

Noi provocări în era digitală. Politica de concurență New Challenges in the Digital Age. Competition Policy

Lucia Irinescu¹

Rezumat: Astăzi, produsele și întreprinderile virtuale și fizice, tradiționale și inovatoare, analogice și digitale se reunesc într-un mod din ce în ce mai complementar și hibrid, deși deseori perturbator. Întreprinderile trebuie să simtă impulsul constant al concurenței pentru a continua să inoveze: aceasta se aplică în toate sectoarele. Prin urmare, normele privind tratatul Uniunii Europene se aplică tuturor sectoarelor – de la platforme pentru motoarele de căutare până la mașini ecologice.

Cuvinte cheie: concurență, practici anticoncurențiale, piețe digitate.

Abstract: Today, virtual and physical, traditional and innovative, analogue and digital products and businesses come together in an ever more complementary and hybrid – albeit often disruptive – way. Firms need to feel the constant spur of competition to keep innovating; that applies in all sectors. And therefore the European Union treaty rules on competition apply to all sectors – from search-engine platforms to environmentally-friendly cars.

Keywords: competition, anticompetitive practices, digital market.

1. Noua eră a digitalizării

Piețele digitale reprezintă o prioritate în cadrul politicii actuale a UE în domeniul concurenței. Vicepreședintele pentru piața unică digitală, Andrus Ansip, a declarat: „Milioane de comercianți din UE, majoritatea mici comercianți, depind în prezent de platformele on-line pentru a ajunge la clienții lor pe piața unică digitală²... Piețele on-line stimulează creșterea economică și inovarea în UE, dar se impune necesitatea unui set de norme de bază clare, care să asigure un mediu de afaceri sustenabil și previzibil, care să asigure o transparență mai mare în economia on-line, să ofere întreprinderilor previzibilitatea de care au nevoie și care să fie în folosul consumatorilor europeni”.

Comisia a realizat faptul că realizarea unei piețe unice digitale presupune existența unor factori, printre care: un acces mai bun al consumatorilor și al întreprinderilor la bunuri și servicii online în întreaga Europă, crearea condițiilor adecvate pentru dezvoltarea rețelelor și a serviciilor digitale, precum și

¹ Conf. univ. dr., Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept, email: lirinescu@yahoo.com

² https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ro/IP_18_3372

valorificarea la maximum a potențialului de creștere al economiei digitale europene. Conștientizarea acestor lacune la nivelul pieței unice a condus la elaborarea unei strategii unitare pentru piața digitală. În acest sens, Comisia a adoptat, la 14 septembrie 2016, o serie de inițiative și de propuneri legislative menite să propulseze UE în avangarda conectivității la internet, printre care: o serie de obiective noi și fără caracter obligatoriu în materie de conectivitate pentru o piață unică digitală competitivă până în 2025³; un nou Cod european al comunicațiilor electronice⁴ care amestecă patru directive existente în materie de telecomunicații (Directiva-cadru, Directiva privind autorizarea, Directiva privind accesul și Directiva privind serviciul universal) și un regulament actualizat privind Organismul Autorităților Europene de Reglementare în Domeniul Comunicațiilor Electronice (OAREC)⁵; un regulament menit să sprijine comunitățile locale în efortul lor de a furniza Wi-Fi public gratuit cetățenilor⁶; un plan de acțiune vizând implementarea tehnologiei 5G pe teritoriul UE⁷.

Cadrul de bază al dreptului concurenței, așa cum este reglementat în articolele 101 și 102 din TFUE, oferă un nivel sporit de flexibilitate, în sensul protejării concurenței nedistorsionate în era digitală. Cu toate acestea, pentru a definitiva procesul de punere în aplicare a strategiei privind piața unică digitală, Comisia Europeană i-a numit pe profesorii Heike Schweitzer, Jacques Crémer și Yves-Alexandre de Montjoye, în calitate de consilieri speciali ai Comisarului european pentru concurență (pentru intervalul 1 aprilie 2018 - 31 martie 2019), să se concentreze asupra viitoarelor provocări aflate la intersecția dintre digitalizare și politica de concurență și să identifice schimbările esențiale care vor afecta piețele, consumatorii, precum și implicațiile acestora și să elaboreze un raport privind provocările mediului digital din perspectiva politicilor din domeniul concurenței⁸. Acest raport a stat la baza elaborării unui nou regulament european menit să asigure un cadru legal transparent și echitabil pentru întreprinderile utilizatoare de servicii de intermediere online și utilizatorii profesionali de site-uri.

