

Dosarul nr. 3ra-1141/19

prima instanță: Judecătoria Chișinău, sediul Rîșcani (Marcel Gandrabur)

instanța de apel: Curtea de Apel Chișinău (Angela Bostan, Anatol Pahopol, Veronica Negru)

DECIZIE

24 decembrie 2019

mun. Chișinău

Colegiul civil comercial și de contencios administrativ lărgit al Curții Supreme de Justiție

În componență:

Președintele ședinței, judecătorul

Judecătorii

Tamara Chișca-Doneva

Iurie Bejenaru

Nicolae Craiu

Mariana Pitic

Sveatoslav Moldovan

examinând recursul depus de Societatea Comercială „Astarn-Design” Societate cu Răspundere Limitată, reprezentată de avocatul Victor Pavlov,

în cauza de contencios administrativ intentată la cererea de chemare în judecată depusă de Societatea Comercială „Astarn-Design” Societate cu Răspundere Limitată împotriva Consiliului Concurenței cu privire la contestarea actului administrativ,

împotriva deciziei din 02 iulie 2019 a Curții de Apel Chișinău, prin care s-a respins apelul depus de Societatea Comercială „Astarn-Design” Societate cu Răspundere Limitată, reprezentată de avocatul Victor Pavlov, s-a admis apelul depus de Consiliul Concurenței, s-a casat parțial hotărârea din 04 aprilie 2019 a Judecătoriei Chișinău, sediul Rîșcani și s-a emis o hotărâre nouă în partea casată,

constată:

La 06 februarie 2019, Societatea Comercială „Astarn-Design” Societate cu Răspundere Limitată (în continuare SC „Astarn-Design” SRL) a depus cerere de chemare în judecată în procedura contenciosului administrativ împotriva Consiliului Concurenței cu privire la contestarea actului administrativ.

În motivarea acțiunii a invocat că, Consiliul Concurenței a dispus din oficiu inițierea investigației cu privire la semnele încălcării prevederilor art. 5 din Legea concurenței de către întreprinderile participante la licitațiile organizate de către Instituția Publică „EMP Management Durabil POP”, în particular licitațiile nr. DCRMP/G-18/SH-20/A.1.15/2 din 22 mai 2013 și respectiv nr. DCRMP/G-25/SH-25/A.1.15/2 din 24 iulie 2014.

Prin Raportul de investigație asupra cazului nominalizat supra s-a constatat încălcarea prevederilor art. 5 din Legea concurenței de către SRL „Dighiva”, SRL SC „Astarn-Design” SRL și SRL „Adrimob-Lux” pentru încheierea unui acord orizontal care a avut ca obiect trucarea ofertelor la licitațiile abordate anterior.

La 09 ianuarie 2019, a recepționat decizia Plenului Consiliului Concurenței potrivit căreia s-a aplicat față de SC „Astarn-Design” SRL amendă în mărime de

243 176,50 de lei, ceea ce reprezintă 4 % din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017, cu aplicarea factorului 1,2.

Consideră că decizia Consiliului Concurenței este neîntemeiată, din motiv că la stabilirea amenzii nu s-a ținut cont de prevederile art. 41, 71 și 72 din Legea concurenței și de marja de apreciere a cuantumului amenzii ce urmează a fi aplicată. Nu a contestat încălcarea imputată, însă, Consiliul Concurenței i-a aplicat amendă în proporția maximă de 4 % din cifra totală de afaceri realizată de întreprindere în anul 2017, fără a motiva concludent soluția emisă și având în vedere că nu s-au reținut circumstanțe agravante sau atenuante pe caz.

Imediat după declanșarea investigațiilor pe marginea încălcărilor ce fac obiectul prezentei cauze, a fost adoptată o tactică de cooperare cu persoanele delegate în acest scop de Consiliul Concurenței, fiind prezentat întregul set de documente și informații care au stat la baza achizițiilor desfășurate de către Instituția Publică „EMP Management Durabil POP” în numele Serviciului Hidrometeorologic de Stat, precum și a asigurat accesul liber al funcționarilor la orice alte documente și purtători de informații aflate în gestiunea întreprinderii.

În circumstanțele descrise, Consiliul Concurenței, contrar art. 90 din Legea concurenței, nu a aplicat față de SC „Astarn-Design” SRL politica de clemență.

SC „Astarn-Design” SRL a solicitat:

- admiterea acțiunii;

- anularea pct. 3 din decizia Plenului Consiliului Concurenței nr. DA-15/16-87 din 20 decembrie 2018, prin care i s-a aplicat amendă în mărime de 243 176,50 de lei, reprezentând 4 % din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017, cu aplicarea factorului 1,2;

- dispunerea reducerii cuantumului amenzii ce i-a fost aplicată pentru încălcarea normelor materiale ale legislației concurențiale, în limitele coeficientului de 2 % din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017, cu aplicarea factorului 1,2, corespunzător reglementărilor stipulate la art. 72 alin. (1), (2), (3) lit. c), (5) lit. b) din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012;

- obligarea Consiliului Concurenței să-i reducă amenda pentru încălcarea normelor materiale ale legislației concurențiale, în cuantumul cuprins între 30 % și 50 % față de nivelul care i-a fost aplicat în mod normal, în baza pct. 3 al deciziei enunțate, corespunzător prevederilor stipulate în art. 78 alin. (2), art. 89 alin. (7) lit. a) din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012;

- compensarea cheltuielilor de judecată.

Prin hotărârea din 04 aprilie 2019 a Judecătoriei Chișinău, sediul Rîșcani, s-a admis parțial acțiunea, s-a anulat pct. 3 din decizia Plenului Consiliului Concurenței al Republicii Moldova nr. DA-15/16-87 din 20 decembrie 2018 în temeiul căreia s-a aplicat față de SC „Astarn-Design” SRL amendă în mărime de 243 176,50 de lei, reprezentând 4 % din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017, cu aplicarea factorului 1,2, în partea cuantumului amenzii stabilite și s-a redus mărimea amenzii la suma de 121 588,25 de lei, reprezentând 2 % din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017, cu aplicarea factorului 1,2.

