



PROIECTUL DE LEGE PRIVIND AUTORIZAREA PRODUCĂTORILOR DE TEHNOLOGIE 5G ȘI EFECTELE SALE ASUPRA CONCURENȚEI: O PROVOCARE PENTRU OPERATORII DE REȚELE MOBILE ȘI PENTRU AUTORITĂȚILE DE CONCURENȚĂ

1. Context

Proiectul de lege cu privire la măsuri referitoare la infrastructuri informatice și de comunicații și condițiile implementării rețelelor 5G („**Proiectul de Lege**”) a fost publicat spre consultare publică la data de 4 august 2020¹ de către Ministerul Transporturilor, Infrastructurii și Comunicațiilor și revizuit în mică măsură la data de 2 septembrie 2020.

Proiectul de Lege are ca scop reglementarea autorizării producătorilor de tehnologii, echipamente și programe software pentru rețelele 5G (denumite împreună „**Tehnologia 5G**”). În acest sens, forma revizuită a Proiectului de Lege², printre altele:

- reproduce în totalitate criteriile de autorizare prevăzute în Memorandumul de înțelegere semnat în 20 august 2019 între România și Statele Unite („**Memorandumul SUA-Romania**”), respectiv dacă producătorul:
 - (i) se află sub controlul unui guvern străin, în lipsa unui sistem juridic independent;
 - (ii) are o structură transparentă a acționariatului;

¹ Forma revizuită a Proiectului de Lege poate fi consultată la <http://www.mt.gov.ro/web14/transparența-decizională/consultare-publică/acte-normative-in-avizare/3059-104082020dcom>.

² Criteriile stabilite în Memorandumul US-Romania sunt următoarele: (1) dacă producătorul se află, în lipsa unui sistem juridic independent, sub controlul unui guvern străin; (2) dacă producătorul are o structură transparentă a acționariatului, și (3) dacă producătorul are un istoric de conduită corporativă etică și se supune unui sistem juridic care impune practici corporative transparente. Memorandumul US- Romania poate fi consultat aici: <https://www.comunicatii.gov.ro/wp-content/uploads/2019/11/memorandum-5g.pdf>

- (iii) nu are cunoștință de un istoric de conduită corporativă neetică;
 - (iv) se supune unui sistem juridic care impune practici corporative transparente.
- nu conține nicio referire la criterii tehnice sau alte criterii decât cele menționate mai sus și nu prezintă explicații cu privire la modul în care acestea din urmă ar urma să fie puse în aplicare, deși sunt suficient de generale pentru a fi interpretate în diferite moduri;
 - încredințează decizia de autorizare Primului-Ministru al României și Consiliului Suprem de Apărare a Țării („CSAT”), cel din urmă având puterea de a refuza autorizarea doar prin simpla referire la criteriile politice vagi menționate mai sus; aceste criterii trebuie interpretate pe baza definițiilor generale ale riscurilor, amenințărilor și vulnerabilităților la securitatea națională;
 - prevede că doar producătorii autorizați pot fi folosiți pentru realizarea rețelelor 5G și a rețelelor de comunicații și a infrastructurii de interes național, în același timp definind rețelele 5G ca incluzând echipamentele deja integrate în rețelele 3G și 4G; în acest fel, Proiectul de Lege impune în plus furnizorilor de rețele mobile de comunicații electronice (denumiți în continuare „Operatorii de Rețele Mobile”) și să înlocuiască echipamente 3G și 4G deja achiziționate;
 - termenul în care echipamentele existente de tip 3G și 4G (achiziționate în conformitate cu legislația în vigoare la data achiziției lor) trebuie înlocuite a fost stabilit la 5 ani; nu există nicio mențiune cu privire la vreo despăgubire care ar urma să fie plătită furnizorilor de rețele de comunicații electronice pentru această măsură care are efecte echivalente unei exproprieri.

Așa cum este menționat în Expunerea de Motive a Proiectului de Lege³, acesta din urmă va avea un impact asupra mediului concurențial dacă legea este aplicată în sensul excluderii unor producători de tehnologie de pe piață.

Având în vedere (a) diversele declarații publice ale unor înalți oficiali români⁴ și Memorandumul SUA-România și (b) natura foarte vagă și exclusiv politică a criteriilor de

³ „Cu privire la mediul concurențial se poate reține că, urmare a regimului de autorizare instituit prin proiectul de act normativ, se poate ajunge la situația în care, pentru considerente ce țin de securitatea națională și apărarea națională, să fie limitate opțiunile aflate la îndemână furnizorilor de rețele și servicii de comunicații electronice atunci când decid achiziționarea de tehnologii, echipamente și programe software utilizate în rețelele de comunicații electronice prin intermediul cărora se asigură servicii de comunicații electronice de tip 5G. Efectele, în concret, depind și de numărul producătorilor care obțin autorizarea stabilită prin proiectul de lege.”

⁴ A se vedea spre exemplu declarația președintelui României, Klaus Iohannis, disponibilă aici <https://www.news.ro/economic/iohannis-ne-dorim-retele-controlul-unor-state-interese-cele-declare-lucreaza-legislatie-speciala-preveni-intrarea-piata-5g-unor-firme-asupra-carora-planeaza-suspiciuni-1922400412272020081919449342>, precum și declarația președintelui Autorității Naționale de Administrare și Reglementare în Comunicații („ANCOM”), disponibilă aici <https://economie.hotnews.ro/stiri-telecom-23458806-arbitrul-telecom-anunta-oficial-amanarea-sase-luni-licitatiei-5g-transpunerea-memorandumului-sua-este-benefica-absolut-necesara.htm>.

autorizare, pare că (spre deosebire de alte state membre UE), excluderea în totalitate a anumitor producători de tehnologie 5G, bazată pe țara lor de origine, s-ar putea să fie iminentă în România.

Mai mult, datorită sumelor recent plătite de către Ericsson ca parte a unei soluționări amiabile a fost considerată „una dintre cele mai mari sancțiuni aplicate pentru încălcarea Legii privind Practicile Corupte Străine”⁵ (prin care compania a fost acuzată de autoritățile competente din SUA de „conspirații pentru a încălca prevederile privind combaterea dării de mită, ținerea registrelor și a evidențelor și desfășurarea controalelor interne reglementate de legea FCPA”⁶⁷), criteriul istoricului practicilor corporative etice prevăzut de Proiectul de Lege ar putea conduce, de asemenea, la excluderea unui al treilea producător major din rândul celor care ar putea furniza tehnologie 5G operatorilor români de rețele mobile.

În plus, companii care fac în prezent parte din grupul Nokia, precum Alcatel⁸ și Siemens⁹, au propriul palmares de sancțiuni semnificative aplicate de autoritățile americane pentru practici de corupție. Prin urmare, pe baza aceluiași criteriu, nici Nokia nu este complet în afara riscului de a fi exclusă.

Această lucrare abordează la modul general anumite riscuri care ar putea să survină ca urmare a unor astfel de excluderi, în ceea ce privește potențialele distorsionări ale concurenței de pe piețele relevante. În acest sens, în afară de efectele propriu-zise asupra concurenței (secțiunea 4), sunt relevante diferențele destul de semnificative dintre Proiectul de Lege și abordarea propusă prin Setul Comun de Instrumente 5G (secțiunea 2), precum și conflictele dintre Proiectul de Lege și cadrul legislativ al comunicațiilor electronice (secțiunea 3). În plus, Secțiunea 5 analizează condițiile în care concurența ar putea fi restricționată în România prin efectul unei legi naționale.

