

Adriana Almășan

Dreptul concurenței

Ediția a 2-a, revizuită și adăugită

Editura
Hamangiu
2021

Secțiunea a 5-a. Răspunderea pentru faptele de concurență neloială

Raportul juridic de concurență, deși analizat extensiv în literatură, în realitate se naște doar prin încălcarea unei norme care reglementează concurența onestă, generând un raport de sancționare ori de remediere a consecințelor negative.

Prin faptele de concurență neloială ia naștere fie (i) *un raport de drept administrativ*, corespunzător răspunderii contravenționale, fie (ii) *un raport de drept penal*, corespunzător răspunderii penale, fie (iii) *un raport juridic civil*, corespunzător răspunderii delictuale. Primele două forme de răspundere se aplică în alternanță, în timp ce cea delictuală poate fi cumulată cu oricare dintre primele două.

În pofida îndelungatei aplicări a Legii nr. 11/1991, aceasta și-a demonstrat ineficacitatea din perspectiva furnizării unui instrument de remediu eficient contra practicilor incorecte. Ipotezele legale prin care au fost reglementate contravențiile și infracțiunile din această materie au avut o practică modestă, consecința fiind că și acțiunile în concurență neloială au fost puține și cu prea puțin succes.

Protecția împotriva concurenței incorecte este aproape derizorie în jurisprudență, cu toate că, în teorie, există triplu mecanism de descurajare a comportamentului incorect în afaceri (prin răspundere contravențională, respectiv penală) și un instrument juridic specific dezdăunării victimei (răspunderea civilă).

Motivele țin atât de dreptul substanțial, cât și de cel procesual.

Întâi, unele astfel de activități ilicite sunt considerate drept contravenție și sancționate cu amendă. Competența aplicării revine în prezent autorității de concurență^[1], care are și competența investigării faptelor anticoncurențiale și de control al concentrărilor economice^[2]. Apoi, legea apreciază anumite fapte drept infracțiune sancționabile cu amenda sau închisoarea. Organele penale sunt abilitate să investigheze și, în cazul în care apreciază că sunt dovezi îndestulătoare, trimit în judecată pe făptuitor. Răspunderea penală poate avea efect descurajator pentru concurența neloială, dar este foarte rar aplicată în practică. Confiscarea profitului ilicit sau a bunurilor, alte măsuri bazate pe înlăturarea câștigului, pot fi valorificate doar în cazul săvârșirii unei infracțiuni, deci în cazuri rare de concurență neloială.

Sub un al doilea aspect, standardul probator este o reală provocare în practică. Atât contravenția cât și infracțiunea în domeniul practicilor neloiale

^[1] Anterior, revenea Ministerului de Finanțe, sub organizarea căruia activitatea de sancționare a fost foarte limitată.

^[2] La aceasta se adaugă și alte activități, inclusiv anumite prerogative în materia ajutorului de stat.

sunt dificil de dovedit, prin raportare la obiectivul ca săvârșirea faptei să fie dincolo de orice dubiu.

Sub un al treilea aspect, quantumul maxim al amenzii nu poate avea efect disuasiv în comiterea faptelor ilicite, mai ales prin comparație cu sancțiunile aplicate în dreptul antimonopol.

Sub un al patrulea aspect, eliminarea unor fapte din categoria contravențiilor prevăzute legal conduce, pe de o parte, la reducerea la nivel pur ipotetic a calificării de către autoritatea competentă a faptelor care nu mai sunt prevăzute și, pe de altă parte, la creșterea dificultății probării, chiar și pe tărâm delictual, a caracterului ilicit al faptei de concurență neonestă.

În pofida faptului că există instrumente pentru încadrarea unui număr mare de fapte drept concurență neloială, eliminarea multora dintre ipoteze face fragilă distincția dintre practicile licite și cele ilicite^[1]. Chiar dacă un sistem generalist este mai simplu de reglementat, marja largă de interpretare lăsată la discreția autorităților și instanțelor afectează în mod direct conținutul probei, pentru faptele care nu sunt prevăzute expres trebuind să fie dovedită *(i) fapta*, dar și *(ii) asimilarea faptei* cu una dintre ipotezele enunțate de textul legal, după caz, prin raportare la standardul de uzanță comercială cinstită.

În fine, indiferent de natura încălcării, infracțiune sau contravenție, victima are la îndemână o acțiune civilă pentru recuperarea daunelor suferite, acțiunea în concurență neloială putând fi intentată indiferent dacă fapta a fost calificată sau nu drept contravenție sau infracțiune. Acest aspect a fost confirmat și de practica fostei Curți Supreme de Justiție, în sensul că nu este necesară urmarea niciunei etape preliminare formulării acțiunii în concurență neloială.

Prin urmare, pentru a funcționa postulatul <încălcarea nu trebuie să merite>, cea mai eficientă sancțiune este aceea a dezdăunărilor, la care se poate adăuga măsura ordonării încetării faptei.

§1. Răspunderea contravențională

Autoritatea de concurență are prerogativa investigării și sancționării faptelor de concurență neloială, în regim contravențional. Măsurile pe care aceasta le

[1] Independent de faptul că un sistem mixt este capabil să vizeze și fapte descrise și fapte implicite, reducerea listei poate să atragă concluzia că a avut loc implicit o dezincriminare și conduce la necesitatea verificării preliminare despre care se făcea vorbire în secțiunea precedentă. Aceasta are efect negativ pentru acțiunile în concurență neloială. De altfel, dreptul anticurențial și concurența necinstită presupun o linie de demarcație fragilă, unele dintre fapte putând fi calificate din perspectiva ambelor încadrări. Spre exemplu, boicotul și limitarea producției ori distribuției au fost considerate inițial forme de concurență neloială, apoi au devenit încălcări monopoliste. De asemenea, asimilarea unor forme de materializare în enumerarea formelor de încălcare este ușor de remediat în sistemele mixte, legea putând fi modificată la nivel practic fără probleme, odată cu modificarea condițiilor în piață.

poate lua privesc, după caz, (i) ordonarea măsurii provizorii de încetare a practicilor, până la soluționarea sesizării, (ii) interzicerea practicilor de concurență neloială, (iii) aplicarea amenzilor contravenționale.

