



PRACTICILE CONCERTATE CA MODALITATE A ACORDURILOR ANTICONCURENȚIALE (STUDIU COMPARAT)

Olga BULMAGA,
doctorand

RÉSUMÉ

Une pratique concertée peut consister dans une prise de contact direct ou indirect entre entreprises dont l'intention ou l'effet est soit d'influencer le comportement du marché, soit de faire connaître à leurs concurrents le comportement qu'elles entendent adopter à l'avenir.

REZUMAT

O practică concertată poate consta într-un contact direct sau indirect între întreprinderi ale căror intenție sau efect este fie să influențeze comportamentul pe piață, fie să aducă la cunoștința concurenților lor comportamentul pe care îl vor urma în viitor.

Agenții economici fiind conștienți de riscurile încheierii unui acord anticoncurențial, de cele mai multe ori, recurg la înțelegeri neformalizate, „larvare”. Ca reacție la acest fenomen și pentru a diminua dificultățile de dovedire a unor acorduri anticoncurențiale, a fost concepută noțiunea de „practici concertate”.

Noțiunea își are originea în dreptul american, unde secțiunea 1 a Sherman Act [1] o numește *conspiracy*, incluzând-o în formele de cooperare care nu se bazează pe convențiile tradiționale și care pot să afecteze concurența. Ulterior această denumire fiind generalizată „*concerted actions*”, a fost preluată de Tratatul de constituire a Comunității Economice Europene de la Roma [2].

În legislația națională a Republicii Moldova, practicile concertate sînt reflectate prin termenul „acțiuni coordonate”, prevăzute de art. 7 din Legea cu privire la protecția concurenței nr. 1103 din

30.06.2000 [3]. Noua Lege a concurenței a Republicii Moldova, adoptată la 11 iulie 2012, a introdus noțiunea de *practică concertată*, identificînd-o ca pe o acțiune anticoncurențială alături de acorduri și decizii ale asociațiilor de întreprinderi. În conformitate cu prevederile art. 4 din Legea concurenței, practica concertată reprezintă o formă de coordonare a acțiunilor dintre întreprinderi independente sau/și grupuri independente de întreprinderi, prin care, fără a fi ajuns la încheierea între ele a unui acord propriu-zis, o cooperare practică între acestea înlocuiește în mod intenționat riscurile concurenței.

Abordarea noțiunii de practică concertată, după cum menționează profesorul R. Joliet [4], are două probleme: prima – de definire, cea de a doua – de probă.

a) *Definirea practicii concertate*. Conform opiniei autorului J. Shapira [5, p. 253-254], orice practică concertată comportă *două elemente*:

1. *Elementul intelectual*: voința comună de a acționa împreună sau, altfel spus, trăsăturile de „coordonare” și „cooperare” ale practicii concertate.

Aceste criterii de coordonare și cooperare au fost dezvăluite de Curtea de Justiție a Comunității Europene în hotărîrea Suiker Unie către Comisie [6], care stabilește că ele urmează a fi înțelese în conformitate cu dispozițiile Tratatului de constituire a Comunității Economice Europene referitoare la concurență și conform cărora orice operator economic trebuie să-și determine într-o manieră autonomă politica pe care înțelege să o urmeze pe Piața comună. Această exigență a autonomiei se opune riguros oricărui contact direct sau indirect între concurenți, avînd ca obiect sau ca efect fie influențarea comportamentului pe piață al unui concurent actual sau potențial, fie dezvăluirea către un asemenea concurent a comportamentului deciziv sau vizat a fi adoptat pe piață.



