

# INFRAȚIUNEA DE LIMITARE A CONCURENȚEI LIBERE. O PERSPECTIVĂ DE DREPT COMPARAT



*Judecător dr.*  
**Diana UNGUREANU,**  
*Formator la Institutul Național al*  
*Magistraturii din București*

## Sumar

Potrivit Articolului 246 din Codul penal al Republicii Moldova, constituie infracțiunea de limitare a concurenței libere „limitarea concurenței libere prin încheierea unui acord ilegal care prevede diviziunea pieței, limitarea accesului la piață, cu înlăturarea altor agenți economici, majorarea sau menținerea prețurilor unice, dacă prin aceasta a fost obținut un profit în proporții deosebit de mari sau au fost cauzate daune în proporții deosebit de mari unei terțe persoane”.

În România, Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul Penal<sup>1</sup>, care a intrat în vigoare la 1 februarie 2014, aduce o serie de modificări notabile Legii concurenței nr. 21/1996 în materia regimului sancționator.

Lucrarea analizează compatibilitatea incriminării încălcărilor dreptului concurenței cu standardele internaționale și interne în materia dreptului penal al concurenței, atât din perspectiva prevederilor legale, cât și a modului în care sunt aplicate în practică.

În condițiile în care dreptul concurenței este armonizat la nivel comunitar, o parte consistentă privește situația la nivelul Uniunii Europene și al statelor membre.

**Cuvinte-cheie:** *Codul penal, limitarea accesului la piață, profit în proporții mari, dreptul concurenței, nivel comunitar.*

## Summary

According to Article No. 246 of the Criminal Procedure Code of the Republic of Moldova, is considered an offense of limiting free competition the limiting free competition through concluding an illegal agreement that provides the division of labor; limiting access to the market, with the removal of other economic agents, increasing or maintaining the unique price, if by this was obtained a extremely large profit or were caused extremely large damage to a third party.

In Romania the Law No. 187/2012 to the implementation of the Law No. 286/2009 on Penal Code<sup>1</sup>, entered into force on 1.02.2014 brings a number of notable amendments to the competition law No. 21/1996 in the sanctioning regime matter.

This paper analyzes the criminalization compatibility of the competition law infringements with international and domestic standards in criminal law of competition, both from the perspective of the law, as well as how they are applied in practice.

<sup>1</sup> Publicată în Monitorul Oficial, Partea I, nr. 757 din 12 noiembrie 2012.

In conditions in which the competition law is harmonized at community level, an consistent part looks the situation at the EU and other state members level.

**Key-words:** *Criminal Procedure Code, limiting access to the market, large profit, the competition law, community level.*

## 1. Introducere

Criminalizarea dreptului concurenței reprezintă o tendință globală a ultimilor ani, în condițiile în care, pe parcursul anului 2013, peste 30 de țări incriminau faptele care restrâng concurența, iar 20 dintre acestea au adoptat prevederile relevante după anul 2000.

Cel mai important instrument în aplicarea oricărei legislații este sancțiunea. În funcție de natura legislației care se impune aplicată, sancțiunea va avea diferite scopuri, cum ar fi prevenirea, neutralizarea, reabilitarea sau, uneori, chiar ideea de a plăti pentru fapta comisă.

Avantajele unei abordări penale pentru a combate un fenomen antisocial țin, în primul rând, de efectul descurajator puternic al sancțiunilor, mesajul ferm transmis publicului cu privire la pericolul unor asemenea fapte și creșterea eficienței investigațiilor, prin stimularea cooperării participanților și disponibilitatea unor tehnici de investigație.

În ceea ce privește dreptul concurenței, sancțiunile penale sunt aplicabile în Statele Unite ale Americii de mai bine de un secol, iar de curând au început să fie aplicate consistent. În ceea ce privește dreptul Uniunii Europene, nu există nicio reglementare privind vreo sancțiune penală în dreptul concurenței.<sup>2</sup>

Procedura penală presupune, în același timp, o serie de dezavantaje, precum un standard înalt de probațiune, numeroase garanții procedurale, durata lungă a investigațiilor și dificultăți de cooperare instituțională, ceea ce a determinat mai multe state să aprecieze că o procedură administrativă este mai potrivită pentru a apăra principiul liberei concurențe.

Din perspectiva reglementărilor comunitare, statele membre pot incrimina încălcările dreptului național și comunitar al concurenței, singura exi-

<sup>2</sup> Pentru o privire de ansamblu asupra sistemului sancțiunilor în dreptul concurenței în Uniunea Europeană, a se vedea Wouter P.J. Wils, *Efficiency and Justice in European Antitrust Enforcement*, 2009.

gență fiind respectarea principiului echivalenței. Astfel, sancțiunile pentru încălcarea art. 101 și 102 TFEU, vizând concurența la nivel comunitar, trebuie să fie cel puțin echivalente cu sancțiunile prevăzute pentru încălcări similare ale legislației naționale care vizează piața internă.

## 2. Natura juridică a amenzilor aplicate în materia concurenței. Jurisprudența CtEDO și CJUE în materie

Art. 23 alin. 5 din Regulamentul nr. 1/2003<sup>3</sup> de punere în aplicare a regulilor de concurență prevăzute în art. 81 și 82 din Tratatul de instituire a Comunității Europene [actualmente art. 101 și 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (în continuare TFUE)] statuează expres că deciziile de impunere a amenzilor prevăzute de acest text, ca sancțiuni pentru nerespectarea obligațiilor de furnizare de informații, nu sunt de natură penală. Acesta este răspunsul la întrebarea dacă amenzile aplicate de Comisia Europeană (în continuare Comisia) în cauzele de concurență sunt „penale” în sensul dreptului Uniunii Europene.

