ICCJ – Fixarea preţurilor de vânzare a produselor către terţi. Aprecierea gravităţii faptei anticoncurenţiale ca element de individualizare a sancţiunii aplicate

Legislaţie relevantă:

Legea nr. 21/1996, art. 5 alin. (1) lit. a) şi art. 51 alin. (1) lit. a)

Stabilirea de către producător, în conţinutul contractelor de dealer şi de vânzare-cumpărare privind distribuţia produselor proprii, a unor sancţiuni privitoare la nerespectarea listei de preţuri convenite cu societăţile distribuitoare, înlătură posibilitatea aprecierii acestor preţuri ca având un caracter de recomandare, astfel încât este corectă calificarea acestei fapte drept o înţelegere anticoncurenţială pe verticală, ce cade sub incidenţa interdicţiei prevăzute de dispoziţiile art. 5 alin. (1) lit. a) din Legea concurenţei nr. 21/1996.

Prin restrângerea libertăţii intermediarilor de a determina singuri sau de a negocia preţurile de vânzare pentru respectivele produse în funcţie de costurile înregistrate de fiecare comerciant şi prin raportare la cerere şi ofertă, această faptă intră în categoria restricţionărilor grave ale concurenţei, interzise „per se" de legislaţia în domeniu, pentru care se aplică o amendă de până la 10% din cifra de afaceri, această faptă neputând fi încadrată în categoria celor de gravitate mică, pentru care se aplică o amendă în procent de 2% până la 4% din cifra de afaceri totală realizată în anul financiar anterior sancţionării.

Decizia nr. 1472 din 21 martie 2014

Prin acţiunea înregistrată pe rolul Curţii de Apel Bucureşti, Secţia a VIII-a de contencios administrativ şi fiscal, reclamanta SC S.A. SRL, în contradictoriu cu pârâtul Consiliul Concurenţei, a solicitat anularea deciziei nr. 99/27.12.2011 emise de acesta.

În motivarea cererii, reclamanta a arătat, în esenţă, că pârâtul Consiliul Concurenţei a făcut o greşita aplicare a prevederilor Ordinului nr. 420/2010, modificat prin Ordinul nr. 898/2011 privind individualizarea sancţiunii, respectiv a încadrat fapta la nivelul mediu de gravitate în loc de nivelul mic; a aplicat, în mod nelegal, o majorare la amenda aplicata, pentru realizarea efectului preventiv al sancţiunii şi nu a făcut aplicarea nici unei circumstanţe atenuante, deşi în cauză erau incidente mai multe astfel de circumstanţe.

Reclamanta a invocat nulitatea Deciziei nr. 99/2011 sub un dublu aspect. În primul rând, pentru încălcarea de către Consiliul Concurentei a normei imperative prevăzute de art. 36 din Legea nr. 21/1996.

Astfel, în Decizia nr. 99/2011 sunt menţionate numai Ordinul Preşedintelui Consiliului Concurenţei nr. 456 din 02 decembrie 2009 privind declanşarea investigaţiei şi Ordinul nr. 477 din 17 decembrie 2009 prin care a fost extinsă investigaţia la toţi distribuitorii SC S.A.P.D. SRL, însă din raportul investigaţiei rezultă că au fost emise mai multe ordine, prin care investigaţia a fost extinsă şi la alte societăţi comerciale, dar societatea reclamantă nu a avut niciodată cunoştinţa despre existenţa niciunuia dintre aceste ordine.

Or, potrivit dispoziţiilor art. 36 alin. (4) şi alin. (6) din Legea nr. 21/1996, obligaţia de informare a persoanei supuse investigaţiei este imperativa si de la acest text de lege nu se poate deroga. Această normă de drept a fost instituită în beneficiul întreprinderii, care trebuie sa fie informată cu

privire la declanşarea investigaţiei, pentru ca aceasta sa aibă posibilitatea propunerii unor angajamente Consiliului Concurentei, în scopul înlăturării situaţiei care a condus la declanşarea investigaţiei, după cum rezulta din prevederile art. 462 alin. (1) din Legea nr. 21/1996.

