

CONSILIUL CONCURENȚEI

**GHID PRIVIND CONFORMAREA CU
REGULILE DE CONCURENȚĂ**

CUPRINS

1. Rolul concurenței și cadrul de reglementare

- 1.1 Obiectivele politicii de concurență și rolul Consiliului Concurenței în aplicarea legii
- 1.2 Principalele practici anticoncurențiale

2. Conformarea cu legislația concurenței

- 2.1 Proactivitatea ca principiu esențial
- 2.2 Beneficii ale conformității

3. Elementele unui program eficient de conformare

- 3.1 Subiecții conformării
- 3.2 Cerințe pentru un program eficient de conformare
- 3.3 Manualul de conformare

4. Implementarea efectivă a programului de conformare

- 4.1 Identificarea riscurilor
- 4.2 Evaluarea riscurilor
- 4.3 Gestionarea riscurilor
- 4.4 Diligența în materie de concurență

5. Costurile neconformării cu legislația concurenței

6. Eficiența programelor de conformare

GHID PRIVIND CONFORMAREA CU REGULILE DE CONCURENȚĂ

Programele de conformare sunt instrumente care permit întreprinderilor să evite încălcarea legislației aplicabile în domeniul concurenței.

Consiliul Concurenței încurajează întreprinderile să își dezvolte programe eficiente de conformare cu regulile de concurență, pentru a preveni participarea la încălcări ale legii care ar expune întreprinderile sancțiunilor pecuniare ori de altă natură sau unor prejudicii de imagine.

Ghidul privind conformarea cu regulile de concurență se adresează tuturor întreprinderilor și asociațiilor de întreprinderi, fie ele persoane fizice sau juridice, corporații multinaționale sau întreprinderi mici ori mijlocii¹, angajate într-o activitate economică constând în oferirea de bunuri sau servicii pe o piață data, indiferent de statutul său juridic, sau modul de finanțare. Scopul este ca acestea să conștientizeze beneficiile conformării și riscurile încălcării legislației concurenței.

Acesta conține un set de bune practici care pot contribui la crearea unor programe eficiente de conformare și la implementarea lor efectivă. Pentru a fi eficiente, programele de conformare vor avea în vedere parametri precum dimensiunea întreprinderii, prezența sa geografică, obiectul de activitate, nivelul lanțului comercial unde activează, natura produsului/serviciului, condițiile de piață, intensitatea interacțiunii cu ceilalți concurenți, relațiile contractuale cu terții sau specificul organizațional.

1. Rolul concurenței și cadrul de reglementare

1.1 Obiectivele politicii de concurență și rolul Consiliului Concurenței în aplicarea legii

Concurența dintre întreprinderi joacă un rol foarte important în garantarea bunăstării consumatorilor, în realizarea unei repartiții optime a resurselor existente și în eficientizarea unor parametri precum prețul, calitatea, varietatea bunurilor/serviciilor oferite de întreprinderi, producția sau inovarea. Toate persoanele fizice și/sau juridice angajate într-o activitate economică (întreprinderi în sensul normelor de concurență) sunt obligate să respecte regulile aplicabile în această materie.

Legea interzice comportamentele de piață ale întreprinderilor care împiedică, restrâng ori denaturează concurența. Consiliul Concurenței are ca principal scop protejarea, menținerea și stimularea concurenței și mediului concurențial normal, în vederea promovării intereselor consumatorilor. Misiunea autorității de concurență nu poate fi redusă doar la o acțiune sancționatorie, componentă ce vizează prevenția fiind deosebit de importantă. Din acest motiv, Consiliul Concurenței încurajează întreprinderile să își asume strategii voluntare de prevenire și gestionare a riscurilor prezentate de posibilele încălcări ale legislației concurenței.

1.2 Principalele practici anticoncurențiale

Principalele practici anticoncurențiale sancționate de legislație sunt:

- Înțelegerile anticoncurențiale sau practicile concertate (coordonarea comportamentului pe piață, fără să se fi încheiat un acord) între două sau mai multe întreprinderi ce pot avea loc:
 - la nivel orizontal, între concurenți (întreprinderi care operează la același nivel al lanțului de producție sau distribuție). Cele mai grave sunt înțelegerile și/sau practicile concentrate orizontale secrete, de tip cartel, cum ar fi cele privind fixarea prețurilor de vânzare a

¹ Orice particularizare sau referire făcută în prezentul Ghid la întreprinderile mici ori mijlocii reprezintă un exemplu și nu exclude aplicarea integrală a prevederilor legislației în domeniul concurenței în cazul oricăror întreprinderi.

bunurilor/serviciilor catre terți, împărțirea piețelor sau a clienților (inclusiv în cadrul licitațiilor publice), limitarea producției sau a vânzărilor;

- la nivel vertical, între întreprinderi care operează la niveluri diferite ale lanțului de producție sau distribuție, de exemplu, între un producător și un distribuitor al acestuia. Impunerea prețului de revânzare constând în stabilirea (direct/indirect) a unui preț de revânzare fix sau minim, ce trebuie respectat de către cumpărător este, în general, considerată de autoritatea de concurență ca fiind o restricție gravă a concurenței.
- Decizii ale asociațiilor de întreprinderi (patronale sau profesionale) privind stabilirea și impunerea unei conduite comune membrilor săi, în privința, spre exemplu, a prețurilor, standardelor sau a unei obligații de a schimba informații sensibile cu privire la politica comercială.

La nivel de principiu, sunt considerate informații sensibile din punct de vedere al concurenței informațiile care pot fi calificate drept secrete de afaceri, care reprezintă know-how specific unei anumite activități sau care ar oferi un avantaj competitiv concurenților unei anumite entități. Cu titlu exemplificativ, schimbul următoarelor categorii de informații poate conduce la coluziune sau poate constitui un mecanism de monitorizare a înțelegerii anticoncurențiale: prețuri (strategii, reduceri, discounturi), structura prețurilor (cercetare, producție, distribuție), termeni și modalități de comercializare, strategii de promovare, veniturile și volumele corelate vânzării, marja de profit, cota de piață, teritorii, liste de clienți/distribuitori/furnizori, ofertele planificate și/sau depuse, volume achiziționate, planuri de afaceri și investiții (anticiparea intrării pe piață, investiții planificate) sau nivelul de utilizarea a capacităților de producție². Analiza va fi realizată de la caz la caz, ținând cont de contextul economic și juridic în care are loc schimbul³.

- Comportamentul abuziv săvârșit de o întreprindere care deține poziție dominantă pe o piață poate îngradi/elimina concurența prin, de exemplu, practici de excludere (câștigarea de noi clienți prin practicarea unor prețuri menținute artificial la un nivel scăzut cu scopul de a înlătura concurența), de exploatare (impunerea unor prețuri nejustificat de mari) sau de discriminare (practicarea unor reduceri speciale pentru clienții care au drept furnizor unic sau principal întreprinderea aflată în poziție dominantă).
- De asemenea, întreprinderile care fuzionează sau care dobândesc controlul direct sau indirect asupra uneia sau mai multor întreprinderi sau părți ale acestora (prin preluarea acțiunilor sau activelor, prin încheierea unui contract sau prin orice alte mijloace), precum și persoana care înființează o întreprindere împreună cu un alt partener trebuie să ia în calcul obținerea unei decizii de autorizare de la autoritatea de concurență, atunci când legea impune această procedură. Într-un atare context, întreprinderile vor acorda o atenție specială măsurilor pe care le pot lua în perioada dintre semnarea și finalizarea tranzacției, pentru a evita încălcarea legislației aplicabile în domeniul concurenței.

2. Conformarea cu legislația concurenței

2.1 Proactivitatea ca principiu esențial

Programele de conformare permit întreprinderilor să evite încălcarea legislației aplicabile în domeniul concurenței. Aceste programe se bazează atât pe materiale informative menite să creeze și să dezvolte o cultură a conformității (manualul de conformare), cât și pe mecanisme

² Comisia Europeană, *Orientări privind aplicabilitatea articolului 101 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene acordurilor de cooperare orizontală*, [Jurnalul Oficial C 11 din 14.1.2011] par. 55-110.