Pachetul de modernizare a dreptului Uniunii Europene în domeniul concurenței a lăsat neschimbată natura sancțiunilor aplicate de Comisie, deși doctrina și legislațiile naționale par din ce în ce mai receptive în ceea ce privește așa-numita „criminalizare a dreptului concurenței”.<sup>4</sup>

Orice dezbateră pe această temă trebuie să înceapă însă cu definirea a ceea ce înțelegem prin „criminalizare”.

Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene cuprinde în Titlul V un Capitol 4, intitulat „Cooperarea judiciară în materie penală”. Cu toate acestea, nici acest document nu definește ce înseamnă „de natură penală”.

Prin urmare, în ciuda dispoziției exprese din art. 23 alin.(5) din Regulamentul nr. 1/2003, nu este posibil de dat un răspuns simplu la întrebarea dacă amenzile aplicate de Comisie în cauzele de concurență au sau nu au un caracter penal. Rațiunea este aceea că nu există o singură noțiune de „penal”, ci două.<sup>5</sup> Pe de o parte, se pune întrebarea dacă amen-

zile aplicate de Comisie în cauzele de concurență sunt „penale” în sensul dreptului Uniunii Europene, întrebare la care, așa cum arătăm, ne răspunde fără echivoc art. 23 alin. (5) din Regulamentul nr. 1/2003. Pe de altă parte, se pune întrebarea dacă acestea sunt „penale” în sensul noțiunii autonome create în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului (în continuare denumită CtEDO). Nu e obligatoriu ca răspunsul dat la cele două întrebări să fie același.<sup>6</sup>

Dat fiind că noțiunea de „acuzatii în materie penală” este o noțiune autonomă în jurisprudența CtEDO, se pune întrebarea dacă textul art. 23 alin. (5) din Regulamentul nr. 1/2003 exclude *per se* posibilitatea ca procedurile prevăzute de dreptul Uniunii Europene în domeniul concurenței să poată fi considerate penale, în scopul aplicării Convenției (europene) pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale (în continuare Convenția).

Este fără dubiu că, în interpretarea noțiunii autonome de „acuzatii în materie penală”, CtEDO nu este ținută de clasificările din dreptul intern. Astfel, în cauza *Société Stenuit contra Franței*<sup>7</sup>, CtEDO a statuat că amenda impusă întreprinderii de autoritatea națională de concurență, chiar dacă, de natură administrativă, în dreptul intern era de natură penală în sensul Convenției, importantă fiind nu calificarea din dreptul intern, ci natura încălcării și severitatea sancțiunii pe care persoana o riscă.<sup>8</sup>

Dacă CtEDO nu este ținută de clasificările din dreptul intern în ceea ce privește natura acuzațiilor (penale sau non-penale), așa cum ne arată cauza *Société Stenuit contra Franței*, este mai greu de argumentat că, în interpretarea noțiunii autonome de „acuzatii în materie penală”, Curtea de la Strasbourg nu este ținută nici chiar de prevederea expresă dintr-un regulament al Uniunii Europene, care nu mai este expresia unei jurisdicții naționale, ci a întregii Uniuni.

Răspunsul la întrebarea dacă amenzile aplicate de Comisie în cauzele de concurență sunt „penale” în sensul noțiunii autonome create în jurisprudența CtEDO derivă din jurisprudența CtEDO în cauza *Jusila contra Finlandei*.<sup>9</sup>

<sup>3</sup> Regulamentul este disponibil pe site-ul [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu). Pentru o prezentare de ansamblu a Regulamentului a se vedea M. Voicu, *Considerații succinte asupra Regulamentului 1/2003 cu privire la aplicarea regulilor de concurență prevăzute de art.81-82 din Tratatul Comunității Europene*, în „Revista de drept comunitar”, nr. 7-8/2003, p. 289-305.

<sup>4</sup> A. Riley, *The modernisation of EU anti-cartel enforcement: will the Commission grasp the opportunity?*, în „European Competition Law Review”, 2010, 31 (5), p. 191-207.

<sup>5</sup> Wouter P.J. Wils, *The Increased Level of EU Antitrust Fines*, *Judicial Review and the European Convention on Human Rights*, în „World Competition”, vol.33, no.1, 2010, p. 5-29.

<sup>6</sup> E. M. Ameye, *The Interplay Between Human Rights and Competition Law*, în „European Competition Law Review”, 2004, 25 (6), p.332-341.

<sup>7</sup> A se vedea C.E.D.O., hotărârea din 27 februarie 1992, în cauza *Société Stenuit contra Franței*. Menționăm că toate hotărârile C.E.D.O. la care facem referire în acest articol sunt accesibile pe site-ul [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>8</sup> A se vedea G. Sproul, *Compliance of EC Fines with Convention on Human Rights*, în „European Competition Law Review”, 1993, 14(1), p.12-13.

<sup>9</sup> A se vedea C.E.D.O., hotărârea din 23 noiembrie 2006, în cauza *Jusila contra Finlandei*, paragr.30 și 31.

Curtea de la Strasbourg arată că jurisprudența sa a stabilit trei criterii care urmează să fie luate în considerare în evaluarea aplicabilității laturii penale a art. 6 din Convenție. Aceste criterii, denumite uneori „criterii Engel”, au fost afirmate de către Marea Cameră, în cauza *Ezeh și Connors contra Marii Britanii*: <sup>10</sup>... este mai întâi necesar să se cunoască dacă prevederile care definesc fapta incriminată aparțin potrivit sistemului juridic al statului respectiv, dreptului penal, dreptului contravențional sau ambelor concomitent. Lucrul acesta nu reprezintă însă decât punctul de plecare. Indicațiile astfel obținute nu au decât o valoare formală și relativă și trebuie să fie examinate în lumina unui numitor comun al legislațiilor naționale ale diferitelor state contractante. Natura însăși a faptei este un factor de importanță majoră”.