Reclamanta a susţinut că Decizia nr. 99/2011 este de asemenea supusă nulităţii, pentru încălcarea prevederilor art. 15 din Ordinul nr. 668 din 19 august 2011 pentru punerea în aplicare a Regulamentului privind constatarea contravenţiilor şi aplicarea sancţiunilor de către Consiliul Concurenţei şi ale art. 16 din O.U.G. nr. 2/2001, respectiv Consiliul Concurentei nu a indicat faptele concrete de restrângere ale concurenţei şi nu a făcut dovada existenţei unui presupus raport de concurenţă între anumite firme din lanţul de la producător la consumator, nefiind răsturnată nici prezumţia de nevinovăţie a reclamantei.

Pe fond, reclamanta a arătat că, în cauză, nu este vorba despre o înţelegere sau o practică concertată şi, ca o consecinţă, nu poate exista obiectul împiedicării, restrângerii sau denaturării concurentei pe piaţă.

Din raportul de investigare şi din actele care au stat la baza fundamentării acestuia rezultă, în mod indubitabil, că preţul la vânzare nu a fost impus societăţii, ci numai i s-a recomandat. Or, între termenul impus – care semnifică o obligaţie imperativă – şi termenul de recomandare – care are caracter facultativ – este o diferenţă de natură şi forţă juridică, care nu lasă locul unei confuzii între aceşti termeni.

Preţul recomandat nu a fost respectat aproape de niciuna dintre firmele vânzătoare ale produsului, fiecare dintre aceste firme aplicând la vânzare preţuri care au ţinut exclusiv de politica lor comercială.

Reclamanta a susţinut că din datele deţinute inclusiv de

Consiliul Concurentei rezultă că toate firmele, la un loc, afectate de înţelegere, au o cota de piaţa care se situează sub 1% din piaţa relevanta, astfel ca din acest punct de vedere sunt aplicabile prevederile art. 8 alin. (1) din Legea nr. 21/1996.

Consiliul Concurentei a făcut o greşită aplicare a prevederilor art. 52 alin. (1) din Legea nr. 21/1996 şi a Ordinului nr. 420/2010, modificat prin Ordinul nr. 898/2011, privind individualizarea sancţiunii şi nu a ţinut cont de criteriile concrete stabilite în acest ordin şi, drept urmare, a încadrat fapta la nivelul mediu de gravitate, astfel încât s-a încadrat în cuantumul de 2% la 4%, de sancţiune, din cifra de afaceri, în loc să o încadreze la nivelul mic de gravitate, asupra căruia se aplica un cuantum de 0,6 % până la 2%.

Potrivit dispoziţiilor Ordinului 420/2010, faptele de gravitate mică sunt definite ca fiind acele fapte care au „un impact redus asupra pieţei sau care afectează o parte limitată a acesteia”.

Toate firmele, la un loc, afectate de înţelegere, au o cotă de piaţă care se situează sub 1% din piaţa, astfel că fapta, ca atare, nu poate fi încadrată decât la fapte de gravitate mică.

În consecinţă, fapta presupus comisă de societate se încadrează în categoria faptelor de mica gravitate şi, drept urmare, ar urma să fie sancţionată cu o amendă în cuantum de la 0.6% la 2%. Păstrând aceeaşi individualizare a sancţiunii, si anume către minim, aşa cum a procedat Consiliul Concurentei, ar trebui ca sancţiunea aplicata sa fie de 0.6% din cifra de afaceri.

Reclamanta susţine că, având în vedere cifra de afaceri realizată pe anul 2010 de 736.724 lei, cuantumul amenzii trebuia sa fie de 3.683, 62 lei (736.724 x 0.6% – circumstanţe atenuante).

În concluzie, în situaţia în care se apreciază că au fost

încălcate totuşi dispoziţiile art. 5 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 21/1996, se impune a se constata că, în cauză, sunt aplicabile prevederile art. 51 alin. (3) din lege si, văzând conceptul politicii de clemenţă definit de Consiliul Concurentei, societatea urmează sa fie absolvita integral de amenda contravenţionala aplicată.

