

Comisia Europeana propune un nou instrument de concurența. Care va fi impactul asupra companiilor?



Comisia Europeana are în vedere introducerea unui nou instrument în materie de concurența care sa permita remedierea problemelor structurale existente în piața înaintea savârșirii vreunei încălcări și fara emiterea vreunor sancțiuni. Este o noutate absoluta, în condițiile în care regulile actuale se aplica post factum, adica dupa savârșirea, descoperirea și investigarea încălcarilor și remediile aplicate privesc doar companiile care au încălcat regulile de concurența.

Mecanismul luat în considerare ar permite remedierea îngrijorărilor concurențiale ridicate fie de conduita unilaterală a companiilor dominante sau deținătoare a unei puteri semnificative de piața înainte ca aceasta sa poata avea un efect anticoncurențial de închidere a piețelor respective, fie de însași structura piețelor a caror funcționare nu duce la rezultate concurențiale.

Procesul legislativ abia a început, eventuala adoptare a acestui instrument fiind prevazuta pentru sfârșitul anului 2020. Cu toate acestea, o analiza preliminară a scopurilor și modalităților în care va fi utilizat acest instrument ridica o serie de îngrijorari semnificative privind efectul sau asupra piețelor și companiilor.

Înca de la introducerea sa la nivel comunitar, în 1962, dreptul concurenței a avut ca scop remedierea disfuncționalităților concurențiale ale piețelor prin identificarea și sancționarea conduitelor anticoncurențiale, fie ele acorduri anticoncurențiale (fixarea prețurilor, impunerea prețurilor de revânzare etc) sau abuzuri de poziție dominantă (practicarea prețurilor excesive, vânzarea legata etc). Raționamentul de baza era ca, în absența unor acorduri / conduite care sa restrângă concurența, piețele se vor dezvolta într-o maniera optima, care sa reflecte toți stimulii economici care acționeaza asupra pieței.

Astfel, dreptul concurenței nu prevedea niciun instrument specific pentru restaurarea funcționalității unei piețe unde nu fusesera identificate încălcări ale concurenței, întrucât restaurarea funcționalității pieței e o consecință directă a inexistenței restricțiilor concurențiale. Da, Comisia Europeana sau alte autorități de concurența puteau desfașura investigații sectoriale menite sa identifice obstacole în calea funcționării optime a unei piețe și emite recomandari pentru înlăturarea, în principal legislativă, a acestora, dar nu aveau instrumentele pentru a interveni direct în piața. Mai mult, autoritățile de concurența s-au dovedit extrem de reticente în ceea ce privește adoptarea de masuri interimare, care ar fi avut un efect imediat pe piața.

Pe 2 iunie 2020, Comisia Europeana a propus spre consultare publică un nou instrument al carui scop este facilitarea intervenției rapide în cazurile în care exista îngrijorari concurențiale fara a putea fi identificata vreo încălcare a regulilor de concurența. Astfel, Comisia a identificat existența unor sectoare de piața cu grad ridicat de risc în care, datorita existenței unor caracteristici precum grad ridicat de concentrare, efectul de rețea, efectul de

blocare, bariere ridicate la intrare, ținerea captiva a consumatorilor etc, exista un risc ridicat de reducere abrupta al gradului de concurența de pe piața. Mai mult, conform Comisiei, aceste piețe se caracterizeaza și prin dificultatea subminării unei poziții de forța pe piața, odata ce aceasta e atinsa – cu alte cuvinte, va fi extrem de dificil sa împiedici o companie care obține o poziție de forța pe o asemenea piața de risc de la exploatarea respectivei poziții de forța.

Ce propune Comisia Europeana

Comisia a propus patru variante de implementare ale instrumentului de concurența luat în considerare. În toate variantele propuse, Comisia desfașoara o investigație riguroasa de piața, în timpul careia drepturile la aparare sunt respectate pe deplin, în urma careia identifica anumite îngrijorari concurențiale. Noul instrument ar permite Comisiei impunerea de remedii, structurale sau comportamentale, care sa permita funcționarea pieței, fara a identifica o încălcare, fara a aplica sancțiuni și fara a da naștere dreptului de a înainta acțiuni în despagubire.