Dintre multele forme de săvârșire a contravenției indicate în versiunile anterioare ale Legii nr. 11/1991 au fost menținute faptele constând în denigrare și dezorganizarea întreprinderii sub forma deturnării clientelei^[1].

În materie contravențională, sancțiunea amenzii este în sumă variabilă între două plafoane valorice, diferențiate în funcție de calitatea făptuitorului de persoană fizică ori juridică. Regimul contravențional se completează cu regulile generale din materie, inclusiv din perspectiva aplicării de amenzi contravenționale pentru neregulile procedurale din perioada de investigație.

Cu toate acestea, condițiile în care intervine răspunderea contravențională sunt restrictive, neavând finalitatea descurajatoare contra faptelor care afectează concurența corectă.

Săvârșirea contravențiilor de concurență neonestă poate să revină unei întreprinderi, autorități sau instituții publice.

APLICAȚII PRACTICE

RECITIND ACEST CAPITOL, ARĂTAȚI CARE SUNT ACTELE NORMATIVE PRIN CARE SUNT REGLEMENTATE CONTRAVENȚII CARE CONSTITUIE ȘI FAPTE DE CONCURENȚĂ NELOIALĂ.

§2. Răspunderea penală

Răspunderea penală rezultă din încălcarea prevederilor corespunzătoare, cele mai importante reglementări pentru această materie fiind prevăzute de Legea nr. 11/1991. De asemenea, în funcție de prevederea în Codul penal la

^[1] Există și alte dispoziții legale care servesc calificării faptelor de concurență neloială. La aceasta se adaugă O.U.G. nr. 25/2019 privind protecția know-how-ului și a informațiilor de afaceri nedivulgate care constituie secrete comerciale împotriva dobândirii, utilizării și divulgării ilegale, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative. De asemenea, anumite forme de concurență neloială sunt prevăzute drept contravenții în O.G. nr. 99/2000, aprobată prin Legea nr. 650/2002 (publicată în M. Of. nr. 914 din 16 decembrie 2002), privind comercializarea produselor și serviciilor de piață (republicată în M. Of. nr. 603 din 31 august 2007), precum și Legea nr. 33/2015 pentru modificarea Legii nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor, precum și pentru completarea art. 32 alin. (1) din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 97/2001 privind reglementarea producției, circulației și comercializării alimentelor. De asemenea, servesc calificării și alte acte normative din materia protecției consumatorului, precum O.G. nr. 21/1992 privind protecția consumatorilor, republicată în M. Of. nr. 208 din 28 martie 2007.

momentul de referință, insulta și calomnia pot fi considerate infracțiuni prin raportare la fapta de denigrare, după circumstanțe.

Investigarea faptelor penale de concurență neloială este în prerogativa organelor de urmărire penală.

Situația premisă o reprezintă desfășurarea de activitate comercială într-o piață deschisă concurenței.

Subiectul activ este comerciantul, persoană fizică sau juridică ce a săvârșit fapta, inclusiv de drept străin, în măsura în care fapta este săvârșită pe teritoriul național. Subiectul pasiv este comerciantul victimă care suferă sau poate suferi un prejudiciu de pe urma săvârșirii faptei (infracțiunea fiind de pericol). În cazul infracțiunilor de concurență neloială direcționate, subiectul pasiv este cel vizat, iar în cadrul infracțiunilor de concurență neloială difuze, poate fi orice participant în piață.

Elementul material corespunde fiecărui tip de infracțiune prevăzută de lege, după caz. Spre exemplu, elementul material poate consta în folosirea sau divulgarea, achiziționarea, producerea, depozitul etc. a unor produse care sunt identificate prin semne proprietare.

Forma de vinovăție necesară infracțiunilor de concurență neloială este intenția, fie directă, fie indirectă, în unele cazuri, cum sunt faptele prevăzute de legislația de protecție a consumatorului, distincția dintre contravenție și infracțiune fiind făcută determinant prin acest criteriu.

Faptele prevăzute în Legea concurenței neloiale se sancționează cu închisoare de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă. Ambele sancțiuni sunt mult mai puțin severe decât cele aplicate în materie de încălcări anticoncurențiale^[1].

A. Infracțiunile prevăzute de Legea nr. 11/1991

Legea nr. 11/1991 incriminează confuzia cu concurentul lezat, anumite forme ale dezorganizării întreprinderii rivale, încălcarea anumitor drepturi proprietare și forme de acaparare agresivă a concurenței. Unele infracțiuni introduse recent în Legea concurenței neloiale au scopul de a sancționa sever intruziunea în interiorul activității unui agent economic, cum sunt utilizarea comercială sau divulgarea de informații confidențiale rezultate din experimentări costisitoare comunicate autorităților competente în vederea obținerii autorizării unor produse farmaceutice și compușilor chimici noi, cu destinație agricolă, ori divulgarea sau folosirea de secrete comerciale de către persoane aparținând autorităților publice sau reprezentanți ai titularilor acestor secrete.

Această acțiune se pune în mișcare la plângerea prealabilă a (i) *persoanei vătămate*, la sesizarea (ii) *camerei de comerț și industrie teritoriale*, (iii) *a altei organizații profesionale* ori la sesizarea (iv) *persoanelor împuternicite* din cadrul autorității de concurență.

