

Guvernul poate interzice unele tranzactii daca se ameninta siguranta nationala



Modificările aduse recent Legii Concurenței aduce marile tranzacții în atenția CSAT, deoarece instituie un regim special concentrărilor economice care ar putea prezenta riscuri pentru siguranța națională. Dacă anterior legea instituia o prezumție relativă negativă cu privire la nivelul dominantei unei firme, în prezent legea instituie o prezumție pozitivă astfel întreprinderile ce dețin o cota de peste 40% sunt prezumate până la proba contrară ca au o poziție dominantă. În legislația nouă din domeniul concurenței nu mai sunt obligatorii audiențele. Toate noutățile importante, pe care firmele trebuie să le cunoască, sunt explicate de [Mihaela Ion](#), senior associate Popovici Nitu & Asociații, avocat specializat în Concurență.

BizLawyer: Care sunt cele mai importante modificări ale legislației concurenței, ce ar putea afecta în viitor business-ul unor companii? În ce constau aceste modificări?

Mihaela Ion: Principalele modificări aduse Legii concurenței nr.21/1996, ce au intrat în vigoare în data de 14.07.2011, pot fi împărțite în 3 categorii: (a) modificările aduse în scopul reducerii termenului de finalizare a investigațiilor și a gradului de încarcare a Consiliului Concurenței; (b) modificările de ordin administrativ la nivelul organizării Consiliului Concurenței; (c) introducerea unui regim legal special cu privire la concentrările economice ce pot prezenta riscuri la adresa siguranței naționale.

În prima categorie se înscriu prevederile legale ce încurajează, prin oferirea unor reduceri a amenzilor, recunoașterea faptelor anticoncurențiale. Astfel în cazul recunoașterii săvârșirii faptelor anticoncurențiale Consiliul Concurenței acordă diminuarea cuantumului amenzii cu un procent cuprins între 10% și 30% din nivelul de bază al acesteia inclusiv atunci când acesta este stabilit la minimumul prevăzut de lege.

Conform proiectului propus pentru modificarea Instrucțiunilor privind individualizarea sancțiunilor pentru contravențiile prevăzute la art. 50, 501, 51 din Legea concurenței nr. 21/1996, supus dezbaterii publice pe site-ul Consiliului Concurenței: (a) acesta din urmă nu este obligat să acorde o reducere a amenzii în cazul unei recunoașteri parțiale, acesta putând refuza acordarea reducerii dacă recunoașterea este considerată insuficientă și nu denotă asumarea de către întreprindere a faptelor comise; (b) Consiliul poate decide ca simpla recunoaștere nu este suficientă fiind necesare și remedii suplimentare asumate de către întreprindere; (c) Consiliul poate deroga, cu arătarea motivelor, de la regulile de individualizare prevăzute în instrucțiuni, atunci când particularitățile unei cauze impun acest lucru.

A apărut și prezumția negativă în cazul abuzului de poziție dominantă. Ce ar trebui să știe firmele?

Tot în scopul reducerii gradului de încarcare a Consiliului Concurenței au fost modificate și prevederile referitoare la abuzul de poziție dominantă. Dacă anterior legea instituia o prezumție relativă negativă cu privire la nivelul dominantei unei firme (i.e. întreprinderile ce aveau o cota de piață de sub 40% nu erau considerate dominante) în prezent legea instituie o prezumție pozitivă astfel întreprinderile ce dețin o cota de peste 40% sunt prezumate până la proba contrară ca au o poziție dominantă.

Urmare a acestor modificari: (a) sarcina probei contrarii revine societatilor, acestea din urma fiind nevoite sa demonstreze ca nu detin o pozitie dominanta; (b) se faciliteaza probatiunea abuzului de pozitie dominanta de catre Consiliul Concurente; (c) cotele de piata, ce ar fi trebuit sa reprezinte doar un indiciu cu privire la dominanta, devin un element cheie exclusiv. In acest context, societatile vor tinde probabil sa isi revizuiasca si politicile de marketing/promovare in sensul reducerii instrumentelor care pana in prezent se axau pe mediatizarea cresterii cotelor de piata (in special pentru cazurile in care cota de piata intra in zona de peste 40%).

Mai sunt obligatorii audientele?

