

Către: Președintele Consiliului Concurenței
RO-013701, P-ța Presei Libere nr. 1, București
Tel: 021 405 45 46
Fax: 021 405 45 12

30.07.2010

Stimate domnule Președinte,

Vă prezentăm mai jos punctul nostru de vedere cu privire la unele aspecte reglementate de legislația secundară în domeniul concurenței, legislație ce urmează a intra în vigoare odată cu Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 75/2010 și care se află în prezent în dezbatere publică. Redăm pe scurt principalele probleme identificate, în speranța că punctul nostru de vedere va fi luat în considerare în varianta finală a actelor normative menționate.

1. Baza de calcul a taxei de autorizare a concentrărilor economice

Fiind cea mai importantă problemă identificată, modul în care este reglementat în proiectul Instrucțiunilor Consiliului Concurenței date în aplicarea prevederilor art. 32 din Legea Concurenței nr. 21/1996 calculul taxei de autorizare a concentrărilor economice face obiectul unei scrisori separate către Consiliul Concurenței.

2. Pragul valoric ce determină obligația de notificare a unei concentrări economice

În conformitate cu Legea Concurenței nr. 21/1996, o operațiune de concentrare economică este supusă obligației de notificare atunci când cifra de afaceri cumulată a agenților economici implicați depășește echivalentul în lei a 10.000.000 Euro și există cel puțin 2 agenți economici implicați în operațiune care să realizeze pe teritoriul României, fiecare în parte, o cifra de afaceri mai mare decât echivalentul în lei a 4.000.000 Euro.

Așa cum am mai subliniat în cursul întâlnirilor cu reprezentanții Consiliului Concurenței, aceste praguri valorice de 4.000.000 Euro și respectiv 10.000.000 Euro sunt cele mai mici praguri stabilite în legislațiile țărilor Comunității Europene. De aceea, considerăm că are loc mai degrabă un efort relativ inutil al echipei Consiliului Concurenței, fără un efect evident.

Prin urmare, ne exprimăm speranța că veți da curs solicitărilor noastre exprimate în mai multe rânduri de a aduce pragurile valorice mai sus menționate la un nivel mai ridicat, care să sprijine investițiile în societăți de valoare mai mică.

3. Termenele fixate în cadrul procedurii de notificare a concentrărilor economice

În conformitate cu dispozițiile art. 10 alin. 2 din proiectul de Regulament privind concentrările economice, părțile notificatoare au la dispoziție un termen de 15 zile (ce poate fi extins în mod excepțional cu încă 5 zile) pentru a furniza informațiile suplimentare solicitate de Consiliul Concurenței în legătură cu notificarea unei concentrări economice. Dacă informațiile astfel transmise nu sunt suficiente, Consiliul Concurenței poate convoca la discuții părțile notificatoare și poate solicita din nou informații suplimentare, partea notificatoare având la dispoziție doar un termen de 15 zile (ce poate fi extins în mod excepțional de către Președintele Consiliului Concurenței) pentru a furniza informațiile, sub sancțiunea amenzii.

Din practica noastră reiese faptul că termenele de 15 zile stabilite prin dispoziția mai sus menționată sunt în cele mai multe cazuri insuficiente pentru a obține informații complete. În cele mai dese situații, fondurile de investiții care achiziționează participații, realizând astfel concentrări economice, fac parte din grupuri mari de societăți. Consiliul Concurenței solicită adesea informații și documente legate de societăți din grup care nu sunt ușor disponibile. În plus, unele dintre aceste informații necesită prelucrare chiar de către societatea din grup la care se referă informația respectivă (cum ar fi cazul calculului cifrei de afaceri în diverse modalități, în funcție de motivul acestui calcul). În această situație, partea notificatoare, chiar dacă face parte din același grup de societăți cu societatea pentru care se cer informații, nu are puterea de a obliga societatea în cauză să furnizeze cu urgență informațiile, respectiva societate fiind independentă și cu organe de conducere proprii.

De asemenea, Consiliul Concurenței solicită și date complexe cu privire la piață care presupun realizarea unor studii. Termenul de 15 zile pentru realizarea unui astfel de studiu este practic imposibil de respectat în multe cazuri.

Având în vedere cele de mai sus, sancțiunea amenzii apare ca fiind excesivă și ar trebui aplicată doar în cazul în care se poate dovedi reaua credință a părții notificatoare în obținerea și furnizarea informațiilor solicitate. În plus, termenele sunt stabilite în favoarea părții notificatoare, pentru a asigura celeritatea procedurii și nu trebuie să fie o povară pentru partea notificatoare. Furnizarea informațiilor într-un timp mai lung nu prejudiciază nici piața relevantă și nici Consiliul Concurenței întrucât tranzacția nu poate fi oricum implementată, ci afectează chiar partea notificatoare care nu poate beneficia de exercițiul total al drepturilor achiziționate.

