IMPLICAȚIILE NOILOR MODIFICĂRI LEGISLATIVE DIN DOMENIUL CONCURENȚEI ASUPRA ACORDURILOR ANTICONCURENȚIALE

IMPLICATIONS OF NEW CHANGES IN COMPETITION LAW FOR ANTI-COMPETITIVE AGREEMENTS

CZU: 340.134:346.545 **DOI:** https://doi.org/10.59295/ssdoed2024.40

Grigore CHIȚANU[1]

ABSTRACT. *On July 25, 2023, the Parliament adopted in its final reading Law no. 199 by which significant changes were made to the Competition Law no. 183/2012 which entered into force on September 18, 2023. These changes were made in order to implement the international commitments assumed by the Republic of Moldova, in the context of obtaining the status of a candidate country for accession to the European Union and the Association Program between the European Union and the Republic of Moldova 2021-2027, with the aim of harmonizing the national legislation with the normative framework of the European Union and implementing the good practices of the member states of the European Union.*

The new provisions of the Competition Law no. 183/2012, come with several amendments including those related to anti-competitive agreements and the procedure for carrying out inspections, which are to be analyzed in this communication.

Keywords: *cartel, anti-competitive agreement, inspection, companies, Competition Council*

REZUMAT. *La data de 25 iulie 2023 Parlamentul a adoptat în lectură finală Legea nr. 199 prin care au fost efectuate modificări semnificative la Legea concurenței nr.183/2012 care au intrat în vigoare la 18 septembrie 2023. Aceste modificări au fost realizate în vederea implementării angajamentelor internaționale asumate de Republica Moldova, în contextul obținerii statutului de țară-candidat pentru aderare la Uniunea Europeană și Programul de Asociere dintre Uniunea Europeană și Republica Moldova 2021-2027, având drept scop armonizarea legislației naționale cu cadrul normativ al Uniunii Europene și implementarea bunelor practici ale statelor membre ale Uniunii Europene.*

Noile prevederi ale Legii concurenței nr. 183/2012, vin cu mai multe amendamente inclusiv referitoare la acordurile anticoncurențiale și la procedura de efectuare a inspecțiilor, care urmează să fie analizate în prezenta comunicare.

Cuvinte-cheie: *cartel, acord anticoncurențial, inspecție, întreprinderi, Consiliul Concurenței*

Schimbările economice, sociale, geopolitice și tehnologice ridică permanent provocări noi pentru guverne în domeniul concurenței. Astfel noile evoluții îi obligă pe decidenții politici să evalueze dacă setul actual de instrumente prevăzute în legislația din domeniul concurenței mai oferă o eficacitate necesară pentru atingerea obiectivului său general sau dacă acest set trebuie adaptat.

[1] Grigore CHIȚANU, doctorand, USM, grigorechitanu02@gmail.com

Astfel, la data de 4 aprilie 2023 Guvernul Republici Moldova într-un comunicat a anunțat că va iniția procesul de revizuire a Legii concurenței în contextul armonizării acesteia cu legislația Uniunii Europene și pentru întărirea capacității instituționale a Consiliului Concurenței, conform prevederilor europene în materie. Conform comunicatului, „*Principalele articole ce urmează a fi revizuite din Legea Concurenței se referă la metode mai eficiente de depistare a cartelurilor - una dintre cele mai grave încălcări care provoacă distorsiuni majore pe piețe, metode de stabilire a cotelor de piață care definesc existența unor poziții dominante pe diferite piețe ale unor companii, mecanisme de depistare și sancționare a acestor tipuri de încălcări, precum și noi reglementări procedurale care conduc la o mai bună aplicare a legislației în domeniul concurenței*." [1]

La data de 25 iulie 2023 Parlamentul a adoptat în lectură finală Legea nr. 199 prin care au fost efectuate modificări semnificative la Legea concurenței nr.183/2012 (în continuare –legea concurenței) care au intrat în vigoare la 18 septembrie 2023. Cu toate că considerăm că era necesară o intervenție a legiuitorului la Legea concurenței nr.183/2012, modalitatea cum a fost făcută modificarea cadrului legal și rapiditatea elaborării proiectului și adoptării în lectură finală, a unui proiect atât de important, a ridicat multe întrebări din partea mediului de afaceri, și într-un final a dus la aprobarea unor modificări criticate de specialiștii din domeniu.

