



ACADEMIA ROMÂNĂ
INSTITUTUL NAȚIONAL DE CERCETĂRI
ECONOMICE

STUDII ECONOMICE

*Distorsiuni concurențiale și soluții optime:
concentrări economice, abuz de poziție dominantă,
practici verticale și intervenții ale statului*

Paul Prisecaru

București
2015

ISSN: 2285 – 7036 INCE – CIDE,
București, Calea 13 Septembrie, Nr.13, Sector 5

CUPRINS

1. Concentrările economice	3
1.1. Introducere	3
1.2. Cazul AT&T/T-Mobile – SUA	5
1.3. Cazul NYSE Euronext/Deutsche Börse - UE	10
1.4. Implicații ale celor două cazuri asupra politicii în materia concentrărilor economice.....	12
2. Abuzul de poziție dominantă și drepturile de proprietate intelectuală.....	12
2.1. Cazul Magill	12
2.2. Cazul IMS Health	13
3. Înțelegerile anticoncurențiale verticale	16
4. Analiza distorsiunilor generate de intervenția statului.....	19
5. Concluzii și implicații pentru politica de concurență.....	25
Bibliografie	26

DISTORSIUNI CONCURENȚIALE ȘI SOLUȚII OPTIME: CONCENTRĂRI ECONOMICE, ABUZ DE POZIȚIE DOMINANTĂ, PRACTICI VERTICALE ȘI INTERVENȚII ALE STATULUI

PAUL PRISECARU¹

Abstract: *In this paper, the best solutions available, in the author's opinion, to restore the competitive environment in the case of four competitive distortions, are selectively presented. First, two relatively recent case studies from US and EU, are presented. These cases, namely AT&T / T-Mobile (USA) and NYSE Euronext / Deutsche Börse (EU), are relevant for the latest approaches to measuring economic efficiency in relation to anti-competitive effects. Secondly, regarding the interaction between competition policy, namely abuse of dominant position, and intellectual property rights, the Magill and IMS Health, both EU cases, are summarized and a brief discussion of the European Commission's approach in Microsoft and Google cases is presented. Certainly, future developments in the abuse of dominant position are difficult to predict, but the intersection of competition law and intellectual property rights will generate further evolving jurisprudence. Thirdly, vertical restrictive practices (agreements between companies at different levels of the production and distribution chain) are approached from a new perspective, providing as a solution a decision matrix that combines both the American and European approaches. Finally, for evaluating and eliminating distortions of competition caused by public regulations, the paper describes the tools developed by the OECD and the relevant experience in applying these tools in other states. The OECD Checklist is currently the best instrument in the world for regulatory impact assessment, backed by outstanding practical results, particularly to Australia.*

Keywords: *mergers, efficiencies, abuse of dominant position, intellectual property rights, vertical restraints, resale price maintenance, regulatory impact assessment, competition toolkit.*

JEL: *K2, L4*

1. Concentrările economice

1.1. Introducere

În ultimul deceniu, politica de control al concentrărilor economice a devenit mult mai coerentă și robustă, în special ca urmare a renunțării la vechiul ”test de dominanță” și adoptarea modernului test ”SIEC”

¹ Paul Prisecaru este director adjunct (economist-șef) în cadrul Consiliului Concurenței. Opinia exprimată în această lucrare constituie părerea personală a autorului și nu reprezintă, în mod necesar, punctul de vedere al Consiliului Concurenței.

(*Significant Impediment to Effective Competition*)². Vechiul test de dominanță funcționa pe principii simple și se baza aproape exclusiv pe indicatori legați de cota de piață (rate de concentrare ale primilor x competitori, Indicele Herfindahl-Hirschman și variația post concentrare a acestuia – Δ HHI), în timp ce testul SIEC este de fapt o abordare multi-dimensională mult mai completă a concurenței și a balanței risc-beneficii a unei operațiuni de concentrare economică. În primul rând, conceptul de ”dominanță” nu avea un suport economic foarte concret, fiind de fapt o interpretare a unei situații economice dată de Curtea Europeană de Justiție în decizia sa din anul 1978 în cazul, devenit de referință, *United Brands vs. Comisia Europeană*³, caz în care poziția dominantă a fost definită ca reprezentând ”capacitatea unei companii de a se comporta independent, într-o măsură apreciabilă, de competitori și clienți” – acest caz este prezentat pe larg în secțiunea referitoare la abuzul de poziție dominantă. Dincolo de lipsa fundamentului clar economic al conceptului de ”comportament independent”, implementarea ideii de ”dominanță” s-a realizat prin asimilarea cu ”puterea de piață” (semnificativă). Testul de dominanță a evoluat în timp de la standardul ”necesar și suficient ca firma rezultată în urma concentrării să fie dominantă pentru a respinge operațiunea”, la noul standard ”dominanța necesară dar nu suficientă pentru a respinge concentrarea”.

Testul SIEC a reprezentat o evoluție pozitivă semnificativă sau, mai degrabă, o adevărată revoluție în materia concentrărilor economice. În primul rând au fost restrânse masiv șansele apariției unor concentrări economice cu efecte anticoncurențiale puternice, dar care nu duceau la crearea unei entități dominante (erorile de tip II / fals negative sau existența așa numitului „vid legislativ”⁴). Un exemplu simplu în acest sens îl reprezintă efectele coordonate⁵ generate de un membru al unui oligopol, sau

² Atât în legislația europeană cât și în cea românească, ”testul de dominanță” și ”testul SIEC” în materia concentrărilor se referă la modalitatea în care era / este formulată interdicția privind anumite tipuri de concentrări economice, respectiv:

a) Testul de dominanță înseamnă interzicerea concentrărilor economice prin care ”se crează sau se întărește o poziție dominantă”;

b) Testul SIEC înseamnă interzicerea concentrărilor economice care pot genera ”împiedicarea semnificativă a concurenței efective pe piață, în special prin crearea sau consolidarea unei poziții dominante”.

³ Cazul C 27/76 din 14 februarie 1978 - *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities*. *Chiquita Bananas*.

⁴ Enforcement gap.

⁵ Coordinated effects.

poate chiar cartel, care cumpără un „competitor rebel”⁶ abia intrat pe piață. Într-un astfel de caz, chiar dacă nu putem vorbi de crearea sau consolidarea unei companii dominante pe piață, putem vorbi de o afectare semnificativă a concurenței pe piață⁷. În al doilea rând, testul SIEC pune un accent mai mare pe posibilele eficiențe generate de concentrare și transmiterea acestora la consumatori sub forma unor prețuri mai mici, economiile de scară fiind principalul argument în acest sens (ajută la eliminarea erorilor de tip I / fals pozitive sau așa-numitul „*over-enforcement*”). Utilizând teste cantitative precum *Upward Price Pressure*⁸, autoritățile de concurență pot determina în ce măsură entitatea nou creată în urma concentrării va avea stimulente economice mai mari de a reduce prețurile decât cele pentru creșterea prețurilor în urma concentrării. În cazul în care reducerile de costuri variabile sunt semnificative, chiar și o firmă considerată dominantă poate prelua un competitor în baza testului SIEC. Două cazuri relativ recente, unul din SUA și altul din UE, au arătat însă existența unor standarde minime și maxime ale eficienței pe care o astfel de concentrare trebuie să o genereze pentru a fi autorizată.

1.2. Cazul AT&T/T-Mobile - SUA

Primul caz este cel al preluării eșuate a T-Mobile USA (al patrulea operator de telefonie mobilă din SUA) de către AT&T (locul doi în piață) pentru suma de 39 de miliarde de dolari. La momentul acestui anunț, Divizia Antitrust a Departamentului American de Justiție a anunțat că se opune acestei fuziuni și va declanșa un proces împotriva părților, ulterior alăturându-se Comisia Federală de Comunicații (FCC – reglementatorul în materie de comunicații din SUA). La o analiză *prima facie* a operațiunii,

⁶ Maverick competitor. Conform Ghidului de analiză a concentrărilor orizontale utilizat de autoritățile americane de concurență (Divizia Antitrust a Departamentului de Justiție și Comisia Federală de Comerț), un competitor rebel este acel competitor care are un rol disruptiv în piață în beneficiul consumatorilor. O definiție alternativă, utilizată de autoritățile australiene, britanice, irlandeze și neo-zeelandeze a competitorului rebel este: „o firmă cu o motivație economică de a devia, mai mare decât a competitorilor și care constituie o forță disruptivă neobișnuită în piață”.