2. Proiectul de Lege se abate considerabil de la Setul Comun de Instrumente 5G

În data de 29 ianuarie 2020, Comisia Europeană a adoptat o Comunicare prin care a aprobat 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**”)¹⁰. Scopul Setului Comun de Instrumente 5G este acela de a trasa o abordare europeană comună, bazată pe un set comun de măsuri destinate a atenua principalele riscuri privind securitatea cibernetică a rețelelor 5G¹¹.

⁵ A se vedea: <https://fcablog.com/2019/12/06/ericsson-pays-1-billion-to-resolve-fcpa-violations/>.

⁶ Pentru informații privind acest act normativ din Statele Unite împotriva corupției a se vedea <https://www.sec.gov/spotlight/foreign-corrupt-practices-act.shtml>.

⁷ A se vedea: <https://www.justice.gov/opa/pr/ericsson-agrees-pay-over-1-billion-resolve-fcpa-case>.

⁸ <https://www.sec.gov/news/press/2010/2010-258.htm>.

⁹ <https://www.sec.gov/news/press/2008/2008-294.htm>.

¹⁰ Mai multe informații sunt disponibile aici https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ro/IP_20_123.

¹¹ Așa cum au fost identificate în Raportul privind evaluarea coordonată la nivelul UE a riscurilor. Mai multe informații sunt disponibile aici https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ro/ip_19_6049.

Măsurile propuse cuprind următoarele două categorii:

- măsuri strategice, care privesc competențe de reglementare sporite pentru autorități, pentru a putea verifica achizițiile în legătură cu rețelele de comunicații electronice, precum și modul de implementare și dezvoltare a acestora, măsuri specifice pentru a aborda riscurile legate de vulnerabilități care nu sunt de natură tehnică (ingerința statelor din afara Uniunii Europene sau a entităților susținute de astfel de state), analizarea profilului de risc al furnizorilor și promovarea inițiativelor de sprijinire a dezvoltării unor lanțuri de distribuție 5G sustenabile și diverse;
- măsuri tehnice, care includ măsuri menite să consolideze securitatea rețelelor și a echipamentelor 5G, abordând riscurile aferente tehnologiilor, proceselor, factorilor umani și fizici, printr-un control strict al accesului și o administrare sigură a rețelei, prin certificarea componentelor și/sau proceselor aferente rețelelor 5G.

Cât privește verificarea producătorilor, Raportul privind evaluarea coordonată la nivelul UE a riscurilor identifică mai mulți factori de risc pentru analiza profilului de risc al producătorului, respectiv:

- (a) probabilitatea ca un producător să fie supus ingerințelor din partea unui stat terț; exemple specifice de factori care facilitează ingerințele sunt menționate în Raportul privind evaluarea coordonată la nivelul UE a riscurilor;
- (b) capacitatea producătorului de a asigura frunizarea produselor; și
- (c) calitatea per ansamblu a produselor și a practicilor cu privire la securitatea cibernetică ale producătorului, incluzând gradul de control pe care acesta îl exercită asupra lanțului de aprovizionare și dacă acordă o prioritate adecvată practicilor de securitate.

Spre deosebire de Setul Comun de Instrumente 5G, Proiectul de Lege se bazează exclusiv pe prima teză a testului, referitoare la ingerința statelor străine. În această privință, acoperă doar parțial criteriile stabilite prin Setul Comun de Instrumente 5G pentru identificarea potențialelor astfel de ingerințe¹². Celelalte două teze ale testului sunt ignorate în totalitate.

De asemenea, cu privire la măsurile strategice, Setul Comun de Instrumente 5G menționează că acolo unde măsurile strategice, cum ar fi restricțiile, sunt aplicate producătorilor considerați a fi de mare risc, inclusiv prin excluderi necesare, acestea ar avea în vedere doar activele cheie, definite ca critice și sensibile în Raportul privind evaluarea coordonată la

¹² Potrivit Raportului privind evaluarea coordonată la nivelul UE a riscurilor, "Astfel de ingerințe ar putea fi facilitate inclusiv de prezența următorilor factori, fără a se limita la aceștia: (i) o puternică legătură dintre producător și guvernul unei anumite țări terțe; (ii) legislația țării terțe, în special acolo unde nu există pârgăhii legislative sau democratice de control sau în lipsa unor înțelegeri care să reglementeze aspecte ce țin de securitate și protecția datelor între Uniunea Europeană și un anumit stat terț; (iii) caracteristicile acționariatului producătorului; și (iv) capacitatea statului terț de a exercita orice formă de presiune, inclusiv în legătură cu locul de producție al echipamentului".

nivelul UE a riscurilor¹³ (e.g. funcțiile rețelei de bază, funcțiile de corelare și administrare a rețelei și funcțiile rețelei de acces).

În ciuda acestui aspect, Proiectul de Lege exclude producătorii neautorizați din întreaga rețea 5G, fără furniza nicio evaluare sau definiții ale activelor cheie. Ca atare, operatorii de telecomunicații vor fi obligați să evite cu totul producătorii care ar putea fi excluși ca efect al Proiectului de Lege, precum și să înlocuiască toate acele echipamente 3G și 4G achiziționate de la acești producători care ar fi putut fi folosite și pentru 5G.

Mai mult, scopul Setului Comun de Instrumente 5G a fost acela de a alinia toate statele membre în strategia lor de a diminua potențialele riscuri care decurg din tehnologia 5G, dar în același timp de a identifica măsurile care nu vor avea un efect negativ asupra pieței comunicațiilor electronice.

În acest sens, abordarea propusă de Setul Comun de Instrumente 5G implică următoarele¹⁴:

- criteriile folosite trebuie să fie neutre tehnologic, obiective, rezonabile și proporționale;
- un set substanțial de măsuri tehnice ar trebui de asemenea avut în vedere;
- măsurile de diminuare a riscurilor nu vizează niciun furnizor sau țară în special¹⁵.

Este de asemenea important de menționat că Setul Comun de Instrumente 5G recomandă aplicarea unei abordări cuprinzătoare, dar adecvată riscurilor, adaptată fiecărei situații specifice. Potrivit acestui principiu, măsurile de diminuare a riscurilor ar trebui luate pe baza unui set echilibrat de criterii tehnice și non-tehnice, obligații legate de producători multipli și măsuri menite să evite dependențele.

Contrar acestor cerințe, Proiectul de Lege stabilește o abordare nediferențiată prin trimiterea la riscuri generale și vagi (iar nu la situații specifice), fără niciun indiciu referitor la modul în care evaluarea ar putea fi adaptată riscurilor specifice, unei anumite părți și unei anumite tehnologii 5G. Drept urmare, Proiectul de Lege nu furnizează *“o evaluare obiectivă a riscurilor identificate și măsuri proporționale de diminuare”* a riscurilor de securitate legate de implementarea 5G, astfel cum este necesar în conformitate cu Setul Comun de Instrumente 5G.

Totodată, Proiectul de Lege ignoră în totalitate setul substanțial de măsuri tehnice prevăzut de Setul Comun de Instrumente 5G, deși, așa cum s-a demonstrat în alte State Membre (e.g.,

¹³ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/cybersecurity-5g-networks-eu-toolbox-risk-mitigating-measures>, secțiunea 6, punctul 1, al doilea punct.

¹⁴ Mai multe informații sunt disponibile aici https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_127 și aici <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/secure-5g-deployment-eu-implementing-eu-toolbox-communication-commission>.

¹⁵ Spre deosebire de multe dintre declarațiile unor oficiali din România, care vizează în mod expres Huawei și producători chinezi. A se vedea declarațiile indicate la nota de subsol nr. 4.

