

Decizia nr. 2067/2016
R O M Â N I A
ÎNALTA CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE
Secția de Contencios Administrativ și Fiscal
Ședința publică de la 22 iunie 2016

Asupra recursului de față,

Din examinarea lucrărilor din dosar a constatat următoarele:

I. Circumstanțele cauzei

1. Cadrul procesual

Prin acțiunea înregistrată la data de 26 martie 2012 pe rolul Curții de Apel București, secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, reclamanta SC A. SRL, în contradictoriu cu pârâtul Consiliul Concurenței, a solicitat: anularea Deciziei nr. 98/27 decembrie 2011 emisă de pârât, să se constate că nu datorează suma de 7.252.589 RON stabilită cu titlul de amendă, iar în subsidiar, a solicitat anularea Deciziei nr. 98/2011 având în vedere că pârâtul trebuia să urmeze și să finalizeze procedura de acceptare a angajamentelor propuse de A. în temeiul art. 46² din Legea concurenței nr. 21/1996, prin emiterea unei decizii de acceptare a angajamentelor propuse și de închidere a investigației, fără dispunerea altor sancțiuni și, pe cale de consecință, să fie obligat pârâtul să emită o decizie de acceptare a angajamentelor propuse de A. În al doilea subsidiar, în măsura în care nu se dispunea măsura anulării Deciziei nr. 98 din 27 decembrie 2011, reclamanta a solicitat să se constate că pârâtul a efectuat o greșită calculare și individualizare a sancțiunii aplicate societății în raport de situația de fapt și de prevederile legale și să dispună reducerea acestei sancțiuni pentru a reflecta în mod corect circumstanțele situației de fapt. Reclamanta a solicitat aplicarea inclusiv a circumstanțelor atenuante prevăzute de Cap. III lit. C) pct. 1 lit. b¹) din Instrucțiunile privind individualizarea sancțiunilor pentru contravențiile prevăzute la art. 51 din Legea concurenței nr. 21/1996, ca reprezentând legea contravențională mai favorabilă.

2. Hotărârea primei instanțe

Prin Sentința civilă nr. 6808 din 28 noiembrie 2012, Curtea de Apel București a respins acțiunea reclamantei, ca neîntemeiată.

3. Recursul declarat de reclamanta SC A. SRL împotriva hotărârii primei instanțe și hotărârea instanței de recurs

Împotriva hotărârii menționate la pct. 2 a declarat recurs reclamanta SC A. SRL

Prin Decizia nr. 7396 din 21 noiembrie 2013, Înalta Curte de Casație și Justiție, secția contencios administrativ și fiscal a admis recursul, a casat sentința și a trimis cauza spre rejudecare la aceeași instanță, reținând, în esență, aspectele arătate în continuare.

Prima instanță a omis să se pronunțe asupra motivului invocat de către reclamantă privind neacordarea circumstanțelor atenuante prevăzute în modificarea Instrucțiunilor privind individualizarea sancțiunilor pentru contravențiile prevăzute de art. 51 din Legea nr. 21/1996, publicate în M. Of. al României, Partea I, nr. 932 din 29 decembrie 2011, precizate în Secțiunea V.6 a cererii de chemare în judecată, iar analiza acestui capăt de cerere, în ipoteza în care Consiliul Concurenței nu a făcut-o în momentul emiterii actului contestat, ar putea conduce la aplicarea de drept a unei circumstanțe favorabile.

Prima instanță nu s-a pronunțat nici în privința celorlalte circumstanțe atenuante invocate de reclamantă referitoare la lipsa unui efect substanțial asupra concurenței și comerțului din UE și România și buna-credință, pronunțându-se doar asupra circumstanțelor atenuante constând în încetarea încălcării și colaborarea cu pârâta în cadrul procedurii, fără a aminti în cuprinsul hotărârii în niciun mod celelalte aspecte invocate.

4. Derularea procedurii judiciare și hotărârea instanței de rejudecare

Cauza a fost reînregistrată pe rolul Curții de Apel București la data de 22 septembrie 2014, sub nr. x/2/2012*.

Prin cererea formulată la data de 12 noiembrie 2014, reclamanta a modificat acțiunea inițială, solicitând:

- în principal, anularea Deciziei nr. 98 din 27 decembrie 2011 în integralitate, având în vedere lipsa faptei anticoncurențiale imputabile;
- în primul subsidiar, anularea Deciziei nr. 98 din 27 decembrie 2011 în integralitate având în vedere lipsa vinovăției;
- în al doilea subsidiar, anularea Deciziei nr. 98 din 27 decembrie 2011 în integralitate având în vedere necesitatea de a sancționa astfel refuzul nejustificat al Consiliului Concurenței de a lua în considerare angajamentele propuse de reclamanta;
- în al treilea subsidiar, anularea parțială a Deciziei nr. 98 din 27 decembrie 2011, în sensul reducerii amenzii aplicate ca urmare a: 1. reducerii nivelului de bază al amenzii cu până la 25%, având în vedere necesitatea reținerii circumstanței atenuante prevăzută de legea mai favorabilă, și anume de Capitolul III lit. C pct. 1 lit. b¹) din Instrucțiunile privind amenzile; 2. aplicării principiului proporționalității ce impune aplicarea nivelului de bază al amenzii doar la valoarea cifrei de afaceri obținută ilicit, adică pe piețele pe care a avut loc încălcarea (adică la valoarea de 42.123.199 RON, reprezentând cifra de afaceri a diviziei A.), și nu la valoarea cifrei de afaceri (239.755.012 RON) obținute de subscrisa din întreaga sa activitate, ca urmare a aplicării principiului proporționalității; 3. stabilirii nivelului de bază al amenzii la o valoare cuprinsă între 0,6% - 2% din cifra de afaceri având în vedere necesitatea recalificării de către instanță ca fapte de gravitate mică, și nu medie așa cum a reținut Consiliul atunci când a stabilit nivelul de bază al amenzii la 2,6%; 4. eliminării procentului suplimentar de 10%, ca urmare a recalificării de către instanță a duratei faptelor ca fiind mică, în loc de medie, cum a stabilit Consiliul atunci când a

adăugat procentul suplimentar a cărui eliminare se solicită; 5. reducerii amenzii cu 10%, ca urmare a înlăturării de către instanță a circumstanței agravante greșit reținute de Consiliul Concurenței (rolul A. de inițiator al încălcării); 6. reducerii amenzii cu 10%, ca urmare a aplicării de către instanță a circumstanței atenuante constând în aceea că reclamanta a pus capăt încetării imediat ce Consiliul Concurenței a început investigația; 7. reducerii amenzii cu 10%, ca urmare a aplicării de către instanță a circumstanței atenuante constând în ceea ce subscrisa a fost de bună credință și a cooperat cu Consiliul pe durata investigației; 8. reducerii amenzii cu 10%, ca urmare a aplicării de către instanță a circumstanței atenuante constând în aceea că faptele sancționate nu au avut un efect substanțial asupra concurenței sau comerțului din România sau Uniunea Europeană”.

În privința acestei cereri, instanța a invocat din oficiu excepția tardivității formulării și, prin Încheierea din 24 februarie 2015, a constatat că reclamanta este decăzută din dreptul de a solicita modificarea acțiunii și din dreptul de a invoca dovezile propuse la acest termen, respectiv proba cu înscrisuri și proba cu un martor, acestea nefiind propuse în condițiile art. 138 C. proc. civ.

Prin Sentința civilă nr. 743 din 17 martie 2015, Curtea de Apel București, secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal a respins, ca neîntemeiată, acțiunea formulată de reclamanta SC A. SRL, pentru considerentele arătate în continuare.

Prin Decizia nr. 98 din 27 decembrie 2011, Consiliul Concurenței a decis următoarele:

- a constatat încălcarea art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare, și a art. 101 alin. (1) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, de către SC A. SRL și distribuitorii acestuia, SC B. SRL, SC C. SRL, SC D. SRL, SC E. SA, SC F. DCI SA și SC G. SRL, prin încheierea unor înțelegeri anticoncurențiale având ca obiect și ca efect restrângerea concurenței prin izolarea pieței românești și împiedicarea comerțului cu produse A. în alte piețe, inclusiv în cadrul pieței comune;

- în baza art. 45 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 21/1996, a dispus încetarea încălcării art. 5 din lege, prin eliminarea clauzei privind interzicerea exporturilor, sub forma vânzărilor pasive de Produse A. din contractele încheiate între A. (producător) și C., D., E., F. și G. (distribuitori), în măsura în care părțile nu au procedat deja la modificarea în acest sens a contractelor de distribuție. De asemenea, s-a dispus încetarea încălcării prin eliminarea clauzei privind interzicerea exporturilor din contractul încheiat între A. (producător) și E. (distribuitor), întrucât această clauză încalcă art. 101 din TFUE.

- în temeiul art. 51 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 21/1996, a sancționat reclamanta SC A. SRL, pentru încălcarea art. 5 alin. (1) din Legea nr. 21/1996 și a art. 101 alin. (1) din TFUE, cu amendă în cuantum de 7.252.589 RON, reprezentând 3,025% din cifra de afaceri realizată în anul 2010.

A reținut prima instanță că paragrafele relevante cu privire la actele și faptele constatate de Consiliul Concurenței sunt cele de la punctele 151 - 156, 158, 335 - 336, 345 - 346 din Decizia nr. 98 din 27 decembrie 2011.

A. În ceea ce privește susținerile reclamantei referitoare la lipsa faptei anticoncurențiale

A.I. Referitor la clauza contractuală privind importurile de produse A., Curtea de apel a reținut, în esență, că prin clauzele inserate la punctele 3.2.6 și 6.2 din contract, s-a instituit obligația distribuitorilor de a nu importa produse contrafăcute și de a nu face astfel concurență neloială prin mărci împotriva intereselor A., scopul introducerii clauzei de achiziție exclusivă fiind acela de a restrânge importurile paralele.

În privința lipsei de atractivitate a produselor A. la import, susținută de reclamantă, instanța a reținut că nu se confirmă, pentru următoarele argumente: activitatea de import paralel de medicamente are la bază diferențele de preț existente între prețul din statul în care se importă și cel din statul din care se exportă; prin urmare, pentru ca un produs să fie atractiv a fi importat în România, ar trebui ca prețul său în România să fie mai mare decât cel din țara din care se exportă; în speță, Consiliul Concurenței a constatat, chiar dintr-un document ridicat de la reclamanta cu ocazia unei inspecții inopinate la sediul acesteia, că prețurile practicate în anul 2009 în România pentru unele produse A. erau cu până la 25% mai mari față de target-ul minim european (Bepanthen unguent 5% 30 gr, Bepanthen unguent 5% 100 gr, Bepanthen crema 5% 30 gr, Canesten crema 20 gr).

Referitor la criticile reclamantei în sensul că pârâta s-a raportat la prețul prognozat la nivel european, iar nu la prețul real al produselor A. din alte state, instanța a reținut că acestea sunt chiar datele folosite de către reclamantă pentru a monitoriza activitatea de comerț paralel în scopul asigurării unei reacții corecte față de comerțul paralel cu produsele sale, conform propriilor afirmații ale A., iar, în considerarea acestor date, a și înțeles să insereze clauza respectivă în contractele încheiate cu distribuitori. De altfel, chiar studiul IMS Health, depus odată cu cererea de chemare în judecată, confirmă disponibilitatea comerțului paralel pentru produsele anterior menționate.

Atractivitatea produselor la import este confirmată de faptul că atât D., printr-o firmă satelit (K.), cât și SC H. au depus 4, respectiv 6 cereri pentru obținerea autorizațiilor necesare importului paralel al produselor A., fiind evident că numai în ipoteza în care există atractivitate la import a produselor respective este justificat demersul societăților comerciale menționate ar fi justificat necesitatea unui atare demers.

Referitor la apărarea reclamantei în sensul neatractivității produselor la import din cauza costurilor specifice, precum acela reprezentat de procedura de reambalare, Curtea de apel a reținut că o atare procedură nu era necesară, fiind posibilă doar reetichetarea medicamentelor A. De altfel, conform declarațiilor reprezentanților H., în ipoteza reambalării, costurile sunt relativ scăzute.

În plus, instanța de fond a reținut că încheierea contractelor de distribuție care conțin clauzele analizate a avut loc tocmai în contextul în care, în decembrie 2008, a fost emis Ordinul ministrului sănătății nr. 1962/2008, act normativ care facilita posibilitatea distribuitorilor de a importa aceste medicamente. Or, încă din decembrie 2007, reclamanta aprecia că „unul din

riscurile extinderii sistemului de distribuție era reprezentat de creșterea importurilor/exporturilor paralele”, conform documentului intitulat „BCC Logistică și Distribuție în România”, ridicat de Consiliul Concurenței cu ocazia inspecției inopinate ce a avut loc la sediul reclamantei.

Pentru aceste considerente, Curtea de apel a apreciat ca fiind judicioasă concluzia Consiliului Concurenței în sensul că, prin introducerea clauzelor 3.2.6 și 6.2 în contractele de distribuție încheiate de reclamantă cu distribuitorii săi a fost restricționată concurența intra-marcă pe o piață semnificativă a pieței cel puțin în ceea ce privește produsele Bepanthen, pe piața emolienților și agenților protectori din care face parte produsul menționat, A. deținând o cotă de piață de peste 70% în perioada 2007 - 2009.

A.II. În ceea ce privește clauza contractuală privind exporturile de produse A.

A.II.a) Clauza privind interzicerea atât a exporturilor active de produse A., cât și a celor pasive, este prevăzută la art. 3.2.7 din contractele încheiate de A. cu cinci din cei șase distribuitori, respectiv E., F., G., C. și D. În ceea ce privește contractul cu, acesta prevede la art. 3.2.7. doar interzicerea exporturilor active de produse A.

Reclamanta a susținut că această clauză privește exclusiv exporturile din afara Spațiului Economic European și nu restricționează concurența prin obiect sau efect.