⁷ Un exemplu din realitatea economică îl constituie sectorul telecomunicațiilor mobile unde intrarea unui singur operator în piață a adus o presiune concurențială semnificativă asupra unor duopoluri sau oligopoluri bine consolidate.

⁸ Testul UPP constă în identificarea stimulentei firmei rezultate în urma concentrării de a crește sau de a reduce prețurile. În cadrul testului UPP sunt utilizați diverși indicatori pentru a măsura presiunea de creștere exercitată asupra prețurilor, ca urmare a diminuării concurenței, și pentru a o compara cu presiunea exercitată în sens opus, respectiv cea de scădere a prețurilor datorată creșterii de eficiență (sinergiilor de costuri).

afectarea concurenței nu era evidentă. Entitatea nou creată urma să aibă o cotă de piață de 43%⁹ într-o piață în care mai avea cel puțin un concurent redutabil (Verizon Wireless – locul întâi înainte de concentrare) și un competitor rebel (Sprint). În plus, în domeniul telecom se manifestă extrem de puternic efectul economiilor de scară, ceea ce face ca prețul unitar să scadă în permanență¹⁰, iar o astfel de concentrare să poată fi prezumată ca având potențialul de a genera prețuri mai mici pe termen lung pentru consumatori.

În sprijinul operațiunii, avocații și experții AT&T au adus două categorii de argumente:

- 1) Argumentele de eficiență generată de densitatea rețelei:
 - creșterea densității rețelei – celule suplimentare care cresc capacitatea rețelei;
 - creșterea spectrului disponibil – consolidarea canalelor de control redundante pe GSM;
 - creșterea eficienței spectrului existent prin „*channel pooling*”;
 - utilizarea mai intensă a rețelelor;
 - eliberarea spectrului pentru servicii mai eficiente – creșterea utilizării în anumite zone.
- 2) Argumente de eficiență generată de economii de costuri (39 miliarde USD + 3 miliarde USD / an, începând cu cel de-al treilea an) provenite din eliminarea costurilor redundante care vizau:
 - utilizarea turnurilor de transmisie (inclusiv vanzarea unora dintre ele);
 - marketing;
 - achiziții (inclusiv telefoane mobile și echipamente de rețea);
 - operațiuni de retail;
 - *customer support*.

Impactul asupra consumatorilor a fost estimat de AT&T ca reprezentând o scădere a prețurilor între 3,8% și 9,4% în condițiile unui model al pieței cu cerere liniară, provenită din reducerea costurilor cu 7,6%-18,8%. Modelul complet de reducere a costurilor prezentat de experții AT&T era și mai optimist, prognozând o reducere a costurilor între 13,6% și 25,8%. Autoritatea americană de reglementare în domeniul comunicațiilor

⁹ Este vorba de cota de piață pe piața națională. Existau și alți operatori, dar pe piețe locale sau regionale: US Cellular, MetroPCS, Leap, Cellular South și alții.

¹⁰ Gene Munster, analistul pe domeniul telecom al firmei de investiții Piper Jaffray, afirma la momentul respectiv într-un interviu pentru Bloomberg că ”prețul minutului de convorbire pentru telefonia mobilă scade constant de 20 de ani și nimic nu pare să oprească această tendință”.

(FCC) a contracarat aceste calcule arătând că era aproape imposibil de determinat cât dintre aceste economii proveneau din costuri fixe și cât proveneau din costuri variabile, având în vedere faptul că, în principiu, este mai probabil ca economiile de costuri variabile să fie transferate consumatorilor sub forma unor prețuri mai mici, în timp ce economiile de costuri fixe sunt, de obicei, internalizate de operator. În plus, modelele utilizate de experții AT&T au fost caracterizate de FCC ca fiind: ”*serios viciate*”, ”*implauzibile*” sau ”*extrem de sensibile la ajustări*”.

Privind retrospectiv, autoritățile americane au avut dreptate să respingă operațiunea dacă vizualizăm interesele consumatorilor în primul rând în termeni de varietate a alternativelor disponibile și nu neapărat în termen de prețuri. T-Mobile este de fapt singurul competitor care utilizează aceeași tehnologie cu AT&T, respectiv GSM¹¹ (telefoane cu cartela SIM), prin comparație cu ceilalți doi competitori Verizon Wireless (cota de piață 38% la momentul respectiv) și Sprint (cota de piață 19% la momentul respectiv) care utilizează tehnologie CDMA¹² (telefoane care sunt activate în rețea fără cartelă SIM). Practic, acest argument al tehnologiei utilizate pare că a fost decisiv în cazul AT&T / T-Mobile, chiar dacă nu a fost asumat public în mod explicit de autoritățile americane. Argumentele oficiale invocate atât de autoritatea de concurență cât și de reglementator, au vizat mai multe aspecte de natură ”tehnică”, ce țin de politica de concurență, fără a-l include și pe cel al tehnologiei similare a celor doi operatori.

Principalul argument pentru respingerea operațiunii ține de creșterea puternică a concentrării pieței, măsurată prin Idicele Herfindahl-Hirschman de la valoarea de 2400 la 3100 (un ΔHHI ¹³ > 200-250 este considerat ridicat în practica autorităților de concurență, în cazul de față ΔHHI atingea 700). Gradul de concentrare ar fi fost foarte ridicat chiar dacă s-ar fi avut în vedere și operatorii locali/regionali.

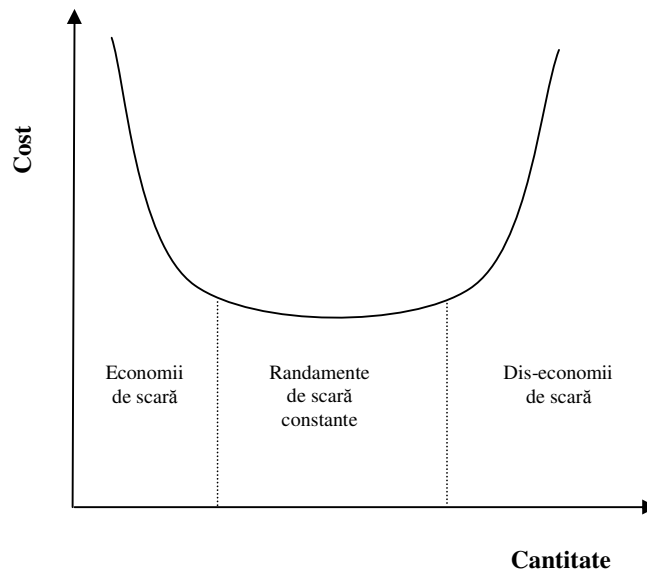
A doua linie de argumentație a autorității americane de concurență a vizat demontarea argumentelor legate de eficiență. În primul rând, a fost trasată o distincție clară între, pe de-o parte ”*economiile de scară*”, care vizează dinamica costurilor în condițiile extinderii producției ca efect al extinderii rețelei și, de cealaltă parte, ”*economiile de densitate*”, care vizează dinamica costurilor în condițiile extinderii producției la aceeași dimensiune a rețelei. Utilizând expertiza acumulată din analizele efectuate

¹¹ Global System for Mobile Communications.

¹² Code Division Multiple Access.

¹³ ΔHHI este egal cu HHI post-concentrare minus HHI înainte de concentrare.

asupra industriilor de rețea și, în special, asupra sectorului de transport feroviar din Europa de Vest, experții DoJ au demonstrat că situație industriei de telecomunicații din SUA nu poate fi comparată cu cea a rețelelor feroviare din Europa de Vest, care au epuizat potențialul de a obține economii de scară, dar au rezerve suficiente pentru a obține economii de densitate¹⁴.