Germania¹⁶, Spania¹⁷, Franța¹⁸, Portugalia¹⁹) măsurile tehnice ar putea fi folosite pentru a reduce riscurile cu privire la Tehnologia 5G.

3. Proiectul de Lege intră în conflict cu cadrul de reglementare în domeniul comunicațiilor electronice

Atât legislația europeană, cât și cea națională stabilesc obligația ca principiile obiectivității, transparenței, proporționalității și al nediscriminării să fie respectate²⁰ ori de câte ori noi obligații sunt impuse în sarcina operatorilor de telecomunicații. În același timp, niciuna dintre măsurile implementate nu trebuie să ducă la o încălcare a obligației de a asigura un cadru de reglementare predictibil, sigur și coerent²¹.

În acest sens, într-un raport²² emis de GSMA²³ cu privire la „Bunele practici în legătură cu licențierea spectrului mobil”, se susține că durata licențelor de utilizare a spectrului ar trebui să fie de minimum 20 de ani, pentru a putea asigura suficientă certitudine pentru a susține investiții semnificative în rețele noi (și anume 4G și în viitorul apropiat 5G). Mai mult, se menționează că predictibilitatea poate fi și mai mult sporită prin introducerea licențierii pe termen nedeterminat.

În procesul de revizuire a cadrului de reglementare în domeniul comunicațiilor electronice și de adoptare a Directivei (UE) 2018/1972 a Parlamentului European și a Consiliului de instituire a Codului european al comunicațiilor electronice („Codul ECE”) au fost luate în considerare aceste opinii. Codul ECE, care va fi transpus în legislația națională în decembrie 2020, stabilește o durată minimă a licenței de 25 de ani.

În același timp, articolul 5 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 22/2009 stabilește că Autoritatea Națională pentru Administrare și Reglementare în Comunicații („ANCOM”)

¹⁶ A se vedea: <https://www.reuters.com/article/us-germany-usa-huawei/merkels-conservatives-set-to-stop-short-of-huawei-5g-ban-in-germany-idUSKBN205146> și <https://www.cnbc.com/2019/04/15/germany-reportedly-says-huawei-can-stay-in-5g-race.html>.

¹⁷ A se vedea: <https://www.telcotitans.com/telefonica-watch/telefonica-takes-huawei-to-5g-core-in-spain/927.article>.

¹⁸ Președintele Emmanuel Macron a declarat că Franța nu exclude nicio companie, inclusiv Huawei din China, de pe piața mobilă 5G, ci că strategia sa este una care are la bază suveranitatea europeană. Sursă: <https://www.reuters.com/article/us-france-macron-huawei/macron-says-frances-5g-strategy-founded-on-european-sovereignty-idUSKBN25O2IJ>, 28 august 2020.

¹⁹ A se vedea: <https://apnews.com/e0a8229846154d6ba27094e042db1abd>.

²⁰ Potrivit articolului 24, alineatul (2) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 111/2011 privind comunicațiile electronice (“OUG no. 111/2011”).

²¹ Potrivit articolului 8 din Directiva 2002/21/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 7 martie 2002 privind un cadru de reglementare comun pentru rețelele și serviciile de comunicații electronice (“Directiva Cadru”).

²² Mai multe informații sunt disponibile aici: <https://www.gsma.com/spectrum/resources/best-practice-mobile-spectrum-licensing/>

²³ Asociația GSM este o organizație a industriei care reprezintă interesele operatorilor de rețea mobile din întreaga lume. Mai mult de 750 de operatori mobile sunt membri deplin ai GSMA și alte 400 de companii parte a ecosistemului mai larg al comunicațiilor mobile sunt membri asociați.

trebuie să asigure utilizarea eficientă a resurselor limitate din domeniul comunicațiilor electronice, inclusiv prin încurajarea investițiilor eficiente în infrastructură și promovarea inovației. Codul ECE stabilește aceleași principii. Este astfel evident că furnizorii de rețele de comunicații electronice ar trebui să beneficieze de un mediu de reglementare predictibil, care să le permită să investească în cel mai eficient mod.

Se poate observa foarte ușor că Proiectul de Lege încalcă toate principiile menționate mai sus: criteriile de autorizare interpretabile împreună cu posibilitatea de retragere a autorizațiilor și cu nevoia de a înlocui echipamentele deja achiziționate nu constituie un cadru de reglementare predictibil și sigur. Atât cerințele cu privire la obiectivitate, transparență, proporționalitate și nediscriminare, cât și principiul investițiilor eficiente realizate de către furnizorul de rețele de comunicații electronice sunt încălcate.

De asemenea, este demn de remarcat că sectorul comunicațiilor electronice se află pe drumul dereglementării, cu scopul de a permite cât mai multor piețe posibile să fie guvernate doar de regulile de concurență (reglementare ex post).

Cu cea de-a treia revizuire a Recomandării Comisiei cu privire la piețele relevante din 2014, Comisia Europeană a continuat această tendință de dereglementare. Din 18 piețe care au fost considerate anterior susceptibile de a avea nevoie de reglementare ex ante, doar 4 piețe de gros au rămas în această situație.

O cale similară a fost urmată și de autoritățile de reglementare, care au mers și mai departe și au decis să dereglementeze sau să considere ca fiind concurențiale chiar și piețe menționate în Recomandarea Comisiei nr. 2014/710/EU ca fiind susceptibile de a fi reglementate ex ante.

Codul ECE vizează de asemenea să reducă progresiv regulile ex ante specifice sectorului comunicațiilor electronice și să asigure guvernarea pieței comunicațiilor electronice doar de dreptul concurenței.

Proiectul de Lege ar putea veni în contradicție cu procesul de dereglementare ex ante. Din moment ce (așa cum arătăm în secțiunea 4 de mai jos) potențiala excludere a anumitor producători de tehnologie 5G pare să ridice riscuri semnificative de a distorsiona concurența pe diferite piețe aferente comunicațiilor electronice, nu poate fi exclusă necesitatea revenirii la reglementarea ex ante pe unele dintre aceste piețe.

4. Proiectul de Lege poate avea un impact negativ asupra concurenței și comerțului dintre Statele Membre

Infrastructura 5G este alcătuită în sens larg din rețeaua principală și rețeaua de acces. Rețeaua principală stă la temelia rețelei și este punctul în care datele de voce și de trafic converg. Rețeaua principală este formată din routere conectate prin fibră optică. Rețeaua principală este conectată la rețeaua de acces, care poate fi o rețea de acces radio („RAN”) pentru comunicații mobile și rețea de acces fix.

Cum Setul Comun de Instrumente 5G permite în anumite circumstanțe anumite restricții strategice pentru rețeaua principală²⁴, cum există un număr suficient de producători de tehnologie pentru rețeaua principală (inclusiv Juniper, ECI, Huawei, Cisco, Nokia, Ericsson etc.) și întrucât RAN este partea predominantă a rețelei, această lucrare se referă în principal la restricțiile concurenței pe piața de echipamente RAN și la potențialele sale efecte asupra altor piețe.

4.1. Definirea pieței

În ceea ce privește furnizarea de echipamente de rețea de telecomunicații și de servicii conexe, deciziile Comisiei Europene²⁵ includ definiții ale următoarelor piețe relevante ale produselor:

- (i) echipamentele rețelei de acces radio („RAN”);
- (ii) soluții privind sistemele rețelei principale („CNS”);
- (iii) sisteme de administrare a rețelei și a sistemelor de administrare a afacerii; și
- (iv) servicii conexe de rețea.

