

ICCJ – Fixarea prețurilor de vânzare a produselor către terți. Aprecierea gravității faptei anticoncurențiale ca element de individualizare a sancțiunii aplicate

Legislație relevantă:

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

Stabilirea de către producător, în conținutul contractelor de dealer și de vânzare-cumpărare privind distribuția produselor proprii, a unor sancțiuni privitoare la nerespectarea listei de prețuri convenite cu societățile distribuitoare, înlătură posibilitatea aprecierii acestor prețuri ca având un caracter de recomandare, astfel încât este corectă calificarea acestei fapte drept o înțelegere anticoncurențială pe verticală, ce cade sub incidența interdicției prevăzute de dispozițiile art. 5 alin. (1) lit. a) din Legea concurenței nr. 21/1996.

Prin restrângerea libertății intermediarilor de a determina singuri sau de a negocia prețurile de vânzare pentru respectivele produse în funcție de costurile înregistrate de fiecare comerciant și prin raportare la cerere și ofertă, această faptă intră în categoria restricționărilor grave ale concurenței, interzise „per se” de legislația 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 sancționării.

Decizia nr. 1472 din 21 martie 2014

Prin acțiunea înregistrată pe rolul Curții de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, reclamanta SC S.A. SRL, în contradictoriu cu pârâtul Consiliul Concurenței, a solicitat anularea deciziei nr. 99/27.12.2011 emise de acesta.

În motivarea cererii, reclamanta a arătat, în esență, că pârâtul Consiliul Concurenței a făcut o greșită aplicare a prevederilor Ordinului nr. 420/2010, modificat prin Ordinul nr. 898/2011 privind individualizarea sancțiunii, respectiv a încadrat fapta la nivelul mediu de gravitate în loc de nivelul mic; a aplicat, în mod nelegal, o majorare la amenda aplicată, pentru realizarea efectului preventiv al sancțiunii și nu a făcut aplicarea nici unei circumstanțe atenuante, deși în cauză erau incidente mai multe astfel de circumstanțe.

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

Astfel, în Decizia nr. 99/2011 sunt menționate numai Ordinul Președintelui Consiliului Concurenței nr. 456 din 02 decembrie 2009 privind declanșarea investigației și Ordinul nr. 477 din 17 decembrie 2009 prin care a fost extinsă investigația la toți distribuitorii SC S.A.P.D. SRL, însă din raportul investigației rezultă că au fost emise mai multe ordine, prin care investigația a fost extinsă și la alte societăți comerciale, dar societatea reclamantă nu a avut niciodată cunoștința despre existența niciunui dintre aceste ordine.

Or, potrivit dispozițiilor art. 36 alin. (4) și alin. (6) din Legea nr. 21/1996, obligația de informare a persoanei supuse investigației este imperativă și de la acest text de lege nu se poate deroga. Această normă de drept a fost instituită în beneficiul întreprinderii, care trebuie să fie informată cu

privire la declanșarea investigației, pentru ca aceasta să aibă posibilitatea propunerii unor angajamente Consiliului Concurenței, în scopul înlăturării situației care a condus la declanșarea investigației, după cum rezulta din prevederile art. 462 alin. (1) din Legea nr. 21/1996.

Reclamanta a susținut că Decizia nr. 99/2011 este de asemenea supusă nulității, pentru încălcarea prevederilor art. 15 din Ordinul nr. 668 din 19 august 2011 pentru punerea în aplicare a Regulamentului privind constatarea contravențiilor și aplicarea sancțiunilor de către Consiliul Concurenței și ale art. 16 din O.U.G. nr. 2/2001, respectiv Consiliul Concurenței nu a indicat faptele concrete de restrângere ale concurenței și nu a făcut dovada existenței unui presupus raport de concurență între anumite firme din lanțul de la producător la consumator, nefiind răsturnată nici prezumția de nevinovăție a reclamantei.

Pe fond, reclamanta a arătat că, în cauză, nu este vorba despre o înțelegere sau o practică concertată și, ca o consecință, nu poate exista obiectul împiedicării, restrângerii sau denaturării concurenței pe piață.