În rest, pretențiile s-u respins ca fiind neîntemeiate (f.d. 61, 63-76).

Prin decizia din 02 iulie 2019 a Curții de Apel Chișinău s-a respins apelul depus de SC „Astarn Design” SRL, reprezentată de avocatul Victor Pavlov; s-a admis apelul depus de Consiliul Concurenței; s-a casat parțial hotărârea

Judecătoria Chișinău, sediul Rîșcani din 04 aprilie 2019 și se emite o nouă hotărîre în partea casată prin care:

S-a respins ca neîntemeiată cererea de chemare în judecată depusă de SC „Astarn-Design” SRL.

În rest, hotărîrea din 04 aprilie 2019 a Judecătoria Chișinău, sediul Rîșcani, s-a menținut (f.d. 150, 151-166).

În motivarea soluției instanța de apel a reținut că, actul administrativ ce formează obiectul material al prezentei acțiuni a fost emis cu respectarea competenței și a procedurii stabilită de lege. Or, SC „Astarn-Design” SRL nu contestă procedura sau competența la emiterea actului administrativ, ci invocă ilegalitatea acesteia în fond, nefiind de acord cu amenda aplicată.

Analizând legalitatea deciziei contestate, instanța de apel a reținut că SC „Astarn-Design” SRL nu contestă încălcarea ce i-a fost imputată, ci își exprimă dezacordul cu sancțiunea aplicată, invocând că la individualizarea acesteia autoritatea competentă a aplicat-o pe cea maximală, fără a ține cont de circumstanțele atenuante.

Sub acest aspect instanța de apel a notat că ansamblul circumstanțelor care pot fi reținute în atenuarea sancțiunii aplicate sunt stabilite de lege, astfel încât sarcina probațiunii a devenit părții care o invocă.

La caz, însă, nu au fost administrate probe care ar confirma prezența circumstanțelor atenuante la momentul emiterii deciziei contestate, iar materialele dosarului nu demonstrează colaborarea efectivă a SC „Astarn-Design” SRL cu Consiliul Concurenței. Colaborarea în acest sens urma a fi exercitată la momentul examinării cazului de încălcare a legislației concurenței de către Consiliul Concurenței și nicidecum nu în cadrul judecării cauzei în ordinea contenciosului administrativ.

Totodată, nu s-a demonstrat încetarea încălcării din propria voință a făptuitorului sau de la primele intervenții ale Consiliului Concurenței; alte împrejurări care demonstrează voința întreprinderii de a facilita examinarea cauzelor inițiate de Consiliul Concurenței; și nici dovada făcută de SC „Astarn-Design” SRL prin care s-ar demonstra că încălcarea a fost comisă din neglijență.

Prin urmare, Consiliul Concurenței în mod legal a dispus individualizarea sancțiunii aplicate SC „Astarn-Design” SRL, deoarece în cadrul judecării cauzei nu s-a confirmat faptul că la momentul examinării cazului de încălcare a legislației concurenței existau circumstanțe atenuante.

La 31 iulie 2019, SC „Astarn-Design” SRL, reprezentată de avocatul Victor Pavlov, a depus recurs împotriva deciziei din 02 iulie 2019 a Curții de Apel Chișinău (f.d. 175-181).

În motivarea recursului a invocat că, consideră decizia instanței de apel drept una nefondată, emisă contrar normelor procedurale și materiale, deoarece analiza deciziei Curții de Apel Chișinău denotă abordarea unilaterală a cazului, doar din punctul de vedere al Consiliului Concurenței, dând o apreciere subiectivă și părtinitoare argumentelor SC „Astarn-Design” SRL.

Din conținutul prevederilor articolelor 84, 85, 90 și 92 din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012 rezultă că SC „Astarn-Design” SRL a îndeplinit cumulativ toate condițiile legale prevăzute de art. 90 alin. (2) din Legea concurenței. Or, recurentul a cooperat cu Consiliul Concurenței, a furnizat toate

informațiile relevante cazului, precum și elementele probatorii, nu a distrus și nu a ascuns informațiile importante.

Instanța de apel eronat a ajuns la concluzia că, SC „Astarn-Design” SRL nu a întrunit condițiile legale pentru a beneficia de politica de clemență, deoarece aceasta este operantă nu doar până la consumarea acțiunii anticoncurențiale, dar și la etapa incipientă a investigației.

SC „Astarn-Design” SRL, reprezentată de avocatul Victor Pavlov a solicitat Curții Supreme de Justiție casarea deciziei din 02 iulie 2019 a Curții de Apel Chișinău și emiterea unei decizii noi, prin care să fie respins apelul depus de Consiliul Concurenței și să fie admis apelul depus de SC „Astarn-Design” SRL (f.d. 175-181).

Conform articolului 245 alin. (1) și (2) din Codul administrativ, recursul se depune la instanța de apel în termen de 30 de zile de la notificarea deciziei instanței de apel, dacă legea nu stabilește un termen mai mic. Instanța de apel transmite neîntârziat Curții Supreme de Justiție recursul împreună cu dosarul judiciar. Motivarea recursului se prezintă Curții Supreme de Justiție în termen de 30 de zile de la notificarea deciziei instanței de apel. Dacă se depune împreună cu cererea de recurs, motivarea recursului se depune la instanța de apel.

Recursul SC „Astarn-Design” SRL, reprezentată de avocatul Victor Pavlov este termen, deoarece decizia Curții de Apel Chișinău datează cu 02 iulie 2019, iar recursul motivat a fost depus la 31 iulie 2019, adică în termen de 30 de zile.

