiera a alguna de las reuniones del cártel (se dice que "no se ha demostrado que asistiera a la primera reunión");*
 - *tampoco que se ha probado que CP España conociera el contenido de alguna de las reuniones,*
 - *ni que las competidoras considerasen que CP España era parte del cártel. - Tampoco se ha demostrado que algún miembro del cártel informase a CP España del contenido de la reunión del día 1 de diciembre de 2005 o de cualquiera de las reuniones posteriores. -*
 - *Por último, no se ha probado que algún representante de CP España se comprometiera con los acuerdos de cártel (se reconoce que "no se ha demostrado que COLOMER y COLGATE mostraran públicamente su conformidad" con el cártel).*
 - *Además ha quedado demostrado que la decisión de la recurrente de reducir el tamaño de los envases de sus productos tuvo lugar mucho tiempo después y, por tanto, que no se debía al hecho de ser parte en un acuerdo con sus competidores. SAN 8 de julio de 2013*

por qué la CNC no podía considerar probada la participación de Colgate-Palmolive en UNA reunión?

HENKEL declara que asistieron (f115): HENKEL, SARA LEE, COLOMER y PUIG (cita literalmente el nombre de cada uno de los asistentes). Declara que si bien **COLGATE no estuvo presente en la reunión sí que fue informado personalmente por el mismo HENKEL** del contenido y resultado de la misma. **SARA LEE** declara la asistencia de los mismos cinco implicados, aunque declara no recordar el nombre de los representantes de COLGATE y COLOMER, pero sí **la intervención del representante de COLGATE en la que indicó que una vez viera el cambio de formato de los otros competidores, también reduciría sus formatos, y que pidió pruebas a Myrurgia (PUIG) de que iba a reducir el formato**, a lo que ésta contestó que las tendría al comunicárselo a los distribuidores con antelación (f180)

Segunda reunión Sobre la fecha y lugar de realización. se convocó a los cinco representantes de las cinco implicadas; nadie anunció su no asistencia; el lugar de celebración fue el mismo de la anterior; la reunión se celebró tal y como fue convocada, con la asistencia de todos; COLOMER comunicó que no reduciría el tamaño de sus envases y Colgate no hizo ningún comentario. Tras terminar esa reunión, los representantes de HENKEL, SARA LEE y PUIG, que se conocían por haber trabajado juntos con anterioridad tomaron el aperitivo en un bar próximo. Constan llamadas telefónicas posteriores a ese día de HENKEL a COLGATE, sin obtener de COLGATE una decisión final). Por su parte, SARA LEE, en su declaración primera (f153) declara: (TEXTO ORIGINAL CONFIDENCIAL) (resumen: que las cinco asistentes a la primera reunión acordaron tener una segunda reunión pero que ésta finalmente no se realizó, aunque representantes de PUIG, SARA LEE y HENKEL si se volvieron a reunir una segunda vez entre febrero y marzo de 2006 para confirmar la reducción de los envases”

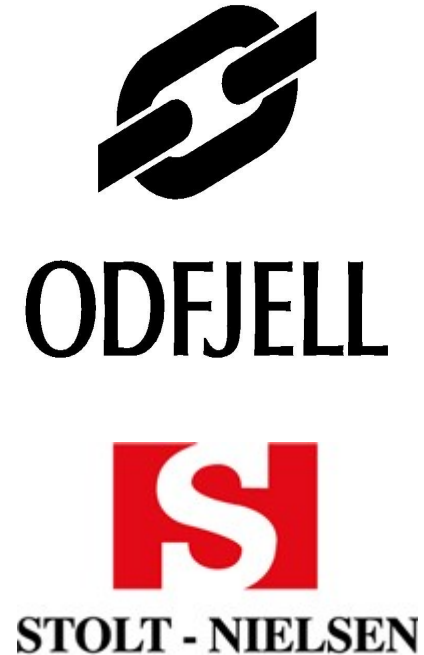
MEJORAR LA Eficacia de los programas de clemencia: CASO GELES DE BAÑO

