

Decizia nr. 3038/2016
R O M Â N I A
ÎNALTA CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE
Secția de Contencios Administrativ și Fiscal
Ședința publică din data de 8 noiembrie 2016

Asupra recursului de față;

Din analiza actelor și lucrărilor dosarului, constată următoarele:

I. Circumstanțele cauzei

1. Obiectul litigiului și cadrul procesual

Prin acțiunea înregistrată pe rolul Curții de Apel București, secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal sub nr. x/2/2010, reclamanta A. S.A. (denumită în continuare, "A.") a solicitat, în contradictoriu cu pârâțul Consiliul Concurenței:

- (i) în principal, anularea în ceea ce o privește a Deciziei Consiliului Concurenței nr. 39 din 07 septembrie 2010 referitoare la încălcarea art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996 și a art. 101 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene, de către administratorii fondurilor de pensii private obligatorii din România, constatând că fapta nu are caracter concurențial;
- (ii) într-un prin subsidiar, anularea parțială a Deciziei, și anume a art. 2 pct. 5 din Decizie, în sensul exonerării de plata amenzii;
- (iii) într-un al doilea subsidiar, modificarea în parte a art. 2 punctul 5 din Decizie, în sensul aplicării unei amenzi simbolice sau, în cel mai rău caz, reducerea amenzii ținând cont de criticile privind individualizarea amenzii.

Prin sentința civilă nr. 495 din 25 ianuarie 2012 pronunțată de Curtea de Apel București, secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, s-a dispus admiterea acțiunii formulate de reclamanta A. S.A. și anularea Deciziei nr. 39 din 07 septembrie 2010 emisă de Consiliul Concurenței.

Prin decizia nr. 489 din 4 februarie 2014 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție a fost admis recursul declarat de pârâțul Consiliul Concurenței împotriva sentinței civile nr. 495 din 25 ianuarie 2012 pronunțată de Curtea de Apel București, secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, s-a dispus casarea sentinței recurate și trimiterea cauzei spre rejudecare la aceeași instanță, pentru soluționarea cererii subsidiare vizând reducerea cuantumului amenzii aplicate.

Cauza trimisă spre rejudecare a fost înregistrată pe rolul Curții de Apel București, secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal sub nr. x/2/2010* .

2. Hotărârea primei instanțe, după rejudecarea cauzei

Prin sentința civilă nr. 930 din 18 martie 2016, Curtea de Apel București, secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, a dispus admiterea în parte a cererii reclamantei A. S.A., anularea în parte a Deciziei nr. 39/2010 emisă de Consiliul Concurenței, în sensul că amenda cu care este sancționată reclamanta este de 93.120 RON.

Pentru a hotărî astfel, prima instanță a reținut, în esență, următoarele.

În mod corect, Consiliul Concurenței a calculat amenda prin raportare la dispozițiile art. 65 alin. (1) din Legea nr. 21/1996, aplicabile în cazul societăților financiare.

În ceea ce privește forma art. 65 care trebuia avută în vedere de Consiliul Concurenței, în mod corect pârâtul a calculat amenda prin raportare la dispozițiile legale în forma în vigoare la data deliberării, fiind lipsită de relevanță împrejurarea că redactarea deciziei a avut loc ulterior intrării în vigoare a O.U.G. nr. 75/2010.

Între momentul aplicării sancțiunii de către Consiliul Concurenței (04.08.2010) și momentul executării acesteia a intervenit o reglementare care instituia un regim contravențional mai favorabil, respectiv O.U.G. nr. 75/2010 (intrată în vigoare la 05.08.2010).

În considerarea prevederilor art. 15 alin. (2) din Constituție și art. 12 alin. (2) din O.G. nr. 2/2001 privind regimul juridic al contraveniențelor, precum și a celor statuate de Curtea Constituțională prin Deciziile nr. 228/2007 și nr. 101/2013, reclamantei îi este aplicabil modul de calcul al amenzii prevăzut de art. 65 lit. a) din Legea nr. 21/1996, astfel cum a fost modificat prin O.U.G. nr. 75/2010, respectiv pentru instituțiile de credit și alte instituții financiare, cifra de afaceri prevăzută de art. 51 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 21/1996 este înlocuită cu suma veniturilor, definite prin instrucțiuni adoptate de Consiliul Concurenței, după deducerea impozitelor și a taxelor legate direct de acestea.