La 11 septembrie 2019, examinând admisibilitatea recursului depus de SC „Astarn-Design” SRL, reprezentată de avocatul Victor Pavlov, completul de admisibilitate al completului specializat pentru examinarea acțiunilor în contencios administrativ al Colegiului civil, comercial și de contencios administrativ al Curții Supreme de Justiție a numit examinarea recursului în fond, în complet de cinci judecători.

Verificând argumentele invocate în recurs, pe baza materialelor din dosar, completul specializat pentru examinarea acțiunilor în contencios administrativ al Colegiului civil, comercial și de contencios administrativ lărgit al Curții Supreme de Justiție a ajuns la concluzia de a-l admite și a casa integral decizia din 02 iulie 2019 a Curții de Apel Chișinău, cu menținerea hotărârii din 04 aprilie 2019 a Judecătoriei Chișinău, sediul Rîșcani, din următoarele motive.

Conform articolului 247 din Codul administrativ, Curtea Supremă de Justiție examinează și soluționează recursul fără ședință de judecată.

Articolul 248 din Codul administrativ stipulează la alin. (1) lit. c) că, examinând recursul, Curtea Supremă de Justiție adoptă decizie prin care casează integral decizia instanței de apel și emite o nouă decizie.

Din materialele cauzei rezultă că, prin dispoziția nr. 15 din 16 septembrie 2016, modificată prin decizia nr. DA-42 din 14 septembrie 2017, s-a dispus din oficiu inițierea investigației cu privire la semnele încălcării prevederilor art. 5 din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012 de către întreprinderile participante la licitațiile organizate de către Instituția Publică „EMP Management Durabil POP” și anume: licitația nr. DCRMP/G-18/SH-20/A.1.15/2 new din 22 mai 2013 și licitația nr. DCRMP/G-25/SH-25/A. 1.15/2 din 24 iulie 2014 (f.d.36-38).

Conform Raportului de investigație (f.d. 39-45), necontestat de către SC „Astarn-Design” SRL, obiect al investigațiilor l-a constituit:

a) acțiunile întreprinderilor SC „Dighiva” SRL, SC „Astarn-Design” SRL și SRL „Adrimob-Lux” participante la licitația nr. DCRMP/G-18/SH-20/A.1.15/2 new din 22 mai 2013, organizată și desfășurată de Instituția Publică „EMP Management Durabil POP” în numele Serviciului Hidrometeorologic de Stat;

b) acțiunile întreprinderilor SC „Dighiva” SRL, SC „Astarn-Design” SRL și SRL „Adrimob-Lux”, participante la licitația nr. DCRMP/G-25/SH-25/A.1.15/2 din 24 iulie 2014, organizată și desfășurată de către Instituția Publică „EMP Management Durabil POP” în numele Serviciului Hidrometeorologic de Stat.

În cadrul investigației Consiliul Concurenței a constatat că SC „Dighiva” SRL, SC „Astarn-Design” SRL și SRL „Adrimob-Lux” au coordonat acțiunile de participare cu oferte trucate la licitațiile nr. DCRMP/G-18/SH- 20/A.1.15/2 new din 22 mai 2013 și nr. DCRMP/G-25/SH-25/A.1.15/2 din 24 iulie 2014 organizată și desfășurată de către Instituția Publică „Managementul Durabil POP”, fapt ce constituie semne de încălcare a prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței.

Consiliul Concurenței a conchis încălcarea prevederilor art. 5 din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012 de către SC „Dighiva” SRL, SC „Astarn-Design” SRL și SRL „Adrimob-Lux”, manifestată prin încheierea unui acord orizontal, care are ca obiect trucarea ofertelor la licitațiile nr. DCRMP/G-18/SH-20/A. 1.15/2 new din 22 mai 2013 și nr. DCRMP/G-25/SH- 25/A.1.15/2 din 24 iulie 2014.

În temeiul art. 58 și 59 din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012 Raportul de investigație a fost remis părților în vederea exercitării dreptului la apărare, prin acordarea dreptului de a-și exprima punctul de vedere cu privire la concluziile și propunerile din raportul de investigație (f.d. 45).

În baza Raportului de investigație, Plenul Consiliului Concurenței a emis decizia nr. DA-15/16-87 din 20 decembrie 2018, prin care a constatat încălcarea prevederilor art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr.183 din 11 iulie 2012 de către SC „Dighiva” SRL, SC „Astarn-Design” SRL și SRL „Adrimob-Lux” prin încheierea unui acord anticoncurențial, care are ca obiect denaturarea concurenței prin participarea cu oferte trucate la licitațiile nr. DCRMP/G-18/SH-20/A. 1.15/2 new din 22 mai 2013 și nr. DCRMP/G-25/SH- 25/A.1.15/2 din 24 iulie 2014, organizate și desfășurate de către Instituția Publică ”EMP Management Durabil POP” în numele Serviciului Hidrometeorologic de Stat (f.d. 6-16, 46-56).

Prin pct. 3 al dispozitivului deciziei Plenului Consiliului Concurenței nr. DA-15/16-87 din 20 decembrie 2018 s-a aplicat față de SC „Astarn-Design” SRL amendă în mărime de 243 176,50 de lei, reprezentând 4% din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017, cu aplicarea factorului 1,2.

Manifestându-și dezacordul cu acțiunile Consiliului Concurenței, SC „Astarn-Design” SRL s-a adresat cu prezenta cerere de chemare în judecată, solicitând:

- anularea pct. 3 din decizia Plenului Consiliului Concurenței nr. DA-15/16-87 din 20 decembrie 2018, prin care i s-a aplicat amendă în mărime de 243 176,50 de lei, reprezentând 4 % din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017, cu aplicarea factorului 1,2;

- dispunerea reducerii cuantumului amenzii ce i-a fost aplicată pentru încălcarea normelor materiale ale legislației concurențiale, în limitele coeficientului de 2 % din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017, cu aplicarea factorului 1,2, corespunzător reglementărilor stipulate la art. 72 alin. (1), (2), (3) lit. c), (5) lit. b) din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012;

- obligarea Consiliului Concurenței să-i reducă amenda pentru încălcarea normelor materiale ale legislației concurențiale, în cuantumul cuprins între 30 % și 50 % față de nivelul care i-a fost aplicat în mod normal, în baza pct. 3 al deciziei enunțate, corespunzător prevederilor stipulate în art. 78 alin. (2), art. 89 alin. (7) lit. a) din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012;

- compensarea cheltuielilor de judecată.

