

Carteles bancarios en Europa

XI Jornadas de Derecho de la Competencia en el Sector Financiero

Bogotá, 24 Febrero 2016

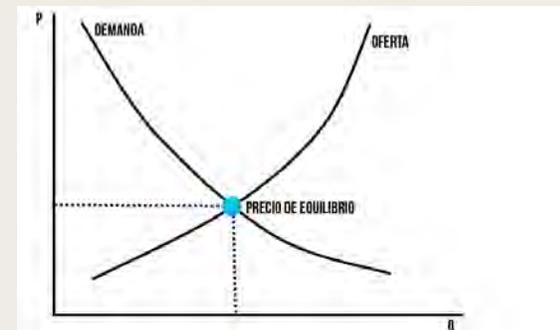
Prof. Dr. Fernando Cachafeiro



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

El Derecho de la competencia

- Proteger el “funcionamiento competitivo de los mercados”
- Prohibición de:
 - a) acuerdos anti-competitivos
 - b) carteles
- En el caso de la banca:
 - a) Los sistemas de pagos electrónicos (especialmente tarjetas)
 - b) La “manipulación” de los tipos de interés de referencia



Acuerdos anti-
competitivos en los
sistemas de pagos

Los sistemas de pagos electrónicos

- Los ciudadanos están muy familiarizados con el funcionamiento de los sistemas de pagos electrónicos, especialmente con las *tarjetas*.
 - *transferencias, pagos electrónicos, pagos con el móvil, etc.*
- Sin embargo, pocos conocen que su funcionamiento exige:
 - a) una tecnología muy avanzada; y
 - b) unas reglas que rigen las relaciones entre las entidades participantes
- En la medida en que dichas “reglas” son acordadas por los bancos participantes o por el propio sistema de pagos, constituyen un acuerdo o decisión colectiva en el sentido del Derecho *antitrust*.
 - *Precios*
 - *Acceso*