- La CNMC actúa así para que no se le pueda reprocha de contaminar la información del solicitante de clemencia y que ésta tenga más valor como prueba si coincide espontáneamente con otras declaraciones.
- Pero esto es partir de la presunción de que el solicitante de clemencia miente.
- A eso, se suma que la CNC presta demasiada atención durante el procedimiento a si el solicitante de clemencia "merece" la exención.
- La Comisión Europea adopta una postura mucho más práctica.
 - Una vez un solicitante de clemencia entre en el programa, la Comisión Europea se sirve de su ayuda para conseguir una decisión lo más sólida. Sin complejos.
 - Comisión Europea pregunta formalmente por hechos que conoce a través de las inspecciones o de otros solicitantes de clemencia. Pregunta si has estado en tal reunión. Con fecha y participantes. Lo que facilita que pueda comprobarse dentro de la compañía si es así. Sobre todo, si estás hablando de algo que pasó hace tiempo

¿Exigencias de comportamiento al solicitante de leniency? why cartel-like activity may persist post-cartel

- contracts are long term agreements
- investment may lead to capacity constraints, The parcel tanker industry requires large fixed assets (ships) that are relatively specialized
- the cartel may have operated as an equilibrium selection device. That is, firms need to choose where to enter and how. In this environment the cartel may operate to coordinate play so that a particular equilibrium in the entry game is selected. Whether this gives rise to any antitrust harm depends on the theory of equilibrium selection in the absence of a cartel.
- to avoid signaling that there was a cartel occurring and to diminish the magnitude of any inferred damages (and hence fines) should the cartel be discovered and prosecuted.

Asker (2010)



Requiring immediate disclosure to affected parties

- If a firm such as Stolt stops colluding on bidding for new contracts, but retains all existing contracts, then the distortive harm from the collusive activity persists.
- competitors continued to attempt to collude with Stolt after Stolt withdrew from the cartel resulted in less competition in bidding for new contracts
- Did clients know of the cartel and the extent to which the relevant law allows the existing contracts to be rescinded and renegotiated.
- The effect of merely **informing the market as to the existence of previous cartel activity** is dramatically illustrated in Christie and Schultz (1995), who show that **publicity regarding implicit collusion among NASDAQ market makers caused spreads to halve overnight.**
- such a duty would, increase the cost of applying for leniency by increasing the probability of private antitrust suits.
- create incentives to get parties to seek leniency as soon as possible after conduct is discovered.