Din raportul de investigare și din actele care au stat la baza fundamentării acestuia rezultă, în mod indubitabil, că prețul la vânzare nu a fost impus societății, ci numai i s-a recomandat. Or, între termenul impus – care semnifică o obligație imperativă – și termenul de recomandare – care are caracter facultativ – este o diferență de natură și forță juridică, care nu lasă locul unei confuzii între acești termeni.

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

Reclamanta a susținut că din datele deținute inclusiv de

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

Consiliul Concurenței a făcut o greșită aplicare a prevederilor art. 52 alin. (1) din Legea nr. 21/1996 și a Ordinului nr. 420/2010, modificat prin Ordinul nr. 898/2011, privind individualizarea sancțiunii și nu a ținut cont de criteriile concrete stabilite în acest ordin și, drept urmare, a încadrat fapta la nivelul mediu de gravitate, astfel încât s-a încadrat în cuantumul de 2% la 4%, de sancțiune, 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 dispozițiilor Ordinului 420/2010, faptele de gravitate mică sunt definite ca fiind acele fapte care au „un impact redus asupra pieței sau care afectează o parte limitată a acesteia”.

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

În consecință, fapta presupus comisă de societate se încadrează în categoria faptelor de mică gravitate și, drept urmare, ar urma să fie sancționată cu o amendă în cuantum de la 0.6% la 2%. Păstrând aceeași individualizare a sancțiunii, și anume către minim, așa cum a procedat Consiliul Concurenței, ar trebui ca sancțiunea aplicată să fie de 0.6% din cifra de afaceri.

Reclamanta susține că, având în vedere cifra de afaceri realizată pe anul 2010 de 736.724 lei, cuantumul amenzii trebuia să fie de 3.683, 62 lei ($736.724 \times 0.6\%$ – circumstanțe atenuante).

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

încălcate totuși dispozițiile 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 și, văzând conceptul politicii de clemență definit de Consiliul Concurenței, societatea urmează să fie absolvită integral de amenda contravențională aplicată.

2. Hotărârea instanței de fond

Curtea de Apel București, Secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, prin sentința civilă nr. 7172 din 18 decembrie 2012, a respins acțiunea formulată de reclamanta SC S.A. SRL în contradictoriu cu pârâtul Consiliul Concurenței, ca neîntemeiată.

Pentru a pronunța această soluție, instanță de fond a reținut, în esență, că decizia atacată cuprinde descrierea faptei contravenționale (capitolul IV intitulat „Acte și fapte constatate”, de la paragraful nr.(51) până la paragraful (88), criticile reclamantei nefiind fondate.

Cu privire la fapta contravențională reținută în sarcina reclamantei instanța de fond a constatat că nu se poate reține că prețul prevăzut în Anexa nr. 2 la contractul nr. 9 din 28 mai 2010 a fost unul de recomandare în condițiile în care nerespectarea acestuia dădea nașterii dreptului vânzătorului „de a refuza a onora alte comenzi ale cumpărătorului”.

Instanța de fond a constatat că înțelegerea respectivă a avut ca obiect stabilirea prețului, fiind o încălcare „prin obiect”, neavând relevanță care au fost în concret efectele acesteia („sunt interzise orice înțelegeri între întreprinderi, decizii ale asociațiilor de întreprinderi și practici concertate, care au ca obiect sau au ca efect împiedicarea, restrângerea ori denaturarea concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia”- art. 5 alin. (1) din Legea nr. 21/1996).

Prima instanță a reținut că, în speță, nu sunt incidente

prevederilor art. 5 alin. (2) și (3) din Legea nr. 21/1996, nedovedindu-se faptul că respectiva înțelegere a contribuit la „îmbunătățirea producției sau distribuției de mărfuri, la promovarea progresului tehnic sau economic, asigurând, în același timp, consumatorilor un avantaj corespunzător celui realizat de părțile la respectiva înțelegere, decizie ori practică concertată”).

