

Modificări necesare în sistemul instituțional de protecție a concurenței ca urmare a aderării României la Uniunea Europeană

Prof. dr. Gheorghe OPRESCU¹
Universitatea “Politehnica” București și
Centrul Român de Politici Economice

Legea concurenței și Legea privind ajutorul de stat trebuie modificate pentru a deveni compatibile pe deplin cu legislația europeană actuală în domeniul protecției concurenței. **Cele mai drastice modificări trebuie efectuate asupra Legii privind ajutorul de stat**, întrucât – începând cu 1 ianuarie 2007 – orice ajutor de stat acordat în România va trebui notificat către și autorizat de Comisia Europeană. Cu alte cuvinte, Consiliul Concurenței nu va mai avea niciun fel de competențe în domeniul *autorizării* ajutoarelor de stat acordate în România, rămânând eventual doar cu atribuțiile din domeniul *monitorizării* ajutoarelor acordate și a *raportărilor* către Comisia Europeană. Legislația românească în domeniu trebuie să reflecte acest lucru, iar modificările care trebuie operate sunt substanțiale.

În schimb, **legislația în domeniul antitrust (Legea concurenței și regulamentele aferente)** trebuie să sufere modificări mai puține, în special pentru a deveni compatibilă cu legislația europeană așa cum a fost ea *reformată* în anul 2004. Este adevărat că legislația europeană se va aplica în paralel cu cea românească și, în cazul unor prevederi diferite, va avea întâietate; totuși – pentru evitarea unor confuzii și pentru facilitarea obligațiilor pe care le are mediul de afaceri în a se conforma prevederilor legale în acest domeniu – legea concurenței trebuie compatibilizată cu legislația europeană, atât prin modificări de formă, dar și prin modificări de fond.

În continuare, vom prezenta natura acestor modificări, precum și justificarea lor. În acest moment, vom face doar o enumerare a lor:

- obligația de a obține o exceptare individuală de la Consiliul Concurenței pentru anumite înțelegeri dintre firme trebuie înlocuită cu autoevaluarea pe care aceste firme și-o efectuează ele însele, în legătură cu legalitatea înțelegerii respective, în funcție de criteriile prevăzute în lege;
- eventuale modificări în formularea pragurilor care declanșează obligația de notificare a unei operațiuni de concentrare economică (fuziune sau achiziție) la Consiliul Concurenței;

¹ **Prof. dr. GHEORGHE OPRESCU** (n. 1958), este directorul Departamentului de Management și profesor universitar la catedra de Economie din Universitatea “Politehnica” București. Este specializat în domeniul protecției concurenței (antitrust și controlul ajutoarelor de stat). În perioada septembrie 1996 – decembrie 2001, a fost vicepreședinte al Consiliului Concurenței. Între martie 2002 și martie 2004, a fost consilier al președintelui Consiliului Concurenței. În această perioadă, a participat la adoptarea acquis-ului comunitar, întărirea capacității administrative a instituției și la aplicarea efectivă a legislației în domeniu. De asemenea, a coordonat, din partea Consiliului, negocierile de aderare pentru capitolul 6 “Concurența”. După martie 2004, a acordat consultanță de specialitate pe probleme de concurență și ajutor de stat.

- eliminarea termenului fix în care trebuie notificată a operațiune de concentrare;
- modificarea testului folosit în evaluarea concentrărilor economice de către Consiliul Concurenței;

Dincolo de modificările legislative, aderarea de la 1 ianuarie 2007 aduce și alte modificări în funcționarea sistemului instituțional de protecție a concurenței care vor fi tratate și ele în cele ce urmează.

Noua legislație europeană

Începând cu 1 mai 2004, o substanțială reformă a legislației europene a avut loc, atât în ceea ce privește modul de aplicare a art. 81 și 82, cât și referitor la concentrările economice. Este evident că, în procesul de armonizare legislativă, România va trebui să o preia în legislația națională.

Regulamentul 1/2003

Perspectiva lărgirii Uniunii Europene, conștientizarea faptului că sistemul notificărilor la Comisia Europeană nu mai constituie un mecanism eficient de aplicare a regulilor de protecție a concurenței și faptul că dezvoltarea legislației comunitare în acest domeniu permite firmelor o evaluare de către ele însele a legalității faptelor lor au condus la declanșarea unor ample dezbateri privind necesitatea modificării regulilor de aplicare a articolelor 81 și 82 din Tratat.