³ Schimbul de informații poate conduce la beneficii pentru consumatori. În analiza aspectelor pro-competitive ale unui astfel de schimb vor fi avute în vedere: natura eficiențelor produse de schimbul de informații, indispensabilitatea schimbului în generarea acestora, transmiterea beneficiilor către consumatori și lipsa eliminării concurenței pe o parte semnificativă a pieței în cauză.

operaționale – de audit, avertizare, consiliere și responsabilizare - indispensabile pentru implementarea efectivă a unui astfel de program. De asemenea, acesta trebuie adaptat la propriul model de afacere, iar elaborarea sa trebuie să aibă la bază o analiză riguroasă de risc, specifică activității și industriei în care activează întreprinderea, precum și structurii sale organizaționale.

2.2 Beneficii ale conformității

Programele de conformare au menirea de a crea un climat de respectare al normelor de concurență și de dezvoltare a unor metode proprii prevenirii, identificării și remedierii eventualelor încălcări. Importanța deosebită acordată prevenției se desprinde din preocupările autorităților la nivel intern și internațional. Acestei perspective de politică instituțională îi corespunde și experiența practică a Consiliului Concurenței care, în decursul timpului, a sistematizat o gamă variată a programelor de conformare pe care diferitele întreprinderi le-au prezentat în cadrul investigațiilor, propunând prin prezentul document un set de bune practici⁴.

Responsabilitatea și eficacitatea de care întreprinderile dau dovadă în implementarea unui program de conformare pot determina, în cazul în care investigația se finalizează prin aplicarea unei sancțiuni, o recompensare efectivă din partea autorității, respectiv o reducere de până la 10% din nivelul de bază al sancțiunii.

3. Elementele unui program eficient de conformare

3.1 Subiecții conformării

Prevenirea practicilor anticoncurențiale este mult mai eficientă decât investigarea și sancționarea încălcărilor. Este de așteptat ca prin asumarea unor politici clare, ferme și eficiente, întreprinderile - indiferent de dimensiune, obiect de activitate, prezență geografică - să manifeste un interes direct de a se proteja împotriva vulnerabilităților și amenințărilor ce generează riscuri de încălcare ale normelor de concurență.

Ca regulă generală, pentru constatarea încălcărilor în materia dreptului concurenței, eventualele acțiuni anticoncurențiale ale unui angajat sunt atribuite întreprinderii din care face parte, aceasta fiind, în principiu, considerată răspunzătoare pentru posibila încălcare. Așadar, în centrul programului de conformare se află angajații întreprinderii și orice alte persoane însărcinate de către aceasta cu reprezentarea intereselor sale⁵.

De obicei, încălcarea normelor de concurență implică angajați cu atribuții decizionale (care stabilesc politici comerciale, negociază contracte), întrucât aceștia au capacitatea de a decide, spre exemplu, alinierea prețurilor cu alți concurenți, împărțirea piețelor sau angajarea întreprinderii într-o strategie de excludere a concurenților. Din acest motiv, majoritatea încălcărilor implică persoane cu funcții de conducere⁶. Totuși, răspunderea companiei este angajată și în situația în care, spre exemplu, deși nu există implicarea personalului de conducere, alți angajați (ex.: din departamentul de vânzări) convin cu omologii lor din companii concurente să își împartă clienții sau să boicoteze o altă întreprindere. Odată ce înțelegerea anticoncurențială are loc, nu este necesar ca acest comportament să fi fost încurajat sau tolerat de către personalul

⁴ În urma analizei acestor prezentări, au fost identificate următoarele categorii de materiale: manuale de conformare (sub formă schematică sau mai detaliate), broșuri de sinteză, suporturi pentru prezentări, anexe la fișa postului. Unele dintre ele au fost preluate sau utilizate ca model pentru o mare parte a exemplilor prezentate în acest ghid.

⁵ CJUE, Cauza C-542/14, *SIA „VM Remonts”, SIA «Ausma grupa» v. Konkurences padome*, [2016] ECLI:EU:C:2016:578, par. 24 și 33.

⁶ Wouter P. J. Wils, *Antitrust compliance programmes and optimal antitrust enforcement*, Journal of Antitrust Enforcement, Vol. 1, No. 1 (2013), p. 56.

de conducere pentru a se considera că întreprinderea a încălcat legea. Acțiunea oricărei persoane autorizate să acționeze în numele companiei este suficientă în acest sens⁷.

Similar cazurilor unui angajat sau consultant extern care lucrează sub direcția/controlul unui operator economic, un algoritm de calculare/aliniere a prețului (program TIC⁸ folosit în comerțul electronic) va fi considerat a fi sub controlul întreprinderii și, prin urmare, aceasta este responsabilă pentru posibilele fapte anticoncurențiale produse prin utilizarea sa⁹.

Apărările conform cărora întreprinderea nu a fost conștientă de implicațiile anticoncurențiale ale faptelor sale sau nu a cunoscut obligațiile sale legale nu o vor exonera de răspundere, sancțiunile putând fi impuse chiar și în cazul în care înțelegerea nu a fost pusă în practică sau când fapta a fost săvârșită din culpă, aceste situații reprezentând cel mult circumstanțe atenuante în cuantificarea sancțiunii aplicate.

În ceea ce privește întreprinderile mici și mijlocii (în continuare, IMM-uri), legislația din România se aplică, în general, tuturor industriilor și actorilor de pe piață, indiferent de mărime și de nivelul lanțului comercial unde activează și nu exclude astfel de întreprinderi de la rigorile concurenței libere. În consecință, IMM-urile sunt în egală măsură responsabile de comportamentul lor concurențial¹⁰.

3.2 Cerințe pentru un program eficient de conformare

Elementele de bază ale unui program de conformare, care vor fi detaliate prin sesiuni de instruire/evaluare, proceduri și printr-un document (manualul de conformare) disponibil tuturor angajaților și ușor de înțeles - indiferent de formă - sunt următoarele:

- poziția clară, fermă, publică a managementului întreprinderii în sensul respectării normelor de concurență;
- desemnarea uneia sau mai multor persoane responsabile cu programul de conformare al companiei¹¹;
- informarea eficientă, instruirea adecvată și măsuri de conștientizare privind necesitatea conformării cu normele de concurență;
- control, audit al conformării și informare promptă privind orice suspiciune referitoare la încălcarea normelor de concurență;
- crearea unui sistem de evaluare și revizuire a planului de conformare cu normele de concurență.

Unul dintre cei mai importanți parametri ai oricărui program de conformare este nivelul decizional la care este asumat. În acest sens, trebuie să existe un mesaj susținut, ferm și clar din partea conducerii întreprinderii care să considere concurența ca fiind parte esențială a propriei culturi organizaționale, fapt de natură să conducă la așteptarea ca toți cei implicați în activitatea acesteia să respecte regulile în cauză¹².

⁷ CJUE, Cauzele conexate 100 to 103/80 *Musique Diffusion Francaise v Commission* [1983] ECR 1825 , par. 97.

⁸ Tehnologia informației și a comunicațiilor.

⁹ OECD, *Algorithms and Collusion - Note from the European Union* (2017), DAF/COMP/WD(2017)12, 21-23 June 2017, p. 9.

¹⁰ Chiar dacă Consiliul Concurenței are capacitatea de a prioritiza investigarea încălcărilor, IMM-urile sunt în egală măsură responsabile de comportamentul lor concurențial.

¹¹ Poziția ocupată de persoana care supervizează implementarea programului de conformare în cadrul întreprinderii poate varia de la caz la caz, nefiind necesară implicarea acesteia în activitățile de zi cu zi ale întreprinderii și fiind posibilă chiar apartenența acesteia la o altă companie din cadrul aceluiași grup, modalitatea de supervizare a implementării programului putând fi particularizată în cadrul fiecărei întreprinderi.

¹² BusinessEurope, *Business Compliance with Competition Rules* - Position Paper, (Brussels, 2011), p. 5.

Asumarea trebuie să intervină la nivelul factorilor de decizie ai întreprinderii. Nominalizarea unui reprezentant al conducerii care să își asume rolul de a coordona efortul va asigura durabilitatea, consistența și vizibilitatea acestui demers. O astfel de practică este recomandată și IMM-urilor dat fiind faptul că, în structurile cu număr mai mic de angajați, mesajul conducerii întreprinderii poate fi comunicat și înțeles mai ușor.