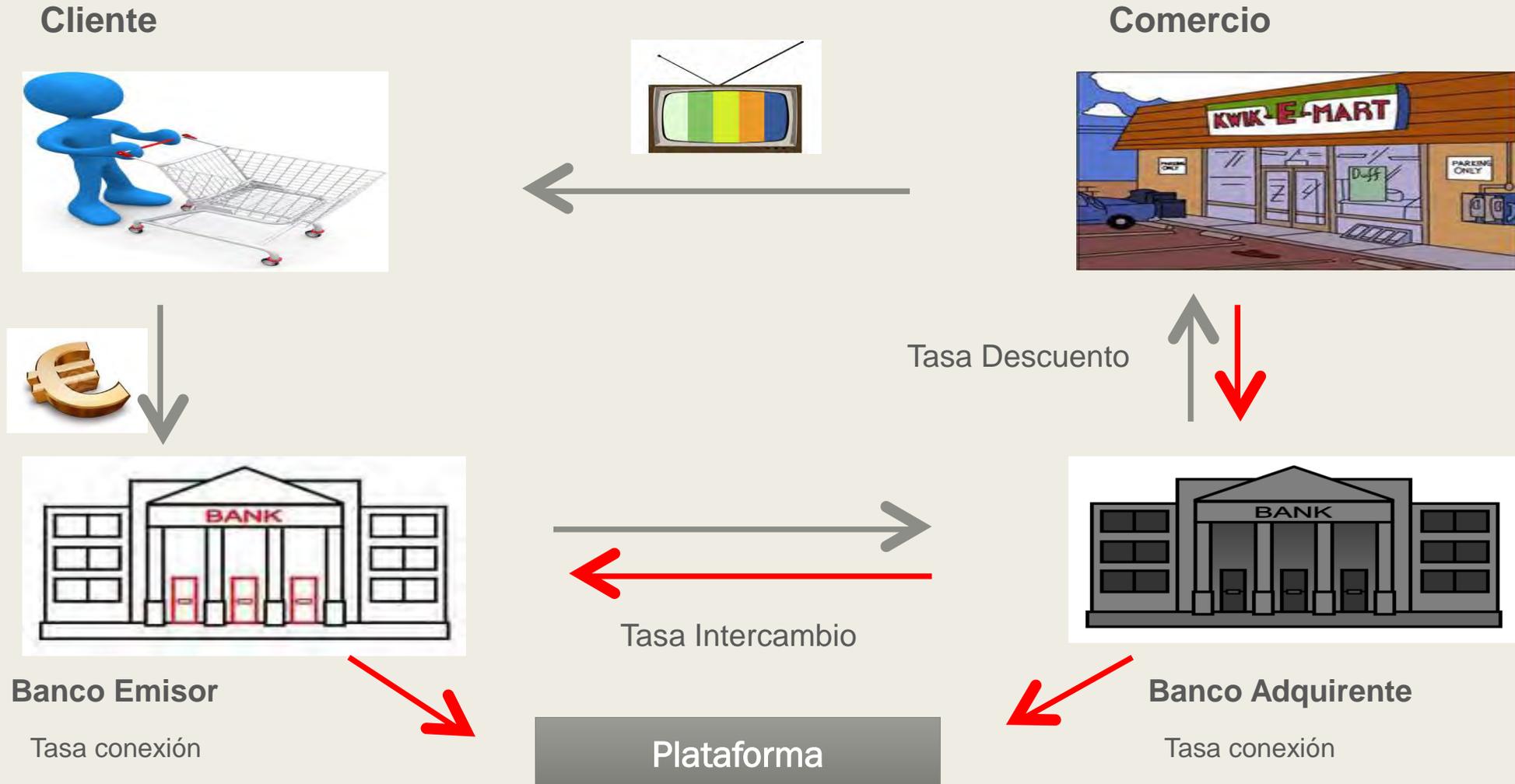
a) El precio de los sistemas de pagos

- Desde el punto de vista del Derecho de la competencia preocupan los sistemas de pago que fijan comisiones colectivas o uniformes, como es el caso de las tarjetas bancarias (débito o crédito).



La tasa de intercambio multilateral (TIM)

Sistemas de pago a 4 bandas (Visa y MasterCard)



TIM: ¿regulación o competencia?

- La tasa de intercambio puede restringir la competencia si los bancos se aprovechan de la fijación colectiva de la tarifa para imponer comisiones excesivas a los comercios.

- *TIM: colectiva vs. Tasa descuento: individual*

- La respuesta a esta problemática puede venir de la mano de la regulación o del Derecho de la competencia

- a) *EE.UU.: La Reserva Federal aprobó en 2010 una regulación que fija una MIF máxima para las operaciones con tarjetas de débito (21 c + 0,5% valor de la transacción)*

- El Derecho de la competencia ha jugado un importante papel frente a las reglas que impiden a los comercios discriminar entre medios de pago: *In re Payment Card Interchange Fee and Merchant Discount Antitrust Litigation* (2012): mayor indemnización de la historia de EEUU por una demanda colectiva basada Derecho antitrust: USD 7.200 millones.

- b) Europa: se ha decantado principalmente por la solución de Competencia

- Por la vía de la regulación se ha permitido discriminar entre medios de pago (Directiva de medios de pago 2007) o se han garantizado comisiones iguales para servicios nacional y europeos (Reglamento pagos transfronterizos en euros 2001).

Unión Europea

- La Comisión Europea inició expedientes sancionadores que fueron resueltos, fundamentalmente, por la vía de Compromisos: *MasterCard* (2007) y *Visa* (2010)
 - *No existe declaración de infracción ni imposición de multas*
- Los compromisos exigen aplicar el “*merchant indifference test*”: el comercio no debe pagar un importe superior al beneficio que obtiene con la aceptación de tarjetas (e.g. reducción de costes derivados de las transacciones en metálico)
 - *La tasa no está vinculada al coste del servicio para los bancos, sino al beneficio que obtiene el comercio*
 - TIM tarjetas no supere, de media, 0,30% (crédito) ó 0,20% (débito) del importe de la transacción.
 - Doctrina confirmada por Sentencia Tribunal General (2012)

➤ Los compromisos son una forma de terminación del expediente sancionador: a) sin declaración de la existencia de una infracción y b) sin imposición de multas.

b) Acceso a los sistemas de pago

- Los sistemas de pago desempeñan un papel fundamental en la economía, por lo que el acceso a los mismos debe ser libre.
- **SWIFT/La Poste (1997)**: la Comisión obligó a SWIFT a admitir al servicio postal francés en el sistema de pagos, a pesar de no cumplir los requisitos que venía estableciendo la red.
- **Visa/ Morgan Stanley Dean Water (2007)**: la Comisión multó a Visa con 10 millones de euros por no permitir a Morgan Stanley participar en el sistema Visa (como *merchant bank*) con el argumento de que era titular de una tarjeta competidora en EE.UU (*Discover*)