Din analiza acestei clauze contractuale, prima instanță a reținut, în esență, că noțiunea de „export” folosită în cuprinsul acestei prevederi contractuale privea livrările de produse A. atât în Uniunea Europeană, cât și în afara Uniunii Europene, scopul unei atare prevederi constând în restrângerea concurenței, conform art. 5 alin. (1) din Legea nr. 21/1996.

A.II.b) Referitor la susținerile reclamantei în sensul lipsei de atractivitate la export a produselor A., Curtea de apel a reținut că acestea nu pot fi primite.

A reținut instanța că pârâtul a demonstrat în cuprinsul deciziei atacate (pct. 299), pe baza analizei comparative de prețuri că, cel puțin pentru patru produse A., respectiv Aspirin, Elevit, Rennie și Supradyn, prețurile în România erau cu până la 30% mai mici față de target-ul minim european, concluzionând în mod judicios că acestea sunt atractive la export.

Critica reclamantei referitoare la împrejurarea că pârâtul s-a raportat la target-ul minim european nu poate fi primită, cât timp aceste date emană chiar de la societate, iar, pe baza lor, A. lua propriile decizii de afaceri, precum aceea de a crește nivelul prețurilor pentru unele produse considerate a avea un preț prea mic în România (de exemplu, pentru Aspirin), ceea ce le făcea atractive pentru comerțul paralel (pct. 301 din decizie).

De altfel, a existat o preocupare permanentă a reclamantei referitoare la comerțul paralel, documentele care conțin propriile evaluări identificând unul dintre riscurile extinderii sistemului de distribuție, și anume creșterea importurilor/exporturilor paralele, tocmai în considerarea atractivității produselor sale la export.

Consiliul Concurenței a constatat că cinci din cei șase distribuitori cu care reclamanta a încheiat contracte de distribuție au realizat exporturi de alte produse către statele membre UE, concluzionând în mod judicios că, în perioada 2007 - 2009, a existat interes din partea acestor distribuitori de a exporta medicamente, însă, din cauza clauzei de limitare a exporturilor prevăzută în contractele cu A., produsele A. nu s-au regăsit printre produsele exportate (pct. 304 - 305 din decizie).

Mai mult, investigațiile pârâtului au relevat că OTC-urile sunt atractive la export, dovada fiind aceea că în 2008 și 2009, a exportat inclusiv OTC pe piața UE, multe dintre acestea fiind substituibile cu produsele A., marjele obținute la export nefiind superioare celor pe care le-ar fi putut obține în cazul produselor A..

În acest sens, Consiliul Concurenței a prezentat marjele obținute pe piața vitaminelor cu minerale din activitatea de export (pct. 318 din decizie).

Curtea de apel a constatat, însă, că și în ipoteza în care produsele A. nu ar fi prezentat atractivitate la export, clauza de interzicere a exporturilor are totuși un obiect anticoncurențial, fiind aptă să limiteze comerțul și să împartă piețele în sensul art. 5 alin. (1) din Legea nr. 21/1996.

În raport cu cele expuse, Curtea de apel a reținut că scopul clauzelor de informare și de încetare a contractului, prevăzute la art. 8.3.1 și 8.3.2 din contractele de distribuție, nu se circumscrie obligației de trasabilitate a produsului sau obiectivelor comerciale legitime de a cunoaște cererea pe piață cu privire la produsele sale, așa cum în mod eronat a afirmat reclamanta. În realitate, prin intermediul clauzelor respective s-a dorit monitorizarea strictă a distribuitorilor, aceștia având obligația de a prezenta rapoarte detaliate săptămânale și lunare referitoare la comercializarea de produse A., astfel că reclamanta era în măsură să verifice dacă distribuitorii respectau interdicțiile la import și export, conform clauzelor asumate.

B. În ceea ce privește susținerile reclamantei privind lipsa sa de vinovăție, în sensul că nu a avut intenția și nici aprecierea reală cu privire la riscul includerii clauzelor investigate în contractele de distribuție, sensul clauzelor fiind dat de avocatul extern al societății, Curtea de apel a reținut următoarele:

În acord cu cele reținute de pârât, apărarea reclamantei nu este de natură a înlătura vinovăția sa pentru încălcarea regulilor de concurență, căci, astfel cum s-a decis în mod constant în jurisprudența comunitară, pentru a constata că o încălcare a regulilor de concurență a fost săvârșită cu intenție nu este necesar ca întreprinderea în cauză să fie conștientă că încalcă prevederile art. 81 din Tratat, fiind suficient ca întreprinderea să fie conștientă că acțiunea imputată are ca obiect sau ca efect restrângerea concurenței în cadrul pieței comune (Hotărârile Curții Europene de Justiție în cauza 19/77 Miller împotriva Comisiei și în cauza C-279/87 Tipp-Ex împotriva Comisiei; Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță în cauzele conexe T-202/98, T-204/98, T-207/98 Tate & Lyle împotriva Comisiei).

Același raționament a fost reluat de Curtea Europeană de Justiție în cauza C-681/11 Schenker&Co. AG, arătând că art. 101 TFUE trebuie interpretat în sensul că o întreprindere care a încălcat această dispoziție nu poate evita aplicarea unei amenzi atunci când încălcarea menționată își are originea în eroarea săvârșită de întreprindere cu privire la legalitatea comportamentului sau ca urmare a conținutului unei opinii juridice a unui avocat.

În plus, reclamanta avea posibilitatea de a aprecia asupra corectitudinii sfatului avocatului extern, în condițiile în care, încă din anul 2006, unul din distribuitorii săi,, a solicitat eliminarea clauzelor care încalcă concurența. Or, în acest context, reclamanta, care este un profesionist, trebuia să acționeze cu maximă diligență și să solicite, eventual, sfatul unui avocat specializat în domeniul dreptului concurenței, însă a ales să nu o facă, procedând la inserarea clauzelor anticoncurențiale în contractele încheiate cu distribuitorii.

C. În ceea ce privește susținerile reclamantei în legătură cu refuzul nejustificat al pârâtului de acceptare a angajamentelor oferite de A., Curtea de apel a reținut că acestea nu sunt apte a conduce la anularea deciziei contestate.

În acest sens, instanța a reținut că dispozițiile art. 462 din Legea nr. 21/1996 reglementează posibilitatea întreprinderilor față de care a fost declanșată investigația referitoare la posibila săvârșire a unei practici anticoncurențiale de a formula propuneri de angajamente, în scopul înlăturării situației care a condus la declanșarea investigației.

Dreptului întreprinderii de a propune un angajament nu îi corespunde obligația autorității de concurență de a-l accepta de plano, fără o analiză detaliată a caracterului adecvat al inițierii procedurii de angajamente și în contextul realizării unei politici de concurență eficiente pe teritoriul României, dispozițiile art. 462 din Legea nr. 21/1996 fiind pe deplin lămuritoare în acest sens.

A mai reținut Curtea de apel că reclamanta nu a înțeles să supună niciun moment cenzurii instanței de contencios administrativ competente refuzul de acceptare a angajamentelor propuse, refuz materializat în cuprinsul Adreselor CC/RG/nr. 6617 din 24 noiembrie 2010 și CC/RG/nr. 9450 din 24 ianuarie 2011, iar o atare analiză nu poate fi făcută în cadrul procesual dedus judecării în prezenta cauză.

Tot astfel, legalitatea și temeinicia deciziei atacate urmează a fi examinată exclusiv în raport cu situația de fapt și de drept reținută în acest act, iar chestiunea neacceptării angajamentelor propuse de reclamantă în condițiile art. 46² din Legea nr. 21/1996 excede acestei investigații.

D. În ceea ce privește susținerile reclamantei privind greșita individualizare a sancțiunii aplicate, Curtea de apel a reținut următoarele:

Susținerea reclamantei potrivit căreia nivelul de bază al amenzii trebuia să fie stabilit prin raportare la cifra de afaceri a diviziei A., iar nu a SC „A.” SRL, nu poate fi primită întrucât fapta contravențională este imputată SC „A.” SRL, iar nu diviziei menționate. Împrejurarea că negocierea contractelor de distribuție a fost realizată de către angajații reclamantei din cadrul

diviziei A. este irelevantă, cât timp asumarea contractelor de distribuție s-a făcut de către SC „A.” SRL, aceasta fiind și persoana sancționată contravențional prin decizia atacată și, prin urmare, în conformitate cu dispozițiile art. 51 din Legea nr. 21/1996, în mod corect nivelul de bază al amenzii s-a raportat la cifra de afaceri totală a societății.

Criticile reclamantei în sensul că sancțiunea amenzii este disproporționată față de scopul urmărit de lege și aduce atingere dreptului său de proprietate garantat de Constituție și de CEDO, Curtea de apel a reținut că atâta timp cât reclamanta este cea care a încheiat înțelegerea anticoncurențială sancționată, nu se poate susține în mod rezonabil că aplicarea sancțiunii prin raportare la cifra de afaceri totală a SC „A.” SRL ar putea avea semnificația sancționării veniturilor obținute licit de alte întreprinderi.

În egală măsură, în mod judicios Consiliul Concurenței s-a raportat la cifra de afaceri totală realizată de reclamantă, iar nu la cea de pe piața relevantă, atâta timp cât dispozițiile art. 51 din Legea concurenței menționează în mod neechivoc faptul că amenda este de la 0,5% la 10% din cifra de afaceri totală realizată în anul financiar anterior sancționării.

Criticile reclamantei întemeiate pe încălcarea dreptului de proprietate au fost înlăturate de Curtea de apel, pe baza considerentelor Deciziei Curții Constituționale nr. 490/2013, prin care a fost soluționată excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 51 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 21/1996, conform cărora, în raport cu prevederile art. 44 din Constituție, cu jurisprudența Curții Constituționale și a Curții de Justiție a Uniunii Europene, „nu se poate susține că prin instituirea unei sancțiuni contravenționale în sarcina persoanelor juridice se aduce atingere dreptului de proprietate, chiar dacă în mod automat executarea sancțiunii aplicate contravenientului înseamnă o diminuare a patrimoniului acestuia”. Totodată, Curtea de apel a evidențiat faptul că amenda aplicată reclamantei este în cuantum de 3,025% din cifra de afaceri totală a acesteia, cu mult sub nivelul maxim prevăzut de art. 51 alin. (1) din Legea nr. 21/1996.

În ceea ce privește susținerile reclamantei în sensul că, în speță, Consiliul Concurenței a apreciat în mod eronat că fapta imputată reclamantei este de gravitate medie, în realitate aceasta fiind de gravitate mică, Curtea de apel a apreciat că argumentația detaliată cuprinsă în decizia atacată conduce la concluzia legalității și temeiniciei punctului de vedere privind gravitatea medie a faptei imputate reclamantei.

Sub acest aspect, instanța a reținut că: fapta este de gravitate medie întrucât acordurile încheiate de reclamantă cu distribuitorii săi, prin interzicerea achizițiilor de produse A. din import, precum și interzicerea exporturilor active și pasive ale acestor produse, au un impact mare pe piață, producând efecte pe zone întinse ale acesteia (pct. 471 din decizie); înțelegerile sancționate sunt restricții pe verticală, iar contractele de distribuție au prevăzut și o clauză de monitorizare prin intermediul căreia reclamanta putea verifica în ce măsură distribuitorii respectă sau nu interdicțiile la care s-au obligat, dar și clauze de sancționare; din datele prezentate de părât rezultă că distribuitorii care au încheiat înțelegerea anticoncurențială cu reclamanta erau activi la nivel național și dețineau pe piața distribuției angro de medicamente în farmacii o cotă cumulată semnificativă de peste 60%; apărarea reclamantei în sensul că pe piața națională există un număr

semnificativ de distribuitori (cel puțin 25) care concurează în mod direct cu cei șase distribuitori ai acesteia, face abstracție de împrejurarea că, astfel cum s-a demonstrat în cuprinsul deciziei atacate, majoritatea dintre aceștia, respectiv 20 de distribuitori, au cote de piață nesemnificative, sub 2,5% și o cotă cumulată de sub 40%; în egală măsură, reclamanta deținea pe unele piețe relevante analizate o cotă de piață de peste 70%; astfel, în ceea ce privește piața emolienților și agenților protectori, produsul Bepanthen atingea o cotă de 71,18 % în anul 2008 și de 74,54% în anul 2009, în timp ce, pe piața multi-vitaminelor pentru maternitate, produsul Elevit deținea cote de 76,06 % în 2008 și 69,56% în 2009; în concluzie, Curtea de apel a evidențiat faptul că emitentul deciziei atacate a prezentat concret datele din care rezultă că, în România, unele produse A. erau cu 30% mai mici față de unele state membre ale Uniunii Europene, ceea ce le făcea atractive la export, iar alte produse A. erau cu până la 25% mai mari în România, fapt ce le făcea atractive pentru importul în România.

Curtea de apel a înlăturat susținerile reclamantei în sensul că distribuitorii săi nu erau interesați de comerțul paralel, făcând referire la considerentele prezentate la lit. a).II.a) și lit. a).II.b).

Referitor la criticile reclamantei în sensul că durata pretensei încălcări este mică, iar nu medie așa cum a reținut Consiliul Concurenței, Curtea de apel a constatat că A. a încheiat contractele de distribuție care conțin clauzele de achiziție exclusivă și interzicere a exporturilor cu cei șase distribuitori după cum urmează: (i) în luna decembrie 2008: cu E., D., G. și F.; (ii) în luna ianuarie 2009, cu B.; (iii) în luna martie 2009 cu C.

La data de 16 septembrie 2009, după declanșarea investigației de către Consiliul Concurenței, A. a transmis o scrisoare către fiecare dintre cei șase distribuitori în care a prezentat poziția A. cu privire la clauzele 3.2.6 și 3.2.7, respectiv la clauza de achiziție exclusivă și la cea de interzicere a exportului, iar, dintre cei șase distribuitori doar 3 au semnat actul adițional de clarificare și interpretare la momentul propunerii A., respectiv C., B. și D.

E., G. și F. nu au semnat acest act adițional la momentul propunerii.

Urmare a solicitării Consiliului Concurenței, în data de 28 iulie 2010, F. a transmis Actul Adițional semnat.