Absența unui asemenea angajament afectează implementarea efectivă a unor măsuri concrete, doar diseminarea în mod eficient și consecvent în întreaga organizație putând oferi rezultatele dorite.

În acest context, motivele pentru crearea unor programe de conformare trebuie să meargă dincolo de simpla așteptare a întreprinderii de a obține o reducere a sancțiunilor care pot fi impuse în cazul încălcării normelor de concurență¹³. Persoana abilitată cu supravegherea punerii în aplicare a programului trebuie să dețină un nivel suficient de credibilitate, pregătire de specialitate, autoritate, autonomie decizională și resurse¹⁴. De exemplu, capacitatea acesteia de a avea acces direct la organele de conducere ale companiei (ex.: consiliul de administrație) atunci când există urgențe legate de programul de conformare sau cazuri particulare de încălcare, reprezintă o astfel de garanție. În cazul IMM-urilor, rolul poate fi asumat chiar de administratorul sau de către consilierul juridic al întreprinderii¹⁵. În cazul altor întreprinderi decât IMM-urile, rolul poate fi asumat de către coordonatorul departamentului juridic, ofițerul de conformitate sau orice altă persoană cu nivelul necesar de autoritate și cunoștințe ce va fi desemnată de conducerea societății.

Indiferent de dimensiunea întreprinderii, punctul de început în acest demers poate fi reprezentat de o decizie a conducerii prin care conformitatea cu legile și promovarea practicilor etice de afaceri să fie ridicate la nivelul politicilor acesteia. Prin același act poate fi desemnată și persoana responsabilă de program.

3.3 Manualul de conformare¹⁶

La nivel principal, funcția manualului de conformare este de a conecta principiile, valorile și standardele de conduită etică cu misiunea întreprinderii și, în același timp, de a oferi răspunsuri practice celor mai frecvente probleme de concurență. Astfel, acesta va fi redactat în toate limbile de lucru ale companiei, folosind un vocabular simplu, neechivoc, clar, vizibilitatea fiind asigurată prin publicarea și aducerea lui la cunoștința tuturor angajaților, inclusiv prin e-mail sau intranet. De asemenea, ca o bună practică, o întreprindere poate decide, la libera sa apreciere, să introducă în documentele contractuale încheiate cu partenerii comerciali angajamentul că aceasta este preocupată de respectarea regulilor de concurență în cadrul derulării relațiilor sale comerciale.

Materialele informative permit directorilor și celorlalți angajați să aibă cunoștințe cu privire la normele legale, evitând deciziile care ar putea duce la încălcarea dreptului concurenței. În același timp, permit detectarea practicilor anticoncurențiale și stoparea lor, prevăzând modul de gestionare a unor astfel de situații.

Pe de altă parte, conduita companiilor în piață poate să constituie un indiciu privind existența unei practici anticoncurențiale în cadrul procedurilor de licitație; astfel, angajații instruiți în

¹³ Autorité de la concurrence - République Française, *Framework-Document of 10 February 2012 on Antitrust Compliance Programmes*, (2012), p. 4.

¹⁴ Acesta poate fi atât un angajat al companiei, cât și un prestator terț. Autonomia decizională va privi nivelul de independență și lipsa de interese contrare prin raportare la conformarea cu normele de concurență.

¹⁵ BusinessEurope, (2011), p. 5.

¹⁶ De asemenea, poate fi avut în vedere orice alt document intern, existent în format fizic sau electronic, care să consacre la nivel formal, scriptic, angajamentul de respectare față de normele de concurență.

vederea conformării vor fi capabili să recunoască potențialele indicii potrivit cărora alte întreprinderi ar afecta interesele legitime ale companiei lor prin încălcarea normelor de concurență.

Exemplu:

În urma însușirii manualului de conformare și a unor sesiuni de pregătire pe tema licitațiilor trucate, responsabilii din departamentul de achiziții al unei întreprinderi au reușit identificarea unor indicii privind o posibilă înțelegere de împărțire de piață a participanților, pe care le-au transmis sub formă de plângere autorității de concurență¹⁷.

În fapt, în cazul respectiv, furnizorii uzuali nu au oferit la o licitație la care se aștepta ca în mod normal să participe, dar au continuat să oferteze la licitații dintr-o altă zonă geografică, în timp ce alți furnizori s-au retras de la ofertare în mod neașteptat. De asemenea, s-a constatat că în mod constant ofertantul câștigător subcontractează cu ofertanții necâștigători sau renunțători, totul în contextul în care concurenții interacționau sau planificau întâlniri cu puțin timp înainte de termenul limită al licitației.

În acest sens, un manual de conformare sau un document similar (ex.: cod, instrucțiuni, linii directoare, ghid) este menit a fi un instrument central, de referință atât pentru toate persoanele fizice din companie, cât și pentru partenerii întreprinderii, venind în sprijinul deciziilor de zi cu zi. Regulile trebuie să aibă în vedere atât deciziile de management cât, și pe cele operaționale, fiind adaptate în funcție de specificul acestora. Rolul final este de a conștientiza că profitul companiei trebuie maximizat prin căi legale, nu prin comportamente anticoncurențiale. Astfel, nu există un set universal de criterii și nu se impune un model limitativ. Fiecare întreprindere își va defini propriile riscuri în ceea ce privește conformarea și își va alcătui propria strategie în acest sens¹⁸.

Deși Consiliul Concurenței nu dorește să prevadă o listă exhaustivă pe care un astfel de document trebuie să le cuprindă, următoarele elemente pot fi evaluate ca fiind bune practici:

- rolul important pe care respectarea regulilor concurenței îl are în cadrul politicilor întreprinderii;

Exemplu:

Manualul de conformare al întreprinderii prevede angajamentul potrivit căruia conformarea cu normele de concurență reprezintă o prioritate în ceea ce privește politicile acesteia. Mai mult, majoritatea minuterilor interne ale operatorului economic menționează despre participarea conducerii la sesiunile de instruire pe teme de concurență destinate tuturor angajaților și susținerea de alocuțiuni prin care se prezintă importanța respectării regulilor și cazurile în care au fost respectate cu succes.

- prevederile privind puterile autorității de concurență și consecințele încălcării legii;

¹⁷ OECD, *Linii Directoare Pentru Combaterea Trucării Ofertelor în Cadrul Licitățiilor*, (2009), la adresa: <http://www.oecd.org/competition/cartels/43373769.pdf>, p. 12 și Consiliul Concurenței, *Ghid privind detectarea și descurajarea practicilor anticoncurențiale în cadrul procedurilor de achiziție publică*.

¹⁸ Comisia Europeană, *Importanța respectării normelor - Ce pot face întreprinderile pentru a respecta în mai mare măsură normele UE în materie de concurență*, Oficiul pentru Publicații al Uniunii Europene, Luxemburg, 2012, ISBN 978-92-79-22107-1, p. 18.

Exemplu:

Manualul de conformare citează din Legea concurenței și, în capitolul destinat puterilor autorității de concurență, indică linii de conduită pe care angajații o vor avea în cazul unei inspecții inopinate:

- vor permite inspectorilor de concurență, fără întârziere, începerea și derularea inspecției;
- vor facilita, pe întreaga durată a inspecției, accesul la toate documentele și informațiile necesare îndeplinirii misiunii inspectorilor de concurență;
- vor furniza într-o formă completă documentele, informațiile, înregistrările și evidențele solicitate, precum și orice lămuriri necesare fără a putea opune caracterul confidențial;
- vor pune la dispoziție și vor asigura accesul la toate echipamentele și programele folosite, inclusiv la cele care nu se află fizic în spațiul inspectat, dar pot fi accesate din acel spațiu, vor furniza parolele și cheile de criptare/decriptare necesare¹⁹ și vor asigura suportul necesar inspectorilor, inclusiv pentru rularea software-ului specific, calcularea valorii "hash"²⁰ și transferul fișierelor considerate relevante de pe un echipament pe altul pentru a fi apoi copiate pe CD/DVD sau listate.

Cu titlu de exemplu, în cadrul cursurilor din cadrul programului de conformare, au existat scenete prin care angajații au simulat o inspecție inopinată a Consiliului Concurenței.