^[1] A se vedea Capitolul VIII, spre comparația regimului juridic al celor două categorii.

B. Infracțiunile prevăzute de alte acte normative

În măsura în care întrunesc condițiile legale corespunzătoare pericolului social specific, anumite fapte prevăzute în O.G. nr. 21/1992 pot fi sancționate ca infracțiuni.

De asemenea, legislația protecției intelectuale permite aplicarea măsurii confiscării pentru produsele contrafăcute ori falsificate. Instanța poate dispune vinderea mărfurilor sechestrate, după distrugerea falselor mențiuni.

Pot fi reținute și alte dispoziții legale care reglementează infracțiuni în legătură cu fapte de concurență neloială^[1].

APLICAȚII PRACTICE

ARĂTAȚI ÎN CE CONSTĂ ELEMENTUL MATERIAL, PENTRU DIFERITELE FAPTE DE CONCURENȚĂ NELOIALĂ CARE CONSTITUIE INFRAȚIUNE, ANALIZATE PE PARCURSUL CAPITOLULUI.

§3. Răspunderea civilă

Răspunderea civilă are, spre deosebire de celelalte două forme de răspundere, care tind să pedepsească un comportament neonest, în relație cu concurența, de exercitare a activității economice, finalitatea de a remedia situația generată cu încălcarea legii și de a da satisfacție victimei.

Instrumentul procesual valorificat este acțiunea în concurență neloială, formă de acțiune în răspundere civilă delictuală care prezintă particularități rezultate din specificitatea faptei ilicite, care este o faptă de concurență neloială.

Acțiunea în concurență neloială are scopul de a remedia situația creată prin actele sau faptele de concurență neloială, care sunt privite în mod colectiv în această materie ca fapte ilicite. Remediile includ (i) *dezvăunarea victimei*, (ii) *oprirea tulburării*, fie prin distrugerea rezultatului negativ, fie prin încetarea activității corespunzătoare faptului ilicit, precum și (iii) *publicarea hotărârii condamnatorei*. La acțiunea în despăgubiri pot fi adăugate capete de cerere privind vânzarea produselor după îndepărtarea semnelor false sau distrugerea acestora.

A. Fundamentare

Cu toate că literatura explică acțiunea în multiple feluri, temeiul care se conformează naturii reglementării concurenței neloiale nu poate fi decât acela al abuzului de drept. Fiecare comerciant este îndreptățit, așa cum se arăta în partea introductivă a acestui capitol, să desfășoare activități economice, în

^[1] Nerespectarea măsurilor prevăzute de instanța de judecată privind remedierea faptelor ilicite prevăzute în O.U.G. nr. 25/2019 reprezintă infracțiune.

vederea obținerii de profit. Acesta este un drept constituțional ce nu poate fi negat.

În acest scop, comerciantul este îndreptățit să valorifice mijloacele pe care le consideră oportune și adecvate pentru optimizarea afacerii. Dacă exercițiul drepturilor se limitează la activități în legătură cu propria întreprindere, fără să fie avută în vedere concurența, dacă aceste drepturi sunt realizate în vederea realizării finalității firești de a procura un avantaj titularului, iar nu de a face rău terților (concurenți sau clienți, mai ales consumatori), dreptul concurenței nu generează un raport juridic.

Dimpotrivă, în cazul în care exercițiul acestor drepturi este abuziv, prin încălcarea regulilor privind morala în afaceri, adică având finalitatea de a obține un câștig anormal, prin mijloace care concentrează asupra terților, intervine răspunderea civilă.

Concurența neloială se poate realiza fie (i) *prin încălcarea principiului având drept criteriu uzanțele comerciale cinstite*, fie (ii) *prin încălcarea uneia dintre ipotezele expres prevăzute de lege ca răspundere contravențională sau penală*. Dispoziția care descrie fapta ilicită, corespunzător celei de-a doua categorii, pe de o parte, are rol facilitator din punctul de vedere al probării, pe de altă parte, servește drept criteriu de apreciere pentru cele nereglementate și care sunt asimilate, prin valorificarea principiului acțiunii potrivit uzanțelor cinstite.

Eliminarea unora dintre faptele enumerate în versiunile anterioare ale Legii concurenței neloiale atrage dificultăți în calificarea în continuare ca forme de concurență neloială, chiar dacă, prin aplicarea principiului, continuă să atragă răspunderea civilă, în caz de încălcare a drepturilor ori intereselor legitime ale victimelor.

Cu toate că nu reprezintă un fine de neprimire pentru acțiunea civilă absența calificării administrative a faptei de concurență neloială, alegând între formularea unei plângeri contravenționale și formularea unei acțiuni în despăgubiri, victima nu poate să nu observe riscul ca fapta neconstatată de autoritatea de concurență în cadrul procedurii administrative să aibă șanse diminuate de constatare în acțiunea delictuală.

Acțiunea poate fi promovată în paralel cu procedurile de investigație penală sau administrativă, neavând efect suspensiv un alt mijloc de protecție asupra acesteia, de către orice persoană care a suferit efectiv un prejudiciu de pe urma săvârșirii faptei. Prin urmare, potențialitatea producerii prejudiciului este suficientă în materie contravențională și în privința anumitor fapte penale (după observațiile făcute mai sus), dar nu dă naștere dreptului la acțiune civilă.

În privința acțiunii în concurență neloială se mențin toate observațiile privind condițiile generale, cu precizările rezultând din particularitățile acestui tip de acțiune specială, după cum se analizează în cele ce urmează.