În ceea ce privește E. și G., s-a reținut în cadrul investigației faptul că, cel puțin până la data de 25 august 2010, aceste societăți nu semnaseră actele adiționale transmise de A. Cu toate acestea, în observațiile la Raportul de investigație, G. a subliniat că a semnat Actul adițional și l-a înregistrat sub numărul 17294 din 22 septembrie 2010. De asemenea, a transmis Consiliului Concurenței o copie după acest document, având numărul de înregistrare menționat anterior (pct. 480 din decizie).

Curtea de apel, în acord cu cele menționate de Consiliul Concurenței în decizia atacată, a constatat, așa cum rezultă din conținutul actelor redată anterior și în cazul părților care au semnat actul adițional, că acestea nu au înlăturat din contract clauzele privind interzicerea exporturilor, clauze care nu fac distincție între vânzările active și cele pasive, reiterându-se faptul că scopul

art. 3.2.7. este acela de a împiedica orice export de Produse A. în afara spațiului comunitar. Prin urmare, contractele de distribuție încheiate de A. cu E., F., G., C. și D. conțin în continuare clauze care limitează inclusiv vânzările pasive, întrucât interzic exporturile fără a face distincție între vânzările active și cele pasive. Din acest motiv, s-a considerat în mod corect că încălcarea art. 5 din Lege este continuă.

Cu referire la susținerile reclamantei în sensul că înțelegerile de interzicere a exporturilor nu reprezintă restrângeri ale concurenței pe piața românească și, implicit, nu sunt incidente dispozițiile art. 5 din Legea concurenței, Curtea de apel a reținut următoarele: pentru ipoteza interdicției realizării de exporturi, art. 5 din Legea nr. 21/1996 devine aplicabil atunci când actele și faptele sunt săvârșite pe teritoriul României, de întreprinderi active în România și care au aptitudinea de a afecta teritoriul național; clauza de interdicție a exporturilor din contractele de distribuție interzicea atât vânzările active, cât și vânzările pasive; vânzările active presupun abordarea activă a clienților prin intermediul marketingului direct prin corespondență sau prin publicitate în mass-media, în timp ce vânzările pasive presupun situația de a răspunde la cereri nesolicitate de la clienți individuali, inclusiv livrarea de bunuri sau servicii unor astfel de clienți; interzicerea vânzărilor pasive reprezintă o restricționare gravă, prin obiect, a concurenței și care nu este permisă în nicio circumstanță, de vreme ce acest tip de vânzare nu implică vreun efort și, implicit, nu este de natură a-l împiedica pe distribuitor să-și desfășoare activitatea pe teritoriul alocat în contractul încheiat; contrar celor susținute de reclamantă, în speța dedusă judecării a fost afectată atât structura pieței de distribuție din România, cât și consumatorul român în termen de preț; prin interzicerea exporturilor, distribuitorii nu au putut comercializa cantități mai mari de produse A. și, în mod evident, nu au putut obține discount-urile prevăzute în contractele de distribuție, care se acordau în funcție de vânzări, în cotă de până la 15%. În condițiile în care produsele A. sunt OTC-uri, neavând un preț reglementat, orice discount mai mare obținut de distribuitor s-ar fi putut reflecta într-un preț mai mic la consumator; așa fiind, interzicerea exporturilor prin contractele de distribuție încheiate de reclamantă a împiedicat distribuitorii săi să obțină venituri suplimentare, în acest mod fiind influențată structura pieței de distribuție angro de medicamente pe care distribuitorii activau; în plus, exporturile ar fi putut reprezenta o sursă de bani lichizi care ar fi creat un plus de eficiență pentru distribuitori, având în vedere problemele din sectorul farmaceutic din România, respectiv termenele mari de plată.

Curtea de apel a subliniat faptul că și interdicția distribuitorilor de a exporta în afara spațiului economic european intră sub incidența art. 5 din Legea nr. 21/1996, având în vedere că acestea privesc și vânzările pasive pe care le primesc pe teritoriul României, fiind vorba, deci, de fapte săvârșite pe teritoriul României.

În concluzie, clauza de interzicere a exportului a condus la izolarea teritoriului național de alte piețe și a avut ca efect o restricționare teritorială a activității distribuitorilor romani și, implicit, o limitare a distribuției, care se constituie în încălcări prin obiect a legislației naționale.

În ceea ce privește susținerile reclamantei în sensul că sancțiunea nu a fost individualizată corect prin raportare la circumstanțele agravante și atenuante, Curtea de apel a reținut următoarele:

În acord cu argumentele prezentate la lit. b), în mod rezonabil nu poate fi primită afirmația reclamantei în sensul că s-a bazat pe sfatul juridic al avocatului și a acționat cu bună-credință la semnarea contractului, de vreme ce aceasta a fost atenționată chiar de distribuitorii săi asupra problemelor de concurență pe care cele două clauze le ridicau.

În realitate, A. a propus conținutul clauzelor din contractele de distribuție întrucât acestea veneau să susțină în exclusivitate interesul comercial al reclamantei, asigurându-se, totodată, că acestea sunt puse în aplicare prin intermediul clauzei de monitorizare și al celei de reziliere a contractului. Aspectele relevate anterior exclud cu desăvârșire, în opinia instanței, pretinsa atitudine subiectivă a reclamantei.

În ceea ce privește susținerile reclamantei în sensul că pârâtul nu a reținut în beneficiul societății incidența unor circumstanțe atenuante, Curtea de apel a reținut următoarele: în ceea ce privește buna-credință a societății înainte de investigație, punctul de vedere al reclamantei nu poate fi primit pentru argumentele anterioare referitoare la rolul de inițiator al A. și la scopul inserării în contractele de distribuție a clauzelor de la art. 8.3.1 și 8.3.2 de informare și de încetare a contractului; susținerile reclamantei în sensul că societatea a pus capăt încălcării imediat ce autoritatea de concurență a intervenit, prin notificarea actului adițional, nu pot fi primite, întrucât nu au fost înlăturate din contract clauzele privind interzicerea exporturilor, conform considerentelor expuse pe larg anterior în ceea ce privește durata încălcării reținute prin decizia contestată; cu referire la buna-credință și cooperarea A. după declanșarea investigației, este justificat refuzul Consiliului de a reține în beneficiul societății circumstanța atenuantă a cooperării depline pentru aplicarea unei reducerii a sancțiunii, întrucât societatea s-a limitat la a furniza răspunsuri la solicitările obișnuite de informații în cursul procedurilor desfășurate, în condițiile în care această circumstanță atenuantă presupune prezentarea de către cel investigat a unor informații relevante în legătură cu fapta săvârșită sau fapțiitori despre care autoritatea de concurență nu avea cunoștință sau pe care nu le deținea deja, situație care nu se regăsește în speță; susținerile reclamantei referitoare la lipsa unui efect substanțial asupra concurenței și comerțului din România și Uniunea Europeană fac abstracție de împrejurarea că, prin clauza de interzicere a exportului, au fost interzise atât vânzările active, cât și cele pasive, jurisprudența CJUE statuând în mod constant că interzicerea vânzărilor pasive constituie o restricționare gravă a concurenței, în sensul celor expuse la pct. 420 și 421 din decizie. Circumscriind ultimului aspect, Curtea de apel a reținut că, în cauză, cifra de afaceri realizată de A. la nivel comunitar din vânzarea produselor care fac obiectul acordului cu cei șase distribuitori depășește pragul de 40 de milioane de euro în toată perioada 2007 - 2009, iar, din cele 11 piețe relevante pe care activează în România, pe 10 piețe A. deține cote de peste 5%, iar toți cei șase distribuitori au cote de piață care depășesc 5% pe piața distribuției angro pe canalul de farmacie în perioada 2007-2009. Astfel fiind, instanța a apreciat că autoritatea de concurență a concluzionat în mod temeinic în sensul că acordurile dintre reclamantă și distribuitorii săi îndeplinesc condițiile pentru a afecta semnificativ comerțul între statele membre.

Contrar criticilor reclamantei referitoare la principiului aplicării imediate a legii contravenționale mai favorabile, în sensul aplicării circumstanței atenuante prevăzute la Cap. III lit. c) pct. 1 lit.

b)1) din Instrucțiunile privind individualizarea sancțiunilor pentru contravențiile prevăzute la art. 51 din Legea concurenței nr. 21/1996, Curtea de apel a reținut că nu se poate susține în mod rezonabil că nu ar fi îndeplinite în speță condițiile de aplicare a situației de excepție invocată de Consiliul Concurenței, prevăzută la alineatul 2 al aceluiași text legal, potrivit căreia: „În cazul întreprinderilor active pe un număr mare de piețe și care dispun de resurse financiare considerabile, Consiliul Concurenței va aplica această circumstanță doar dacă estimează că efectul disuasiv/preventiv al sancțiunii poate fi atins în acest mod”.

Sub acest aspect, a reținut instanța că, din întreaga analiză efectuată de pârât, a rezultat, în sensul argumentelor prezentate pe larg în considerentele deciziei, că reclamanta se încadrează în categoria întreprinderilor active pe un număr mare de piețe și dispune de resurse financiare considerabile, astfel încât aplicarea circumstanței atenuante în discuție nu devine obligatorie pentru autoritatea de concurență, ci este lăsată la latitudinea acesteia. În acest context, Curtea de apel a apreciat ca fiind judicioasă concluzia pârâtului în sensul că, prin aplicarea respectivei circumstanțe atenuante, nu s-ar mai asigura efectul disuasiv al sancțiunii amenzii aplicate reclamantei, în al cărei interes exclusiv au fost săvârșite faptele, apărând ca ne semnificativă în raport cu amenzile aplicate distribuitorilor.

5. Recursul formulat de reclamanta SC A. SRL

Împotriva Sentinței civile nr. 743 din 17 martie 2015 a Curții de Apel București, secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal a declarat recurs reclamanta SC „A.” SRL, solicitând instanței de control judiciar să dispună una dintre următoarele soluții:

- în principal, să caseze sentința recurată, trimitând cauza spre rejudecare primei instanțe, pentru motivele de recurs nr. 2 - 6 și 8 - 17 sau în situația în care sunt incidente atât motive de casare, cât și de modificare;

- în primul subsidiar, să modifice integral sentința recurată, în sensul admiterii acțiunii așa cum a fost formulată, anulând integral Decizia nr. 98/2011 emisă de Consiliul Concurenței, pentru motivele de recurs nr. 18 - 22;

În al doilea subsidiar, să modifice sentința recurată în sensul admiterii parțiale a acțiunii, anulând parțial Decizia nr. 98/2011, emisă de Consiliul Concurenței, ca urmare a reducerii cuantumului amenzii acordate, pentru motivele de recurs 1 - 6 și 7 - 17.

1. Un prim motiv de recurs îl reprezintă greșita aplicare a legii, prin faptul că instanța de rejudecare a statuat că aplicarea circumstanței nu era obligatorie pentru Consiliul Concurenței, A. solicitând în fața primei instanțe aplicarea beneficiului circumstanței atenuante, în considerarea faptului că cifra de afaceri obținută pe piața pe care a avut loc fapta ilicită nu depășește 20% din cifra de afaceri totală a întreprinderii, urmând a fi avute în vedere noile Instrucțiuni privind amenzile, aprobate prin Ordin al Președintelui Consiliului Concurenței nr. 898 din 6 decembrie 2011, îndeosebi dispozițiile din cuprinsul Capitolului II, (C), pct. 1, lit. b) din aceste Instrucțiuni.

A arătat recurenta că aplicarea circumstanței atenuante nu este lăsată la aprecierea Consiliului, ci se impune în toate situațiile în care se reține îndeplinirea condițiilor cerute de lege pentru ca efectul disuasiv al sancțiunii să poată fi atins, Consiliul neputând acționa cu exces de putere, negând dreptul A. la reducerea amenzii.

2. O altă critică a recurenței a vizat faptul că prima instanță a ignorat argumentele acesteia referitoare la necesitatea sancționării excesului de putere al Consiliului Concurenței, în legătură cu neaplicarea de către acesta a circumstanței atenuante solicitate de A..

3. A mai susținut recurenta că prima instanță a ignorat argumentele sale și probele care demonstau că aceasta nu îndeplinea condițiile pentru incidența excepției din textul prevăzut în Instrucțiuni, în care se arată că ”în cazul întreprinderilor active pe un număr mare de piețe și care dispun de resurse financiare considerabile, Consiliul Concurenței va aplica această circumstanță doar dacă estimează că efectul disuasiv/preventiv al sancțiunii poate fi atins în acest mod.”

Susține reclamanta că a depus în fața instanței de fond dovezi care atestă că A. este printre ultimele 30% întreprinderi din clasamentul companiilor active în industria farmaceutică în ce privește cifra de afaceri și ultima în clasament în ceea ce privește profitul, ceea ce făcea obligatorie aplicarea circumstanței atenuante.

Alte motive de recurs au fost grupate în raport de soluția primei instanțe de reținere a circumstanței agravante pentru A., izvorând din rolul de inițiator al faptei ilicite, după cum urmează:

4. Motivarea instanței de fond este străină de argumentele invocate de A. cu privire la neincidența circumstanței agravante concretizate în suplimentul de 10% adăugat nivelului de bază al amenzii de către Consiliu, motivele arătate de A. fiind derivate din inexistența scopului calificat tipic pentru inițiatorii încălcării normelor.

Recurenta afirmă că doar propunerea proiectului contractului conținând clauzele sancționabile nu constituia prin ea însăși o dovadă a rolului de inițiator, ci un astfel de rol presupunea chiar urmărirea efectului anticoncurențial.

A exemplificat recurenta A. practica Consiliului Concurenței de a nu reține aplicabilitatea circumstanței agravante a inițiatorului în alte decizii ale sale (Decizia nr. 51 din 28 octombrie 2011, Decizia nr. 52 din 28 octombrie 2011).