Astfel, practica concertată nu presupune în mod necesar o manifestare de voință clar exprimată, ci mai degrabă o coordonare de fapt a strategiilor comerciale. Obiectul practicii concertate constituie deci o formă atenuată a concursului de voințe, care se materializează printr-o anumită concordanță de comportamente. Din punct de vedere subiectiv, noțiunile de *acord* și *practică concertată* cuprind forme de coliziune care au aceeași natură, dar se deosebesc prin intensitatea lor și prin formele care se manifestă [7]. Întâlnirea voințelor în cazul practicilor concertate este mai puțin evidentă decât în cazul acordurilor, căci nu există un veritabil schimb de consimțăminte ca în materie de contracte, dar o juxtapunere de consimțăminte realizată prin difuzarea informațiilor, prin dezvăluirea atitudinii sale pe o piață, prin reducerea nivelului de incertitudine.

Conform opiniilor expuse în doctrină, sînt posibile trei grade de concertare:

a) Înțelegerea se va identifica cu un acord. Ea va presupune în mod necesar un schimb de consimțăminte, contract valid din punct de vedere juridic sau acord lipsit de efecte juridice. Conform acestei concepții, practica concertată se distinge de acord prin aceea că ea se manifestă prin trecerea la acțiune: punerea în aplicare a practicilor ce limitează concurența. În mod logic, orice acord devine practică concertată din momentul în care el este pus în aplicare [8, p. 8].

b) Conform celei de a doua

concepții, înțelegerea se deosebește de acord prin aceea că ea nu are nici un efect obligatoriu – nici juridic, nici moral. Ea însă presupune în mod necesar un schimb de consimțăminte, participanții exprimându-și voința lor de a acționa în comun [9, p. 304].

c) Conform celei de a treia concepții, practica concertată nu presupune în mod necesar un schimb de consimțăminte. Elementul de coordonare se situează atunci undeva între comportamentele paralele, deciziile unilaterale ale întreprinderilor (care sînt atunci excluse de la orice coordonare) și simplele gentlemen' s agreement [10, p. 503].

2. *Elementul material.* Nu există practică concertată decât atunci cînd au fost puse în aplicare practici restrictive de concurență, care se manifestă prin comportamente economice efective. Practica poate consta într-o acțiune pozitivă: ridicarea prețurilor, presiuni asupra contractantului; ea poate de asemenea consta într-o abținere sau un refuz: refuzul de a vinde sau refuzul de a acorda partenerului aceleași condiții care, în general, sînt acordate clienților [11, p. 253].

În opinia altor autori (L. Idot și J. B. Blaise) reuniunea acestor două elemente nu este necesară: punerea în aplicare a practicii este de prisos, contează doar contactul, care are drept obiect un început de coordonare [12, p. 335].

Asupra necesității prezenței elementului material face referire și art. 7 din Legea cu privire la protecția concurenței, nr. 1103/2000,

care prevede că sînt interzise acțiunile coordonate care au sau pot avea drept rezultat limitarea concurenței. O altă situație este constatată în cazul dreptului comunitar. Articolul 101 din Tratatul de funcționare a Uniunii Europene prevede că sînt interzise practicile concertate care au ca obiect sau ca efect împiedicarea, restrîngerea sau denaturarea concurenței în cadrul pieței comune. Astfel, în cazul în care s-ar constata necesitatea punerii în aplicare a comportamentelor economice efective, ar fi eliminată aplicarea alternativă a obiectului sau a efectului.

Referitor la necesitatea întrunirii ambelor elemente ale practicilor concertate, Curtea de Justiție a Comunităților Europene a dat hotărîri contradictorii. Astfel, în cauza Anic Partecipazioni SpA către Comisie, Curtea de Justiție a Comunităților Europene a optat pentru ambele elemente, adăugînd chiar o legătură causală între aceste două [13]. O altă situație se constată într-o hotărîre mai recentă, în care se subliniază că existența unui comportament nu pretinde nicidecum prezentarea probei că acest comportament a produs un efect concret [14]. Obiectul anticoncurențial prezumat al practicilor concertate este suficient.