Raportul a fost structurat pe cinci capitole : (i) *Digitalizarea și concurența*, (ii) *Obiectivele și metodologiile dreptului UE al concurenței în era digitală*, (iii) *Platformele online*, (iv) *Datele online*, (v) *Concentrările economice în sectorul digital*.

Pe parcursul cercetării, redactorii raportului au ajuns la concluzia că unele concepte cu care operăm actualmente în domeniul concurenței ar trebui adaptate.

³ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/news-redirect/34110>

⁴ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/news-redirect/34112>

⁵ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/news-redirect/34114>

⁶ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/news-redirect/34228>

⁷ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/news-redirect/34115>

⁸ Acest raport a fost făcut public în data de 4 aprilie 2019 și poate fi consultat la adresa: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Direcția generală de concurență din cadrul Comisiei Europene consideră acest document ca fiind opinia personală a celor trei profesori, fără a reprezenta în mod neapărat poziția oficială a COM cu privire la cele iterate.

Așadar, sintetizând, dreptul concurenței ar trebui să definească piețele digitale relevante. Plecând de la ideea conform căreia dreptul concurenței a fost conceput astfel încât să poată reacționa la piețele aflate în continuă schimbare, digitalizarea și concurența sunt două instituții juridice complementare. Dezvoltarea unor ecosisteme digitale poate să confere întreprinderilor ce dețin deja o poziție superioară de piață un avantaj concurențial semnificativ. Autorii au propus și ideea de a avea în vedere (posibile) piețe de tip ecosistem digital; acest tip de piețe ia naștere, în special, acolo unde platformele dominante încearcă să se extindă pe piețele învecinate, generând un ecosistem digital (alcătuit din produse interconectate), și care țin utilizatorul captiv în sfera comercială a aceleiași întreprinderi. Mai mult, se propune o schimbare de orientare, prin oferirea unei atenții mai reduse ideii de definire a pieței, și, în schimb, punerea unui accent mai mare pe teorii ale afecțiunii, respectiv demersuri de identificare a unor strategii anti-competitive.

Spre exemplu, o întrebare legată de piața relevantă este dacă serviciile online și cele offline fac parte din aceeași piață de produse. În practica sa anterioară, Comisia a făcut o distincție între furnizarea de spațiu publicitar online și offline⁹. Cu toate acestea, în cazul Telefonica UK/Vodafone UK/ Everything Everywhere/JV¹⁰, această chestiune a fost lăsată deschisă, în sensul că nu s-a stabilit dacă publicitatea prin telefonie mobilă constituie o piață separată de piața publicitară online (cu sau fără opțiunea de căutare) sau dacă face parte dintr-o piață mai amplă, întrucât operațiunea nu este de natură să îngreiească în mod semnificativ concurența efectivă, indiferent care ar fi definiția posibilă a pieței unui astfel de produs. Tot în aceeași decizie, Comisia Europeană a considerat că distribuția cu amănuntul a serviciilor de portofel mobil (incluzând atât plățile offline, cât și cele on-line) poate constitui o piață de plată online separată de cea existentă – cea prin intermediul cardurilor de credit, cardurilor de debit și PayPal, online pe un computer personal static, tabletă sau telefon mobil.

Tot în cadrul raportului, autorii încurajează autoritățile de concurență să deschidă cazuri care nu sunt neapărat încălcări evidente *prima facie*, dar, date fiind efectele negative pe termen lung pe care o serie de practici anticoncurențiale le cauzează în astfel de piețe, ar trebui stopate. În acest sens, se pledează pentru introducerea unor reglementări care să vină în întâmpinarea autorităților de concurență în sensul de a le ușura acestora activitatea, propunând inversarea sarcinii probei. La nivel european, Comisia este competentă să constate și să aplice prevederile art.101 și 102 prin decizii care pot presupune: (1) solicitarea de încetare a activității care generează încălcarea; (2) dispunerea de măsuri provizorii; (3) acceptarea angajamentelor propuse de întreprinderi; (4) constatarea inaplicabilității art. 101 sau în măsura în care sunt întrunite elementele, existența unei exceptări conform art. 101 alin. (3) TFUE. La acestea se adaugă dreptul

⁹ A se vedea Decizia Comisiei din 11 martie 2008 în cazul COMP/M.4731 – Google/DoubleClick.