5. Într-un alt motiv de recurs a invocat recurenta A. faptul că motivarea primei instanțe se referă la o altă circumstanță atenuantă, confundând argumentele cu privire la circumstanța agravantă a inițiatorului cu cele ale circumstanței atenuante a bunei credințe, motivarea fiind astfel străină de obiectul analizei, acela privind circumstanța agravantă a rolului de inițiator.

6. Alte motive de recurs (6 și 7) au fost grupate de recurenta A. în raport de soluția primei instanțe referitoare la neacordare beneficiului circumstanței atenuante a cooperării pe durata investigației, în cadrul primului dintre aceste motive fiind arătat că prima instanță a ignorat

argumentele A. esențiale, echivalând astfel cu o nepronunțare (faptul că aceasta a depus înscrieri nesolicitate de Consiliu, dar folosite de acesta împotriva sa și argumentul esențial potrivit căruia A. a propus celor 6 distribuitori semnarea unui act adițional menit să elimine clauzele sancționabile).

7. În cadrul motivului de casare nr. 7 a susținut recurenta A. că prima instanță a făcut o greșită aplicare a legii, apreciind că circumstanța atenuantă a cooperării se aplică doar dacă persoana investigată dă detalii despre fapta ilicită și făptuitori, confuzia fiind făcută cu instituția clemenței.

A arătat recurenta în cadrul acestui motiv de casare că beneficiul circumstanței pe care aceasta a solicitat-o se acordă pentru un grad de cooperare mai mare decât obligația legală de cooperare, dar mai mic decât gradul de cooperare manifestat printr-o recunoaștere, apreciată fie prin aplicarea circumstanței speciale, fie prin aplicarea regimului de clemență.

Motivele de casare 8 și 9 au fost grupate de recurentă în referire la greșita neacordare de către prima instanță a beneficiului circumstanței atenuante a lipsei de intenție cu care s-a săvârșit fapta (buna credință).

8. În cuprinsul acestui motiv a fost criticată soluția instanței de fond de respingere ca tardivă a probei testimoniale (cu audierea martorei I.), apreciind recurenta că, procedând în acest mod, judecătorul cauzei a încălcat prevederile legale ce impuneau obligativitatea sa de a se conforma deciziei de casare, în condițiile în care proba testimonială, solicitată în primul ciclu procesual, a fost respinsă ca nerelevantă, iar acest aspect a fost criticat în recursul declarat, calea de atac fiind admisă, consecința dispusă fiind cea a rejudecării pricinii.

Din perspectiva prevederilor art. 138 vechiul C. proc. civ., a susținut recurenta că prima instanță, în al doilea ciclu procesual, a făcut o greșită interpretare și aplicare a acestui text de lege, omițând să ia în considerare faptul că proba fusese solicitată în condițiile art. 132 vechiul C. proc. civ. în primul ciclu procesual, considerând astfel că solicitarea aceleiași probe în rejudecare este tardivă.

9. Motivul de recurs nr. 9 este referitor la faptul că prima instanță a omis să se pronunțe asupra unui argument esențial - incidența jurisprudenței CJUE în cauza C -681/11 Schenker și Co.AG, deși în cuprinsul hotărârii pronunțate în această speță Curtea a apreciat că sfatul avocatului extern nu reprezintă o cauză de exonerare de răspundere, dar poate constitui o circumstanță atenuantă.

Motivele de recurs prevăzute la punctele 10 - 12 privesc soluția primei instanțe referitoare la stabilirea nivelului de bază al amenzii, cu încălcarea principiului proporționalității.

10. În dezvoltarea motivului 10 de recurs arată recurenta că, deși prima instanță a citat extensiv argumentele analizate de Curtea Constituțională în Decizia nr. 490/2013, care a avut ca obiect excepția de neconstituționalitate a prevederilor art. 51 alin. (1) lit. a) din Legea Concurenței, nu a analizat argumentul invocat de A., privind necesitatea respectării principiului proporționalității prin stabilirea nivelului de bază al amenzii prin raportare la cifra de afaceri obținută pe piețele pe

care s-au săvârșit faptele ilicite. A mai susținut recurenta că nu a solicitat beneficiul aplicării principiului proporționalității prin raportare la prevederile art. 52 alin. (1) lit. a) din Legea concurenței, ci prin raportare la art. 2 alin. (3) din Legea nr. 21/1996.

11. În cadrul acestui motiv a subliniat recurenta A. că prima instanță nu a avut în vedere soluția instanțelor de reducere a amenzii aplicate distribuitorului E. în cadrul aceleiași investigații, fiind aplicat un tratament diferit unor situații identice.

A arătat recurenta că prin Sentința nr. 1032/2013 pronunțată în Dosarul nr. y/2/2012 s-a dispus reducerea amenzii cu mai mult de 90%, până la suma de 1.000.000 RON, reținându-se aplicabilitatea principiului proporționalității și necesitatea sancționării doar a veniturilor obținute ilicit, soluția fiind menținută în calea controlului judiciar exercitată asupra sa.

12. Acest motiv de recurs se referă la ignorarea de către prima instanță a argumentului A. referitor la încălcarea dreptului de proprietate și a principiului proporționalității prin stabilirea nivelului de bază al amenzii prin raportare la cifra de afaceri a subscrisei, nu prin raportare la cifra de afaceri obținută ilicit. A menționat recurenta că rațiunea pentru care s-a instituit măsura necesară pentru atingerea scopului urmărit de Legea concurenței a fost cea de sancționare a obținerii unor venituri ilicite de către întreprindere, ca urmare a încălcării normelor de concurență. Încălcarea dreptului de proprietate s-a manifestat, în opinia recurente, prin confiscarea în mod nelegal a unei părți din cifra de afaceri și, deci, din veniturile licite ale diviziei A. (care genera majoritatea veniturilor) și ale celorlalte divizii, fiind făcută trimiterea către situația factuală din speța Mamidakis vs. Grecia, anexată cererii de chemare în judecată.

13. Acest motiv de recurs a fost subsumat soluției de respingere a motivului de nelegalitate privind gravitatea faptelor anticoncurențiale, susținând recurenta că prima instanță a copiat literal o parte a apărărilor pârâtului, ignorând cu totul argumentația sa referitoare la lipsa probelor care să susțină interpretarea Consiliului. A susținut recurenta că, motivând soluția pronunțată asupra acestui aspect, judecătorul fondului nu a analizat critic argumentele Consiliului și a ignorat probele indicate de A. în susținerea tezei că gravitatea faptei era mică, nu medie, reluând în cererea de recurs acele susțineri cuprinse în acțiunea judiciară, ce au fost dezvoltate în legătură cu gravitatea faptei anticoncurențiale săvârșite.

În referire la soluția instanței cu privire la durata faptei au fost formulate motivele de recurs 14, 15 și 16.

14. În cadrul acestui motiv a susținut recurenta A. că prima instanță a preluat identic unele paragrafe din actul administrativ atacat, nefiind întrunită astfel cerința motivării adecvate îndeplinirii scopului asigurării dreptului la un proces echitabil.

15. Acest motiv de recurs vizează greșita aplicare a legii cu privire la teritorialitatea legii române și neincidența sa cu privire la pretinsa faptă de interzicere a exporturilor în afara spațiului economic european.

Menționează recurenta că eroarea comisă de judecătorul fondului este aceea a reținerii că fapta de a menține interdicția de a face exporturi pasive în afara SEE privește și „vânzările pasive pe care le primesc pe teritoriul României”, iar motivarea acestei soluții este străină de argumentele pentru care A. a susținut că fapta de interzicere a exporturilor pasive în afara SEE nu încalcă legea română, nefiind săvârșită pe teritoriul românesc și neavând relevanță pentru acesta.

Recurenta a susținut că legea concurenței sancționează în mod exclusiv înțelegerile care restrâng comerțul și concurența pe piața din România, iar Consiliul Concurenței este competent să constate încălcări ale dispozițiilor Legii concurenței doar cu privire la faptele care au ca obiect restrângerea concurenței în România sau care au impact efectiv pe teritoriul României.

16. Motivul de recurs indicat la acest punct se referă la faptul că, în opinia recurenteii, prima instanță a omis să se pronunțe cu privire la tratamentul discriminatoriu aplicat distribuitorilor D., B. și C., ale căror fapte au fost calificate ca având o durată mică, în loc de medie. A arătat recurenta că, deși a semnat același act adițional ca și distribuitorul B., nu i-a fost acordată circumstanța atenuantă aplicată acestuia și pentru A.

Au fost reiterate argumentele prezentate în cuprinsul motivelor de casare de la punctele 14,15 și 16 cu privire la soluția primei instanțe de negare a beneficiului circumstanței atenuante a încetării faptelor de îndată ce a început investigația.

17. Acest motiv de recurs privește soluția instanței referitoare la neacordarea circumstanței atenuante privind lipsa efectelor substanțiale asupra pieței, fiind criticat faptul că judecătorul fondului nu s-a pronunțat deloc asupra argumentelor prezentate de A., motivarea sentinței atacate sub acest aspect fiind străină de aspectele criticate în acțiunea judiciară.

Motivele de recurs de la punctele 18, 19 și 20 au fost grupate în raport de soluția instanței de fond de validare a argumentelor pârâtului Consiliul Concurenței privind existența faptelor ilicite.

18. În acest motiv a indicat recurenta greșita apreciere de către prima instanță asupra probelor, aceasta îmbrățișând în mod eronat teza Consiliului potrivit căreia scopul declarat de A. pentru introducerea clauzei de interzicere a importurilor nu era cel real, întrucât restricția presupusă se aplica produselor care „ar putea să nu îndeplinească cerințele legale”, iar nu celor care în mod cert nu îndeplineau aceste cerințe. A susținut recurenta că prin această clauză a solicitat, practic, distribuitorilor ca, în cazul în care existau suspiciuni asupra legalității produselor, aceștia să se abțină de la a le achiziționa, pentru a nu fi puși în situația de a face concurență neloială A..

19. Motivul de recurs nr. 19 privește greșita apreciere de către prima instanță a probelor, stabilind astfel o situație de fapt eronată în ceea ce privește cerința autorizării importurilor paralele. A învederat reclamanta că, deși s-a reținut că respectivele contracte au fost semnate în contextul adoptării Ordinului MS nr. 1962/2008, în decembrie 2008, un număr de 4 contracte fuseseră deja semnate anterior apariției ordinului respectiv, A. fiind îndreptățită în a întreprinde toate măsurile necesare protejării mărcii și reputației sale, în condițiile în care respectarea drepturilor de proprietate intelectuală s-a reglementat abia la momentul apariției Ordinului MS nr. 1449/2010.

20. Potrivit acestui motiv, instanța de fond a pronunțat o hotărâre netemeinică și cu privire la lipsa de atractivitate la import a produselor A., fiind ignorate argumentele reclamantei A. din răspunsul la întâmpinare depus în primul ciclu procesual. A susținut recurenta că prima instanță a ignorat complet faptul că diferențele de preț între produsele Canesten și Bepanthen erau foarte mici, după cum a prezentat A. în situația comparativă, precum și argumentul întemeiat pe faptul că distribuitorii naționali nu erau interesați în general de activități de import, modelul de afacere dezvoltat de aceștia fiind în mare parte canalizat către dezvoltarea rețelelor interne, aspect exemplificat prin aceea că, în perioada 2008-2010, nici un distribuitor național din cei peste 29 de distribuitori activi la nivelul României nu obținuse și nu deținea autorizație de import paralel pentru vreunul dintre produsele A..

Tot în dezvoltarea acestui motiv de recurs a arătat recurenta că instanța de fond a apreciat în mod părtinitor și profund eronat concluziile studiului IMS, care, în opinia A., relevă:

- a) lipsa de atractivitate reală a importurilor pentru medicamentele OTC;
- b) costurile de import paralele pentru OTC nu justifică atractivitatea acestora;
- c) eventualele marje de profit ar fi reduse sau chiar anulate de absența creditului venit de la furnizor.

21. În privința clauzei de interdicere a exporturilor, susține recurenta că instanța a pronunțat o hotărâre netemeinică, ca urmare a aprecierii eronate a probelor, făcând, totodată, o greșită aplicare a legii, arătând, potrivit celor înscrise în răspunsul la întâmpinare depus în primul ciclu procesual, că diferențele de preț (de 30%) nu erau profituri, ci diferențe posibile de prețuri, din care participanții pe întreg lanțul de comercializare A. ar fi trebuit să-și acopere costurile și să obțină un profit rezonabil. Un alt argument în susținerea acestui motiv de recurs este acela că documentele de prognoză internă ale A. nu au relevanță în aprecierea atractivității la export, astfel că prețul real al produselor A. în România trebuia comparat cu prețurile reale de revânzare ale produselor A. în alte state UE, nu cu un preț de proiecție la nivel european.

22. Un ultim motiv de recurs a fost formulat în legătură cu nepronunțarea primei instanțe asupra unor argumente esențiale ale A. cu privire la lipsa caracterului ilicit al faptei de a interzice exporturile paralele, Consiliul necercetând dacă distribuitorii au exportat cu precădere medicamente RX ori OTC, distribuitorii făcând preponderent sau în exclusivitate numai exporturi de medicamente RX, aceștia considerând neattractive exporturile, iar marjele de profit din vânzările interne erau adesea mai mari decât cele din export.

Recursul a fost întemeiat pe dispozițiile art. 304 pct. 7, 8 și 9 și art. 304¹ din vechiul C. proc. civ.

Prin întâmpinarea depusă la dosar, intimatul pârât Consiliul Concurenței a solicitat respingerea recursului declarat de reclamanta A. ca nefondat, reiterând situația de fapt expusă atât în actul administrativ contestat, cât și în întâmpinarea depusă la dosar în primul ciclu procesual, în cadrul primului recurs formulat împotriva Sentinței nr. 6808 din 28 noiembrie 2012 a Curții de Apel București.