- aspecte care să trateze relațiile existente între companie și terți: asociații, concurenți, distribuitori sau clienți;

Exemplu:

Întreprinderea a realizat o listă de tipul "așa da/așa nu" a principiilor de bază pe care angajații trebuie să le urmeze în activitatea lor:

Acorduri cu privire la producție, comercializare, dezvoltare tehnică sau investiții²¹:

[...] NU conveniți cu ceilalți concurenți asupra parametrilor producției, comercializării, dezvoltării tehnice sau investițiilor;

NU conveniți cu ceilalți concurenți să limitați producția, comercializarea, dezvoltarea tehnică sau investițiile;

Pentru oportunitatea unor astfel de discuții/proiecte se va consulta departamentul juridic. [...]

- aspecte reprezentative pentru domeniul de activitate sau principalele niveluri ale lanțului comercial unde compania operează;

Exemplu:

O întreprindere cu un număr mare de distribuitori are destinată o secțiune din manualul de conformare reglementărilor cu privire la obligațiile legale relevante în materia acordurilor verticale:

[...] Acordurile cu agenții și distribuitorii:

¹⁹ Inclusiv cele de administrator local și/sau de rețea.

²⁰ Prin valoare "hash" se înțelege un algoritm matematic aplicat informației digitale, cum ar fi fișier, HDD (Hard Disk Drive) fizic, memorie flash, PDA (Personal Digital Assistant), card SIM (Subscriber Identity Module) etc.

²¹ Totuși, aceste acorduri pot fi, în anumite situații, considerate legale din punctul de vedere al normelor de concurență. În acest sens relevante sunt *Orientările privind aplicabilitatea articolului 101 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene acordurilor de cooperare orizontală* [Jurnalul Oficial C 11 din 14.1.2011].

- a) Stabilirea prețurilor de revânzare
- b) Restrângeri teritoriale sau privind clienții
- c) Prețuri diferențiate
- d) Vânzări legate [...]

- proceduri și modalități de monitorizare, pentru ca activitățile și deciziile companiei să respecte legislația în domeniul concurenței;

Exemplu:

O întreprindere cu poziție dominantă pe piață a detaliat un set de criterii pe care personalul departamentului de vânzări va trebui să îl verifice înainte de a contracta cu diferiții clienți:

[...] Se impun direct sau indirect prețuri de vânzare sau de cumpărare sau alte condiții de tranzacționare inechitabile?

Se aplică în raporturile cu partenerii comerciali condiții inegale la prestații echivalente, creând astfel acestora un dezavantaj concurențial?

Este condiționată încheierea contractelor de acceptarea de către parteneri a unor prestații suplimentare care nu au legătură cu obiectul acestor contracte? [...]

Departamentul juridic va fi unitate de suport pentru realizarea acestui control de fond.

- tragerea la răspundere a angajaților pentru încălcările normelor de concurență;

Exemplu:

Prevedere inserată în manualul de conformare și regulamentul intern al întreprinderii:

Încălcarea programului de conformare cu regulile de concurență va atrage răspunderea disciplinară a angajatului care, cu intenție sau din culpă, angajează întreprinderea în acțiuni anticoncurențiale.

De asemenea, fiecare angajat va avea atașată la fișa postului o anexă privind conformarea cu regulile de concurență pe care o va semna ca urmare a luării la cunoștință a conduitei prescrise și a sancțiunilor la care se expune în cazul nerespectării.

Pe de altă parte, este esențial ca angajații să se simtă încurajați să contacteze persoana/departamentul relevant pentru a primi îndrumări practice în situațiile care se impun o analiză mai detaliată din punct de vedere juridic și economic²².

Manualul de conformare nu va fi considerat un instrument abstract și formal. În linii generale, existența unui astfel de manual reprezintă o bună practică în sensul acordării unei circumstanțe atenuante în stabilirea amenzii, implementarea întregului program trebuind să fie una efectivă.

4. Implementarea efectivă a programului de conformare

4.1 Identificarea riscurilor

Pe lângă valoarea activelor, puterea investițională, eficiența costurilor/operațiunilor sau gradul de inovare, performanța unei întreprinderi trebuie analizată și din perspectiva capacității de a

²² OECD, *Promoting Compliance with Competition Law - Unclassified*, DAF/COMP(2011)20), p. 42.

respecta normele de concurență²³. Întrucât procesul de conformare este unul dinamic, regulile interne trebuie dezvoltate și actualizate în urma unui proces de identificare, evaluare și gestionare a riscurilor la care aceasta este expusă.

Eficacitatea programului va depinde de alocarea resurselor și utilizarea lor în sectoarele de activitate unde există cele mai mari vulnerabilități și amenințări. Înțelegerea și definirea riscurilor operaționale în materie de concurență vor constitui un prim pas ce va conduce la concentrarea resurselor asupra activităților sensibile. Din punct de vedere al managementului intern, un astfel de studiu va permite justificarea utilizării resurselor cu prioritate pentru anumite proiecte²⁴.

În acest punct al analizei, se vor avea în vedere comportamentele și activitățile care pot conduce la încălcarea legii concurenței. Demersul de identificare a riscurilor va avea în vedere factori precum dimensiunea întreprinderii, prezența sa geografică, obiectul de activitate, nivelul lanțului comercial unde activează, natura produsului/serviciului, condițiile de piață, intensitatea interacțiunii cu ceilalți concurenți, relațiile contractuale cu terții sau specificul organizațional.

Așadar, vulnerabilitățile²⁵ și amenințările²⁶ la adresa conformării cu regulile de concurență pot avea diverse surse, putând varia în cadrul aceleiași întreprinderi de la un departament la altul. Astfel, la nivel exemplificativ, următoarele situații pot genera riscuri pentru un operator economic:

- necunoașterea modului în care se aplică dreptul concurenței;
- abordarea conformării într-un mod formal²⁷ și lipsa de orientare către specificul activității întreprinderii;
- lipsa unei culturi a respectării normelor de concurență în cadrul întreprinderii sau chiar a pieței, fapt ce poate fi semnalat de încălcări anterioare ale legislației concurenței;
- percepția conform căreia datorită probabilității reduse de detectare, câștigurile survenite din încălcări sunt mai mari decât costurile nerespectării legii;
- semnalele inconsecvente cu privire la respectarea regulilor de concurență²⁸;
- contactele frecvente între angajații operatorilor concurenți²⁹;
- condițiile de piață care favorizează încălcările, cum ar fi: poziția dominantă a unei întreprinderi sau piețe care sunt suficient de transparente, concentrate, necomplexe, unde cererea este stabilă iar costurile operatorilor sunt simetrice.

Exemplu:

În analiza de risc realizată de o întreprindere în vederea verificării principalelor vulnerabilități și amenințări la care se expune în relația cu ceilalți concurenți, administratorul a folosit următoarele elemente:

²³ OECD, *Promoting Compliance with Competition Law - Unclassified*, p. 163.

²⁴ International Chamber of Commerce, *The ICC Antitrust Compliance Toolkit - Practical antitrust compliance tools for SMEs and larger companies*, (Paris, 2013), p. 18.

²⁵ Vulnerabilitate = slăbiciune în sistemul de management, operațiuni sau în cel de control al activităților întreprinderii, ce ar putea fi exploatată declanșând o practică anticoncurențială.

²⁶ Amenințare = orice situație nefavorabilă, tendință sau modificare iminentă în mediul unde întreprinderea își desfășoară activitatea, care pune în pericol capacitatea acesteia de se conforma regulilor de concurență.

²⁷ În practică, adoptarea unui program neasumat de către managementul superior, fără referire la specificitățile activității întreprinderii, neurnat de angajați și necompletat de activități de formare, monitorizare și, acolo unde este cazul, de intervenție, conduce la acest rezultat.

²⁸ Un astfel de caz este cel în care conducerea unei companii își exprimă sprijinul pentru conformarea cu dreptul concurenței și, simultan, trimite semnale în sens contrar, ceea ce denotă nepăsare cu privire la modul în care sunt îndeplinite obiectivele de vânzări, atât timp cât acestea sunt cele planificate.

²⁹ Acestea pot avea loc atât în cursul reuniunilor la nivel de sector sau în cadrul asociațiilor profesionale, cât și în relațiile comerciale de zi cu zi.