Prin urmare, având în vedere și modul de calcul prezentat de reclamantă în cererea de chemare în judecată, necontestat de pârât, prima instanță a apreciat că amenda ce trebuie stabilită în sarcina acesteia, în temeiul art. 51 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 21/1996 și art. 65 lit. a) din Legea nr. 21/1996, astfel cum a fost modificată prin O.U.G. nr. 75/2010, este în cuantum de 93.120 RON.

3. Calea de atac exercitată în cauză, în al doilea ciclu procesual

Împotriva sentinței civile nr. 930 din 18 martie 2016 pronunțată de Curtea de Apel București, secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, a declarat recurs în termen legal reclamanta A. S.A., susținând că aceasta este nelegală, pentru următoarele motive:

3.1. În mod eronat instanța de fond a reținut că modalitatea de calcul de către pârât a cifrei de afaceri a reclamantei ar fi fost una corectă. A. nu poate fi calificată drept societate financiară.

Pentru a respinge argumentul reclamantei, instanța de fond a reținut că "derogarea conținută de art. 65 lit. a) din Legea nr. 21/1996 a avut în vedere tocmai specificul unei societăți care

administrează activele altor persoane, raportat la modul de calcul aplicabil în cazul unei simple societăți comerciale".

Instanța de fond a făcut o greșită aplicare a legii, întrucât excepțiile sunt de strictă interpretare și aplicare și nu pot fi interpretate extensiv de către instanțele de judecată.

Mai mult, Consiliul a stabilit amenda nu doar prin raportare la a zecea parte din activul bilanțier al A., ci a luat în calcul, în mod abuziv și eronat, și a zecea parte din activele fondului de pensii private obligatorii administrat de A., ca bază pentru aplicarea amenzii. Or, calificarea fondului de pensii ca și active ale administratorului fondului de pensii este contrară dispozițiilor Legii nr. 411/2004, care face o distincție clară între activele financiare proprii ale administratorului și activele fondului de pensii administrat privat, rezultate ca urmare a investiției fondurilor personale ale participanților.

Instanța de fond nici măcar nu s-a pronunțat cu privire la această apărare a reclamantei.

3.2. În mod greșit instanța de fond nu a ținut cont de lipsa intenției din partea societății.

Contrar susținerilor Consiliului Concurenței, reținerea circumstanței atenuante a existenței unui dubiu rezonabil privind caracterul contravențional al faptei nu exclude reținerea unei circumstanțe atenuante suplimentare constând în săvârșirea contravenției fără intenție. Dacă intenția reală a normei aplicabile ar fi fost excluderea unei circumstanțe în cazul reținerii celeilalte, acestea ar fi fost prevăzute în mod alternativ sau ar fi fost suficientă menționarea uneia dintre cele două tipuri de circumstanțe atenuante în cadrul Instrucțiunilor privind individualizarea amenzii.

Mai mult, față de circumstanțele speței, se impunea aplicarea unei amenzi la nivel simbolic. Inexistența unei precizări exprese în Instrucțiunile de individualizare cu privire la posibilitatea aplicării unei amenzi simbolice nu atrage în mod automat imposibilitatea unei astfel de decizii. Această concluzie se impune mai ales în contextul în care, la data Deciziei, Legea concurenței nu prevedea un plafon minim de amendă, ceea ce permitea aplicarea unui procent foarte redus al amenzii.

Pentru a respinge cererea reclamantei, prima instanță a avut în vedere că "prin decizia de casare s-a reținut existența unui interes propriu al administratorilor în privința modalității de soluționare a dublurilor", prima instanță concluzionând că "Înalta Curte a înlăturat considerentele primei instanțe referitoare la lipsa oricărui interes din partea administratorilor fondurilor de pensii".

Prima instanță a realizat o interpretare eronată a deciziei instanței de recurs, întrucât I.C.C.J. nu a reținut existența unui interes propriu și a intenției în sarcina administratorilor fondului de pensii, ci doar a înlăturat concluziile instanței de fond privind lipsa caracterului anticoncurențial al faptei care s-a baza pe lipsa oricărui interes din partea acestora.

3.3. Prima instanță nu a ținut cont de gravitatea mică a faptei, reținând că "prin decizia de casare s-a reținut că acordurile de împărțire [...] erau apte de a altera aceste cote și de altera astfel

structura unei piețe, noi. Înalta Curte a stabilit astfel că înțelegerea sancționată are potențial ridicat de afectare a concurenței întrucât art. 108 TFUE urmărește să protejeze nu numai interesele concurenților sau ale consumatorilor".