II. Soluția Înaltei Curți asupra recursului declarat în cauză

Examinând recursul declarat de reclamanta A. SRL București prin prisma motivelor invocate și a temeiurilor de drept indicate, Înalta Curte reține caracterul său nefondat pentru următoarele considerente:

II.1 Argumentele de fapt și de drept relevante

Procedând la o sistematizare a motivelor de recurs invocate de recurenta A. în susținerea căii de atac pe care aceasta a declarat-o împotriva Sentinței civile nr. 743/2015, instanța de control judiciar le va examina într-o altă ordine decât enumerarea din petiția de recurs, după cum urmează:

1. existența faptelor ilicite;
2. existența vinovăției;
3. gravitatea faptelor concurențiale;
4. durata faptelor anticoncurențiale;
5. stabilirea nivelului de bază al amenzii - încălcarea principiului proporționalității;
6. greșita reținere a circumstanței agravante izvorând din rolul de inițiator al faptei ilicite;
7. neacordarea beneficiului circumstanței atenuante privind lipsa efectelor substanțiale asupra pieței;
8. neacordarea beneficiului circumstanței atenuante a încetării faptelor de îndată ce a început investigația;
9. neacordarea beneficiului circumstanței atenuante a lipsei de intenție cu care s-a săvârșit fapta (buna-credință a persoanei investigate);
10. neacordarea beneficiului circumstanței atenuante a cooperării pe durata investigației;
11. neacordarea circumstanței atenuante izvorând din legea contravențională mai favorabilă.

1. Criticile aduse soluției primei instanțe de a valida argumentele intimatului cu privire la existența faptelor ilicite au fost grupate de recurenta A. în cadrul motivelor de recurs 18, 19, 20, 21 și 22.

Motivele de recurs 18,19 și 20 au vizat argumentele recurenteii privind clauza de interzicere a importurilor, iar cele de la punctele 21 și 22 au făcut referire la clauza de interzicere a exporturilor.

Motivul 18 de recurs, privind greșita apreciere a probelor de către prima instanță, care a condus la greșita acreditare a tezei intimatului potrivit căreia scopul declarat de A. pentru introducerea clauzei nu era cel real, este neîntemeiat.

Clauza 3.2.6, inserată în toate cele 6 contracte încheiate de recurenta reclamantă cu distribuitorii săi, privind achiziția exclusivă de produse de la A., nu a urmărit, astfel cum a susținut furnizorul de produse, să asigure o protecție a consumatorului față de produse contrafăcute, ci, în realitate, a instituit o obligativitate a distribuitorilor de a nu achiziționa produse A. din afara teritoriului României.

Este corectă această interpretare a clauzei analizate, dată atât de către Consiliul Concurenței, cât și de către prima instanță, fiind înlăturat ca lipsit de relevanță argumentul furnizorului A. privind protecția consumatorului față de produsele contrafăcute, în condițiile în care există cadrul legal ce permite luarea măsurilor adecvate în situația inducerii în eroare a clienților prin livrarea unor medicamente contrafăcute.

Sușinerile recurente, privind imposibilitatea sa de a cere distribuitorilor să realizeze o analiză de contrafacere la momentul la care aceștia ar fi achiziționat produse A. din alte surse, nu determină aparența unui scop licit în inserarea clauzei de interzicere a importurilor, date fiind mijloacele de care aceasta ar fi putut să se folosească în ipoteza descoperirii unor produse contrafăcute care o prejudiciază, fără a fi necesară o asemenea restricție a comerțului impusă distribuitorilor de către recurentă.

Motivul 19 de recurs - prin care a susținut recurenta A. că prima instanță a apreciat greșit probele, stabilind o situație de fapt eronată în ceea ce privește cerința autorizării importurilor paralele, este neîntemeiat.

Argumentul esențial invocat de recurenta A. este acela al scopului urmărit la negocierea clauzei 3.2.6. din contractele propuse distribuitorilor săi, ce viza protejarea mărcii și a reputației sale, restricționând importurile de produse contrafăcute, în lipsa unei legislații adecvate pentru asigurarea acestei protecții, dat fiind faptul că Ordinul MS nr. 1962/2008 a fost adoptat în decembrie 2008, la momentul la care deja A. încheiase 4 contracte de distribuție, iar cadrul normativ al procedurii de autorizare s-a conturat ca o protecție eficientă abia prin modificarea survenită în anul 2010 (prin apariția ordinului MS nr. 1449/2010).

Prima instanță a arătat cu deplin temei pentru ce nu poate fi reținut un astfel de argument, menționarea apariției Ordinului MS nr. 1962/2008 fiind făcută în contextul în care, la acel moment, furnizorul A., derulând negocierile cu distribuitorii săi (cu unii încheind deja contractele de distribuție), urmărea să prevină riscul extinderii sistemului de distribuție prin menținerea exclusivității la import, restricționând importurile paralele, conform documentului din decembrie 2007, intitulat „BCC Logistică și Distribuție în România”, ridicat de Consiliul Concurenței cu ocazia inspecției inopinate ce a avut loc la sediul A.

O astfel de intenție a recurentei reclamante, de împiedicare a achiziționării de produse A. de la alt furnizor decât recurenta, este reliefată și în răspunsul dat de A. distribuitorului B., aflat în anexa 24 a raportului de investigație, sub forma unui comentariu aferent proiectului de contract de distribuție din 2009, în care, în dreptul clauzei 3.2.6 se arată că „A. nu permite prejudicierea intereselor sale prin punerea pe piață a unor produse aparent A., dar în realitate contrafăcute sau necorespunzătoare cerinței pieței din România. Ca titulară a autorizației de punere pe piață, A. SRL este răspunzătoare de toate produsele A. de pe piața din România, astfel că nu poate permite intrarea acestora pe alte căi decât cele verificabile de A.”

Motivul 20 de recurs - în care susține recurenta că prima instanță a pronunțat o hotărâre netemeinică în privința lipsei de atractivitate la import a produselor A., ignorând argumentele sale esențiale, este neîntemeiat.

Argumentele la care se referă recurenta A. sunt, pe scurt, cele legate de diferențele de preț foarte mici între produsele Canesten și Bepanthen, lipsa unei analize a Consiliului Concurenței privind costurile asociate activității de import paralel, pentru a vedea care este marja de profit a distribuitorilor și profitul efectiv pe care aceștia l-ar fi înregistrat, precum și faptul că distribuitorii naționali nu erau interesați în general de activități de import, modelul de afaceri dezvoltat de aceștia fiind în mare parte canalizat către dezvoltarea rețelelor interne.

Un argument distinct în cadrul acestui motiv de recurs este cel legat de interpretarea părtinitoare și profund eronată, în opinia recurentei, a studiului IMS J., depus la dosar.

Înalta Curte reține că, astfel cum s-a cristalizat în practica CJUE, pentru a determina atractivitatea unor produse la import, este necesar a se analiza diferențele de preț între produsele contractuale între statele membre, dat fiind faptul că, potrivit prevederilor art. 5 din Legea nr. 21/1996 și ale art. 101 din TFUE, clauzele privind interzicerea importurilor nu au ca obiect restricționarea concurenței, astfel că este necesar a se stabili dacă aceste clauze au ca efect prevenirea, restricționarea sau denaturarea concurenței.

Atractivitatea la import a unor produse A. rezidă chiar din documentele care au fost ridicate de la sediul A. cu ocazia inspecției inopinate, după cum se arată în punctul 384 din Decizia nr. 98/2011 a Consiliului Concurenței, prețurile evidențiate fiind folosite de recurentă pentru monitorizarea activității de comerț paralel, în scopul asigurării unei reacții corecte față de comerțul paralel cu produsele sale, clauza 3.2.6 fiind inserată în contractul de distribuție în considerarea acestor date.

Argumentele reiterate de recurenta A. în încercarea de a dovedi o lipsă de atractivitate a unor produse ale sale la import nu sunt susținute de înscrisurile depuse la dosar, fapt ce confirmă justetea concluziilor prezentate de Consiliul Concurenței în decizia atacată, în referire la determinarea caracterului atractiv și fezabil al acestor produse.

În referire la lipsa analizei de către Consiliul Concurenței a tuturor aspectelor reliefate de recurenta reclamantă atât prin cererea sa de chemare în judecată, cât și prin răspunsul la întâmpinare, la care aceasta din urmă face trimitere în cadrul recursului, Înalta Curte reține că,

potrivit articolului nr. 2 din Regulamentul nr. 1/2003 al Consiliului Uniunii Europene și jurisprudenței consacrate a CJUE în materie, sarcina probei revine autorității de concurență în ceea ce privește dovedirea încălcării pe care o constată, fapt ce presupune dovedirea elementelor de fapt suficient de precise și de concordante pentru a argumenta că încălcarea investigată a avut loc (hotărârea CEJ din 17 decembrie 1998, C 185/95, paragraful 58, hotărârea CEJ din 6 ianuarie 2004, C-2/01P și C-3/01 P, paragraful 62, Hotărârea Tribunalului de Primă Instanță din 17 septembrie 2007, T- 201/04, paragraful 688).

Corelativ acestei obligații a autorității de concurență, revine întreprinderilor investigate sarcina de a proba o variantă plauzibilă la teza autorității, prin demonstrarea faptului că elementele de probă invocate de autoritate sunt insuficiente, iar suplimentarea acestor dovezi de către partea interesată ar fi de natură a reține că încălcarea nu a avut loc.

Or, în cauza de față, deși recurenta A. se prevalează de aspecte teoretice de determinare a noțiunilor de profit sau atractivitate la import a produselor sale, acestea nu pot avea impactul solicitat, cât timp analiza detaliată a intimatului asupra modului în care s-a restricționat concurența prin inserarea clauzei de la punctul 3.2.6 din contractele încheiate de aceasta cu distribuitorii săi s-a întemeiat pe înscrisuri obținute chiar de la recurentă, ce relevă o altă situație de fapt decât cea reiterată în cererea de recurs.

Studiul IMS J. reține în cuprinsul raportului atractivitatea produselor Bepanthen și Canesten pentru importuri paralele (slide-ul nr. 22 și slide-ul nr. 37 din studiu), iar afirmația recurente, potrivit căreia în perioada 2008-septembrie 2010 nici un distribuitor național din cei peste 29 de distribuitori activi la nivelul României nu obținuse și deținea autorizație de import paralel pentru vreunul dintre produsele A., nu probează o lipsă de atractivitate a acestor produse pentru import, în condițiile în care, în Decizia nr. 98/2011 a Consiliului Concurenței se arată că au fost depuse 10 cereri de obținere a autorizațiilor de import paralel pentru produsele A. de către întreprinderile K. și H. (paragrafele 389 - 392 din decizie).

Clauza de interdicere a exporturilor a făcut obiectul motivelor de recurs nr. 21 - 22, în cadrul cărora a susținut recurenta A. că hotărârea primei instanțe este netemeinică, prin aprecierea eronată asupra probelor și greșita aplicare a legii (motivul nr. 21 de recurs), precum și că prima instanța nu s-a pronunțat asupra unor argumente esențiale ale apărării sale, cu privire la lipsa caracterului ilicit al faptei de a interzice exporturile paralele (motivul 22 de recurs).

Recurenta A., susținând lipsa de atractivitate a produselor sale la export, a arătat că diferențele de preț de 30% nu sunt în realitate profituri, ci posibile diferențe intervenite în lanțul de vânzare, iar documentele interne de prognoză nu au relevanță în aprecierea atractivității la export a unui produs A., cât timp în cuprinsul acestora se analizează oportunitatea unui preț prognozat, teoretic, nu a celui real de pe piață, de revânzare a produsului în alte state UE.

Sunt pe deplin aplicabile și în privința acestui motiv de recurs aspectele reținute de instanța de control judiciar cu privire la sarcina probei ce revine întreprinderii investigate, pentru a dovedi că sunt insuficiente probele pe care Consiliul Concurenței și-a întemeiat argumentele reținute în

descrierea faptelor anticoncurențiale ce au fost săvârșite de cel ce contestă caracterul ilicit al acestor fapte. De altfel, și în analiza clauzei de interzicere a exportului de produse A., intimatul și-a întemeiat concluziile pe documente prelevate de la întreprinderea investigată, ce au servit acesteia pentru luarea deciziilor sale de afaceri.

Recurenta reclamantă a pretins în cuprinsul motivului 22 de recurs că nu s-a pronunțat prima instanță asupra unor argumente esențiale ale sale, fapt ce nu corespunde realității relevate prin conținutul hotărârii atacate.

Astfel, reține instanța de control judiciar că au fost analizate în primă instanță argumentele A. referitoare la faptul că intimatul nu a cercetat dacă distribuitorii au exportat cu precădere medicamentele RX sau OTC, în condițiile în care prețul este vizibil diferențiat între cele două categorii de medicamente. Se observă din analiza sentinței recurate că, în examinarea acestei chestiuni, judecătorul fondului trimite la paragrafele din decizia contestată în care Consiliul Concurenței reține caracterul atractiv al produselor A. pentru export, atât pentru medicamentele OTC (paragraful 299), cât și pentru cele RX (paragrafele 305, 306, 307).

A susținut recurenta că era necesară o distincție clară a celor două categorii de medicamente din perspectiva analizei gradului de atractivitate al comerțului paralel cu fiecare dintre aceste tipuri de produse, prezumând aceasta că medicamentele OTC nu sunt atractive din punct de vedere financiar, astfel că exportul nu a fost o opțiune pentru distribuitori.

În deplin acord cu judecătorul fondului, reține Înalta Curte că o astfel de distincție între atractivitatea la export a medicamentelor OTC și a celor RX este irelevantă din punctul de vedere al încălcării regulilor de concurență, fiind evident că prin conținutul său, clauza de interzicere a exporturilor are un caracter anticoncurențial, limitând comerțul la nivel național, cu excluderea posibilității de circulație a produselor A. în Uniunea Europeană/Spațiul Economic European (SEE).