Carteles

Carteles clásicos

- Comisiones cambio de moneda (2001)
 - Cinco bancos alemanes pactaron cobrar al menos un 3% de comisión en las operaciones de cambio de moneda para compensar la pérdida de negocio como consecuencia de la introducción del Euro
 - Multa EUR 100 millones
 - El Tribunal General anuló posteriormente la multa por falta de pruebas.
 - Similares acuerdos se dieron en Bélgica, Portugal, Irlanda, Finlandia. Holanda y Austria, si bien la Comisión optó por no perseguirlos tras recibir confirmación de que quedaban sin efecto.
- Bancos austríacos (2002)
 - Un numeroso grupo de bancos austríacos (*Lombard Club*) pactaron el precio de un amplio catálogo de servicios bancarios al por menor durante muchos años
 - Multa EUR 124 millones



Carteles sobre tipos de interés de referencia

- En los últimos años, la Comisión Europea ha detectado y sancionado varios carteles relacionados con tipos de interés de referencia.



- *Euribor* es el tipo medio de interés al que se prestan euros entre sí un gran número de bancos europeos.
 - *Euro Interbank Offered Rate (tipo europeo de oferta interbancaria)*
- Cada día los miembros del panel de bancos comunican su estimación del coste que va a tener pedir dinero prestado a otros bancos. No se utilizan datos reales de transacciones porque son excesivamente grandes e irregulares. Sobre la base de esas comunicaciones, se calcula el índice de referencia, descartando el 15% más alto y el 15% más bajos.



- El Euribor tiene una importancia económica extraordinaria:

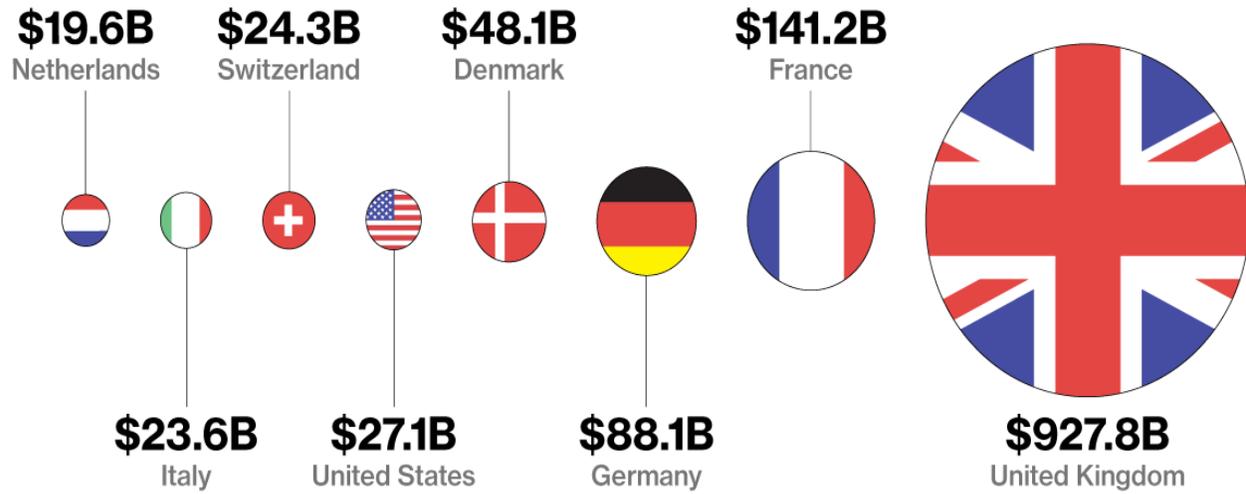
- a) Se considera el tipo básico de referencia (activo subyacente) para numerosos instrumentos derivados: futuros, opciones, permutas financieras (swaps), etc.



- b) Se emplea habitualmente como tipo de referencia para el cálculo de hipotecas e imposiciones a plazo.