Comisia a considerat că RAN și CNS ar putea constitui piețe de produse distincte, dat fiind că interschimbabilitatea produselor de rețele mobile nu este echivalentă în cadrul fiecărei categorii de produse.²⁶

Comisia a considerat și că piața echipamentelor RAN poate fi în continuare segmentată în funcție de standarde de tehnologie (i.e. generația 2-2.5G, 3G, 4G și 5G) și/sau în stații de bază mobile mici și mari. Mai mult, potrivit Comisiei, nu poate fi exclusă existența unui segment separat de piață pentru echipamentele Single RAN²⁷.

Ținând cont de informațiile disponibile până în prezent, în această lucrare ne vom referi la definiția mai largă a pieței de echipamente RAN, fără o altă segmentare, așa cum e descrisă în Raportul Oxford Economics menționat la secțiunea 4.2 de mai jos.

În deciziile ei anterioare²⁸, Comisia a oferit definiții pentru următoarele piețe ale produselor aferente serviciilor de telecomunicații:

²⁴ A căror implementare pare să fie în desfășurare în unele state membre UE, cum ar fi spre exemplu Franța, Italia, Olanda.

²⁵ Decizia Comisiei în Cauza M.4297 – Nokia/ Siemens din 13 noiembrie 2006; Decizia Comisiei în Cauza M.6007 Nokia Siemens Networks/Motorola Network Business din 15 decembrie 2010; Decizia Comisiei în Cauza M.7632 - Nokia/ Alcatel-Lucent din 24 iulie 2015.

²⁶ Decizia Comisiei în Cauza M.4297 – Nokia/ Siemens din 13 noiembrie 2006, alineatul 19.

²⁷ Decizia Comisiei în Cauza M.7632 - Nokia/ Alcatel-Lucent din 24 iulie 2015, alineatul 24.

²⁸ Decizia Comisiei în Cauza No COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria / Orange Austria din 12 decembrie 2012, alineatele 58, 63, 67 și 70; Decizia Comisiei în Cauza No COMP/M.5650 – T-Mobile / Orange UK, of 1 martie 2010, alineatele 27-30, 32-34, 36-37; Decizia Comisiei în Cauza M.8883 – PPF Group / Telenor Target Companies din 27 iulie 2018, alineatele 8-43.

- (i) piața cu amănuntul a serviciilor de telefonie mobilă;
- (ii) piața cu amănuntul a serviciilor de telefonie fixă;
- (iii) piața en-gros pentru acces și inițierea apelurilor;
- (iv) piața en-gros pentru terminarea apelurilor mobile;
- (v) piața en-gros pentru terminarea apelurilor fixe;
- (vi) piața en-gros pentru roamingul internațional.

Cum o evaluare detaliată a efectelor concurenței pe fiecare din aceste piețe depășește obiectul acestei lucrări, ne vom referi generic la piețele de comunicații electronice.

4.2. Structura concurenței de pe piața RAN

Segmentul de vânzări al pieței europene a echipamentelor RAN este unul oligopolistic, cu un grad destul de ridicat de concentrare. Așa cum se poate observa în Figura 6 din Studiul de Impact al Oxford Economics²⁹ din iunie 2020 cu privire la Restricționarea concurenței cu privire la echipamente pentru rețelele 5G în Europa³⁰ („**Raportul Oxford Economics**”), primii patru actori dețin 96 la sută din piață „pe toate palierele generațiilor de tehnologie mobilă”, cotele lor de piață fiind următoarele:

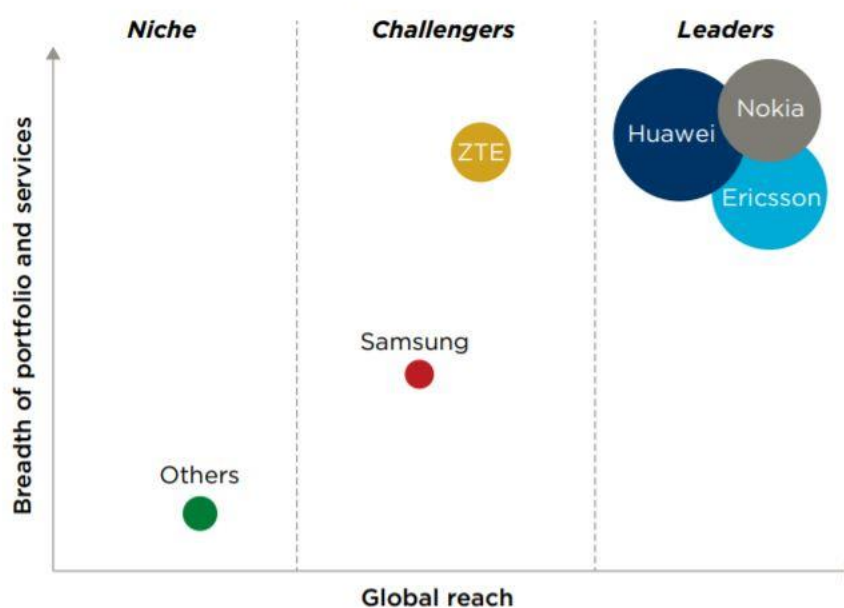
- Huawei: 35%;
- Ericsson: 31%;
- Nokia: 24%;
- ZTE: 6%;
- Samsung: 1%;
- alți concurenți: 2%.

Ținând cont de faptul că sunt puține informații disponibile public referitoare la piața RAN și întrucât, așa cum e menționat la secțiunea 4.1, definiția pieței geografice propusă de Comisia Europeană acoperă cel puțin SEE, vom folosi aceste cote de piață în scopul identificării potențialelor efecte asupra concurenței în România, și vom reda mai jos Figurile 6 și 7 din Raportul Oxford Economics.

²⁹ Potrivit site-ului lor web, echipa de consultanță economică a Oxford Economics este lider mondial în analiza economică cantitativă, colaborând cu clienți din întreaga lume și din sectoare diferite pentru a construi modele, a oferi prognoze de piață și a evalua intervenții folosind tehnici de ultimă generație.

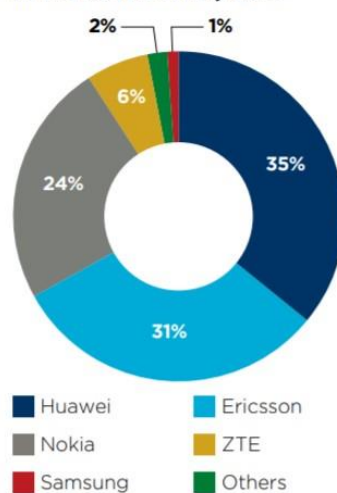
³⁰ <https://www.oxfordeconomics.com/recent-releases/The-Economic-Impact-of-Restricting-Competition-in-5G-Network-Equipment>.

Fig. 6: Key players' European shares of RAN market and relative market positions, 2018



Source: Ovum, Oxford Economics

Fig. 7: Regional market shares in the RAN market, 2018



Source: Oxford Economics

Având în vedere că produsele RAN par a avea un grad ridicat de diferențiere atât în ceea ce privește caracteristicile produselor (cuprinzând diverse tipuri de echipamente cu roluri și caracteristici tehnice variate) cât și în ceea ce privește calitatea, este important de menționat că primii patru jucători de pe segmentul european au o anvergură similară a portofoliului și a serviciilor, ZTE reprezentând un veritabil contestator de piață datorită cotei de piață și

anvergurii similare, după cum se poate observa în Figura 6 din Raportul Oxford Economics redat mai sus, și după cum a fost anterior indicat de către Comisia Europeană³¹.