Clauza inserată la punctul 3.2.7 din contractele ce au format obiectul investigației finalizate cu emiterea Deciziei nr. 98/2011 a Consiliului Concurenței este una cu un caracter anticoncurențial, dat fiind faptul că prin conținutul său, se interzicea distribuitorilor de medicamente „să exporte, direct sau indirect, produsele A. pe care le-a achiziționat, întrucât nici A. nu are dreptul de a le exporta în alte teritorii, fiind pregătite pentru distribuție numai pe piața din Teritoriu, conform legislației specifice”, iar în cazul B. clauza făcea referire doar la exporturile active. Un astfel de conținut contractual ce prevede o interdicție de acest gen intră sub incidența regulilor de concurență reglementate atât de art. 101 alin. (1) din TFUE, cât și de art. 5 alin. (1) din Legea nr. 21/1996, nefiind necesar să se arate efectele anticoncurențiale atunci când se demonstrează că obiectul înțelegerii este anticoncurențial.

Printr-o astfel de înțelegere materializată în contractele de distribuție părțile implicate au ajuns să împartă piețele de desfacere ori sursele de aprovizionare, precum și să limiteze distribuția medicamentelor.

Jurisprudența constantă a CJUE a stabilit că restricțiile directe la export au obiect anticoncurențial, chiar dacă înțelegerea nu are ca scop restrângerea concurenței, ci urmărește alte scopuri legitime (Hotărârea CJUE din 9 februarie 1978, C 19/77, paragraful 7, Hotărârea din 19 mai 1999, T 176/95, paragraful 104).

2. Motivul de recurs inserat la punctul X din cererea recurentei A. (fila 18 din petiția de recurs), referitor la soluția primei instanțe cu privire la existența vinovăției, ca element constitutiv al faptei contravenționale, nu arată în concret care sunt criticile aduse sentinței atacate sub acest aspect, făcând astfel imposibil controlul judiciar asupra chestiunii expuse de recurentă.

Asupra chestiunii antamate de recurentă, privind exonerarea sa de vinovăție pentru faptul că s-a încrezut în sfatul avocatului extern, reține instanța de control judiciar că o astfel de susținere este nefondată, jurisprudența CJUE în materie statuând astfel (Hotărârea CJUE din 18 iunie 2013, C 681/11 paragraful 41): ”rezultă că o opinie juridică furnizată de un avocat nu poate susține în niciun caz încrederea legitimă a unei întreprinderi în sensul că comportamentul său nu încalcă articolul 101 TFUE sau nu va conduce la aplicarea unei amenzi.”

3. Criticile recurentei privind soluția primei instanțe referitoare la gravitatea faptei au fost expuse în cadrul motivului 13 de recurs.

Motivul 13 de recurs - vizând nereșinerea în cuprinsul soluției atacate a argumentelor prezentate în fața primei instanțe în legătură cu gravitatea faptelor anticoncurențiale, este neîntemeiat.

A susținut recurenta, ca motiv de nelegalitate în cererea sa chemare în judecată, că fapta anticoncurențială sancționată prin Decizia nr. 98 din 27 decembrie 2011 nu era de gravitate medie, astfel cum a stabilit Consiliul Concurenței, ci de gravitate mică, potrivit argumentelor invocate în acest sens.

În calea recursului, critica recurentei vizează faptul că prima instanță nu a analizat toate argumentele care i-au fost prezentate de A., motivarea judecătorului fiind bazată pe aspectele reliefate de Consiliul Concurenței.

În legătură cu gravitatea faptei anticoncurențiale sancționate prin Decizia nr. 98/2011 a Consiliul Concurenței este de menționat că s-a conturat practica unitară a instanței de control judiciar în sensul reținerii corecte a încadrării acestei fapte într-una de gravitate medie, în privința contractelor de distribuție încheiate cu producătorul A., astfel cum corect a stabilit autoritatea de concurență în actul sancționator (Decizia nr. 838 din 25 februarie 2015 a ÎCCJ pronunțată în Dosarul nr. z/2/2012, Decizia nr. 3827 din 15 octombrie 2014 a ÎCCJ pronunțată în Dosarul nr. x1/2/2012, Decizia nr. 4408 din 19 ianuarie 2014 a ÎCCJ, pronunțată în Dosarul nr. x2/2/2012).

În determinarea gravității faptei anticoncurențiale a recurentei A., Consiliul Concurenței a avut în vedere faptul că, interzicerea importului de produse A., precum și a exporturilor active și pasive ale acestor produse, afectează zone extinse ale pieței relevante.

Atractivitatea la export a produselor A. a fost dovedită de Consiliul Concurenței în cuprinsul Deciziei nr. 98/2011, iar punctul de vedere al distribuitorului C., în sensul că „interesul este foarte scăzut, chiar inexistent, pentru generice sau OTC-uri...” nu poate schimba concluzia argumentată a reținerii unei gravități medii a faptelor anticoncurențiale în care a fost implicată recurenta, cât timp distribuitorii cu care aceasta a încheiat contracte erau activi pe piață, cumulând un procent de 60% din totalul pieței de distribuție en-gros de medicamente.

Au fost avute în vedere și alte criterii care au definit nivelul de gravitate reținut în sarcina recurentei A., respectiv cotele de piață ale anumitor produse A. (de exemplu Bepanthen ori Elevit), prețul unor produse A. în România față de prețul aceluiași produse în statele membre UE, fără ca probele administrate de recurenta A. să poată conduce la pronunțarea unei alte soluții decât cea a primei instanțe.

De altfel, înțelegerea anticoncurențială săvârșită de recurenta A. reprezintă un acord pe verticală, ce are ca obiect și ca efect restricționarea concurenței, încălcând prevederile art. 5 alin. (1) din Legea nr. 21/1996 și ale art. 101 alin. (1) din TFUE, fapta fiind considerată, în practica instanțelor de drept european și a Comisiei Europene, a fi o restricționare gravă a concurenței, prin împiedicarea unui principiu fundamental al Tratatului UE, cel de creare a pieței unice (C 19/77, Miller International Schallplatten GmbH vs Comisia).

4. Criticile recurente privind soluția primei instanțe referitoare la durata faptei au fost grupate în cuprinsul motivelor 14 - 16 de recurs.

Motivul 14 de recurs - prin care recurenta a invocat faptul că preluarea identică a unor paragrafe din actul administrativ atacat nu îndeplinește cerințele de motivare necesare pentru asigurarea dreptului la un proces echitabil, este neîntemeiat.

Preluarea de către prima instanță a unor argumentele prezentate de intimatul Consiliul Concurenței în motivarea actului administrativ atacat nu poate determina, de plano, o nelegalitate a hotărârii atacate, cât timp în cuprinsul acesteia se regăsesc aspecte care conturează raționamentul logico-juridic al judecătorului cauzei, iar soluția corectă a primei instanțe poate fi suplinită printr-o argumentare proprie a instanței de control judiciar.

Însă, în cauza de față, aserțiunile recurente privind preluarea integrală de către prima instanță a concluziilor prezentate de Consiliul Concurenței în paragrafele 482 - 483 din decizia contestată, nu se confirmă, aspectele reliefate în cuprinsul sentinței atacate, la filele 16 - 18, paragraful 4, reprezentând expunerea raționamentului logico-juridic al judecătorului fondului.

Motivul 15 de recurs - prin care s-a invocat greșita aplicare a legii de către prima instanță cu privire la teritorialitatea legii române și neincidența sa cu privire la pretinsa faptă de interzicere a exporturilor din afara Spațiului economic european (SEE), este neîntemeiat.

Recurenta A. a opinat că autoritatea națională de concurență este competentă să constate încălcarea dispozițiilor Legii concurenței doar cu privire la faptele care au ca obiect restrângerea

concretenței în România sau care au impact efectiv pe teritoriul României, nu și cele care derivă din capacitatea unor distribuitori de a concura pe o piață din afara SEE.

În esență, se reține în calea controlului judiciar faptul că nici prin actul adițional propus celor 6 distribuitori după declanșarea investigației nu a fost eliminată clauza care interzicea exportul de produse A. în afara spațiului Uniunii Europene sau SEE, astfel încât contractele încheiate de A. cu distribuitorii E., F., G., C. și D. conțineau clauza de limitare a vânzărilor pasive, aptă de a afecta concurența pe piața românească, fapt ce determină aplicabilitatea art. 5 din Legea nr. 21/1996, incident pentru acte și fapte care sunt săvârșite pe teritoriul României, de întreprinderi active în România și care au aptitudinea de a afecta teritoriul național.

În mod corect a stabilit prima instanță, în concordanță cu argumentele inserate de autoritatea de concurență în decizia atacată, faptul că restricționarea vânzărilor pasive reprezintă o restricție esențială gravă, prin obiect, a concurenței, ce afectează structura pieței de distribuție din România și, nu în ultimul rând, consumatorul român.

Se observă însă că, limitându-se la enunțarea unui principiu general de drept, acela al teritorialității legii naționale, recurenta nu a prezentat criticile sale concrete asupra soluției primei instanțe cu privire la reținerea incidenței dispozițiilor art. 5 din Legea nr. 21/1996 în analiza clauzelor cu potențial anticoncurențial ce au fost avute în vedere la stabilirea faptelor sancționate prin Decizia nr. 98/2011.

Potrivit prevederilor art. 25 alin. (1) și (2) din Legea nr. 21/1996, Consiliul Concurenței are atribuții de a efectua investigații și de a lua decizii privind aplicarea art. 5 din lege și a art. 101 și 102 din TFUE, iar în Hotărârea CJUE pronunțată în cauza C 681/11, la punctul 35 se arată că „articolul 5 din Regulamentul nr. 1/2003 definește competența autorităților de concurență ale statelor membre pentru aplicarea articolelor 101 TFUE și 102 TFUE și prevede că aceste autorități pot, printre altele, să impună amenzi, penalități cu titlu cominatoriu sau orice alte sancțiuni prevăzute de dreptul lor național. Or, din modul de redactare a articolului menționat nu rezultă că adoptarea măsurilor de aplicare prevăzute de acest regulament impune îndeplinirea unor condiții de natură subiectivă.”

Nu poate fi reținut argumentul recurente referitor la competența Consiliului Concurenței doar pentru restricții ale concurenței pe piața națională, în condițiile în care analiza noțiunilor de „piață relevantă” și „piață geografică” a relevat efectele produse asupra pieței românești, prin izolarea acesteia de alte piețe din spațiul UE/SEE, faptele fiind săvârșite de întreprinderi active din România, pe teritoriul național, cu potențial de afectare a acestui teritoriu.

Motivul 16 de recurs - în care s-a invocat de către recurentă faptul că prima instanță a omis să se pronunțe cu privire la tratamentul discriminatoriu aplicat distribuitorilor D., B. și C., ale căror fapte au fost calificate ca având o durată mică, în loc de medie, este neîntemeiat.

În analiza duratei faptei anticoncurențiale săvârșite de A. Consiliul Concurenței a avut în vedere activitatea acestei persoane investigate în funcție de fiecare distribuitor, iar semnarea actului

adițional de clarificare și interpretare a contractului de distribuție de către B., D. și C. a condus la reținerea, în privința acestora, a încetării faptei anticoncurențiale.

Cum recurenta A. era în continuare legată de obligațiile contractuale cu ceilalți distribuitori, în executarea contractelor care aveau inserate clauzele anticoncurențiale sancționate, pentru aceasta s-a reținut încălcarea art. 101 din TFUE și a art. 5 din Legea nr. 21/1996 în perioada decembrie 2008 - decembrie 2010, ceea ce relevă un tratament juridic adecvat pentru situații diferite în care s-au aflat actorii contractelor de distribuție indicați de recurentă, în cauză nefiind dovedită existența vreunui tratament discriminatoriu rezultat din aplicarea diferită a normelor legale la situații de fapt similare.

5. Criticile recurente, aduse soluției primei instanței cu privire la stabilirea nivelului de bază al amenzii, fiind invocate încălcarea principiului proporționalității, au fost grupate în motivele 10 - 12 de recurs.

Motivul 10 de recurs - referitor la faptul că motivarea primei instanțe este străină de argumentele reclamantei A., echivalând astfel cu o nemotivare, este neîntemeiat.

A susținut recurenta că nu a solicitat în fața primei instanțe beneficiul aplicării principiului proporționalității prin raportare la prevederile art. 52 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 21/1996, ci prin raportare la prevederile art. 2 alin. (3) din Legea nr. 21/1996, cu trimitere la prevederile art. 2 alin. (1) lit. n) din Legea nr. 554/2004, privind definiția excesului de putere.

Temeiul juridic al amenzii aplicate recurentei reclamante îl reprezintă prevederile art. 51, alin. (1), lit. a) din Legea nr. 21/1996, în vigoare la momentul constatării faptei

În analiza raportului de proporționalitate între faptele săvârșite și amenda aplicată furnizorului A., prima instanță a făcut trimitere la Decizia nr. 490/2013 a Curții Constituționale, ce a avut ca obiect excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor articolului 51 alin. (1), lit. a) din Legea concurenței nr. 21/1996, pentru a justifica împrejurarea că sancțiunea amenzii este proporțională față de scopul urmărit de lege și respectă dreptul de proprietate al reclamantei A., garanta de Constituție și de CEDO.

Împrejurarea că nu se regăesc în considerentele sentinței atacate reținerile primei instanțe în analiza excesului de putere invocat de A. în exercitarea atribuțiilor de către autoritatea națională de concurență nu poate determina o altă soluție decât cea pronunțată de judecătorul fondului.

Instanța de recurs, reținând că soluția recurată este una corectă, poate suplini argumentele care au format raționamentul logico-juridic al primei instanțe, completând, ori, după caz, substituind motivarea prin considerente proprii, ce justifică soluția pe care o examinează în calea de atac.

Conturarea unui exces de putere are loc în situația în care sunt depășite limitele legale ale dreptului de apreciere în raport de scopul legii, iar respectarea principiului proporționalității necesită ca măsurile individuale dispuse de autoritățile publice să nu depășească ceea ce este

adecvat și necesar pentru a atinge scopul urmărit, astfel încât efectele asupra particularilor să nu fie excesiv de împovărătoare în raport cu scopul vizat.