Acest raționament al primei instanței este incorect, întrucât Î.C.C.J. a reținut doar că înțelegerea are un potențial suficient de mare pentru a afecta concurența, astfel încât fapta să aibă caracter contravențional, însă nu a precizat în niciun caz că din faptele care se înscriu în art. 5 alin. (1) din Lege, aceasta s-ar înscrie în rândul celor mai grave.

3.4. Prima instanță în mod greșit nu a ținut cont de durata redusă a săvârșirii faptei

Cu privire la data începutului faptei contravenționale, prima instanță a reținut în mod corect că "data de 15.08.2007 nu poate fi avută în vedere și în privința reclamantei ca dată de început a faptei concurențiale".

Apoi însă, prima instanță în mod eronat a considerat că "din probatoriul administrat rezultă fără dubiu că, ulterior datei de 15.08.2007 și până la data de 12.11.2007 reclamanta a participat la mai multe întâlniri cu ceilalți administratori de fonduri de pensii, purtând discuții, printre altele, și cu privire la modul de repartizare a dublurilor [...] este evident că împărțirea dublurilor la data de 12.11.2007 nu a fost o decizie luată spontan și ca urmare a unei înțelegeri prealabile".

Acest raționament al primei instanțe este inexact, întrucât elementul constitutiv al faptei concurențiale îl constituie înțelegerea dintre participanți. Or, simplele discuții pe care și-a bazat hotărârea prima instanță nu reprezintă acord și nici fapte anticoncurențiale, ci cel mult acte preparatorii.

Este eronat și raționamentul primei instanțe, în sensul că "această apărare privind durata încălcării este lipsită de relevanță în contextul în care la individualizarea sancțiunii pârâta a avut în vedere criteriul duratei mici a încălcării (sub 1 an)".

Deși stabilirea duratei Acordului ca fiind mai mică de un an nu conduce de facto la aplicarea unui quantum adițional al amenzii stabilite, identificarea duratei reale a Acordului este necesară pentru circumstanțierea efectelor acestuia, respectiv pentru individualizarea finală a sancțiunilor aplicate, în sensul reducerii nivelului acestora în temeiul principiului proporționalității amenzii.

În concluzie, pentru motivele expuse, recurenta-reclamantă a solicitat, în temeiul art. 299 și urm. din C. proc. civ. (1865), schimbarea în parte a sentinței recurate, în sensul micșorării quantumului amenzii sub nivelul de 93.120 RON, aplicate prin sentința recurată, și obligării intimatului la suportarea cheltuielilor de judecată, conform art. 274 C. proc. civ.

4. Apărările formulate în cauză

Intimatul Consiliul Concurenței a solicitat, prin întâmpinare, respingerea recursului, astfel cum a fost formulat de A., și menținerea ca legală și temeinică a sentinței nr. 930/2016, pronunțată de Curtea de Apel București.

Referitor la susținerile recurente, în sensul că A. nu poate fi calificată drept societate financiară, intimatul a solicitat să fie avute în vedere precizările și solicitările reclamantei consemnate în cuprinsul încheierii de ședință din data de 11 martie 2016 și să se observe caracterul contradictoriu și inconsecvent al susținerilor acesteia. Astfel:

- pe de o parte, a solicitat instanței să constate intervenirea unei legi contravenționale mai favorabile, respectiv a O.U.G. nr. 75/2010, prin prisma modificărilor aduse de acest act normativ la art. 65 (care se referea, în mod expres, la societățile financiare), iar

- pe de altă parte, în prezentul recurs, susține că sentința recurată este nelegală, în măsura în care a reținut că A. a fost calificată de către Consiliu Concurenței ca fiind o societate financiară.

De asemenea, intimatul a solicitat să se constate că, făcând aplicarea prevederilor art. 65 din Legea concurenței, republicată, în forma modificată prin O.U.G. nr. 75/2010, prima instanță a precizat în mod expres, la pag. 4, paragraful final, că amenda astfel cum a fost redusă (la suma de 93.120 RON) este cea indicată în "modul de calcul prezentat de reclamantă în cererea de chemare în judecată.

În ceea ce privește modul de individualizare a amenzii sub toate aspectele, respectiv gravitate, durată și circumstanțe incidente în cauză, intimatul a solicitat să se constate că sunt nefondate criticile recurente.

