

12 iulie 2022

CĂTRE: **CONSILIUL CONCURENȚEI**
Domnului Președinte Bogdan CHIRIȚOIU

REF: **Punct de vedere cu privire la proiectul de modificare a Legii Concurenței prin**
Ordonanța de Urgență privind transpunerea Directivei (UE) 1/2019

Stimate domnule Președinte,

În numele Camerei de Comerț Americane în România (AmCham România) prin Comitetul pentru Concurență, vă înaintăm un punct de vedere din partea comunității noastre cu privire la *Proiectul de modificare a Legii Concurenței*, aflat în dezbatere la nivelul Parlamentului, într-o variantă actualizată față de forma lansată în consultare publică de către Consiliul Concurenței la finalul anului trecut.

Considerăm că forma actuală a proiectului de act normativ necesită modificări semnificative, întrucât conține o serie de prevederi care ridică îngrijorări serioase. În egală măsură, analiza noastră relevă că Directiva ECN+ are o acoperire limitată în acest proiect, multe prevederi excedând cadrul european, deși transpunerea este invocată cu notă de context și de urgență a adoptării acestui proiect. O serie de prevederi ale ECN+ sunt deja implementate în legislația națională, în timp ce urgența adoptării unor reglementări pentru transpunerea celorlalte prevederi nu apreciem că este neapărat justificată.

În continuare, vă aducem în atenție o serie de aspecte punctuale, a căror clarificare o vedem necesară:

1. Inspecții fără investigație/inspecții anunțate

Instrumentul inspecțiilor anunțate excedă scopul transunerii Directivei ECN+. În mod specific, Directiva ECN+ nu conține prevederi care să facă trimitere la prerogativa autorităților naționale de concurență de a efectua inspecții anunțate, care să fie exceptate de la obținerea autorizării judiciare. În acest sens, textul Directivei ECN+ conține o singură prevedere cu privire la cazuri excepționale în care, cu acordul întreprinderii inspectate, ar fi supuse inspecției și alte spații care nu au fost vizate inițial de ordinul de inspecție/autorizarea judiciară. Cu alte cuvinte, Directiva ECN+ nu instituie o nouă regulă/un nou mecanism de efectuare a inspecțiilor (i.e. inspecțiile anunțate), ci enunță o situație cu totul excepțională în care inspecția ar putea fi realizată cu acordul întreprinderii supuse procedurii.

- **Protejarea dreptului la apărare al companiilor inspectate** – Autorizarea judiciară pentru efectuarea inspecțiilor inopinate reprezintă un mecanism menit să garanteze dreptul la apărare al întreprinderilor vizate de inspecție și să le protejeze în fața unor eventuale depășiri de mandat din partea autorităților. Principiile constituționale limitează acțiunile autorităților publice de tipul perchezițiilor la cazurile în care acestea sunt în mod expres autorizate de către o instanță. De aceea, nu trebuie să existe o excepție de la obligativitatea obținerii autorizării judiciare.
- **Existența unor instrumente alternative** – Consiliul Concurenței dispune deja de o serie de prerogative importante care permit autorității de concurență să culegă date despre funcționarea piețelor, despre comportamentele întreprinderilor etc. Printre acestea se numără investigațiile sectoriale/studiile de piață, precum și analizele preliminare. Aceste instrumente sunt cu atât mai eficiente cu cât Legea concurenței prevede sancțiuni specifice pentru refuzul

de a furniza autorității de concurență informațiile solicitate și/sau pentru furnizarea de informații sau date incomplete sau inexacte.

- Suplimentar, Directiva ECN+ nu prevede instituția inspecțiilor anunțate – această noțiune fiind introdusă în mod suplimentar, și în afara obiectivelor Directivei ECN+, prin proiectul de OUG;
- Cel mult, inclusiv în situația unor inspecții anunțate, agreeate de către întreprinderea în cauză, autorizarea judiciară este necesară pentru efectuarea activităților specifice în cadrul inspecției, respectiv: sigilare, ridicare de documente sau alte materiale probatorii, pentru a respecta garanțiile procedurale ale întreprinderii investigate și pentru a oferi legitimitate demersului de inspecție, cu privire la care considerăm că este necesar ca indiciile deținute de către Consiliul Concurenței să fie evaluate de către instanța de judecată, care este singura în măsură să valideze pe baza acestei evaluări prealabile, dacă este legală efectuarea unei inspecții.

2. Restrângerea inadmisibilă a dreptului la apărare prin acordarea posibilității inspectorului de caz de a respinge în inspecție privilegiul comunicărilor avocat-client

Prevederile din Proiectul de OUG prin care este acordat dreptul inspectorilor de concurență, în cadrul derulării unei inspecții inopinate, de a respinge solicitarea întreprinderii cu privire la protecția comunicării sale privilegiate cu avocatul reprezintă o încălcare a regulilor statuate prin jurisprudența europeană referitoare la asigurarea protecției necesare care trebuie acordată acestor comunicări.

