

Când reglementările 5G afectează operatorii mobili | Cai de atac legale în conformitate cu legislația națională și Convenția Europeană a Drepturilor Omului



1. Context

Astfel cum recenta pandemie ne-a aratat, lumea actuala se bazează în totalitate pe buna funcționare a sectorului comunicațiilor electronice. Comunicarea joacă un rol important în zilele noastre atât pentru cetățeni, companii, cât și pentru autoritățile publice, iar implementarea tehnologiei 5G va crea premisele pentru îmbunătățirea modului în care societatea folosește și beneficiază de sectorul comunicațiilor electronice.

Cu toate acestea, se menționează¹ ca implementarea tehnologiei 5G vine la pachet cu propriile riscuri. În prezent, statele membre ale Uniunii Europene analizează măsurile ce ar trebui adoptate în vederea atenuării acestor riscuri. Un risc important este strâns legat de asigurarea protejării securității naționale, iar în acest sens sunt avute în vedere anumite măsuri strategice², în linie cu Setul Comun de Instrumente 5G³.

Fără niciun dubiu, statele au un interes legitim și suveran de a emite acte normative care au drept scop protejarea securității naționale de acțiuni straine ostile. Cu toate acestea, măsurile luate în acest sens nu ar trebui să contravina statului de drept (inclusiv, dar fără a se limita la respectarea constituțiilor naționale și a legislației naționale), drepturilor omului și libertăților, precum și obligațiilor asumate prin tratate și convenții internaționale.

Furnizorii de comunicații electronice și furnizorii de echipamente au contracte în vigoare care au ca obiect echipamentele deja achiziționate, comandate sau contractate (de exemplu, în baza unei promisiuni de a achiziționa) în scopul implementării rețelei 4G (“**Echipamente Existente**”).

De asemenea, se preconizează ca aceste echipamente vor fi folosite și pentru implementarea rețelelor 5G. În cazul în care furnizorii de rețele de comunicații electronice le-ar fi interzis să achiziționeze, în vederea dezvoltării rețelei 5G, echipamente de la anumiți furnizori, există posibilitatea ca cei din urmă să nu mai poată, prin urmare, folosi Echipamentele Existente.

În cazul în care interdicțiile stabilite încălcă dreptul național, european sau internațional (și există multe surse care avertizează că astfel de încălcări vor apărea ca urmare a implementării așa-numitelor “măsuri strategice”⁴), ar putea apărea acțiuni în depagubiri inițiate de operatorii mobili sau de către furnizorii de echipamente.

Acest articol ofera o prezentare preliminara a unora dintre tipurile de despagubiri care ar putea fi solicitate în acest caz, în conformitate cu dreptul românesc și cu Convenția Europeană a Drepturilor Omului⁵ (“CEDO”), precum și cu practica Curții Europene a Drepturilor Omului (“Curtea CEDO”).

2. Tipuri de despagubiri în linie cu legislația națională

2.1. Acțiuni în raspundere delictuala împotriva României

În cazul în care restricțiile care ar urma să fie adoptate de către România ar încălca dreptul național, european sau internațional, operatorii mobili ar putea fi îndreptați să solicite despagubiri urmare a unor acțiuni în raspundere delictuala împotriva României (“**Acțiune în Raspundere Delictuala**”).

Cererile de despagubiri ar putea să aiba în vedere, de exemplu, daunele suferite de către operatorii mobili ca urmare a acțiunilor în raspundere contractuală care ar putea fi intentate de către furnizorii de echipamente, ca urmare a incapacității operatorilor mobili de a-și executa obligațiile asumate din cauza potențialelor restricții.

În cazul în care astfel de acțiuni în raspundere contractuală ar fi confirmate de către instanțele competente, operatorii mobili ar putea fi obligați să plătească despagubiri pentru daunele provocate. Ulterior, operatorii mobili ar putea încerca să recupereze aceste sume de la statul român, sume care ar include și dobânzile, indexarea cu indicele inflației și cheltuielile de judecată.

Chiar și dacă am pleca de la premiza că nu vor exista acțiuni în raspundere contractuală din partea furnizorilor de echipamente (fie pentru că acest lucru nu ar fi posibil sau pentru că pur și simplu furnizorii de echipamente ar decide să nu urmeze această cale împotriva operatorilor mobili), operatorii mobili tot ar putea decide să solicite României despagubiri în baza răspunderii delictuale.