Este de reținut că, în stabilirea cuantumului amenzii aplicate recurenteii reclamante, Consiliul Concurenței s-a orientat spre un minim posibil, în condițiile reținerii circumstanței agravante rezultate din rolul acesteia de inițiator al înțelegerii anticoncurențiale, fiind astfel respectat principiul proporționalității, cu luarea în considerare a tuturor factorilor determinanți, precum cifra totală de afaceri a întreprinderii, ponderea activității în cadrul căreia s-au încheiat înțelegerile anticoncurențiale, menținerea viabilității întreprinderii prin evitarea împovărării excesive a acesteia și afectarea întregii sale activități, iar nu în ultimul rând, asigurarea caracterului disuasiv al sancțiunii.

Totodată, se reține că, în aplicarea criteriilor care asigură proporționalitatea sancțiunii în raport de faptele săvârșite și de celelalte criterii de circumstanțiere a amenzii, Consiliul Concurenței a avut în vedere jurisprudența CJUE și a Tribunalului de Primă Instanță (T 452/05, Hotărârea din 28 aprilie 2010, paragrafele 78-79; T-39/06, Hotărârea din 5 octombrie 2011, paragraful 197; T - 38/07, Hotărârea din 13 iulie 2007, paragraful 175), precum și orientările practice ale Comisiei Europene.

Motivul 11 de recurs - prin care a susținut recurenta că prima instanță nu a avut în vedere celelalte soluții ale instanțelor de reducere a amenzii aplicate distribuitorului F. în cadrul aceleiași investigații, fiind astfel creat un tratament distinct pentru situații identice, este neîntemeiat. (din eroare, probabil, recurenta a menționat E.)

În analiza modului de aplicare a principiului proporționalității pentru fiecare dintre părțile implicate în înțelegerea anticoncurențială sunt avute în vedere criteriile care permit circumstanțierea sancțiunii pecuniare în funcție de rolul fiecărei întreprinderi în săvârșirea faptelor investigate, astfel cum rezultă atât din normele naționale incidente, cât și din practica în materie a Comisiei Europene.

Este de remarcat de la bun început că recurenta A. a avut în cadrul înțelegerilor anticoncurențiale analizate calitatea de furnizor, în folosul său economic fiind inserate clauzele cu vădit efect anticoncurențial din cuprinsul articolelor 3.2.6 și 3.2.7 din contractele încheiate cu cei 6 distribuitori, iar situația considerată de recurentă a fi identică celei de față este cea în care s-a aflat distribuitorul F., pentru care au fost avute în vedere alte repere, ce au justificat diminuarea amenzii în aplicarea principiului proporționalității. Așadar, nu poate fi vorba de situații identice, cele două părți fiind situate pe poziții diferite, avantajele urmărite prin încheierea contractului de distribuție fiind produse în patrimoniul A.

Motivul 12 de recurs - vizând faptul că, în opinia recurenteii, prima instanță a ignorat argumentul său referitor la încălcarea dreptului de proprietate și a principiului proporționalității prin stabilirea nivelului de bază al amenzii prin raportare la cifra de afaceri a sa, și nu prin raportare la cifra de afaceri obținută ilicit.

Potrivit dispozițiilor art. 51, alin. (1), lit. a) din Legea nr. 21/1996, „constituie contravenții și se sancționează cu amendă de la 0,5% la 10% din cifra de afaceri totală realizată în anul financiar anterior sancționării următoarele fapte, săvârșite cu intenție sau din neglijență de întreprinderi sau asociații de întreprinderi:

a) încălcarea prevederilor art. 5 și 6 din prezenta lege, precum și a prevederilor art. 101 și 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.”

La stabilirea sancțiunii aplicabile persoanei investigate, Consiliul Concurenței a avut în vedere cifra totală de afaceri a întreprinderii sancționate, A. SRL, fără a prezenta relevanță organizarea în cadrul acestei unice întreprinderi a activității sale în divizii distincte sau în oricare altă formă convențională ce ține de oportunitatea de afaceri. Prin urmare, nu există nici un temei legal de stabilire a amenzii contravenționale în raport de cifra de afaceri realizată pe piața relevantă, cât timp prevederile legale anterior citate au în vedere ca reper al aplicării procentului sancționator cifra totală de afaceri a întreprinderii sancționate.

6. Criticile recurente reclamate privind greșita reținere a circumstanței agravante izvorând din rolul de inițiator al faptei ilicite au fost grupate în cuprinsul motivelor de recurs nr. 4 - 5.

Motivul 4 de recurs - prin care a susținut recurenta A. că motivarea primei instanțe este străină de argumentele sale cu privire la neincidența circumstanței agravante, argumente care au vizat inexistența scopului calificat tipic pentru inițiatorii încălcării normelor, este neîntemeiat.

În deplin acord cu judecătorul primei instanțe, reține Înalta Curte că rolul de inițiator al înțelegerii care a fost calificată ca fiind una anticoncurențială a venit recurente reclamate A., iar scopul pretins de aceasta, de protecție în fața unor eventuale acțiuni de contrafacere, nu a fost singurul prefigurată, clauzele contractelor de distribuție urmărind asigurarea unui interes comercial propriu, nefiind modificate nici după atenționările repetate ale distribuitorilor asupra chestiunilor de concurență pe care acestea le cuprindeau.

Așadar, nu doar redactarea primului proiect de contract a fost avută în vedere de către intimatul Consiliul Concurenței, ci și atitudinea recurente reclamate A. după acest moment, de refuz al modificării/înlăturării clauzelor de la punctele 3.2.6 și 3.2.7, în pofida aspectelor semnalate de distribuitori, privind conținutul lor cu posibil caracter anticoncurențial pe piața internă și externă, precum și de control al punerii în aplicare a interdicțiilor prevăzute în aceste clauze, prin intermediul clauzelor de monitorizare și de reziliere a contractelor încheiate cu cei 6 distribuitori.

Motivul 5 de recurs - în care se arată că motivarea primei instanțe se referă la altă circumstanță atenuantă, ceea ce a condus la menținerea unei duble sancțiuni pentru aceeași faptă, este neîntemeiat.

A susținut recurenta în cadrul acestui motiv că instanța de fond, în loc să analizeze argumentele sale privind inexistența circumstanței agravante rezultată din rolul de inițiator al înțelegerii anticoncurențiale, a analizat aspectele relevate în susținerea incidenței circumstanței atenuante a bunei sale credințe.

Înalta Curte observă că, în analiza elementului volițional care a determinat atitudinea manifestată de recurenta reclamantă A. în cadrul negocierii și semnării contractelor între aceasta și distribuitorii implicați în investigația Consiliului Concurenței, era necesar, astfel cum a procedat prima instanță, să se evidențieze felul în care o astfel de conduită a putut să conducă, pe de o parte, la reținerea unei circumstanțe agravante asupra autorului respectivului comportament, iar pe de altă parte, la înlăturarea circumstanței atenuante a bunei credințe, ca urmare a aceluiași comportament manifestat până la semnarea contractelor și ulterior, în derularea respectivelor convenții încheiate cu distribuitorii săi.

Este real că rolul de inițiator nu poate conduce, de plano, la excluderea bunei credințe a celui care se află în această poziție, însă, raportat la circumstanțele particulare ale speței, recurenta A. nu a putut fi considerată a fi de bună credință, cât timp a fost atenționată de distribuitori asupra posibilelor implicații cu caracter anticoncurențial pe care le produc clauzele propuse de A. în contractele de distribuție, iar atitudinea recurentei a fost una inflexibilă, de menținere a conținutului acestor clauze în continuare, chiar și după declanșarea investigației de către Consiliul Concurenței.

Deși recurenta a susținut că trebuia disociat rolul de inițiator de chestiunea bunei credințe, instanța de recurs observă că analiza efectuată de Consiliul Concurenței în individualizarea sancțiunii prin aplicarea acestei circumstanțe agravante a avut în vedere faptul că întregul comportament anticoncurențial era destinat interesului comercial al recurentei A., care, prin clauzele inserate, avea posibilitatea nu numai de a restricționa regulile de concurență naționale și europene, dar chiar să controleze punerea în aplicare a acestor clauze cu potențial anticoncurențial, prin intermediul clauzelor de monitorizare din contractele încheiate cu distribuitorii.

7. Criticile recurentei privind soluția primei instanțe de neacordare a beneficiului circumstanței atenuante privind lipsa efectelor substanțiale asupra pieței au fost prezentate în cuprinsul motivului 17 de recurs.

Motivul 17 de recurs - privind nepronunțarea instanței asupra argumentelor A. referitoare la neacordarea circumstanței atenuante privind lipsa efectelor substanțiale asupra pieței, este neîntemeiat.

Recurenta A. a susținut că nu s-au produs dovezi cu privire la efectele pretinselor încălcări asupra pieței și, cu atât mai puțin, dovezi cu privire la efectele substanțiale asupra pieței.

În analiza sintagmei „afectare semnificativă a comerțului între statele membre” Consiliul Concurenței a arătat în mod amplu și temeinic care sunt condițiile pentru care s-a constatat incidența prevederilor art. 101 din TFUE, dând eficiență prezumțiilor relative cristalizate în practica Comisiei Europene și a CJUE, prezumții în contra cărora nu a dovedit recurenta A. existența unei alte situații decât cea reținută în decizia contestată.

Nu au fost negate de către recurenta A. datele statistice reținute în cuprinsul deciziei atacate, referitoare la stabilirea caracterului apreciabil al afectării comerțului între statele membre, în care se relevă o depășire a cotei de 5% din totalul pieței relevante și o cifră de afaceri de peste 40 de milioane pentru produsele la care se referă clauzele anticoncurențiale, ceea ce determină, într-o interpretare per a contrario, înlăturarea prezumției negative stabilite de Comisia Europeană pentru a nu se reține o atingere în mod semnificativ a comerțului dintre statele membre.

În privința noțiunii de „comerț între statele membre”, clauzele de interdicere a importului și a exportului de produse A. au fost apte să împiedice distribuitorii implicați să își vândă produsele sau să se aprovizioneze de pe alte piețe, ceea ce creează un potențial de atingere a comerțului între statele membre.

8. Criticile recurente referitoare la soluția primei instanțe de neacordare a beneficiului circumstanței atenuante a încetării faptelor de îndată ce a început investigația au reluat argumentele prezentate în cuprinsul motivelor de recurs 14, 15 și 16.

Fără a fi repetate considerentele expuse anterior în combaterea aserțiunilor recurente din cadrul acestor motive, Înalta Curte reține că, astfel cum a fost formulat punctul 2 din cuprinsul actului adițional în vederea clarificării și interpretării contractului de distribuție, clauza 3.2.7 din contract „are scopul de a împiedica orice export de produse A. în afara spațiului Uniunii Europene sau a Spațiului economic european. Prin urmare, această clauză trebuie interpretată în mod exclusiv ca având acest scop.”

O astfel de clarificare nu exclude potențialul anticoncurențial al clauzei pe care o explicitează, fapt pentru care în mod corect a reținut atât Consiliul Concurenței, cât și prima instanță, că limitarea în continuare a vânzărilor pasive reprezintă în mod cert o restricție a concurenței, prin obiect, încălcarea art. 5 din Legea nr. 21/1996 fiind realizată și după declanșarea investigației, ceea ce exclude acordarea beneficiului solicitat de recurentă, cel al aplicării circumstanței atenuante constând în încetarea faptelor imediat după începerea investigației.

9. Criticile recurente privind soluția primei instanțe referitoare la greșita neacordare a beneficiului circumstanței atenuante a lipsei de intenție cu care s-a săvârșit fapta (buna sa credință) au fost grupate în cuprinsul motivelor de recurs nr. 8 - 9.

Motivul 8 de recurs - vizând greșita soluție a primei instanțe, de respingere ca tardivă a probei testimoniale (audierea martorei I.), este neîntemeiat.

La dosarul înregistrat la prima instanță spre rejudecare, reclamanta A. a justificat solicitarea sa de încuviințare a probei testimoniale cu audierea martorei I. pe necesitatea dovedirii capetelor de cerere nr. 2 și nr. 4.7 din cererea modificatoare, aceasta fiind teza probatorie analizată la termenul de judecată din 24 februarie 2015.

Fiind corect reținută tardivitatea depunerii unei cereri modificatoare a acțiunii inițiale, după casarea primei hotărâri și trimiterea cauzei spre rejudecare, soluția judicioasă a fost cea de reține că reclamanta este decăzută din dreptul de a mai propune dovezi care exced câmpului de aplicare

a dispozițiilor art. 138 vechiul C. proc. civ., soluția criticată fiind una legală și temeinică. În lipsa unor îndrumări date de instanța de recurs cu privire la probele care ar putea fi administrate cu ocazia rejudecării, decizia de casare pronunțată în cauză impune reevaluarea probatoriului administrat în primul ciclu procesual, în vederea stabilirii situației de fapt și aplicării normelor de drept incidente, în rejudecarea cauzei, astfel cum s-a dispus.

Motivul 9 de recurs - prin care recurenta A. a susținut că prima instanță a omis a se pronunța asupra unui argument esențial, respectiv incidența jurisprudenței recente a CEJ în Cauza C-681/11 Schenker și Co.AG, este neîntemeiat.

Verificând motivele de nelegalitate invocate în cuprinsul cererii de chemare în judecată, se reține că reclamanta A., la punctul 5.2.1, justificând buna sa credință anterior începerii investigației, a arătat că s-a încrezut în sfatul juridic al avocatului extern, fără să realizeze posibilitatea interpretării clauzelor contractuale într-un context anticoncurențial.

Acest aspect a fost analizat de către judecătorul fondului în cuprinsul sentinței atacate, iar neînsușirea de către instanță a jurisprudenței CEJ invocată de A. nu determină, în contextul factual al speței, o nelegalitate a hotărârii recurate. Pe de altă parte, Înalta Curte observă că invocarea de către recurentă a hotărârii pronunțate în cauza C- 681/11, sub aspectul reținerii unei circumstanțe atenuante în ipoteza unei fapte concurențiale bazate pe sfatul avocatului extern, nu poate fi avută în vedere în situația de față, cât timp analiza instanței europene asupra posibilității de reducere a amenzii s-a realizat în cadrul politicii de clemență, program care presupune alte condiții de îndeplinit decât cele din litigiul de față.