Raportul privind evaluarea coordonată la nivelul UE a riscurilor securității cibernetice a rețelelor 5G³² menționează la rândul său că, din perspectiva cotei de piață, principalii furnizori de pe piața pentru echipamente de telecomunicații sunt Huawei, Ericsson și Nokia, alți furnizori fiind ZTE, Samsung și Cisco.

Raportul grupului Dell'Oro privind piața echipamentelor de telecomunicații în 2019³³ îi indică pe Huawei, Ericsson, Nokia, ZTE și Cisco ca fiind cei mai mari furnizori din toate segmentele de echipamente de telecomunicații (sunt incluse șapte categorii de produse³⁴, RAN fiind unul dintre ele).

Având în vedere cotele lor de piață considerabil mai mici și ceea ce pare a fi o anvergură mai restrânsă a portofoliului și a serviciilor, precum și ca urmare a barierelor IP, a acoperirii pieței geografice și a unor costuri extrem de mari pentru dezvoltarea de noi produse, e puțin probabil ca Samsung și concurenții marginali să se găsească în situația de a contesta cu adevărat piața pe termen scurt și mediu. Acesta este de exemplu și cazul Cisco, care nu poate în acest moment să furnizeze alte produse cu excepția RAN virtual³⁵.

Prin urmare, pare că desfășurarea efectivă a concurenței pe această piață în UE și în România are loc între cei patru concurenți menționați mai sus.

4.3. Riscuri legate de excluderea producătorilor

Dacă Proiectul de Lege va fi aplicat în sensul excluderii producătorilor de Tehnologie 5G din China (respectiv, Huawei și ZTE) de pe piața tuturor echipamentelor aferente rețelelor 5G, România va exclude nu doar doi din cei patru jucători de piață, dar și pe cel care este considerat a fi unul din cei mai puternici inovatori (Huawei) și pe principalul contestator de piață (ZTE). Este destul de clar că, fie și doar acest lucru ridică îngrijorări semnificative cu privire la potențiale efecte negative asupra concurenței, făcând necesară realizarea unor analize concurențiale aprofundate.

În orice caz, într-un astfel de scenariu, ceilalți doi jucători rămași pe piață precum și concurenții marginali vor concura pentru partea de piață de 41% ce ar fi lăsată liberă ca urmare ieșirii de pe piață a Huawei și ZTE. Presupunând că acești jucători vor câștiga o bucată de 96% din această parte (corespunzătoare actualei structuri a pieței) și că fiecare va obține o

³¹ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7632_788_2.pdf, alineatul 97.

³² Alineatul 1 punctul 28 din Raport: https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=68510.

³³ <https://www.delloro.com/the-telecom-equipment-market-2019/>.

³⁴ Acces Broadband, Microunde și Transport Optic, Rețea mobilă principală și Rețea de Acces Radio, Router SP și comutator CE.Microwave & Optical Transport, Mobile Core & Radio Access Network, SP Router & CE Switch.

³⁵ Raportul privind evaluarea coordonată la nivelul UE al riscurilor, nota de subsol nr. 10.

felie proporțională actualelor lor cote de piață, rezultă că vor fi creșteri semnificative ale cotelor de piață deținute de Ericson și Nokia în cuantum de aproximativ 22% și respectiv 17%.

În acest scenariu, s-ar putea ca proporția cotelor de piață rezultate să fie de aproximativ 53% (pentru Ericson) și 41% (pentru Nokia). Ambele cote depășesc pragul de cotă de piață de 40% dincolo de care există o prezumție relativă a unei poziții dominante individuale sau colective potrivit legislației române³⁶.

În orice caz, este acceptat că³⁷, puterea de piață ar putea să fie determinată de mai mulți indicatori, inclusiv numărul concurenților, barierele la intrare și la extindere, presiunea exercitată de forța cumpărătorilor și de concurenți, precum și de natura concurenței oligopolistice.

În acest caz, există anumite indicii care arată că jucătorii rămași ar putea eventual să dobândească putere de piață în România urmare a excluderii Huawei și ZTE, ținând cont de faptul că:

- așa cum poate fi dedus din structura de piață, nu ar exista presiune semnificativă din partea concurenților marginali (întrucât cotele lor de piață, precum și anvergura produselor și serviciilor pare a fi redusă);
- așa cum este arătat în Raportul Oxford Economics, la acest moment nu pare a exista o presiune concurențială importantă din afara segmentului European/român de piață; chiar dacă într-o decizie din anul 2015 a Comisiei Europene³⁸ Samsung era privit ca un potențial rival, ținând cont de cota mică de piață menționată în Raportul Oxford Economics, se pare că Samsung nu a dobândit acest statut încă; mai mult, deși Open RAN pare a fi privit ca următoarea potențială alternativă la produsele actuale, nu se cunoaște³⁹ dacă acesta se va dovedi sau nu o alternativă fiabilă și competitivă sau cât timp va dura până să se ajungă acolo;
- există, în orice caz, bariere la intrarea pe piața RAN ca urmare a drepturilor de proprietate intelectuală și a costurilor fixe foarte ridicate pe care le presupune dezvoltarea produselor, prin urmare existența unor presiuni concurențiale din partea unor potențiali concurenți sunt destul de puțin probabile pe termen scurt și mediu; de asemenea, în acest scenariu, de altfel, ar exista bariere administrative în calea intrării oricărui potențial concurenți din China, care este recunoscută drept unul dintre principalele hub-uri tehnologice la nivel global;
- efectele presiunilor exercitate de cumpărători provenind din gradul de sofisticare a furnizorilor de rețele de comunicații electronice, care organizează licitații la nivel

³⁶ Articolul 6 (3) din Legea nr. 21/1996 a concurenței.

³⁷ Bishop & Walker, „*The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*”, Sweet & Maxwell, ediția universitară, a treia ediție, 2010, pagina 62.

³⁸ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7632_788_2.pdf.

³⁹ Idem.

global și pun numeroase condiții în ceea ce privește tehnologia și prețul (fapt ce a fost evidențiat de Comisia Europeană drept unul dintre principalii factori care reglementează concurența pe piața echipamentelor de telecomunicații⁴⁰) e posibil să se micșoreze urmare a (a) reducerii semnificative a alternativelor rămase⁴¹, generată de ieșirea de pe piață a unui important inovator (i.e. Huawei, care pare să dețină cel mai mare număr de brevete⁴²), precum și a unui important contestator al celor trei jucători de piață (i.e., ZTE, care a fost indicat în mod repetat de către Comisia Europeană în deciziile sale cu privire la concentrări⁴³), (b) unei fragmentări a piețelor generate de cerințele de autorizare pentru tehnologia 5G și (c) a unei potențiale incompatibilități între echipamentele producătorilor (a se vedea și următorul paragraf);

- mai mult, datorită problemelor de interoperabilitate existente⁴⁴, gradul în care producătorii rămași ar putea concura efectiv în România ar putea fi influențat de gradul de acoperire al echipamentelor existente aparținând producătorilor rămași; deși Nokia susține că „are o soluție pentru suprapunerea cu echipamentele 4G ale altui furnizor”⁴⁵, ar trebui evaluat cât din echipamentele potențial incompatibile ar fi acoperite de o astfel de soluție; în orice caz, în măsura în care Nokia este singurul furnizor capabil până în prezent să ofere o astfel de soluție, acest lucru poate adăuga îngrijorări suplimentare legate de o potențială poziție dominantă.

Autoritățile de reglementare vor trebui să evalueze atent riscurile unui potențiale poziții dominante pe piață ca urmare a potențialei excluderi a producătorilor chinezi prin efectul Proiectului de Lege, ținând cont că o astfel de poziție poate declanșa abuzuri care se vor traduce în prețuri mai mari și pierderi de eficiență, împreună cu mai puține stimulente pentru inovație, varietate redusă și calitate mai scăzută.