¹⁰ A se vedea Decizia Comisiei din 4 septembrie 2013 în cazul COMP/M.6314 – Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV).

Comisiei de sancționa prin amenzi și de a obliga întreprinzătorii la plata de penalități cominatorii, în cazul situațiilor specifice. Prin jurisprudența sa, Curtea a stabilit un set de prezumții, relative sau absolute, care sunt puse la dispoziția autorităților naționale, precum și a Comisiei, în vederea constatării și sancționării comportamentelor anticoncurențiale care prin natura lor prezintă un caracter ocult și, prin urmare, greu de dovedit¹¹.

De asemenea, trebuie remarcat faptul că platformele au rol de reglementare, întrucât ele determină regulile comercializării și, atunci când acestea au putere mare de piață, le incumbă responsabilitatea de a asigura concurența nedistorsionată pentru utilizatorii proprii. Protejarea concurenței pe o platformă dominantă ar putea fi același lucru cu protejarea concurenței pe o piață relevantă.

Un alt aspect este legat de prezența concomitentă pe mai multe platforme, portabilitatea și complementaritatea serviciilor. Pentru a încuraja pluralitatea de opțiuni este esențial să se asigure condiții optime pentru *multihoming* și portare. Astfel, orice întreprindere dominantă care restricționează posibilitatea de *multihoming* ar trebui să suporte sarcina de a oferi argumente apriorice privind eficiențe comerciale.

Competitivitatea firmelor depinde din ce în ce mai mult de accesul (la timp) la date relevante. Într-o serie de situații, accesul la date nu va fi indispensabil pentru a concura în condiții egale. În plus, autorii consideră că articolul 102 TFUE nu este cel mai bun instrument pentru a gestiona solicitările de date de către întreprinderi care urmăresc scopuri de afaceri care sunt în esență fără legătură cu piața deservită de întreprinderea dominantă.

2. Măsuri legislative de garantare a transparenței și echității în relațiile cu platformele digitale

Comisia Europeană propune noi norme cu privire la platformele on-line, oferind întreprinderilor mici o plasă de siguranță în economia digitală.

Noul Regulament *Platform to Business*¹² are rolul de a crea un mediu de afaceri echitabil, transparent și previzibil pentru întreprinderile și comercianții mai mici care recurg la platformele on-line. Întreprinderi precum hoteluri, comercianți care vând în mediul on-line, dezvoltatori de aplicații și alte societăți comerciale similare care se bazează pe motoarele de căutare pentru atragerea traficului de internet pe site-urile lor web se numără printre cei care vor beneficia de aceste noi norme.

¹¹ A se vedea B. Corâci, *Sarcina probei în cazul practicilor concertate*, în Revista Română de Concurență nr. 1-2/2016, p. 50 și urm.

¹² Regulamentul (UE) 2019/1150 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 iunie 2019 privind promovarea echității și a transparenței pentru întreprinderile utilizatoare de servicii de intermediere online, disponibil la adresa: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019R1150&from=EN>. Regulamentul se va aplica de la 12 iulie 2020.

O serie de relații între întreprinderi și consumatori sunt mediate online de către furnizori care oferă servicii multilaterale, bazate, în esență, pe același model de afaceri care presupune construirea unui ecosistem. De aceea, furnizorii de servicii de intermediere on-line trebuie să se asigure că termenele și condițiile pe care le impun utilizatorilor profesionali sunt ușor de înțeles și ușor de accesat. Aceștia trebuie să formuleze și să publice politici generale privind: (i) datele generate prin serviciile lor la care se poate avea acces, de către cine și în ce condiții; (ii) modul în care tratează propriile bunuri sau servicii comparativ cu cele furnizate de utilizatorii lor profesionali și (iii) modul în care utilizează clauzele contractuale pentru a solicita gama de produse și servicii cea mai favorabilă sau prețul cel mai favorabil pentru produsele și serviciile furnizate de utilizatorii lor profesionali [așa-numitele clauze ale națiunii celei mai favorizate (MFN)]. Atât serviciile de intermediere on-line, cât și motoarele de căutare on-line trebuie să prezinte criteriile generale în baza cărora stabilesc clasamentul produselor și serviciilor în rezultatele căutării. furnizorii de servicii de intermediere on-line au obligația de a institui un sistem intern de tratare a reclamațiilor.