Astfel, intimatul a susținut că, în argumentele pe care le dezvoltă în susținerea încadrării faptei ca fiind de gravitate mică, A. nu ține seama, pe de o parte, de criteriile care stau la baza calificării faptelor anticoncurențiale ca fiind de gravitate mare, iar, pe de altă parte, de faptul că durata și gravitatea sunt două criterii legale diferite care, potrivit prevederilor legale, trebuie să se regăsească distinct în modul de determinare a nivelului de bază al a sancțiunii contravenționale.

Referitor la pretinsa omisiune a autorității de concurență de a reține alte două circumstanțe atenuante reprezentate de "săvârșirea fără intenție a contravenției" și "lipsa oricărui avantaj economic", intimatul a invocat jurisprudența instanțelor europene în care s-a stabilit, cu titlu de principiu, că în cazul înțelegerilor pe orizontală de tip cartel efortul deliberat de a restricționa concurența este prezumat, părțile implicate neputând susține că nu erau conștiente de/nu au cunoscut caracterul restrictiv al comportamentului lor.

De asemenea, intimatul a precizat că A., deși invocă "lipsa oricărui avantaj economic", nu aduce argumente solide și creditele în acest sens.

În ceea ce privește aplicarea unei "amenzi simbolice", intimatul a susținut că, în mod justificat, instanța de fond a reținut că o astfel de amendă nu are susținere în legislația aplicabilă în materie de concurență.

Referitor la cheltuielile de judecată pretinse de recurentă, intimatul a solicitat să se observe că instanța de fond a consemnat, în mod corect, prin încheierea de ședință din data de 11 martie

2016, precizarea că A. urmează să solicite, pe cale separată, cheltuielile de judecată ocazionate de acest proces.

II. Considerentele Înaltei Curți asupra recursului declarat în cauză

Examinând sentința recurată, prin prisma criticilor formulate, în raport de actele și lucrările dosarului și de dispozițiile legale incidente, constată că recursul este nefondat, potrivit considerentelor ce vor fi expuse în continuare.

1. Referitor la critica ce vizează modalitatea de calcul a cifrei de afaceri a reclamantei A.

Prin hotărârea pronunțată în cauză, prima instanță a confirmat calificarea dată de Consiliul Concurenței administratorilor fondurilor de pensii ca fiind societăți financiare și a făcut aplicarea prevederilor art. 65 lit. a) din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, astfel cum a fost modificată prin O.U.G. nr. 75/2010, reținând că între momentul aplicării sancțiunii și momentul executării acesteia a intervenit o reglementare care instituia un regim contravențional mai favorabil, respectiv O.U.G. nr. 75/2010 (intrată în vigoare la 05.08.2010).

Prin urmare, având în vedere modul de calcul prezentat de reclamantă în cererea de chemare în judecată, necontestat de pârât, a redus amenda aplicată de Consiliul Concurenței la suma de 93.120 RON.

Soluția dată de prima instanță este în concordanță cu solicitările reclamantei cuprinse în cererea de chemare în judecată și, în special, cu precizările acesteia formulate în ședința publică din data de 11 martie 2016, astfel cum ele sunt consemnate în încheierea de ședință de la acea dată.

Astfel, la interpelarea instanței, reclamanta reprezentată de avocat, a solicitat să se constate că se impune cu putere de lucru judecat soluția pronunțată de instanța supremă în cauza B., în ceea ce privește motivul referitor la aplicarea legii contravenționale mai favorabile, și numai dacă se va trece peste acest motiv, să se consemneze faptul că "amenda nu putea fi stabilită ca în cazul unei instituții financiare, amenda nu putea fi raportată la activele fondului de pensii (...), fondul de pensii nereprezentând un activ al administratorului".

Actul normativ cu privire la care A. a solicitat să fie aplicat de către prima instanță, în virtutea legii contravenționale mai favorabile, este O.U.G. nr. 75/2010. Atât prin cererea de chemare în judecată, cât și prin răspunsul la întâmpinare, reclamanta a precizat că suma de 93.120 RON reprezintă amenda calculată conform O.U.G. nr. 75/2010.

În aceste circumstanțe, susținerile recurente privitoare la modalitatea eronată de calcul a cifrei de afaceri nu sunt de natură să afecteze legalitatea hotărârii primei instanțe. Acestea nu reflectă altceva decât modalitatea în care recurenta și-a conceput apărarea în cauză, prin solicitarea adresată instanței de control judiciar de a cenzura sentința recurată prin raportare la aspectele pe care a înțeles să le invoce în subsidiar și a căror analiză a devenit evident inutilă, față de soluția adoptată.