- dubla calitate, de client și competitor a unor întreprinderi;
- existența unor proiecte dezvoltate în comun cu alți concurenți (asocieri);
- participarea la întâlnirile asociațiilor de întreprinderi;
- existența unor prevederi contractuale/statutare (în cadrul asociației) prin care se stipulează obligația de a schimba informații sensibile (prețuri viitoare, cote de piață);
- folosirea unor distribuitori comuni cu ceilalți competitori;
- recrutarea de la competitori a personalului cu rol de conducere sau cu sarcini în vânzări;
- existența unui flux constant al personalului din alte departamente între întreprinderi concurente;
- deținerea de către angajați a unor informații sensibile din punct de vedere comercial cu privire la prețurile concurenților sau structura costurilor acestora;
- istoricul investigațiilor autorității de concurență de pe piața unde își desfășoară activitatea.

De asemenea, întreprinderea s-a inspirat în demersul de a identifica riscurile și de codurile de conduită (găsite on-line) ale companiilor similare, din aceeași piață, apropiate profilului său.

4.2 Evaluarea riscurilor

Odată identificate, riscurile trebuie evaluate pentru a determina probabilitatea survenirii lor și a posibilului impact pe care îl pot avea. Astfel, poate avea loc prioritizarea gestionării acestora și poate fi cuantificată, în același timp, dimensiunea resurselor necesare pentru a evita/stopa o posibilă practică anticoncurențială.

Determinarea gravității riscurilor identificate se poate realiza pe o scară valorică (scăzut, mediu, ridicat) și va trebui să determine atât angajații care se plasează în zone cu risc managerial/ operațional crescut, cât și practicile/angajamentele întreprinderii care pot prezenta vulnerabilități. O întreprindere ar putea decide, de exemplu, că activitatea sa operațională este predispusă cartelizării, dată fiind prezența personalului său însărcinat cu vânzările alături de competitori în diferite forumuri sau asociații din industrie. De asemenea, un alt operator economic ce deține o cotă de piață ridicată într-un sector caracterizat de bariere ridicate la intrare și putere scăzută de cumpărare va considera riscul de abuz de poziție dominantă ca fiind cea mai mare îngrijorare din perspectiva concurenței.

Exemplu:

În urma analizei realizate de un producător cu scopul de a verifica principalele vulnerabilități și amenințări la care se expune în relația cu concurenții, administratorul a identificat următoarele grupe de risc în raport cu angajații săi:

- risc ridicat: angajații din departamentul de vânzări care participă la întâlniri ale asociației de întreprinderi unde interacționează cu omologii lor de la întreprinderi concurente; noii angajați recrutați de la concurenți și care au sarcini cu privire la vânzări, achiziții sau procesul de elaborare a prețurilor, noii angajați recrutați de la companii care au încălcat normele de concurență;

- risc mediu: roluri de management care implică un contact rar cu ceilalți concurenți sau parteneri comerciali; angajații din alte departamente (comunicare) ale căror activități pot fi totuși utilizate pentru a sprijini activitatea de cartel;

- risc scăzut: personalul cu rol administrativ, angajații nedefinitivi, care îndeplinesc stagii de practică.

Întreprinderea va defini o metodologie de analiză a riscurilor pe care o va folosi în mod regulat pentru a adapta întregul program de conformare în jurul vulnerabilităților și amenințărilor

principale. Rezultele evaluărilor și al acțiunilor ulterioare vor fi înregistrate în mod corespunzător în documentele interne ale acesteia³⁰.

Exemplu:

Manualul de conformare al unei întreprinderi prevedea la secțiunea „Practici interzise” schimbul de informații sensibile cu ceilalți concurenți. Pentru a cuantifica dimensiunea riscului angrenării într-o astfel de practică, persoana însărcinată a recurs la o analiză clasică de risc. Așadar, prezența angajaților din departamentul de vânzări la întâlniri ale asociației de întreprinderi unde interacționează cu omologii lor de la companii concurente a fost catalogată drept un risc inițial (inerent) ridicat. Ulterior, responsabilul a realizat o analiză a măsurilor de control menite a diminua probabilitatea intervenirii acestuia. Totuși, lipsa asumării de către personalul de conducere a programului de conformare, neimplementarea unor programe de instruire a personalului, numărul foarte mic de îndrumări cerute de către personalul aflat în poziții vulnerabile (departamentul de vânzări), au condus la ideea conform căreia riscul final (rezidual), calculat în urma analizei impactului factorilor de conformare asupra riscului inițial (inerent) este, de asemenea, ridicat (riscul inițial fiind aproape egal cu riscul rezidual). În acest sens, angajatul a întocmit o notă destinată conducerii întreprinderii prin care propune urgentarea punerii în practică a unor proceduri de diminuare a riscurilor și a instruirii personalului în acest sens.

4.3 Gestionarea riscurilor

Personalul de conducere și cel responsabil cu programul de conformare trebuie să cunoască elementele de conținut și privind funcționarea programului de conformare și trebuie să exercite o supraveghere efectivă asupra punerii sale în aplicare. În acest sens, operatorii economici vor prezenta programul lor de conformitate pentru evaluare și vor demonstra că au luat măsuri pentru implementarea practică (sesiuni de pregătire, implementarea unor proceduri, sisteme de monitorizare, control)³¹, sarcina probei aparținând întreprinderii care solicită reducerea amenzi.

Sesiunile de instruire cu privire la respectarea liberei concurențe

Un prim pas în acest demers ar fi instruirea personalului cu scopul de a respecta normele de concurență. Acest demers nu va constitui un transfer de informații pur și simplu, ci eficiența sa va fi determinată de modul în care angajații și-au asumat conduita în exercitarea sarcinilor.

Procesul de instruire trebuie să fie obligatoriu³² și să aibă în vedere următoarele scopuri:

- să asigure diseminarea din timp și la toate nivelurile companiei a programului de conformare și înțelegerea legislației din domeniul concurenței;
- să aibă în vedere specificul de risc al întreprinderii, insistând asupra vulnerabilităților și amenințărilor principale;
- să asigure mecanisme prin care fiecare angajat să înțeleagă și să poată solicita informații despre modul în care își poate îndeplini sarcinile zilnice cu respectarea legii;
- să se asigure că angajații sunt conștienți atât de beneficiile programului, cât și de consecințele grave ale unei posibile încălcări asupra companiei și proprii persoane.

³⁰ The Chief Legal Officers Round Table compliance working group, *Annex 2 - CLO Compliance “Blue Print” and covering letter*, (2010), accesat la:

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/compliance_programmes_en.html, p. 5.

³¹ OECD, *Promoting Compliance with Competition Law*, (2011), p.15.

³² Întreprinderile își vor organiza sesiunile de instruire având în vedere parametri precum nevoia ca fiecare angajat să beneficieze de o astfel de pregătire și de necesitatea aducerii la cunoștință a oricăror actualizări ale programului. De asemenea, se va urmări consolidarea informațiilor prin modalități precum rediseminarea internă (de ex.: anuală) a ghidului de conformare.

Exemplu:

O întreprindere a identificat funcțiile de director economic și comercial ca prezentând un risc ridicat de angrenare în practici anticoncurențiale. Astfel, spre deosebire de ceilalți angajați, aceștia nu își vor începe activitatea înainte de a fi instruiți în cadrul unui modul mai avansat, condus de către consultanți specializați în dreptul concurenței.

Spre deosebire de aceștia, persoana recrutată pentru funcția de director tehnic va urma cursul în una din cele două sesiuni anuale, generale de instruire, organizate de către departamentul de etică și conformare.

Ambele categorii de angajați vor semna procese verbale care confirmă participarea în sesiunile de formare și, de asemenea, vor primi certificate din partea formatorilor.

Mai mult, angajații trebuie să fie încurajați să apeleze la consultanță autorizată – fie acesta un serviciu intern sau externalizat – în situațiile în care au nelămuriri cu privire la posibilele implicații anticoncurențiale ale faptelor/actelor prin care angajează întreprinderea. În momentul în care există contracte ce pot avea efecte asupra liberei concurențe, întreprinderea trebuie să se asigure că departamentul juridic/consultanți externi vor avea posibilitatea de a revizui conformitatea acestora cu prevederile legii³³.

