



**UNIVERSITATEA ECOLOGICĂ DIN BUCUREȘTI
FACULTATEA DE DREPT**

Program de studii universitare de master: Drept

**Suport de curs pentru disciplina:
DREPTUL EUROPEAN AL CONCURENȚEI**

**Titular de disciplină:
Lector univ. dr. Georgiu COMAN**

București

CUPRINS

Capitolul 1. Originile și procesul constituirii ramurii dreptului concurenței	10
1.1. Introducere.....	10
1.2. Conținut	10
Secțiunea 1. Originile dreptului concurenței	10
Secțiunea a 2-a. Principiul libertății de exercitare a activității comerciale și principiul liberei concurențe.....	26
Secțiunea a 3-a. Procesul constituirii dreptului concurenței.....	32
1.4. Test de autoevaluare a cunoștințelor.....	38
1.5. Bibliografie recomandată.....	38
Capitolul 2. Dreptul concurenței – ramură a dreptului comercial	40
2.1. Introducere.....	40
2.2. Conținut	40
Secțiunea 1. Evoluția dreptului comercial și a componentei dreptului concurenței	40
Secțiunea a 2-a. Dezbaterile pe tema stării actuale a dreptului comercial, cu raportare specială la relațiile sale cu dreptul concurenței	48
2.4. Test de autoevaluare a cunoștințelor.....	60
2.5. Bibliografie recomandată.....	61
Capitolul 3. Reforma realizată în cadrul dreptului comunitar al concurenței și reglementări prin care s-au transpus în legislația română noile orientări în acest domeniu	62
3.1. Introducere.....	62
3.2. Conținut	62
3.4. Test de autoevaluare a cunoștințelor.....	120
3.4. Bibliografie recomandată.....	120
Capitolul 4. Reglementările referitoare la concentrările economice	121
4.1. Introducere.....	122
4.2. Conținut	122
4.3. Test de autoevaluare a cunoștințelor.....	142
4.4. Bibliografie recomandată.....	142
Capitolul 5. Succesiunea reglementărilor române în domeniul concurenței.....	143
5.1. Introducere.....	143
5.2. Conținut	143
5.3. Test de autoevaluare a cunoștințelor.....	205
5.4. Bibliografie recomandată.....	205
Capitolul 6. Măsuri luate pe plan preventiv pentru contracararea actelor anticoncurențiale	

.....	206
6.1. Introducere.....	206
6.2. Conținut	206
6.3. Test de autoevaluare a cunoștințelor.....	228
6.4. Bibliografie recomandată.....	228
Capitolul 7. Aspecte de drept comparat	229
7.1. Introducere.....	229
7.2. Conținut	229
7.3. Test de autoevaluare a cunoștințelor.....	246
7.5. Bibliografie recomandată.....	247
Capitolul 8. Protecția străinilor împotriva concurenței neloiale în România și a societăților și întreprinderilor românești în străinătate	247
8.1. Introducere.....	248
8.2. Conținut	248
8.3. Test de autoevaluare a cunoștințelor.....	263
8.4. Bibliografie recomandată.....	264
Capitolul 9. Obiectul dreptului concurenței și noțiuni fundamentale.....	265
9.1. Introducere.....	265
9.2. Conținut	265
9.3. Test de autoevaluare a cunoștințelor.....	275
9.4. Bibliografie recomandată.....	275
Capitolul 10. Dreptul concurenței neloiale.....	276
10.1. Introducere.....	277
10.2. Conținut	277
10.3. Test de autoevaluare a cunoștințelor.....	297
10.4. Bibliografie recomandată.....	297
Capitolul 11. Concurența neloială pe piața internațională	299
11.1. Introducere.....	299
11.2. Conținut	299
11.3. Test de autoevaluare a cunoștințelor.....	302
11.4. Bibliografie recomandată.....	302
Capitolul 12. Răspunderea pentru actele de concurență neloială. Răspunderea civilă	303
12.1. Introducere.....	303
12.2. Conținut	303
12.3. Test de autoevaluare a cunoștințelor.....	312
12.4. Bibliografie recomandată.....	312

Capitolul 13. Răspunderea pentru actele de concurență neloială. Răspunderea penală	313
13.1. Introducere.....	313
13.2. Conținut	314
13.3. Test de autoevaluare a cunoștințelor.....	317
13.4. Bibliografie recomandată.....	317
Capitolul 14. Răspunderea pentru actele de concurență neloială. Răspunderea administrativă	318
14.1. Introducere.....	318
14.2. Conținut	318
14.3. Test de autoevaluare a cunoștințelor.....	325
14.4. Bibliografie recomandată.....	326
Răspunsuri la testele de autoevaluare a cunoștințelor	327

Capitolul 1.

Originile și procesul constituirii ramurii dreptului concurenței

Secțiunea 1. Originile dreptului concurenței

Originile dreptului concurenței sunt înscrise virtual în principiul libertății comerțului și industriei, care este un principiu general ale cărui consecințe tehnice se dedublează în alte două principii: „libertatea de a întreprinde” și „libertatea de exploatare”.

Libertatea de a întreprinde îl autorizează pe comerciant, la fel ca pe orice alt profesionist, să desfășoare, în principiu, orice activitate pe care o dorește.

Libertatea de exploatare îi permite comerciantului (sau oricărui profesionist) să-și aleagă, fără nicio piedică, mijloacele pe care le consideră că-i vor asigura succesul întreprinderii sale, atât în ceea ce privește organizarea internă a acesteia, cât și în raporturile externe cu concurenții și clientela sa. Aceste două libertăți sunt purtătoare a unei a treia libertăți, și anume „libertatea concurenței”.

Libertatea comerțului și industriei, potrivit căruia orice persoană este liberă să practice orice negoț sau să exercite indiferent ce profesie, artă sau meserie pe care o consideră de cuviință, nu putea, fără a se ajunge la anarhie, să aibă un caracter absolut. De altfel, niciun moment nu s-a ignorat necesitatea unei reglementări a comerțului, statuând că cei interesați să desfășoare în mod liber atare activități trebuie totuși să se supună regulamentelor care vor fi emise de autoritățile competente.

Desigur că în timp lucrurile au evoluat, și încă foarte mult, în prezent principiul libertății comerțului și industriei primind excepții notabile, unele justificate de imperativele dreptului concurenței, iar altele de necesitățile protecției consumatorilor.