Propunerea noastră în legătură cu aspectul reliefat în cadrul acestui punct 2 este de a prelungi la 30 de zile perioada în care partea notificatoare poate furniza informațiile solicitate.

4. Publicarea informării cu privire la o notificare

Dispozițiile art. 11 din proiectul de Regulament privind concentrările economice permit Consiliului Concurenței să facă public faptul că a fost depusă o notificare de concentrare economică precum și să menționeze părțile implicate, natura concentrării, sectoarele economice implicate, etc. După cum știți, cele mai multe tranzacții de private equity se realizează în două etape, finalizarea tranzacției fiind supusă mai multor condiții suspensive, printre care și obținerea deciziei pozitive a Consiliului Concurenței. Prin urmare, este posibil ca tranzacția să nu se finalizeze datorită neîndeplinirii condițiilor suspensive de către oricare dintre părți, chiar dacă Consiliul Concurenței a emis o decizie pozitivă. În această situație, părțile tranzacției care nu s-a finalizat ar fi puse într-o situație foarte proastă prin comunicarea publică de către Consiliul Concurenței a faptului că tranzacția a fost notificată. În plus, de cele mai multe ori documentele unei tranzacții de private equity cuprind și o dispoziție de confidențialitate cu privire la existența tranzacției până la data la care aceasta este finalizată, împreună cu o obligație a părților de a nu emite comunicate publice privitoare la tranzacție decât dacă acestea sunt agreeate de ambele părți.

Având în vedere cele de mai sus, dispozițiile articolului 11 din proiectul de Regulament privind concentrările economice aduc atingere dreptului agenților economici de a păstra confidențialitatea tranzacțiilor pe care decid să le efectueze și pot afecta tranzacțiile viitoare ale acestor agenți economici, în cazul în care o tranzacție care nu se finalizează este adusă la cunoștința publică.

Prin urmare, propunerea noastră este ca dispoziția mai sus menționată din proiectul de Regulament privind concentrările economice să fie completată în sensul că, dezvoltarea publică a faptului că s-a depus o notificare la Consiliul Concurenței, să se poată face doar cu acordul prealabil al părții notificatoare.

5. Căi de atac împotriva ordinului prin care se dispune declanșarea unei investigații

Conform Articolului 36 alin. 3 din proiectul de Regulament privind concentrările economice, „*ordinul privind declanșarea unei investigații, prevăzută de lege, se poate ataca numai odată cu decizia prin care se finalizează investigația.*” Considerăm că această dispoziție aduce atingere accesului la justiție al agenților economici care pot fi supuși în mod nejustificat și ilegal unei investigații fără a putea ataca ordinul de începere a investigației și a dovedi ilegalitatea acestuia. Deși înțelegem necesitatea Consiliului Concurenței de a putea porni o investigație și a obține cât mai multe informații fără ca agentul economic investigat să aibă posibilitatea de a le ascunde sau modifica, totuși, ingrădirea dreptului agentului economic investigat de a dovedi ilegalitatea investigației și de a opri această investigație este excesivă.

Pornirea unei investigații împotriva unui agent economic poate avea repercusiuni asupra activității sale, aducând atingere imaginii pe piață a respectivului agent economic. În plus, întrucât pornirea unei investigații se poate face la plângerea oricărei persoane interesate, e posibil ca o astfel de plângere să fie făcută în mod abuziv și tocmai cu intenția de a prejudicia respectivul agent economic.

Având în vedere cele de mai sus, propunerea noastră este de a reintroduce posibilitatea atacării separate a ordinului de pornire a unei investigații. Pentru a răspunde însă și necesităților Consiliului Concurenței, ar trebui ca suspendarea investigației să nu fie posibilă până la momentul la care ordinul de pornire a acesteia este anulat. Totuși, procedura de soluționare a unei plângeri împotriva acestui ordin ar trebui să se desfășoare cu celeritate.

6. Extinderea termenului de emiterie a unei decizii în cazul concentrărilor economice

Întrucât până la data emiterii de către Consiliul Concurenței a unei decizii cu privire la o concentrare economică aceasta nu poate fi implementată, considerăm că extinderea termenului în care o astfel de decizie poate fi emisă de către Consiliul Concurenței de la 30 la 45 de zile nu este o măsură de natură să sprijine investițiile și să încurajeze notificarea potențialelor concentrări economice.

Și până acum termenele lungi de soluționare a unei notificări erau o problemă substanțială pentru părțile unei tranzacții supuse notificării, întrucât de la data tranzacției și până la data la care achizitorul putea beneficia de exercițiul deplin al drepturilor sale putea trece câteva luni. Astfel, imposibilitatea părților de a implementa tranzacția până la data emiterii deciziei Consiliului Concurenței reprezintă un risc pentru investitor care își poate vedea redusă valoarea investiției fără să poată interveni prin măsuri ce ar fi considerat implementarea tranzacției nepermisă. Prin urmare, dorința investitorilor pe care îi reprezentăm este de a reduce termenele procedurale și nu de a le extinde.