Ținând cont că Legea concurenței a fost modificată semnificativ la mai multe capitole în continuare mă voi limita doar la analiza modificărilor referitoare la prevederile ce interzic acordurile anticoncurențiale.

O primă modificare este introducerea noțiunii de „cartel" conform căreia „*cartel – acord sau practică concertată între doi sau mai mulți concurenți care urmărește coordonarea comportamentului concurențial al acestora pe piață sau influențarea parametrilor relevanți ai concurenței prin practici care includ fixarea sau coordonarea prețurilor de achiziție sau de vânzare ori a altor condiții comerciale, inclusiv în legătură cu drepturile de proprietate intelectuală, alocarea cotelor de producție sau de vânzare, împărțirea piețelor și a clienților, manipularea procedurilor de cerere de oferte, restricționări ale importurilor sau exporturilor sau acțiuni anticoncurențiale împotriva altor concurenți.*" [2] Noțiunea respectivă a fost preluată din Directiva UE 2029/1 a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2018 privind oferirea de mijloace autorităților de concurență din statele membre astfel încât să fie mai eficace în aplicarea legii și privind garantarea funcționării corespunzătoare a pieței interne, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 11 din 14 ianuarie 2019. [3]

Din analiza noțiunilor din legea concurenței, constat că cartelul reprezintă de fapt un acord orizontal care este definit ca - acord sau practică concertată ce se realizează între două sau mai multe întreprinderi care funcționează pe piață la același (aceleași) nivel (niveluri). Diferența dintre aceste noțiuni constă în faptul că la definiția cartelului este indicat obiectul acordului, însă este de precizat că definiția

acordului orizontal o înglobează pe ce a cartelului. Astfel, constat că noțiunile respective au aceiași semnificație, fapt care poate crea confuzie în special în aplicarea prevederilor art. 5 și 6 din legea concurenței, care au fost modificate și ele.

1. Art. 5 a fost completat cu alin.(4) cu următorul cuprins „*Prin natura cartelurilor, ca fiind cele mai grave acorduri anticoncurențiale, se prezumă că acestea, prin obiectul lor, au capacitatea de a împiedica, restrânge sau denatura concurența.*", iar art. 6 cu alin. (6) care prevede că „*Cartelurile nu beneficiază de exceptările prevăzute în prezentul articol.*" Aceste modificări nu sunt clare și chiar contrare cu prevederile existente. Ori art. 5 alin. (1) prevede că „sunt interzise, fără a fi necesară o decizie prealabilă în acest sens, orice acorduri între întreprinderi sau asocieri de întreprinderi, orice decizii ale asocierilor de întreprinderi și orice practici concertate care au ca obiect sau efect restrângerea, împiedicarea sau denaturarea concurenței, în special cele care:

a) stabilesc, direct sau indirect, prețurile de cumpărare sau de vânzare ori orice alte condiții de tranzacționare;

b) limitează sau controlează producția, comercializarea, dezvoltarea tehnică sau investițiile;

c) împart piețele sau sursele de aprovizionare;

d) participă cu oferte trucate la licitații sau la orice alte forme de concurs de oferte;

e) aplică, în raporturile cu partenerii comerciali, condiții inegale la prestații echivalente, creând astfel acestora un dezavantaj concurențial;

f) condiționează încheierea contractelor de acceptare de către parteneri a unor prestații suplimentare care, prin natura lor sau în conformitate cu uzanțele comerciale, nu au legătură cu obiectul acestor contracte."