ODFJELL

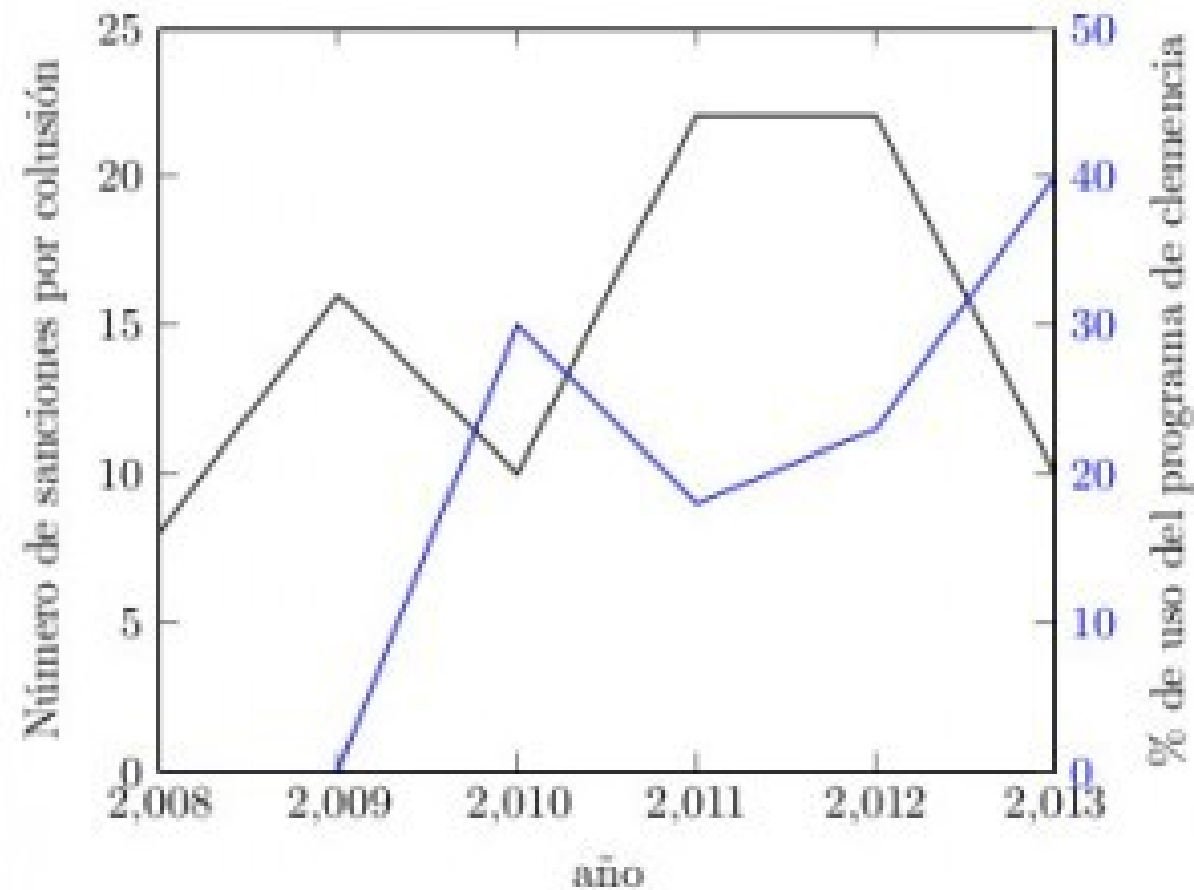


STOLT - NIELSEN

LA DESAPARICIÓN DE UN CÁRTEL INDUCE A LA CONCENTRACIÓN



La CNMC “sólo” sanciona sobre la base de una solicitud de clemencia en un 40 % de los casos



La CNMC “sólo” sanciona sobre la base de una solicitud de clemencia en un 40 % de los casos

Tabla 3. Resoluciones sancionadoras de la CNC en conductas restrictivas

Año	Resoluciones sancionadoras con aplicación del programa de clemencia (a)	% (a/b)	Total conductas colusorias (b)	% (a/c)	Total conductas restrictivas (art. 1, 2 y 3 LDC) (c)
2008	0	-	8	-	13
2009	0 *	-	16	-	25
2010	3	30	10	30	10
2011	4	18	22	14	29
2012	5	23	22	17	29
2013**	4	40	10	36	11

Fuente: CNC y elaboración propia.

Tabla 1. Resoluciones de la CNC en las que se aplicó el programa de clemencia

Fecha de la Resolución	Expediente
10/12/2009	S/0085/08 DENTÍFRICOS
21/01/2010	S/0084/08 FABRICANTES DE GEL
28/07/2010	S/0091/08 VINOS FINOS DE JEREZ
31/07/2010	S/0120/08 TRANSITARIOS
02/03/2011	S/0086/08 PELUQUERÍA PROFESIONAL
24/06/2011	S/0185/09 BOMBAS DE FLUIDOS
10/11/2011	S/0241/10 NAVIERAS CEUTA-2
02/12/2011	S/0251/10 ENVASES HORTOFRUTÍCOLAS
23/02/2012	S/0244/10 NAVIERAS BALEARES
02/08/2012	S/0287/10 POSTENSADO Y GEOTECNIA
15/10/2012	S/0318/10 EXPORTACIÓN DE SOBRES
07/11/2012	S/0331/11 NAVIERAS MARRUECOS
21/11/2012	S/0317/10 MATERIAL DE ARCHIVO
15/02/2013	S/0343/11 MANIPULADO DE PAPEL
28/02/2013	S/0342/11 ESPUMA DE POLIURETANO
25/03/2013	S/0316/10 SOBRES DE PAPEL
23/05/2013	S/0303/10 DISTRIBUIDORES SANEAMIENTO

Fuente: CNC y elaboración propia.

MIENTRAS QUE LA COMISIÓN EUROPEA SE DEDICA, PRÁCTICAMENTE EN EXCLUSIVA, A SANCIONAR CÁRTELES AUTODENUNCIADOS

Tabla 2. Número de decisiones de la Comisión Europea que aplicaron programa de clemencia y total de decisiones de cartel

Año	Decisiones programa de clemencia (a)	Total decisiones de cartel (b)	% (a/b)	Total decisiones (art. 101, 102 TFUE) (c)	% (a/c)
2001	9	10	90	17	53
2002	9	10	90	12	75
2003	4	5	80	15	27
2004	5	6	83	18	28
2005	5	5	100	10	50
2006	6	7	86	13	46
2007	8	8	100	14	57
2008	7	7	100	14	50
2009	5	6	83	11	45
2010	7	7	100	14	50
2011	4	4	100	8	50
2012	4	5	80	11	36

Fuente: Comisión Europea y elaboración propia.