Cu toate acestea, verificarea CtEDO nu se oprește aici. Verificarea s-ar dovedi, în general, iluzorie, dacă aceasta nu ar lua în considerare, de asemenea, gradul de gravitate a pedepsei pe care persoana acuzată riscă să o suporte. Criteriile al doilea și al treilea sunt alternative și nu neapărat. Este suficient că fapta în cauză este, prin natura sa, aptă de a fi considerată ca fiind penală sau ca fapta să expună persoana răspunzătoare la o pedeapsă care, prin natura sa și prin gradul de severitate, aparține, în general, sferei penale. Relativa lipsă de gravitate a pedepsei nu poate deposeda o faptă de caracterul său penal inerent. Acest lucru nu exclude o abordare cumulativă, în cazul în care analiza separată a fiecărui criteriu nu permite să se ajungă la o soluție clară cu privire la existența unei acuzații în materie penală.

Faptul că aplicarea criteriilor Engel amenzilor aplicate de Comisie în cauzele de concurență conduce la concluzia caracterului penal al acestor proceduri, în sensul noțiunii autonome în interpretarea art. 6 din Convenție, nu mai este o noutate în doctrină.<sup>11</sup>

Acest aspect a fost reținut de către Avocatul General Vesterdorf în cauza *Polypropylene*<sup>12</sup>, de către Avocatul General Leger în cauza *Baustahlgewebe*<sup>13</sup> și de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene (în continuare CJUE) în cauza *Hüls*<sup>14</sup>, cu privire la aplicarea art. 6 alin. (2) din Convenție, care garantează

prezumția de nevinovăție pentru orice persoană acuzată de comiterea unei infracțiuni: „trebuie, de asemenea, să fie acceptat faptul că, dată fiind natura încălcărilor în discuție, natura și gradul de severitate a potențialelor sancțiuni, principiul prezumției de nevinovăție se aplică tuturor procedurilor referitoare la încălcările regulilor de concurență aplicabile întreprinderilor, care ar putea rezulta în impunerea de amenzi sau de penalități.”<sup>15</sup>

În sfârșit, discuția cu privire la caracterul amenzilor aplicate de către Comisie în cauzele de concurență este dublată de o discuție cu privire la natura sancțiunilor aplicabile pentru încălcări ale art. 101 și 102 din TFUE în fiecare legislație națională în parte.

Și aceasta - întrucât, pentru a se asigura aplicarea eficientă a regulilor Uniunii Europene în domeniul concurenței și funcționarea corectă a mecanismelor de cooperare prevăzute în Regulamentul nr. 1/2003, autoritățile de concurență și instanțele din statele membre sunt obligate, conform art. 3 din Regulamentul 1/2003, să aplice, de asemenea, art. 101 și 102 din TFUE în cazurile în care aplică legislația națională de concurență la acorduri și practici care pot afecta comerțul dintre statele membre. Pentru a se crea un câmp de acțiune uniform pentru acorduri, decizii ale asociațiilor de întreprinderi și practici concertate pe piața internă, Regulamentul nr.1/2003 stabilește relația dintre legislațiile naționale și dreptul Uniunii Europene privind concurența.

Astfel, potrivit art.3 din Regulamentul nr. 1/2003, aplicarea legislației naționale de concurență poate să nu ducă la interzicerea acordurilor, deciziilor asociațiilor de întreprinderi sau a practicilor concertate care pot afecta comerțul dintre statele membre, dar care nu restrâng concurența în sensul art. 101 alin. (1) din TFUE sau care îndeplinesc condițiile art. 101 alin. (3) din TFUE, sau sunt reglementate de un regulament de aplicare a art. 101 alin. (3) din TFUE.

În temeiul Regulamentului nr. 1/2003, statele membre nu sunt împiedicate să adopte și să aplice pe teritoriul lor o legislație națională mai strictă care interzice sau sancționează conduita unilaterală adoptată de întreprinderi.

De asemenea, Regulamentul nr.1/2003 nu împiedică statele membre să adopte și să aplice, pe teritoriul lor, reguli naționale de concurență mai stricte și nu se aplică legislațiilor naționale care impun sancțiuni penale persoanelor fizice, cu excepția cazului în care astfel de sancțiuni constituie mijloacele de punere în aplicare a regulilor de concurență care se aplică întreprinderilor.

<sup>10</sup> Aplicațiile nr. 39665/98 și 40086/98, C.E.D.H. 2003-X

<sup>11</sup> Wouter P.J.Wils, *op. cit.*, p. 5-29.

<sup>12</sup> Opinia Avocatului General Vesterdorf din data de 10 iulie 1991 în cauzele reunite T-1/89, T-4/89 și T-6/89 până la T-15/89, Rhone-Polenc ș.a. *contra* Comisia, (1991) ECR II-869 și 885.

<sup>13</sup> Opinia Avocatului General Leger din data de 3 februarie 1998 în cauzele reunite C-185/95, *Baustahlgewebe contra* Comisiei, (1998) ECR I-8422, paragr.31.

<sup>14</sup> A se vedea C.J.U.E., cauza C-199/92 P, *Hüls contra* Comisiei (1999) ECR 4287, paragr.150.

<sup>15</sup> A se vedea și C.J.U.E., cauza C-189/02 P, *Dansk Rorindustry ș.a. contra* Comisiei (2005) ECR I-5425, paragr. 202.

Din acest motiv, din perspectiva terminologiei folosite, trebuie realizată o distincție între noțiunea de sancțiune penală folosită în sensul extins definit de Convenția Europeană a Drepturilor Omului, cu consecințe asupra garanțiilor prevăzute pentru persoana investigată, și folosirea aceleiași noțiuni în sensul restrâns calificat de legislația națională, cu consecințe asupra procedurii aplicabile și a autorităților competente să deruleze o investigație.