B. Condiții cerute pentru existența răspunderii

La fel ca și în dreptul comun, este necesar să existe o (i) *cauză* (fapta ilicită), un (ii) *efect* (prejudiciul produs victimei), o (iii) *legătură de cauzalitate* (între primele două elemente) și (iv) *atitudinea făptuitorului* (vinovăția).

i. Faptă ilicită

În această materie, constituie faptă ilicită existența unui act sau unui fapt de concurență neloială, indiferent (i) *dacă este prevăzut expres* în Legea nr. 11/1991 sau într-un act normativ care reglementează încălcări ale concurenței loiale prin publicitate etc, sau (ii) *dacă nu este prevăzut expres*, dar poate fi asimilat primei categorii prin aplicarea criteriului uzanțelor comerciale cinstite. Nu are relevanță dacă fapta este prevăzută expres sau nu, Legea nr. 11/1991 permițând asimilarea.

Cu toate acestea, din perspectivă probatorie, este mai dificil de probat o faptă din categoria a doua, deoarece obiectul probei include nu doar demonstrarea existenței actului sau faptului, dar și a ilicității lui (prezumția de ilicitate operând doar pentru actele și faptele expres prevăzute de lege), așa cum reflectă și jurisprudența.

Pe de o parte, comportamentul trebuie să fie simplu de calificat, scop care poate fi obținut în mod eficient în sistemul de calificare automată a reglementării exhaustive, potrivit tipologiei. Cu toate acestea, întrucât formele de realizare a concurenței neloiale sunt foarte numeroase, și este practic imposibil să fie reglementate exhaustiv, această soluție atrage dezavantajul de reducere a șanselor de reușită pe care le au situațiile nereglementate față de cele reglementate.

Pe de altă parte, simpla prevedere a principiului exercitării cu loialitate a concurenței și posibilitatea despăgubirii în caz de încălcare a drepturilor și intereselor legitime ale victimei faptei de concurență neloială atrage probarea faptei în două etape: (i) *proba prealabilă* a faptului că tipul de conduită acuzat se încadrează în categoria faptelor de concurență neloială (însemnând comportamentul încadrabil în principiul prevăzut de lege) și (ii) *proba subsidiară* că fapta se încadrează descrierii stabilite ca neloială.

Acest sistem dual este cronofag și energofag, de cele mai multe nepermițând admiterea pretențiilor. Nu numai că se ivesc provocări serioase pentru reclamant în obținerea probelor pertinente și concludente, dar acesta mai trebuie să dovedească și caracterul ilicit al categoriei în care urmărește să încadreze fapta. Acest sistem este ruinător *ab initio* în caz de implementare, din cauza faptului că, așa cum s-a explicat anterior, în partea introductivă a studiului, rata de admisibilitate a acțiunilor în concurență neloială a fost scăzută chiar și în aplicarea Legii nr. 11/1991 în forma inițială, care prevedea o mai largă descriere de fapte de concurență neloială.

În consecință, sistemul mixt, cu cât este mai bogat în exemplificări, este preferabil altor sisteme de reglementare, chiar punând în balanță avantajele și dezavantajele enumerării unei tipologii de fapte, întrucât elimină din elementele de probat pentru ipotezele de faptă ilicită cele mai comune.

ii. Prejudiciul

Pot solicita dezdăunări de pe urma încălcării persoanele care au suferit un prejudiciu. Ca și în dreptul comun, se acoperă atât pierderea efectiv suferită (*damnum emergens*), cât și beneficiul nerealizat (*lucrum cessans*).

Prejudiciul poate fi deopotrivă material ori moral, dar, în toate cazurile, trebuie să fie cert. Legea nr. 11/1991 a fost primul act normativ în sistemul român de drept care a specificat expres, încă de la prima sa formă, că prejudiciul moral se recuperează. Cu toate că o scurtă perioadă de timp referința la dezdăunarea pentru prejudiciu moral a fost abrogată, chiar și în absența textului legal, se aplicau regulile din dreptul comun care permit acordarea prejudiciului nepatrimonial, în temeiul art. 1391 C. civ. *De lege lata*, este din nou reglementată posibilitatea despăgubirii prejudiciului moral suferit de victimă.

De asemenea, materia acțiunii în concurență neloială ridică adesea și problema reparării prejudiciului constând în pierderea unei șanse care, potrivit art. 1385 alin. (4) C. civ., se apreciază proporțional cu probabilitatea obținerii avantajului, respectiv evitării pagubei, după împrejurări și în funcție de situația efectivă a victimei. Exemple de pierdere a unei șanse constituie pierderea șansei de dezvoltare sau pierderea clientelei.

Evaluarea prejudiciului chiar și material reprezintă o provocare în materia acțiunii în concurență neloială, cursul firesc al afacerilor victimei fiind adesea fluctuant. Uneori însă, determinarea prejudiciului este mai ușor de realizat. Bunăoară, în cazul mărcilor notorii, numele ori denumirea are o valoare economică apreciabilă, care poate face obiect al cesiunii temporare, cu efect exclusiv sau neexclusiv, ori chiar definitiv.

Existența în sine a prejudiciului este condiție mai mult decât suficientă în determinarea răspunderii administrative ori penale, multe dintre fapte fiind de pericol, iar nu de rezultat al prejudiciului. Acțiunea în concurență neloială impune solicitarea unor sume precise, iar cheltuielile judiciare au un efect descu-rajator important pentru reclamant, având în vedere că însăși fapta de concurență neloială poate duce la falimentul acesteia. Prin urmare, prejudiciul trebuie să fie nu doar cert, dar și determinat. Spre exemplu, pierderea imaginii de marcă trebuie să fie efectivă și actuală.