2. Hotărârea instanţei de fond

Curtea de Apel Bucureşti, Secţia a VIII-a de contencios administrativ şi fiscal, prin sentinţa civilă nr. 7172 din 18 decembrie 2012, a respins acţiunea formulată de reclamanta SC S.A. SRL în contradictoriu cu pârâtul Consiliul Concurenţei, ca neîntemeiată.

Pentru a pronunţa această soluţie, instanţă de fond a reţinut, în esenţă, că decizia atacată cuprinde descrierea faptei contravenţionale (capitolul IV intitulat „Acte şi fapte constatate", de la paragraful nr.(51) până la paragraful (88), criticile reclamantei nefiind fondate.

Cu privire la fapta contravenţională reţinută în sarcina reclamantei instanţa de fond a constatat că nu se poate reţine că preţul prevăzut în Anexa nr. 2 la contractul nr. 9 din 28 mai 2010 a fost unul de recomandare în condiţiile în care nerespectarea acestuia dădea naşterii dreptului vânzătorului „de a refuza a onora alte comenzi ale cumpărătorului".

Instanţa de fond a constatat că înţelegerea respectivă a avut ca obiect stabilirea preţului, fiind o încălcare „prin obiect", neavând relevanţă care au fost în concret efectele acesteia („sunt interzise orice înţelegeri între întreprinderi, decizii ale asociaţiilor de întreprinderi şi practici concertate, care au ca obiect sau au ca efect împiedicarea, restrângerea ori denaturarea concurenţei pe piaţa românească sau pe o parte a acesteia"- art. 5 alin. (1) din Legea nr. 21/1996).

Prima instanţă a reţinut că, în speţă, nu sunt incidente

prevederilor art. 5 alin. (2) şi (3) din Legea nr. 21/1996, nedovedindu-se faptul că respectiva înţelegere a contribuit la „îmbunătăţirea producţiei sau distribuţiei de mărfuri, la promovarea progresului tehnic sau economic, asigurând, în acelaşi timp, consumatorilor un avantaj corespunzător celui realizat de părţile la respectiva înţelegere, decizie ori practică concertată”).

Limitele prevăzute la art. 8 alin. (1) din Legea nr. 21/1996 nu sunt aplicabile înţelegerilor care, în mod direct sau indirect, au ca obiect fixarea preturile de vânzare a produselor către terţi.

Instanţa de fond a constatat că împrejurarea invocată prin acţiune cu privire la lipsa unei structuri de personal de specialitate economică sau juridică nu poate constitui un element exonerator de răspundere.

De asemenea, a constatat că individualizarea sancţiunii s-a realizat potrivit dispoziţiilor art. 51 şi 52 din lege şi Instrucţiunilor privind individualizarea sancţiunilor pentru contravenţiile prevăzute la art.51 din Legea concurenţei nr.21/1996, emise de către Consiliul Concurenţei, aprobate prin Ordinul nr. 420/2010.

Instanţa de fond a apreciat că, în mod corect, pârâtul a reţinut că fapta părţilor contractante intră în categoria restricţionărilor grave ale concurenţei, interzise „per se” de legislaţia de concurenţă, punând în pericol concurenţa şi aplicarea liberă a principiului economiei de piaţă, privind jocul liber cerere-oferta, afectând interesul cumpărătorului final. Având în vedere natura faptei săvârşite, nu se poate concluziona că aceasta este de o gravitate mică.

Reclamantei i-a fost aplicată o amendă în cuantum de 2,3% din cifra de afaceri (procentul de 2% fiind cel maxim pentru faptele de gravitate mică şi respectiv cel minim pentru cele de gravitate medie, conform Ordinului nr. 420/2010).

Prin Decizie nu s-a dispus aplicarea unui cuantum adiţional de 65%, ci a unui cuantum adiţional cuprins între 0 şi 65%, în funcţie de durata concretă a încălcării în cazul fiecărui participant.

Referitor la dispoziţii din Ordinul nr. 420/2010, astfel cum a fost modificat prin Ordinul nr.898/2011 invocate de reclamantă prin acţiune, instanţa de fond a constatat că aceste dispoziţii au intrat în vigoare la 29.12.2011, după emiterea deciziei contestate (27.12.2011).