Principiul libertății comerțului și industriei și principiul liberei concurențe rămân, desigur, fundamentele sistemelor economice moderne, fiind valabile și în zilele noastre. Dar ele nu mai sunt considerate ca fiind intangibile, întrucât diferiți factori au contribuit la alterarea lor.

Mai întâi au existat unii factori circumstanțiali, cum au fost: războaiele din 1914-1918 și 1939-1945, care au obligat statele să intervină în economie pentru imperative decurgând din apărarea națională, dar și din necesități stringente ale vieții sociale (repartizarea materiilor prime, raționalizarea produselor alimentare, controlul prețurilor...); criza economică din 1929, care a determinat adoptarea unor noi politici dirigiste, în special în domeniul comerțului internațional (regimul contingentărilor și licențelor de import...); șocurile petroliere din 1973 și 1979, care au obligat puterile publice să ia măsuri imediate în vederea impunerii unor economii de energie și instituirii unui dispozitiv de control și repartizare a resurselor energetice în caz de penurie sau amenințări cu privire la schimburile exterioare. O situație similară există și în prezent.

Alți factori, durabili de data aceasta, derivă din alte cauze diverse: mișcarea generală a ideilor; aspirațiile spre bunăstare; puternicele presiuni exercitate de opinia publică pentru ca Statul să asigure dezvoltarea la maximum a economiei; interpenetrarea în măsură tot mai mare a sectorului public în sectorul privat, ceea ce duce la atenuarea diferențierilor dintre aceste sectoare, fenomen major al societății contemporane.

Acești diferiți factori sunt fie exteriori structurii și pieței întreprinderilor, fie, dimpotrivă, participă la viața acestora, fiind vorba, în special, de fenomenul concentrării capitalului, în care unii autori au văzut, odinioară, sursa principală a intervențiilor Statului.

Acest fenomen care, într-adevăr, a căpătat o mare amploare nu încetează să crească, antrenează constituirea de mari unități de producție și distribuție care dispun de o putere de decizie considerabilă și se ajunge, în mod frecvent, la situații de organizare a pieței chiar de către aceste întreprinderi și, bineînțeles, în interesul lor, cu toate riscurile care decurg de aici pentru economie, în general, și pentru partenerii lor, în special.

Toți acești factori, dar și alții, explică de ce puterile publice se preocupă și se străduiesc de multă

vreme să orienteze și să stimuleze inițiativele individuale și libertățile economice, dar și să sancționeze abaterile de la regulile de bună funcționare a piețelor.

În prezent, Statul se manifestă, cu intensități variabile, în cea mai mare parte a sectoarelor economiei, iar în aceste condiții este evident că și cadrele juridice în care se desfășoară activitățile comerciale au suferit o profundă mutație.

Într-adevăr, libertatea comerțului și industriei n-ar putea, fără riscul anarhiei, să aibă un caracter absolut, așa încât în afara unor restricții necesare aduse libertății de a întreprinde (ele fiind supuse unei autorizații speciale, în diferite domenii), anumite reguli trebuie să încadreze, de asemenea, exercitarea chiar a activității comerciale și industriale.

Problemele economice, industriale, comerciale și de servicii s-au amplificat în timp. Complexitatea economiei mondiale, gradul înalt de diversificare a proceselor economice sub incidența progresului tehnico-științific, interdependențele economice internaționale aflate în curs de accentuare și diversificare au făcut ca nicio țară din lume, mare sau mică, dezvoltată sau în curs de dezvoltare, bogată sau săracă în factori de producție, să nu-și poată asigura propria dezvoltare fără o profundă angrenare în circuitul economic mondial (fenomenul globalizării sau mondializării).

Pentru cvasitotalitatea statelor lumii, principala formă a schimburilor internaționale de activități o constituie comerțul internațional.

Analiza evoluției comerțului internațional în perioada ce a urmat celui de al doilea război mondial pune în evidență cu pregnanță un ansamblu de factori care au avut un impact complex și contradictoriu asupra schimburilor comerciale (și acțiunilor mai vaste de cooperare economică care includ și schimburile comerciale), printre aceștia putând fi menționați: urmările economice și politice ale războiului; evoluția economiei mondiale, confruntată cu mutații profunde în diviziunea internațională a muncii; revoluția științifico-tehnică și implicațiile acesteia asupra circuitului economic mondial; apariția și dezvoltarea fenomenelor și progreselor de integrare economică în diverse regiuni ale lumii; gama tot mai variată de măsuri de politică comercială, protecționiste și promoționale, promovate de diverse state și grupări de state; rezultatele încercărilor de adoptare a unor comportamente uniforme (echilibrate) la nivel internațional în diverse segmente ale circuitului economic mondial; fenomenele economice negative care au marcat relațiile economice internaționale (în special șocurile petroliere, șocul dobânzilor, evoluția contradictorie a cursurilor valutare pe fondul flotării generalizate ale acestora).

Relațiile economice internaționale în ansamblul lor, inclusiv schimburile comerciale internaționale, au început să se caracterizeze tot mai mult printr-un grad ridicat de instituționalizare, reflectat în intervenționalismul statal, pe de o parte, dar și în rolul crescând al organizațiilor internaționale cu vocație regională sau mondială.

Intervenția statelor în desfășurarea comerțului internațional se realizează prin politici comerciale care pot fi clasificate după mai multe criterii: după domeniul de aplicare, ele se pot manifesta în domeniul importului, urmărindu-se aprovizionarea economiei naționale cu bunuri și servicii de care aceasta are nevoie, cât și în domeniul exportului, urmărindu-se valorificarea cât mai avantajoasă a mărfurilor naționale pe piața mondială; după numărul statelor participante, există înțelegeri bilaterale sau multilaterale în stabilirea diverselor măsuri de politică economică; în funcție de structurile economiilor naționale și de gradul de dependență al acestora față de piața externă, acestea pot fi grupate în: politici protecționiste, urmărindu-se apărarea producătorilor interni de concurența externă, și liberul schimb de mărfuri, fără discriminări ale importurilor în favoarea produselor naționale, având drept consecință stimularea comerțului internațional.