- Conform jurisprudenței CJUE¹ caracterul privilegiat a fost recunoscut corespondenței care privește sau este în legătură cu asistența juridică acordată de un avocat independent întreprinderii investigate, în scopul asigurării dreptului la apărare al acesteia. De asemenea, conform cazuisticii CJUE, *având în vedere natura particulară a principiului protecției confidențialității comunicărilor între avocați și clienți [...], trebuie să se considere că faptul că se ia cunoștință, de către Comisie [n.n. de către Consiliul Concurenței], de un document confidențial constituie în sine o încălcare a acestui principiu*². Mai departe, practica decizională recentă a instanțelor din alte state membre (Franța)³ a reținut în mod expres că privilegiul legal se aplică tuturor comunicărilor dintre client și avocat referitoare la exercitarea dreptului la apărare al clientului, inclusiv acelor comunicări care nu au legătură cu investigația în cadrul căreia se desfășoară inspecția inopinată respectivă. Mai mult, trebuie menționat că, în cauza respectivă, inspectorii autorității de concurență franceze au procedat strict la sigilarea respectivelor documente, urmând ca un judecător (iar nu inspectorii de concurență respectivi, la fața locului) să se pronunțe ulterior cu privire la posibilitatea reținerii acestora de către autoritate.
- Caracterul protejat al comunicărilor dintre client și avocat reprezintă o recunoaștere a dreptului la apărare, consacrat la art. 6 alin. (3) lit. c) din Convenția Europeană a Drepturilor Omului (CEDO), iar acest drept trebuie respectat de toate autoritățile naționale de concurență, în exercitarea atribuțiilor prevăzute de legislația de concurență.
- De altfel, documentele care conțin comunicări avocat-client sunt exceptate de la măsura ridicării de înscrisuri și de la măsura confiscării inclusiv în procesele penale. Având în vedere că secretul

¹ Hotărârea din 18 mai 1982 în cauza 155-79 (AM & S Europe Limited).

² Hotărârea Tribunalului în Cauzele conexe T-125/03 și T-253/03, para. 86

³ Decizia din 20 ianuarie 2021 a Curții de Casație din Franța, Secția Penală, 19-84.292 (*Électricité de France, Dalkia France și Dalkia France Holding*).

profesional aferent comunicărilor avocat-client este opozabil inclusiv procurorului, acesta ar trebui să rămână opozabil, în toate cazurile, inspectorilor de concurență.

- Contravine principiului respectării dreptului la apărare acordarea de prerogative suplimentare inspectorilor de concurență, respectiv atât dreptul de a citi imediat corespondența avocat-client, cât și dreptul de a decide de către aceeași persoană dacă argumentele susținute de întreprindere sunt convingătoare sau nu, având în vedere că se creează, dincolo de orice îndoială, o situație de subiectivism și inechitate în persoana inspectorilor care investighează cazul respectiv (din moment ce aceștia nu mai pot evalua în mod obiectiv argumentele întreprinderilor, fiind clară poziționarea contrară față de întreprinderile investigate). Subliniem totodată că, având în vedere lipsa oricăror garanții procedurale, noile prevederi pot permite abuzuri în cadrul inspecțiilor inopinate, care nu mai pot fi remediate ulterior.

Prin urmare, solicităm în mod expres **modificarea textului propus pentru art. 38 alin. (9) – (11) din Legea concurenței nr. 21/1996** pentru a reflecta în mod corespunzător cele de mai sus. Propunem pe această cale, **pentru asigurarea corespunzătoare a dreptului la apărare și pentru celeritatea analizei comunicărilor dintre client și avocat pentru care se solicită protecția comunicării privilegiate, ca astfel de situații să fie evaluate în mod separat, (i) cu respectarea regulilor de sigilare preliminară a documentelor/suporturilor care conțin comunicările în cauză, (ii) în afara cadrului de desfășurare a inspecției inopinate**, de către:

- a) opțiunea A: direct Curtea de Apel București sau
- b) opțiunea B: existența unui filtru anterior inițierii unei proceduri judiciare – un expert independent, fără a avea un istoric de activitate în cadrul Consiliului Concurenței, similar poziției de *Hearing Officer* de la nivelul Comisiei Europene, care să analizeze și să soluționeze în mod imparțial astfel de solicitări.

3. Crearea Institutului Național de Concurență excede cadrul Directivei ECN+ și nu se justifică

Având în vedere faptul că Directiva ECN+ urmărește să asigure faptul că autoritățile naționale de concurență dispun de garanții de independență, de resurse și de competențe de aplicare a legii și de impunere de amenzi care sunt necesare aplicării eficiente a articolelor 101 și 102 din TFUE, **dispozițiile Proiectului de OUG în ceea ce privește înființarea Institutului Național de Concurență ("INC") se află în afara scopului Directivei, reglementând alte obiective decât cele urmărite de Directiva ECN+.**

- Directiva ECN+ nu conține prevederi care să permită Statelor Membre UE o transpunere peste prevederile Directivei ECN+, ceea ce înseamnă că Statele Membre vor asigura o transpunere conformă a prevederilor europene.
- Dimpotrivă, la nivel național, Proiectul de OUG adaugă la dispozițiile Directivei ECN+ prin înființarea INC, având în vedere că dispozițiile Directivei ECN+ nu fac trimitere la necesitatea înființării vreunor instituții pentru pregătirea și acreditarea consultanților în domeniul concurențial și nici nu instituie regimul juridic sau necesitatea unor organizații precum INC. Mai mult, nu există la nivelul Directivei ECN+ vreo definiție a unor instituții precum INC sau a noțiunii de consultanți în domeniul concurențial.
- Directiva ECN+ prevede faptul că Statele Membre UE pot desemna una sau mai multe autorități administrative de concurență pentru a îndeplini, integral sau parțial, funcțiile unei singure

autorități naționale de concurență. Din dispozițiile cuprinse în Proiectul de OUG reiese faptul că INC nu prezintă caracterul unei autorități administrative de concurență și, prin urmare, această reglementare se află în afara dispozițiilor Directivei ECN+.