Is it the current system overstretched? Applications/Decisions TIMEFRAME

MIENTRAS QUE LA COMISIÓN EUROPEA SE DEDICA, PRÁCTICAMENTE EN EXCLUSIVA, A SANCIONAR CÁRTELES AUTODENUNCIADOS

- **Entre 1996 y 2005**, la Comisión recibió **87 solicitudes de inmunidad pero concedió solo 51** (lo que significa cinco cárteles por año, que son todos los que puede tramitar la Comisión si tienen cierto tamaño) porque
- en los 36 casos en que la inmunidad fue denegada,
 - los denunciantes no proporcionaron suficiente información y pruebas de la existencia del cártel.
 - en otros casos, se requirió al denunciante que ampliara la información facilitada lo que prolongó el procedimiento para otorgar la inmunidad,

¿por qué esta enorme diferencia?

- Los autores dicen que este menor porcentaje, en comparación con lo observado para las decisiones de la Comisión Europea, puede obedecer a la **definición más estricta de cartel** que aparece en la LDC, lo que limita las conductas anticompetitivas a las que se podría aplicar el programa de clemencia español
- No parece.
 - Todos los casos europeos son casos de hard core cartels, esto es, casos en los que la definición de cártel de la Disp. Adic. 4ª LDC se aplica perfectamente.
 - Y, en sentido contrario, la CNC ha otorgado exención del pago de multas en casos - **Bombas de Fluidos** - en los que tuvo que reconocer que no había ni cártel de precios, ni de reparto de mercados y, por lo tanto, que la definición legal de cártel de la Disp. Adic. 4ª LDC no se aplicaba. V., Comunicación Leniency
 - Si tenemos en cuenta que en 2013 hay cuatro casos abiertos vía clemencia pero que incluyen los del papel, me temo que no pueden echarse las campanas al vuelo respecto a la eficacia del programa de clemencia en España.

Otras diferencias

- Tampoco creemos que los datos avalen una **mayor duración de las conductas colusorias** en España respecto a las europeas. Sucede solamente que el programa español es más moderno y su puesta en vigor ha provocado que, con ocasión de un cambio en el control de la empresa o de un cambio de administradores, los “nuevos” hayan tratado de quedar “limpios” de cualquier basura debajo de la alfombra que pudiera tener la empresa y han procedido a autodenunciarse. Y, “lo que ha salido” son conductas que se venían prolongando por muchos años.
- tampoco tiene nada de raro que la **denunciante sea una de las primeras empresas del sector**. Adelantarse en la denuncia – y lograr la exención de la multa – puede ser muy beneficioso para el valor de la empresa y permitirle mejorar significativamente su posición en el mercado si se impone una multa de gran envergadura a tus principales competidores. Los estudios sobre uso estratégico del Derecho antimonopolio así lo indican.
- Tampoco tiene nada de raro que la **mayoría de las empresas denunciantes sean multinacionales españolas o filiales españolas de multinacionales extranjeras**. Al margen de la mayor cultura de competencia de las grandes empresas, es raro que una pequeña o mediana empresa nacional sea líder en un mercado que no sea muy local.

¿El fin de los cárteles?

- Respecto de las “empresas alemanas”, la muestra que utilizan los autores no es suficiente para afirmar que los alemanes tienen un gen que les lleva a cartelizarse a la primera de cambio. Pero comparten con japoneses y coreanos el dudoso honor de los primeros puestos en los cárteles internacionales. ¿por qué habría de ser distinto en España?
- Las empresas coreanas, japonesas y alemanas son las primeras del mundo en la mayor parte de los sectores y, especialmente, en los sectores donde la colusión es más factible.
- Además, los alemanes fueron los primeros en organizar su economía a base de cárteles, por lo que tienen las "ventajas del pionero" y
- la experiencia les ha hecho cartelistas más eficaces

¿UNA POLICY EQUIVOCADA POR PARTE DE LA CNMC?