Ca punct final, pe 16 decembrie 2002, Consiliul European a adoptat un nou regulament privind aplicarea art. 81 și 82, care înlocuia Regulamentul 17/1962. Cuvântul de ordine în acest proces a fost modernizarea. Elementul cheie al modernizării îl constituie abolirea monopolului Comisiei asupra acordării exceptărilor în baza art. 81(3) și introducerea unui sistem de exceptări legale. Prima modificare a avut drept efect o creștere a aplicării art. 81 și 82 de către autoritățile naționale de concurență și de către curțile naționale, ceea ce a condus la o mai largă aplicare a regulilor comunitare în domeniu. Pentru o mai bună coordonare, regulamentul a creat o rețea europeană a autorităților de concurență și a stimulat cooperarea dintre autoritățile de concurență și curțile naționale. Pe de altă parte, sistemul de exceptări legale a fost creat pentru a permite autorităților naționale să își concentreze atenția și resursele pe cazurile cele mai flagrante de încălcare a art. 81 și 82. Cu alte cuvinte, rezultatul este atât o aplicare mai largă, dar și o creștere a eficienței.

Art. 1 al Regulamentului 1/2003 conține elementul său central și anume aplicabilitatea directă a art. 81(3) din Tratatul CE. Aceasta înseamnă că firmele nu mai sunt obligate să notifice la Comisie diferite înțelegeri pe care le fac, în scopul obținerii unei decizii de exceptare. Potrivit noului Regulament, înțelegerile care îndeplinesc condițiile prevăzute la art. 81(3) sunt legale și pot fi puse în practică fără a fi nevoie de o decizie administrativă. Pe cale de consecință, firmele vor putea invoca regula de exceptare stabilită în acest articol ca mijloc de apărare, pe parcursul oricărei proceduri inițiate de Comisie, autoritățile de concurență sau curțile naționale. Această modificare are implicații majore asupra firmelor și consultantilor lor juridici. Aplicarea directă a sistemului de exceptări plasează o mare responsabilitate asupra mediului de afaceri.

Dezbateri intense au avut loc înainte de intrarea în vigoare a noului regulament (1 mai 2004) asupra siguranței juridice pe care noul cadru o asigură firmelor. Mulți specialiști sunt de părere însă că prin extinderea valabilității și aplicabilității asupra tuturor înțelegerilor care respectă condițiile prevăzute la art. 81(3), noul regulament conferă siguranță legală unui mare număr de înțelegeri care până acum se situau într-o “zonă gri”, ținând cont de faptul că doar un număr mic de asemenea înțelegeri beneficiau de o decizie de exceptare din partea Comisiei. În plus, în multe alte domenii ale legislației, firmele sunt cele care au grijă să nu încalce legile; cu alte cuvinte, siguranța legală este dată nu de procedura aleasă, ci de gradul de cunoaștere a legii, de claritatea acesteia și de calitatea evaluării pe care o fac firmele. În fine, Comisia va discuta anumite cazuri mai complicate sau de o factură care nu are precedente în practica comunitară, urmând a publica “opinii scrise” pe marginea acestora.

Regulamentul prevede și o aplicare mai descentralizată a legislației comunitare. Una dintre îngrijorările exprimate pe parcurs a fost aceea că ar exista riscul re-naționalizării politicii comunitare de protecție a concurenței, prin acordarea unor puteri sporite la nivel național. Pentru a contracara acest risc și pentru a se asigura că legislația comunitară este aplicată la nivel național, art. 3 al regulamentului impune două obligații fundamentale asupra curților și autorităților naționale de concurență.

Astfel, art. 3(1) impune obligația de a aplica și prevederile art. 81 și 82 atunci când este aplicată legislația națională referitoare la înțelegeri și practici abuzive care pot afecta comerțul dintre țările membre. Aceasta înseamnă că ori de câte ori o anumită practică intră sub incidența art. 81 și 82, nu poate fi aplicată doar legislația națională. În schimb, în cazurile în care Comisia a deschis o investigație, orice caz pornit sub legislația națională trebuie închis.

Art. 3(2) obligă autoritățile naționale de concurență și curțile naționale să nu interzică – pe baza legislației naționale – înțelegerile sau practicile concertate care deși pot afecta comerțul dintre țările membre, nu sunt totuși interzise în baza regulilor comunitare. Cu alte cuvinte, o înțelegere care este legală din perspectiva art. 81 și 82 nu poate fi interzisă în baza legislației naționale. Există o singură excepție la această regulă și anume în cazul comportamentelor unilaterale, când statele membre sunt libere să practice reguli mai stricte decât Comisia. Cu alte cuvinte, legislația națională care este mai strictă decât prevederile art. 82 poate fi aplicată independent.

În schimb, orice înțelegere sau practică a firmelor care este interzisă de art. 81 și 82 nu poate fi considerată legală pe baza legislației naționale, fapt care asigură precedența legislației comunitare.