In acord cu legislatia noua din domeniul concurentei, in lipsa altor reglementari secundare, reiese ca nu mai sunt obligatorii audientele. Care era rolul acestora si cum vor fi afectate companiile investigate de noile proceduri, in care audientele nu mai sunt obligatorii?

Daca inainte de noile modificari, audierile aveau caracter obligatoriu, procedurile de investigatie necesitand automat audierea întreprinderilor participante la fapta anticoncurentiala sau la concentrarea economica, in prezent Presedintele Consiliului Concurente este cel care va decide (din oficiu sau cererea expresa a destinatarilor raportului de investigatie) daca si in ce masura se vor organiza aceste audieri. In mod normal pentru exercitarea corespunzatoare a dreptului la aparare al partilor implicate in investigatiile Consiliului, organizarea audierilor ar trebui sa fie regula in timp ce neorganizarea acestora ar trebui sa aiba loc doar cu titlu de exceptie. In plus, ca si in cazul ordinelor emise de catre Presedintele Consiliului Concurente cu privire la accesul la documentele, datele si informatiile din dosarul cauzei care sunt calificate drept confidentiale, este de asteptat sa se introduca prevederi speciale (inclusiv termenele de contestare) cu privire la atacarea in instanta a ordinelor emise de catre Presedinte Consiliului Concurente cu privire la organizarea (in speta neorganizarea) audierilor.

Un alt punct de interes este cel dat de efectul produs de atacarea ordinului Presedintelui Consiliului Concurente emis cu privire la accesul la documentele confidentiale din dosarul de investigatie (care sunt nu sunt accesibile pentru consultare ori obtinere de copii sau extrase decât prin ordin al presedintelui Consiliului Concurente).

Conform noilor modificari, atacarea ordinului presedintelui Consiliului Concurente suspenda procedura în fata autoritatii de concurenta pâna la solutionarea definitiva si irevocabila a cauzei. Textul de lege nu prevede expres daca procedura se suspenda in privinta tuturor partilor implicate sau doar cu privire la partile care au contestat ordinul in cauza. Prin raportare la aceste prevederi, in special in cazul unor audieri comune pentru o fapta anticoncurentiala ce presupune implicarea mai multor societati si in privinta carora probatoriul este de regula comun, exista argumente care sa sustina ipoteza suspendarii procedurii fata de toate partile implicate (e.g. probatoriu comun, procedura comuna de audieri etc.) insa si argumente care sa sustina ipoteza contrara (i.e. ordinul emis de catre Presedintele Consiliului este un act administrativ individual, efectele hotararilor judecatoresti (fata de partile implicate si fata de terti) etc.). Practica sau reglementarile secundare suplimentare ce urmeaza a fi emise de catre Consiliul Concurente vor clarifica cel mai probabil insa si aceste aspecte.

Ce alte modificari notabile aduce legea?

In ceea ce priveste aspectele de ordin administrativ introduse de noile modificari, notam cu titlu de exemplu: (a) dreptul Plenului Consiliului Concurente de a delega exercitarea anumitor atributii unei comisii formate din 3 membri ai Plenului (e.g. examinarea rapoartele de investigatie, autorizarea concentrarilor economice) (b) infiintarea Colegiului Consultativ, ca organism nepermanent, care, conform legii, va emite opinii neobligatorii cu privire la principalele aspecte ale politicii de concurenta. Conform Legii, atributiile concrete ale acestui Colegiu Consultativ urmeaza sa faca obiectul unor regulamente separat ce trebuie aprobat prin hotarâre a Guvernului.

Modificarile aduse Legii Concurente nu se opresc insa la segmentul de antitrust sau la aspecte de ordin administrativ ci ating si domeniul rezervat concentrarilor economice.

Pe acest segment modificarile vizeaza pe de o parte reducerea taxei de autorizare a concentrarilor economice (de la un maxim de 100.000 de eur in legea veche la un quantum situat intre 10.000 si 25.000 eur) si pe de alta parte se instituie un regim special concentrarilor economice care ar putea prezenta riscuri pentru siguranta nationala.

Cum ar putea influenta o decizie a CSAT finalitatea unei tranzactii?