Aceste despagubiri ar putea avea în vedere, de exemplu, următoarele: (i) sumele plătite de operatorii mobili pentru echipamentul deja achiziționat și care nu va mai putea fi folosit, (ii) diferența de preț dintre echipamentul achiziționat de la noul furnizor și cel care ar fi putut fi pus la dispoziție de către furnizorul inițial, (iii) orice sume suplimentare care ar trebui plătite, prin comparație cu scenariul în care echipamentul inițial ar fi putut fi folosit sau achiziționat (de exemplu costuri mai mari cu întreținerea, costuri mai mari cu instruirea angajaților, etc.) și (iv) pierderea de activitate, de exemplu, ca urmare a prețurilor mai mari către clienți, ca rezultat al costurilor mai mari.

2.2. Exproprierea indirectă

Exproprierea indirectă poate reprezenta o altă cale de acțiune în baza căreia operatorii mobili ar putea solicita despagubiri, în conformitate cu legislația națională, pentru a compensa contravaloarea oportunităților de afaceri pierdute sau scăderea semnificativă a valorii afacerii ca urmare a imposibilității de a folosi echipamentul 4G deja achiziționat.

Așa cum reiese și din articolele de presă⁶, s-ar putea presupune în mod rezonabil că astfel de restricții ar putea atrage costuri suplimentare extraordinare și întârzieri în implementarea rețelelor 5G, fapt care ar putea duce la rândul său la ieșirea de pe piață a unor operatori mobili sau la pierderea de către aceștia a unei cote substanțiale din piață.

Acest lucru ar putea fi văzut ca o adevărată expropriere a activității economice a operatorilor mobili, urmare a unor măsuri legislative.

Totuși, potrivit articolului 44 alineatul (3) din Constituția României “*Nimeni nu poate fi expropriat decât pentru o cauza de utilitate publică, stabilită potrivit legii, cu dreapta și prealabilă despăgubire*”. Constituția României nu distinge între tipurile de expropriere. Și cu toate că la acest moment nu există nicio lege care să reglementeze în detaliu procedurile prin care pot fi solicitate despăgubiri în astfel de cazuri (spre deosebire de cazurile în care exproprierea privește bunuri imobile), practica Curții CEDO stabilește foarte clar că exproprierea indirectă (cum ar fi pierderea unui activ sau a unei activități economice sau scăderea semnificativă a valorii acestora ca urmare a unor măsuri ale statului) trebuie despăgubită în același mod precum exproprierea directă (atunci când statul preia activul sau activitatea în cauză).

Având în vedere că prevederile CEDO au prevalența în fața legislației naționale și chiar în fața prevederilor din Constituția României, s-ar putea argumenta că despăgubirile pentru exproprierea indirectă ar trebui acordate și în România unde, de exemplu, valoarea afacerii a fost micșorată în mod semnificativ sau autorizația de a desfășura anumite activități economice a fost retrasă. Astfel, se pot solicita despăgubiri pentru exproprierea indirectă în cazul în care pierderea activității economice a fost atât de drastică încât poate fi asimilată unei adevărate confiscări a acesteia⁷.

Invers, se poate argumenta că companiile acționează pe piața doar în conformitate cu și în limitele stabilite de legislația în vigoare, fiind dreptul suveran al României de a emite acte normative (astfel încât orice pierderi suferite ca urmare a legislației adoptate ar fi văzute doar ca un risc de afaceri). Cu toate acestea, dreptul internațional prevede anumite limitări și mecanisme de despăgubire care se nasc din dreptul suveran al statului de a adopta legislație, cu condiția ca acesta din urmă să încalce anumite principii fundamentale.

3. Acțiuni în baza CEDO

Este deja bine stabilit că Curtea CEDO acordă despăgubiri pentru daune rezultate din încălcări ale CEDO. Acest fapt se întâmplă când reclamantul eșuează în încercările sale în fața instanțelor naționale.