Un stimulent în promovarea acțiunilor în concurență neloială poate proveni din avantajele presupuse de acțiunea colectivă. *Actio popularis* este permisă de dreptul românesc nu doar consumatorilor, potrivit prevederilor Codului de

procedură civilă^[1]. Cu toate acestea, textul legal furnizează doar un principiu general de aplicare, care trebuie să fie completat cu textul legal privind condițiile speciale, încă nereglementate. În practică, acțiunea colectivă în despăgubiri de concurență neonestă este mai degrabă o posibilitate teoretică, iar nu un instrument eficace la îndemâna părții vătămate.

În absența unor criterii legale de evaluare eficientă, daunele pot fi estimate aproximativ^[2]. În absența mecanismelor legale de evaluare, instanțele pot cenzura serios pretențiile reclamantului.

iii. Legătura de cauzalitate

Legătura de cauzalitate necesită o conexiune directă între faptă și prejudiciu. Aici, provocările sunt la fel de importante. Întrucât daunele pot să rezulte și din circumstanțe nelegate de faptă (aceasta fiind o caracteristică a răspunderii delictuale), pârâțul poate (chiar cu succes) să pretindă că pierderea este rezultat al mediului economic nefavorabil, al evoluției pieței, al incompetenței victimei în conducerea afacerii, sau din alte cauze, reclamantului revenindu-i sarcina probei. Elementele circumstanțiale de luat în considerare la determinarea cauzalității pot să dilueze această legătură în mod semnificativ, până chiar la respingerea cererii.

Legătura de cauzalitate dintre faptă și prejudiciu a reprezentat în practica judiciară cel mai dur obstacol de survenit în promovarea cu succes a unei acțiuni în concurență neloială, instanțele apreciind frecvent că această condiție nu a fost întrunită. Circumscrierea afacerii mediului concurențial, fluctuațiile pieței, imposibilitatea izolării cauzei de efecte, circumstanțele și evenimentele care influențează profitabilitatea intră în motivarea respingerii acțiunilor de acest fel.

Spre exemplu, părăsirea locului de muncă de către salariat, cu toată baza de date privind clienții care achiziționau produse de înaltă specializare, și cu particularități de performanță, urmată de scăderea dramatică a cifrei de afaceri a fostului angajator, nu a fost considerată de instanța judecătorească drept un lanț causal suficient pentru a atrage răspunderea angajatului infidel.

Adesea, există un dubiu în privința cauzei reale ce determină scăderea bruscă a clientelei. Pârâțul poate invoca faptul că pot fi incidente în cauză și alte împrejurări de ordin economic, conjuncturi lipsite de conexitate directă cu concurența neonestă.

^[1] Articolul 37 C. proc. civ. prevede principiul posibilității acțiunii colective, în considerarea faptului că nu există un interes direct personal pentru formularea acțiunii, atât la dispoziția persoanelor, cât și a organizațiilor.

^[2] Multiplicatorul de dezdăunări folosit în alte sisteme este pluridirecțional: întâi, este remediu sau compensație, în al doilea rând, are rol sancționator, în al treilea rând, îndepărtează sarcina probei cuantumului prejudiciului efectiv suferit de reclamant și în al patrulea rând, are un efect descurajator și preventiv puternic față de săvârșirea faptelor de concurență neloială.

iv. Vinovăția

Vinovăția se apreciază în privința făptuitorului, prin raportare la regulile dreptului comun, în absența unor norme speciale aplicabile.

Și în această materie, ca și în dreptul comun, este suficientă neglijența sau imprudența comerciantului agresiv, în absența unor reguli derogatorii de la aplicarea regulilor de drept comun. La fel ca și fapta ilicită, vinovăția beneficiază de prezumția instituită prin sancțiunea contravențională ori penală, în cazul în care fapta a fost în prealabil astfel calificată.

C. Hotărârea judecătorească

Hotărârea judecătorească poate dispune luarea de măsuri constând în distrugerea semnelor distinctive imitate ori falsificate, sechestrarea tuturor mărfurilor comercializate în condiții neloiale și a ambalajelor imitative.

Judecătorul poate să oblige pe pârât să-și publice pe propria cheltuială hotărârea condamnatorie (integral sau parțial) și, în toate cazurile, comerciantul vinovat poate fi obligat să înceteze sau să înlăture actul, concluzie care, deși între timp art. 11 din Legea nr. 11/1991 a fost abrogat, împreună cu toate celelalte dispoziții privind acțiunea în concurență neloială, se menține, prin aplicarea dreptului comun care îngăduie măsuri reparatorii foarte variate.

A fost menținută în textul legal doar interzicerea exploatării industriale și/sau comerciale a rezultatelor din valorificarea ilicită a secretului comercial, ori distrugerea acestor rezultate, la cererea deținătorului legitim al secretului comercial.

Nu mai este prevăzută expres cauza de solidaritate între salariat și comerciantul angajator, dar se menține solidaritatea prin aplicarea dispozițiilor din dreptul comun, de vreme ce, dacă este invocată răspunderea angajatului, acesta are și calitatea de prepus pentru care angajatorul este la rândul său ținut. Tot prin aplicarea dreptului comun, în toate cazurile, în măsura în care există unitate de rezoluție delictuală, răspunderea este solidară între autori plurali de fapte ilicite.

D. Dispoziții procedurale

Reglementările Legii nr. 11/1991 se completează cu cele din Codul de procedură civilă, celelalte reguli procedurale fiind preluate din dreptul comun. Competența soluționării cererii revine tribunalului de la locul faptei sau de la sediul ori domiciliul pârâtului. Acțiunea în concurență neloială este soluționată de către instanța competentă, fiind improbabilă sau chiar exclusă posibilitatea soluționării în arbitraj a unei astfel de cereri.