Pentru a facilita soluționarea extrajudiciară a litigiilor, toți furnizorii de servicii de intermediere on-line vor trebui să indice în termenele și condițiile lor mediatorii independenți și calificați cu care sunt dispuși să colaboreze cu bună-credință în vederea soluționării litigiilor. La nivelul sectorului de activitate, se va încuraja desemnarea în mod voluntar de mediatorii independenți care să poată să trateze litigiile apărute în contextul serviciilor de intermediere on-line. În fine, asociațiile care reprezintă mediul de afaceri vor avea dreptul de a introduce acțiuni în justiție în numele întreprinderilor, astfel încât să se asigure respectarea noilor norme privind transparența și soluționarea litigiilor.

3. Google și Amazon

Comisia Europeană a amendat Google LLC și societatea-mamă Alphabet Inc. în repetate rânduri pentru încălcarea normelor antitrust ale UE.

În iunie 2017, Comisia a amendat Google cu 2,42 miliarde EUR pentru că a abuzat de poziția dominantă a motorului său de căutare, ceea ce a conferit un avantaj ilegal serviciului propriu al Google de comparare a prețurilor¹³. Practicile ilegale aplicate de Google au avut un impact semnificativ asupra concurenței dintre serviciul Google de comparare a prețurilor și serviciile concurente. Acestea au permis serviciului Google de comparare a prețurilor să obțină câștiguri semnificative în materie de trafic, în detrimentul concurenților acestuia și în detrimentul consumatorilor europeni.

¹³ Google a dat serviciului său de comparare a prețurilor un avantaj semnificativ în comparație cu concurenții săi prin acordarea unei vizibilități mai mari doar propriului său serviciu de comparare a prețurilor și prin retrogradarea concurenților, abuzând astfel de poziția sa dominantă. Decizia Comisiei din 27 iunie 2017 în cazul AT. 39740-Google Search (Shopping) este disponibilă la adresa: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1516198535804&uri=CELEX:52018XC0112\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1516198535804&uri=CELEX:52018XC0112(01))

În iulie 2018, Comisia a amendat Google cu 4,34 miliarde EUR pentru practici ilegale legate de dispozitivele mobile care utilizează sistemul de operare Android pentru a consolida poziția dominantă a motorului de căutare al Google¹⁴. Concluzia deciziei Comisiei a fost că Google a participat la două cazuri de practici de legare ilegale. În primul rând, legarea aplicației Google Search. În consecință, Google s-a asigurat că, în practică, aplicația sa Google Search este preinstalată pe toate dispozitivele Android vândute în SEE. Aplicațiile de căutare reprezintă un punct de intrare important pentru căutările efectuate pe dispozitivele mobile. Comisia a stabilit că această practică de legare este ilegală începând din 2011, anul în care Google a câștigat o poziție dominantă pe piața magazinelor de aplicații pentru sistemul de operare mobil Android. În al doilea rând, legarea browserului Google Chrome. În consecință, Google s-a asigurat că, în practică, browserul său mobil este preinstalat pe toate dispozitivele Android vândute în SEE. Browserele reprezintă și ele un punct de intrare important pentru căutările efectuate de pe dispozitivele mobile, iar Google Search este motorul de căutare implicit al Google Chrome. Comisia a stabilit că această practică de legare este ilegală începând din 2012, anul în care Google a inclus browserul Chrome în pachetul său de aplicații.

Cea mai recentă încălcare a fost sancționată prin aplicarea unei amenzi de către Comisia Europeană în cuantum de 1,49 EUR miliarde de euro. Google a abuzat de poziția sa dominantă pe piață impunând o serie de clauze restrictive în contractele cu siturile internet ale terților, ceea ce i-a împiedicat pe rivalii Google să afișeze pe siturile respective anunțuri publicitare proprii asociate cu rezultatele căutărilor¹⁵. Concurenții Google nu au putut să dezvolte și să ofere servicii de intermediere a publicității asociate cu căutările online alternative celor oferite de Google. Drept rezultat, proprietarii siturilor aveau opțiuni limitate de monetizare a spațiului de pe aceste situri și erau forțați să se bazeze aproape în exclusivitate pe Google.