10. Criticile recurente A. privind soluția primei instanțe referitoare la neacordarea beneficiului circumstanței atenuante a cooperării pe durata investigației au fost grupate în cuprinsul motivelor de recurs 6 - 7.

Motivul 6 de recurs - prin care recurenta a susținut că instanța de fond a ignorat argumentele sale esențiale, ceea ce echivalează cu o nepronunțare asupra motivului de nelegalitate, este neîntemeiat.

Potrivit prevederilor cuprinse în Capitolul III, secțiunea C, lit. c) din Instrucțiunile aprobate prin Ordinul Președintelui Consiliului Concurenței nr. 420/2010, „nivelul de bază al amenzii va fi redus atunci când Consiliul Concurenței constată că există circumstanțe atenuante, precum: c) întreprinderea implicată a colaborat în mod efectiv și pe deplin cu Consiliul Concurenței în afara domeniului de aplicare al politicii de clemență, reglementată la art. 51 alin. (3) din lege și dincolo de obligația sa legală de a coopera.”

A susținut recurenta că, pe durata investigației, a depus înscrisuri nesolicitate de către Consiliul Concurenței, însă folosite de acesta împotriva sa, exemplificând cu raportul emis de IMS J., care a fost interpretat de autoritatea de concurență ca dovedind pretinsa atractivitate la export și la import a anumitor produse A., iar prima instanță nu a analizat aceste argumente și probe. Totodată, a mai pretins recurenta că argumentul esențial care trebuia avut în vedere este acela al

faptului că aceasta a propus celor 6 distribuitori semnarea unui act adițional menit să elimine clauzele sancționabile.

Sub un prim aspect, reține Înalta Curte că prima instanță a analizat incidența acestei circumstanțe prin prisma condițiilor stipulate prin norma legală care o prevede, stabilind, în raționamentul logico-juridic relevat în hotărâre, că nu s-a dovedit în cauză existența unei colaborări efective și depline cu autoritatea de concurență, dincolo de obligația sa legală de a colabora.

Este corect un astfel de raționament, care va fi astfel validat în calea controlului judiciar, prin care se analizează cerința unei norme legale a cărei aplicare este solicitată, pornind de la condițiile pe care această normă le prescrie, urmând a se concluziona dacă argumentele părții care invocă o astfel de solicitare probează aplicabilitatea circumstanței atenuante prevăzute de textul de lege analizat.

Nu se poate vorbi în cauză despre o nepronunțare asupra motivului de nelegalitate constând în nereținerea de către Consiliul Concurenței a unor circumstanțe atenuante invocate de recurenta reclamantă A., cât timp fiecare dintre aceste circumstanțe atenuante a fost analizată de prima instanță, care a expus astfel considerentele proprii cu privire la incidența sau neincidența acestora în stabilirea cuantumului final al amenzii aplicate prin decizia contestată.

Sub un al doilea aspect, asupra fondului chestiunii supuse analizei, s-a pretins de către recurenta A. beneficiul circumstanței atenuante pentru colaborarea sa cu autoritatea de concurență după declanșarea investigației.

Această conduită a fost corect încadrată de Consiliul Concurenței și de către prima instanță în categoria celor care nu determină aplicarea circumstanței atenuante solicitate, cât timp întreprinderea implicată a avut acel comportament firesc de a conferi răspunsuri la întrebările adresate și de a colabora în cadrul legal al investigației, fără a manifesta o activitate mai presus de obligația sa legală de cooperare.

Jurisprudența constantă a CJUE în materie statuează că „ în această privință, [...] o reducere a amenzii [...] poate fi justificată numai atunci când o întreprindere furnizează informații Comisiei fără să fi fost solicitată. Astfel, potrivit unei jurisprudențe constante, comportamentul întreprinderii vizate trebuie nu numai să faciliteze sarcina Comisiei de a constata existența unei încălcări, ci să dea de asemenea dovadă de un veritabil spirit de cooperare (a se vedea în acest sens Hotărârea Dansk Rørindustri și alții/Comisia, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P și C-213/02 P, EU:C:2005:408, punctele 395 și 396, precum și Hotărârea Schenker & Co. și alții, C-681/11, EU:C:2013:404, punctul 48).”

Documentele pe care recurenta A. le-a depus în cursul investigației nu au fost de natură să contribuie la relevarea unor aspecte importante legate de faptă sau de persoanele implicate în săvârșirea faptei, astfel că nu poate fi reținut caracterul lor esențial de a situa colaborarea dintre A. și autoritatea de concurență mai presus decât respectarea obligației legale de cooperare în desfășurarea investigației deschise asupra sa.

Propunerea de către recurenta reclamantă a actului adițional de modificare a clauzelor sancționabile nu se încadrează în sfera comportamentului de cooperare cu autoritatea de concurență, în scopul urmărit de a beneficia de circumstanța atenuantă dedusă din această manifestare de excede obligației legale, astfel că prima instanță a reținut în considerentele sale doar aspectele relevate de norma legală ce reglementează circumstanța a cărei incidență a fost solicitată.

Motivul 7 de recurs - prin care a susținut recurenta că prima instanță a făcut o aplicare greșită a legii, apreciind că circumstanța atenuantă a cooperării se aplică doar dacă persoana investigată dă detalii despre faptă și făptuitori, ceea ce implică existența unei confuzii cu instituția clemenței, este neîntemeiat.

Hotărârea atacată nu relevă o astfel de confuzie, fiind analizată la fila 20 a sentinței atacate, paragraful numerotat 5.2.3, cooperarea A. cu autoritatea de concurență, care, în opinia recurente, se situează peste limitele obligației legale, fără a se antama aspecte referitoare la politica de clemență.

Aserțiunile recurente privind distincțiile dintre procedura recunoașterii faptei anticoncurențiale și realizarea sarcinii de cooperare dincolo de obligația legală depășesc limitele motivului de nelegalitate reclamat la punctul 5.2.3 din acțiunea sa privind anularea actului administrativ contestat (Decizia nr. 98/2011 a Consiliului Concurenței).

11. Criticând sentința atacată sub aspectul neacordării de către judecătorul fondului a circumstanței atenuante izvorând din legea contravențională mai favorabilă, recurenta a formulat primele trei motive de recurs circumscrise acestei soluții.

Motivul 1 de recurs - în care a susținut recurenta că este greși aplicată legea, prin faptul că prima instanță a statuat că nu este obligatorie pentru Consiliu aplicarea circumstanței atenuante, este neîntemeiat.

Instrucțiunile aflate în vigoare la momentul emiterii Deciziei nr. 98/2011 au fost modificate prin Ordinul Președintelui Consiliului Concurenței nr. 898 din 6 decembrie 2011, având în prezent următorul conținut: „nivelul de bază al amenzii va fi redus atunci când Consiliul Concurenței constată că există circumstanțe atenuante, precum:

b1) cifra de afaceri realizată pe piața/piețele pe care a avut loc încălcarea reprezintă o parte relativ redusă, de până la 20% din cifra de afaceri totală a întreprinderii, cu condiția ca acest fapt să poată fi stabilit cu certitudine.

În cazul întreprinderilor active pe un număr mare de piețe și care dispun de resurse financiare considerabile, Consiliul Concurenței va aplica această circumstanță doar dacă estimează că efectul disuasiv/preventiv al sancțiunii poate fi atins în acest mod.

Nivelul de bază poate fi redus cu până la 25% în cazul acestei circumstanțe.”

Caracterul obligatoriu al aplicării de către Consiliul Concurenței a acestei circumstanțe atenuante ar fi putut fi reținut doar în ipoteza în care Ordinul nr. 898/2011 n-ar fi prevăzut și situația de excepție care permite intimatului să analizeze oportunitatea reducerii amenzii stabilite prin valorificarea circumstanței atenuante introduse la punctul b¹), în funcție de asigurarea realizării scopului disuasiv/preventiv al sancțiunii astfel diminuate.

Or, în condițiile în care o astfel de excepție permite a se aprecia de către cel ținut să stabilească cuantumul amenzii în ce măsură se justifică menținerea efectului urmărit prin aplicarea circumstanței atenuante a cifrei de afaceri reduse, în raport de cifra totală a întreprinderii, textul vizat de primul alineat al punctului b¹) din Instrucțiunile modificate prin Ordinul nr. 898/2011 nu mai poate avea un caracter imperativ.

Motivul 2 de recurs - prin care s-a criticat ignorarea de către instanța de fond a argumentelor prezentate de reclamantă în legătură cu necesitatea sancționării excesului de putere al Consiliului, este nefondat.

Recurenta a susținut că ignorarea de către prima instanță a argumentației sale privind caracterul arbitrar al deciziei adoptate de Consiliul Concurenței de a acorda sau nu circumstanța atenuantă este de natură a crea un viciu asupra hotărârii atacate a cărui remediere nu se poate realiza decât prin casarea acestei hotărâri.

Înalta Curte observă că aceste alegeri au fost formulate de recurenta reclamantă A. pentru a susține motivul de nelegalitate al deciziei atacate, constând în faptul că după data emiterii acestei decizii și până la comunicarea sa, au intrat în vigoare noile instrucțiuni ale Consiliului Concurenței, care instituiau posibilitatea intimatului de a acorda „o reducere de până la 25% din nivelul de bază al amenzii, dacă cifra de afaceri obținută pe piețele relevante pe care a avut loc încălcarea reprezintă o parte relativ redusă, de până la 20% din cifra de afaceri totală a întreprinderii, cu condiția ca acest fapt să poată fi dovedit cu certitudine.”

Se reține în calea controlului judiciar că acest motiv de nelegalitate a actului administrativ contestat a fost analizat de către prima instanță, care a arătat pentru ce argumente a considerat că este aplicabilă excepția de care se poate prevala Consiliul Concurenței pentru a nu aplica circumstanța atenuantă prevăzută de Capitolul III, (C), pct. 1, lit. b¹) din Instrucțiunile aprobate prin Ordinul Președintelui Consiliului Concurenței nr. 898 din 6 decembrie 2011.

Lipsa unui răspuns punctual la fiecare dintre argumentele invocate de partea interesată în susținerea unui motiv de nelegalitate pe care îl invocă în fața instanței de contencios administrativ nu determină un viciu al hotărârii pronunțate în aceste condiții, fiind necesar ca sentința pronunțată să examineze toate capetele de cerere care au fost formulate, prin prisma motivelor invocate.

Confuzia făcută între motivele de nelegalitate ale unui act administrativ și argumentele care susțin aceste motive nu este de natură să determine o soluție de casare, dată fiind lipsa unor considerente ale primei instanțe prin care să se combată fiecare dintre criticile uzitate de partea

interesată pentru susținerea motivelor sub care s-a solicitat exercitarea controlului de legalitate asupra actului administrativ contestat.

Așadar, nu se poate reține că instanța de fond a ignorat argumentele reclamantei referitoare la sancționarea excesului de putere al Consiliului, prin neacordarea de către acesta a beneficiului circumstanței atenuante constând în diminuare amenzii pentru cifra de afaceri relativ mică pe piețele relevante pe care a avut loc încălcarea, de până la 20% din cifra de afaceri totală a întreprinderii.

Motivul 3 de recurs - vizând ignorarea de către prima instanță a probelor ce demonstau, în opinia recurenteii, faptul că aceasta nu îndeplinea condițiile pentru a fi incidentă excepția care permitea Consiliului Concurenței să nu aplice beneficiul circumstanței atenuante solicitat, este neîntemeiat.

Instanța de fond a reținut ca fiind aplicabile situației în care s-a realizat fapta sancționată de Consiliul Concurenței prevederile tezei a II-a din modificarea survenită asupra textului de la Capitolul III, (C), pct. 1, lit. b¹) din Instrucțiunile privind individualizarea sancțiunilor pentru contravențiile prevăzute la art. 51 din Legea concurenței nr. 21/1996, cu următorul conținut:” în cazul întreprinderilor active pe un număr mare de piețe și care dispun de resurse financiare considerabile, Consiliul Concurenței va aplica această circumstanță doar dacă estimează că efectul disuasiv/preventiv al sancțiunii poate fi atins în acest mod.”

O astfel de prevedere legală, contrar susținerilor recurenteii reclamante, nu conferă Consiliului Concurenței o putere discreționară în aplicarea circumstanței atenuante privind reducerea cuantumul amenzii aplicate cu până la 25% din nivelul de bază al amenzii.

La stabilirea amenzii aplicate recurenteii A., în procent de 3,025% din cifra de afaceri, s-a avut în vedere, în raport de amenzile aplicate distribuitorilor care au fost părți în relația contractuală anticoncurențială cu inițiatorul A., asigurarea efectului disuasiv al sancțiunii, în condițiile în care procentele de amendă pentru celelalte întreprinderi investigate au fost de 0,504%, 0,576%, 0,72%, respectiv 0,63%.

Așadar, cuantumul amenzii aplicate A., deși în procent semnificativ față de cele stabilite în sarcina distribuitorilor, nu necesită o reducere determinată de acordarea beneficiului circumstanței atenuante izvorând din legea contravențională mai favorabilă, fiind stabilit astfel încât să asigure scopul sancționator asupra furnizorului în al cărui interes exclusiv au fost săvârșite faptele.

II.2 Temeiul de drept al soluției pronunțate

Pentru toate considerentele expuse anterior, în conformitate cu dispozițiile art. 304, punctele 7, 8 și 9 și ale art. 304¹ din vechiul C. proc. civ., coroborat cu dispozițiile art. 312 din același cod, Înalta Curte, reținând caracterul legal și temeinic al sentinței atacate, va menține această hotărâre astfel cum a fost pronunțată, prin respingerea recursului declarat de reclamanta A. SRL ca nefondat.

PENTRU ACESTE MOTIVE

ÎN NUMELE LEGII

D E C I D E

Respinge recursul declarat de reclamanta SC A. SRL împotriva Sentinței civile nr. 743 din 17 martie 2015 a Curții de Apel București, secția a VIII-a contencios administrativ și fiscal, ca nefondat.

Irevocabilă.

Pronunțată în ședință publică, astăzi 22 iunie 2016.