Mai mult, denaturările provocate ar putea avea potențialul de a afecta concurența pe termen mediu către lung, din cauza caracteristicilor acestei piețe, cum ar fi, spre exemplu incompatibilitatea anumitor echipamente aparținând diferitor producători, durata de viață a echipamentelor și perioada necesară pentru amortizarea investițiilor⁴⁶.

⁴⁰ A se vedea alineatul 30 din Cazul nr. COMP/M.6007 -Nokia Siemens Networks/ Motorola Network Business, document disponibil aici: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6007_341_2.pdf.

⁴¹ „Pentru a exista presiuni din partea cumpărătorului este necesar să existe furnizori alternativi și ca acești furnizori alternativi să poată onora în fapt cererea crescută”. A se vedea Bishop & Walker, pagina 83.

⁴² A se vedea: <https://www.gizmochina.com/2020/06/02/huawei-has-the-most-5g-standard-essential-patents-globally/>.

⁴³ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7632_788_2.pdf.

⁴⁴ <https://www.fitchratings.com/research/corporate-finance/uk-ban-on-huawei-5g-equipment-increases-telecoms-capex-23-07-2020>.

⁴⁵ <https://www.reuters.com/article/us-huawei-europe-gsma/europes-5g-to-cost-62-billion-more-if-chinese-vendors-banned-industry-idUSKCN1T80Y3>.

⁴⁶ În ceea ce privește concurența pe termen lung pe piața telecomunicațiilor, a se vedea, de asemenea, Janice A. Hauge, Mark A. Jamison, *Analizarea concurenței de pe piața telecomunicațiilor*, disponibil la: <https://www.researchgate.net/publication/228737683>.

În sfârșit, trebuie menționat că în scenariul indicat mai sus, valorile indexului Herfindahl-Hirschman și a delta IHH, urmare a potențialei excluderi a Huawei și a ZTE, ar depăși cu mult pragurile⁴⁷ care ar putea cauza îngrijorări legate de concurență.

Mai mult, chiar dacă Comisia Europeană a considerat puțin probabilă existența unor efecte coordonate pe piața RAN⁴⁸, reducerea semnificativă a numărului de companii care exercită o presiune concurențială semnificativă poate conduce la un risc ridicat de coluziune.

În orice caz, potrivit Orientărilor Comisiei Europene privind evaluarea concentrărilor pe orizontală⁴⁹,

„concentrările de pe piețele de oligopol care implică eliminarea constrângerilor concurențiale importante pe care părțile la concentrare le-au exercitat anterior una asupra celeilalte și o reducere a presiunii concurențiale asupra concurenților rămași poate, chiar și în cazul unei probabilități scăzute de coordonare între membrii oligopolului, să devină, de asemenea, un obstacol însemnat în calea concurenței”

Deși tehnic vorbind acesta nu este un caz de concentrare economică, considerăm că aspectele de mai sus sunt aplicabile în totalitate în situația de față. Dacă se impune vreo acțiune, aceea este o atentă examinare a situației din partea autorităților de concurență.

În acest sens, este important de menționat că potențiala excludere a producătorilor chinezi urmare a Proiectului de Lege ar putea afecta piețele de comunicații electronice din aval cel puțin în următoarele feluri:

- din cauza problemelor de compatibilitate inerente stării actuale a tehnologiilor de telecomunicații, operatorii de telecomunicații care au achiziționat un număr considerabil de echipamente 3G și 4G de la producători care ar fi excluși s-ar putea afla într-un mare dezavantaj în comparație cu ceilalți operatori; contrar unor declarații publice recente⁵⁰, operatorii de telecomunicații susțin că eliminarea echipamentelor în cauză ar declanșa costuri de miliarde de euro; spre exemplu, în comunicate de presă recente⁵¹, furnizorii români de comunicații electronice au arătat că Proiectul de lege le va produce pierderi substanțiale, printre altele, deoarece nu ar putea să-și recupereze investițiile în echipamentele 3G și 4G eliminate⁵²; Vodafone s-a plâns la rândul său de costurile declanșate de necesitatea înlocuirii echipamentelor Huawei din Marea

⁴⁷ IHH post-concentrare sub 2000 și delta sub 250 sau IHH post concentrare mai mare de 2000 și delta mai mare de 150, potrivit Orientărilor privind evaluarea concentrărilor orizontale în temeiul Regulamentului Consiliului privind controlul concentrărilor economice între întreprinderi (2004/C 31/03), alineatele 19 și 20.

⁴⁸ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7632_788_2.pdf.

⁴⁹ Orientări privind evaluarea concentrărilor orizontale în temeiul Regulamentului Consiliului privind controlul concentrărilor economice între întreprinderi (2004/C 31/03), alineatul 25.

⁵⁰ A se vedea: https://www.dcnews.ro/5g-cifre-fabuloase-ce-urmeaza-in-perioada-urmatoare-sabin-sarmas-va-fi-revolutie_769689.html

⁵¹ A se vedea: <https://www.capital.ro/proiect-de-lege-5g-liviu-popescu-aomr-exista-riscul-afectarii-planurilor-de-afaceri-si-investitiilor-aflata-in-derulare.html>.

⁵² Idem.

Britanie⁵³, în timp ce evaluările interne ale Deutsche Telekom au făcut referire la interzicerea Huawei ca la un potențial scenariu Armageddon, declanșând costuri de trei miliarde de euro⁵⁴ pentru operatorul de telefonie mobilă; potrivit Reuters, GSMA, care reprezintă interesele a 750 de operatori de telefonie mobilă, a lansat un raport care estimează cuantumul costurilor suplimentare totale în Europa declanșate de interdicția totală a echipamentelor Huawei și ZTE la 55 de miliarde de euro⁵⁵;

- ar trebui examinat îndeaproape dacă e posibil sau nu ca presupusele costuri suplimentare să determine sau accelereze ieșirea de pe piață a anumitor operatori de telecomunicații, în contextul în care autoritatea de reglementare a concurenței din România dorește să mențină numărul de jucători de pe piață la patru⁵⁶;
- nu este exclus ca aceste costuri suplimentare să declanșeze o creștere a prețurilor serviciilor de comunicații electronice de tip 5G, astfel conducând la o potențială privare a unei părți a populației și a mediului de afaceri de astfel de servicii, așa cum este arătat și în Raportul Oxford Economics;
- din cauza costurilor suplimentare implicate, precum și a procedurii de autorizare destul de îndelungate, împreună cu incertitudinea considerabilă care decurge din criteriile stabilite de Proiectul de Lege, ar putea apărea întârzieri semnificative în implementarea rețelelor 5G; raportul GSMA menționat mai sus estimează întârzierile cauzate de înlocuirea echipamentelor Huawei și ZTE în Europa până la 18 luni și estimează că „O astfel de întârziere ar crește decalajul de penetrare 5G între UE și SUA cu mai mult de 15 puncte procentuale până în 2025”; în estimarea întârzierilor, GSMA ar fi luat în considerare dificultățile pentru alți producători majori de echipamente în cazul unei creșteri bruște a cererii, precum și necesitatea ca operatorii de telecomunicații să treacă de la un set de echipamente la altul⁵⁷.

În special, raportul GSMA menționat mai sus a recunoscut restricțiile semnificative ale concurenței care pot apărea după excluderea producătorilor:

*„Jumătate din acest cost (cost suplimentar) se va datora faptului că operatorii europeni vor fi afectați de costuri mai mari de intrare **după restrângerea semnificativă a concurenței pe piața echipamentelor mobile**” (sublinierea noastră).*

⁵³ <https://www.cnbc.com/2020/07/09/vodafone-and-bt-warn-about-cost-disruption-of-removing-huawei.html>.