Sursa: realizat de autor.

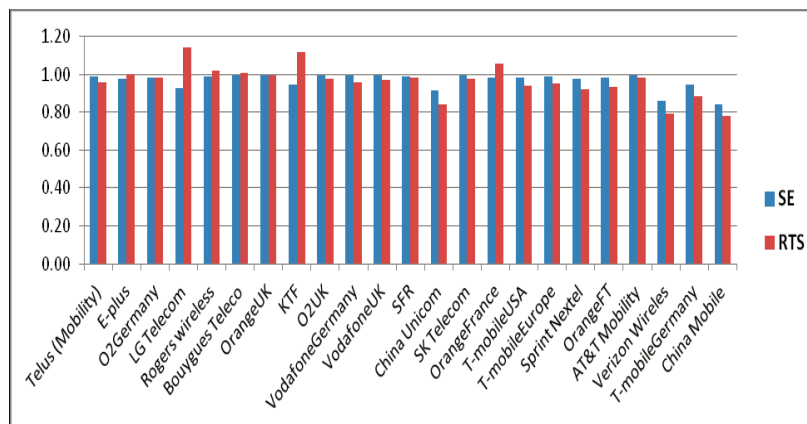
Figura 1. Privire teoretică asupra curbei costurilor totale medii pe termen lung în industria telecom

Chiar dacă industriile de rețea în general, și industria telecom în particular, au o rezervă mult mai mare de eficiență (cu alte cuvinte, aria identificată în Figura 1 cu denumirea de "economii de scară" este mult mai mare) decât în alte sectoare, este greu de crezut că o companie de talia AT&T și chiar de talia T-Mobile operează într-un punct al curbei costurilor de la care mai există economii de scară substanțiale ne-epuizate.

¹⁴ Cu alte cuvinte, extinderea rețelei feroviare în Europa de Vest nu mai este fezabilă datorită faptului că majoritatea localităților cu populație numeroasă sunt conectate între ele, în schimb capacitatea de transport a acestei rețele este mult mai mare decât cea utilizată în prezent.

Cea mai mare parte a eficiențelor estimate de AT&T a fi generate de concentrare erau de fapt economii de densitate rezultate din creșterea intensității utilizării spectrului și turnurilor celulare în anumite zone metropolitane. Existența acestor economii de densitate ne-exploatate este plauzibilă doar pentru anumite zone urbane, dar nu cele cu densitatea cea mai mare a populației, unde fenomenul de "cell splitting" duce la dublarea costurilor odată cu dublarea volumului de trafic.

Meta-analiza efectuată de Li și Pittman (2012) asupra eficienței a 23 de operatori din întreaga lume a relevat faptul că, cu excepția Chinei unde cei doi mari operatori analizați sunt administrați de către stat și cu excepția lui Verizon din SUA, marea majoritate a companiilor de telefonie mobilă operează în zona randamentelor la scară constante. Acest lucru era previzibil având în vedere faptul că piețele pe care operează sunt oligopoluri private reglementate cu o intensitate acceptabilă a competiției.



SE = Scale Efficiency (eficiența de scară), când SE=1 indică cea mai productivă dimensiune de scară; RTS = Return to Scale (randamentul la scară), când RTS = 1 randamentul la scară este constant, când RTS > 1 randamentul la scară este crescător și când RTS < 1 randamentul la scară este descrescător.

Sursa: grafic preluat din Li, Y. și Pittman, R., (2012). "The proposed merger of AT&T and T-Mobile: Are there unexhausted scale economies in U.S. mobile telephony?".

Figura 2. Estimarea eficienței operaționale pentru 23 de operatori telecom din întreaga lume – anul 2007

Rezumând, în cazul acestei operațiuni au existat 4 argumente puternice pentru respingerea concentrării:

1. Creșterea puternică a gradului de concentrare a pieței, măsurată prin intermediul Idicelui Herfindahl-Hirschman;

2. Absența unor economii de scară sau de densitate semnificative care să poată duce la prețuri mai mici pentru consumatori, compensând astfel restrângerea concurenței;
3. Eliminarea unui competitor "rebel" din piață, respectiv T-Mobile, companie caracterizată ca fiind un "inovator disruptiv" și "un competitor cu o strategie agresivă de prețuri".
4. Monopolizarea tehnologiei de rețea de tip GSM de către un singur operator, respectiv AT&T.

Având aceste argumente în față, AT&T a renunțat la operațiune dându-și seama că nu avea șanse să câștige un eventual proces cu cele două autorități guvernamentale, FCC și DoJ. Drept urmare, AT&T a plătit despăgubiri de 3 miliarde de dolari plus echivalentul a 1 miliard de dolari în spectru de frecvențe către Deutsche Telekom, acționarul majoritar al T-Mobile.

Așa cum declara Herbert Hovenkamp¹⁵, unul dintre cei mai importanți experți antitrust din lume la ora actuală: "*Este doar o ușoară exagerare să spunem că dacă nu ar fi blocat această concentrare, Departamentul de Justiție ar fi putut la fel de bine să arunce instrucțiunile în materie de concentrări pe geam*".

1.3. Cazul NYSE Euronext/Deutsche Börse - UE

Cel de-al doilea caz este cel al respingerii de către Comisia Europeană a concentrării dintre NYSE Euronext și Deutsche Börse pe piețele serviciilor de compensare și decontare a tranzacțiilor bursiere, la începutul anului 2012. Chiar dacă cele două companii nu sunt competitori direcți, DG Competition a considerat că economiile de gamă generate de specificul activităților prestate de cele două grupuri pe piețele financiare reprezintă atât o sursă de eficiență economică semnificativă pentru entitatea nou creată în urma concentrării, cât și o sursă de putere de piață și o barieră aproape insurmontabilă la intrarea pe piață pentru noi competitori.

Economiile de gamă în activitatea de decontare și compensare provin din modul în care funcționează casele de compensare în rolul de "contrapartidă centrală" pe piețele de derivate. Pe scurt, casele de compensare leagă mai multe tranzacții ale aceluiași tander într-un "pachet" care trebuie garantat doar cu valoarea netă a activelor financiare tranzacționate. Având în vedere că majoritatea traderilor sunt de fapt

¹⁵ Profesor de drept la Universitatea din Iowa.

intermediari pentru clienții lor, pentru multe active financiare tranzacționate există poziții *short* (de vânzare) și *long* (de cumpărare) ale aceluiași tader. Astfel, aceste poziții contrare se anulează reciproc, garanțiile necesare casei de compensare fiind doar valoarea (expunerea) netă rezultată – operațiunea se numește ”*netting*” în limbaj de specialitate. Garanțiile necesare traderilor sunt cu atât mai mici cu cât volumul de tranzacții este mai mare, fapt care scade dramatic costurile de tranzacționare generate de aceste garanții.

O altă caracteristică, chiar mai importantă decât *netting*-ul, care generează eficiențe semnificative caselor de compensare este generat de gradul de corelație al activelor tranzacționate. Spre exemplu, dacă două acțiuni sunt puternic corelate între ele, o poziție *long* pe o acțiune este compensată, din punct de vedere al riscului financiar, de o poziție *short* pe cealaltă acțiune, reducându-se necesarul de granații – operațiunea se numește ”*cross-margining*” în limbaj de specialitate. În cazul instrumentelor derivate, acest fenomen este mult mai pregnant decât în cazul piețelor spot, datorită faptului că o acțiune pe piața spot are o singură formă emisă de companie, dar același activ suport poate avea o multitudine de contracte derivate emise de bursa pe care ele se tranzacționează. Aceste contracte derivate cu același activ suport sunt puternic corelate chiar dacă nu sunt identice, având date de expirare diferite, prețuri de exercitare diferite etc.. Astfel, prin efectul de *cross-margining* se pot genera economii de gamă substanțiale.