Prin urmare, în cazul în care operatorii mobili ar cere despăgubiri în fața instanțelor românești, de exemplu ca urmare a unei exproprieri indirecte sau a altor încălcări ale CEDO (cum ar fi discriminarea, de exemplu, spre deosebire de operatorii mobili care au achiziționat echipamente 4G de la alți furnizori decât cei care au fost subiecți al restricțiilor, sau dreptul la un proces echitabil, de exemplu atunci când reclamantul va fi împiedicat, fără motiv, să aibă acces la anumite informații clasificate astfel încât să se poată apăra în mod corespunzător), iar acestea ar respinge acțiunile formulate de către operatorii mobili, o eventuală acțiune în fața Curții CEDO nu poate fi exclusă.

În situația în care o acțiune intentată de către operatorii mobili s-ar dovedi câștigătoare în fața celei din urma curții, despăgubirile care ar putea fi acordate, ar putea include de exemplu (i) despăgubiri pentru prejudiciile financiare (rezultate din consecințele daunatoare ale încălcării⁸), (ii) despăgubiri pentru expropriere indirectă, (iii) despăgubiri financiare pentru prejudicii care nu au o valoare evaluabilă în bani; cum ar fi despăgubirile pentru daune morale⁹; și (iv) cheltuielile de judecată și orice alte cheltuieli survenite atât în fața instanțelor naționale, cât și, ulterior, în procedurile din fața Curții CEDO (onorarii pentru servicii juridice, taxe de timbru, costul cazării și al diurnei, atunci când au loc înfațișări și audieri în fața instanței, etc.).

4. Concluzii

Este de o importanță crucială asigurarea securității infrastructurilor critice. Cu toate acestea, în cazul statului de drept, acest obiectiv poate fi atins doar prin mijloace legale. Dacă măsurile restrictive ar fi adoptate fără respectarea limitelor și garanțiilor care izvorăsc din legislația națională și europeană sau din dreptul internațional, operatorii mobili (precum și alte părți implicate care ar putea suferi prejudicii) ar putea să utilizeze diferite cai de

acțiune pentru a solicita despăgubiri din partea României.

Pentru a atenua riscurile unor litigii lungi și costisitoare și/sau întârzieri semnificative în implementarea rețelelor 5G în România și/sau prețuri prohibitive pentru serviciile 5G, care vor fi eventual suportate de către contribuabili și consumatori, România ar trebui să analizeze cu atenție, din perspectiva legală, orice măsură restrictivă ar intenționa să adopte. Având în vedere pericolele pe care le presupun măsurile strategice menționate în Setul Comun de Instrumente 5G, în cazul în care ar fi implementate într-un mod necorespunzător, măsurile tehnice echilibrate și gândite în detaliu s-ar putea dovedi a fi o posibilă alternativă mai sigură.

1. Mai multe informații sunt disponibile aici <https://www.eubusiness.com/topics/internet/5g-security>, aici <https://www.euractiv.com/section/cybersecurity/news/political-need-for-5g-cybersecurity-certification-enisa-head-says/> și aici <https://www.enisa.europa.eu/news/enisa-news/enisa-draws-threat-landscape-of-5g-networks>.

2. Cum ar fi, de exemplu (i) evaluarea profilului de risc al furnizorilor de echipamente și aplicarea de restricții în cazul furnizorilor considerați a avea risc crescut – inclusiv prin excluderi necesare pentru a diminua riscurile – în cazul activelor importante (așa numitul “**verificarea furnizorului**”) și (ii) asigurarea ca fiecare furnizor de rețele de comunicații electronice care va dezvolta rețele 5G are o strategie corespunzătoare pentru a se asigura că dispune de mai mulți furnizori, astfel încât să evite sau să limiteze orice dependență importantă de un singur furnizor (sau de mai mulți furnizori care au același profil de risc crescut).