Pe lângă personalul cu cea mai largă expunere, angajații interni, însărcinați cu formarea, auditarea sau verificarea respectării programului de conformare trebuie, de asemenea, să beneficieze de pregătirea necesară pentru a putea gestiona acest demers.

În altă ordine de idei, din moment ce asociațiile de întreprinderi au fost în mod frecvent o sursă de comportament anticoncurențial, ele sunt, de asemenea, printre cele mai bune canale pentru distribuirea de informații cu privire la respectarea legii concurenței. Mai mult, aceasta pot reprezenta o soluție mai ieftină pentru IMM-uri care au astfel posibilitatea de a împărți costurile unor astfel de cursuri, contractând și beneficiind împreună de serviciile unor profesioniști în materia concurenței.³⁴ În același timp, la nivelul asociației se pot stabili standarde de etică ce pot fi impuse tuturor membrilor.

Cursurile de pregătire pot avea loc, de exemplu, prin interacțiune directă sau on-line. De asemenea, acestea vor avea continuitate, fiind urmate de întâlniri cu scopul de a evalua aplicabilitatea reală a celor asumate și dificultățile întâmpinate de angajați în demersul de a le implementa. Poate avea loc premiera celor care au ajuns la un standard foarte bun de aplicare a programului; mai mult, conformarea cu normele de concurență poate fi un criteriu în cadrul evaluării anuale a angajaților³⁵. Este necesar ca în documentele interne ale întreprinderii să se regăsească evidențe cu privire la sesiunile de pregătire și certificările personalului³⁶.

Proceduri, monitorizare și control

Procedurile sunt norme de conduită pe care angajații le vor urma în activitatea lor și au menirea de a diminua din riscurile la care este expusă întreprinderea. Următoarele măsuri pot îndeplini această funcție:

³³ Office of Fair Trading, *How your business can achieve compliance with competition law* - Guidance, OFT134, (2011), p. 26.

³⁴ Joseph E. Murphy, *A Compliance & Ethics Program on a Dollar a Day: How Small Companies Can Have Effective Programs*, Society of Corporate Compliance and Ethics, 2010, p.10.

³⁵ Office of Fair Trading (2011), p. 28.

³⁶ De exemplu, aceste evidențe pot consta în procese-verbale de instruire / certificatele primite la finalul sesiunilor / informările relizate în ședințele consiliului director / minutele ședințelor de departament / rezultatele evaluărilor personalului.

- instituirea unei obligații ca toți angajații să raporteze persoanei însărcinate cu respectarea programului de conformitate orice aspecte cu privire la nereceptarea cerințelor prevăzute de acesta. Se pot dovedi utile atât mijloacele tradiționale de raportare, cât și cele anonime (ex.: linie telefonică, platformă online, cutie poștală). Întreprinderea are datoria de a spori încrederea în astfel de mecanisme, prin investigarea oricărei practici potențial nelegale semnalate și prin protejarea avertizorilor de concurență împotriva posibilelor represalii;
- dezvoltarea unei culturi de confidențialitate printre angajați pentru a proteja informațiile și în afara orelor de program;
- existența unor proceduri de lucru speciale pentru situația în care o întreprindere primește informații comerciale sensibile de la competitori sau terți (agenți comuni, companii care întreprind studii de piață), astfel încât să se realizeze un act de distanțare publică față de posibile fapte anticoncurențiale.

Exemplu:

Ghidul de conformare al unei întreprinderi prevede următoarea procedură pentru situația în care reprezentantul acesteia ia parte la discuții ce pot avea caracter anticoncurențial:

Dacă sunteți într-o ședință a asociației de întreprinderi și începe o discuție care, prin prisma informațiilor sensibile expuse, poate duce la încălcarea legislației concurenței, luați cuvântul și insistați asupra faptului că discuția trebuie imediat încheiată. În cazul în care discuția nu încetează, va trebui să părăsiți întâlnirea, făcând clar dezacordul și asigurându-vă că acest lucru este consemnat în procesul-verbal al ședinței. De asemenea, pentru claritate, puteți notifica dezacordul și pe altă cale (email, mesaj, scrisoare). Ulterior, anunțați departamentul juridic cât se poate de repede pentru ca acesta să determine pașii de urmat.

- existența unor proceduri de soluționare a cererilor de consiliere juridică, de analiză a rapoartelor cu privire la posibilele încălcări și cu privire la măsurile ulterioare care trebuie luate;

Exemplu:

În regulamentul de ordine interioară al unei întreprinderi a fost inserată o secțiune care prevede procedurile de urmat de către orice reprezentant al întreprinderii care va participa la întâlnirile asociației din care face parte operatorul economic sau la orice alt forum unde ar putea exista interacțiune cu ceilalți concurenți. Astfel, pe lângă obligația generală de a participa la sesiunile de instruire și de a-și însuși ghidul de conformare, cel desemnat va avea nevoie de aprobarea superiorului ierarhic. Acesta din urmă va evalua oportunitatea participării luând în considerare factori precum: ordinea de zi, natura discuțiilor anterioare sau nivelul de reprezentare al celorlalte companii. Ulterior aprobării, cel desemnat va participa și ține minuta întâlnirii și, în termen de cel mult trei zile lucrătoare, o va comunica și responsabilului pentru conformare. Toate etapele vor fi consemnate în documentele interne ale întreprinderii.

- transmiterea către principalii parteneri comerciali (ex.: furnizorii, distribuitorii, clienții) a informațiilor cu privire la existența și prevederile programului de conformare, la scurt timp după ce este configurat sau reevaluat.

Monitorizarea, prin verificarea comportamentului companiei în procesul competitiv pe piețele unde aceasta funcționează reprezintă o abordare preventivă. Măsurile de control intern sunt, de asemenea, parte din portofoliul operațional al unei întreprinderi și nu trebuie confundate cu

analiza riscurilor; în timp ce prima are loc la nivelul activităților zilnice, cea de-a doua se manifestă la nivel strategic/conceptual.

Exemplu:

Într-o primă etapă, auditorii externi au avut în vedere cadrul procedurilor și resursele destinate programului de conformare. Aceștia au identificat următoarele elemente ca făcând parte din programul de conformare:

- existența unui ghid cu privire la normele de conformare;
- implementarea unor sesiuni de pregătire adresate tuturor angajaților la care participă și conducerea instituției;
- inserarea în fișa postului fiecărui angajat a unor clauze cu privire la obligația conformării;
- un set de sancțiuni disciplinare, pentru încălcări grave ale politicii de conformare;
- un chestionar adresat angajaților la începerea/încheierea raportului de muncă;
- un set de proceduri și controale specifice;
- un fond special de premiere destinat angajaților cu cel mai mare punctaj la evaluarea conformării cu normele de concurență.

În a doua etapă s-a recurs la o evaluare de fond, care a avut ca scop cuantificarea efectivității acestora cu privire la angajații din trei departamente alese aleatoriu. În acest sens, s-a recurs la testări scrise, inspecții inopinate simulate, interviuri sau chiar căutări tip forensic, cu scopul de a identifica gradul efectiv de instruire și conformare al personalului.

Evaluarea programului

Procesul de conformare este unul dinamic, iar monitorizarea sa are și atributul de a îmbunătăți funcționarea programelor, în special pe baza evaluărilor programului, atât din punct de vedere conceptual, cât și din punct de vedere al aplicării sale de către angajați³⁷. Totuși, pentru a fi relevantă, evaluarea trebuie să fie adecvată, independentă, bazată pe o experiență solidă în domeniul concurenței. Pentru IMM-uri un demers asemănător poate fi condus de către consilierul juridic.

Întreprinderea trebuie să gestioneze și să centralizeze toate rapoartele, interne sau externe, cu privire la riscurile identificate, procedurile instituite, formarea angajaților și auditarea tuturor acestor elemente pentru a folosi atât neconcordanțele, cât și bunele practici identificate pentru îmbunătățirea permanentă a programului de conformare și pentru a putea proba implementarea sa³⁸.

De asemenea, în reevaluarea programului de conformare, întreprinderea trebuie să aibă în vedere și factori structurali, cum ar fi schimbarea condițiilor de tranzacționare, creșterea cotei de piață și dezvoltarea unei poziții dominante sau externalizarea unor servicii³⁹. Astfel de evoluții pot duce la schimbarea întregii filosofii comerciale a întreprinderii.