Recent, Comisia Europeană a anunțat deschiderea unei noi investigații în cazul Amazon¹⁶. Platforma Amazon are un dublu rol: vinde produse pe site-ul său de internet asemeni unui comerciant cu amănuntul și oferă o piață în care vânzătorii independenți pot vinde produse direct consumatorilor. Atunci când pune la dispoziția vânzătorilor independenți o piață de desfacere, Amazon colectează în mod continuu date despre activitatea pe platforma sa. Pe baza concluziilor preliminare ale Comisiei, Amazon pare să utilizeze informații cu caracter sensibil despre vânzătorii, produsele și tranzacțiile de pe piață din punct de vedere al regulilor de concurență loială. În cadrul anchetei, Comisia va analiza o serie de aspecte printre care: acordurile standard dintre Amazon și vânzătorii de pe piață, care permit platformei să analizeze și să utilizeze datele comercianților. Comisia se va concentra în special pe investigarea impactului utilizării de către

¹⁴ Decizia Comisiei din 18 iulie 2018 în cazul AT. 40099- Google Andoid este disponibilă la adresa: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf

¹⁵ Decizia Comisiei din 20 martie 2019 în cazul AT. 40411- Google Search (AdSense) este disponibilă la adresa: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770

¹⁶ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291

Amazon a datelor de pe piață asupra concurenței; rolul informațiilor în selectarea câștigătorilor „Buy Box” și impactul utilizării de către Amazon a unor informații despre vânzător care pot fi problematice din punct de vedere al competiției pe această selecție; „Buy Box” este afișată în mod vizibil pe Amazon și permite clienților să adauge articole de la un anumit comerciant direct în coșurile lor de cumpărături. Câștigarea „casetei de cumpărare” pare a fi esențială pentru vânzătorii de pe piață, deoarece majoritatea tranzacțiilor se fac prin intermediul acesteia¹⁷.

Anterior acestei investigații, Amazon a mai făcut obiectul unei investigații a Comisiei Europene, care a a sesizat că gigantul american a abuzat de pozițiile sale dominante pe piețele pentru distribuția cu amănuntul de cărți electronice în limba engleză și în limba germană pentru consumatorii din UE, încălcând articolul 102 din TFUE și articolul 54 din Acordul privind SEE prin faptul că a impus furnizorilor de cărți electronice să informeze Amazon cu privire la termeni și condiții mai favorabile sau alternative pe care le oferă în altă parte; și/sau să pună la dispoziția Amazon termeni și condiții care depind direct sau indirect de termenii și condițiile oferite unui alt distribuitor cu amănuntul de cărți electronic. Amazon a prezentat Comisiei un set de angajamente, prin care: a modificat anumite definiții pentru a le face și mai clare și a le alinia cu clauzele de paritate existente, precum și pentru a asigura eficacitatea angajamentelor; a modificat definiția „cărților electronice” pentru a clarifica faptul că, indiferent de gen, cărțile electronice distribuite prin canalele de vânzare cu amănuntul fac obiectul angajamentelor definitive și că cele distribuite prin canalele instituțiilor de învățământ și bibliotecilor sunt excluse din domeniul de aplicare al angajamentelor finale. Amazon a eliminat, de asemenea, dreptul de a menține clauzele de paritate în ceea ce privește cărțile cu conținut educațional și academic, vândute de furnizorii de cărți digitale direct studenților în afara canalelor respective; a conferit mandatarului însărcinat cu monitorizarea dreptul de a-i solicita informații care sunt necesare în mod rezonabil pentru monitorizarea respectării de către Amazon a angajamentelor finale și a renunțat la dreptul său de a răspunde unor astfel de solicitări la libera sa alegere¹⁸.

Concluzii

Noul ecosistem digital conduce tot mai des la o creștere a noilor forme de comportament anticoncurențial, transformând vechile forme de încălcări tradiționale în noi forme mult mai sofisticate și tot mai greu de depistat, probat și sancționat de către autoritățile de concurență.

¹⁷ Ancheta care vizează platforma Amazon a fost deschisă la câteva ore după ce Biroul Federal al Cartelurilor din Germania și-a închis propria investigație împotriva gigantul american. Pentru detalii, a se vedea https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/17_07_2019_Amazon.html

¹⁸ Decizia din 4 mai 2017, Cazul AT.40153 – Amazon. Clauze de tip CNF în domeniul cărților electronice și aspecte conexe este disponibilă la adresa: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017XC0811\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017XC0811(02)&from=EN)