Este posibilă luarea de măsuri pe calea ordonanței președințiale, în cazul în care sunt întrunite condiția prevenirii pagubei iminente, și a constatării, „pipăind fondul”, a existenței unor practici comerciale neloiale, care să ordone încetarea, respectiv interzicerea acestora până la soluționarea cauzei.

În cazul rămânerii definitive a hotărârii judecătorești prin care s-a dispus măsura, autoritatea națională de concurență va asigura publicitatea măsurii dispuse de instanță.

Dreptul la acțiune se prescrie în termen de un an de la data când păgubitul a cunoscut sau trebuia să cunoască dauna și pe cel care a săvârșit-o, dar nu mai târziu de trei ani de la data săvârșirii faptei.

APLICAȚII PRACTICE

DAȚI EXEMPLE DE SITUAȚII ÎN CARE ACȚIUNEA ÎN CONCURENȚĂ NELOIALĂ POATE FI PROMOVIATĂ COLECTIV.

Secțiunea a 6-a. Delimitări

Concurența neloială nu se confundă cu interzicerea concurenței sau cu forme de încălcare din dreptul anti-monopol. De asemenea, concurența neloială poate fi considerată ca sursă subsidiară de protecție a drepturilor de proprietate intelectuală, fără a reprezenta propriu-zis un mijloc specific acestora.

§1. Concurența interzisă și concurența neloială

Protecția împotriva concurenței neloiale intervine doar în condițiile în care concurența este permisă. Dacă fapta intră în domeniul concurenței, se cercetează calitatea activității, altminteri, însuși faptul concurenței este ilicit, indiferent de etiologia interdicției.

A. Concurența interzisă prin lege

Principala deosebire dintre concurența neloială și cea interzisă prin lege rezidă în faptul că, în cel din urmă caz, fapta de concurență se manifestă fără drept.

O altă deosebire rezultă din caracterul expres și limitativ al cauzelor de concurență interzisă prin lege, în timp ce concurența neloială se circumscrie unor grupări de acte sau fapte.

Nu trebuie confundate cazurile de concurență neloială difuză prin fapte de comerț ilicite, precum comercializarea produselor fără autorizație de funcționare, comercializarea produselor expirate sau fără proveniență dovedită, cu cazurile interzise de concurență, cum este cazul interdicțiilor din materia societăților comerciale. În timp ce, în primul caz, este ilicit modul în care se realizează activitatea comercială, aceasta fiind legală în sine, în al doilea caz, nu este permis în mod absolut să se săvârșească fapte de concurență, activitatea concurențială fiind intrinsec ilicită.

B. Concurența interzisă prin convenția părților

Ca și în ipoteza anterioară, interdicția vizează însăși activitatea concurențială, fără a se mai cerceta conduita comerciantului suspectat de practică neloială.

O altă deosebire derivă din faptul că în privința răspunderii de pe urma săvârșirii activității comerciale interzise se aplică regulile răspunderii contractuale, iar nu delictuale, ca în ipoteza răspunderii pentru concurență neloială. Mai mult, nu se poate prestabili, fiind exclusă convenția, în materia răspunderii pentru concurență neloială, conținutul obligației, ca în ipoteza clauzelor de neconcurență.

Există deosebiri și sub aspect probator între cele două, în cazul concurenței astfel interzise trebuind dovedită convenția și actul de concurență, în timp ce proba la concurența neloială este mai dificilă, întrucât trebuie probat că făptuitorul a întrebuițat mijloace contrare uzanțelor cinstite în activitatea comercială. La cele două elemente probatorii necesare pentru interdicția convențională se ridică și problema valabilității convenției, care nu trebuie să contravină regulilor imperative din materia dreptului anti-monopol.

APLICAȚII PRACTICE

ARĂTAȚI RELAȚIA DINTRE CLAUZA DE NECONCURENȚĂ ȘI FAPTELE DE CONCURENȚĂ NELOIALĂ.

§2. Practicile monopoliste și concurența neloială

Activitatea comercială se desfășoară în domeniile deschise concurenței, cel mai adesea, prin mijloace cinstite. Când se angajează modalități neonestе pentru atragerea și captarea clienților în raport cu agenți economici aflați în raport de concurență (care se circumscriu aceleiași piețe relevante) și, în anumite situații, chiar transversal piețelor relevante, se pune problema concursului între cele două tipuri de răspundere.

A. Concursul

Ponderea copleșitoare a faptelor de concurență neloială ce se circumscriu aceleiași piețe relevante face uneori dificilă distincția între acestea și faptele anticoncurențiale de comportament, care se raportează, la rândul lor, la o piață relevantă.

Unele dintre faptele maligne din perspectiva dreptului concurenței au caracter comun. Bunăoară, boicotul poate fi calificat atât ca abuz de poziție dominantă, cât și ca înțelegere monopolistă sau ca faptă de concurență neloială.

Calificarea unei fapte drept faptă de concurență neloială, respectiv monopolistă depinde de magnitudinea sa, în timp ce concurența neloială este îndreptată împotriva unuia sau mai multor concurenți, individual, înțelegerea anticoncu-

rențială și abuzul de poziție dominantă are drept consecință, chiar și la nivel potențial, afectarea pieței relevante.

Diferența de proporție este evidentă, chiar dacă literatura de specialitate a indicat în mod tradițional perturbarea ori dezorganizarea pieței drept o categorie de fapte de concurență neloială care tinde să se confunde cu faptele monopoliste. În realitate, așa cum se arăta în secțiunea dedicată faptelor difuze de concurență neloială, chiar dacă fapta de concurență neonestă vizează concurenți nedeterminați și privește și clienții, ea nu este aptă să afecteze piața nici în integralitatea ei, nici în proporție semnificativă.