### **3. Incriminarea încălcărilor dreptului concurenței în dreptul intern și la nivel european. Perspectivă de drept comparat**

O analiză comparativă a diferitelor sisteme de drept ne poate ajuta în demersul de a stabili dacă se poate vorbi sau nu de o tendință de criminalizare a dreptului concurenței. Această analiză nu poate începe decât cu sistemul pentru care criminalizarea dreptului concurenței nu mai este de mult o tendință, ci o realitate.

#### *3.1. Statele Unite ale Americii*

Începând cu versiunea din 1890 a Sherman Act, încălcările secțiunilor 1 și 2 ale acestuia au fost sancționate cu amenzi penale, aplicabile atât întreprinderilor, cât și persoanelor fizice, și cu pedeapsa cu închisoarea.<sup>16</sup> Inițial, pedeapsa maximă cu închisoarea a fost de 1 an, a crescut însă la 3 ani în 1974 și la 10 ani în 2004. În ceea ce privește amenzile, maximum acestora a crescut la 1 milion de dolari în 1974 și apoi la 10 milioane în 1990, respectiv - la 100 de milioane în 2004.<sup>17</sup>

Cu toate acestea, abia din anul 1959, sentințele cu închisoarea au fost impuse pentru încălcări constând în fixarea prețurilor, fără acte de violență sau amenințare.

Din anul 1990, Departamentul pentru Justiție al Statelor Unite ale Americii a urmărit peste 35 de persoane fizice în fiecare an pentru încălcări ale dreptului concurenței, iar între 1990 și 1999 - 132 de persoane au fost condamnate la pedepse cu închisoarea în medie de aproximativ 9 luni.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Pentru o privire diacronică asupra evoluției sancțiunilor penale în dreptul concurenței în S.U.A., a se vedea D. Baker, *The Use of Criminal Law Remedies, Deter and Punish Cartels and Bid-Rigging*, în "69 George Washington Law Review", 2001, p.693-696.

<sup>17</sup> A se vedea S.M.Chemtomb, *Antitrust Deterrence in the United States and Japan*, disponibil la adresa <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/5076.pdf>.

<sup>18</sup> Pentru un bilanț anual al sentințelor de condamnare la închisoare, precum și pentru evoluția ascendentă a cuantumului amenzilor, a se vedea: S.M.Chemtomb, *op. cit.*; S. Hammond, *An Overview of Recent Developments In The Antitrust Division's Criminal Enforcement program*, disponibil la <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/207226.pdf>.

Departamentul pentru Justiție al Statelor Unite ale Americii nu are competențe decât în privința infracțiunilor, nu și în privința amenzilor civile și administrative, cu atât mai puțin în privința aplicării private a dreptului concurenței. Puterile sale de investigație sunt extrem de largi. Tot acesta este îndrituit să facă aplicarea politicii de clemență în cauzele pe care le investighează, un program de succes care îi permite să obțină colaborarea unor participanți la faptele incriminate în schimbul unui tratament penal mai favorabil.

Latura subiectivă a infracțiunii presupune întotdeauna intenția, dreptul de apărare este mai bine protejat în cazul persoanelor fizice decât al întreprinderilor, iar standardul probei este „dincolo de orice îndoială rezonabilă”.

#### *3.2. Situația la nivelul instituțiilor europene*

Potrivit art. 23 alin. (2) din Regulamentul 1/2003, Comisia poate impune, prin decizie, amenzi asupra întreprinderilor sau asociațiilor de întreprinderi pentru încălcări ale art. 101 și 102 din TFUE, comise în mod intenționat sau din neglijență, amenzi care, potrivit alin. (5) al aceluiași text, nu sunt de natură penală.

Creșterea exponențială a amenzilor aplicate de Comisie pentru încălcări ale art. 101 și 102 este subliniată de întreaga doctrină recentă.<sup>19</sup>

În cele peste 100 de cauze în care Comisia a impus amenzi, acestea au fost aplicate întotdeauna întreprinderilor și niciodată unei persoane fizice, deși noțiunea de „întreprindere”, în sensul art.101 și 102 TFUE, are o accepțiune largă, care include orice unitate economică, „chiar dacă ea constă în câteva persoane, fizice sau juridice”.<sup>20</sup>

Cu toate acestea, așa cum am arătat, din perspectiva garanțiilor procesuale impuse de art. 6 din Convenție, amenzile impuse de Comisie pot fi considerate a fi de natură penală.<sup>21</sup>

Puterile de investigație ale Comisiei și ale autorităților naționale de concurență, menite să asigure eficiența acestui imperativ, dar de multe ori calificate ca excesive, exorbitante sau chiar discreționare (în special așa-numitele „raiduri” ale Comisiei)<sup>22</sup>

<sup>19</sup> A se vedea J. P. Azevedo, *Crime and punishment in the fight against cartels: the gathering storm*, în "European Competition Law Review", 2003, 24 (8), p.400-407.

<sup>20</sup> C.J.U.E., cauza 170/83, *Hydroterm contra Compact*, (1985), ECR 3016, paragr. 11.

<sup>21</sup> Pentru o analiză detaliată a se vedea E. M. Ameye, *The Interplay Between Human Rights and Competition Law*, în "European Competition Law Review", 2004, 25 (6), p.332-341.

<sup>22</sup> În acest sens a se vedea Imran Aslam and Michael Ramsden, *EC Dawn Raids: A Human Rights Violation?*, *The Competition Law Review*, vol.5, no.1/2008, p.61-87.

au ridicat numeroase probleme din perspectiva respectării drepturilor consacrate de Convenție, în special de art.6 și art. 8.<sup>23</sup>

Câteva dintre aceste probleme vizează dreptul la apărare, în special aplicabilitatea dreptului la tăcere<sup>24</sup> și privilegiul împotriva autoincriminării în cauzele de concurență și principiul *non bis in idem*<sup>25</sup>, sub aspectul art. 6, precum și protecția dreptului la viață privată, domiciliu și corespondență sub aspectul art. 8.<sup>26</sup>

După cum rezultă expres din art. 23 alin.(2) din Regulamentul nr. 1/2003, intenția nu este cerută, încălcările putând fi comise și din neglijență.