- Mai mult, prevederile art. 74 – 77 din Proiectul de OUG nu par a se conforma rigorilor statuate de jurisprudența a Curții Constituționale în aplicarea art. 1 alin. (5) din Constituția României.
- În plus, Proiectul de OUG pus în consultare publică pe site-ul Consiliului Concurenței în data de 11 noiembrie 2021 privind implementarea Directivei ECN+ nu conține dispoziții referitoare la înființarea INC. Aceste dispoziții apar pentru prima oară în Proiectul de OUG aflat în lucru la Guvern. Prin urmare, sunt încălcate prevederile Legii 52/2003 privind transparența decizională.
- Prevederile referitoare la înființarea INC și la pregătirea și acreditarea consultanților în domeniul concurențial nu sunt suficient de clare, întrucât forma actuală a Proiectului de OUG nu precizează care este rolul consultanților în domeniul concurențial sau dacă acreditările vor reprezenta o condiție în desfășurarea unor activități specifice.
- În lipsa unor prevederi la nivel legislativ care să definească noțiunea de „consultanți în domeniul concurențial”, forma curentă a Proiectului de OUG permite interpretări arbitrare.
- Dispozițiile referitoare la INC sunt eliptice și nu conferă claritate cu privire la subiecții reglementării. Nu există dispoziții clare referitoare la:
 - persoanele ce vor fi ținute să participe la cursurile de pregătire / să parcurgă procedurile de acreditare / reacreditare;
 - drepturile și obligațiile specifice statutului de consultant în domeniul concurențial.
- Dacă prin noțiunea de „consultant în domeniul concurențial” sunt avute în vedere și activități specifice unor profesii deja reglementate (cum ar fi avocați, consilieri juridici, etc.) insuficiența reglementare a tipului de activități ce ar trebui prestate sub egida unei acreditări acordate chiar de Consiliul Concurenței (INC fiind înființat în subordinea Consiliului Concurenței) este de natură să ducă la arbitrariu, până la a aduce atingere independenței profesiilor liberale deja reglementate sub imperiul legii primare.
- Mai mult, Directiva ECN+ reglementează cerința ca autoritățile de concurență să își păstreze cu strictete independența. Dimpotrivă, Proiectul de OUG, prin instituirea unei instituții precum INC, în subordinea Consiliului Concurenței, nu numai că nu adaugă și nu garantează independența autorității de concurență din România, dar chiar știrbește și pune sub semnul întrebării independența Consiliului Concurenței care în același timp va coordona activitatea INC – instituție care va acredita consultanți în concurență – nefiind clară nici structura sau întinderea atribuțiilor acestora, nici sfera din care aceștia vor proveni.
- Numai o reglementare coerentă și completă a unor activități a căror prestare ar fi condiționată de obținerea unei acreditări poate fi considerată în conformitate cu Constituția, pentru a se asigura respectarea libertății economice și libera prestare a serviciilor, respectiv a dreptului la muncă.
- În lipsa unei motivări a Proiectului de OUG din această perspectivă și în lipsa inserării unor prevederi suficient de clare, este împiedicat și controlul de constituționalitate al actului normativ propus spre aprobare.

- În orice caz, indiferent de sfera de aplicare, de natura și obiectul de reglementare al dispozițiilor privind INC, acestea nu pot avea în vedere obligații de acreditare/formare în exercitarea profesiei de avocat. Profesia de avocat se desfășoară liber și independent, cu organizare și funcționare autonomă, și se exercită în conformitate cu prevederile Legii nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat și a Statutului profesiei de avocat. Activitatea de consultanță și reprezentare se exercită cu titlu principal de către avocați, iar, cu titlu de excepție de către alte persoane abilitate conform legii, astfel cum prevede art. 3 alin. (2) din Legea nr. 51/1995.
- Suplimentar, art. 7 alin. (3) din Statutul profesiei de avocat prevede faptul că în exercitarea profesiei, avocatul nu poate fi supus niciunei restricții, presiuni, constrângeri sau intimidări din partea autorităților sau instituțiilor publice ori a altor persoane fizice sau persoane juridice. Libertatea și independența avocatului sunt garantate de lege.

În cele ce urmează, prezentăm câteva practici din state europene cu privire la institute aflate în coordonarea unor autorități publice, a căror misiune vizează formarea personalului propriu.

- Marea Britanie - autoritatea de concurență asigură formarea propriilor angajați prin intermediul unui departament intern denumit „CMA Academy”, ce reprezintă o echipă desemnată să disemineze informațiile specifice exercitării atribuțiilor în cadrul autorității. Autoritatea de concurență desfășoară stagii de formare pentru asimilarea de personal calificat în cadrul autorității, iar certificările au exclusiv o natură de formare post-universitară, neexistând la nivelul autorității departamente/instituții subordonate de acreditare sau de certificare aferente desfășurării unei activități de consultanță. O astfel de instituție cu care CMA colaborează este CCP – Centre for Competition Policy. CMA este partener CCP și beneficiază de expertiză și workshop-uri organizate CCP.
- Spania – autoritatea de concurență colaborează cu diferite instituții specifice pentru formarea personalului care activează în sectorul public, inclusiv în domeniul concurenței – ICEX-CECO. Autoritatea nu are în subordinea sa instituții de formare/acreditare aferente desfășurării unei activități de consultanță în domeniul concurenței.
- Franta – autoritatea nu are în subordinea sa instituții de formare/acreditare aferente desfășurării unei activități de consultanță în domeniul concurenței. Există în subordinea Ministerelor de resort agenții care se ocupă cu formarea persoanelor care vor să susțină examene/concursuri de admitere în funcții publice (spre exemplu, L'Institut de la gestion publique et du développement économique aflat în subordinea Ministerul Economiei, Finanțelor și Suveranității Industriale și Digitale)
- Germania - autoritatea nu are în subordinea sa instituții de formare/acreditare aferente desfășurării unei activități de consultanță în domeniul concurenței.