NYSE Euronext și Deutsche Börse au estimat beneficiul generat de operațiunea de concentrare economică ca fiind de aproximativ 3 miliarde de euro, reprezentând garanții economisite de clienți. Comisia Europeană a contrazis suma înaintată de cele două companii, arătând că nu garanțiile sunt economisite, ci costul de oportunitate al blocării acestora, economiile generate de operațiune fiind de fapt între 40 de milioane de euro și 120 de milioane de euro. Cele două părți nu au putut demonstra că, în absența unui competitor viabil, aceste economii de costuri realizate de clienții lor nu vor fi absorbite de creșteri de preț ale entității nou create.

Practic, în acest caz ar fi fost imposibil ca orice altă entitate să rivalizeze în termeni de eficiență cu cea rezultată din reunirea celor două grupuri. Astfel, câștigurile de eficiență generate de fuziune au fost considerate insuficiente în raport cu riscurile la adresa concurenței, Comisia Europeană respingând operațiunea chiar dacă cele două părți au propus o serie de angajamente¹⁶.

¹⁶ Una dintre îngrijorările cele mai importante ale Comisiei Europene a vizat piața produselor derivate pe ratele de dobândă. În această piață părțile la concentrare s-au angajat să ofere accesul competitorilor la mecanismul de decontare al unor noi produse, acest lucru fiind considerat insuficient de Comisie.

1.4. Implicații ale celor două cazuri asupra politicii în materia concentrărilor economice

Cele două cazuri de concentrări respinse prezentate mai sus, respectiv *AT&T/T-Mobile* în SUA și *NYSE Euronext/Deutsche Börse* în Uniunea Europeană, par a indica două abordări divergente în materia aplicării ideii de eficiență economică în raport cu conceptul de concurență. De fapt, cele două cazuri sunt mai degrabă complementare, stabilind cele două limite (extreme) ale acestei abordări:

- *AT&T/T-Mobile* demonstrează faptul că în absența unei creșteri de eficiență rezonabile, reducerea concurenței prin intermediul unei concentrări nu este acceptabilă, iar
- *NYSE Euronext/Deutsche Börse* demonstrează faptul că există și o limită maximă acceptabilă a acestei eficiențe, limită de la care entitatea nou-creată poate deveni un monopolist *de facto*, iar autoritățile de concurență nu pot tolera atingerea acestui punct.

2. Abuzul de poziție dominantă și drepturile de proprietate intelectuală

Există în cadrul politicii împotriva abuzului de poziție dominantă o zonă în care dezbateră între diversele abordări este încă deschisă, și anume: intersectarea abuzului de poziție dominantă cu drepturile de proprietate intelectuală. În continuare vom prezenta cele mai interesante repere în această materie.

2.1. Cazul Magill

Acest caz a reprezentat un adevărat punct de referință datorită faptului că a stabilit principiile care sunt folosite în delimitarea graniței dintre legislația în domeniul concurenței și legislația în domeniul drepturilor de proprietate intelectuală.

La sfârșitul anilor '80, mai multe posturi de televiziune din Marea Britanie și Irlanda își publicau, fiecare în parte, propriul ghid TV săptămânal care deținea exclusivitate în privința grilei de programe a postului respectiv. Datorită acestui fapt, la acel moment nu exista pe piață nici un ghid TV complet, sau măcar cuprinzător. Fiecare dintre posturile TV pretindea, la adăpostul legislației britanice și irlandeze, protecție în baza dreptului de copyright pentru listele săptămânale de programe, în vederea prevenirii

reproducerii lor de către terți. Aceste posturi de televiziune furnizau gratuit informații în legătură cu grilele proprii de programe numai la cerere, și numai anumitor ziare sau reviste. Compania *Magill TV Guide Ltd.* a încercat să publice un ghid TV săptămânal cuprinzător, dar a fost împiedicată de posturile TV care au obținut hotărâri judecătorești ce interziceau publicarea grilelor lor de programe.

Decizia Comisiei Europene din 1988 a calificat acest comportament ca fiind abuziv, decizia fiind sprijinită și de Tribunalul de Primă Instanță în 1991 și de Curtea Europeană de Justiție în 1995. CEJ a subliniat faptul că numai acele restricții ale concurenței care sunt indispensabile în protejarea drepturilor de proprietate intelectuală sunt permise de legislația comunitară. De asemenea, Curtea a mai arătat că exercitarea dreptului exclusiv de a reproduce lucrări protejate în circumstanțe contrare dispozițiilor ex-art. 82 (actualul 102) din Tratat nu corespunde funcției esențiale a copyright-ului, aceea de a proteja drepturile asupra lucrării și de a recompensa efortul creativ. S-a constatat că refuzul posturilor TV, bazat pe prevederile copyright-ului național, de a furniza informațiile de bază referitoare la propriile programe, împiedica apariția unui nou produs, un ghid TV cuprinzător, pe care posturile de televiziune nu îl ofereau și pentru care exista o posibilă cerere din partea consumatorilor.

În cazul *Magill*, Curtea Europeană de Justiție a stabilit 3 criterii de analiză a situațiilor în care exercitarea drepturilor de proprietate intelectuală poate duce la un abuz de poziție dominantă în sensul art. 82 (actualul 102) din Tratat:

- a) prin refuzul de a licenția drepturile de copyright, deținătorul împiedică apariția unui nou produs pe piață;
- b) nu există nicio justificare pentru un astfel de refuz;
- c) deținătorii drepturilor de copyright își rezervă pentru ei piața secundară a ghidurilor TV, excluzând orice alt posibil concurent prin refuzul de a oferi acces la informația de bază necesară.

Curtea Europeană de Justiție a lăsat însă loc liber interpretărilor, neclarificând dacă aceste trei criterii sunt cumulative sau este suficientă existența unuia singur pentru a încadra ca abuz de poziție dominantă exercitarea unor drepturi de proprietate intelectuală.

2.2. Cazul IMS Health

În cazul *IMS Health* este vorba despre o dispută între două companii care furnizează servicii pentru companiile farmaceutice din Germania. Atât

IMS Health cât și NDC Health furnizează informații privind vânzările de medicamente către companiile farmaceutice din Germania. IMS Health furniza date privind vânzările la nivel regional structurate sub forma unor ”cărămizi” (*bricks*). Această metodă specială de raportare a vânzărilor dezvoltată de IMS Health în parteneriat cu companiile farmaceutice a devenit în timp standardul *de facto* în domeniu. IMS a descoperit în anul 2000 faptul că metoda sa brevetată de raportare era folosită de anumite companii concurente, printre care și NDC. IMS a obținut hotărâri inițiale favorabile din partea instanțelor germane care atestau încălcarea drepturilor sale de proprietate intelectuală asupra acestei metode de raportare, dar NDC a înaintat o plângere la Comisia Europeană care a constatat un abuz de poziție dominantă al IMS, similar cu situația din cazul *Magill*.

În cazul *IMS Health*, Curtea a clarificat faptul că cele trei condiții stipulate în cazul *Magill* sunt cumulative, adăugând și câteva elemente suplimentare, derivate din așa-numita doctrină a ”facilităților esențiale”¹⁷. Standardul legal pentru a demonstra un abuz de poziție dominantă prin utilizarea unor drepturi de proprietate intelectuală, rezultat din cele două cazuri de referință, este alcătuit din următoarele criterii cumulative:

- a) existența unei poziții dominante a deținătorului drepturilor de proprietate intelectuală (testul dominanței);
- b) dreptul de proprietate intelectuală în discuție oferă acces la un bun sau serviciu indispensabil pentru derularea unei anumite activități (testul facilităților esențiale);
- c) există două piețe distincte: una în amonte (în care există facilitatea esențială) și una în aval, dependentă de prima (testul celor două piețe);
- d) refuzul licențierii dreptului de proprietate intelectuală împiedică apariția unui nou produs care nu este oferit de compania dominantă și pentru care există cerere potențială din partea consumatorilor (testul limitării producției);

¹⁷ O întreprindere se poate afla în poziție dominantă și în situația în care controlează o ”instalație” (infrastructură, tehnologie, bunuri sau servicii) care nu poate fi recreată în condiții rezonabile, al cărei echivalent nu există și, la care, accesul este indispensabil pentru concurenții săi în desfășurarea activității acestora. În această situație, întreprinderea care deține ”instalația”, nu poate refuza, fără motive temeinice, accesul efectiv la această instalație, nici să impună, în schimbul accesului, condiții discriminatorii sau inechitabile. Acestei întreprinderi nu îi este impusă obligația, absurdă de altfel, de a-i sprijini pe competitorii săi, ci obligația de a nu restrânge concurența într-un mod abuziv. De asemenea, un producător nu poate refuza să acorde licențe dacă tehnologia sa a fost aleasă ca standard și numai prin folosirea acesteia poate fi implementat acest standard. Această doctrină, denumită și teoria facilităților esențiale, a fost preluată din dreptul american al concurenței și a stârnit numeroase controverse în Europa.