Cu alte cuvinte art. 5 alin. (1) interzice cartelurile, deoarece noțiunea cartelului prevede același obiect și efect care sunt enumerate la articolul menționat supra.

Totodată, legiuitorul în legea concurenței la art. (6) alin.(1) a prevăzut unele excepții de la art. 5 alin.(1) și permite încheierea unor acorduri anticoncurențiale sau categoriilor de acorduri anticoncurențiale care îndeplinesc cumulativ următoarele condiții:

a) contribuie la îmbunătățirea producerii sau distribuției de produse ori la promovarea progresului tehnic sau economic;

b) asigură consumatorilor o parte echitabilă din beneficiul obținut;

c) nu impun întreprinderilor în cauză restricții care nu sunt indispensabile pentru atingerea obiectivelor menționate la lit. a) și b);

d) nu oferă întreprinderilor posibilitatea de a elimina concurența în ceea ce privește o parte semnificativă a produselor în cauză.

Astfel, colaborând prevederile art. 5 alin. (1) și art. 6 alin. (1) din legea concurenței un acord anticoncurențial care are ca obiect spre exemplu stabilirea prețului de vânzare sau cumpărare nu în toate cazurile este interzis. Pe când un cartel

ce are ca obiect la fel stabilirea prețului de vânzare sau cumpărare este interzis în toate cazurile prin prisma ultimelor modificări la art. 6 alin. (6) din legea concurenței, ori acesta prevede expres că „*Cartelurile nu beneficiază de exceptările prevăzute în prezentul articol.*"

Acum revenim la confuzia despre care am vorbit mai sus, spre exemplu un acord anticoncurențial ce are ca obiect stabilirea prețului, încheiat între două companii concurente ce vând produse alimentare, va fi definit drept cartel sau acord orizontal? În cazul în care va fi definit drept cartel, atunci având în vedere noile modificări de la art. 6 menționate supra, acesta nu va beneficia de exceptările prevăzute de legea concurenței, în cazul în care nu va fi definit drept cartel, atunci întreprinderile pot demonstra că acel acord întrunește cumulativ condițiile prevăzute la art. 6 alin. (1) și să nu fie sancționate.

Analizând acquis-ului Uniunii Europene în domeniul concurenței, constat că sunt interzise și nu beneficiază de exceptări cartelurile dure care prin natura lor nu pot întruni cumulativ acele condiții prevăzute la art. 6 alin. (1) din legea concurenței. Conform recomandării Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (OECD) privind măsurile eficiente împotriva cartelurilor dure din 1998, cartelurile dure (hard core cartels) nu includ acordurile, practicile concertate sau aranjamentele care: sunt legate în mod rezonabil de reducerea costurilor în mod legal sau creșterea progresului tehnic; sunt excluse direct sau indirect din aria aplicării legilor din statele membre sau sunt autorizate conform legii. [4]

În literatura de specialitate a Federației Ruse, se face o diferențiere dintre carteluri dure și alte tipuri de carteluri. Astfel, „cartelurile dure" sunt definite ca „acorduri care produc cel mai negativ impact asupra concurenței. Scopul acestora este stabilirea de către concurenți a prețurilor, convenite printr-un acord, la produsele lor, divizarea pieței între concurenți în baza principiului geografic (divizarea teritorială a pieței) sau în funcție de categoria de cumpărători ai produsului, precum și stabilirea de către concurenți a cotelor la producere sau vânzare a produselor pe piață", în timp ce alte tipuri de carteluri sunt descrise ca „acorduri dintre agenți economici concurenți, cu scopuri altele decât cele indicate mai sus, însă ca rezultat al realizării cărora se limitează/poate fi limitată concurența."[5]