Fiind investită cu examinarea în fond a prezentei cauze, Judecătoria Chișinău, sediul Rîșcani, prin hotărârea din 04 aprilie 2019 a admis parțial acțiunea, a anulat pct. 3 din decizia Plenului Consiliului Concurenței al Republicii Moldova nr. DA-15/16-87 din 20 decembrie 2018 în temeiul căreia s-a aplicat față de SC „Astarn-Design” SRL amendă în mărime de 243 176,50 de lei, reprezentând 4 % din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017, cu aplicarea factorului 1,2, în partea cuantumului amenzii stabilite și a redus mărimea amenzii la suma de 121 588,25 de lei, reprezentând 2 % din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017, cu aplicarea factorului 1,2, iar în rest, a respins pretențiile ca fiind neîntemeiate (f.d. 61, 63-76).

Prin decizia din 02 iulie 2019 a Curții de Apel Chișinău s-a respins apelul depus de SC „Astarn Design” SRL, reprezentată de avocatul Victor Pavlov; s-a admis apelul depus de Consiliul Concurenței; s-a casat parțial hotărârea Judecătoria Chișinău, sediul Rîșcani din 04 aprilie 2019 și se emite o nouă hotărâre în partea casată prin care:

S-a respins ca neîntemeiată cererea de chemare în judecată depusă de SC „Astarn-Design” SRL.

În rest, hotărârea din 04 aprilie 2019 a Judecătoria Chișinău, sediul Rîșcani, s-a menținut (f.d. 150, 151-166).

Efectuând controlul judiciar al deciziei din 02 iulie 2019 a Curții de Apel Chișinău, instanța de recurs a constatat că instanța de apel nu a elucidat toate circumstanțele importante speței, iar drept consecință a emis o hotărâre neîntemeiată, bazată pe neaplicarea legii care trebuia să fie aplicată și aplicarea unei legi care nu trebuia să fie aplicată, fapt ce a succedat adoptarea unei hotărâri greșite.

Deși instanța de apel a stabilit corect că SC „Astarn-Design” SRL nu contestă încălcarea imputată, ci își exprimă dezacordul doar în partea sancțiunii aplicate față de sine, a dat o apreciere greșită acțiunilor acesteia.

Or, titularul acțiunii de contencios administrativ a invocat că la individualizarea pedepsei autoritatea competentă a aplicat mărimea maximală, fără a ține cont de circumstanțele atenuante.

Conform articolului 67 din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012, (1) individualizarea amenzilor prevăzute de prezenta lege se efectuează ținând seama de gravitatea și durata faptei. (2) Stabilirea cuantumului amenzii se face prin determinarea nivelului de bază al acesteia, care se va majora în cazul existenței circumstanțelor agravante și se va reduce în cazul existenței circumstanțelor atenuante. (3) Pentru determinarea nivelului de bază al amenzii, ca bază de calcul se ia cifra totală de afaceri realizată de întreprindere în anul anterior sancționării.

Potrivit articolului 71 din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012, Plenul Consiliului Concurenței are dreptul să aplice, prin decizie, întreprinderilor amenzi în cazul în care, în mod intenționat sau din neglijență, aceste întreprinderi:

a) încalcă prevederile art. 5 și 11;

b) contravin unei prescripții care dispune măsuri interimare în temeiul art. 41 alin. (3);

c) nu respectă un angajament care devine obligatoriu printr-o decizie în temeiul art. 41 alin. (4);

d) nu notifică o concentrare economică, definită la art. 22 alin. (1), înainte de punerea în aplicare a acesteia, cu excepția cazurilor în care sînt autorizate în mod expres în acest sens în conformitate cu art. 20 alin. (5) sau printr-o decizie adoptată în temeiul art. 20 alin. (6);

e) realizează o operațiune de concentrare economică cu încălcarea prevederilor art. 20 alin. (5);

f) pun în practică o operațiune de concentrare economică declarată incompatibilă cu mediul concurențial printr-o decizie a Consiliului Concurenței, potrivit prevederilor art. 25 alin. (2) lit. a).

Conform articolului 72 alin. (1), (2) și (3) lit. c) din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012, nivelul de bază al amenizii pentru încălcarea normelor materiale ale legislației concurențiale se determină în funcție de gravitatea și durata faptei. Nivelul de bază se obține prin înmulțirea procentului determinat în funcție de gradul de gravitate cu factorul aferent duratei încălcării.

La evaluarea gravității încălcării normelor materiale ale legislației concurențiale se iau în considerare, în special, natura faptei săvârșite, ponderea în cifra totală de afaceri a vânzărilor de produse realizate de întreprindere pe piața geografică relevantă de pe teritoriul Republicii Moldova care au legătură directă sau indirectă cu încălcarea (atunci cînd este posibilă o astfel de estimare), cotele de piață cumulate ale tuturor întreprinderilor participante, impactul încălcării pe piață (atunci cînd acesta poate fi măsurat), probabilitatea ca o operațiune de concentrare economică să fi fost interzisă dacă ar fi fost notificată.