În concluzie, institutele aflate în coordonarea unei autorități publice sunt menite în primul rând pentru formarea propriului personal, iar nu pentru formare/acreditarea persoanelor din mediul privat care în mod ipotetic ar putea fi subiectul unei investigații sau a membrilor unor profesii independente (ex. avocați, consultanți etc.).

4. Solicitarea expresă a întreprinderilor investigate formulată în vederea recunoașterii săvârșirii faptei

În Proiect se introduce definiția „*Solicitarea expresă a întreprinderilor investigate formulată în vederea recunoașterii săvârșirii faptei*” care înseamnă “*informarea în mod voluntar a Consiliului Concurenței de către o întreprindere sau în numele unei întreprinderi, care cuprinde recunoașterea participării sale la săvârșirea unei contravenții prevăzute la art. 55 alin. (1) din lege sau renunțarea la a contesta această participare și asumarea responsabilității sale pentru încălcarea respectivă, informare redactată în mod specific pentru ca autoritatea de concurență să poată aplica o procedură simplificată sau accelerată.*”

Introducerea definiției contravine termenilor utilizați în lege și în *Instrucțiunile privind individualizarea sancțiunilor pentru contravențiile prevăzute de art. 55 din Legea concurenței nr. 21/ 1996*, existând un risc mare de confuzie terminologică, cu impact asupra procedurii de recunoaștere. În Instrucțiuni se utilizează termenul de “propunere de recunoaștere” care trebuie să îndeplinească condițiile de la punctul 43 din Instrucțiuni. Propunerea de recunoaștere este precedată de accesul la principalele elemente probatorii aflate la dosarul de investigație (punctul 30 din Instrucțiuni) și, respectiv, de informarea scrisă realizată de Consiliul Concurenței privind condițiile în care se poate realiza recunoașterea, respectiv descrierea faptelor ce fac obiectul investigației, încadrarea legală a acestor fapte, gravitatea și durata presupuselor fapte, atribuirea răspunderii, descrierea principalelor elemente probatorii și cuantumul preconizat al amenzii (punctul 37 din Instrucțiuni).

Prin urmare, **propunem introducerea definiției de “propunere de recunoaștere” în linie cu terminologia utilizată în Instrucțiuni, pentru a desemna “declarația de recunoașterea a participării unei întreprinderi la săvârșirea unei contravenții prevăzute la art. 55 alin. (1) din lege având cuprinsul determinat de Consiliul Concurenței prin Instrucțiuni”.**

Propunerea de recunoaștere nu poate fi definită drept “*informarea în mod voluntar a Consiliului Concurenței*”, existând riscul de confuzie cu procedura de clemență sau cu circumstanța atenuantă a cooperării dincolo de limitele obligației de cooperare.

Propunerea de recunoaștere, prin natura sa, nu poate avea loc decât în urma descrierii, de către Consiliul Concurenței a faptelor ce fac obiectul investigației, încadrării legale a acestor fapte, sub aspectul gravității și duratei precum și a accesului la principalele elemente probatorii. Recunoașterea reprezintă achiesarea la fapte determinate și la un nivel al sancțiunii și nu o formă de autodenunț, acesta din urmă făcând obiectul procedurii de clemență.

Propunem de asemenea, **eliminarea din Instrucțiuni a numărului maxim de întâlniri pe care Consiliul Concurenței le poate organiza în cadrul procedurii de recunoaștere**, pentru a păstra flexibilitatea procedurii în interesul atingerii unei viziuni comune asupra întinderii obiectivelor potențiale și asupra cuantumului preconizat al amenzilor.

5. Dovezile admisibile

a. În ceea ce privește *dispozitivele și spațiile personale*, considerăm că:

- Din modificările propuse cu privire la art. 38 și 39⁴ nu rezultă cu claritate în ce măsură este necesară o autorizare judiciară specială pentru a desfășura inspecția în astfel de locuri sau, respectiv, pentru a inspecta dispozitivele personale;

⁴ Conform modificărilor propuse cu privire la art. 38 și 39, inspecțiile inopinate (i) pot avea loc la domiciliul/reședința sau în orice alt spațiu cu destinația de locuință, pe terenurile sau în mijloacele de transport aparținând conducătorilor, administratorilor, directorilor și altor angajați ai întreprinderilor sau asocierilor de întreprinderi, și,

- Pentru a asigura respectarea principiilor constituționale constând în inviolabilitatea domiciliului (art. 27 din Constituția României) și secretul corespondenței (art. 28 din Constituția României), precum și dispozițiile Convenției Europene a Drepturilor Omului este necesar ca **autorizarea judiciară emisă de Curtea de Apel București să menționeze, în mod expres, identitatea persoanei ale cărei spații sau obiecte personale vor fi inspectate, precum și locul în care va avea loc inspectia.** O interpretare conform căreia autorizarea judiciară inițială (care are în vedere, în sens general, întreprinderea investigată) ar acoperi și spațiile sau obiectele personale ale conducătorilor, administratorilor, directorilor și ale altor angajați nu oferă garanțiile de proporționalitate necesare și încalcă dreptul la apărare și la protejarea vieții private, lăsând loc pentru arbitrar și, posibil, abuzuri.