- La Comisión Europea mide sus capacidades y se dedica a perseguir cárteles internacionales de gran tamaño y duración, de modo que el efecto disuasorio y la eficiencia en la utilización de los recursos sea lo más elevado posible. La CNC se ha dedicado a perseguir a cualquiera, grande o pequeño, de sectores proclives a la colusión (cementos, materias primas, productos químicos "No country managed to avoid sugar, cement, or asphalt cartels") y de sectores donde la colusión no es sostenible (transporte por carretera, bombas de fluidos, construcción, productos de consumo, comercialización de automóviles), por conductas claramente de cártel (papel) y por conductas difícilmente calificables como tales y no merecedoras de sanción (acuerdos de asociaciones, intercambios de información, prácticas de *cover pricing*...).
- Ni siquiera los 19 asuntos en los que la CNC ha aplicado el programa de clemencia merecen ser considerados como *hard core cartels*.
 - La CNC decidió, por ejemplo, dividir un cártel – el del papel – en 4 aunque hubiera sido igualmente razonable dividirlo en 2 (el 4º, exportación de sobres no puede ser calificado de cártel de ninguna de las maneras).
 - El asunto de Bombas de Fluido no fue calificado como cártel en el sentido de la Disp. Adic. 4ª LDC ni siquiera por la propia CNC y no se demostró que hubiera habido ningún acuerdo de precios ni de reparto de mercados.
 - El de los Fabricantes de Gel es un acuerdo momentáneo para reducir el tamaño de los envases que no tuvo efectos en el mercado porque algunos de los más importantes fabricantes no se adhirieron o se separaron del cártel.
 - La sanción a Vinos de Jerez ha sido reducida por los jueces dejando la multa en una cuantía irrisoria por la intervención de la Administración. El de los distribuidores de saneamiento es un cártel de chichinabo... y, poco más, las navieras que, por la naturaleza de su negocio, tienden a coordinar su conducta en el mercado casi sin esfuerzo.

¿UNA POLICY EQUIVOCADA POR PARTE DE LA CNMC?

- Por un lado, porque se empeña en perseguir conductas dudosas; el caso más espectacular es el del fútbol.
- Muchos expedientes en materias como **recomendaciones de precios, intercambio de información o sanciones a asociaciones deberían haberse resuelto con una “regañina” y una advertencia de sanción futura**. En el colmo, se ha sancionado a una asociación de transportistas por emitir un comunicado en el que reproducían una norma legal. Con la “peor de las intenciones”, naturalmente, por parte de la asociación, pero se trataba de una conducta inocua e irrelevante. ¡El Consejo de la CNC obligó a la DI a reabrir el expediente! En otro, se ha sancionado con una multa millonaria a una empresita de la construcción por proporcionar *cover bids* a un competidor, esto es, por haber hecho ofertas para concursos de la Administración pública, exigidas por ésta, para que la Administración pudiera adjudicarle la obra al primer oferente cubriendo el expediente de tener “otras dos ofertas”. En muchos de los casos, la intervención de la Administración pública era evidente y la CNC (unidad de personalidad jurídica del Estado) debería usar de su discrecionalidad para excluir cualquier sanción a los particulares si no se sanciona, simultáneamente, a la Administración pública que apoya, promueve o asegura las conductas colusorias. Es una cuestión de protección de los ciudadanos frente a los poderes públicos.
- En fin, la CNC **no debería trasladar las doctrinas europeas a la aplicación de la LDC porque, a menudo, son equivocadas**, en otras ocasiones responden a características del Derecho europeo (construir el mercado único) o a la “posición constitucional” del Derecho de la Competencia (en el TFUE) que no son aplicables al Derecho español. Entre las doctrinas más dañinas, se encuentran aquella según la cual basta haber participado en una reunión para que te consideren cartelista; la de la infracción única y continuada o la calificación como cártel de los intercambios de información

¿UNA POLICY EQUIVOCADA POR PARTE DE LA CNMC?

- Es verdad que “leniency can only work if the companies and individuals concerned perceive a risk that the competition authorities will detect and establish the antitrust violation without recourse to leniency”
- Pero las autoridades de competencia nacionales deberían concentrarse en los hard core cartels y en algunos tipos de abuso de posición dominante,
- dejando al *private enforcement*, la persecución de los acuerdos verticales y otras prácticas en las que los particulares afectados por ellas tengan incentivos e información para perseguirlas