Nivelul de bază al amenizii calculat pentru gravitatea faptei constituie de la 2% până la 4% din cifra totală de afaceri, în sensul art. 67, pentru faptele de gravitate mare: acordurile orizontale de tipul cartelurilor dure; încălcările prevăzute la art. 71 lit. d), e) și f) referitoare la operațiuni de concentrare economică în privința cărora Consiliul Concurenței, în urma desfășurării unei investigații, poate adopta o decizie prin care va declara operațiunea de concentrare economică incompatibilă cu mediul concurențial; încălcările prevăzute la art. 11 care au avut consecințe deosebit de grave pentru piață, producând efecte pe zone întinse ale acesteia.

Articolul 73 alin. (1)-(6) din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012 stipulează că, nivelul de bază al amenizii pentru încălcarea normelor materiale ale legislației concurențiale poate fi majorat sau redus cu un procent cuprins între 5% și 10% din quantumul nivelului de bază stabilit în conformitate cu art. 72 pentru fiecare circumstanță agravantă ori atenuantă constatată. În cazul circumstanțelor agravante menționate la alin. (2) lit. a) din prezentul articol, nivelul de bază va fi majorat cu un procent cuprins între 10% și 25% pentru fiecare astfel de încălcare constatată de Consiliul Concurenței.

(2) Circumstanțe agravante care determină majorarea nivelului de bază pot fi:

a) continuarea sau repetarea de către o întreprindere a unei încălcări identice sau similare după ce Plenul Consiliului Concurenței a constatat că această întreprindere a încălcat dispozițiile art. 5 sau 11;

b) continuarea deliberată a încălcării în cursul desfășurării investigației în

cazurile referitoare la cartelurile dure;

c) refuzul de a coopera cu Consiliul Concurenței sau obstrucționarea acestuia în desfășurarea investigațiilor;

d) rolul de conducător sau de instigator la încălcare. Se iau în considerare măsurile întreprinse pentru a constrânge alte întreprinderi să participe la încălcare și/sau măsurile de retorsiune întreprinse împotriva altor întreprinderi cu scopul de a impune comiterea încălcării;

e) natura instituționalizată a cartelului dur.

(3) Circumstanțe atenuante care determină reducerea nivelului de bază pot fi:

a) furnizarea de către întreprindere a dovezilor de încetare a comiterii încălcării de la primele intervenții ale Consiliului Concurenței. Circumstanța atenuantă în cauză nu se aplică acordurilor sau practicilor de natură secretă (în special cartelurilor dure);

b) furnizarea de către întreprindere a dovezilor că participarea sa la încălcarea săvârșită este extrem de redusă și că, în cursul perioadei în care a fost parte la încălcare, în mod efectiv, a evitat punerea în aplicare a acesteia, adoptând un comportament concurențial corect pe piață;

c) colaborarea efectivă a întreprinderii cu Consiliul Concurenței în afara domeniului de aplicare a politicii de clemență și dincolo de obligația sa legală de a coopera;

d) autorizarea sau încurajarea comportamentului anticoncurențial al întreprinderii de autorități publice ori de legislația existentă;

e) dovada făcută de întreprindere privind faptul că încălcarea a fost comisă din neglijență.

(4) Lista circumstanțelor atenuante menționate la alin. (3) nu este exhaustivă.

(5) Consiliul Concurenței va lua în considerare necesitatea de a majora amenda pentru a depăși câștigurile ilicite realizate ca urmare a încălcării săvârșite, atunci când este posibilă estimarea acestui quantum, însă nu mai mult decât nivelul maxim stabilit la alin. (7).

(6) În cazul încălcărilor prevăzute la art. 71 alin. (1) lit. a), dacă, după primirea raportului de investigație și exercitarea dreptului de acces la dosar sau în cadrul audierilor, întreprinderea recunoaște în mod expres săvârșirea faptei anticoncurențiale, aceasta va fi reținută ca circumstanță atenuantă sub forma colaborării în cadrul procedurii de investigare a cazului și va determina diminuarea cuantumului amenzii cu un procent cuprins între 10% și 25% din nivelul de bază determinat potrivit prevederilor art. 72. La determinarea procentului cu care se va reduce nivelul de bază ca urmare a recunoașterii faptei, Consiliul Concurenței va avea în vedere, de la caz la caz, faptul că întreprinderea a recunoscut total sau parțial fapta constatată în raport. În caz de recunoaștere parțială, Consiliul Concurenței poate refuza acordarea reducerii, dacă recunoașterea este considerată insuficientă și nu denotă asumarea de către întreprindere a faptelor comise.

Conform articolului 78 din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012, (1) deciziile prin care Plenul Consiliului Concurenței a aplicat o amendă sau o penalitate cu titlu cominatoriu pot fi contestate la judecătoria. (2) Instanțele menționate la alin. (1) pot reduce sau majora amenzile sau penalitățile cu titlu cominatoriu aplicate, iar în cazul în care constată că decizia privind constatarea încălcării și/sau aplicarea amenzii sau a penalității este neîntemeiată și/sau este

adoptată cu încălcarea procedurii, acestea pot anula amenzile sau penalitățile cu titlu cominatoriu aplicate.

Colegiul consideră că, instanța de apel în mod eronat a concluzionat legalitatea amenzii prin prisma articolului 70 din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012, ca amendă pentru încălcarea normelor de procedură ale legislației concurențiale.

Or, faptele ilicite în comiterea cărora a fost recunoscută SC „Astarn-Design” SRL și sancționată prin pct. 3 din decizia Plenului Consiliului Concurenței al Republicii Moldova nr. DA-15/16-87 din 20 decembrie 2018 nu constituie încălcări ale normelor de procedură ale legislației concurențiale, conform articolului 68 din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012.

În acest sens este relevant că SC „Astarn-Design” SRL a fost sancționată pentru conduita sa ca participant la licitație, cu oferte trucate, acțiuni ce au fost încadrate în dispoziția art. 5 alin. (1) și alin. (3) lit. d) din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012.