În ceea ce privește puterile de investigație ale Comisiei, acestea au fost sporite, potrivit art. 20 alin. (2) din Regulamentul nr. 1/2003, reprezentanții oficiali și celelalte persoane care îi însoțesc, autorizate de Comisie să desfășoare o inspecție, fiind împuternicite: să intre în orice clădire, teritoriu și mijloc de transport ale întreprinderilor și asociațiilor de întreprinderi; să examineze evidențe și alte registre privind afacerile, indiferent de locul de păstrare; să ia sau să obțină, sub orice formă, copii sau extrase din asemenea evidențe și registre; să sigileze orice sediu de activitate și orice evidențe și registre pe perioada inspecției și în măsura necesară inspecției; să ceară oricărui reprezentant sau membru al personalului întreprinderii sau asociației de întreprinderi explicații asupra faptelor sau documentelor legate de obiectul și scopul inspecției și să înregistreze răs-punsurile acestora.

<sup>23</sup> Pentru o analiză detaliată a se vedea: A. Andreangeli, *EU Enforcement and Human Rights*, Ed. Edward Elgar Publishing Limited, 2008; E. M. Ameye, *The Interplay Between Human Rights and Competition Law*, în „European Competition Law Review”, 2004, 25 (6), p.332-341; V. O. Benjamin, *The Application of EC Competition Law and the European Convention on Human Rights*, în „European Competition Law Review”, 2006, 27 (12), p.693-699.

<sup>24</sup> A se vedea: W. B.J. Van Overbeek, *The Right to Remain Silent in Competition Investigations: The Funke Decision of the Court of Human Rights Makes Revision of the ECJ's Case Law Necessary*, în „European Competition Law Review”, 1994, 15(3), p. 127-133; P. R. Willis, *You Have the Right to Remain Silent...or Do You? The Privilege Against Self-Incrimination Following Mannesmannrohren-Weke and Other Recent Decisions*, în „European Competition Law Review”, 2001, 22(8), p.313-321; G. Cumming, *Otto v. Post Bank and the Privilege Against Self-Incrimination in Enforcement Proceedings of EC Articles 85 and 86 Before the English Courts*, în „European Competition Law Review”, 1995, 16 (7), p.400-409.

<sup>25</sup> A se vedea: W.Wils, *The principle of ne bis in idem in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis*, (2003) vol. 26, no. 2, World Competition, p. 131- 148; A. Schwab, Ch. Steinle, *Pitfalls of the European Competition Network- Why Better Protection of Leniency Applicants and Legal Regulation of Case Allocation is Needed*, în „European Competition Law Review”, 2008, 29(9), p.523-531.

<sup>26</sup> A se vedea M. Messina, *The Protection of the Right to Private Life, Home and Correspondence v. the Efficient Enforcement of Competition Law; Is a New EC Competition Court the Way Forward?*, în „European Competition Journal”, vol.3, no.1/2007, p. 185-212.

În cazul în care inspecția vizează o așezare comercială, art. 21 din Regulamentul nr. 1/2003 prevede ca obligatorie autorizarea de către o instanță națională, înainte ca decizia de inspectare a Comisiei să poată fi executată.

Astfel, dacă există o suspiciune întemeiată că anumite evidențe sau alte registre privind activitatea și obiectul inspecției, care ar putea fi relevante pentru a dovedi o încălcare gravă a art. 81 sau 82 din TFUE, sunt păstrate în orice alte sedii, terenuri și mijloace de transport, inclusiv în locuințele directorilor, administratorilor sau ale altor membri ai personalului întreprinderilor sau asociațiilor de întreprinderi în cauză, Comisia poate impune, printr-o decizie, desfășurarea unei inspecții în aceste locuri, precizând în cuprinsul acesteia obiectul și scopul inspecției, data la care începe, indicând dreptul ca decizia să fie examinată de CJUE și, în special, motivul care a determinat-o să concluzioneze că există o astfel de suspiciune.

### 3.3. Tendințe în dezvoltările recente ale legislațiilor naționale în domeniul dreptului concurenței

Potrivit art. 5 din Regulamentul nr. 1/2003, autoritățile de concurență din statele membre au competența de a aplica art.101 și 102 din TFUE în cazuri individuale, în acest sens ele putând să impună amenzi, penalități cu titlu cominatoriu sau orice alte sancțiuni prevăzute în dreptul lor național.

Prin urmare, statele membre sunt libere să prevadă în dreptul lor național amenzi civile, administrative sau penale în sarcina întreprinderilor pentru încălcări ale art. 101 și 102 din TFUE sau amenzi civile, administrative sau penale pentru persoane fizice ori chiar închisoarea sau orice alt tip de sancțiune.

La nivelul reglementărilor naționale, majoritatea statelor din UE prevăd ca infracțiuni cele mai grave fapte care aduc atingere concurenței (înțelegerile orizontale precum stabilirea prețurilor sau împărțirea pieții), iar unele state incriminează numai faptele de denaturare a licitațiilor. Denaturarea licitațiilor este incriminată în multe sisteme drept o formă de fraudă, în considerarea atingerii aduse relațiilor sociale referitoare la încrederea în contracte, și nu a distorsionării pieței.