b. În ceea ce privește *posibilitatea arbitrară de a ridica arhive integrale*, considerăm că:

- În baza modificărilor propuse la art. 38, inspectorii de concurență au posibilitatea de a ridica și copia integral informațiile stocate și arhivate în format electronic, urmând ca inspectia să continue ulterior la sediul autorității de concurență.
- Acordarea acestei posibilități nelimitate autorității de concurență, fără a preciza că aceasta este o procedură excepțională, este de natură a muta întreaga procedură a inspectiei inopinate la sediul Consiliului Concurenței. O astfel de procedură depășește autorizarea judiciară (care presupune că verificările se fac la sediul întreprinderii), presupune costuri disproporționate din partea întreprinderilor investigate, care vor trebui să aloce resurse (după caz, angajați dedicați sau avocați externi) pentru perioade lungi de timp (e.g. luni întregi) care vor sta în prezența inspectorilor de concurență pentru ca aceștia să poată inspecta documentele arhivele ridicate și lasă loc la abuzuri (fiind disproporționat pentru activitatea întreprinderilor investigate).
- De altfel, Curtea Europeană a Drepturilor Omului⁵ a statuat că ridicarea unui volum mare de informații electronice, incluzând arhivele integrale de e-mail ale unor angajați, acestea din urmă cuprinzând corespondență privilegiată avocat-client, în contextul unei inspectii inopinate încalcă art. 8 din Convenție – dreptul la respectarea domiciliului, vieții private și a secretului corespondențelor, în special legat de confidențialitatea asociată relației dintre avocat și clientul, nefiind o măsură necesară și proporțională pentru atingerea scopului urmărit. Confidențialitatea relației avocat – client trebuie respectată chiar înainte de accesarea documentelor la sediul autorității, analiza unor documente care beneficiază de privilegiu legal la sediul Consiliului Concurenței putând determina eludarea/nerespectarea garanțiilor legale și formarea unor opinii subiective ce pot afecta imparțialitatea instrumentării cazului și/sau pot conduce la identificarea unor indicii/cuvinte cheie ce pot sta la baza căutărilor și analizelor inspectorilor de concurență – abordare care ar încălca garanția acordată privilegiului avocat – client.
- Astfel, **este necesar ca măsura ridicării arhivelor și informațiilor stocate în format electronic să fie subsumată principiului proporționalității, având astfel caracter excepțional, fiind ridicate doar documente și informații care au legătură cu obiectul investigației și care sunt necesare și relevante pentru aflarea adevărului în cadrul acesteia**

respectiv (ii) pot avea în vedere dispozitive personale ale acestora (telefoane mobile, tablete, dispozitive de tip Personal Digital Assistant, laptopuri etc.).

⁵ Cauza Vinci Construction și GTM Génie Civil et Services împotriva Franței (cererile nr. 63629/10 și 60567/10).

și să se efectueze în situații limitate, expres prevăzute de lege (e.g. volumul documentelor face imposibilă inspectarea la sediul întreprinderii).

- b. În ceea ce privește efectuarea inspecțiilor în alte spații în care persoana supusă inspecției își desfășoară activitatea:
- În propunerea de modificare nu se prevede necesitatea indicării în mod expres în cadrul autorizării judiciare a tuturor spațiilor ce urmează a fi inspectate, în vreme ce textul Directivei ECN+ nu conferă Statelor Membre această prerogativă. Ca atare, modalitatea de implementare la nivelul României contravine textului Directivei ECN+;

Având în vedere că pe parcursul inspecțiilor inopinate trebuie să se confere întreprinderilor investigate garanții procedurale privind dreptul la apărare și inviolabilitatea sediului social, considerăm că **în cuprinsul autorizării judiciare este necesar să se identifice cu exactitate toate spațiile în care inspectorii de concurență au dreptul să pătrundă.**

6. Amenda pentru furnizare de informații incorecte sau incomplete în cadrul unui interviu

- În timp ce amenda aplicabilă întreprinderii pentru neprezentarea la un interviu este prevăzută de Directiva ECN, „furnizarea de informații inexacte sau care induc în eroare, ca răspuns la o solicitare efectuată [...] cu ocazia procedurilor desfășurate în temeiul art. 37” (n.n. în cadrul interviurilor), forma prevăzută în Proiect la art. 53 lit. c) nu are acoperire în Directivă (art. 13 din Directivă, privind amenzi de ordin procedural aplicabile).
- Răspunderea întreprinderii pentru declarații inexacte sau care induc în eroare poate fi angajată, potrivit Directivei, doar în cazul furnizării de informații care ar putea constitui o obstrucționare a inspecției inopinate (art. 6.1 lit. e) din Directivă) sau în cazul furnizării, la cerere, de informații incomplete sau inexacte, în afara interviurilor (art. 8 din Directivă).
- În cazul interviurilor, având în vedere eventuale erori umane care se pot produce facil dată fiind natura spontană a procedurii și imposibilitatea de a verifica pe loc informația, trebuie lăsată **posibilitatea întreprinderii de a modifica sau retracta răspunsurile date de reprezentanții săi** înainte ca o eventuală sancțiune să fie aplicabilă pentru furnizarea de informații inexacte sau care induc în eroare.