3. Motivele de recurs înfăţişate de reclamantă

Împotriva sentinţei Curţii de apel a formulat recurs, în termen legal reclamanta SC S.A. SRL Ploieşti, invocând dispoziţiile art. 304 pct. 6, 7, 8 şi 9 şi art. 304^1 C. proc. civ.

Recurenta critică modul în care instanţa de fond a interpretat dispoziţiile art. 36 alin. 4 din Legea nr. 21/1996 care se referă la comunicarea copiei certificate a ordinului de abilitare a inspectorilor de concurenţă cu puteri de inspecţie ce au fost introduse prin O.U.G. nr. 75/6.07.2010, act normativ ulterior emiterii Ordinului nr. 477/17.12.2009.

Se arată că instanţa de fond s-a limitat să observe anterioritatea emiterii Ordinului nr. 477/2009 fără însă să supună analizei esenţa susținerilor sale cu privire la comunicarea ordinelor emise de Consiliul Concurenţei şi a efectelor pe care această comunicare le produce. Susţine recurenta că nu a avut cunoştinţă de niciunul dintre ordinele emise de Consiliul Concurenței privind declanşarea, respectiv, extinderea investigaţiei ce o viza.

Mai arată recurenta că în mod greşit instanţa de fond a apreciat că decizia Consiliului Concurenţei cuprinde descrierea faptei contravenţionale, întrucât din lecturarea respectivei decizii nu rezultă împrejurările în care s-au

comis presupusele fapte, intimatul limitându-se să afirme că a încălcat dispoziţiile art. 5 alin.1 lit. a) din Legea nr. 21/1996.

O altă critică vizează concluzia judecătorului fondului în sensul că preţul prevăzut în anexă la contract nu poate fi considerat unul de recomandare, în condiţiile în care nerespectarea acestuia oferea posibilitatea vânzătorului de „a refuza, a onora alte comenzi ale cumpărătorului”.

În realitate, arată recurenta, instanţa de fond nu a fost preocupată de a interpreta termenii contractului pentru a determina efectele juridice ale acestor termeni, întrucât termenul „recomandat” trebuia înţeles în sensul său obişnuit, acela de „a sfătui, a indica, a propune” (aşa cum este definit de DEX).

Or, în aceste condiţii, „obiectul” înţelegerii îl reprezintă o „recomandare” de preţ şi o obligaţie „să nu se încalce procedurile concurenţiale”, astfel că niciuna dintre cele două categorii ale „obiectului” înţelegerii nu se încadrează în noţiunea de „obiect” definită de art. 81 CE.

În mod greşit instanţa de fond nu a analizat cererea sa privind exonerarea de răspundere, faţă de lipsa de personal angajat, de specialitate economică sau juridică.

În fine, recurenta critică şi modalitatea de individualizare a sancţiunii aplicate, arătând că judecătorul fondului a făcut constatări generice, fără să le încadreze în norme de drept, prin corelare cu situaţia de fapt.

4. Apărările intimatului Consiliul Concurenţei

Prin întâmpinarea înregistrată la data de 3.02.2014, intimatul Consiliul Concurenţei a solicitat respingerea recursului ca nefondat, răspunzând criticilor invocate de recurentă.

Intimatul a susţinut, în esenţă, că dovada înştiinţării

reclamantei cu privire la extinderea investigaţiei declanşate este depusă la dosar – adresa nr. 20/15.01.2010, la care reclamanta a formulat răspuns înregistrat sub nr. 61/10.02.2010.

De asemenea, arată intimatul, că fapta imputată reclamantei constituie o faptă ce aduce de atingere normelor de concurenţă, întrucât aceasta împreună cu celelalte contraveniente au participat la o înţelegere anticoncurenţială pe verticală, pe lanţul de distribuţie, materializată prin semnarea unor contracte ce cad sub incidenţa interdicţiei prevăzute de art. 5 alin. 1 lit. a) din Legea concurenţei nr. 21/1996.