Reamintim ca remediile structurale sunt acele remedii care afecteaza însași structura pieței – obligativitatea acordarii accesului la anumite infrastructuri sau unitați de producție în termeni nediscriminatorii, cesionarea sau înstrainarea unor activități etc, iar remediile comportamentale sunt, în esența, cele privind comportamentul viitor al unei întreprinderi. În prezent remediile comportamentale sau structurale pot fi oferite de companii în cadrul procedurii angajamentelor, în investigațiile privind încălcarile concurenței, respectiv cu scopul de a înlătura îngrijorările concurențiale ridicate de o anumita tranzacție, sau impuse de Comisia Europeana, în eventualitatea în care acestea sunt necesare pentru a pune capat unei încălcari. În consecința, instrumentul propus extinde capacitatea Comisiei de a impune remedii structurale și în cazurile în care nu exista o încălcare, cu scopul de a remedia deficiențele pieței.

Prima varianta vizeaza impunerea acestor remedii exclusiv companiilor dominante, active în toate sectoarele pieței. A doua varianta restrânge posibilitatea de impunere a acestor remedii companiilor dominante prezente pe acele sectoare de piața cu grad ridicat de risc. A treia varianta permite impunerea de remedii și companiilor care nu sunt dominante, active în orice sector de piața, precum și formularea de recomandari de norme legislative care sa faciliteze funcționarea concurențiala a respectivului sector. Ultima varianta permite impunerea remediilor și companiilor care nu sunt dominante, cu condiția ca acestea sa activeze în acele sectoare de piața cu grad ridicat de risc.

Astfel, utilizarea unui asemenea instrument ar avea efecte semnificative asupra poziției pe piața a companiilor carora li se adreseaza, chiar și în absența unei sancțiuni. Mai mult, posibilitatea declanșării unei investigații individuale nu poate fi eliminata, Comisia putând descoperi îndeplinirea condițiilor unei încălcari anticoncurențiale în cadrul analizei de piața.

Efecte asupra piețelor și companiilor

Masurile propuse, indiferent de forma în care vor fi adoptate, în cadru mai restrâns sau mai larg, au potențialul de a revoluționa complet modul în care companiile se raporteaza la regulile de concurența. Cu toate acestea, orice astfel de instrument antreneaza o serie de consecințe, mai mult sau mai puțin benefice pieței, ceea ce înseamna ca este nevoie de o analiza atenta a acestora, cu nuanțările relevante.

Nu e foarte clar cum vor fi identificate și definite aceste sectoare cu un grad ridicat de risc și care va fi contribuția companiilor la acest proces, fiind evident inacceptabil ca acest exercițiu sa fie desfașurat unilateral de catre Comisie / autoritațile de concurența.

La fel de neclare cum vom identifica acele piețe care nu funcționeaza optim din punct de vedere concurențial. Perfecțiunea este, în orice domeniu, un deziderat legitim și totodata de neatins – a interveni în modul în care funcționeaza o piața de fiecare data când este aparent faptul ca aceasta ar putea funcționa mai bine este o rețeta

sigura pentru dezastru.

În alta ordine de idei orice ingerința în modul de funcționare al unei piețe va afecta pe termen mediu și lung disponibilitatea companiilor / capitalului de a intra pe acea piață. Decizia de a investi într-un anumit sector depinde și de stabilitatea aceluia sector, de predictibilitatea măsurilor luate. Impunerea de remedii comportamentale sau structurale în absența unei încălcări va fi de natura să descurajeze investițiile tocmai în piețele dinamice, ducând la blocarea inovației, principalul lor atu. Este discutabil în ce măsură este binevenită o intervenție în piețele în formare până la maturitatea lor – raționamentul ne spune că poți identifica o disfuncționalitate acolo unde toate piesele de șah sunt deja așezate, unde piața a eșuat în a se autoregla (prin exercitarea puterii de cumpărare ori presiune concurențială).