Faptul că sancțiunile pe care statele membre le pot impune pentru încălcări ale art.101 și 102 pot fi aplicabile și persoanelor fizice, nu doar întreprinderilor, și pot consta nu doar în amenzi, ci și în sancțiuni privative de libertate, inclusiv închisoare, rezultă și din art.12 din Regulamentul nr. 1/2003. Reglementând una dintre formele de cooperare dintre Comisie și autoritățile de concurență din

statele membre, respectiv schimbul de informații, art.12 din acest regulament stipulează că, în sensul aplicării art.101 și 102 din TFUE, Comisia și autoritățile de concurență din statele membre sunt împunernice să facă schimb între ele sau să folosească drept probă orice element constitutiv al cazului sau element de drept, inclusiv informații confidențiale. Informațiile care fac obiectul schimbului se utilizează ca probă doar în sensul aplicării art.101 și 102 din TFUE și în privința obiectului în legătură cu care au fost colectate de către autoritatea care le transmite. Totuși, atunci când se aplică legislația națională de concurență în același caz și în paralel cu dreptul Uniunii Europene privind concurența, iar rezultatele astfel obținute nu sunt diferite, informațiile care fac obiectul schimbului, conform art. 12 din Regulamentul nr. 1/2003, pot fi folosite și pentru aplicarea dreptului național privind concurența.

Cu toate acestea, în ceea ce privește persoanele fizice, acestea pot fi supuse unor tipuri de sancțiuni substanțial diferite, în diferite sisteme. În acest caz, este necesar să se asigure faptul că informațiile pot fi folosite doar dacă au fost colectate prin respectarea aceluiași nivel de protecție a drepturilor de apărare ale persoanelor fizice, așa cum se prevede în normele naționale ale autorității care le primește.

În consecință, alin. (2) al art.12 stipulează că informațiile care fac obiectul schimbului potrivit acestui text pot fi folosite ca dovadă doar pentru a impune sancțiuni asupra persoanelor fizice numai dacă legislația autorităților care le transmit prevede sancțiuni asemănătoare în legătură cu o încălcare a art.101 și 102 din TFUE sau, în absența acestora, informațiile au fost colectate într-un mod care respectă același nivel de protecție a drepturilor de apărare a persoanelor fizice, ca și cel prevăzut în normele naționale ale autorității care le primește. Totuși, chiar și în acest caz, informațiile schimbate nu pot fi folosite de către autoritatea care le primește pentru a impune sancțiuni cu privire de libertate.

În plus, considerentul 8 din Preambulul la Regulamentul nr. 1/2003 stipulează că acesta nu se aplică legislațiilor naționale care impun sancțiuni penale persoanelor fizice, cu excepția cazului în care astfel de sancțiuni constituie mijloacele de punere în aplicare a regulilor de concurență care se aplică întreprinderilor.

Multe dintre statele membre au uzat posibilitatea oferită de Regulamentul nr. 1/2003 de a criminaliza sancțiunile pentru încălcări ale art.101 și 102.

Cu toate acestea, controversa cu privire la oportunitatea sancțiunilor penale, în special a închisorii, în astfel de cauze rămâne una dintre principalele

provocări atât ale doctrinei, cât și ale legislațiilor naționale.<sup>27</sup>

Nu mai puțin lipsite de importanță sunt problemele pe care le ridică criminalizarea dreptului concurenței numai în unele legislații naționale, în contextul aplicării paralele a art.101 și 102 din TFUE atât de către Comisie, cât și de către autoritățile de concurență din statele membre.<sup>28</sup>

Respectarea principiului „non bis in idem” și politica de clemență, atât de importantă pentru aplicarea eficientă a dreptului concurenței prin contribuția majoră la depistarea cartelurilor, sunt două dintre implicațiile majore pe care le presupune criminalizarea dreptului concurenței.<sup>29</sup>

Irlanda<sup>30</sup> și Estonia prevăd numai sancțiuni penale, constând în amenzi aplicabile atât întreprinderilor, cât și persoanelor fizice, dar și închisoare în cazul acestora din urmă.

În ceea ce privește Marea Britanie<sup>31</sup>, amenziile fără caracter penal sunt destinate întreprinderilor, fiind însă prevăzute și decăderi pentru directorii întreprinderilor, precum și amenzi penale, și pedeapsa cu închisoarea pentru persoanele fizice, în special în cazurile privind fixarea concertată a prețurilor, limitarea producției sau a furnizării, împărțirea pieței sau ofertele truate.

Modificarea legislației din Marea Britanie a influențat decisiv modificarea altor legislații, în sensul criminalizării dreptului concurenței.<sup>32</sup>

<sup>27</sup> A se vedea P. H. Rosochowicz, op. cit., p.752-757.

<sup>28</sup> În acest sens a se vedea: K.J.Cseres, M.P.Schinkel, F.O.W.Vogelaar, *Criminalization of Competition Law Enforcement: Economic and Legal Implications for the EU Member States*, Edward Elgar Publishing, 2006; R. Nazzini, *Criminalisation of cartels and concurrent proceedings*, în „European Competition Law Review”, 2003, 24 (10), p.483-489.

<sup>29</sup> În acest sens a se vedea Ph. Billiet, *How lenient is the EC leniency policy? A matter of certainty and predictability*, în „European Competition Law Review”, 2009, 30 (1), p.14-21.

<sup>30</sup> În acest sens a se vedea: M. El. Curtis, J. McNally, *The Classic Cartel-Hatchback Sentence?*, în „The Competition Law Review”, vol. 4, no.1/2008, p.41-50; P. K. Gorecki, D. McFadden, *Criminal cartels in Ireland: the Heating Oil case*, în „European Competition Law Review”, 2006, 27 (11), p.631-640.