Sub impactul cumulat al acestor factori s-au conturat, treptat, următoarele trăsături ale dinamicii și volumului comerțului internațional:

a) În perioada postbelică, comparativ cu perioadele anterioare, comerțul internațional a înregistrat un ritm înalt de creștere, datorat în special volumului fizic al exporturilor, cât și creșterii prețurilor pe piața internațională. În conturarea acestei trăsături, alături de factorii menționați mai sus, au contribuit și perfecționările înregistrate în domeniile transporturilor și comunicațiilor, procesele de

modernizare și restructurare din economiile diferitelor state, tendința de liberalizare a comerțului internațional (estompată totuși, periodic, de recrudescența protecționismului), instituționalizarea schimburilor comerciale internaționale, extinderea cooperării economice internaționale, diversificarea tehnicilor de comercializare etc.;

b) Ritmul de creștere al comerțului mondial a devansat ritmurile de creștere ale produsului național brut (P.N.B.), ale producției industriale și ale altor indicatori ai creșterii economice la scară internațională, ceea ce a însemnat o mărire a capacității de absorbție a pieței mondiale, o accentuare a interdependențelor economice și deci o participare sporită la circuitul economic mondial a tuturor țărilor lumii. Totodată, adâncindu-se și procesele de specializare internațională, a crescut și contribuția comerțului exterior la procesele naționale de reproducere.

Dar structura diferită a economiilor statelor participante la comerțul internațional, ca și structura schimburilor lor externe, evoluția deosebită a prețurilor la produse de bază și produse manufacturate, eficiența măsurilor de politică comercială promovate au constituit tot atâtea cauze care au determinat ritmuri diferențiate de creștere pe țări, regiuni și grupuri de țări, astfel că tendința pe termen lung a evidențiat faptul că, în timp ce în cazul țărilor industrializate, indicele de dezvoltare și de devansare a producției industriale, de comerț exterior, înregistra creșteri, în grupul țărilor în curs de dezvoltare indicele a înregistrat valori negative (o scădere);

c) Comerțul internațional (măsurat prin volumul importurilor) a devansat, atât ca ritm, cât și ca volum valoric absolut, rezervele valutare oficiale. Drept urmare, a apărut fenomenul lipsei de lichiditate internațională, cu efecte de frânare în calea dezvoltării comerțului internațional.

În ceea ce privește incidența politicilor comerciale internaționale asupra comerțului internațional, ne vom referi, în mod special, la două asemenea politici: a) politicile tarifare și netarifare și b) politica comercială promoțională, pentru că în legătură cu acestea s-au înregistrat cele mai profunde modificări legate de dreptul concurenței.

a) Politicile tarifare și netarifare includ două categorii de instrumente fiscale bine conturate: politica vamală și politicile netarifare (protecționismul netarifar).

Politica vamală este o componentă a politicii comerciale a unui stat, cuprinzând totalitatea dispozițiilor legale cu privire la intrarea și ieșirea în/din țară a mărfurilor, instrumentul principal de realizare a politicii vamale fiind „tariful vamal” (care cuprinde taxele vamale).

Taxele vamale sunt impozite indirecte percepute de către stat asupra mărfurilor care trec granițele vamale ale țării respective.

Avându-se în vedere scopul impunerii vamale se disting: „taxele vamale protecționiste”, care urmăresc îmbunătățirea balanței comerciale externe, și „taxele vamale cu caracter fiscal”, care au drept obiect obținerea de venituri la bugetul statului (cele cu nivel ridicat fiind și protecționiste).

O subliniere specială trebuie făcută în legătură cu „taxele vamale de retorsiune” (de răspuns) care, de regulă, sunt instituite ca răspuns la o politică comercială neloială a unui stat, aceste taxe putând îmbrăca două forme: „taxele vamale antidumping”, percepute de stat peste taxele vamale obișnuite, pentru a fi anihilate efectele dumpingului, și „taxele vamale compensatorii”, pentru a se înlătura efectele subvenționării exporturilor sau a primelor de export.

Tariful vamal este un catalog care cuprinde nomenclatorul produselor supuse impunerii vamale și taxele vamale percepute asupra fiecărui produs sau grupă de produse.

Pe baze tarifelor vamale producția internă poate fi protejată împotriva concurenței străine și se pot negocia concesiile în domeniul politicii vamale ori se pot institui discriminări în relațiile cu alte state.

Concesiile vamale pot îmbrăca fie forma reducerilor directe de taxe vamale, mergându-se până la eliminarea lor completă, fie forma consolidării acestora (adică menținerea lor la nivelul existent pe o perioadă de timp determinată).

Teritoriul vamal este acel teritoriu pe care se aplică sau este în vigoare un anumit regim vamal (adică totalitatea dispozițiilor legale privind controlul vamal, taxele vamale și formalitățile de aplicare a acestora).

Teritoriul vamal poate fi egal, mai mare sau mai mic decât teritoriul național al statului respectiv, extinderea teritoriului vamal îmbrăcând forma „uniunilor vamale”, care presupun liberalizarea comerțului între țările membre și instituirea unei politici comerciale comune, teritoriul vamal însumând teritoriul tuturor statelor membre (a se vedea în acest sens Uniunea Europeană, care constituie o „uniune vamală”).

Politicile netarifare (protecționismul netarifar) reprezintă un complex de măsuri și reglementări publice sau private, altele decât cele tarifare, menite să împiedice, să limiteze sau să deformeze fluxul internațional de bunuri și servicii în vederea apărării pieței interne de concurența străină și/sau pentru echilibrarea balanței de plăți externe.

Această categorie de instrumente influențează în mod evident fluiditatea schimburilor comerciale internaționale, obstaculând concurența, așa încât prezintă un deosebit interes și pentru dreptul concurenței.

Acestea acționează eșalonat (insidios), încă din momentul realizării unui produs și până în momentul consumului final al acestuia, sunt greu de identificat și de negociat, creează o mare incertitudine în rândul exportatorilor și se prezintă sub o mare diversitate de forme, de la o țară la alta. Totuși, ele pot fi clasificate în câteva mari grupe, și anume: barierele netarifare care implică o limitare cantitativă directă a importurilor; barierele netarifare care implică indirect limitarea importurilor prin mecanismul prețurilor; barierele netarifare care decurg din formalitățile vamale și administrative privind importurile; barierele netarifare care decurg din participarea statului la activitățile comerciale, barierele netarifare care decurg din standardele aplicate produselor importate și celor indigene (obstacole tehnice).