În senul articolului 71 din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012, aceste fapte constituie încălcări ale normelor materiale ale legislației concurențiale, dar nu încălcări ale normelor de procedură.

Astfel, reieșind din natura încălcărilor în comiterea cărora a fost recunoscută SC „Astarn-Design” SRL și sancționată prin pct. 3 din decizia Plenului Consiliului Concurenței al Republicii Moldova nr. DA-15/16-87 din 20 decembrie 2018, incidente speței sunt prevederile articolului 73, dar nu ale articolului 70 din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012.

Reieșind din această circumstanță Colegiul deduce că, atât concluziile instanței de apel, cât și soluția sunt bazate pe aplicarea unei legi nepertinente situației din speța dedusă judecății și care nu trebuiau să fie aplicate, iar drept consecință neaplicarea legii ce guvernează litigiul, fapt ce a succedat adoptarea unei hotărâri greșite.

În privința revendicărilor formulate de SC „Astarn-Design” SRL, instanța de recurs denotă că, acesta nu a contestat, dar dimpotrivă a recunoscut existența în acțiunile sale a semnelor componente anticoncurențiale imputate de Consiliul Concurenței, reglementate expres de art. 5 alin. (1) și alin. (3) lit. d) din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012.

Articolul 5 alin. (1) și alin. (3) lit. d) din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012 prevede că, sunt interzise, fără a fi necesară o decizie prealabilă în acest sens, orice acorduri între întreprinderi sau asociații de întreprinderi, orice decizii ale asociațiilor de întreprinderi și orice practici concertate (denumite în continuare acorduri) care au ca obiect sau efect împiedicarea, restrângerea sau denaturarea concurenței pe piața Republicii Moldova sau pe o parte a acesteia. Acordurile anticoncurențiale sunt, în special, cele îndreptate spre participarea cu oferte trucate la licitații sau la orice alte forme de concurs de oferte.

Prima instanță corect și-a focusat analiza doar asupra mărimii amenzii aplicate de Consiliul Concurenței în privința SC „Astarn-Design” SRL.

Legislatorul a reglementat și definit spectrul acordurilor anticoncurențiale la articolul 5 din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012 și a stabilit sancțiunile pasibile aplicării celor culpabili pentru admiterea acestor încălcări la art. 72.

Participarea cu oferte trucate la licitații sau alte forme de concurs de oferte constituie un cartel dur, catalogat *apriori* de legislator ca un acord

anticoncurențial orizontal (acord sau practică concertată ce se realizează între două sau mai multe întreprinderi care funcționează pe piață la același (aceleași) nivel (niveluri).

La aspectul dat Colegiul relevă că, Plenul Consiliului Concurenței a notat în motivarea deciziei că nu a constatat circumstanțe atenuante și agravante prevăzute la articolul 73 din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012.

Însă, distinct constatărilor sale, Plenul Consiliului Concurenței a aplicat față SC „Astarn-Design” SRL amenda maximală stabilită pentru componența anticoncurențială incriminată reclamantei, în mărime de 243 176,50 de lei, ceea ce reprezintă 4 % din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017, cu aplicarea factorului 1,2

Orice apreciere subiectivă trebuie să aibă ca fundament factori obiectivi și argumentare concludentă, consistentă și persuasivă.

La caz, Plenul Consiliului Concurenței, exercitându-și dreptul discreționar, a respectat limitele legale ale dreptului discreționar și a urmărit scopul legitim, însă nu a ținut cont de toate faptele relevante.

Or, neconstatând circumstanțe agravante în acțiunile SC „Astarn-Design” SRL, Plenul Consiliului Concurenței a aplicat în privința acesteia sancțiunea maximală prevăzută de art. 72 alin. (3) lit. c) din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012.

Colegiul consideră că, prima instanță corect a constatat existența circumstanțelor atenuante, și anume recunoașterea de către SC „Astarn-Design” SRL a încălcărilor imputate, poziție sinceră față de autoritatea de concurență și transparență în acțiuni, deoarece acțiunile ilicite ale recurenteii fiind comise în anii 2013-2014 nu au mai fost repetate ulterior.

Consiliul Concurenței trebuia să justifice într-o manieră explicită, consistentă și plauzibilă cuantumul amenzii aplicate, fapt care a fost eludat, deoarece nu a oferit o apreciere multiaspectuală chestiunilor relevante speței ce vizează individualizarea sancțiunii.

Astfel, autoritatea de concurență, în lipsa unor circumstanțe agravante și atenuante sau altor elemente definitorii în acest sens, a sancționat recurenta cu cea mai dură proporție pecuniară punitivă conferită de lege, împrejurări ce denotă un arbitrar în conduita sa.

Rațiunea pedepsei trebuie subsumată scopului Legii concurenței și rezidă în restabilirea echității sociale și economice, prevenirea desfășurării în viitor a unor practici anticoncurențiale și încurajarea unei concurențe libere și sănătoase or, subiectul sancționat va conștientiza că asemenea fraude/tertipururi nu pot avea sorti de izbândă și unica modalitate de activitate economică este cea desfășurată într-un climat de competitivitate și concurență loială și corectă.

Amenda nu trebuie deturnată de la scopul legitim consacrat și nu trebuie să urmărească scopul doar de a pedepsi, pe cale de consecință instanța conchide că aplicarea ei în condițiile cauzei deduse judecării a fost una excesivă, nemotivată și neconvingătoare.

Însăși faptul că acțiunile imputate SC „Astarn-Design” SRL sunt de gravitate mare nu implică aplicarea în mod automat a sancțiunii maxime. Aplicarea plafonului maxim al sancțiunii poate fi determinată doar în cazul în care componența anticoncurențială este însoțită de alte semne relevante pentru individualizarea sancțiunii în sensul majorării cuantumulului ei.

Calificarea juridică a practicii anticoncurențiale și individualizarea sancțiunii nu urmează a fi confundate, în pofida faptului ele sunt indisolubil legate, legea stabilind o marjă de apreciere a limitelor sancțiunii pentru orice faptă anticoncurențială.