<sup>31</sup> În acest sens a se vedea: I. MacNeil, *Criminal investigations in competition law*, în „European Competition Law Review”, 24 (4), p.151-157; J.M. Joshua, A. Sherman, *Act Bridgehead in Europe or a Ghost Ship in Mid-Atlantic? A Close Look at the United Kingdom Proposals to Criminalise Hard Core Cartels*, în „European Competition Law Review”, 2002, 23 (1), p.241-242; J. Lever, J. Pike, *Cartel Agreements, criminal conspiracy and the statutory “cartel offence”*: Part I, în „European Competition Law Review”, 2005, 26 (2), p.90-97 și Partea a II-a, 26 (3), p.164-172.

<sup>32</sup> În acest sens a se vedea: C. Beaton-Wells, *The politics of cartel criminalization: a pessimistic view from Australia*, în „European Competition Law Review”, 2008, 29 (3), p.185-189; B. Fisse, *The Australian Cartel Criminalization Proposals: An Overview and Critique*, în „European Competition Law Review”, octombrie 2007, vol.4, nr.1, p.51-71.

În Germania<sup>33</sup>, pe de altă parte, sancțiunile penale sunt rezervate exclusiv ofertelor trucate, încălcările art.101 și 102 din TFUE, în vreme ce încălcările echivalente din dreptul intern sunt sancționate cu amenzi, însă de natură administrativă, aplicate persoanelor fizice și numai în subsidiar și întreprinderilor.

În Franța, Cipru și Slovacia, principalele sancțiuni prevăzute sunt amenzile fără caracter penal în sarcina întreprinderilor, dar există, cel puțin la nivel teoretic, și pedeapsa închisorii pentru persoane fizice.<sup>34</sup>

În Danemarca și Malta există doar amenzi în sarcina întreprinderilor, dar acestea au un caracter penal. De pildă, în Malta, directorii pot fi ținuți în mod solidar responsabili cu întreprinderea pentru aceste amenzi.

În Grecia, amenzile fără caracter penal sunt prevăzute în sarcina persoanelor fizice și, în subsidiar, a întreprinderilor, iar pedeapsa cu închisoarea este în mod special impusă pentru ofertele trucate.

În Austria, amenzile fără caracter penal sunt prevăzute doar în sarcina întreprinderilor, dar, ca și în cazul Germaniei, pedeapsa cu închisoarea este prevăzută pentru ofertele trucate.

Este foarte important de subliniat faptul că, incriminând încălcările normelor de concurență din legislația națională, statele membre nu pot acționa diferit pentru încălcările art. 101 și art.102 din TFUE, întrucât, atunci când autoritățile de concurență din statele membre sau instanțele naționale aplică legislația națională de concurență la acorduri, decizii ale asociațiilor de întreprinderi sau la practicile concertate în sensul art. 101 alin. (1) din TFUE, care pot afecta comerțul dintre statele membre în sensul dispoziției în cauză sau la orice abuz interzis de art. 102 din TFUE, ele aplică, de asemenea, art. 101, respectiv 102 din TFUE.

Aplicarea legislației naționale de concurență poate să nu ducă la interzicerea acordurilor, deciziilor asociațiilor de întreprinderi sau a practicilor concertate care pot afecta comerțul dintre statele membre, dar care nu restrâng concurența în sensul

art. 101 alin. (1) din TFUE, sau care îndeplinesc condițiile art. 81 alin. (3) din Tratat, sau sunt reglementate de un regulament de aplicare a art. 101 alin. (3) din TFUE. În temeiul Regulamentului nr. 1/2003, statele membre nu sunt împiedicate să adopte și să aplice pe teritoriul lor o legislație națională mai strictă, care interzice sau sancționează conduita unilaterală adoptată de întreprinderi.

#### 3.4. Situația în România

În România, art. 60 alin.(1) din Legea nr. 21/1996 (Legea concurenței), republicată<sup>35</sup>, prevede că, „Fapta oricărei persoane care exercită funcția de administrator, reprezentant legal ori care exercită în orice alt mod funcții de conducere într-o întreprindere de a concepe sau organiza, cu intenție, vreuna dintre practicile interzise potrivit prevederilor art. 5 alin. (1) și care nu sunt exceptate potrivit prevederilor art. 5 alin. (2) constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 5 ani ori cu amendă și interzicerea unor drepturi”.

România a adoptat un model legislativ mixt, care prevede sancțiuni administrative pentru faptele care aduc atingere concurenței săvârșite de companii și sancțiuni penale pentru faptele săvârșite de persoane fizice.

Astfel, articolul 60 din Legea nr. 21/1996 incriminează participarea cu intenție frauduloasă și în mod determinant a unei persoane fizice la conceperea, organizarea sau realizarea practicilor interzise potrivit prevederilor art. 5 alin. (1) din lege.

Trebuie remarcat că legiuitorul român a incriminat toate încălcările prevăzute de legea concurenței, atât înțelegerile orizontale, cât și cele verticale, spre deosebire de majoritatea celorlalte state, care au considerat că numai înțelegerile orizontale prezintă un grad de pericol social abstract care să justifice incriminarea lor.

Odată cu intrarea în vigoare a noului Cod penal, textul infracțiunii a fost modificat prin Legea nr. 187/2012 de punere în aplicare a Noului cod penal. Actuala reglementare crește limita maximă a pedepsei cu închisoarea de la 3 ani la 5 ani, rațiunea exprimată în expunerea de motive a Legii nr. 187/2012 fiind aceea că se impune adaptarea limitelor de pedeapsă pentru infracțiuni reglementate de legislația specială în cazul acelor texte ce protejează valori de natură/ importanță comparabilă cu cele protejate de texte incluse în partea specială a Codului Penal, întrucât nu se justifică o diferențiere substanțială a regimului sancționator.

<sup>33</sup> A se vedea Ch. Barth, S. Buddle, *A refresher on punishments for breach of German antitrust law-the "cement cartel" case and other recent developments*, 2010, 31 (6), p.213-221 S. Gotting, Th. Lampert, *Opening shot for criminalization of German competition law? Federal High Court judgement simplifies options for prosecuting competition law violations as fraud under German Penal Code*, în *"European Competition Law Review*, 2003, 24(1), p.30-31.