Barierele netarifare care implică o limitare cantitativă directă a importurilor reprezintă o grupă de instrumente care cuprinde: interdicțiile sau prohibirile la import, contingentele la import, licențele de import, limitările voluntare la export și acordurile privind comercializarea ordonată (concertată) a produselor.

Interdicțiile (prohibirile) la import sunt acte care interzic, total sau parțial, pe o perioadă dată sau în mod nedefinit, importul anumitor produse, dându-se astfel posibilitatea producătorilor să-și vândă mărfurile pe piața internă la prețuri ridicate.

Contingentele la import constituie plafoane cantitative sau valorice, admise la importul unor produse sau grupe de produse pe o perioadă determinată de timp (de regulă un an), contingentările putând fi globale (fără specificarea țării de proveniență) sau bilaterale (când se menționează țara de proveniență).

Licențele de import sunt autorizații acordate de stat firmelor importatoare pentru un anumit produs sau grupe de produse, valabile pe o anumită perioadă de timp și care pot fi „automate” (când cererea de import este acceptată automat, într-un termen prestabilit și care vizează produsele liberalizate la import) sau de „administrare a restricțiilor cantitative” (neautomate, când se acordă selectiv, în funcție de produs, de țara de origine etc., vizând produse neliberalizate la import) și care, în funcție de contingentul pe care-l gestionează (administrează), pot fi globale sau bilaterale. Aceste din urmă licențe permit aplicarea de restricții diferențiate față de importurile din anumite țări (procedeu discriminatoriu).

Limitările voluntare la export (autolimitările la export) reprezintă limitări acceptate de înseși țările exportatoare (dar, atenție, sub amenințare că, în caz contrar, țările importatoare vor aplica ele însele contingentele la import, mai restrictive și pe o perioadă mai îndelungată de timp). Restricțiile de acest tip conduc la o reorientare a fluxurilor comerciale întrucât au drept consecință sporirea importurilor din sursele la care nu se aplică autolimitarea. De asemenea, ele încurajează și, eventual, implică cartelizarea industriilor de export, crearea de carteluri între țările exportatoare cu economie de piață, în vederea repartizării cotelor de producție și export între producători și exportatori.

Acordurile privind comercializarea ordonată (concertată) a produselor sunt de fapt restricții cantitative convenite pe bază de negocieri bilaterale sau multilaterale care implică, pe lângă restricțiile voluntare la export, prevederi privind prețurile, clauzele de salvagardare etc.

Barierile netarifare care implică indirect limitarea importurilor prin mecanismul prețurilor reprezintă o grupă de instrumente care include: prelevările variabile la import, prețurile minime și maxime la import, ajustările fiscale la frontieră, taxele de retorsiune și depunerile (depozitele) prelabile în valută la import.

Prelevările variabile la import sunt practicate în cadrul politicii agricole comunitare (a Uniunii Europene) și se stabilesc ca diferență între prețul mondial la produsele agricole importate din afara comunității Uniunii și prețul-prag de import, variind în funcție de nivelul celor două prețuri și asigurând o izolare totală a prețului comunitar de evoluția prețului internațional.

Prețurile minime de import sunt prețuri stabilite la niveluri foarte apropiate de nivelul prețurilor interne cu ridicata, majorându-se în felul acesta prețurile de import.

Prețurile maxime de import sunt fixate la un nivel care să nu depășească prețul produselor similare de pe piața internă, atunci când unele țări încearcă o ridicare artificială a prețurilor la anumite produse de export.

Ajustările fiscale la frontieră (denumite și impozite indirecte și alte taxe cu caracter fiscal) pot îmbrăca o varietate de forme: taxa asupra valorii adăugate, taxa în cascadă, taxa de acciză, taxe portuare, sanitare, consulare etc.

Ajustările fiscale la frontieră – ce presupun și scutirea pentru produsele de export de impozitele indirecte și aplicarea aceluiași impozit la produsele de import și celor indigene – pot discrimina mărfurile importate fie prin evaluarea diferențiată a bazei de impunere (luându-se, de exemplu, ca bază de impunere, prețul CIF majorat cu taxa vamală, și nu prețurile cu ridicata), fie prin structura impunerii sau prin ordinea de percepere a taxelor.

Taxele antidumping și compensatorii pot fi considerate, și ele, ca bariere netarifare atunci când sunt folosite în mod abuziv, în scopuri protecționiste (de exemplu, în cazul acordurilor privind comercializarea ordonată a produselor, a prețurilor minime de import).

Depunerile (depozitele) prelabile în valută pentru import reprezintă obligația importatorilor să depună în contul organelor vamale o anumită cotă în valută din contravaloarea viitorului import, cu cel puțin 6 luni înaintea efectuării importului, suma respectivă nefiind purtătoare de dobânzi. Drept urmare, importatorul va căuta, în mod firesc, să recupereze această pierdere a dobânzii prin vânzarea produselor importate la un preț care să includă și această dobândă aferentă perioadei depozitului ori prin solicitarea unei reduceri corespunzătoare de preț din partea exportatorului.

Barierile netarifare care decurg din formalitățile vamale și administrative privind importurile. În acest grup de instrumente sunt cuprinse mai multe acte, dintre care: evaluarea mărfurilor în vamă (în cazurile în care organele vamale utilizează drept bază de impunere cel mai ridicat preț dintre prețurile practicate pentru produsul importat); documentele numeroase și complicate și formalitățile greoaie la import care împiedică desfășurarea normală a schimburilor comerciale internaționale.

Barierile netarifare care decurg din participarea statului la activitățile comerciale. În acest grup se disting: achizițiile guvernamentale; comerțul de stat; monopolul statului asupra importului unor produse de primă importanță economică.

Achizițiile guvernamentale reprezintă cumpărări de bunuri și servicii, atunci când acestea sunt realizate de stat, care pot deveni bariere netarifare atunci când se dă prioritate deplină firmelor naționale față de cele străine.

Comerțul de stat este realizat prin unități economice de stat specializate, care pot beneficia, în această calitate, de avantaje privind impunerea fiscală sau de avantaje de altă natură în raport cu întreprinderile particulare.

Monopolul statului asupra importului unor produse de primă importanță economică privește, de obicei, cerealele, țițeiul, medicamentele, metalele etc., ceea ce poate permite limitarea importului produselor respective.