b) *Proba practicii concertate.* Dat fiind faptul că practica concertată, deseori, nu este precedată de un acord formal, care poate fi probat în mod direct, dovedirea acesteia poate fi făcută prin *prezumții* și *indicii*. Conform Curții de Justiție a Comunităților Europene, dovada



unei practici concertate trebuie să rezulte dintr-o serie de elemente apreciate nu în mod izolat, ci în ansamblu, ținând cont de caracteristicile pieței în cauză [15]. *Indiciile* unei concertări între întreprinderi sînt în general sprijinite de anumite *prezumții* [16, p. 254]:

1. Se poate stabili că întreprinderile concurente au intrat în contact fie prin schimbul de informații realizat în orice modalitate (prin discuții între reprezentanți, prin telefon, fax, e-mail, prin presa profesională), fie prin participare la reuniuni, nefiind necesar ca volumul și calitatea informațiilor furnizate reciproc să fie egale. Drept exemplu ne poate servi jurisprudența comunitară prin cauzele: Polipropilenei, Materiilor colorante, Cartonului ș.a.

Totodată, se pune problema sancționării întreprinderii care a participat la o singură întâlnire în scopul concertării. Răspunsul Comisiei Europene în acest caz a fost pozitiv, considerînd că concertarea a eliminat pentru întreprinderea respectivă incertitudinea concurenței, căci ea a fost informată despre acțiunile viitoare ale concurenților săi, astfel încît ea și-a determinat comportamentul pe piață, fără a mai fi în mod real autonomă [17].

2. Presumția poate fi dedusă din faptul că întreprinderile au folosit practici comerciale care prezintă un caracter anticoncurențial incontestabil și care nu se pot justifica prin particularitățile pieței. Astfel, a fost considerat ca existență a practicilor concertate refuzul

de livrare, presiunile exersate asupra negociatorilor.

Probleme de calificare deosebit de delicate se ridică în cazurile în care, neexistînd nici o dovadă privind eventuale contacte între întreprinderi, se constată totuși pe piață un paralelism al acțiunilor acestora. Jurisprudența comunitară a stabilit că simplul paralelism de comportamente este insuficient pentru a demonstra existența unor practici anticoncurențiale. Însă constatarea paralelismului de comportament, însoțită de dovada negativă a absenței explicației plauzibile, a fost considerată de Curtea de Justiție a Comunităților Europene în cauza *Compagnie royale asturienne des mines SA și Rheinzink GmbH* către Comisie drept practică concertată [18].

Proba negativă a absenței explicației plauzibile este contestată atît din punct de vedere juridic, cît și din punct de vedere economic. Astfel, din punct de vedere juridic probele negative sînt puțin apreciate în virtutea adagiului „*Factum negantis probatio nulla*” (proba faptelor negative nu are valoare) și, mai ales, acest sistem a dus la inversarea sarcinii probațiunii, căci concursul de voință fiind prezumat, întreprinderile urmează să demonstreze că nici o înțelegere nu a existat, ceea ce se dovedește a fi o sarcină imposibilă, fiind vorba de o probă negativă. Interdependența întreprinderilor poate rezulta și din comportamente individuale de aceea este dificil de a face distincție între paralelismul de comportamente și simpla reacție

inteligentă, spontană și rapidă față de evoluția pieței. Această distincție necesită însă o analiză concretă a funcționării pieței respective. O piață care funcționează în oligopol strîns poate determina un marcant paralelism al comportamentelor, datorită puternicei interdependențe dintre întreprinderi. Doctrina caracterizează această situație ca fiind una de imunitate oligopolică [19, p. 74]. Același efect de paralelism al conduitelor îl produce și o piață caracterizată prin transparență, cînd fiecare operator economic cunoaște elementele de strategie ale celorlalți [20].

Problema confundării practicii concertate cu paralelismul de comportament a fost soluționată la nivel legislativ de Legea protecției concurenței a Federației Ruse nr. 135-Φ3 din 26 iulie 2006, care prevede în p. 2 alin.(1) art.8 drept condiție de recunoaștere a practicii concertate că acțiunile subiecților respectivi sînt determinate de acțiunile altor subiecți și nu sînt rezultatul împrejurărilor care influențează în mod egal toți subiecții de pe aceeași piață relevantă. Aceste împrejurări, în special, pot fi modificarea:

- tarifelor reglementate;
- prețurilor la materia primă folosită pentru producerea mărfurilor;
- prețurilor pe piețele mondiale la produse;
- cererii de produse în decursul a cel puțin un an.