⁵⁴ <https://www.handelsblatt.com/technik/it-internet/ausschluss-von-netztausruester-armageddon-szenario-telekom-spielt-huawei-bann-durch/25918402.html?share=twitter&ticket=ST-1349116-YfPb07KevxQpHuGQuKip-ap2>.

⁵⁵ <https://www.reuters.com/article/us-huawei-europe-gsma/europes-5g-to-cost-62-billion-more-if-chinese-vendors-banned-industry-idUSKCN1T80Y3>.

⁵⁶ <https://www.bursa.ro/videoconferinta-digitalizarea-romaniei-si-tehnologia-5g-bogdan-chiritoiu-presedinte-consiliul-concurentei-as-vrea-sa-replicam-succesul-4g-la-tehnologia-5g-47139932>

⁵⁷ <https://www.reuters.com/article/us-huawei-europe-gsma/europes-5g-to-cost-62-billion-more-if-chinese-vendors-banned-industry-idUSKCN1T80Y3>.

Nu în ultimul rând, e posibil ca întârzierile în implementarea rețelelor 5G să priveze întreprinderile românești prezente pe diferite oiețe de avantajele concurențiale de care s-ar putea bucura alte asemenea întreprinderi din alte țări UE, în care procedura de autorizare a tehnologiei 5G nu ar împiedica implementarea rapidă și/sau la costuri mai mici a serviciilor 5G și a aplicațiilor legate de acestea.

În ceea ce privește potențiale excluderi suplimentare ale producătorilor care nu îndeplinesc criteriul unui istoric de practici corporative etice, cum ar fi Ericsson (dar potențial și Nokia, în cazul în care conduitele Siemens și Alcatel ar fi considerate relevante), efectele care rezultă asupra concurenței ar putea fi cu greu subestimate.

Excluderea potențială a Ericsson alături de Huawei și ZTE ar duce la un monopol de facto pentru Nokia, care, așa cum e arătat mai sus, ar întâmpina doar o concurență marginală care nu ar putea exercita o presiune suficientă. Conform teoriei economice⁵⁸, în calitate de monopolist de facto ajutat de bariere la intrare, Nokia ar fi în măsură să mărească prețurile, să întârzie sau să reducă inovația, precum și să provoace pierderi de eficiență și să afecteze substanțial bunăstarea consumatorilor⁵⁹.

Deși perturbatorii tehnologici, cum ar fi Open RAN, ar putea răsturna situația, așa cum am menționat mai sus, în prezent nu se știe dacă această alternativă (sau într-adevăr, oricare alta) ar fi fezabilă sau suficient de competitivă pentru a pătrunde pe piață.

4.4. Efecte asupra schimburilor comerciale între statele membre ale UE

Abordarea României de a se îndepărta de cerințele Setului Comun de Instrumente 5G o va diferenția față de statele membre ale căror opțiuni de politici de reglementare sunt sau vor fi în conformitate cu recomandările Comisiei Europene. Proiectul de Lege poate astfel ridica obstacole în calea anumitor furnizori care ar dori să livreze produse autorizate în alte state membre către piața din România. Acei furnizori pot avea un dezavantaj concurențial nejustificat la nivelul UE în comparație cu ceilalți furnizori care nu vor fi supuși aceluiași restricții.

De asemenea, restricțiile de concurență de pe piețele românești de servicii de comunicații electronice pot avea efecte repetate pe alte piețe europene. După cum este menționat în Raportul Oxford Economics⁶⁰:

„Diferențele dintre cerințele de reglementare între țări rămân o provocare majoră pentru operatori. Pentru cei care au interese transfrontaliere, restricțiile sau cerințele de reglementare suplimentare cu privire la achiziționarea de echipamente de rețea într-o singură țară pot avea un impact în toate țările în care operează. Aceste efecte

⁵⁸ Carlton & Perloff, „Modern Industrial Organization”, a IV-a ediție, 2005, Pearson, pagina 89 și următoarele.

⁵⁹ Ținând cont de aspectele la care făcea referire Raportul GSMA.

⁶⁰ Pagina 60 a Raportului.

transfrontaliere ar putea conduce la resimțirea pe un teritoriu mai larg a consecințelor economice ale restricționării concurenței pe o piață”.

5. Condiții cerute de lege pentru restricționarea concurenței în mod legal

Conform articolului 8 din Legea concurenței nr. 21/1996 („**Legea concurenței**”), este interzisă intervenția statului prin decizii sau reglementări, care denaturează direct sau indirect mediul concurenței. Ca excepție, intervenția statului poate fi permisă în anumite circumstanțe în care autoritatea relevantă acționează (i) în aplicarea unei legi sau (ii) atunci când este implicat un interes public major, care poate fi considerat ca fiind superior celui de a asigura o economie de piață funcțională.

Cu toate acestea, aceste circumstanțe excepționale nu conferă statului puterea discreționară de a emite acte normative prin care să restricționeze concurența. După cum rezultă atât din deciziile și pozițiile formale emise de Consiliul Concurenței, cât și din legislația Uniunii Europene, există condiții stricte care trebuie respectate pentru ca actele normative să restrângă în mod legal concurența, indiferent dacă acestea sunt emise sub formă de lege sau sub alte forme.

5.1. Practica Consiliului Concurenței din România

Într-o decizie referitoare la serviciile de telecomunicații, în care autoritățile locale au acordat un drept exclusiv în beneficiul unui operator economic, protejându-l pe acesta de ceilalți furnizori de infrastructură concurenți și generând costuri descurajatoare în ceea ce privește migrarea în rețeaua respectivului operator, Consiliul a semnalat necesitatea de a se modifica actele de punere în aplicare a proiectului, pentru a le face compatibile cu principiile concurenței.

În acest caz, Consiliul a subliniat faptul că implementarea cadrului comunicațiilor electronice ar trebui să păstreze un nivel de neutralitate în ceea ce privește concurența. Ca atare, „[...] măsurile luate de către autoritățile locale nu pot crea o poziție dominantă pe piață și nici nu pot restrânge concurența. [...]”⁶¹.

Într-o decizie în care ministerele competente au introdus anumite condiții discriminatorii între unitățile de sănătate private și publice în ceea ce privește sumele de bani care ar fi fost acordate de Casa Națională de Asigurări de Sănătate,⁶² Consiliul a susținut că principiul tratamentului egal impune ca situațiile comparabile să nu fie tratate diferit, respectiv situațiile diferite să nu fie tratate în aceeași manieră, cu excepția cazului în care un astfel de tratament este justificat în mod obiectiv; totodată, conform afirmațiilor Consiliului,

⁶¹ Studiu al Consiliului Concurenței în colaborare cu Centrul Român de Politici Economice intitulat „Provocările pieței unice și concurența în sectoarele sensibile”, paginile 138-146.

⁶² Decizia Consiliului Concurenței nr. 69 din data de 13 decembrie 2017.