Barierile netarifare care decurg din standardele aplicate produselor importate și celor indigene (obstacole tehnice). Din această grupă fac parte, în principal: normele sanitar-veterinare și fitosanitare; normele de securitate; normele de ambalare, marcare, etichetare.

Normele sanitar-veterinare prevăd adesea condiții atât de severe pentru mărfurile importate (produse destinate consumului uman și pentru animale) încât, practic, în această situație, ele nu pot fi îndeplinite și atunci se transformă în bariere netarifare.

Normele de securitate care cuprind condițiile de calitate, prescripțiile tehnice, de igienă și securitate a muncii care se impun pentru mașini, utilaje, mijloace de transport, dar care, datorită lipsei de uniformitate a standardelor pe plan internațional, îngreunează desfășurarea schimburilor, pot constitui, și ele, bariere netarifare în ceea ce privește importurile.

Normele de ambalare, marcare, etichetare pot ocaziona cheltuieli suplimentare și adesea și întârzieri în derularea contractelor constituind, în acest fel, o barieră netarifară, în anumite condiții.

Politicile comerciale promoționale și de stimulare a exporturilor reprezintă un capitol foarte important care are strânse legături cu dreptul concurenței.

Ele constau din totalitatea instrumentelor și a măsurilor luate atât de state, cât și de firmele producătoare ori exportatoare, menite să impulsioneze exporturile țărilor. Politica promoțională are menirea, pe de o parte, să influențeze favorabil importatorii potențiali, prin măsuri de promovare la nivel macroeconomic, iar, pe de altă parte, să ridice competitivitatea mărfurilor exportate și să-i cointereneze pe exportatori, prin măsuri de stimulare a exporturilor la nivel micro și macroeconomic⁷.

Măsurile promoționale îmbracă multiple forme concrete, cum sunt: negocierea și încheierea de acorduri comerciale și de plăți, acorduri de cooperare internațională; participarea la târguri și expoziții internaționale și organizarea de astfel de manifestări pe teritoriul propriu cu participare internațională; reprezentarea comercială în țările importatoare (organizarea de agenții și reprezentanțe comerciale în străinătate); prestarea de servicii de informare și orientare a clienților externi, consultanța și asistența de specialitate acordată acestora; diverse modalități de publicitate externă etc.

Măsurile de stimulare a exporturilor la nivel macroeconomic pot fi de natură bugetară, fiscală, financiar-bancară și valutară.

Din grupa măsurilor bugetare de stimulare a exporturilor fac parte: subvențiile la export (adică sumele acordate de stat unităților economice, direct sau indirect, pentru a le face rentabilă activitatea de export); primele de export (acordate de stat exportatorilor care realizează volume ridicate de desfaceri pe piața externă sau export de produse de mare importanță pentru economia națională); alte instrumente bugetare (prin care se oferă întreprinderilor exportatoare posibilitatea realizării unor economii la cheltuielile impuse de informare, cercetarea pieței externe, transport, publicitate etc.).

Măsurile fiscale de stimulare a exporturilor cuprind: facilitățile fiscale pentru mărfurile exportate (care îmbracă, în general, forma scutirii, reducerii sau restituirii impozitului pe circulație; facilitățile fiscale acordate exportatorilor sub forma scutirii sau reducerii impozitului pe venitul provenit de pe urma exportului; facilitățile vamale la mărfurile importate pentru a fi prelucrate în vederea exportului (care constă din reduceri, scutiri sau restituiri de taxe vamale la import, acordate pentru acele produse importate care intră direct în producerea mărfurilor destinate pieței externe).

Din grupa măsurilor financiar-bancare de stimulare a exporturilor, principalele pârghii utilizate sunt: creditul de export (acordat importatorului fie de către instituția de credit specializată – creditul cumpărător, fie direct de către exportator – creditul furnizor); asigurarea creditelor de export (care urmăresc acoperirea riscului exportatorului de a nu încasa contravaloarea mărfii exportate pe credit); garantarea rambursării creditelor de export (obligația asumată de către o instituție specializată de a prelua sarcina achitării contravalorii mărfii în proporție ridicată, în caz că debitorul va deveni insolubil).

Așadar, se asigură „creditul furnizor” și se garantează „creditul importator”.

Din grupa măsurilor valutare de stimulare a exporturilor fac parte: primele valutare (care se acordă la convertirea valutei obținute de exportatori în moneda națională, la cursuri mai avantajoase decât cursul oficial); deprecierea monedei naționale (care se practică atunci când scăderea cursului monedei naționale se produce într-un ritm mai ridicat decât scăderea puterii interne de cumpărare,

iar cererea externă pentru mărfurile de export este elastică față de preț).

Organizația Națiunilor Unite a inițiat, încă din primii săi ani de activitate, o amplă acțiune menită să ducă, în final, la crearea unei organizații mondiale a comerțului care să contribuie la eliminarea treptată a tuturor barierelor și restricțiilor din calea comerțului internațional și la statornicirea unor reguli generale care să stea la baza desfășurării acestuia. În octombrie 1947 au fost inițiate primele negocieri cu privire la reducerea taxelor vamale și a altor restricții din calea comerțului internațional, iar rezultatele acestor negocieri au fost încorporate într-un tratat multilateral denumit Acordul General pentru Tarife și Comerț (G.A.T.T.), intrat în vigoare la 1 ianuarie 1948, care a constituit baza juridică oficială a concesiilor tarifare convenite și care urma să fie o anexă la Carta pentru organizația mondială a comerțului, cunoscută și sub denumirea de Carta de la Havana.

Ne ratificare acestui document de către parlamentele țărilor semnatare a dus la eșuarea acestei prime încercări pe linia creării unei instituții internaționale specializate a comerțului. Ideea nu a fost însă abandonată și, ca urmare a unor eforturi stăruitoare desfășurate în principal de țările în curs de dezvoltare, în decembrie 1962, Adunarea Generală a O.N.U. (sesiunea a XVIII-a) a adoptat hotărârea privind convocarea primei Conferințe a Națiunilor Unite pentru Comerț și Dezvoltare (U.N.C.T.A.D.) care a avut loc la Geneva, în 1964, fiind instituționalizat U.N.C.T.A.D. ca organ al Adunării Generale a O.N.U.