7. Modificări necesare privind instituția prescripției

- Noul articol 38 (11)¹ prevede că termenul de prescripție pentru aplicarea sancțiunilor contravenționale se suspendă față de toate părțile implicate pe durata în care decizia președintelui Consiliului Concurenței cu privire la caracterul protejat al comunicării cu avocații externi este contestată în instanță. Mai mult, suspendarea termenului de prescripție nu împiedică instrumentarea investigației

Practic, dacă o întreprindere contestă decizia președintelui Consiliului Concurenței, toate părțile investigate, inclusiv cele care nu au contestat decizia, sunt sancționate indirect prin suspendarea termenului de prescripție, pentru exercitarea de către o parte a dreptului său legal la apărare.

Suspendarea este nejustificată, în special având în vedere că aceasta nu împiedică instrumentarea investigației. Suspendarea ar putea fi avută în vedere doar cu caracter excepțional, în cazul în care autoritatea nu ar mai fi în măsură să efectueze acte procedurale în cadrul investigației ca urmare a

contestației. De asemenea, în acest caz suspendarea s-ar putea aplica doar față de partea care a contestat decizia, și nu față de toate părțile din investigație.

Prin descurajarea dreptului întreprinderilor la o cale de atac eficientă, propunerea de modificare contravine expres scopului Directivei precum și principiului enunțat de noua prevedere de la art. 3¹ (2).

Având în vedere cele de mai sus, **noul articol trebuie eliminat**. Totodată, în lumina practicii Curții Constituționale privind art. 155 din Codul Penal, se impune **revizuirea tuturor prevederilor privind prescripția pentru a se asigura conformitatea cu principiile statuate de Curtea Constituțională**.

8. Motivarea deciziei la momentul adoptării – conform Codului de Procedură Penală modificat

În lumina practicii recente a Curții Constituționale și a modificărilor aduse Codului Penal cu privire la simultaneitatea pronunțării și motivării hotărârilor judecătorești în materie penală, propunem, pentru identitate de rațiune, **modificarea art. 51 din Legea concurenței nr. 21/1996 în sensul în care deciziile Consiliului Concurenței de sancționare ca urmare a aplicării art. 5 și 6 din lege să fie pronunțate motivat, după redactarea deciziei**, pronunțarea și motivarea făcând parte dintr-un proces unitar de deliberare.

- Conform Deciziei Curții Constituționale nr. 233/2021, para. 53, "*Curtea reține că dreptul la un proces echitabil, în sensul autonom al Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, impune pronunțarea unei hotărâri motivate, iar nu justificarea ulterioară a soluției pronunțate. În acest sens, în practica instanței de contencios european al drepturilor omului s-a statuat că numai prin pronunțarea unei hotărâri motivate poate fi realizată o corectă administrare a justiției (Hotărârea din 27 septembrie 2001, pronunțată în Cauza Hirvisaari împotriva Finlandei, paragraful 30). Tot astfel, s-a reținut că numai prin adoptarea unei hotărâri motivate poate exista un control public al administrării justiției (Hotărârea din 1 iulie 2003, pronunțată în Cauza Suominen împotriva Finlandei, paragraful 37).*" În decizia menționată, Curtea Constituțională reține că redactarea hotărârii, cu motivarea în fapt și în drept, la data pronunțării este o garanție că toți judecătorii completului (colegial) au înțeles motivarea, chiar dacă fiecare dintre ei o interpretează în mod diferit. Totodată, redactarea motivării în fapt și în drept permite corectarea eventualelor greșeli sau contradicții din cuprinsul hotărârii judecătorești, înainte de pronunțare, în condițiile în care o hotărâre judecătorească trebuie să fie clară și accesibilă la data pronunțării. Curtea constată că motivarea în fapt și în drept a soluției la data pronunțării conferă legitimitate hotărârii judecătorești, atât în plan individual - în ceea ce privește părțile la proces, cât și în plan general - în ochii publicului.
- O soluție similară se impune cu privire la motivarea și pronunțarea concomitentă a deciziilor de sancționare ale Consiliului Concurenței, având în vedere că, potrivit jurisprudenței CEDO, sancțiunile financiare aplicate în materie de concurență sunt sancțiuni de natură penală în sensul articolului 6 alineatul (1) din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, cu consecința aplicabilității întregului set de garanții procedurale și de fond acordate în temeiul dreptului penal.

9. Calcularea amenzii la cifra de afaceri mondială a grupului/nivelul maxim

- Precizăm că articolele 53-59 din proiectul de OUG nu iau în considerare principiile incluse în considerentele 43 și 49 din Directiva ECN+ (care se referă la „cifra de afaceri mondială totală” ca la un prag maxim în raport de care să fie raportate sancțiunile contravenționale pentru

încălcările regulilor de concurență), aceste articole referindu-se la cifra de afaceri mondială ca la un nivel de bază.