<sup>34</sup> Pentru prezentarea în detaliu a acestui studiu comparativ a se vedea Wouter P.J. Wils, *Is Criminalization of EU Competition Law an Answer?*, *European competition Law Annual: Enforcement of Prohibition of Cartels*, 2006.

<sup>35</sup> Republicată în *"Monitorul oficial al României"*, partea I, nr. 742 din 16 august 2005, cu modificările și completările ulterioare.

Totodată, este reglementată o cauză de nepedepsire pentru persoana care, mai înainte de a fi începută urmărirea penală, denunță organelor de urmărire penală participarea sa la comiterea infracțiunii, permițând astfel identificarea și tragerea la răspundere penală a celorlalți participanți, precum și o cauză de reducere a pedepsei pentru persoana care în timpul urmăririi penale denunță și facilitează identificarea și tragerea la răspundere penală a altor persoane care au săvârșit această infracțiune.

Aceste cauze de nepedepsire și atenuare nu se aplică în cazul practicilor ce constau în participarea, în mod concertat, cu oferte trucate la licitații sau alte forme de concurs de oferte atunci când acestea se realizează prin înțelegere între participanții la o licitație publică pentru a denatura prețul de adjudecare.

Aceste modificări legislative reprezintă o evoluție benefică și indispensabilă pentru aplicarea cât mai eficientă a dreptului concurenței. Cele mai multe dintre faptele vizate, în special înțelegerile de tip cartel, au caracter eminentement secret, fiind în cele mai multe cazuri dificil de descoperit. În acest context, în România, ca și în majoritatea statelor, o componentă esențială a sistemului de protecție a concurenței o reprezintă politica de clemență, ce permite acordarea unui tratament favorabil agenților economici implicați într-un cartel și care cooperează cu autoritatea de concurență în vederea descoperirii practicilor la care au fost parte.<sup>36</sup>

În plus, față de modificarea art. 60 din Legea concurenței prin Legea nr. 187/2012, noul Cod Penal incriminează, prin dispozițiile art. 246, deturnarea licitațiilor publice, reprezentând fapta de a îndepărta, prin constrângere sau corupere, un participant de la o licitație publică ori înțelegerea între participanți pentru a denatura prețul de adjudecare. Sancțiunea aplicabilă este închisoarea de la 1 la 5 ani. Dispozițiile din noul Cod Penal se completează cu cele din Legea concurenței, care interzic participarea, în mod concertat, cu oferte trucate la licitații sau orice alte forme de concurs de oferte. Competența de investigare a faptei incriminate de art. 246 aparține Direcției Naționale Anticorupție.

#### 4. Concluzii

În domeniul concurenței, atunci când vorbim despre „criminalizarea” acestei ramuri de drept, privim „dreptul penal” ca parte a aplicării publice a dreptului concurenței, dar în opoziție cu aplicarea publică a dreptului concurenței de natură adminis-

trativă. În mod evident, această noțiune este diametral opusă aplicării private a dreptului concurenței, pe calea acțiunilor în despăgubiri între particulari.

În sfera dreptului penal, autoritățile par să aibă puteri de investigație mult sporite.

În ceea ce privește dreptul de apărare, procedurile penale tind să aibă garanții procesuale mult mai solide, menite să evite formarea unor convingeri greșite. În special, în materie penală, autoritatea decizională trebuie să fie independentă de autoritatea care are puterile de investigație. Aceasta este doar o condiție necesară, nu și suficientă, pentru a vorbi despre o procedură penală. În materie penală, standardul probei tinde să fie mai ridicat, de cele mai multe ori fiind cerută dovada „dincolo de orice îndoială rezonabilă”.

Totuși, trebuie subliniat că, în jurisprudența sa, CrEDO pare să distingă între procedurile care sunt „penale” în accepțiunea restrânsă a termenului și cele care sunt „penale” doar în accepțiunea art. 6 din Convenție.<sup>37</sup>

Această distincție apare mai clar în jurisprudența CrEDO cu privire la separarea atribuțiilor autorității decizionale, care trebuie să fie independentă de autoritatea care are puterile de investigație. Într-adevăr, CrEDO a statuat că, pentru rațiuni de eficiență, stabilirea drepturilor și obligațiilor civile sau urmărirea și sancționarea faptelor care sunt „penale”, dar doar în accepțiunea mai largă a Convenției, pot fi încredințate autorităților administrative, dat fiind faptul că persoanele vizate de decizia acestora o pot ataca în fața unei instanțe cu plenitudine de jurisdicție, care poate furniza pe deplin garanțiile procesuale impuse de art. 6 din Convenție. Aceasta înseamnă că procedurile în domeniul dreptului concurenței nu sunt incompatibile cu art. 6 din Convenție, chiar dacă Comisia Europeană combină atribuțiile de investigație și urmărire cu cele de sancționare, dat fiind că deciziile Comisiei Europene prin care se impun amenzi pot fi atacate în fața Curții Generale, care poate revizui în întregime decizia acesteia și care furnizează garanții depline privind respectarea art. 6.

Totuși, aceste mijloace alternative de satisfacere a cerințelor art. 6 paragr. 1 din Convenție nu par să fie acceptabile în domeniile ce țin în mod tradițional de sfera dreptului penal în sensul restrâns al legislațiilor naționale. În aceste domenii, jurisprudența CrEDO pare să ceară separarea atribuțiilor de investigare și urmărire de cele privind decizia.

<sup>36</sup> Prima imunitate la plata amenzii prin programul de clemență a fost acordată de Consiliul Concurenței în anul 2011.

<sup>37</sup> Wouter P.J. Wils, *cit. supra.*, p. 2-46.