“O diferență de tratament este justificată dacă se întemeiază pe un criteriu obiectiv și rezonabil și este proporțională cu scopul urmărit. Prin urmare, existența unei diferențe de tratament [...] trebuie să fie proporțională în raport cu obiectivele urmărite”⁶³;

În domeniul tratării și al reciclării deșeurilor, și anume într-un caz în care autoritățile locale au impus necesitatea obținerii unei autorizații specifice pentru a desfășura activitatea relevantă și a întârziat nejustificat procedurile de eliberare a autorizației, acordând în același timp exclusivitate unui anumit operator de salubritate⁶⁴; în acest caz, Consiliul a reținut faptul că prin conduita anticoncurențială a autorităților locale constând în suspendarea procedurii de eliberare a autorizațiilor, au fost blocați operatorii dispuși să intre pe piață în timp ce refuzul/întârzierea autorităților de a elibera permisul a creat bariere administrative de intrare pe piață⁶⁵; de asemenea, prevederile actelor emise de autoritățile locale „permiteau operatorului de salubritate extinderea poziției sale dominante, de monopol, de pe piața serviciului de salubritate [...] asupra pieței relevante a serviciilor de colectare și de transport a deșeurilor de ambalaje (deșeuri reciclabile colectate de la populație), și, implicit, exploatarea acestei poziții în detrimentul operatorilor economici colectori, dar și a populației”⁶⁶.

Per ansamblu, după cum Consiliul a menționat și anterior, intervenția statului în mediul concurențial va fi permisă dacă această conduită este considerată necesară conform legii⁶⁷. Mai mult, intervenția statului trebuie să respecte principiul impactului minim asupra concurenței⁶⁸. Astfel cum a mai fost susținut de către Consiliu⁶⁹, restricțiile de concurență trebuie să fie obiective, necesare și proporționale cu scopul urmărit.

În cazul de față, excluderea producătorilor de tehnologie 5G doar pe baza criteriilor stabilite în Proiectul de Lege nu poate fi considerată nici obiectivă, nici necesară, nici proporțională. În această privință, Proiectul de Lege și Setul Comun de Instrumente 5G (care prevede necesitatea unei abordări echilibrate, adaptate, care nu este axată pe anumiți producători și potrivit căreia excluderile potențial a fi aplicate în privința producătorilor ar trebui să privească active cheie) diferă semnificativ.

Prin urmare, rezultă în mod clar că Proiectul de Lege nu ar putea denatura în mod legal concurența prin excluderea tehnologiei 5G produse de anumiți producători, din întreaga rețea, și fără a aborda riscurile tehnice efective implicate prin măsuri tehnice de securitate corespunzătoare, care ar fi obiective, proporționale, adaptate etc.

⁶³ Ibid, pagina 24, paragraful 143.

⁶⁴ Decizia Consiliului Concurenței nr. 73 din data de 8 octombrie 2019.

⁶⁵ Ibid, pagina 80, paragraful 170.

⁶⁶ Ibid, pagina 79, paragraful 168.

⁶⁷ Ibid, pagina 10.

⁶⁸ Punctul de vedere al Consiliului Concurenței referitor la propunerea legislativă pentru completarea alin. (2) al art. 28 din Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006, republicată, paginile 1-2.

⁶⁹ Orientările Consiliului Concurenței privind interpretarea și aplicarea prevederilor *Legii concurenței* pe piețele serviciilor de salubritate a localităților, respectiv recomandări pentru îmbunătățirea mediului concurențial pe aceste piețe, paginile 14-15.

5.2. Dreptul Uniunii Europene

Deși Articolul 101 (referitor la înțelegerile anticoncurențiale) și Articolul 102 (referitor la abuzul de poziție dominantă) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene („TFUE”) nu se referă direct la actele autorităților Statelor Membre ci doar la actele întreprinderilor, Articolul 4 alineatul (3)⁷⁰ din Tratatul privind Uniunea Europeană („TUE”) prevede o obligație generală de cooperare între Uniunea Europeană și Statele Membre. În virtutea acestui principiu, autoritățile Statelor Membre nu ar trebui să adopte nicio măsură care poate priva normele de concurență aplicabile întreprinderilor de efectele lor.

Conform Curții de Justiție a Uniunii Europene⁷¹, acțiunile statelor membre care impun sau induc comportamente anticoncurențiale ale întreprinderilor, provocând astfel restricții ale concurenței, sunt contrare Articolului 4, alineatul (3) din TUE și Articolului 3 alineatul (3) din TFUE.

În plus, orice măsuri care reprezintă restricții ale concurenței ar trebui să fie limitate la ceea ce este necesar pentru a asigura punerea în aplicare a obiectivelor legitime⁷².

Așa cum s-a explicat mai sus, Proiectul de Lege și Expunerea de Motive nu par să justifice în mod coerent alegerea măsurilor de către România, astfel încât să se asigure că restricțiile inerente ale concurenței sunt obiective, necesare și proporționale cu scopul de a proteja securitatea națională și apărarea națională în cazul de față.

6. Concluzii

Deși în prezent sunt preconizate restricții limitate, în anumite condiții, pentru furnizori la nivelul Uniunii Europene, Proiectul de Lege pare să nu ia în considerare recomandările adoptate de Comisia Europeană cu privire la modul de elaborare a măsurilor pentru abordarea riscurilor referitoare la tehnologia 5G.

⁷⁰ Conform respectivului articol „În temeiul principiului cooperării loiale, Uniunea și statele membre se respectă și se ajută reciproc în îndeplinirea misiunilor care decurg din tratate. Statele membre adoptă orice măsură generală sau specială pentru asigurarea îndeplinirii obligațiilor care decurg din tratate sau care rezultă din actele instituțiilor Uniunii. Statele membre facilitează îndeplinirea de către Uniune a misiunii sale și se abțin de la orice măsură care ar putea pune în pericol realizarea obiectivelor Uniunii.”

⁷¹ A se vedea Faull & Nikpay, „The EU Law of Competition”, Oxford University Press, 2014, decizie citată la paragraful 6.05.

⁷² A se vedea Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din data de 4 septembrie 2014 în cauzele conexe C-184/13 to C-187/13, C-194/13, C-195/13 și C-208/13, având ca obiect cererea de hotărâre preliminară în procedurile API — Anonima Petrolii Italiana SpA v Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Ministero dello Sviluppo economico („Hotărârea API”), paragraful 48, disponibilă la <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62013CJ0184&lang1=en&type=TEXT&ancre=;> Hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene din data de 22 decembrie 2010 în cauza C-338/09, având ca obiect cererea de hotărâre preliminară în procedurile Yellow Cab Verkehrsbetriebs GmbH v Landeshauptmann von Wien, paragrafele 25 și 26, disponibilă la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TEXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0338&from=EN>.

În același timp, Proiectul de Lege încalcă principiile fundamentale stabilite de cadrul legal al comunicațiilor electronice și, din cauza efectelor sale potențiale asupra concurenței, poate ajunge în conflict cu tendința de dereglementare care a devenit fundamentală pe această piață.

Având în vedere diversele declarații publice, există riscul ca acestea să conducă la excluderea potențială a producătorilor chinezi de tehnologie 5G de pe piața românească.

Din cauza structurii piețelor relevante, excluderea a doi dintre cei patru producători principali de tehnologie 5G (care par să dețină în prezent peste 90% din piața echipamentelor RAN din Spațiul Economic European) are potențialul de a avea un impact negativ asupra concurenței din România și asupra comerțului între statele membre ale Uniunii Europene.

Deși concurența poate fi uneori restricționată prin efectul unei legi, Proiectul de Lege nu pare să îndeplinească condițiile cerute din perspectivă juridică, astfel încât să poată face acest lucru.

Având în vedere toate aceste aspecte, autoritățile de reglementare competente ar trebui să efectueze o examinare aprofundată a Proiectului de Lege și a efectelor sale asupra concurenței, pe baza unor informații detaliate privind piața.



Alina Popescu

Founding Partner

alina.popescu@mprpartners.com



Cristina Crețu

Senior Privacy & Technology Consultant

cristina.cretu@mprpartners.com