Consider că modificarea de la art. 6 alin. (6) din legea concurenței coroborând cu noțiunea cartelului, contravine articolului 101 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene. În acest context sunt relevante Orientările Comisiei privind aplicabilitatea articolului 101 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene acordurilor de cooperare orizontală din 2011, potrivit cărora cooperarea orizontală poate duce la avantaje economice substanțiale în care aceasta reprezintă un mijloc de partajare a riscurilor, de reducere a costurilor, de creștere a investițiilor, de unire a know-how-ului, de sporire a calității și diversității produsului și de lansare mai rapidă a inovației. Cu toate acestea, cooperarea orizontală poate duce la probleme de concurență în cazul în care produce efecte negative pe piață în ceea ce privește

prețurile, rezultatele, inovația sau diversitatea și calitatea produselor. Astfel, întreprinderile implicate în acorduri au dreptul să prezinte probe ce atestă îndeplinirea cumulativă a condițiilor prevăzute la articolul 101 alin. (3) din Tratat, ce permit exceptarea acordului de la aplicarea interdicțiilor și sancțiunilor. [6]

2. În vederea depistării și probării acordurilor anticoncurențiale Consiliul Concurenței efectuează inspecții inopinate la întreprinderile supuse investigației. Astfel, consider benefice și salut modificările efectuate la art. 56 și 56^1 din legea concurenței ce reglementează procedura de efectuare a inspecției.

În acest context evidențiez noile prevederi de la art. 56 alin. (10) și 56^1 alin. (1) lit. f), g) și h) din legea concurenței, potrivit cărora „persoanele delegate pentru efectuarea inspecției au dreptul de a inspecta și de a obține toate informațiile legate de obiectul și scopul investigației de la subiectul supus inspecției, inclusiv în format digital, indiferent de suportul pe care sunt stocate și locul aflării acestora. Persoanele delegate pentru efectuarea inspecției au următoarele drepturi:

f) să solicite schimbarea parolei/blocarea unor conturi de utilizator și/sau de e-mail pe durata și în măsura necesară inspecției;

g) să caute și să copieze, utilizând echipamente tehnice și/sau programe specializate, documente, fișiere sau alte informații stocate pe dispozitive care nu sunt identificate cu precizie în prealabil;

h) să folosească echipamente tehnice și programe specializate de restabilire, copiere și analiză a informației, indiferent de forma și suportul de stocare."

Astfel, ținând cont de progresul tehnico-științific și digitalizarea proceselor în activitatea fiecărei întreprinderi, înțelegerile anticoncurențiale nu se mai produc prin semnare unor contracte pe suport de hârtie, sau întâlniri tete-a-tete. În prezent, mai toate discuțiile și schimburile de informații dintre întreprinderi are loc în format electronic. Din analiza Deciziilor emise de Consiliul Concurenței privind constatarea acordurilor anticoncurențiale, majoritatea probelor care au stat la baza confirmării înțelegerilor dintre întreprinderi au fost obținute în cadrul inspecțiilor prin verificarea calculatoarelor de serviciu.

Evident, că întreprinderile rău intenționate nu stau locului și recurg la alte metode pe care le oferă tehnologia informațională și comunicațiilor cum ar fi criptarea informațiilor, stocarea informațiilor pe diferite servere ce se află fizic peste hotare sau în țară în locuri necunoscute, ștergerea automată a informațiilor, etc.

În acest context, salut decizia autorilor noilor modificări de a fortifica posibilitățile Consiliului Concurenței în cadrul inspecțiilor în vederea acumulării probelor în format electronic, prin oferirea dreptului de a solicita modificarea parolei sau blocarea unor conturi pe durata inspecției, deoarece atunci când angajații Consiliului Concurenței vin la sediul unei întreprinderi în vederea efectuării inspecției, până la cercetarea propriu zisă a poștei electronice trece un timp suficient ca datele din poștă să fie șterse. La fel unele informații din poșta electronică sau de pe alte conturi de utilizator, pot fi șterse chiar în procesul de verificare a acestora, de pe alt cal-

culator de către o persoană care cunoaște parola de acces. Respectiv, la prima vedere întreprinderea se supune inspecției și oferă acces spre exemplu la poșta electronică, însă în moment ce angajatul Consiliului Concurenței verifică informațiile din poșta respectivă, o altă persoană din partea întreprinderi de la alt calculator, cunoscând parola de acces, concomitent, șterge acele mesaje electronice care nu ar trebui să fie găsite de Consiliu. Astfel, pentru a diminua riscul distrugerii probelor de pe poșta electronică sau alte conturi, este necesară modificarea parolei de îndată ce s-a început inspecția și s-a oferit acces la acele conturi.