La clemencia solo se aplica a los hard core cartels

- Los cárteles se definen – como un subgrupo de acuerdos **dentro de los que entran dentro del ámbito de aplicación del art. 101.1 TCE y del art. 1 LDC**, como aquellos acuerdos secretos “entre dos o mas competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas pujas fraudulentas o la restricción de las importaciones o las exportaciones”.
- **Prácticas concertadas**, incluidas en la comunicación de la Comisión, carece de sentido en el ámbito de la clemencia. Si alguien se denuncia como uno de los que realiza “prácticas concertadas” se está denunciando como parte de un acuerdo, del cual resultan unas prácticas en el mercado que han sido concertadas. La categoría tiene sentido para poder incriminar las restricciones de la competencia cuando la **autoridad no puede probar la existencia de un acuerdo**. Pero en el marco de la exención de multas, la categoría no tiene sentido porque el que se autodenuncia ha de informar a la autoridad, precisamente, de la existencia de un acuerdo, esto es, que la práctica concertada observada **es producto de un acuerdo**. Problema: distorsión del concepto de práctica concertada
- Las **decisiones y recomendaciones** no son acuerdos y, por tanto, la autodenuncia no implica a otros
- **Carácter secreto**: imprescindible dada la ratio de los programas de clemencia.

La clemencia solo se aplica a los hard core cartels: NINTENDO

- Concertación entre Nintendo y siete de sus distribuidores para **impedir importaciones paralelas** procedentes de países que disponían de precios más bajos hacia países con precios más altos” rechazó “las solicitudes de clemencia presentadas por varias de las empresas implicadas invocando, precisamente, la limitación del programa de clemencia” a los acuerdos horizontales.
- En la Decisión, la Comisión señaló que
 - “(453) *The first paragraph of the Leniency Notice limits its application to ‘secret cartels’ between undertakings aimed at fixing prices, production or sales quotas, sharing markets or banning imports or exports. Its application is limited to a subcategory of agreements falling under Article 101(1) of the Treaty, namely those that are secret and horizontal (as cartels are). Consequently, **as the present infringement is vertical in nature, the parties cannot benefit from the application of the Leniency Notice***”.

La clemencia solo se aplica a los hard core cartels

La Comunicación de 2006 de la Comisión

*“cuyo objetivo consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como la fijación de precios de compra o de venta **u otras condiciones comerciales**, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas colusiones en las licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones **o las medidas anticompetitivas contra otros competidores**”*

La Comunicación de la CNC 2013: ..

*cuando la infracción consista en coordinar su comportamiento en el mercado o influir en los parámetros de competencia a través de conductas tales como la fijación, directa o indirecta, de precios, **de otras condiciones comerciales o de servicio**, de cuotas de producción o de venta, **los intercambios de información sobre precios a aplicar o cantidades proyectadas**; el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, la restricción de las importaciones o las exportaciones o **los boicots colectivos**, **todas ellas comprendidas en el concepto de cártel***

Acuerdos que tuvieran por objeto fijar “otras condiciones comerciales**” o adoptar “**medidas anticompetitivas contra otros competidores**” no podrían beneficiarse del sistema de clemencia, lo cual ¿no tiene sentido alguno?**

La clemencia solo se aplica a los hard core cartels: el caso de las “bombas de fluidos”

- No había acuerdo ni directo ni indirecto para fijar precios.
- Era un acuerdo de un órgano de una asociación para recomendar condiciones generales (plazos de pago)
- No era secreto (las actas de la asociación se publicaban en la web)
- Hubo intercambio de información sobre precios, inidóneo para coordinar (productos heterogéneos)
- Ningún indicio de restricción competitiva
- CNC aceptó leniency, sancionó como cártel y la AN confirmó las sanciones: la CNC califica las conductas como cártel en función de si ha habido solicitud de leniency o no



La clemencia solo se aplica a los hard core cartels: MAKES SENSE

La *ratio* de leniency sólo para hard core cartels es minimizar costes de error

- “the social disutility of punishing the innocent”
- “encourage industries to collude when faced with the risk of false conviction”
- Deter efficient conduct (cooperation among firms) when faced with the risk of being punished:
- Corporations to overinvest in compliance: socially inefficient, investments in monitoring and prevention
- Falsely pleading guilty to avoid a larger fine
- Los procedimientos iniciados a partir de solicitud de leniency deben poder tramitarse expeditivamente, no puede haber dudas de hecho o de derecho que alarguen el procedimiento

La clemencia solo se aplica a los hard core cartels: MAKES SENSE

- Hay que minimizar el riesgo del uso estratégico del programa de leniency (hacer quebrar a rivales)
- Hay que recordar la enorme extensión de las “restricciones por el objeto” en la jurisprudencia TJ
- Los boicots no se mantienen secretos: el “boicoteado” tiene incentivos para denunciar
- Los cárteles de “condiciones comerciales” son ambiguos en sus efectos sobre el bienestar: muchos se autorizan (estandarización, regulación legal de las condiciones comerciales) y los “malignos” pueden tener efectos beneficiosos (caso detergentes).