- e) refuzul nu este justificat de ”considerații obiective”;
- f) refuzul exclude toată concurența pe piața secundară (testul utilizării ”efectului de levier”¹⁸.

Aceste condiții cumulative par a nu fi fost îndeplinite în totalitate în cazul *Microsoft*, dar intensitatea acțiunilor gigantului american împotriva competitorilor săi, cuplată cu poziția de cvasi-monopol pe piața sistemelor de operare, au contat mai mult în ochii autorităților europene. Din 2004 până în anul 2013, *Microsoft* a fost amendată de Comisia Europeană cu sancțiuni totalizând peste două miliarde de euro¹⁹ pentru blocarea piețelor secundare de software pentru navigare pe internet și redare a fișierelor media. *Microsoft* a fost acuzată că a utilizat poziția sa dominantă deținută pe piața sistemelor de operare pentru a bloca dezvoltarea acestor piețe secundare, cu toate că cel puțin una dintre condițiile cumulative rezultate în urma cazurilor *Magill* și *IMS Health* nu era îndeplinită: testul limitării producției.

Pentru a sublinia caracterul dinamic al acestei zone a politicii de concurență, precum și necesitatea, mai pregnantă în acest domeniu decât în multe altele, de a adapta permanent doctrina juridică la realitățile economice, *Microsoft* a s-a transformat recent din agresor în victimă, înaintând Comisiei Europene o plângere împotriva *Google* pentru fapte similare. Rămâne de văzut dacă, pe lângă sancțiunile financiare, Comisia va decide și măsuri care să demonteze avantajul competitiv al *Google* în fața rivalilor săi pe piața motoarelor de căutare, pentru a limita poziția acesteia pe piața de publicitate. Spre deosebire de *Microsoft*, o astfel de decizie ar fi mult mai dramatică pentru *Google*, aceasta realizând cea mai mare parte a veniturilor sale pe piețele secundare (din aval) ca urmare a poziției deținute pe piața principală (din amonte). *Microsoft* se afla în situația inversă, obținând majoritatea veniturilor din sisteme de operare și pachete software de tip ”Office”, furnizând software gratuit pentru piețele secundare (navigare de internet și cititoare de fișiere media). O altă diferență notabilă ar putea consta în natura avantajului competitiv avut în vedere de autoritatea europeană de concurență. Dacă în cazul *Microsoft*, avantajul competitiv consta în codul sursă necesar programatorilor rivali pentru a realiza aplicații compatibile cu sistemele de operare *Windows*, iar divulgarea acestora nu a afectat poziția *Microsoft* pe piața unde era dominant, în cazul *Google* este vorba despre algoritmi utilizați de motorul său de căutare pentru a determina relevanța rezultatelor interogării de către

¹⁸ Leverage test.

¹⁹ Suma include atât amenzi ”pe fond” pentru încălcarea legislației, cât și amenzi ”procedurale” semnificative pentru nerespectarea deciziilor Comisiei sau pentru încălcarea propriilor angajamente asumate în fața executivului european.

utilizatori, divulgarea acestor algoritmi putând elimina avantajul competitiv al Google în fața rivalilor.

Cu siguranță evoluțiile viitoare în materia abuzului de poziție dominantă sunt dificil de anticipat, dar intersectarea dreptului concurenței cu cel al drepturilor de proprietate intelectuală va genera în continuare o jurisprudență aflată în continuă evoluție. Abordarea Comisiei Europene în această materie reprezintă standardul aplicabil și pentru autoritatea română de concurență, nu doar datorită apartenenței României la Uniunea Europeană, ci și datorită caracterului echilibrat și coerent al acestei abordări care ține cont atât de necesitatea de a proteja drepturile de proprietate intelectuală, cât și de nevoia menținerii unui nivel adecvat al concurenței pe piață.

3. Înțelegerile anticoncurențiale verticale

În cadrul politicii de concurență, înțelegerile anticoncurențiale realizate de întreprinderi care se află pe paliere diferite ale lanțului de producție și distribuție, ocupă un loc aparte, existând diferențe semnificative de abordare între Statele Unite și Europa pe această temă. La rândul lor, autoritățile naționale de concurență din statele membre UE acordă o importanță diferită acestor practici în funcție de strategiile și politicile proprii de priorizare. Principalele tipuri de practici verticale sunt cele care vizează impunerea prețului de revânzare (RPM)²⁰ și restricțiile teritoriale²¹. Majoritatea acestor restricții sunt de fapt limitări ale concurenței intra-marcă la nivelul distribuitorilor și, cu toate că sunt practici foarte des întâlnite, de multe ori efectele economice ale acestora sunt ambigue.

Michael Baye, fostul director al Biroului Economic din cadrul FTC²² a afirmat că dezbateră pe tema impunerii prețului de revânzare (RPM) se aseamănă cu religia²³. Există numeroase opinii susținute fervent atât pentru, cât și împotriva utilizării RPM în piață, dar nu există decât foarte puține elemente obiective care să constituie un ghid adecvat pentru politica de concurență. Unul dintre puținele puncte comune acceptate de majoritatea taberelor în dezbateră asupra RPM se referă la faptul că impunerea de prețuri minime este nocivă pentru consumatori și pentru concurența din piață.

²⁰ Resale Price Maintenance.

²¹ Spre exemplu: delimitarea de către un producător a ariilor teritoriale în care distribuitorii au voie să vândă produsul respectiv, cu efecte directe asupra concurenței intra-marcă între distribuitori.

²² Federal Trade Commission – Comisia federală de comerț a SUA.

²³ Consumer Benefits and Harms from Resale Price Maintenance: Sorting the Beneficial Sheep from the Antitrust Goats? Commissioner Pamela Jones Harbour - Opening Remarks Resale Price Maintenance Workshop, FTC, Washington, February 17, 2009.

Din punct de vedere al producătorului, retailerul²⁴ este un serviciu complementar, necesar pentru a duce produsele către consumatori. Astfel, producătorii tind să privească retailerii ca pe agenții lor de vânzări. Din punct de vedere al consumatorului, retailerul poate fi privit ca o sursă alternativă de a obține produse la prețuri competitive. Cu alte cuvinte, consumatorii tind să privească retailerii ca fiind agenții lor de cumpărare. Ambele funcții ale retailerului (de vânzător și de cumpărător) aduc beneficii consumatorilor, dar funcția care duce la reducerea prețurilor pentru consumatori este totuși cea mai importantă. Așa cum spunea Adam Smith: în primul rând, „*pentru consumatori este în general mai bine atunci când produsele de care au nevoie sunt mai ieftine*”, iar, în al doilea rând, „*promovarea consumului, și nu a producției, ar trebui să fie obiectivul primar al sistemului [capitalist], acest lucru servind interesului consumatorilor*”²⁵.

Funcția de agent de cumpărare pentru consumator a retailerilor devine și mai importantă în condițiile existenței unui nivel ridicat de putere de piață în amonte, respectiv la nivelul producătorilor, datorat, spre exemplu, unei structuri oligopoliste de piață. Practic, în condițiile existenței acestei puteri de piață în amonte, dacă o rețea de distribuție independentă ar fi înlocuită cu o rețea de agenți sau cu reprezentanțe ale producătorilor integrați vertical, dispariția intermediarilor ar transfera veniturile acestora către oligopol și nu către consumatori. Aceștia din urmă au în mod evident o putere de negociere net inferioară retailerilor care pot obține prețuri mai bune datorită cantităților mari pe care le comandă. Măsura în care beneficiile prețurilor mai bune obținute de retailerii în relația lor cu producătorii sunt transferate către consumatori depinde de nivelul concurenței intra-marcă pentru fiecare producător.