Implicarea curților naționale va crește și ea. Până în prezent această implicare în aplicarea art. 81 și 82 a fost extrem de redusă. Parțial, explicația consta în monopolul exclusiv al Comisiei de a acorda exceptările bazate pe art. 81(3). Aceasta crea posibilitatea ca, în cazul unei acțiuni în justiție, firmele să notifice la Comisie pentru obținerea unei exceptări; în acest moment, procedura națională trebuia oprită, în așteptarea deciziei Comisiei Europene. O dată cu abolirea acestui monopol, se speră că și numărul acțiunilor pornite în justiție pentru obținerea unor compensații pentru pagubele suferite datorită încălcării prevederilor art. 81 și 82 va crește.

Pentru a acorda asistență curților naționale la aplicarea regulilor europene de concurență, regulamentul prevede anumite forme de cooperare cu Comisia Europeană. Astfel, curțile naționale pot cere sprijinul Comisiei în aplicarea art. 81 și 82. În plus, atât Comisia, cât și autoritățile naționale de concurență pot asista curtea, prin intervenții scrise sau – cu permisiunea curții – orale în cazurile aflate în curs de desfășurare. În acest mod, curțile naționale vor fi ferite în a lua decizii diferite de ale Comisiei în aceleași cazuri și de a lua decizii care ar putea să intre în conflict cu decizii pe care Comisia intenționează să le ia.

Efecte asupra legislației din România după momentul aderării

Regulamentul 1/2003 nu este obligatoriu a fi preluat în legislația românească înainte de data aderării. Preluarea sa ar însemna, în principal, ca firmele să nu mai trebuiască să notifice anumite înțelegeri la Consiliul Concurenței în vederea obținerii unei exceptări individuale, așa cum menționează art. 5(3) din Legea concurenței. Ar fi o modificare poate importantă ca semnificație, dar fără efecte semnificative din punct de vedere practic.

Aceasta deoarece, în România, sistemul de notificare prealabilă și autorizare nu a generat un număr exagerat de mare de notificări. Iar notificările care s-au efectuat aveau în vedere obținerea unor exceptări pe categorii, în cazul cărora analiza era mai mult sau mai puțin formală, implicând o examinare a clauzelor restrictive exceptate și a celor a căror prezență ar implica neacordarea exceptării; or, în prezent, s-a renunțat și în România la obligația notificării pentru exceptările în bloc. Cu alte cuvinte, numărul notificărilor pentru obținerea unor exceptări individuale – care ar implica o analiză atentă a argumentelor economice aduse în susținerea cererii – a fost ne semnificativ.

O problemă care trebuie preîntâmpinată este pregătirea judecătorilor în aplicarea art. 81 și 82. Mai mult, legislația Uniunii Europene a evoluat către un sistem de legislație comună, care permite luarea în considerare a precedentelor cazuri judecate la nivel comunitar sau în alte state membre. În România, acest proces – cel puțin în domeniul protecției concurenței – nu a început. Există de aceea pericolul unei aplicări rigide, mecanice a legii, fără asigurarea coerenței cu deciziile adoptate în Uniunea Europeană. O intensă pregătire a, cel puțin, câțiva judecători în dreptul și practica concurenței se impune de aceea cu necesitate în timpul scurt care a mai rămas până la aderare.

Noul regulament privind concentrările economice (Regulamentul 139/2004)

Anul 2002 a provocat o adevărată furtună în domeniul controlului concentrărilor economice. A fost anul în care Curtea de Primă Instanță a anulat trei decizii ale Comisiei Europene prin care aceasta interzicea trei concentrări economice: *Airtours*², *Schneider Electric*³ și *Tetra Laval*⁴.

² Cazul T-342/99, judecat pe 6 iunie 2002.

³ Cazul T-310/02, judecat pe 22 octombrie 2002. În plus, în cazul T-77/02, din aceeași dată, Curtea a anulat și Decizia Comisiei care ordona desfacerea fuziunii care se produsese deja.

⁴ Cazul T-5/02, judecat pe 25 octombrie 2002. Similar, în cazul T-80/02, din aceeași dată, Curtea a anulat și Decizia Comisiei care ordona desfacerea fuziunii.

În plus, o importanță aparte în generarea unor modificări l-a avut și decizia Comisiei de a interzice fuziunea *GE – Honeywell*. Această decizie a pus în lumină două elemente importante. Primul dintre ele se referă la rolul tot mai important jucat de către Comisia Europeană în acest domeniu; al doilea, are în vedere necesitatea unei colaborări apropiate dintre autoritățile antitrust din Europa și din Statele Unite. În acest sens, a fost înființat un grup de lucru care să încerce să micșoreze distanța dintre cele două sisteme de control al concentrărilor economice și care a publicat un prim document “Best Practices on Cooperation in Merger Investigations”.