We (Ginsburg & Wright) strongly favor the modern de facto limitation of (leniency) to cartel activities, such as naked horizontal price-fixing, bid-rigging, and market division

Bibliografía

- Wils, Wouter P. J., Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice. World Competition: Law and Economics Review, Vol. 30, No. 1, March 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=939399>
- Acconcia, Antonio and Immordino, Giovanni and Piccolo, Salvatore and Rey, Patrick, Accomplice-Witness and Organized Crime: Theory and Evidence from Italy (July 2013). CEPR Discussion Paper No. DP9543. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2291364>
- Nathan H. Miller, Strategic Leniency and Cartel Enforcement (2009)
- Bertus Van Barlingen The European Commission's 2002 Leniency Notice after one year of operation, CPN 2003-2
- Joseph E. Harrington, Jr. Optimal Corporate Leniency Programs, 2005
- Paolo Campana, Federico Varese Cooperation in criminal organizations: Kinship and violence as credible commitments 2013
- Zhou, Jun and Gärtner, Dennis L., Delays in Leniency Application: Is there Really a Race to the Enforcer's Door? (December 11, 2012). TILEC Discussion Paper No. 2012-044. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2187771> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2187771>
- Myong-Hun Chang/Joseph E. Harrington, The Impact of a Corporate Leniency Program on Antitrust Enforcement and Cartelization*

Bibliografía

- [John M. Connor, CARTELS PORTRAYED: U.S. vs. EC: Who's Winning the Prosecution Race? A 21---Year Perspective, 1990 to 2010,](#)
- Jose Apesteguia · Martin Dufwenberg Reinhard Selten Blowing the whistle (2005)
- Bigoni, Maria and Fridolfsson, Sven-Olof and Le Coq, Chloe and Spagnolo, Giancarlo, Trust and Deterrence (June 2012). CEPR Discussion Paper No. DP9002. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2153434>
- Agisilaou, Panayiotis, Keep to Sustain or Keep to Exploit? Why Firms Keep Hard Evidence (March 12, 2012). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2070027> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2070027>
- Borrell, Joan-Ramon and Jimenez, Juan Luis and Garcia, Carmen, Evaluating Antitrust Leniency Programs (October 30, 2012). XREAP No. 2012-01. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1993027> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1993027>
- Zhou, Jun, Evaluating Leniency with Missing Information on Undetected Cartels: Exploring Time-Varying Policy Impacts on Cartel Duration (April 2012). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1985816> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1985816>
- Bos, Iwan and Wandschneider, Frederick, Cartel Ringleaders and the Corporate Leniency Program (August 1, 2011). ESRC Centre for Competition Policy Working Paper No. 11-13. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1975258> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1975258>
- Klein, Gordon, Cartel Destabilization and Leniency Programs – Empirical Evidence (May 1, 2011). ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Paper No. 10-107. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1854426> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1854426>

Bibliografía

- Jaime Pérez-Bustamante Köster, Fredrik Löwhagen El sistema de clemencia en la nueva Ley de Defensa de la Competencia, *Anuario de la competencia*, Nº 1, 2007 , págs. 139-178
- Tesfay Ghebrihiwet, Nahom and Motchenkova, Evgenia, Leniency Programs in the Presence of Judicial Errors (August 26, 2010). TILEC Discussion Paper No. 2010-030. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1666111> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1666111>
- Ginsburg, Douglas H. and Wright, Joshua D., Antitrust Sanctions (November 8, 2010). Competition Policy International, Vol. 6, No. 2, pp. 3-39, Autumn 2010; George Mason Law & Economics Research Paper No. 10-60. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1705701>
- John Connor/ C. Gustav Helmers, “Statistics On Modern Private International Cartels, 1990-2005”, 2008
- Hyytinen, Ari and Steen, Frode and Toivanen, Otto, Cartels Uncovered (March 2010). CEPR Discussion Paper No. DP7761. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1583259>
- John Asker, Leniency and post-cartel market conduct: Preliminary evidence from parcel tanker shipping International Journal of Industrial Organization 28 (2010) 407-414