- Considerăm că există argumente solide care țin de necesitatea ca sancțiunile prevăzute de legea 21/1996 să fie proporționale și stabilite în funcție de consecințele/impactul real al faptei, recomandând astfel **adoptarea unei soluții legislative potrivit căreia punctul de plecare în stabilirea sancțiunii contravenționale să fie cifra de afaceri realizată în România, cu luarea în considerare a ponderii cifrei de afaceri realizate din vânzarea de produse sau servicii care au legătură directă/indirectă cu fapta anticoncurențială.**
- De asemenea, considerăm că extinderea răspunderii la unitatea economică unică prevăzută de art 59 din proiectul de OUG trebuie să conțină și prevederi care să fie în concordanță cu jurisprudența europeană specifică, cu condițiile prevăzute de această jurisprudență pentru o astfel de extindere a răspunderii.
- Mai mult, introducerea unei astfel de agravări a răspunderii trebuie să determine, în opinia noastră, o revizuire a modului de calcul a amenzilor efective aplicate în sensul aplicării amenzii prin raportare la cifra de afaceri pe piața relevantă afectată.

10. Angajarea răspunderii societății-mamă cu respectarea principiilor enunțate de către Curtea Europeană de Justiție

La nivel european, Curtea Europeană de Justiție (CEJ) a reținut conceptul de răspundere a societății-mamă (care deține direct sau indirect controlul asupra unei filiale) pentru fapta de încălcare a regulilor de concurență a filialei sale. În acest caz, societatea-mamă va răspunde solidar cu filiala sa pentru încălcarea regulilor de concurență. De asemenea, în această ipoteză, societatea-mamă va fi amendată în temeiul comportamentului adoptat de întreprinderea pe care aceasta îl forma, la momentul faptelor, cu o altă societate care era la acel moment filiala sa. Suplimentar, în astfel de cazuri, cuantumul amenzii se va determina la nivelul vânzărilor relevante pentru societatea-mamă, iar nu în mod artificial la nivelul întregului grup.

- Prin urmare apreciem că doar societatea-mamă va răspunde solidar cu filiala sa, inclusiv pentru plata amenzii. În linia celor reținute de CEJ, nu se poate extinde răspunderea altor entități din grupul de întreprinderi la plata amenzii, astfel cum prevede art. 59 din proiectul de OUG. Mai mult, nici societatea-mamă nu poate răspunde solidar la plata amenzii cu filiala sa, în măsura în care decizia de sancționare a Consiliului Concurenței nu reține răspunderea sa pentru încălcarea Legii concurenței de către filiala sa.
- În ceea ce privește răspunderea societății-mamă pentru fapta filialei sale, CEJ a reținut în mod constant că este necesar să fie dovedită o exercitare efectivă a unei influențe decisive de către societatea-mamă asupra comportamentului filialei sale (a se vedea cauza C-97/08 P Akzo Nobel și Alții/Comisia). Exercițarea unei influențe decisive poate fi dovedită și pe baza unor prezumții, însă acestea nu sunt irefragabile, ci pot fi răsturnate de către întreprinderile în cauză.
- Art. 59 din proiectul de OUG instituie o *prezumție absolută* de exercitare a unei influențe decisive de către tot grupul din care face parte societatea contravenientă.

În lumina celor de mai sus, **propunem eliminarea prevederilor art. 59 cu privire la introducerea unui aliniat suplimentar (1²) la art. 55** din Legea concurenței.

În fapt, există anumite cazuri în care prezumția (relativă) de influență decisivă a societății-mamă poate fi răsturnată și care ar trebui menționate, respectiv:

- Societatea-mamă este o societate de investiții și se administrează ca simplu investitor financiar (cazul T 392/09 - garantovană, par. 50-52, citat în cazul T-419/14 Goldman Sachs, par. 151.);
- Societatea-mamă deține numai temporar și pentru scurt timp o participație de 100 % la capitalul filialei (cazul C-97/08 P - Akzo Nobel – Opinia Avocatului General Kokott, nota de subsol 67);
- Societatea-mamă este împiedicată din motive juridice să își exercite complet, în proporție de 100 %, controlul asupra filialei (cazul C-97/08 P - Akzo Nobel – Opinia Avocatului General Kokott, nota de subsol 67);
- Filiala acționează contrar instrucțiunilor primite de la societatea-mamă (cazul C-32, 36-82/78 *BMW Belgium*).

11. Încălcarea Regulamentului european privind protecția datelor

Propunem modificarea alineatelor (9) și (10) ale art. 34 astfel:

(9) Operatorii de date personale, de drept public sau privat, astfel cum sunt definiți la art. 4 pct. 7 din Regulamentul (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE, precum și persoanele împuternicite de acestea cu prelucrarea datelor personale, în înțelesul pct. 8 al aceluiași articol, din același Regulament, au obligația de furniza Consiliului Concurenței, la cererea acestuia, datele personale necesare procedurilor desfășurate de Consiliul Concurenței în baza prezentei legi.

(10) Consiliul Concurenței va utiliza datele personale obținute în condițiile alin. (9) pentru scopurile pentru care au fost colectate, asigurându-le acestor date regimul de protecție statuat de prevederile Legii nr. 190/2018 și ale Regulamentului (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului.

Motivele pentru această propunere sunt:

- a) *În forma inițială, alin. 9 introduce o excepție de la temeiurile legale de prelucrare, cu încălcarea art. 23 GDPR*

Alin. 9 prevede că operatorii economici sunt obligați să furnizeze autorității anumite date de identificare, fără a solicita consimțământul persoanelor vizate. Per a contrario, s-ar putea înțelege că operatorii au nevoie de consimțământul persoanei vizate pentru a transmite datele către Consiliul Concurenței. Cu toate acestea, temeiul legal pentru astfel de prelucrări nu este consimțământul persoanelor vizate, ci îndeplinirea unei obligații legale de către operator, mai precis obligația de a respecta legea aplicabilă și de a răspunde solicitărilor autorităților. Independent de acest aspect, modificarea instituie o excepție de la temeiurile legale de prelucrare, prevăzând expres că nu este necesar consimțământul în cazul în care autoritatea solicită de la un operator date de identificare.