3. Setul comun de instrumente cuprinzând măsuri de atenuare convenite de statele membre pentru a răspunde riscurilor de securitate legate de introducerea tehnologiei 5G (“**Setul Comun de Instrumente 5G**”) a fost creat în baza evaluării coordonate la nivelul UE a riscurilor cu privire la securitatea rețelelor 5G și stabilește o serie de măsuri de securitate care au ca scop atenuarea, într-un mod eficient, a riscurilor și asigurarea că pe tot cuprinsul Europei vor fi implementate rețele 5G sigure. Setul Comun de Instrumente 5G prezintă planuri de atenuare detaliate pentru fiecare dintre riscurile identificate și recomandă un set de măsuri strategice și tehnice cheie, care ar trebui să fie aplicate de către toate statele membre și/sau de Comisia Europeană. De asemenea, reprezintă un ghid în alegerea și prioritizarea măsurilor care ar trebui să facă parte din planurile naționale și ale Uniunii Europene de atenuare a riscurilor. Scopul final este acela de a crea un cadru robust și obiectiv cu privire la măsurile de securitate, cadru care va asigura un nivel adecvat de securitate cibernetică a rețelelor 5G în toată Europa, printr-o abordare coordonată a statelor membre. Acest Set Comun prezintă o abordare bazată pe riscuri care ar trebui să se întemeieze exclusiv pe motive ce țin de securitate. Atâta timp cât cerințele cu privire la securitate ale Uniunii Europene sunt respectate, o astfel de abordare respectă pe deplin deschiderea pieței interne a Uniunii Europene.

4. A se vedea, de exemplu, cu privire la posibilele încălcări ale obligațiilor internaționale, ale legislației europene și a cadrului telecom în vigoare Ioannis Glinavos, „Huawei și ISDS: Infrastructura 5G și cererile în legătură cu tratatele de investiții”, Kluwer Arbitration Blog, 11 iunie 2020, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/06/11/huawei-and-isds-5g-infrastructure-and-investment-claims/>, Andrew D. Lipman, Partener, Washington, DC, Christina Renner Partener, Bruxelles, Morgan Lewis „Securizarea rețelelor 5G în Uniunea Europeană: Furnizori cu profil de risc crescut sau legislație cu risc crescut?”, <https://www.jdsupra.com/legalnews/securing-5g-networks-in-the-eu-high-91517/>, Ion Dragne, Alexandru Dragne, Dragne & Asociații, „Germania și Austria: Precursorii măsurilor de securitate 5G?”, <https://www.juridice.ro/essentials/4050/germania-si-austria-precursorii-masurilor-de-securitate-5g>, Alina Popescu, Cristina Crețu, Maravela, Popescu & Asociații, “Provocări juridice în implementarea setului comun de instrumente 5G și posibilele efecte prejudiciabile asupra furnizorilor de comunicații electronice și asupra consumatorilor”, <https://www.juridice.ro/687805/provocari-juridice-in-implementarea-setului-comun-de-instrumente-5g-si-posibilele-efecte-prejudiciabile-asupra-furnizorilor-de-comunicatii-electronice-si-asupra-consumatorilor.html>.

5. Convenția Europeană a Drepturilor Omului (în mod formal Convenția pentru Protecția Drepturilor Omului și a Libertăților Fundamentale) a fost redactată în 1950 de către Consiliul Europei și semnată în data de 4 noiembrie 1950 la Roma. Convenția a intrat în vigoare la data de 3 septembrie 1953. România este parte semnatară la Convenție.

6. Mai multe informații sunt disponibile aici <https://uk.finance.yahoo.com/news/deutsche-telekom-describes-potential-huawei-ban-as-armageddon-scenario-101041104.html> și aici <https://www.handelsblatt.com/technik/it-internet/ausschluss-von-netzausruester-armageddon-szenario-telekom-spielt-huawei-bann-durch/25918402.html> (în germană)

7. Cauza no. 3991/03 Bulves AD împotriva Republicii Bulgare, Cauza no. 18928/91 Fredin împotriva Suediei, Cauza no. 51728/99 Rosenzweig și Bonded Warehouses LTD. Împotriva Republicii Polone.

8. La stabilirea cuantumului compensațiilor se va ține cont de principiul conform căruia reclamantul trebuie repus, pe cât posibil, în situația în care ar fi fost dacă încălcarea CEDO identificată nu ar fi avut loc. Atât pierderea efectivă suferită, cât și pierderea oportunităților de afaceri care s-ar prezuma că ar fi apărut în viitor vor fi parte a despăgubirilor acordate.

9. Curtea CEDO a confirmat anterior faptul că companiile au dreptul la protecția drepturilor cu privire la reputația acestora, ca persoane juridice. A se vedea de exemplu Cauza Tønssbergs Blad AS și Haukom v. Norway.