2. Referitor la critica ce vizează săvârșirea faptei fără intenție

În opinia recurente, activitatea privind împărțirea "dublurilor" nu a fost în niciun moment direcționată pentru a produce efecte anticoncurențiale și restrictive pe piața, singurul scop al societății fiind acela de a proteja interesele participanților.

Argumentele invocate de recurentă în această privință au fost în mod corect înlăturate de prima instanță cu ocazia rejudecării cauzei, în considerarea celor statuate prin decizia de casare, în sensul existenței unui interes propriu al administratorilor fondurilor de pensii în ceea ce privește modalitatea de împărțire a "dublurilor".

În mod legal prima instanță a înlăturat susținerile recurente, în acord cu dispozițiile art. 315 alin. (1) C. proc. civ. (1865), nefiind îndreptățită să reexamineze o problemă de drept definitiv soluționată prin decizia instanței de recurs.

Relativ la solicitarea de aplicare a unei amenzi la nivel simbolic, în mod just prima instanță a subliniat caracterul nefondat al acesteia, față de împrejurarea că o astfel de posibilitate nu este prevăzută în legislația națională.

În plus, prin O.U.G. nr. 75/2010, act normativ a cărui aplicare a fost solicitată de recurentă în temeiul principiului legii contravenționale mai favorabile, s-a introdus o limită minimă a amenzii de 0,5% din cifra de afaceri totală înregistrată de contravenient în anul anterior sancționării, fiind exclusă astfel posibilitatea aplicării unei amenzi simbolice.

3. Referitor la critica ce vizează gravitatea redusă a faptei

Și în această privință, în mod legal prima instanță a făcut aplicarea dispozițiilor art. 315 alin. (1) C. proc. civ., ținând seama că, prin decizia de casare s-a reținut că înțelegerea sancționată de Consiliul Concurenței are potențial ridicat de afectare a concurenței în condițiile în care, astfel cum s-a apreciat și în jurisprudența CJUE, articolul 101 TFUE urmărește să protejeze nu numai interesele concurenților sau ale consumatorilor, ci și structura pieței și, prin aceasta, concurența ca atare.

Rejudecând cauza, prima instanță nu mai avea posibilitatea să reaprecieze cu privire la acest aspect, astfel că susținerile recurente sunt neîntemeiate.

4. Referitor la critica ce vizează durata redusă a săvârșirii faptei

În acord cu prima instanță, Înalta Curte reține că data de 12.11.2007 nu poate fi luată în calcul ca dată de început a faptei contravenționale, atât timp cât din probatoriile administrate în cauză rezultă că, ulterior datei de 15.08.2007 și până la data de 12.11.2007, reclamanta a participat la mai multe întâlniri cu ceilalți administratori ai fondurilor de pensii, discuțiile dintre aceștia vizând și modul de repartizare a "dublurilor".

În plus, este lipsită de relevanță apărarea privitoare la durata înțelegerii, întrucât durata mică a acesteia (sub 1 an) nu a afectat în niciun mod sancțiunea aplicată, la cuantumul preconizat pentru gravitate nefiind aplicat un cuantum adițional.

Susținerea recurenței, în sensul că stabilirea duratei înțelegerii ca fiind mai mică de un an ar avea relevanță la individualizarea finală a sancțiunii aplicate, în temeiul principiului proporționalității, nu este de natură să conducă la o altă concluzie, atâta timp cât prin sentința recurată cuantumul amenzii aplicate a fost redus la un nivel pe care însăși reclamanta l-a solicitat, acela de 93.120 RON.

În concluzie, pentru toate considerentele expuse, Înalta Curte constată că sentința recurată este legală și temeinică, astfel că va fi menținută, iar recursul declarat de reclamantă va fi respins, ca nefondat, în temeiul art. 312 alin. (1) C. proc. civ. (1865).

PENTRU ACESTE MOTIVE

ÎN NUMELE LEGII

D E C I D E

Respinge recursul declarat de reclamanta A. S.A. împotriva sentinței civile nr. 930 din 18 martie 2016 a Curții de Apel București, secția a VIII-a de contencios administrativ și fiscal, ca nefondat.

Irevocabilă.

Pronunțată în ședință publică astăzi, 8 noiembrie 2016.