Exemplu:

O întreprindere integrată vertical și-a diversificat modelul de distribuție, externalizând acest serviciu către terți, ca urmare a unui angajament asumat în urma aprobării de către Consiliul Concurenței a unei concentrări economice. În consecință, responsabilul pentru programul de conformare a condus o serie de seminarii în care angajații responsabili de relațiile comerciale

³⁷ International Chamber of Commerce, (2013), p. 66.

³⁸ The Chief Legal Officers Round Table, (2010), p. 8.

³⁹ Office of Fair Trading, (2011), p. 30.

cu viitorii distribuitori au fost instruiți cu privire la restrângerile concurențiale care sunt ilegale în astfel de acorduri. De asemenea, viitorilor distribuitori li s-a comunicat programul de conformare al întreprinderii, pentru a lua la cunoștință de standardele operaționale de conformare impuse la nivelul companiei.

Rapoartele privind activitățile de conformare din anul anterior, programele de conformare pentru anul viitor, precum și orice dezvoltare substanțială în materie de concurență vor fi analizate de către consiliul de administrație al întreprinderii sau de conducerea executivă, după caz. Departamentul juridic va consilia conducerea companiei cu privire la noile evoluții care pot duce la schimbarea metodelor anterioare de concepere și implementare ale programului.

4.4 Diligența în materie de concurență

Ca și în cazul auditării interne, verificarea legalității interacțiunii cu terții poate varia de la o simplă autoevaluare la consiliere de specialitate, analize economice complexe sau chiar căutări de tip forensic. Așadar, domeniul de aplicare este unul vast și are în vedere prevenirea sau detectarea încălcărilor care pot fi generate de activitatea întreprinderii și, în situația în care acestea s-au produs, stabilirea întinderii și gravității lor.

La nivel de bază, autoevaluarea poate lua forma unui set de întrebări care, ulterior, vor conduce la o analiză mai detaliată a legalității demersului. Un exemplu în materia schimbului de informații poate fi următorul:

- De ce schimb aceste informații - există un motiv legal pentru acest schimb?
- Cu cine schimb aceste informații - este un concurent sau potențial concurent?
- Ce fel de informații schimb - sunt sensibile din punct de vedere comercial/al concurenței?
- Ar putea această informație să afecteze comportamentul pe piață al altui concurent?
- Sunt sigur că acest lucru este legal?

Responsabilii de consilierea juridică pot ajuta la structurarea schimbului de informații în așa fel încât să nu fie considerat ilicit.

Alte forme de interacțiune, mai puțin spontane și care implică contacte sistematice cu ceilalți concurenți, vor necesita mai multă atenție. De exemplu, înainte de a adera la o asociație de întreprinderi, un operator economic este sfătuit să ia în considerare următoarele elemente:

- existența, în statutul asociației, a unor prevederi care restricționează concurența, fapt ce va fi considerat ca fiind o amenințare la adresa programului de conformare al întreprinderii;
- obținerea unei copii de pe ordinea de zi a fiecărei ședințe înainte ca aceasta să aibă loc și verificarea proceselor-verbale elaborate ulterior, pentru conformitate cu cele discutate; subiectele nepotrivite trebuie eliminate de pe ordinea de zi, în caz contrar fiind recomandată neparticiparea;
- tratarea cu atenție a discuțiilor care pot angaja răspunderea pentru nerespectarea legii concurenței și distanțarea de acestea, în cazul în care au loc;
- examinarea din punct de vedere juridic a legalității oricăror propuneri ale asociației în sensul cooperării cu privire la cercetare, stabilirea standardelor, colectarea de informații de la membri sau organizarea în comun a achiziției, producției, comercializării.

De asemenea, orice formă de cooperare pe orizontală se va limita la operațiuni comune în ceea ce privește funcțiile, aria geografică și durata care sunt, în mod rezonabil, strict necesare pentru a obține beneficiile care justifică operațiunea comună.

În același timp, chiar și în relația cu neconcurenții (distribuitori în cazul unei întreprinderi neintegrate vertical), informațiile împărtășite sau primite de la aceștia vor fi limitate și analizate

cu atenție. Există posibilitatea ca, în cazul în care un distribuitor este contractat concomitent de către doi concurenți, acesta să funcționeze drept vector pentru transmiterea de informații sensibile între aceștia. Un astfel de mecanism este considerat ilegal și sancționat în consecință⁴⁰.

Așa cum am menționat anterior, gradul de complexitate a analizei va depinde de anvergura pe care activitatea o prezintă din punct de vedere al concurenței. De exemplu, în materia concentrărilor economice ce implică întreprinderi concurente, analiza va avea loc în doi timpi:

Cu privire la procesul de realizare a concentrării economice:

- notificarea concentrării și primirea aprobării din partea autorității de concurență, înainte de finalizarea tranzacției, în cazurile în care legea prevede acest lucru;
- existența unui comportament independent al celor două întreprinderi până în momentul primirii aprobării de la autoritatea de concurență și lipsa oricăror discuții cu privire la strategia comercială viitoare a posibilei întreprinderi rezultate (prețuri)⁴¹;
- impunerea doar a acelor restricții direct legate și necesare punerii în aplicare⁴² a concentrărilor economice⁴³;
- schimbul de informații strict necesar unui astfel de proces; în general, impactul la adresa concurenței rezultat din schimbul de date din această perioadă va fi analizat de la caz la caz, avându-se în vedere caracterul sensibil al acestora. Este de preferat ca acestea să fie făcute cunoscute într-un număr cât mai redus și numai în măsura în care cunoașterea lor este necesară, fiind păstrate departe de personalul cu rol comercial. O bună practică este folosirea unui acord de confidențialitate care are rolul de a limita utilizarea informațiilor la ceea ce este strict necesar în a analiza fezabilitatea concentrării și de a interzice diseminarea acestora în raport cu orice alte persoane care le-ar putea folosi în sens comercial;
- utilizarea de structuri restrânse de tipul „clean team” (persoane care să garanteze confidențialitatea datelor) cu scopul de a evita expunerea la date sensibile care pot prezenta probleme din punctul de vedere al dreptului concurenței; rolul acestora este de a dilua din caracterul sensibil al informațiilor, putând, spre exemplu, să le transpună în versiune agregată.

Cu privire la întreprinderea achiziționată sau care constituie subiectul fuziunii, exercitiul de evaluare din punct de vedere concurențial va cuprinde unul sau mai multe dintre următoarele puncte, de la caz la caz:

- existența unei culturi a respectării regulilor de concurență și aptitudinea programului de conformare de a proteja împotriva riscurilor încălcării legii concurenței prin implementarea sa efectivă (angajamentul conducerii, existența responsabilului de conformare, manual de conformare, sesiuni de instruire, implementarea unor proceduri de lucru și mecanisme de monitorizare, revizuirii periodice ale programului);
- profilul de risc al companiei, identificat în urma unor elemente precum obiectul de activitate, modelul de afaceri, gradul de integrare, interacțiunea cu clienți/concurenți și profilul acestora, prezența în asociații sau asocieri, precedentele încălcări ale întreprinderii sau ale celorlalți jucători din piață;

⁴⁰ Nicolas Sahuguet, *Hub-and-Spoke Conspiracies: the Vertical Expression of a Horizontal Desire*, *Journal of European Competition Law & Practice* (2014) 5 (10), pp. 711-713.

⁴¹ Ana-Maria Udriște, *Ce este gun jumping-ul și cum îl putem evita?*, *Revista Română de Concurență* Nr. 1-2 (2014), p. 55.

⁴² Comisia Europeană, *Comunicarea Comisiei privind restricții direct legate și necesare punerii în aplicare a concentrărilor economice* [2005/C 56/03], par. 14.

⁴³ De exemplu, un acord de abținere de la schimbări semnificative în activitatea vizată până la încheierea operațiunii se consideră direct legată și necesară punerii în aplicare a ofertei comune.