Conform art. 23 GDPR, Statele Membre nu au dreptul de a introduce astfel de excepții de la regulamentul, mai precis de la art. 6 GDPR. Chiar dacă această excepție ar fi posibilă, noul alineat nu este proporțional și necesar, astfel cum impune în mod expres art. 23 GDPR.

b) *În forma inițială, alin. 10 limitează nivelul de protecție a datelor obținute în baza alin. 9*

Alin. 10 limitează protecția datelor personale colectate în baza alin. 9. Alin. 10 prevede că datele colectate în baza alin. 9 vor fi protejate conform Legii nr. 190/2018 și conform GDPR, fără ca această protecție „să prejudicieze atingerea obiectivului legitim de protecție, menținere și stimulare a concurenței și a unui mediu concurențial normal, în vederea promovării intereselor consumatorilor, instituit de art. 1 al prezentei legi.” Consiliul Concurenței, în calitate de autoritate publică, este supus aceluiași obligații ca orice operator privind protecția datelor personale. Autoritatea este supusă principiului responsabilității, precum și tuturor celorlalte principii, de exemplu minimizarea și implementarea de măsuri tehnice și organizatorice pentru garantarea securității datelor.

Orice excepție de la aceste principii poate fi introdusă doar conform art. 23 GDPR, care prevede cerințe exprese în acest sens (e.g., măsura trebuie să respecte esența drepturilor și libertăților fundamentale, trebuie să fie necesară, trebuie să fie proporțională, și trebuie să includă anumite dispoziții specifice, printre altele privind garanțiile împotriva abuzurilor).

c) *Alineatele se referă la o categorie neclară de date*

Alineatele vizează doar „datele de identificare” și exclud datele genetice și cele privind sănătatea. Noțiunea de „date de identificare” nu este definită nici de aceste alineate, nici de GDPR. Prin urmare, nu este clar ce date sunt vizate de noile alineate. Nu este clar de ce s-a optat pentru excluderea datelor privind sănătatea și a celor genetice. În practică, această opțiune poate duce la situații neclare, care transferă în mod injust către operatori răspunderea pentru calificarea datelor.

În ceea ce privește prevederea ca interviurile să fie înregistrate pe suport audio-video, menționăm că o asemenea măsură reprezintă o gravă ingerință în drepturile persoanei la protecția imaginii și în esență la viața privată, existând mijloace mai puțin restrictive/invazive ce pot fi utilizate de către autoritate, cum ar fi consemnarea declarațiilor / răspunsurilor la întrebări în scris, cu posibilitatea persoanei vizate de a revizui, face corecturile și obiecțiunile pe care le consideră necesară. Apreciem că alternativa indicată de către noi respectă principiul proporționalității și asigură atingerea scopului urmărit de către autoritate într-o manieră mai puțin invazivă.

12. Selecția plângerilor pe motiv de prioritate

Din rațiuni de predictibilitate și transparență, în ceea ce privește selecția cazurilor preluate de către autoritate pe motiv de prioritate, **propunem elaborarea și publicarea unui manual care să listeze un set de criterii clare privind prioritățile Consiliului Concurenței în ceea ce privește analiza cazurilor.** Sugerăm ca pentru aceste cazuri respinse din motive de prioritizare, Consiliul Concurenței să emită scrisori de avertizare sau de recomandare (similare celor emise de CMA în Marea Britanie), prin care părții/părților îi/le este adresată invitația sau recomandarea de a-și auto-evalua practicile de afaceri ce au făcut obiectul plângerilor și de a trimite o informare/un punct de vedere urmare a acestei auto-evaluări, către Consiliul Concurenței.

13. Beneficiul pentru recunoașterea faptei

Art. 57 (2) prevede că autoritatea de concurență „poate” aplica o reducere pentru recunoașterea faptei. Acest lucru poate duce însă la diverse situații absurde în practică, în special în contextul noii proceduri privind recunoașterea. Cât timp întreprinderea recunoaște fapta, aplicarea reducerii ar trebui să fie obligatorie. Prin urmare, **propunem modificarea art. 57 (2)** după cum urmează:

(2) În cazul contravențiilor prevăzute la art. 55 alin. (1), dacă întreprinderea recunoaște, în mod expres, înainte de audieri, săvârșirea faptei anticoncurențiale și, acolo unde este cazul, propune remedii care duc la înlăturarea cauzelor încălcării, **se aplică de către** Consiliul Concurenței **poate aplica** o reducere a amenzii cu un procent cuprins între 10% și 30% din nivelul de bază determinat conform instrucțiunilor adoptate potrivit prevederilor alin. (1).

În încheiere, în spiritul dialogului deschis dintre AmCham România și Consiliul Concurenței care a caracterizat cooperarea constructivă dintre instituțiile pe care le reprezentăm, **vă propunem organizarea unei întâlniri pentru a discuta pe marginea propunerilor expuse în document.** Pentru confirmarea acestei întreprinderi în perioada următoare, în funcție de disponibilitatea dumneavoastră, vă stăm la dispoziție prin Raluca Manea, Manager Politici Publice (rmanea@amcham.ro / 0722.629.364).

Cu deosebită considerație,

Alexandru Reff

Președinte, Comitetul pentru Concurență și Ajutor de Stat
AmCham România