Prin urmare, calificarea se face prin referință la criteriul magnitudinii consecințelor produse, fapta ce nu întrunește condițiile din materia dreptului anti-monopol putând fi considerată de concurență neloială.

În vederea delimitării se valorifică trei criterii, și anume criteriul *(i) obiectului materiei*, reglementările anti-monopol asigurând funcționalitatea pieței libere, prin contrast cu concurența neloială, care protejează în mod subsidiar piața în general, *(ii) modalităților consacrate reglementării*, care sunt distincte pentru fiecare dintre cele două categorii de încălcări (Legea concurenței, respectiv Legea concurenței neloiale) și *(iii) efectelor pe care asemenea acțiuni le produc pe piață*, reglementările anti-monopol împiedicând anihilarea concurenței pe piața relevantă prin transformarea piețelor oligopoliste în piețe monopoliste, în timp ce concurența neloială sancționează conduita care lezează interesele unor întreprinderi concurente.

B. Deosebiri

Deși cele două forme de concurență aparțin categoriei concurenței ilicite, deosebirile fac posibilă distincția între ele.

Sub aspectul gradului de pericolozitate, încălcările Legii concurenței sunt mai periculoase decât încălcările Legii concurenței neloiale. Sancționarea monopolismului asigură exercițiul normal al concurenței, iar pragul de pericolozitate este conferit de întinderea efectelor.

Din punctul de vedere al metodelor practicate, monopolismul se realizează în principal prin înțelegeri propriu-zise, prin decizii ale asociațiilor de întreprinderi, prin practici concertate, pe de o parte, și prin abuzul de poziție dominantă, pe de altă parte. Concurența neloială se înfăptuiește prin fapte de denigrare a rivalului sau fapte de confuzie asupra elementelor distinctive sau prin dezorganizarea întreprinderii acesteia.

Spre deosebire de concurența neloială, monopolismul afectează substanțial și extins piața relevantă, fiind îndreptat împotriva tuturor agenților economici din sectorul respectiv, uneori cu consecințe asupra însăși activității economice. Actele sau faptele de concurență neloială se concentrează asupra unui/unor anumiți agenți economici, în principiu.

Autorul concurenței neloiale nu urmărește dobândirea unei poziții de monopol, cum este cazul încălcărilor prevăzute în Legea concurenței, ci doar atragerea clientele întreprinderilor rivale prin mijloace nelicite.

Expresie a diferențelor între cele două forme de concurență, ele sunt reglementate distinct.

C. Asemănări

Există asemănări între cele două forme patologice de concurență.

Asemănările privesc faptul că presupun posibilitatea manifestării concurenței, adică să nu fie interzisă *de plano* concurența. Niciuna dintre ele nu este luată în discuție în privința domeniilor închise concurenței.

Apoi, unele fapte au caracter relativ comun, astfel încât dacă nu ar fi îndeplinite cerințele pentru încadrarea lor ca înțelegere monopolistă sau abuz de poziție dominantă, ar putea fi sancționate ca fapte sau acte de concurență neloială.

Dimpotrivă, în alte cazuri, sunt făcute calificări greșite, cum este cazul abuzului de dependență economică.

APLICAȚII PRACTICE

ANALIZAȚI FAPTELE ANTICONCURENȚIALE CARE POT FI CALIFICATE DREPT FAPTE DE CONCURENȚĂ NELOIALĂ.

§3. Concursul de sancțiuni în materia concurenței neloiale

Între diferitele măsuri ce pot fi aplicate, sancțiunile administrative și penale tind să pedepsească și să prevină aceste practici, fără a furniza un remediu pentru victimă. Acțiunea în concurență neloială are efect disuasiv pentru că permite recuperarea pierderii sau profitului integral, fie că este moral, fie că este pecuniar. Făptuitorul ar trebui să ramburseze sume de bani în compensație către victimă, teoretic, în quantum mai mare decât maximum amenzii posibile. Întrucât, în mod tradițional, concurența neloială a fost considerată a avea un pericol social mai mic decât concurența monopolistă, această diferență s-a reflectat în nivelul amenzilor aplicate.

Cu toate acestea, acțiunea individuală are un grad ridicat de incertitudine în instanță, din cauza sarcinii probei. Același standard al probei aplicabil în materie penală și administrativă este necesar și în materie civilă. Dacă însă cazul este cercetat de o autoritate cu atribuții de investigație, probele pot fi obținute în condiții mai eficiente, în vederea administrării lor în fața instanței.

Reclamantului îi revine obligația de a demonstra în instanță întrunirea condițiilor generale ale răspunderii delictuale, și anume: (i) *fapta ilicită*, (ii) *preju-*

diciul, (iii) legătura de cauzalitate între cele două, și (iv) vinovăția făptuitorului în forma cel puțin a neglijenței.

În timp ce vinovăția nu ridică probleme privitoare la probă, întrucât de cele mai multe ori este probată fără dificultate, celelalte trei elemente apar mai problematice chiar și în cele mai simple cauze. Avantajul pentru victimă de a folosi, întâi, mecanismele de drept administrativ și penal, apoi, să obțină remediu în instanță vine nu doar din dubla sancțiune, pe tărâmurile diferite, dar și din ușurința probatorie, de pe urma investigației, care permite stabilirea faptei, vinovăției și cauzalității, ceea ce permite creșterea șanselor în instanță.

APLICAȚII PRACTICE

ARĂTAȚI OPȚIUNILE PROCEDURALE PE CARE LE ARE VICTIMA INFRAȚIUNII DE CONCURENȚĂ NELOIALĂ.