Așadar, paralelismul de comportament poate fi reținut ca indiciu al unei practici concertate doar



atunci cînd acesta este însoțit și de alte indicii.

Am putea menționa că poate fi considerat practică concertată comportamentul similar rezultînd din comunicare sau schimb de informații, fără intenția de a crea obligații.

La 17 februarie 2011, prin Hotărîrea Consiliului Administrativ al Agenției Naționale pentru Protecția Concurenței s-a constatat că 7 agenți economici – SRL „LUKOIL-Moldova”, „Petrom Moldova” SA, „Bemol Retail” SRL, „Tirex Petrol” SA, „Rompetro” SA, „Parstar Petrol” SRL, SRL „Valiexchimp” – au încălcat art.7 din Legea cu privire la protecția concurenței.

Agenția Națională pentru Protecția Concurenței a constatat stabilirea unor prețuri identice de comercializare cu amănuntul a benzinei de către toate cele 7 companii. Agenții economici menționați, în conformitate cu p. 4.8. din Metodologia de calculare și aplicare a prețurilor la produsele petroliere, aprobată prin Hotărîrea ANRE nr. 263 din 05.10.2007, pe data de 01.12.2010 și 02.12.2010 au informat cu 3 zile înainte Agenția Națională pentru Reglementare în Energetică despre intenția de a pune în aplicare noile prețuri.

SRL „LUKOIL-Moldova”, „Petrom Moldova” SA, „Bemol Retail” SRL, „Tirex Petrol” SA, „Rompetro” SA, „Parstar Petrol” SRL, SRL „Valiexchimp” au prezentat ANRE calculele necesare în perioada 01-02 decembrie 2010, adică pînă la afișarea acestora pe panouri la 05.12.2010 și, respectiv, la 06.12.2010, dar prețurile stabili-

te de comercializare cu amănuntul a benzinei erau identice.

Luînd în considerație numărul variabilelor care se iau în calcul la determinarea prețului de vînzare cu amănuntul, este imposibil ca la 7 agenți economici să fie stabilite prețuri identice din simpla coincidență. Însă instanța de judecată a considerat că la prețurile de benzină s-au depistat coincidențe, fapt care nu justifică constatarea eronată a ANPC că acțiunea dată a fost coordonată de cei șapte agenți economici.

Desigur, cazurile de practică concertată sînt foarte dificile și în aceste cazuri Autoritatea de concurență ar trebui să acorde o atenție deosebită acumulării probelor, pentru a demonstra comportamentul anticoncurențial al agenților economici.

Considerăm că, în cadrul investigației acțiunilor coordonate pe piața petrolieră, ANPC urma să demonstreze că întreprinderile concurente au intrat în contact prin schimbul de informații sau prin orice modalitate. Analiza instrumentelor juridice prevăzute de Legea cu privire la protecția concurenței nr. 1103 din 30.06.2000 ne permite să constatăm incapacitatea autorității de concurență de a acumula probele relevante pentru descoperirea cartelurilor. Legea concurenței din 11.07.2012 este o lege armonizată la acquis-ul comunitar și prevede învestirea autorității de concurență cu drepturi și atribuții asemănătoare cu autoritățile de concurență din Uniunea Europeană, în special este vorba de dreptul de a efectua inspecții atît în sediile administra-

tive, cît și în alte incinte unde ar putea fi găsite probe relevante.

Referitor la a doua prezumție utilizată pentru a demonstra practica concertată, este necesar de menționat că aceasta a stat la baza Hotărîrii Consiliului Administrativ al Agenției Naționale pentru Protecția Concurenței din 17 februarie 2011, prin care s-a constatat că instituirea unor prețuri identice la produsele petroliere pînă la afișarea publică a acestora prezintă un caracter anticoncurențial incontestabil și care nu se poate justifica prin particularitățile pieței sau prin simpla coincidență.