Sesiunile U.N.C.T.A.D. care au avut loc până în prezent s-au înscris în cadrul mai larg al acțiunilor întreprinse de O.N.U., problema fundamentală abordată fiind aceea de a fi găsite mijloacele necesare prin care țările dezvoltate din punct de vedere economic să sprijine țările în curs de dezvoltare pentru a impulsiona dezvoltarea lor economică și a se micșora astfel decalajul care le separă de primele.

În cadrul dezbaterilor U.N.C.T.A.D. un loc central l-a ocupat și continuă să-l ocupe problema comerțului internațional cu produse de bază, întrucât acestea dețin o pondere considerabilă din exportul majorității țărilor în curs de dezvoltare. S-a urmărit negocierea unor măsuri care să permită un acces mai larg al acestor produse pe piețele țărilor dezvoltate, o mai mare stabilitate a prețurilor și sporirea competitivității produselor de bază naturale în raport cu cele sintetice și de înlocuire, precum și diversificarea acestor produse, ca un obiectiv important al procesului de dezvoltare economică. Cea de a IV-a sesiune a U.N.C.T.A.D. (Nairobi, 1976) a adoptat Rezoluția 93 (IV) cu privire la Programul integrat pentru produsele de bază care viza o ameliorare substanțială și pe termen lung a funcționării acestor produse care dețin o pondere mare în producția și exportul țărilor în curs de dezvoltare. Programul preconiza asigurarea unui echilibru între cerere și ofertă în scopul menținerii prețurilor la niveluri remuneratorii pentru producători și echitabile pentru consumatori, unul dintre elementele esențiale ale Programului integrat reprezentându-l Fondul comun de finanțare a stocurilor regulatorii.

În domeniul produselor manufacturate, cea mai mare realizare a U.N.C.T.A.D., pe linia creării unor condiții favorabile desfășurării schimburilor comerciale cu produse manufacturate ale țărilor dezvoltate, a fost instituirea Sistemului generalizat de preferințe vamale nereziproce și nediscriminatorii în favoarea țărilor în curs de dezvoltare (S.G.P.) care a început să funcționeze, treptat, din anul 1971.

Dezbaterile din cadrul U.N.C.T.A.D. au vizat și alte probleme importante cum sunt: principiile care trebuie să guverneze relațiile economice dintre state; relațiile dintre statele cu niveluri economice și sisteme social-economice diferite; relațiile comerciale și de cooperare economică dintre țările în curs de dezvoltare și altele.

Instituționalizarea relațiilor economice internaționale, rezultat al unor politici comerciale active ale statelor lumii, constituie una dintre trăsăturile definitorii ale circuitului economic mondial contemporan, expresia cea mai elocventă a acesteia reprezentând-o încheierea unui număr însemnat de tratate și acorduri internaționale menite să reglementeze schimburile și cooperarea economică între țările lumii.

Creșterea rolului și importanței tratatelor și acordurilor internaționale în reglementarea și desfășurarea relațiilor dintre state este reliefată și de faptul că în multe țări ale lumii au fost create

structuri organizatorice și mecanisme la nivel central și/sau departamental (comisii, comitete, consilii) având ca obiectiv promovarea, inclusiv prin încheierea de acorduri, a schimburilor economice externe, identificarea și punerea în valoare de noi posibilități și modalități practice de dezvoltare a acestor schimburi și acțiuni de cooperare.

Tratatele al căror obiect îl constituie în mod expres raporturile economice și acordurile economice internaționale sunt instrumente care vizează în mod direct și sunt concepute tocmai pentru promovarea și dezvoltarea conlucrării economice dintre state. După denumirea lor, tratatele economice internaționale pot fi clasificate în: tratate comerciale; acorduri comerciale și de cooperare economică și tehnico- științifică; protocoale; convenții (acorduri) comerciale provizorii; comunicate comune; memorandumuri; aranjamente etc.

În funcție de obiectul (domeniul) acordurilor economice internaționale, acestea pot fi clasificate în: acorduri comerciale; acorduri de cooperare economică și tehnico- științifică; acorduri financiar-bancare; acorduri de plăți; convenții de garantare a investițiilor; acorduri de evitare a dublei impunerii etc. De multe ori, datorită legăturii strânse dintre schimburile comerciale și plățile externe, se încheie acorduri comerciale și de plăți.

Un loc aparte în cadrul acordurilor economice internaționale îl ocupă „acordurile de produse” (primare) care vizează în esență realizarea unor înțelegeri între principalii producători și consumatori de astfel de produse (acest gen de înțelegeri putând duce și la atingeri ale regulilor concurenței, de acest aspect urmând a ne ocupa mai târziu).

Printre clauzele esențiale (de principiu) care se includ, de regulă, în acordurile comerciale sau de cooperare economică trebuie menționate următoarele: clauza națiunii celei mai favorizate; clauza regimului național; clauzele referitoare la nivelurile cantitative și/sau valorice ale exporturilor și importurilor (contingentărilor); clauzele referitoare la obligația eliberării licențelor de import și export; clauze referitoare la condițiile în care se pot efectua și mărfurile care urmează să facă obiectul lor; clauze privind neexporturile; clauze referitoare la modul de efectuare a plăților; clauze în legătură cu modul de lichidare a acordurilor comerciale; clauze cu privire la urmărirea modului de îndeplinire a prevederilor pe care le prevăd acordurile comerciale.

În acest context și strâns legat de dezvoltarea și instituționalizarea relațiilor comerciale interne și internaționale a apărut, s-a cristalizat și s-a dezvoltat o nouă ramură a dreptului: dreptul concurenței, care are drept obiect cercetarea și reglementarea modului în care se formează și se desfășoară relațiile de producție, difuzare și comercializare dintre persoanele fizice, întreprinderi, organizații interne și internaționale de profil.

Acest domeniu specific al raporturilor juridice privește acțiunile restrictive de concurență, concentrările economice și transferurile de tehnologie.

Vom examina în capitolele următoare cum s-a format, cum a evoluat în timp și reformele care s-au operat pe toate planurile sus-menționate: practicile restrictive de concurență, concentrările economice și transferul de tehnologii, cu bogate trimiteri la reglementarea din România, reglementarea de la nivelul Uniunii Europene, doctrina și jurisprudența în materie.