Pe 11 decembrie 2002, Comisia a publicat propunerea sa referitoare la un nou regulament privind concentrările economice. La aceeași dată a mai publicat un proiect de notă privind modul de analiză a fuziunilor orizontale. O săptămână mai târziu, a mai dat publicității un proiect al lucrării “Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings”. Toate acestea, împreună cu reformele interne menite a întări obiectivitatea și profesionalismul analizei efectuate de către Comisie formează ceea ce se cheamă “Noul pachet în domeniul controlului concentrărilor economice”.

Regulamentul 139/2004 a intrat în vigoare la 1 mai 2004. Modificările pe care acesta le aduce se referă la elemente de substanță, jurisdicționale și procedurale. Astfel, testul care se aplică la evaluarea concentrărilor economice a fost reformulat, mecanismele prin care cazurile sunt alocate de la Comisie către Statele membre și invers au fost modificate, iar modificările procedurale au avut în vedere flexibilizarea regulamentului.

Modificările de formulare au avut în vedere ca să fie acoperite toate scenariile post-concentrare care pot amenința concurența, inclusiv oligopolurile. Această modificare este percepută ca permițând Comisiei să intervină împotriva tuturor formelor de concentrări anti-concurențiale. Se pune capăt în acest fel unei dezbatere-dispute care dura de mult și avea în vedere aria de cuprindere a “testului de dominanță” (TD) utilizat de Uniunea Europeană. Spre deosebire de aceasta, Statele Unite și Marea Britanie utilizează un test referitor la “slăbirea semnificativă a concurenței” (SSC). Ambele teste urmăreau să evalueze efectele potențiale ale unei creșteri a puterii de piață rezultată ca urmare a unei concentrări. Pentru aceasta, TD analiza structura pieței prin intermediul modificărilor cotelor de piață, în vreme ce SSC evalua efectele imediate ale concentrării prin măsurarea creșterilor cotelor de piață, prețurilor, bunăstării sau productivității. Din această perspectivă, părerea unor specialiști era că testul SSC acoperă un număr mai mare de efecte anticoncurențiale, dar și că autoritățile americane aplică o abordare mai puțin prospectivă decât cele europene.

Astfel, conceptul de SSC permite evaluarea reducerii concurenței prin intermediul modificării prețurilor, ca urmare a așa-numitelor “efecte unilaterale”. Astfel, el evaluează dacă firmele care fuzionează pot impune o creștere unilaterală a prețurilor după concentrare și dacă nu cumva concurența poate scădea chiar și fără nici un fel de înțelegere între firme. Pe de altă parte, prin faptul că are în vedere și dominanța colectivă, TD pare a fi orientat mai pe termen lung decât SSC, atâta timp cât pentru ajungerea la un astfel de rezultat pe piață este nevoie de o serie de inter-acțiuni succesive între firme (până la atingerea unui echilibru de tip Nash).

Noul test este formulat acum în felul următor:

“O concentrare care ar restricționa semnificativ concurența efectivă, pe piața comună sau pe o parte semnificativă a acesteia, în particular prin crearea sau consolidarea unei poziții dominante, trebuie declarată ca fiind incompatibilă cu piața comună”.

Poziția Comisiei este că testul nu se modifică în esența lui, ci că – în actuala formă – formularea este mult mai clară, arătând focalizarea pe analiza impactului unei concentrări asupra concurenței. Cu alte cuvinte, nu mai este necesară acum crearea sau consolidarea unei poziții dominante, ca una dintre condițiile care, înainte, trebuia îndeplinită pentru a putea interzice o concentrare economică. Pot exista adică și alte situații, cum ar fi piața de tip oligopol, unde nici o firmă nu este într-o poziție dominantă, deși concurența poate fi restricționată totuși ca urmare a unei fuziuni sau achiziții.