Din literatura economică și din practica antitrust rezultă faptul că nu există o concluzie lipsită de echivoc în legătură cu impactul practicilor verticale în general (restricții teritoriale, RPM etc.) asupra eficienței economice. Atât restricțiile legate de preț cât și celelalte tipuri de restricții verticale au diverse efecte economice în funcție de contextul de piață. Spre exemplu, restricțiile teritoriale asupra retailerilor pot promova eficiența dacă în lipsa lor efectul de parazitare (*free-riding*) ar afecta semnificativ serviciile de retail, dar pot fi utilizate de producători și ca instrument de suprimare a concurenței inter-marcă.

²⁴ Termenul de „retailer” este utilizat pentru a descrie agentul economic care vinde direct către consumator produsele altora.

²⁵ Smith, A. (1776). “An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations”. Bantam Classics. 2003. p. 839.

În al doilea rând, structura pieței și, în special, intensitatea concurenței între structurile verticale²⁶ rivale, precum și faptul că producătorii asigură distribuția prin canale comune sau nu, influențează în mod decisiv efectele acestor practici verticale. Atunci când o structură verticală se confruntă cu o concurență puternică din partea altor mărci, dar și în interiorul său, reducerea eficienței economice prin restricții verticale este puțin probabilă. Concurența puternică generează eficiență atât la nivelul producătorilor, cât și la cel al retailerilor, iar, dacă structura de piață este competitivă, restricțiile verticale au un impact nesemnificativ asupra eficienței economice.

Restricțiile verticale pot avea efecte și asupra interacțiunilor strategice dintre structurile verticale rivale. Prin alterarea concurenței intra-marcă în cadrul propriei rețele de distribuție, un producător poate influența modul în care răspunde comportamentului competitorilor săi, fapt care influențează de asemenea comportamentul acestora, afectând concurența inter-marcă²⁷. Spre exemplu, desemnarea unor teritorii exclusive de distribuție reduce concurența intra-marcă, dar duce și la reducerea concurenței inter-marcă prin diminuarea stimulentele pentru menținerea prețurilor sub cele ale rivalilor. Concurența intra-marcă determină retailerii să fie concentrați, în primul rând, asupra prețurilor en-gros, iar relaxarea presiunii din partea acestui tip de concurență oferă acestora mai multă flexibilitate asupra prețurilor²⁸. În această situație, retailerii tind să crească prețurile în tandem cu cele ale rivalilor, alocarea de teritorii exclusive ducând astfel la reducerea concurenței inter-marcă la nivelul retailerilor²⁹. În mod evident, RPM are un efect contrar, ducând de multe ori la creșterea gradului de concurență inter-marcă, *cu condiția ca structura de piață din amonte, respectiv la nivelul producătorilor, să fie concurențială*. De asemenea, în cazul unui nivel scăzut de concurență în amonte, producătorii pot genera, prin intermediul RPM, o uniformizare a prețurilor de retail care, deși are efectul unei rigidități ineficiente, duce la transparentizarea pieței, facilitând comportamentul paralel. *Per a contrario*, prețurile variabile la nivelul retailerilor duc la creșterea profiturilor (prin faptul că aceștia pot profita de informațiile despre condițiile locale privind costurile și cererea), precum și

²⁶ Termenul de „structură verticală” definește producătorul împreună cu lanțul său de distribuție.

²⁷ Rey, P. and Stiglitz, J. (1988), "Vertical Restraints and Producers Competition", *European Economic Review* 32, 561-568.

²⁸ Rey, P. and Stiglitz, J. (1995), "The Role of Exclusive Territories in Producers Competition", *Rand Journal of Economics* 26, 431-451.

²⁹ Bonanno, G. and Vickers, J. (1988), "Vertical Separation", *Journal of Industrial Economics* 36, 257-65.

la descurajarea cartelurilor în amonte (prin faptul că devierea de la politica de cartel devine mai dificil de monitorizat)³⁰.

Având în vedere aceste argumente și simplificând problema restricțiilor verticale, putem afirma, cu suficientă încredere, că decizia intervenției autorității de concurență în cazul constatării unor astfel de practici poate fi bazată pe următoarea matrice:

Tabelul 1

Modalități de abordare a practicilor verticale în funcție de intensitatea concurenței pe piețele din amonte și din aval

Concurența inter-marcă	Concurența intra-marcă	Intervenția autorității de concurență în cazul unor practici verticale
slabă	puternică	Da
puternică	slabă	Nu
puternică	puternică	Nu
slabă	slabă	Da

Sursa: realizat de autor.

Pe de altă parte, chiar dacă aplicarea matricei decizionale de mai sus se sprijină pe suficiente argumente de natură economică, logica juridică a aplicării prevederilor legale în materie de practici verticale (inclusiv jurisprudența), poate să difere substanțial în practică. În aceste cazuri, aplicarea legislației are în vedere de cele mai multe ori clasificarea practicilor verticale, în special a celor care vizează prețurile, ca încălcări cu „obiect” anticoncurențial care nu necesită demonstrarea „efectului” negativ³¹. Practic, în multe jurisdicții, inclusiv cea română, practicile verticale sunt, în anumite condiții, asimilate cartelurilor, ceea ce face ca acestea să fie analizate, în cadrul investigațiilor, într-o logică similară.

4. Analiza distorsiunilor generate de intervenția statului

În România, practicile anticoncurențiale ale statului pot avea caracter ne-constituțional, atunci când au forma unor acte normative, datorită

³⁰ Rey P. (2009), „RPM: Theories of Harm”, Resale Price Maintenance Workshop, FTC, Washington, February 17.

³¹ Distincția între încălcările „prin obiect” și cele „prin efect” ale legislației în materie de concurență provin chiar din textele legale, respectiv articolul 101 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene și articolul 5 din Legea concurenței în România, care interzic practicile anticoncurențiale care „au ca obiect sau au ca efect împiedicarea, restrângerea ori denaturarea concurenței” pe piața internă / pe piața românească.

prevederilor art. 135 din Constituția României. Din păcate, până la momentul de față, nu există o jurisprudență relevantă a Curții Constituționale pe această temă, dar este de așteptat ca acest lucru să se schimbe odată cu sofisticarea mediului local de afaceri și creșterea competențelor economice ale decidenților politici.

Denumirea populară a acestor distorsiuni ale concurenței prin intermediul actelor normative sau administrative este aceea de "rentă". Așa cum arată și Consiliul Concurenței în cadrul ultimului raport privind "Evoluția concurenței în sectoare cheie – 2014": *"utilizarea noțiunii de rentă, în gândirea economică, a suferit modificări semnificative (ideologice) de-a lungul timpului. Economisții școlii clasice au folosit acest concept pentru a se referi la veniturile neproductive, obținute fie prin intermediul puterii de piață, fie ca urmare a existenței unor limitări naturale privind resursele, în sectorul privat. În economia politică neoclasică, definiția noțiunii de rentă s-a modificat, pentru a încorpora și venituri generate de activități politice neproductive care urmăresc protecția, menținerea sau modificarea unor drepturi generatoare de venituri în exces"*³².

În privința acestui tip de distorsiuni, Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (OECD) reprezintă un reper internațional în această materie, furnizând atât instrumente simple și eficiente de analiză de impact, cât și asistență tehnică directă pentru autorități publice.

Un prim astfel de filtru de analiză de impact cu caracter general care poate fi utilizat relativ ușor de orice organism public cu puteri de reglementare, este reprezentat de "Lista de verificare de referință a OECD pentru decidenții în materie de reglementare"³³, document care conține 10 întrebări esențiale la care autoritățile ar trebui să aibă răspunsul înainte de adoptarea unor reglementări:

- 1) Problema care necesită adoptarea reglementării este definită corect?
- 2) Acțiunea statului este justificată?
- 3) Este reglementarea problemei respective cea mai bună formă de acțiune a statului?
- 4) Există bază legală pentru reglementare?
- 5) Care este cel mai potrivit nivel al statului (instituție, nivel de reglementare) care trebuie să intervină în acest caz?
- 6) Beneficiile reglementării justifică costurile?