7. Restricționările auxiliare

Salutăm reglementarea prin Instrucțiuni a restricționărilor auxiliare unei concentrări economice. Totuși, am dori să exprimăm câteva probleme practice legate de modul în care sunt reglementate aceste restricționări cu speranța că veți reanaliza și veți încerca, pe cât posibil, să acomodați în cadrul noii legislații și rezolvarea acestor probleme.

Astfel, o problemă majoră care rezultă din practica investitorilor noștri este legată de limitarea în timp a clauzei de confidențialitate. Conform dispozițiilor legale în vigoare în acest moment, precum și proiectului de instrucțiuni privind restricționările direct legate și necesare punerii în aplicare a concentrărilor economice, clauza de confidențialitate cuprinsă în documentele unei tranzacții supuse notificării trebuie limitată în timp la maxim 3 ani. Această limitare se aplică fără deosebire tuturor oliganților de confidențialitate, fără a se detalia obiectul acestora. Problema practică legată de această limitare este aceea că ea permite părților unei tranzacții să divulge orice informație legată de societatea achiziționată sau de celelalte părți ale tranzacției precum și orice condiții și termeni contractuali, după expirarea acestui termen. În cazul fondurilor de investiții, spre exemplu, care au ca obiect tranzacționarea de participații în diverse societăți comerciale, acest lucru poate fi extrem de dăunător întrucât permite divulgarea publică a condițiilor și termenilor negociați ai unei tranzacții și poate afecta viitoarele negocieri. Un potențial vânzător se poate prevala de informațiile publice în negocierea cu respectivul fond de investiții, în defavoarea acestuia din urmă.

În plus, achizitorul se vede în imposibilitatea de a solicita vânzătorului să păstreze confidențiale informațiile ce reprezintă secret comercial al societății achiziționate pe o durată mai mare decât cea stabilită de lege, lucru care poate afecta grav activitatea societății achiziționate.

Prin urmare, considerăm că ar trebui reglementate informațiile care nu pot fi supuse unei obligații de confidențialitate pe o durată mai mare decât cea prevăzută în lege și excluse din sfera acestora informațiile legate strict de tranzacție și cele care sunt secret comercial al societății achiziționate. Cu privire la clauza de neconcurență, o problemă practică este legată de imposibilitatea de extindere geografică a clauzei de neconcurență și la alte teritorii decât cel în care își desfășoară activitatea societatea achiziționată la data tranzacției, cu excepția teritoriilor pentru care s-au făcut deja investiții. Astfel, de cele mai multe ori un investitor dorește să dezvolte activitatea societății în care investește și prin extinderea teritoriilor în care aceasta e activă. Dacă însă nu s-au făcut investiții în vederea extinderii înainte de tranzacție, teritoriile în care se dorește extinderea nu pot face obiectul clauzei de neconcurență.

Justificarea conform căreia achizitorul nu are nevoie de protecție împotriva vânzătorului în aceste teritorii nu este aplicabilă și în cazul în care achizitorul este un fond de investiții ce nu are cunoștințe practice legate de activitatea respectivă. Această justificare se menține cu atât mai mult în cazul în care vânzătorul rămâne să controleze în comun cu achizitorul societatea achiziționată. Astfel, dacă vânzătorul are dreptul de a iniția o afacere individuală într-un teritoriu în care părțile tranzacției au agreeat că vor extinde activitatea societății achiziționate, este clar că vânzătorul va depune eforturi pentru dezvoltarea propriei afaceri în detrimentul celei în care a rămas să controleze în comun cu achizitorul, sau că nu va mai depune aceleași eforturi pentru dezvoltarea societății achiziționate în teritoriul respectiv.

Propunerea noastră în acest caz este de a se da posibilitatea părților să agreeze aplicabilitatea clauzei de neconcurență și în alte teritorii în care au agreeat că își vor dezvolta afacerea, fără a fi necesară dovedirea unor investiții în acest sens deja efectuate.

Sperăm că punctul nostru de vedere și justificarea acestuia detaliată în prezenta scrisoare să fie un punct de plecare pentru reglementarea unora dintre problemele cu care se confruntă în acest moment investitorii care își desfășoară activitatea și în România.

Vă stăm oricând la dispoziție pentru informații suplimentare și clarificări la următoarele date de contact: Dna Loredana Badea, Loredana.Badea@AxxessCapital.net, și Dl Cristian Nacu, cristian.nacu@ei.com.ro, dar și la numărul de telefon: 021/30 50 100

Cu stimă,

Robert Luke,

President, South Eastern Europe's Private Equity Association



Str. Frumoasa nr.42 A, 010987 Bucuresti, Romania

Tel. 40 213 050 100

Fax. 40 213 181 483

www.seepea.org