§4. Alte distincții

Există puternice interferențe ale protecției concurenței loiale cu reglementările administrative privind comercializarea produselor, regulile de protecție a consumatorului și protecția proprietății intelectuale, întrucât prin acestea se protejează indirect și concurența loială. Dintre toate acestea, interesează în mod special mijloacele de protecție a proprietății intelectuale, întrucât celelalte nu sunt la îndemâna comerciantului lezat, ci la îndemâna autorităților administrative, după caz, a consumatorului.

Încălcările aduse monopolului de exploatare rezultat din brevetul de invenții, desenul, modelul industrial, marca depusă, topografia circuitelor integrate se protejează prin acțiunea în contrafacere.

Contrafacerea constă în realizarea sau utilizarea unui semn protejat de către terți, fără acordul titularului. Se consideră contrafăcut fie semnul identic, fie cel asemănător, indiferent dacă se produce confuzie sau nu. Protecția proprietății intelectuale interzice și activitatea comercială în legătură cu semnele contrafăcute, precum deținerea (inclusiv tranzitul produselor), vânzarea, inclusiv urmare importului sau exportului, oferirea produselor sau comercializarea, precum și oferirea sau prestarea serviciilor sub respectivul semn, precum și importul, exportul său sub acest semn.

Răspunderea antrenată este nu doar penală, ci și delictuală. Acțiunea în contrafacere are caracter special prin raportare la dreptul proprietar invocat, are un regim de sine stătător și nu se confundă cu acțiunea în concurență ne-loială, deși ambele tind să ocrotească același tip de interes, chiar dacă dreptul proprietar ocrotit de cea dintâi nu se confundă cu dreptul la liberă concurență, încălcat prin abuz, protejat de cea de-a doua.

Prin condițiile mai puțin riguroase aplicabile acțiunii în concurență neloială, aceasta este privită drept acțiune complementară, și este adesea preferată de victimă. Formularea uneia nu reprezintă fine de neprimire pentru introducerea celeilalte acțiuni în justiție.

Anumite drepturi de proprietate intelectuală, cum sunt cele care privesc programe electronice (software), nu primesc însă protecție adecvată nici prin mecanismele aparținând drepturilor de proprietate intelectuală, nici prin mecanisme de dreptul concurenței, tot mai multe companii care activează în mediul electronic preferând să dezvolte sau să achiziționeze sisteme de protecție tehnică sofisticată, remediilor juridice.

În fine, atât potrivit protecției concurenței neloiale, cât și a drepturilor proprietare este interzisă punerea în circulație a produselor contrafăcute ori pirat, deoarece acestea lezează atât concurentul victimă, cât și consumatorul.

APLICAȚII PRACTICE

1. ARĂTAȚI CUM SE POATE PROTEJA ÎNTREPRINDEREA PRODUCĂTOARE A UNUI CEAS CONTRAFĂCUT DE UN CONCURENT.
2. EXPLICAȚI CUM POATE FI PROTEJATĂ MARCA „LEGO” DE COMERCIALIZAREA PE PIAȚĂ A UNOR JOCURI IDENTICE, COMERCIALIZATE SUB MARCA „COMPATIBLE”.

DE REȚINUT

- ✓ Protecția contra concurenței neoneste este o materie de sine stătătoare a dreptului concurenței, se realizează prin interzicerea acelor fapte îndreptate împotriva concurenților direcți, în exercițiul activităților economice.
- ✓ Definirea concurenței neoneste se face prin raportare la conduită contrară uzanțelor comerciale cinstite, ca principiu de desfășurare a activității economice, precum și prin individualizarea pe cale normativă a anumitor fapte mai des întâlnite în practică, calificate drept contravenții, sau mai grave, calificate ca infracțiuni. Contravențiile de concurență includ pe lângă faptele prevăzute expres și alte fapte care pot fi asimilate acestora.
- ✓ Concurența neloială este direcționată contra uneia sau mai multor întreprinderi, sau difuză, fără ca faptele să fie îndreptate împotriva unei întreprinderi anume. Cea din urmă categorie este adesea numită în literatură concurență neloială prin fapte împotriva pieței.
- ✓ Cele mai frecvent întâlnite fapte de concurență neonestă direcționată sunt confuzia, denigrarea și dezorganizarea întreprinderii rivale, cele din urmă reprezentând infracțiuni.
- ✓ Concurența neonestă difuză include faptele de comerț ilicite și cele de acaparare agresivă a concurenței.
- ✓ Multe dintre faptele de concurență neonestă difuză, precum și denigrarea se săvârșesc prin intermediul publicității, legislația publicității reglementând publicitatea înșelătoare și cea comparativă, două tehnici publicitare astfel folosite.
- ✓ Acțiunea în concurență neloială este instrumentul procesual prin care se atrage răspunderea civilă delictuală, care în această materie se adaugă fie răspunderii contravenționale, fie celei penale, după caz. Răspunderea civilă trebuie să întrunească condițiile generale din materie delictuală, privind fapta ilicită, prejudiciul, legătura de causalitate și vinovăția.
- ✓ Pentru a se aprecia caracterul onest al actului de concurență trebuie să fie posibilă concurența, făcându-se distincție între concurența ilicită, săvârșită prin exercitarea unei activități economice interzise, și concurența neloială, săvârșită prin exercitarea unei activități economice în mod contrar uzanțelor cinstite. Unele fapte de concurență pot să fie analizate deopotrivă din perspectiva concurenței neloiale și a dreptului anti-monopol, prin raportare la impactul lor, dacă tind să afecteze însăși piața prin amploarea lor, fiind calificabile în cea din urmă categorie.