Euro-denominated derivatives clearing by country, daily

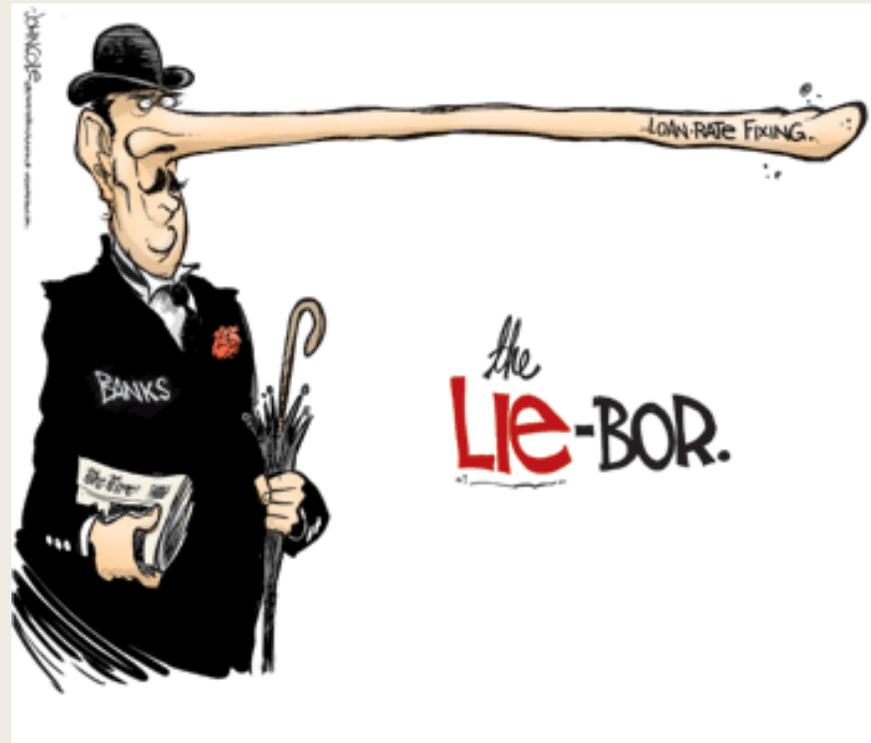


Source: Bank for International Settlements, as of April 2013 (the latest data available)



La manipulación del Libor

- El **Libor** es una tasa equivalente al Euribor, para calcular el tipo medio al que se prestan dinero una selección de bancos, con la particularidad que se calcula en 10 divisas diferentes (Libra Esterlina y US Dólar, entre otras).
- Durante la crisis financiera europea (2006-2008) los analistas detectaron que el Libor se comportaba de manera distinta que otros índices de referencia, lo que provocó que se planteasen dudas acerca de la manipulación del índice.



- Las autoridades de varios países han llevado a cabo diversas actuaciones frente a los bancos por manipular el índice, desde una doble perspectiva:
 - a) *Los bancos informaron de tipos % demasiado bajos para aparentar solvencia y sostener la cotización de sus acciones*
 - b) *Los inversores en derivados (bancos, fondos de inversión, etc.) trataron de influir en los tipos de referencia para ganar dinero con los derivados*

- En julio de 2012 Barclays alcanzó un acuerdo por valor de US 450 millones para poner fin a una investigación conjunta de los organismos reguladores de los mercados de derivados de EEUU y Reino Unido.

- Ramificaciones del caso: multitud de jurisdicciones involucradas (UK, US, Japón, Canadá, entre otros) y casos interpuestos antes las autoridades regulatorias, de competencia, junto con litigios civiles y penales.

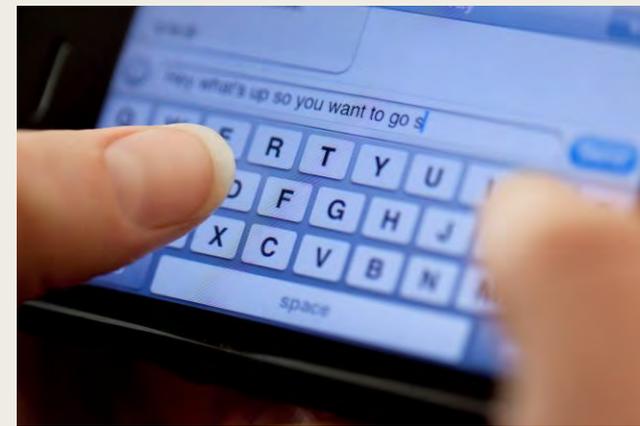
1º) El caso *Euribor*



- En junio de 2011, el banco británico Barclays presentó una solicitud de clemencia ante la Comisión Europea en la que se informaba de un pacto para intercambiar información y coordinar las indicaciones de precios que los bancos enviaban para conformar el Euribor.
- La investigación de la Comisión Europea permitió constatar que de los catorce que formaban parte del panel de bancos, ocho habían participado en un cartel durante los años 2005 y 2008.