Considerentele Înaltei Curţi asupra recursului

Examinând sentinţa atacată prin prisma criticilor recurentei, a apărărilor din întâmpinare, cât şi sub toate aspectele, conform dispoziţiilor art. 304^1 C. proc. civ., Înalta Curte constată că recursul este nefondat pentru argumentele ce vor fi expuse în continuare.

Recurenta-reclamantă a supus controlului de legalitate al instanţei de contencios administrativ Decizia nr. 99/2011 emisă de Consiliul Concurenţei, prin care s-a constatat o încălcare a dispoziţiilor art. 5 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 21/1996, republicată, de către producătorul D.P.P.I.I.S.V.T. Ltd Şirketi, importatorii SC W.C.I. SRL, SC S.A.P.D. SRL şi SC P.D.T. SRL, prin încheierea unor contracte în care preţurile de vânzare cu amănuntul către consumatorii finali din România au fost stabilite de către producătorul turc, în înţelegere cu importatorii români.

Recurenta-reclamantă SC S.A. SRL a participat la înţelegerea anticoncurenţială prin încheierea contractelor de dealer şi vânzare-cumpărare privind distribuţia de produse de parfumerie marca D&P Parfum, fiind sancţionată cu o amendă contravenţională în valoare de 16.945 lei, reprezentând 2,3%

din cifra de afaceri totală aferentă anului 2010.

Iniţial investigaţia având ca obiect posibila încălcare a dispoziţiilor art. 5 alin. 1 lit. a) din Legea nr.21/1996 a fost declanşată din oficiu, conform Ordinului Preşedintelui Consiliului Concurenţei nr. 456/2.12.2009, iar ulterior a fost extinsă la toţi distribuitorii SC S.A.P.D. SRL prin Ordinul nr.477/ 17.12.2009.

Referitor la extinderea investigaţiei dispusă prin Ordinul nr. 477/2009 al Preşedintelui Consiliului Concurenţei, recurenta-reclamantă a fost încunoştinţată prin adresa înregistrată sub nr. 20/15.01.2010, aceasta comunicând un răspuns înregistrat sub nr.61/10.02.2010.

Astfel, critica recurentei cu privire la faptul că nu a avut cunoştinţă de niciunul dintre ordinele emise de Preşedintele C.C., este nefondată.

De altfel, reclamanta a participat la audierea în faţa Plenului Consiliului Concurenţei, unde a fost prezentat raportul de investigaţie şi a avut posibilitatea să-şi exercite dreptul de apărare.

Evident, trimiterea pe care recurenta o face la dispoziţiile O.G. nr. 75/2010 privind modificările aduse art. 36 alin. 4 din Legea nr. 21/1996, este eronată, întrucât aceste dispoziţii legale reglementează situaţia inspecţiei inopinate, când inspectorul de concurenţă are obligaţia înmânării unei copii certificate a ordonanţei de inspecţie inopinată, dispoziţii legale intrate în vigoare ulterior emiterii ordinului de extindere a investigaţiei.

Nici critica referitoare la lipsa din cuprinsul Deciziei nr. 99/2011 a descrierii faptelor concrete de presupusă restrângere a concurenţei şi a împrejurărilor în care s-au comis presupusele fapte, nu poate fi reţinută de instanţa de control judiciar.

În mod corect judecătorul fondului a reţinut că decizia atacată cuprinde descrierea faptei contravenţionale [Cap.IV – Acte şi fapte constatate; paragraful nr.(51); paragraful nr.(88)].

Astfel, s-a reţinut că potrivit clauzelor contractuale inserate la pct.5 din Contractul nr. 9/28.05.2010, „reclamanta, în calitate de dealer, va folosi la vânzare/ revânzare preţurile din anexa la contract, nerespectarea acestei obligaţii având drept sancţiune rezilierea necondiţionată a contractului de dealer”.

Rezultă aşadar, că reclamanta a participat în cadrul procesului de distribuţie la înţelegerea anticoncurenţială având ca obiect stabilirea preţului produselor de parfumerie, fiind o încălcare „prin obiect”, fără a avea relevanţă existenţa sau nu a efectelor acesteia.