În acord cu noile prevederi:” În situațiile în care o operațiune de preluare a controlului asupra unor întreprinderi sau a unor active reprezintă riscuri pentru siguranța națională, Guvernul, la propunerea Consiliului Suprem de Apărare a Țării, va emite o hotărâre prin care aceasta să fie interzisă, cu respectarea competenței Comisiei Europene în acest domeniu. Consiliul Concurenței va informa Consiliul Suprem de Apărare a Țării în legătura cu operațiunile de concentrare economică care sunt notificate acestuia, susceptibile să fie analizate din punctul de vedere al siguranței naționale”.

Intervenția altor autorități centrale în procesul de analiză a unor tranzacții ce pot aduce atingere interesului public/național nu este un lucru nou, această posibilitate regăsindu-se atât la nivelul altor state din Uniunea Europeană cât și în SUA.

Cine da acest aviz în alte țări și pentru ce domenii?

Cu titlu de exemplu aș menționa două cazuri de țări cu tradiție în domeniul concurenței, respectiv: (a) Marea Britanie care recunoaște Secretarului de Stat dreptul de interveni și interzice concentrările economice în privința cărora considerentele de ordin public sunt relevante (e.g. securitatea națională, fuziunile din piața media în scopul menținerii pluralismului media etc.); (b) SUA care recunoaște drept de intervenție în materia tranzacțiilor ce pot prezenta risc la adresa securității naționale: (i) Comitetului de Investiții Străine SUA (CFIUS) care, ori de câte ori consideră că o tranzacție amenință securitatea națională, poate cere partilor implicate în tranzacție să reducă acest risc (ii) Președintelui SUA, care poate suspenda sau interzice tranzacția în cauză în condițiile secțiunii 6 din Foreign Investment and National Security Act.

Din cele de mai sus se poate observa (a) fie o delimitare (prin lege) a ariei în care organele centrale ale statului pot interveni în scopul protejării interesului public (e.g. Marea Britanie- menținerea stabilității sistemului financiar, securitate națională și pluralismul mijloacelor de informare), fie dreptul autorităților implicate de a stabili de la caz la caz noțiunea de amenințare la adresa siguranței naționale; (b) o procedură de intervenție expresă a autorităților guvernamentale.

Spre deosebire de jurisdicțiile menționate mai sus, la nivel național lipsesc precizările suplimentare cu privire la aria de intervenție exactă a Consiliului Suprem de Apărare a Țării (CSAT) și Guvernului, modul de intervenție a acestora și relația dintre acestea și Consiliul Concurenței.

Ce se va întâmpla dacă CSAT da aviz negativ unei tranzacții ce presupune o concentrare economică? Există în lege clarificări pentru o astfel de situație? Are CSAT un organism economic capabil să analizeze o tranzacție astfel încât să emită avizul în cunoștința de cauză?

În stadiul actual nu există un răspuns clar la această întrebare, fata de faza incipientă în care ne aflăm și fata de practica altor jurisdicții în domeniu, cred că trebuie clarificate cel puțin următoarele aspecte:

? Care sunt domeniile ce justifică un interes legitim de intervenție a CSAT și Guvernului, respectiv care sunt ariile/segmentele ce pot reprezenta riscuri la siguranța națională (exclusiv siguranța publică sau și pluralitatea mijloacelor de informare și normele prudențiale ca și componente ale acesteia);

? Domeniile de intervenție a CSAT/Guvernului se vor delimita/stabili la nivel normativ sau se va recunoaște o putere discreționară de apreciere a riscurilor la adresa siguranței naționale de la caz la caz?

? Caracterul propunerii CSAT, respectiv în ce măsură Guvernul este ținut sau nu de propunerea CSAT sau poate emite o hotărâre fără să ia în considerare propunerile acestuia din urmă;

? Termenele speciale în care Consiliul Concurenței trebuie să notifice CSAT și consecințele notificării CSAT de către Consiliul Concurenței;

? Procedura de lucru între Consiliul Concurenței, CSAT și Guvern și procedura de lucru la nivelul CSAT, termenele în care trebuie emisă propunerea CSAT și hotărârea Guvernului (în special prin raportare la termenele speciale prevăzute de Legea Concurenței în materia concentrărilor economice);

? În ce măsură Consiliul Concurenței va emite și el o decizie de respingere a concentrării economice în cazul în care Guvernul a emis o hotărâre de interzicere sau în fapt are loc o declinare de competență fiind suficientă hotărârea Guvernului;

? Contestarea in justitie de catre partile interesate a masurii interzicerii tranzactiilor pe considerente de siguranta nationala.