A fost simplificat și sistemul procedural, în așa fel încât să permită firmelor să nu mai cheltuiască timp și bani pentru a notifica o concentrare într-o țară în care – până la urmă – nu va fi evaluată. Astfel:

- părțile implicate pot cere ca analiza să fie efectuată la Comisie sau într-un stat membru (state membre), înainte de a întocmi notificarea propriu-zisă; această opțiune nu exista până acum; în acest mod, este aplicat principiul subsidiarității, prin aceea că cea mai bine plasată autoritate de concurență va fi cea care va examina concentrarea respectivă.
- părțile implicate pot cere ca notificarea să fie efectuată la Comisie, în cazul în care ea ar trebui notificată în cel puțin trei state membre și, în urma acceptului acestor state, Comisia obține exclusivitatea cazului; în acest fel, se evită efectuarea unor notificări multiple, care ar implica bani și timp din partea firmelor.
- părțile pot introduce notificarea mai devreme decât în prezent, doar pe baza simplei intenții de a fuziona; până acum era necesară existența unei înțelegeri obligatorii. De asemenea, a fost eliminată perioada de 7 zile impusă pentru notificare și care introducea constrângeri inutile asupra firmelor, atâta vreme cât acestea nu pot pune în practică concentrarea până când nu primesc autorizarea Comisiei. De altfel comisarul pe probleme de concurență de la acea dată, Mario Monti, a anunțat că a renunțat la acest termen de notificare și pentru a respecta sugestiile lui *International Competition Network*;
- termenele implicate au fost modificate: astfel, faza 1 expiră acum după 25 de zile lucrătoare; ea poate fi prelungită cu 10 zile atunci când firmele își asumă anumite obligații sau când un stat membru cere să i se notifice concentrarea respectivă. Pentru faza a II-a, termenul expiră după încă 90 de zile lucrătoare, la care se mai adaugă automat încă 15 zile dacă firmele își asumă obligații către sfârșitul acestei perioade. În cazurile complexe, mai poate fi acordată încă o prelungire de 20 de zile lucrătoare, dar numai la cererea sau cu aprobarea firmelor implicate;
- amenda pentru informații incorecte sau incomplete a crescut la 1% din cifra de afaceri (de la 50000 euro cât era până în prezent); în acest fel, puterile de investigație ale Comisiei cresc semnificativ;
- se permite firmelor implicate accesul la dosar mai devreme; în plus, Comisia va organiza întâlniri cu părțile implicate pentru a prezenta stadiul curent al investigației, în așa fel încât acestea să fie permanent informate.

Noul pachet privind concentrările stabilește și modul cum vor fi evaluate creșterile de eficiență rezultate de pe urma fuziunii sau achiziției respective. Astfel, pentru a fi

luate în considerare, de ele trebuie să beneficieze și consumatorii, trebuie să fie *probabile* a fi obținute și *verificabile*. În acest fel, se realizează o apropiere de regulile americane în domeniul controlului concentrărilor.

Efecte asupra legislației din România după momentul aderării

În principiu, regulile din România și cele comunitare privind controlul concentrărilor economice există independent unele de celelalte și sunt aplicate independent. Tratatul de Aderare prevede, ca și în cazul celorlalte țări care au devenit membre la 1 mai 2004, că – de la data aderării – prevederile tratatelor și ale celorlalte acte adoptate de către instituțiile UE înainte de data aderării României vor fi obligatorii pentru aceasta și se vor aplica în condițiile specificate în acele documente și în Tratatul de Aderare.

Astfel că, principala modificare care va fi impusă de aderarea României la UE va fi aceea care derivă din art. 21(3) al noului regulament comunitar, și anume că nici un stat membru nu poate aplica legislația sa națională la o concentrare economică de dimensiune comunitară (așa-numitul principiu „one-stop shop”). De aceea, orice concentrare de dimensiune comunitară care va avea loc după momentul aderării nu va mai face obiectul aprobării Consiliului Concurenței. Totuși, concentrările fără dimensiune comunitară vor rămâne sub jurisdicție românească.

Art. 4(4) din noul regulament stipulează că, înainte de a notifica, părțile implicate în concentrarea economică „pot informa Comisia, printr-o adresă motivată, că respectiva concentrare afectează concurența dintr-un stat membru, pe o piață care prezintă toate caracteristicile unei piețe distincte și, de aceea, ar trebui examinată, în întregime sau în parte, de către statul membru respectiv.”

Aceeași cerere poate fi adresată și de către statul membru în cauză. În plus, Comisia însăși poate trimite cazul respectiv pentru evaluare în statul membru din proprie inițiativă, dar numai după ce notificarea a fost depusă la Comisie (art. 9 al noului regulament).

În acest fel, chiar dacă are o dimensiune comunitară, este posibil ca, în anumite cazuri, o concentrare să fie încă analizată de către Consiliul Concurenței, pe baza regulilor din România. În plus, art. 26(3) al noului regulament stipulează că regulile europene nu se vor aplica în cazul concentrărilor care au la bază o înțelegere sau un anunț de dinainte de data aderării, chiar dacă implementarea lor efectivă se va face după această dată. În această situație va exista doar obligația de a informa Comisia Europeană.