- El programa de clemencia garantiza inmunidad a la primera empresa que confiese la participación en un cartel (y facilita pruebas que permitan condenar a las demás)
- También ofrece una reducción de multas a las empresas que colaboren con la investigación.

¿Cómo funcionaba el cartel?



- Los operadores de los bancos implicados estaban en **contacto regular** a través de salas de chat corporativas o servicios de mensajería instantánea, en los cuales intercambiaban información confidencial y sensible sobre sus negocios y estrategias futuras.
- En función de si a los bancos les tocaba comprar o vender derivados en una fecha determinada, los bancos se coordinaban para hacer subir o bajar el tipo de referencia. Pequeños movimientos del Euribor tenían un enorme impacto dado los altísimos volúmenes de negocio en juego.
- Para influir el el Euribor en una determinada fecha, en los días previos los bancos facilitaban conjuntamente cotizaciones artificialmente altas o bajas y luego se escribían para felicitarse por haberlo logrado.
 - *También concertaban sus inversiones para beneficiarse conjuntamente tipos altos o bajos.*

La distribución de responsabilidades dentro del grupo

- En el caso de *Barclays y Deutsche*, los operadores implicados en el cartel trabajaban para filiales del grupo.
- La propiedad de una filial crea una presunción relativa de que la matriz ejerce una influencia decisiva en su actuación, lo cual la convierte en responsable solidaria por la infracción.
- Un aspecto que podría plantearse es en qué medida disponer de un programa de *compliance* eficaz puede utilizarse como argumento para refutar la presunción de responsabilidad de la matriz.
 - *La sentencia Schindler del Tribunal de Justicia (2013) rechazó este argumento en parte porque, en dicho asunto, el programa de cumplimiento se había rebelado absolutamente ineficaz.*

- Los programas de cumplimiento normativo (*compliance*) responden a la necesidad de asegurarse el cumplimiento con la normativa especialmente cuando ésta es compleja y contempla sanciones muy altas, como es el caso del Derecho *antitrust*.
- En España, una resolución reciente de la CNMC reconoce que un programa eficaz de *compliance* puede considerarse una circunstancia atenuante de la multa (*Mudanzas internacionales*, Expte. S/DC/0544/14)

Acuerdo extrajudicial

- Para el cálculo de las multas se tiene en cuenta, en esencia: *a)* la gravedad de la conducta y su impacto; *b)* el volumen de negocio afectado; y *c)* la duración de la infracción.
- Cuatro entidades decidieron colaborar con la Comisión y llegaron a un acuerdo transaccional en diciembre de 2013:

Entidad	% Reducción	Multa
Barclays	100%	0€
Deutsche Bank	30%	€ 465 millones
Société Générale	5%	€ 227 millones
RBS	50%	€ 131 millones
Total:		€ 820 millones

En ausencia de clemencia, la multa de Barclays se estima en € 690 millones.

➤ Desde 2008, se permiten los procedimientos de transacción en casos de cárteles, en los que la Comisión Europea –a cambio de reconocer la infracción- ofrece a las empresas una reducción de multas de hasta el 10% (acumulable, en su caso, a la reducción por clemencia).

- Cuatro entidades decidieron no sumarse al acuerdo transaccional, por lo que la Comisión Europea continuó con el expediente sancionador e impuso las siguientes multas en diciembre 2016:

Entidad	% Reducción	Multa
JPMorgan	-	€ 337 millones
Crédit Agricole	-	€ 114 millones
HSBC	-	€ 33 millones
Total:		€ 448 millones

Total del cartel: EUR 1.268 millones

2º) El caso *Libor en yenes*



- El YPY Libor es un tipo de interés de referencia que refleja el coste del préstamo interbancario de yenes japoneses.
- El banco suizo UBS presentó una solicitud de clemencia revelando a la Comisión Europea la existencia de un cartel entre seis entidades para manipular la información que facilitaban para conformar el YPY Libor, vigente entre los años 2007 y 2010.
 - *Operativa similar al caso del Euribor*