³² Consiliul Concurenței, "Evoluția concurenței în sectoare cheie – 2014", pp. 16.

³³ OECD, "The OECD Reference Checklist for Regulatory Decision-Making". Disponibilă la adresa de internet: <http://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/35220214.pdf>.

- 7) Distribuția efectelor reglementării asupra societății este transparentă?
- 8) Reglementarea este clară, coerentă, inteligibilă și accesibilă utilizatorilor ei?
- 9) Toate părțile interesate au avut posibilitatea de a-și prezenta punctul de vedere?
- 10) Cum se va asigura respectarea și implementarea reglementării?

Având un caracter mai specific, OECD a elaborat și un set de instrumente de analiză a legislației în vigoare, sau care urmează a fi adoptată, din perspectiva impactului asupra concurenței. O scurtă prezentare a acestui instrument este redată mai jos sub formă de extras din raportul Consiliului Concurenței privind ”Evoluția concurenței în sectoare cheie – 2014”:

”Pe baza celor mai bune practici internaționale din domeniu, OECD a elaborat un Set de instrumente pentru evaluarea concurenței, menit să asigure organismelor de reglementare o identificare rapidă a reglementărilor susceptibile să aducă atingere concurenței, precum și o mai bună înțelegere a obiectivelor politicii de concurență. Totodată, Consiliul OECD a adoptat și o Recomandare prin care încurajează guvernele statelor membre și non-membre OECD să implementeze evaluarea impactului concurențial al diverselor reglementărilor. Pot fi subiectul unei astfel de evaluări legi, reglementări și reguli noi sau aflate deja în vigoare. Prin aplicarea instrumentelor adoptate de OECD, instituțiile cu inițiativă legislativă se pot asigura că deciziile de adoptare a unor reglementări se iau în baza unor informații clare în ceea ce privește raportul dintre costuri și beneficii, în vederea identificării și evitării în timp util a potențialelor efecte anticoncurențiale ale procesului de reglementare. Atunci când sunt identificate prevederi cu impact negativ asupra concurenței, setul de instrumente servește în dezvoltarea de metode alternative pentru a atinge aceleași obiective, cu afectarea minimă a concurenței. Setul de instrumente OECD propune un cadru coerent de evaluare, în 2 etape:

Etapa 1:

Identificarea politicilor, a legilor și a reglementărilor care au impact negativ asupra concurenței. La baza Setului de instrumente³⁴ stă Lista de verificare³⁵ – un „filtru” din perspectiva concurenței, care urmărește explorarea a trei mari grupe de restricții:

³⁴ Toolkit.

³⁵ Checklist.

1. *Restricții cu privire la începerea unei noi afaceri. Concurența potențială limitează acțiunile unilaterale sau coordonate care vizează creșterea prețului, limitarea producției etc. Deși pot exista motive întemeiate în limitarea intrării pe o anumită piață, beneficiile rezultate din urmărirea interesului public ar trebui evaluate prin raportare la potențialele efecte anticoncurențiale. Politicile pot restricționa intrarea de noi întreprinderi prin acordarea de drepturi exclusive asupra unui bun sau serviciu, prin stabilirea de licențe, permise sau autorizări, ca cerință de funcționare, prin limitarea geografică a furnizării de bunuri sau servicii, a investițiilor de capital etc.*

2. *Reglementări care afectează capacitatea participanților de a concura. În această categorie se află acele reglementări care restricționează publicitatea și marketingul, stabilesc standarde care limitează concurența prin calitate, prețuri de control sau cele care favorizează anumite firme sau anumite procese de producție. Aceste reglementări pot reduce intensitatea și dimensiunea concurenței, rezultând în prețuri mai mari pentru consumatori și într-o varietate mai redusă a produselor și serviciilor.*

3. *Reglementări care afectează comportamentul companiilor, modificând motivația acestora de a concura intens. Este vorba, aici, de reglementări care pot facilita coordonarea sau de reglementări care reduc dorința, capacitatea sau motivația consumatorilor de a se muta de la un concurent la altul. Politicile pot afecta comportamentul companiilor active pe o anumită piață, relativ la concurenții lor, prin crearea unui regim de auto-reglementare sau co-reglementare, prin obligația sau recomandarea de a publica informații cu privire la rezultatele comerciale, prețuri, vânzări sau costuri, prin scutirea anumitor industrii sau a unor grupuri de întreprinderi de la anumite prevederi legale etc.*

Etapa 2:

Revizuirea, de către factorii de decizie, a politicilor „filtrate” în prima etapă. Reformele pro-concurențiale sunt fundamentate în jurul ideii că există adesea variante multiple de a atinge un anumit obiectiv printr-o politică publică. Determinarea celei mai bune opțiuni poate fi o sarcină dificilă, care necesită o analiză atentă, creativitate și cunoștințe specifice sectorului avut în vedere.

Această a doua etapă presupune parcurgerea următorilor pași:

- *Dezvoltarea de politici alternative fezabile, care urmăresc atingerea obiectivului specific, minimizând efectele negative asupra concurenței;*
- *Compararea alternativelor;*

- *Identificarea celei mai bune opțiuni.*

Inițiativa OECD referitoare la evaluarea reglementărilor din punct de vedere al concurenței adaugă rigoare, structură și transparență procesului de reformare a reglementărilor. Scopul specific al acestei inițiative este acela de a examina afectarea potențială a concurenței de către anumite reguli și reglementări impuse de guverne, precum și de către diferitele restricții impuse de organizațiile profesionale. Metodologia OECD poate fi utilizată în patru modalități principale:

- 1. Ca parte a unei evaluări de ansamblu a cadrului legislativ existent (la nivelul întregii economii sau în sectoare specifice);*
- 2. Ca parte a unui proces de evaluare a propunerilor legislative;*
- 3. De către autoritățile de concurență, în acțiunile lor de promovare a culturii concurenței;*
- 4. De către organismele guvernamentale, în special cele implicate în dezvoltarea și revizuirea de legi și legislație secundară.”*

Checklist-ul OECD privind analiza de impact al legislației asupra concurenței este prezentat mai jos:

Checklist-ul OECD

Ar trebui efectuată o evaluare a concurenței dacă legislația (*propusă spre a fi adoptată sau în vigoare*) are oricare din următoarele 4 efecte:

(A) Limitarea numărului sau gamei de furnizori

Aceasta se poate întâmpla dacă legislația:

1. Oferă drepturi exclusive unui furnizor de a oferi bunuri sau servicii.
2. Stabilește o licență, o autorizație sau aprobare ca și condiție de funcționare.
3. Limitează posibilitatea unor anumiți furnizori de a oferi un bun sau un serviciu.
4. Crește semnificativ costul de intrare sau ieșire de pe piață al unui furnizor
5. Crează o barieră geografică în calea posibilității companiilor de a oferi bunuri, servicii sau muncă sau de a investi capital services or labor, or invest capital

(B) Limitarea posibilității de concurență a furnizorilor

Aceasta se poate întâmpla dacă legislația:

1. Limitează posibilitatea vânzătorului de a stabili tarife pentru bunuri și servicii
2. Limitează libertatea furnizorilor de a-și face publicitate la bunuri sau servicii
3. Stabilește standarde de calitate a produsului care conferă un avantaj anumitor furnizori sau care depășesc nivelul pe care clienții bine-informați l-ar alege
4. Crește semnificativ costurile de producție pentru diverșii furnizori față de alții (mai ales prin tratarea companiilor deja existente pe piață diferit de nou-intrați)

(C) Reducerea stimulentei furnizorilor de a concura

Aceasta se poate întâmpla dacă legislația:

1. Crează un regim de auto-reglementare sau co-reglementare
2. Necesită sau încurajează ca informațiile cu privire la producția, prețurile, vânzările sau costurile furnizorilor să fie publicate
3. Scutește activitatea unui anume grup din industrie sau unui grup de furnizori de acțiunea legislației generale de concurență

(D) Limitarea opțiunilor și informațiilor disponibile clienților

Aceasta se poate întâmpla dacă legislația:

1. Limitează posibilitatea consumatorilor de a decide de unde achiziționează
2. Reduce mobilitatea clienților între diverșii furnizori de bunuri sau servicii prin creșterea explicită sau implicită a costurilor de transfer de la un furnizor la altul
3. Modifică fundamental informațiile necesare cumpărătorilor pentru a putea face achiziții eficiente

Un bun exemplu de aplicare a unor reforme pro-concurențiale bazate pe un program de revizuire și modificare a legislației care limita concurența fără a servi interesul public, este reprezentat de Australia. Guvernele locale din această țară au căzut de acord în anul 1995 asupra implementării unui program de revizuire a peste 1700 de legi. Cu toate că acest proces de revizuire a implicat și costuri semnificative la nivelul guvernelor locale (finanțate de guvernul central), estimările arată că reformele finalizate în anul 2001 au creat beneficii anuale de 2,5% din PIB, respectiv 20 de miliarde de dolari australieni / an. Mai mult, fără a putea fi identificată cu certitudine relația de cauzalitate, de la implementarea acestor reforme, Australia a devenit una dintre cele mai performante și competitive economii dinntre statele membre OECD, ajungând în anul 2006 la o creștere a PIB-ului de 3%/an, o creștere a venitului real brut de 4%/an și o serie de surplusuri fiscale care au dus la eliminarea completă a datoriei nete generale a guvernului.

Un proiect bazat pe Checklist-ul OECD a fost implementat în Grecia în anul 2013, dar la o scară mult mai redusă decât în Australia, fiind analizate doar sectoarele de procesare a alimentelor, retail, materiale de construcții și turism. În urma acestui proiect, echipa mixtă de experți greci și ai OECD a formulat 320 de recomandări vizând 555 de restricții inutile generate în cele 4 sectoare de legislația primară sau secundară. Beneficiile generate de aceste reforme au fost estimate la 5,2 miliarde de euro sau aproximativ 2,5% din PIB-ul Greciei, datorate în principal creșterii puterii de cumpărare a consumatorilor și creșterilor de eficiență pentru companii.

Un demers similar a fost început în anul 2014 în România, OECD, împreună cu Consiliul Concurenței și cu alte instituții relevante pentru sectoarele de: procesare a produselor agro-alimentare (inclusiv colectarea acestora), transport (terestru de marfă și naval) și construcții (în principal, materiale de construcții pentru proiecte de construcții civile și proiectarea pe baze concurențiale a licitațiilor aferente lucrărilor de construcții civile și, în secundar, exproprieri și cadastru). Proiectul este programat a se finaliza la sfârșitul anului 2015 cu propuneri de eliminare a legislației primare sau secundare cu impact anticoncurențial excesiv.

5. Concluzii și implicații pentru politica de concurență

Așa cum am arătat pe parcursul acestei lucrări, în materia majorității distorsiunilor concurențiale interzise de legislația în materie de concurență există standarde, jurisprudență și abordări ale altor instituții, toate acestea putând constitui repere pentru autoritatea națională de concurență în materia modalităților de restabilire a mediului concurențial. Prezentăm în continuare, succint, câteva dintre aceste repere:

- În privința **concentrărilor economice** considerăm util ca în aplicarea testului privind afectarea semnificativă a concurenței efective pe piață să fie utilizate în procesul de luare a deciziilor de autorizare, respingere sau autorizare condiționată a operațiunii, cele două limite de eficiență stabilite prin cazurile *AT&T/T-Mobile (SUA)* și *NYSE/ Deutsche Börse*.

- În materia **abuzului de poziție dominantă** abordarea echilibrată dar fermă a Comisiei Europene pare a fi superioară celei a autorităților americane, considerate puțin prea tolerante pe acest subiect.

- În privința **înțelegerilor anticoncurențiale verticale** modelul american pare a fi cel mai bine conectat la realitățile economice, astfel că o adaptare a acestuia poate constitui soluția optimă și pentru politica națională de concurență. În acest sens, am propus o matrice de analiză simplă realizată pe baza experienței noastre în această materie.

- Pentru analiza **distorsiunilor concurenței generate de intervenția statului**, cadrul cel mai potrivit este oferit de OECD. Checklist-ul OECD reprezintă cel mai bun instrument din lume de analiză legislativă de impact

la momentul actual, având în spate și rezultate concrete remarcabile, în special în cazul Australiei.

BIBLIOGRAFIE

1. Bonanno, G. și Vickers, J. (1988). "Vertical Separation", *Journal of Industrial Economics*, Vol. 36, p. 257-65.
2. Carrier, M.A. (2009). "Innovation for the 21st Century: Harnessing the Power of Intellectual Property and Antitrust Law". Oxford University Press.
3. Farrell, J. și Shapiro, C. (2010). „Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition”, *The B.E. Journal of Theoretical Economics*. Vol. 10 (1), article 9.
4. Farrell, J. și Shapiro, C. (2010). „Upward Pricing Pressure and Critical Loss Analysis: Response”. *The CPI Antitrust Journal*, February.
5. Harbour, P.J. (2009). "Consumer Benefits and Harms from Resale Price Maintenance: Sorting the Beneficial Sheep from the Antitrust Goats?". Commissioner Pamela Jones Harbour - Opening Remarks Resale Price Maintenance Workshop, FTC, Washington, February 17.
6. Katz, M. și Shelanski, H. (2005). "Merger Policy and Innovation: Must Enforcement Change to Account for Technological Change?". in Adam Jaffe, Joshua Lerner, and Scott Stern, *Innovation Policy and the Economy*, Volume 5, MIT Press.
7. Li, Y. și Pittman, R. (2012). "The proposed merger of AT&T and T-Mobile: Are there unexhausted scale economies in U.S. mobile telephony?", MPRA Paper 39043, University Library of Munich, Germany.
8. Kühn, K-U; Lorincz, S.; Verouden, V.; Wilpshaar, A. (2012). "Economics at DG Competition 2011-2012". *Review of Industrial Organization*, nr. 41, p. 251-270.
9. Moresi, S. (2010). „The Use of Upward Price Pressure Indices in Merger Analysis”, *ANTITRUST SOURCE*, February.
10. Rădulescu, I., Dobrescu, A. și Prisecaru, P. Paul (2013). "Politica europeană în domeniul concurenței". Editura Pro Universitaria.
11. Rey P. (2009), „RPM: Theories of Harm”, Resale Price Maintenance Workshop, FTC, Washington, February 17.
12. Rey, P. și Stiglitz, J. (1988). "Vertical Restraints and Producers Competition", *European Economic Review*, Vol. 32, p. 561-568.
13. Rey, P. și Stiglitz, J. (1995), "The Role of Exclusive Territories in Producers Competition", *Rand Journal of Economics*, Vol. 26, p. 431-451.
14. Romano, O. și Vamvu, D. (2013). „Analiza efectelor unilaterale. Abordarea în cazul concentrărilor economice orizontale din sectorul de retail”, *Revista Română de Concurență. Consiliul Concurenței*. nr. 2/2013, p. 52-69.
15. Smith, A. (1776). "An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations". Bantam Classics. 2003.
16. Vickers, J. și Hay, D. (1987). "The Economics of Market Dominance", Blackwell, Oxford.
17. Waldman, D. E. și Jensen, E.J. (2001). "Industrial Organization: Theory and Practice". Second Edition. Pearson Education.
18. Consiliul Concurenței: Rapoarte asupra concurenței în sectoare cheie 2012-2014.

-
19. European Commission (2008d). "Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings", December.
 20. OECD (2010). "Competition Assessment Toolkit". Version 2.0, Volumes I & II.
 21. U.S. Department of Justice (2010), "Horizontal Merger Guidelines".