Fapta recurentei-reclamante intră în categoria restricţionărilor grave ale concurenţei, denumite *per se* de legislaţia de concurenţă. Mediul concurenţial a fost distorsionat în sensul că distribuitorilor, intermediarilor, revânzătorilor, li s-a restrâns libertatea de a determina singuri sau de a negocia preţurile de vânzare pe care doresc să le practice pentru produsele turceşti de parfumerie, în funcţie de costurile înregistrate de fiecare comerciant, precum şi în raport de cere şi ofertă.

Argumentul recurentei în sensul că preţul prevăzut în anexa la contract nu a fost impus ci doar recomandat, nu poate fi împărtăşit de instanţă, întrucât existenţa clauzei prevăzute la pct. 5.6. – „Vânzătorul îşi rezervă dreptul de a refuza, a onora alte comenzi ale cumpărătorului în situaţia în care nu sunt respectate preţurile prevăzute în anexa 2 a prezentului contract”, contrazice această susţinere.

Existenţa acestei sancţiuni contractuale convenite prin acordul de voinţă al părţilor contractante înlătură caracterul

de recomandare al preţului, confirmând caracterul imperativ al obligaţiei de respectare a listei de preţuri, anexă la contract.

În ceea ce priveşte neanalizarea de către instanţa de fond a cererii de absolvire de răspundere pecuniară ca urmare a aplicării unei politici de clemenţă la care face referire alin. 33 din art. 53 din Legea nr. 21/1996, Înalta Curte constată că o astfel de susţinere nu se regăseşte în cererea de chemare în judecată, pentru ca instanţa de fond să fi fost în măsură să o analizeze.

Cu privire la individualizarea sancţiunii aplicate, potrivit dispoziţiilor art. 51 alin. 1 lit. a) din Legea nr. 21/1996, încălcarea prevederilor art.5 alin.1 se sancţionează cu o amendă de 0,5% până la 10% din cifra de afaceri totală, realizată de întreprinderile implicate, în anul anterior sancţionării pentru faptele săvârşite.

Fiind în prezenţa unei înţelegeri cu privire la preţul de vânzare, fapta săvârşită de reclamantă intră în categoria restricţionărilor grave ale concurenţei, interzise „*per se*” de legislaţia în domeniu şi astfel nu poate fi încadrată în categoria celor de gravitate mică, pentru care se aplică o amendă în procent de 2% până la 4% din cifra de afaceri totală realizată în anul financiar anterior sancţionării .

Individualizarea sancţiunii s-a realizat în conformitate cu dispoziţiile art. 51, 52 din lege şi ale Instrucţiunilor privind individualizarea sancţiunilor pentru contravenţiile emise de Consiliul Concurenţei, aprobate prin Ordinul nr.420/2010.

Legat de durata încălcării ce trebuie luată în considerare pentru a distinge între încălcările de lungă durată şi cele de scurtă durată (mai puţin de 1 an), recurenta susţine că a încheiat două contracte a căror derulare s-a situat sub perioada de 1 an, astfel că în cauză nu trebuie să se aplice

nici un cuantum adiţional conform Ordinului nr.420/2010.

Înalta Curte reţine că durata încălcării a fost stabilită în mod corect în raport de durata contractelor încheiate de reclamantă, aceasta situându-se peste pragul de 1 an, prin încheierea de contracte succesive (contracte de dealer nr.103/ 4.01.2010, de vânzare-cumpărare nr.009/ 28.05.2010 şi nr.58/3.01.2011), ceea ce a condus la aplicarea unui spor al amenzii corespunzător criteriului încălcării de durată medie.

Pentru considerentele expuse anterior, constatând că nu există motive pentru anularea actului administrativ atacat, prin care s-a constatat încălcarea prevederilor art.5 alin.1 lit.a) din Legea nr.21/ 1996 de către reclamantă şi i-a fost aplicată o amendă în sumă de 16.945 lei, reprezentând 2,3% din cifra de afaceri totală aferentă anului 2010, în temeiul art. 312 alin. 1 C. proc. civ., a fost respins recursul ca nefondat.