La fel, este foarte bună și modificarea în privința posibilității utilizării diferitor soft-uri, programe de restabilire și copiere a informațiilor șterse. După cum am menționat și mai sus, cei rău intenționați utilizează diferite programe/procese de ștergere a informațiilor, după un anumit timp de la deschidere/citire, sau prin introducerea unei combinații de diferite simboluri să fie șterse anumite mape cu informația care ar putea fi utilă pentru Consiliul Concurenței în vederea demonstrării unei înțelegeri anticoncurențiale.

Însă trăim într-o societate care se dezvoltă atât de repede că și cu aceste noi posibilități, Consiliul Concurenței va fi cu un pas în urmă față de posibilitățile întreprinderilor de a ascunde probele înțelegerilor anticoncurențiale. Și nu va fi de mirare dacă peste o perioadă nu tare lungă de timp vor fi oferite alte posibilități/drepturi Consiliului Concurenței în cadrul inspecțiilor.

O altă modificare la care mă voi referi este cu privire la comunicările dintre subiectul suspus inspecției și avocatul acestuia. Conform art. 56 alin. (14) – (16) din Legea concurenței „*Comunicările dintre subiectul supus inspecției și avocatul acestuia, realizate în cadrul și în scopul exclusiv al exercitării dreptului la apărare al subiectului supus inspecției, care are legătură cu obiectul investigației, nu pot fi folosite ca probă în cursul investigației desfășurate de Consiliul Concurenței.*

Obligația de a proba îndeplinirea condițiilor prevăzute la alin. (16) revine subiectului supus inspecției. Dacă subiectul supus inspecției nu dovedește caracterul protejat al comunicării, aceasta se sigilează și se ridică, în două exemplare. În procesul-verbal de inspecție se stabilește un termen în care subiectul supus inspecției urmează să remită probele și explicațiile de natură a demonstra caracterul protejat.

Președintele Consiliului Concurenței decide, de urgență, cu privire la caracterul protejat al comunicării pe baza cererii și a probelor și argumentelor prezentate de subiectul supus inspecției. Dacă președintele Consiliului Concurenței respinge cererea privind caracterul protejat al comunicării, desigilarea documentului poate avea loc doar după expirarea termenului în care ordinul poate fi contestat, potrivit alin. (17), sau, în cazul în care decizia este contestată, după ce hotărârea instanței de judecată devine irevocabilă."

Urmare a analizei acestor prevederi, constat cu regret că legiuitorul prin noile modificări a admis o ingerință prea mare în comunicarea avocat-client și a legat confidențialitatea comunicărilor de obiectul investigației. Considerăm că aceste noi

prevederi ale Legii concurenței, în situația când Dispoziția Consiliului Concurenței deseori are un caracter confuz cu privire la obiectul investigației., sunt contrare celor mai bune practici internaționale de protejare a confidențialității dintre avocat și client. Susținem poziția că toate comunicările dintre avocat și client urmează să fie tratate cu confidențialitate, indiferent de obiectul investigației, chiar dacă la nivelul statelor membre ale Uniunii Europene confidențialitatea comunicărilor dintre avocat-client este tratata diferit.