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

Instanța de fond a constatat că împrejurarea invocată prin acțiune 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 sancțiunii s-a realizat potrivit dispozițiilor art. 51 și 52 din lege și Instrucțiunilor privind individualizarea sancțiunilor pentru contravențiile prevăzute la art.51 din Legea concurenței nr.21/1996, emise de către Consiliul Concurenței, aprobate prin Ordinul nr. 420/2010.

Instanța de fond a apreciat că, în mod corect, pârâtul a reținut că fapta părților contractante intră în categoria restricționărilor grave ale concurenței, interzise „per se” de legislația de concurență, punând în pericol concurența și aplicarea liberă a principiului economiei de piață, privind jocul liber cerere-oferta, afectând interesul cumpărătorului final. Având în vedere natura faptei săvârșite, 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 și respectiv cel minim pentru cele de gravitate medie, conform Ordinului nr. 420/2010).

Prin Decizie nu s-a dispus aplicarea unui quantum adițional de 65%, ci a unui quantum adițional cuprins între 0 și 65%, în funcție de durata concretă a încălcării în cazul fiecărui participant.

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

3. Motivele de recurs înfățișate de reclamantă

Împotriva sentinței Curții de apel a formulat recurs, în termen legal reclamanta SC S.A. SRL Ploiești, invocând dispozițiile art. 304 pct. 6, 7, 8 și 9 și art. 304¹ C. proc. civ.

Recurenta critică modul în care instanța de fond a interpretat dispozițiile art. 36 alin. 4 din Legea nr. 21/1996 care se referă la comunicarea copiei certificate a ordinului de abilitare a inspectorilor de concurență cu puteri de inspecție 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 instanța de fond s-a limitat să observe anterioritatea emiterii Ordinului nr. 477/2009 fără însă să supună analizei esența susținerilor sale cu privire la comunicarea ordinelor emise de Consiliul Concurenței și a efectelor pe care această comunicare le produce. Susține recurenta că nu a avut cunoștință de niciunul dintre ordinele emise de Consiliul Concurenței privind declanșarea, respectiv, extinderea investigației ce o viza.

Mai arată recurenta că în mod greșit instanța de fond a apreciat că decizia Consiliului Concurenței cuprinde descrierea faptei contravenționale, întrucât din lecturarea respectivei decizii nu rezultă împrejurările în care s-au

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

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

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

Or, în aceste condiții, „obiectul” înțelegerii îl reprezintă o „recomandare” de preț și o obligație „să nu se încalce procedurile concurențiale”, astfel că niciuna dintre cele două categorii ale „obiectului” înțelegerii nu se încadrează în noțiunea de „obiect” definită de art. 81 CE.

În mod greșit instanța de fond nu a analizat cererea sa privind exonerarea de răspundere, față de lipsa de personal angajat, de specialitate economică sau juridică.

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

4. Apărările intimatului Consiliul Concurenței

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

Intimatul a susținut, în esență, că dovada înștiințării

reclamantei cu privire la extinderea investigației declanșate 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 concurență, întrucât aceasta împreună cu celelalte contraveniente au participat la o înțelegere anticoncurențială pe verticală, pe lanțul de distribuție, materializată prin semnarea unor contracte ce cad sub incidența interdicției prevăzute de art. 5 alin. 1 lit. a) din Legea concurenței nr. 21/1996.

Considerentele Înaltei Curți asupra recursului

Examinând sentința atacată prin prisma criticilor recurente, a apărărilor din întâmpinare, cât și sub toate aspectele, conform dispozițiilor art. 304¹ 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 instanței de contencios administrativ Decizia nr. 99/2011 emisă de Consiliul Concurenței, prin care s-a constatat o încălcare a dispozițiilor 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 și SC P.D.T. SRL, prin încheierea unor contracte în care prețurile de vânzare cu amănuntul către consumatorii finali din România au fost stabilite de către producătorul turc, în înțelegere cu importatorii români.

Recurenta-reclamantă SC S.A. SRL a participat la înțelegerea anticoncurențială prin încheierea contractelor de dealer și vânzare-cumpărare privind distribuția de produse de parfumerie marca D&P Parfum, fiind sancționată cu o amendă contravențională în valoare de 16.945 lei, reprezentând 2,3%

din cifra de afaceri totală aferentă anului 2010.