În concluzie, putem menționa că dacă Agenția Națională pentru Protecția Concurenței ar fi dispus, la etapa efectuării investigației acțiunilor coordonate pe piața petrolieră, de o lege armonizată la acquis-ul comunitar, care ar acorda atribuțiile necesare autorității de concurență, ar fi putut demonstra practica concertată a agenților economici pe piața produselor petroliere, fapt care ne demonstrează încă o dată importanța adoptării Legii concurenței din 11 iulie 2012.

Recenzent:

Victor VOLCINSCHI,
doctor în drept,
profesor universitar

Referințe bibliografice

1. *Sherman Anti-Trust Act*, 02 iulie 1890 [online], <http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=51&page=transcript> (citat 15.09.2010).



2. *Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene*, modificat prin Tratatul de la Lisabona la 13 decembrie 2007, în vigoare de la 01 decembrie 2009 [online], <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:RO:PDF> (citată 25.09.2010).

3. *Legea R.M. cu privire la protecția concurenței nr.1103-XIV* din 30.06.2000. În: Monitorul Oficial al Republicii Moldova, 2000, nr. 166-168.

4. Joliet R. *La notion de pratique concertée et l'arrêt I.C.I.* dans une perspective comparative. Cahiers de droit européen. 1974, p. 251.

5. Shapira J., Tallec G., Blaise J.B. *Droit européen des affaires*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992, 860 p.

6. CJCE aff. 40-48, 50, 54-56, 111, 113, 114- 73 Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA et autres contre Commission (1975) [online], <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61973J0040:EN:HTML> (citată 27.09.2010).

7. CJCE aff. 49/92 Comisia/Anic Participazioni SpA (1999) [online], <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992J0049:FR:HTML> (citată 05.10.2010).

8. Megret J. et autres. *Le droit de la Communauté Economique Européenne*. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 1973, 643 p.

9. Shapira J., Tallec G., Blaise J.B. *Droit européen des affaires*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992, 860 p.

10. Goldman B., Lyon-Caen A. *Droit commercial européen*. Paris: Dalloz, 1993, 1123 p.

11. Shapira J., Tallec G., Blaise

J.B. *Droit européen des affaires*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992, 860 p.

12. Idot L., Blaise J.B. *Chronique concurrence*. En: Revue trimestrielle de droit européen, 2000, nr. 2, p. 335.

13. CJCE aff. 49/92 Comisia /Anic Participazioni SpA (1999) [online], <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992J0049:FR:HTML> (citată 05.10.2010).

14. CJCE aff. C- 105/04 Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied contre Commission (2006), [online], <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004J0105:FR:HTML> (citată 17.10.2010).

15. CJCE aff. C- 204, 205, 211, 213, 217, 219/00 Aalborg Portland A/S et d'autres contre Commission (2004) [online], <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000J0204:FR:HTML> (citată 17.10.2010).

16. Shapira J., Tallec G., Blaise J.B. *Droit européen des affaires*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992, 860 p.

17. TPI aff. T – 141/89 Tréfileurope Sales SARL contre Commission (1995) [online], <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61989A0141:FR:HTML> (citată 09.08.2010).

18. CJCE aff. 29/83 et 30/83 Compagnie royale asturienne des mines SA et Rheinzink GmbH contre Commission (1984) [online], <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61983J0029:FR:HTML> (citată 18.10.2010)

19. Mihai E. *Dreptul concurenței*. București: All Beck, 2004, 304 p.

20. CJCE aff. 48/69 Imperial Chemical Industries Ltd. contre Commission (1972) [online], <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61969J0048:FR:HTML> (citată 15.10.2010).

21. *Raportul de activitate a Agenției Naționale pentru Protecția Concurenței pentru perioada 2007-2011*, Chișinău, 2012, 135 p.