În accepțiunea europeană, privilegiul profesional juridic conferă, în cadrul procedurilor *antitrust*, protecție pentru următoarele tipuri de documente: (1) comunicările scrise dintre avocat și client, referitoare la asigurarea dreptului de apărare al clientului, cu mențiunea că avocatul trebuie să fie considerat independent de clientul pentru care prestează asistența juridică și să aibă drept de a profesa într-un stat membru al Uniunii Europene; (2) documentele interne care conțin informațiile transmise cu ocazia comunicărilor dintre avocat și client; (3) documentele inițiale care au fost pregătite în scopul exclusiv al obținerii unei opinii juridice legale din partea avocatului, referitoare la exercitarea dreptului la apărare al clientului. [7]

Respectiv, aceste noi prevederi ale Legii concurenței atentează grav la principiul confidențialității dintre client și avocat și implicit, atentează la exercitarea liberă, independentă și fără ingerințe a profesiei de avocat și respectarea dreptului la apărare și la un proces echitabil.

În concluzie la cele relatate supra, conchid că deși intenția autorilor de modificare a Legii concurenței, conform notei informative la proiect a fost îmbunătățirea cadrului legal actual din domeniul concurenței prin armonizarea acestuia la legislația Uniunii Europene și pentru întărirea capacității instituționale a Consiliului Concurenței, modificările ce se referă la acordurile anticoncurențiale nu au îmbunătățit cadrul legal, din contra creează și mai multe posibilități de interpretări diferite a unor prevederi legale.

Totodată, modificările ce se referă la efectuarea inspecțiilor prin care Consiliului Concurenței are dreptul utilizării diferitor programe/softuri/echipamente tehnice în vederea restabilirii, copierii și analizei a informației și posibilitatea schimbări parolei de acces/blocarea unor conturi de utilizator și/sau de e-mail pe o durată de timp, vor duce nemijlocit la fortificarea capacităților Consiliului Concurenței în acumularea probelor necesare demonstrării unor acorduri anticoncurențiale.

Referințe bibliografice:

1. Comunicatul Guvernului Republicii Moldova, cadrul legal în domeniul concurenței urmează să fie modificat și aliniat la standardele europene din 04.04.2023, [citat 26.11.2023]. Disponibil: https://gov.md/ro/content/cadrul-legal-domeniul-concurentei-urmeaza-sa-fie-modificat-si-aliniat-la-standardele

2. Legea concurenței nr. 183 din 11.07.2012. În: *Monitorul Oficial al Republicii Moldova*, 14.09.2012, nr. 193-197, art.667.
3. Directiva UE 2029/1 a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2018 privind oferirea de mijloace autorităților de concurență din statele membre astfel încât să fie mai eficace în aplicarea legii și privind garantarea funcționării corespunzătoare a pieței interne, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. L 11 din 14 ianuarie 2019. [citat 26.11.2023]. Disponibil: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0001
4. Recommendation of the Council concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, OECD, 25.03.1998. [citat 03.12.2023]. Disponibil: https://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf
5. Алешин Д.А., Артемьев И.Ю., Борзило Е.Ю., Сушкевич А.Г. Отв. ред. И.Ю. Артемьев, А.Г. Сушкевич. Конкурентное право России. Учебник. Москва: НИУ ВШЭ, 2012, p. 169. [citat 03.12.2023]. Disponibil: https://studfile.net/preview/16694408/page:17/
6. Comunicarea Comisiei, Orientări privind aplicabilitatea articolului 101 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene acordurilor de cooperare orizontală, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene nr. C 11/1 din 14 ianuarie 2011. [citat 03.12.2023]. Disponibil: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex%3A52011XC0114%2804%29
7. Mihai Mareș. Regimul juridic al privilegiului avocat-client și regula confidențialității în relația avocat-client. Considerații teoretice și practice, 16.09.2019.. [citat 07.12.2023]. Disponibil: https://www.juridice.ro/655191/regimul-juridic-al-privilegiului-avocat-client-si-regula-confidentialitatii-in-relatia-avocat-client-consideratii-teoretice-si-practice.html#_edn11