- En 2013, alcanzaron un acuerdo transaccional, con la imposición de las siguientes multas:

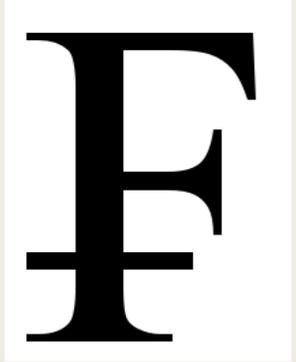
Entidad	% Reducción	Multa
UBS	100%	0€
RBS	25% en 1	€ 465 millones
Deutsche	30 & 35%	€ 227 millones
JPMorgan	-	€ 131 millones
Citigroup	35, 40 y 100%	€ 131 millones
RP Martin	25%	€ 245k
Total		€ 700 millones

En ausencia de colaboración, la multa de UBS se estima en € 2.500 millones

En 2015, la Comisión también multó al bróker británico iCAP con € 15 millones.

3º) Derivados en francos suizos

El caso *Libor en francos suizos*



- RBS y JP Morgan, participaron en un cartel destinado a influir en el Libor en francos suizos entre marzo de 2008 y julio de 2009.
- El caso fue destapado por una solicitud de clemencia de RBS ante la Comisión Europea. En 2013, la Comisión impuso las siguientes multas:

Entidad	% Reducción	Multa
RBS	100%	€ 0
JPMorgan	40%	€ 61 millones
Total:		€ 61 millones

En ausencia de clemencia, la multa de RBS se estima en € 110 millones.

El caso *bid-ask spreads*

- Cuatro bancos manipularon el precio a pagar (*spreads*) por determinados derivados. El acuerdo estuvo vigente entre marzo y septiembre de 2007.
- El banco británico RBS presentó una solicitud de clemencia a la Comisión, la cual impuso en 2014 las siguientes multas:

Entidad	% Reducción	Multa
RBS	100%	0€
UBS	40%	€ 12 millones
JPMorgan	35%	€ 10 millones
Credit Suisse	10%	€ 9 millones
Total		€ 32 millones

En ausencia de colaboración, la multa de RBS se estima en € 5 millones.

4º) Investigación sobre *credit default swaps* (en curso)

- En 2013 la Comisión Europea anunció el envío de un pliego de cargos a los principales bancos de inversión del mundo a los que acusa de haber formado un cartel para impedir que dos entidades entrasen en el negocio de los *credit default swaps*, entre los años 2006 y 2009.

Las entidades investigadas son Bank of America Merrill Lynch, Barclays, Bear Stearns, BNP Paribas, Citigroup, Credit Suisse, Deutsche Bank, Goldman Sachs, HSBC, JPMorgan, Morgan Stanley, Royal Bank of Scotland, UBS, la International Swaps and Derivatives Association (ISDA) y el proveedor de servicios de datos Markit.



Las sanciones *antitrust* por importe de EUR 2.000 millones han contribuido a la mala reputación de los bancos europeos



Reforma de los índices en 2016

- *REGLAMENTO (UE) 2016/1011 sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de inversión*
- Crea un sistema de autorización, inscripción registral y supervisión de las entidades que elaboran índices (administradores), que incluye sanciones administrativas y de otra índole
- Impone una serie de obligaciones a las entidades que facilitan información (contribuidores) para evitar el riesgo de conflicto de interés (e.g. separación del resto de la operativa)
- Establece unas reglas para el tratamiento de la información y la metodología de cálculo.

Algunas lecciones de los carteles sobre tipos de interés de referencia

- Los bancos, como cualquier otra empresa, tienen que respetar la legislación *antitrust*
- El Derecho de la competencia ha estado extraordinariamente activo en el sector: las mayores multas (en torno a EUR 2.000 millones en Europa) y las mayores indemnizaciones (USD 7.200 millones en EE.UU) afectan a bancos y/o sistemas de pagos
- Clemencia
- Compromisos y acuerdos transaccionales
- Utilización de *market screeners* para detectar carteles
- ¿Es la cuantía de las multas suficiente para disuadir este tipo de conductas?
- Impacto (futuro) de las reclamaciones de daños

Gracias por su
atención

Fernando Cachafeiro

Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de La Coruña

fernando.cachafeiro@udc.es