În atare circumstanțe, Colegiul ajunge la concluzia că prima instanță just a coroborat limitele temporale ale acțiunilor anticoncurențiale desfășurate de SC „Astarn-Design” SRL în cadrul licitațiilor din 22 mai 2013 și 24 iulie 2014, constatând elocvent factorului 1,2, care este o durată medie – de la un an la cinci ani.

Conform articolului 84 din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012, (1) clemența este recompensa acordată de Consiliul Concurenței pentru cooperarea întreprinderilor și asociațiilor de întreprinderi cu Consiliul Concurenței, în cazul în care acestea sînt sau au fost parte a unui acord anticoncurențial.

(2) Politica de clemență nu se aplică acordurilor orizontale sau verticale care, conform legii, pot fi exceptate de la interdicția prevăzută la art. 5 alin. (1).

(3) Întreprinderile și asociațiile de întreprinderi pot obține imunitate la amendă sau reducerea cuantumului acesteia dacă îndeplinesc condițiile prevăzute de prezenta lege.

(4) Orice declarație înaintată de o întreprindere Consiliului Concurenței în scopul beneficiii de clemență face parte integrantă din dosarul cauzei, dacă întreprinderii respective i se acordă clemența de către Consiliul Concurenței. Aceasta nu poate fi divulgată sau utilizată în alte scopuri decît pentru aplicarea art. 5.

(5) Accesul la explicații este acordat doar părților implicate, cu condiția ca acestea să se angajeze, împreună cu reprezentanții împuterniciți legal care primesc acces în numele lor, să nu facă copii, prin mijloace mecanice sau electronice, ale oricăror informații din explicațiile la care este acordat accesul. Aceste persoane trebuie să asigure faptul că informațiile obținute din explicație vor fi utilizate doar pentru scopurile menționate la alin. (4). Alte persoane, precum autorii plîngerilor, nu au acces la explicații. Consiliul Concurenței va considera că acest tip de protecție specifică nu se mai justifică din momentul în care solicitantul dezvăluie unor terțe persoane conținutul cererii.

(6) Consiliul Concurenței nu poate lua nicio decizie în ceea ce privește oportunitatea acordării imunității condiționate sau oportunitatea recompensării vreunei solicitări de clemență în cazul în care se constată că solicitarea se referă la încălcări care depășesc termenul de prescripție de 5 ani prevăzut la art. 81, deoarece o astfel de cerere nu ar mai avea obiect.

Potrivit articolului 85 din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012, imunitatea la amendă reprezintă exonerarea de la aplicarea amenzii pentru încălcarea prevederilor art. 5 alin. (1). Există două tipuri de imunitate la amendă: de tip A și de tip B.

Articolul 90 din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012 statuează că, (1) orice întreprindere sau asociație de întreprinderi care dorește să solicite imunitate la amendă trebuie să se adreseze Consiliului Concurenței.

(2) Întreprinderea sau asociația de întreprinderi poate beneficia de clemență dacă îndeplinește cumulativ următoarele condiții:

a) cooperează în mod real, total, continuu și prompt cu Consiliul Concurenței pe parcursul întregii proceduri de investigație, adică

- furnizează Consiliului Concurenței toate informațiile relevante și elementele probatorii de care dispune sau ar trebui să dispună referitoare la încălcarea suspectată;

- rămâne la dispoziția Consiliului Concurenței pentru a răspunde oricărei solicitări care ar putea contribui la stabilirea faptelor în cauză

- nu distruge, nu falsifică și nu ascunde informații relevante ori elemente probatorii referitoare la presupusul acord;

- nu dezvăluie existența cererii pentru clemență sau conținutul acesteia înainte ca Consiliul Concurenței să transmită raportul de investigație părților, cu excepția cazului în care Consiliul Concurenței a stabilit altfel;

b) a încetat, la solicitarea Consiliului Concurenței, implicarea în presupusul acord;

c) nu a dezvăluit intenția sa de depunere a unei cereri pentru clemență sau elemente ale cererii.

În temeiul articolului 92 din Legea concurenței nr. 183 din 11 iulie 2012, (1) o întreprindere sau asociație de întreprinderi care dorește să beneficieze de reducerea cuantumului amenzii conform art. 89 alin. (2) trebuie să înainteze o cerere Consiliului Concurenței și să prezinte suficiente elemente probatorii ale presupusului acord. Orice furnizare voluntară a unor elemente probatorii către Consiliul Concurenței, de natură a fi luată în considerare pentru a beneficia de tratamentul favorabil prevăzut la art. 89, trebuie să fie clar identificată la momentul transmiterii ca făcând parte dintr-o solicitare pentru reducerea cuantumului amenzii.

(2) Consiliul Concurenței confirmă în scris primirea cererii pentru reducerea cuantumului amenzii și fiecare furnizare ulterioară de elemente probatorii, indicând data și ora exactă a fiecărei furnizări. Consiliul Concurenței nu se pronunță asupra unei cereri pentru reducerea cuantumului amenzii înainte de a lua o decizie cu privire la o cerere existentă pentru imunitate condiționată la amendă referitoare la aceeași încălcare.

(3) În cazul în care Consiliul Concurenței ajunge la concluzia preliminară că elementele probatorii prezentate de întreprindere sau asociația de întreprinderi aduc o contribuție suplimentară semnificativă conform art. 89 alin. (2) și (3) și că întreprinderea sau asociația de întreprinderi a îndeplinit condițiile prevăzute la art. 90 alin. (2) și la alin. (1) al prezentului articol, acesta informează în scris întreprinderea sau asociația de întreprinderi cu privire la posibilitatea de a reduce cuantumul amenzii conform art. 89 alin. (7), dar nu mai târziu de data la care raportul de investigație este transmis părților implicate. În cadrul aceleiași perioade de timp, Consiliul Concurenței informează în scris întreprinderea sau asociația de întreprinderi, dacă ajunge la concluzia preliminară că respectiva întreprindere sau asociație de întreprinderi nu poate beneficia de reducerea cuantumului amenzii.