E de așteptat ca introducerea unui asemenea instrument să aibă consecințe și în cadrul analizei concentrărilor economice, testul aplicabil putând fi modificat de la ridicarea de obstacole semnificative în calea concurenței efective pe piața românească la ceva mai aproape de crearea condițiilor necesare apariției unei potențiale disfuncționalități structurale a pieței.

În condițiile în care sectoarele economice sensibile, precum cele vizate de Comisie, fac obiectul unor reglementări sectoriale a căror implementare este supervizată de autorități de reglementare specifice (ANRE, ANCOM, BNR, CNAS / MS, ASF etc), noile competențe pe care Comisia dorește să și le aroge au un potențial ridicat de a intra în conflict cu cele ale autorităților de reglementare.

Apoi, regula de bază în ceea ce privește evaluarea concurențială a comportamentului individual al companiilor era că regulile de concurență nu sancționează succesul, concretizat prin obținerea unei poziții dominante, ci abuzul respectivei poziții, folosirea ei în dauna concurenților și, în final, a consumatorilor. Mai mult, teste precum testul concurentului la fel de eficient au fost implementate pentru a ne asigura că nu e sancționată eficiența crescută a companiei dominante, ci doar acel comportament care scoate de pe piață concurenți la fel de eficienți. Datoria regulilor de concurență nu e să asigure supraviețuirea companiilor ineficiente, ci de a limita libertatea de acțiune a companiilor dominante.

Totodată, există situații în care efectele de rețea au consecințe benefice și în care concurența pentru piață aduce beneficii comparabile sau superioare concurenței pe piață – de ce am avea nevoie de mai mult de un sistem de operare? Care ar fi beneficiile unor standarde diferite în ceea ce privește formatul de salvare al fișierelor text? Cine va suporta costurile crescute ale asigurării interoperabilității? E adevărat că există excepții la ambele afirmații, dar ele servesc doar să confirme regula. Efectele de rețea acționează datorită preferinței consumatorilor, iar a forța existența unor alternative teoretice la standardul comun nu beneficiază nimeni.

În același timp, este dificil spre imposibil să determini un mod optim de funcționare al unei piețe, pentru că întrebarea care se pune imediat este ‘Optim pentru cine și pentru cât timp?’. Pentru participanți, pentru consumatori, pentru potențiali concurenți? Optim acum, optim în 2 ani, optim în 10 ani? Modul în care funcționa o piață putea fi influențat, până la un punct, de stimuli externi – taxarea scăzută a sectorului IT din România a dus la o dezvoltare efervescentă a acestuia, spre exemplu – dar e discutabil dacă ar trebui influențat de considerente de politică socială sau economică.

Introducerea unui sistem de reglementare a piețelor care, în teorie, deviază de la ce percepem noi drept piețe competitive semnificative, în esență, renunțarea definitivă la mâna invizibilă, așa cum e ea descrisă de Adam Smith. Principiul conform căruia structura unei piețe depinde de modul în care legile economice acționează asupra ei acoperă și posibilitatea ca noi, cei care analizăm piața, să nu identificăm sau să înțelegem toate acele legi economice. Intervenția umană, tocmai în acele piețe care prezintă îngrijorări concurențiale semnificative, e o presupunere implicită a faptului că vom identifica toate mecanismele economice care operează asupra acelor piețe și modul în care o fac, precum și modul în care consumatorii vor reacționa la schimbări. O sarcină mai degrabă

imposibila – spre exemplu, în cazul Microsoft – Windows Media Player, Comisia a identificat includerea WMP cu Windows drept un abuz de poziție dominantă, impunând Microsoft o amendă semnificativă și un remediu comportamental, i.e. comercializarea unei versiuni de Windows fără Windows Media Player. Analiza economică a Comisiei nu a avut ecou în piață, întrucât vânzarile acestei versiuni nu au depășit 2000 de unități, adică o picătură într-un ocean.

În concluzie, este, într-adevăr, discutabil dacă regulile și instrumentele disponibile în acest moment autorităților de concurență sunt suficiente pentru a remedia disfuncționalitățile tuturor piețelor. Cu toate acestea, întrebarea care ar trebui să se pună este dacă acesta e rolul dreptului concurenței și dacă, în prezența unor astfel de instrumente, mai putem vorbi de o piață liberă.