Secțiunea a 2-a. Principiul libertății de exercitare a activității comerciale și principiul liberei concurențe

După cum se știe, principiul libertății comerțului și a industriei s-a manifestat la început sub forma „libertății de a întreprinde”, adică dreptul pentru orice persoană fizică sau juridică de a presta activități comerciale sau industriale la alegerea sa, fie creând o întreprindere nouă, fie cumpărând sau dobândind controlul unei întreprinderi existente (firește că în această sferă sunt incluse și serviciile care se apropie mai mult de comerț înțeles în sensul său cel mai larg).

Dar libertatea comerțului și industriei mai înseamnă și „libertatea de a exploata”, adică dreptul fiecărui comerciant sau industriaș de a-și conduce afacerea așa cum înțelege el și de a-și gestiona

întreprinderea așa cum vrea el.

Această libertate fundamentală comportă două aspecte esențiale: un aspect intern – libertatea de a decide și un aspect extern – libertatea de a contracta⁹.

Libertatea de a decide. Viața întreprinderii este jalonată de o serie de decizii care-i angajează viitorul și dezvoltarea sa, decizii care reflectă politica pe care ea o urmărește pe termene medii și lungi. Astfel, de exemplu: în materie industrială, se poate decide dacă vor fi deschise noi uzine în țară sau în străinătate, să se mențină sau să se renunțe la anumite activități deficitare sub raportul rețetelor realizate; în materie financiară se poate decide implementarea unor programe de investiții bazându-se numai pe propriile resurse sau, dimpotrivă, să recurgă la credite preluând și riscul, în acest ultim caz, al îndatorării nesustenabile; în materie comercială, se poate decide să realizeze noi rețele de distribuție, să se lanseze campanii publicitare sau să prospecteze piețele externe.

Toate aceste decizii sunt grele în ceea ce privește consecințele, ele fiind de resortul șefului întreprinderii, indiferent că este vorba de un comerciant individual sau de conducătorii unei întreprinderi societate comercială – ori, în terminologia folosită de noul Cod civil, de un profesionist individual sau de conducătorii unei întreprinderi societate reglementată de Legea nr. 31/1990 (președintele consiliului de administrație, director general, președintele și membrii directoratului, administrator...). În principiu, aceste decizii nu sunt supuse niciunui control, altul decât cel al asociaților sau al reprezentanților lor în cadrul societăților reglementate de Legea nr. 31/1990. Salariații, cadrele, Statul însuși nu se pot opune alegerilor (opțiunilor) care li s-ar părea prejudiciabile pentru bunul mers al întreprinderii. Iar, când situația se degrada, în trecut trebuia să se aștepte depunerea bilanțului sau cel puțin o stare de încetare a plăților, pentru a se putea deschide o procedură de suspendare provizorie a urmăririi. Dar cel mai adesea demersul era tardiv și nu mai era posibil să fie operată o adevărată redresare economică și financiară.

Pentru a se putea elimina sau reduce aceste inconveniente au fost luate, în timp, măsuri de ordin legislativ, fiind instituite „proceduri de alertă timpurii” destinate să asigure condiții pentru menținerea întreprinderilor aflate în dificultate pe linia de plusuri și redresarea lor economică și financiară.

De subliniat însă că în orice caz nu trebuie încălcată sau subestimată libertatea de a decide a șefului întreprinderii, dar trebuie să existe în paralel și mijloace de supraveghere și influențare a deciziilor ce se iau în sensul favorabil al unei reforme a structurilor industriale și menținerii locurilor de muncă. Acesta este un domeniu nou (modern) denumit „conomie concertată” sau „conomie contractuală”, formă recentă de intervenționism economic.

Libertatea de a contracta este un drept pentru conducătorul de întreprindere ca, odată ce obiectivele pe care le urmărește au fost definite, să-și aleagă în mod liber furnizorii și clienții, să se aprovizioneze din țară sau din străinătate, să vândă pe piața națională sau pe piețele exterioare, pe scurt de a trata cu cine dorește și chiar de a nu trata dacă această atitudine este în interesul său. Acest drept mai înseamnă, de asemenea, că poate determina împreună cu partenerii săi conținutul și modalitățile de realizare a convențiilor, de a fixa împreună cu aceștia (partenerii), după o discuție liberă sau, dimpotrivă, impunându-le acestora, dacă poate, prețul furniturilor primite, a mărfurilor și serviciilor furnizate, doar cu rezerva de a nu fi aduse atingeri „ordinii publice” sau „bunelor moravuri” (art. 11 C.civ.).

Situația juridică sus-menționată, de inspirație liberală, a condus însă la abuzuri bine cunoscute, nereușindu-se a se menține, în toate circumstanțele, echilibrele judecate ca fiind indispensabile pe plan economic și pentru salvagardarea intereselor reciproce ale părților contractante. Acesta a fost motivul pentru care legiuitorul a intervenit pe calea reglementărilor pentru a determina mai bine, mai clar, mai precis limitele libertății de a contracta.

În prezent, profesioniștii nu mai pot acționa la fel de liber ca în trecut, ei fiind ținuți să respecte o serie de dispoziții legale și administrative care amputează în mod sensibil capacitatea lor de inițiativă și negociere. Acest domeniu a fost și continuă să fie numit „dirijism”, formă tradițională de intervenționism economic.

Începând cu anii '60, puterea publică s-a preocupat de realizarea unei mai bune utilizări a resurselor naturale, de salvagardarea în orice circumstanță a echilibrelor fundamentale ale economiei (stabilitatea monedei, echilibrul schimburilor exterioare, credit etc.) și de promovarea procentelor de creștere compatibilă cu aceste echilibre. În prezent, aceste obiective sunt urmărite în strânsă legătură cu autoritățile Uniunii Europene, cu respectarea principiilor directoare instituite prin Tratatul Comunității Europene: prețuri stabile; finanțe publice și condiții monetare sănătoase; balanță de plăți stabile [art. 4 alin. (3) din Tratatul C.E., în prezent art. 119 TFUE].

Dar pentru a se obține acest rezultat, puterea publică și-a schimbat modul de abordare și acțiune. Mai curând decât să dirijeze economia, ea se preocupă de orientarea dezvoltării acesteia de o manieră globală și coerentă și de suscitarea procedeele de tip convențional, de adeziunea întreprinderilor publice și private la perspectivele de evoluție pe care ea (puterea publică) le-a definit astfel.