(4) În deciziile pe care le emite la finalizarea procedurii de investigație, Consiliul Concurenței va evalua situația finală a fiecărei întreprinderi sau asociații de întreprinderi care a înaintat o cerere pentru reducerea cuantumului amenzii și va determina:

a) dacă elementele probatorii furnizate de către întreprindere sau asociația de întreprinderi aduc o contribuție suplimentară semnificativă în raport cu elementele probatorii aflate deja în posesia Consiliului Concurenței;

b) dacă au fost îndeplinite condițiile prevăzute la art. 89 alin. (2);

c) nivelul exact al reducerii de care beneficiază întreprinderea sau asociația de întreprinderi conform art. 89 alin. (7).

(5) În cazul în care Consiliul Concurenței constată că întreprinderea sau asociația de întreprinderi nu a îndeplinit condițiile prevăzute la art. 89 alin. (2), aceasta nu va beneficia de clemență.

Din coroborarea normelor legale citate supra se deduc următoarele:

- politica de clemență se poate manifesta prin imunitatea la amendă sau reducerea amenzii;

- politica de clemență nu se aplică acordurilor orizontale sau verticale care conform legii, pot fi exceptate de la interdicția prevăzută la art. 5 alin. (1),

- politica de clemență se declanșează prin depunerea la Consiliul Concurenței a declarației/cererii de către întreprindere;

- politica de clemență operează atunci când întreprinderea cooperează în mod real, total, continuu și prompt cu Consiliul Concurenței pe parcursul întregii proceduri de investigație, a încetat, la solicitarea Consiliului Concurenței, implicarea în presupusul acord, nu a dezvăluit intenția sa de depunere a unei cereri pentru clemență sau elemente ale cererii.

Politica de clemență a fost implementată în legislația națională pentru a contracara practicile de cartel, impulsiona cooperarea, înlesni volumul de lucru a Consiliului Concurenței și a încuraja autodenunțurile pe asemenea fapte ilicite.

În cazul din speță, SC „Astarn-Design” SRL nu a depus la Consiliul Concurenței cerere de clemență, cu prezentarea informațiilor și elementelor probatorii în legătură cu presupusa încălcare a legii sau al informațiilor într-o formă ipotetică, pretinsa cooperare, exercitată post factum axându-se doar pe furnizarea venitului mediu realizat pe anul 2017.

De altfel, nu constituie cooperare însăși obligațiile întreprinderii impuse de Legea concurenței de a furniza actele solicitate de Consiliul Concurenței, orice conduită contrară reprezentând încălcări ale normelor de procedură ale legislației concurențiale – art. 68.

Investigația a fost inițiată din oficiu de către Consiliul Concurenței și nu la inițiativa primară a SC „Astarn-Design” SRL, care și după finalizarea investigației nu a prezentat elemente probatorii suplimentare semnificative, necunoscute primului.

Politica de clemență este operantă atunci când acțiunea anticoncurențială nu a fost consumată sau dacă la etapa incipientă a investigației Consiliul Concurenței nu dispunea de informații care ar stabili încălcarea art. 5 din Legea concurenței, iar întreprinderea le-ar fi furnizat în mod benevol.

Astfel, SC „Astarn-Design” SRL nu întrunește condițiile pentru a putea beneficia de politica de clemență, fapt ce profilează netemeinicia pretenției formulate în baza art. 89 alin. (7) lit. a) din Legea concurenței.

În lumina raționamentelor abordate supra, Colegiul ajunge la concluzia că prima instanță corect și întemeiat a anulat pct. 3 din decizia Plenului Consiliului Concurenței al Republicii Moldova nr. DA-15/16-87 din 20 decembrie 2018 în temeiul căreia s-a aplicat față SC „Astarn-Design” SRL amendă în mărime de 243 176,50 de lei, reprezentând 4 % din cifra totală de afaceri realizată în anul 2017, cu aplicarea factorului 1,2 în partea cuantumului amenzii stabilite și a redus mărimea amenzii la suma de 121 588,25 de lei, ce reprezintă 2 % din cifra totală

de afaceri realizată în anul 2017, cu aplicarea factorului 1,2, iar în rest a respins acțiunea.

Dat fiind că instanța de apel a emis o decizie neîntemeiată, bazată pe neaplicarea legii care trebuia să fie aplicată și aplicarea unei legi care nu trebuia să fie aplicată, iar prima instanță a judecat multiaspectual cauza, a identificat corect legea materială aplicabilă speței și i-a dat o interpretare corectă, Colegiul ajunge la concluzia necesității admiterii recursului depus de SC „Astarn-Design” SRL, reprezentată de avocatul Victor Pavlov, casării integrale a deciziei din 02 iulie 2019 a Curții de Apel și menținerii hotărârii din 04 aprilie 2019 a Judecătoriei Chișinău, sediul Rîșcani.

Conform articolelor, 258 alin. (3) și art. 248 alin. (1) lit. c) din Codul administrativ, completul specializat pentru examinarea acțiunilor în contencios administrativ al Colegiului civil, comercial și de contencios administrativ lărgit al Curții Supreme de Justiție

decide:

Se casează integral decizia din 02 iulie 2019 a Curții de Apel Chișinău și se emite o decizie nouă, prin care se menține hotărârea din 04 aprilie 2019 a Judecătoriei Chișinău, sediul Rîșcani.

Decizia este irevocabilă.

Președintele ședinței,
judecătorul

Tamara Chișca-Doneva

Judecătorii

Iurie Bejenaru

Nicolae Craiu

Mariana Pitic

Sveatoslav Moldovan