- detalii cu privire la alte interese deținute în orice companie concurentă (de către întreprindere sau personalul acesteia);
- existența unor investigații cu privire la conformitate (interne sau externe) în curs de desfășurare;
- metodologia de evaluare va fi suficient de complexă pentru a avea aptitudinea de a acoperi întreaga gamă de riscuri anticoncurențiale, iar instrumentele folosite pot varia de la analiza actelor juridice, la interviuri cu angajații și, acolo unde este cazul, la analize de tip forensic.

5. Costurile neconformării cu legislația concurenței

În materie de încălcări ale dreptului concurenței, autoritatea de concurență practică o politică preventivă, accentul fiind pus întotdeauna pe necesitatea respectării legii.

Dacă la finalul unei proceduri de investigație se consideră că întreprinderea a încălcat normele de concurență, Consiliul Concurenței va impune acesteia o **amendă contravențională**. Cuantumul amenzii este de până la 10% din cifra de afaceri totală înregistrată de întreprindere în anul financiar anterior deciziei Consiliului Concurenței.

Pe lângă amenzile la care se expune întreprinderea care a încălcat normele de concurență, Consiliul Concurenței poate dispune, în sarcina întreprinderilor, **măsuri corective comportamentale**⁴⁴ și/sau **structurale**⁴⁵, care să reducă sau să înlăture efectul produs asupra pieței prin încălcarea legii și care să restaureze mediul concurențial normal.

Un angajat poate raspunde **disciplinar** (reducerea salariului, desfacerea disciplinară a contractului individual de muncă) dacă prin comportamentul lui a angajat răspunderea contravențională a întreprinderii, indiferent de poziția ocupată de acesta în cadrul companiei, în situația în care încalcă normele de concurență cu bună știință sau din greșeală. O mențiune specială poate fi făcută în ceea ce privește programele de clemență. Dacă întreprinderea a decis să colaboreze cu autoritatea într-un astfel de cadru procedural, contribuția angajatului fie pentru dovedirea elementelor de fapt consumate, fie pentru strângerea de noi probe, poate fi necesară. Așadar, în general, este de preferat, pentru bunul mers al investigației, ca orice măsură care poate duce la demotivarea angajatului să fie amânată până la finalizarea investigației autorității.

Conform Legii concurenței, fapta oricărei persoane care exercită funcții de conducere în cadrul unei întreprinderi, de a concepe sau organiza, cu intenție, anumite practici interzise de reglementările din domeniul concurenței constituie **infrațiuni**. În ceea ce privește înțelegerile de natură să afecteze prețul în cadrul achizițiilor publice, acestea sunt sancționate de Codul Penal (deturnare a licitațiilor publice).

Legislația românească și europeană a concurenței prevede, pe lângă sancțiunile la care se expun participanții la practici anticoncurențiale (respectiv întreprinderile sau angajații acestora), **nulitatea** de drept atât a înțelegerilor anticoncurențiale și a deciziilor, cât și a contractelor și clauzelor contractuale rezultate din implementarea practicilor anticoncurențiale.

Independent de obligația plății unei amenzi contravenționale în cazul săvârșirii unei încălcări a normelor dreptului concurenței, există, pentru întreprindere, obligativitatea reparării

⁴⁴ Măsurile comportamentale includ obligații privind furnizarea, cum ar fi accesul nediscriminatoriu la infrastructură și tehnologii, licențierea drepturilor de proprietate intelectuală, încetarea contractelor de distribuție exclusivă sau alte obligații pentru întreprinderi de a se comporta într-un anumit fel pe piață.

⁴⁵ Măsurile structurale includ toate măsurile necesare pentru a obliga o întreprindere să-și divizeze afacerea, bunurile sau drepturile de proprietate intelectuală deținute, cum sunt, printre altele, externalizarea activităților, divizarea întreprinderilor, transferul drepturilor de proprietate intelectuală și a altor drepturi deținute de întreprindere.

prejudiciului cauzat prin respectiva încălcare. **Acțiunile în despăgubire** reprezintă unul dintre elementele prin care se asigură, la nivel privat, respectarea normelor în domeniul concurenței, acestea fiind completate de căi alternative, cum ar fi soluționarea consensuală a litigiilor.

Eșecul unei întreprinderi de a se conforma cu legislația concurenței se traduce în sancțiuni și amenzi severe, la care se adaugă **publicitatea negativă** și concentrarea atenției opiniei publice asupra acțiunilor întreprinderii. Punând în balanță costurile pe care le suportă o companie confruntată cu o publicitate negativă în mass-media, pe de o parte și, pe de altă parte, costurile pe care le presupune adoptarea unor măsuri de îmbunătățire a programului de conformare și limitare a riscului de încălcare a legii concurenței, întreprinderea va realiza că a doua categorie de costuri este mai redusă.

6. Eficiența programelor de conformare

Implementarea unor programe de conformare eficiente poate proteja întreprinderile împotriva antrenării în săvârșirea de practici anticoncurențiale. De asemenea, detectarea de către întreprindere, ca urmare a utilizării instrumentelor de conformare, a unui comportament anticoncurențial în care a fost angajată, reflectă faptul că întreprinderea deține un program de conformare efectiv, care i-a permis depistarea comportamentului neadecvat.

Conform doctrinei relevante în materie de conformare, simpla existență a unui astfel de plan nu are efecte asupra practicilor anticoncurențiale. Planul de conformare devine efectiv atunci când previne o posibilă încălcare, duce la încetarea acesteia sau conduce la raportarea încălcării în fața unei autorități de concurență⁴⁶. Așadar, în cazul descoperirii de către întreprindere a unei fapte anticoncurențiale de care este răspunzătoare, evaluarea implementării efective a planului va avea în vedere momentul în care aceasta a încetat practica sau s-a adresat autorității de concurență cu o cerere de recunoaștere/clemență.

O altă situație care poate să apară este utilizarea unui program de conformare în scopuri ilicite, respectiv pentru a facilita săvârșirea sau ascunderea și/sau distrugerea dovezilor privind săvârșirea unei practici anticoncurențiale. Acest fapt poate conduce la agravarea sancțiunii.

În ipoteza în care, cu toate eforturile depuse de către întreprindere pentru conformarea cu regulile de concurență sau în absența unui program de conformare, angajații acesteia au fost implicați în încălcări ale legii concurenței care atrag responsabilitatea juridică a companiei, legislația concurenței pune la dispoziția întreprinderilor o serie de **instrumente de reducere sau exonerare de la plata amenzilor**, cum sunt politica de clemență și recunoașterea săvârșirii faptei.

■ **Politica de clemență.** Întreprinderea are posibilitatea de a colabora cu autoritatea de concurență conform *Instrucțiunilor privind politica de clemență*. Prin aplicarea unei politici de clemență, Consiliul Concurenței încurajează în mod special întreprinderile implicate în practici de tip cartel și care doresc să înceteze participarea la încălcarea respectivă să contacteze Consiliul Concurenței și să aducă informații și probe în legătură cu activitatea ilicită respectivă, în scopul obținerii imunității la amendă sau reducerii amenzii ce urmează să fie aplicată odată cu finalizarea investigației și constatarea încălcării.

■ **Recunoașterea participării la încălcare.** Această instituție juridică vine în completarea setului de instrumente care permit reducerea amenzilor aplicate întreprinderilor dispuse să colaboreze cu autoritatea de concurență dincolo de obligațiile legale care le revin în cadrul investigațiilor în care sunt părți implicate.

⁴⁶ Wouter P.J. Wils, *Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement*, Journal of Antitrust Enforcement, Vol. 1, No. 1, April 2013, p. 13.

Astfel, în cadrul investigațiilor, întreprinderile au posibilitatea de a recunoaște participarea la încălcarea investigată, putând obține o reducere de maxim 30% a amenzii. În această situație, întreprinderea furnizează doar o declarație de recunoaștere, fără a aduce și dovezi pentru probarea încălcării, spre deosebire de situația declarațiilor de clemență, care sunt însoțite și de elemente probatorii.

Acest ghid are rolul de a crește gradul de conștientizare al necesității conformării cu normele dreptului concurenței și de a oferi sfaturi practice în acest sens. Acest ghid este orientativ și nu este menit să înlocuiască legislația incidentă în domeniu, exemplele nefiind limitative. De asemenea, Consiliul Concurenței nu va evalua programele individuale de conformare ale întreprinderilor în afara unei investigații.