Inițial investigația având ca obiect posibila încălcare a dispozițiilor art. 5 alin. 1 lit. a) din Legea nr.21/1996 a fost declanșată din oficiu, conform Ordinului Președintelui Consiliului Concurenței nr. 456/2.12.2009, iar ulterior a fost extinsă la toți distribuitorii SC S.A.P.D. SRL prin Ordinul nr.477/ 17.12.2009.

Referitor la extinderea investigației dispusă prin Ordinul nr. 477/2009 al Președintelui Consiliului Concurenței, recurenta-reclamantă a fost încunoștințată prin adresa înregistrată sub nr. 20/15.01.2010, aceasta comunicând un răspuns înregistrat sub nr.61/10.02.2010.

Astfel, critica recurenteii cu privire la faptul că nu a avut cunoștință de niciunul dintre ordinele emise de Președintele C.C., este nefondată.

De altfel, reclamanta a participat la audierea în fața Plenului Consiliului Concurenței, unde a fost prezentat raportul de investigație și a avut posibilitatea să-și exercite dreptul de apărare.

Evident, trimiterea pe care recurenta o face la dispozițiile O.G. nr. 75/2010 privind modificările aduse art. 36 alin. 4 din Legea nr. 21/1996, este eronată, întrucât aceste dispoziții legale reglementează situația inspecției inopinate, când inspectorul de concurență are obligația înmânării unei copii certificate a ordonanței de inspecție inopinate, dispoziții legale intrate în vigoare ulterior emiterii ordinului de extindere a investigației.

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

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

Astfel, s-a reținut 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 prețurile din anexa la contract, nerespectarea acestei obligații având drept sancțiune rezilierea necondiționată a contractului de dealer”.

Rezultă așadar, că reclamanta a participat în cadrul procesului de distribuție la înțelegerea anticoncurențială având ca obiect stabilirea prețului produselor de parfumerie, fiind o încălcare „prin obiect”, fără a avea relevanță existența sau nu a efectelor acesteia.

Fapta recurente-reclamante intră în categoria restricționărilor grave ale concurenței, denumite *per se* de legislația de concurență. Mediul concurențial a fost distorsionat în sensul că distribuitorilor, intermediarilor, revânzătorilor, li s-a restrâns libertatea de a determina singuri sau de a negocia prețurile de vânzare pe care doresc să le practice pentru produsele turcești de parfumerie, în funcție de costurile înregistrate de fiecare comerciant, precum și în raport de cere și ofertă.

Argumentul recurente în sensul că prețul prevăzut în anexa la contract nu a fost impus ci doar recomandat, nu poate fi împărtășit de instanță, întrucât existența clauzei prevăzute la pct. 5.6. – „Vânzătorul își rezervă dreptul de a refuza, a onora alte comenzi ale cumpărătorului în situația în care nu sunt respectate prețurile prevăzute în anexa 2 a prezentului contract”, contrazice această susținere.

Existența acestei sancțiuni contractuale convenite prin acordul de voință al părților contractante înlătură caracterul

de recomandare al prețului, confirmând caracterul imperativ al obligației de respectare a listei de prețuri, anexă la contract.

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

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

Fiind în prezența unei înțelegeri cu privire la prețul de vânzare, fapta săvârșită de reclamantă intră în categoria restricționărilor grave ale concurenței, interzise „per se” de legislația în domeniu și 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 sancționării .

Individualizarea sancțiunii s-a realizat în conformitate cu dispozițiile art. 51, 52 din lege și ale Instrucțiunilor privind individualizarea sancțiunilor pentru contravențiile emise de Consiliul Concurenței, aprobate prin Ordinul nr.420/2010.

Legat de durata încălcării ce trebuie luată în considerare pentru a distinge între încălcările de lungă durată și cele de scurtă durată (mai puțin de 1 an), recurenta susține 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 quantum adițional conform Ordinului nr.420/2010.

Înalta Curte reține 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 și 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 și 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.