Aceasta nu înseamnă însă că Statul s-a desprins definitiv de mijloacele dirijiste, putând încă fi identificate reglementări cu caracter imperativ specifice dirijismului clasic, direct.

Asemenea intervenții pot emana din izvoare diverse: din partea legislativului și guvernului, din partea autorităților administrative și chiar din partea unor organisme private. În mod concret ele iau forma unor dispoziții legale, reglementare sau asimilate acestora, care se impun tuturor și în special întreprinderilor comerciale, industriale sau de servicii.

Luată în ansamblul lor, acestea formează ceea ce a fost denumită în literatura juridică o „ordine publică economică”¹⁰ care, în mod tradițional, este opusă „ordinii publice politice”.

Regulile de ordine publică politică se caracterizează printr-o mare stabilitate întrucât protejează instituții garantate ale vieții sociale¹¹, în timp ce regulile care formează „ordinea publică economică” au o mai mare flexibilitate, chiar și atunci când trasează orientări durabile, deoarece trebuie să se adapteze la variațiile conjuncturale economice.

Dispozițiile care alcătuiesc „ordinea publică economică” afectează uneori libertatea de a decide a profesioniștilor comerțului, industriei sau serviciilor (de exemplu, investiții, devenite necesare ca urmare a unor noi reglementări referitoare la mediul înconjurător); cel mai adesea ele afectează libertatea de a contracta în modalități variate cum ar fi, de exemplu: prin dispoziții care interzic contractările cu privire la un anumit obiect determinat care este astfel plasat în afara sferei comerțului; prin interzicerea stipulării unor clauze considerate abuzive; prin impunerea uneia dintre părțile contractante să îndeplinească anumite formalități înainte de a trata cu partenerii săi; prin obligarea încheierii unor contracte cu toți cei care-și manifestă voința în acest sens; prin modularea conținutului contractului fie prin determinarea autoritară a duratei prestațiilor, fie prin fixarea unor maximuri care nu pot fi depășite etc.

De multă vreme Statul a devenit conștient că nu ar putea parveni să conducă și nici chiar să orienteze întreaga activitate economică recurgând doar la reglementări imperative, întrucât pe termen lung, această putere de comandament risca să se dizolve, să se disperseze într-o maree de regulamente inaplicabile în totalitate sau parțial. De aceea, s-a ales și o altă cale de intervenție în multe sectoare, fără să se renunțe, totuși, la folosirea măsurilor autoritare atunci când s-ar simți această nevoie. Această nouă cale a fost cea a negocierilor și a convențiilor (intervenția cu caracter convențional).

Metoda convențională este originală: Statul nu mai pune în aplicare procedeele de constrângere de care dispune, preferând să elaboreze, cu partenerii săi privați, obiectivele (sau cel puțin anumite obiective) politicii sale economice, să definească împreună cu aceștia mijloacele de îndeplinire a acestei politici și apoi să-i asocieze la realizarea acesteia în schimbul unei contrapartide.

Acest mod de intervenție se realizează în cadrul unor structuri de dialog, a unor schimburi de informații, a unei activități în comun (de exemplu, comisii naționale de planificare), care vor conduce în final la încheierea unor „acorduri convenționale” (în sensul larg al termenului) care vor influența deciziile conducătorilor de întreprinderi, cu prețul unor avantaje, în sensul dorit de puterile publice (crearea de locuri de muncă, dezvoltarea exporturilor, revalorizarea muncii manuale...).

Aceste acorduri vor influența, evident, într-un mod suplu și atractiv, libertatea de a decide a profesioniștilor comerțului (în sens foarte larg, adică incluzând și pe industriași și pe prestatorii de servicii). Acesta este un domeniu modern, acela al „economiei concertate” sau al „economiei contractuale”, care se caracterizează prin faptul că alături de „dreptul impus”, se dezvoltă și un alt drept, și anume „dreptul negociat”. În literatura juridică se face, de altfel, sublinierea că, în prezent, asistăm la o „nouă dezvoltare a conceptului contractual”, adăugându-se însă că această promovare a contractului ar putea să nu corespundă decât în măsura în care „o transformare asemănătoare ar avea loc și în modul de a se concepe autoritatea”, Statul considerând el însuși că i-ar fi mult mai ușor să-și atingă obiectivele pe care le urmărește prin negocieri, adică explicând și străduindu-se să convingă, bineînțeles cu argumente de acest calibru, decât impunând măsuri fără nicio justificare.

Libertatea comerțului și industriei implică și „libertatea concurenței”, adică libertatea competiției între întreprinderile care oferă, pe o piață determinată, produse sau servicii prin care se tinde a fi satisfăcute nevoi identice sau similare.

Principiul liberei concurențe s-a dezvoltat în epoca capitalismului liberal, epocă în care juriștii din acel timp își făceau o reprezentare, într-un fel, teoretică și idilică despre funcționarea economiei, imaginându-și o multitudine de întreprinderi de talii echivalente luptând corect, într-un mod loial, pentru a-și cuceri clientela. A fost elaborată și o teorie a „concurenței pure și perfecte”, teorie care presupune că sunt îndeplinite anumite condiții, și anume: atomicitatea pieței (adică multiplicitatea vânzătorilor și a cumpărătorilor, așa încât niciunul dintre ei să nu reprezinte o fracțiune notabilă a ofertei sau cererii); transparența (care presupune că tot ceea ce se petrece pe piață este imediat cunoscut de toți); omogenitatea produselor (ceea ce-i împinge pe cumpărători să-și exprime preferința pentru prețurile cele mai scăzute); mobilitatea factorilor (care permite oamenilor și capitalurilor să părăsească rapid ramurile în care oferta este excedentară diminuând profiturile, pentru a se îndrepta spre cele în care excesul cererii duce, dimpotrivă, la creșterea profiturilor); absența intervențiilor Statului (afară, bineînțeles, de situațiile în care prin asemenea intervenții s-ar urmări asigurarea liberului joc al competiției economice).

Foarte repede însă s-a constatat că mulți dintre parteneri, în cadrul raporturilor economice, nu respectă regulile jocului, recurgând la procedee și practici contrare uzanțelor comerțului și onestității profesionale, de exemplu denigrându-și concurenții, imitând produsele acestora (contrafacându-le), racolându-le personalul etc.

Secțiunea a 3-a. Procesul constituirii dreptului concurenței

Istoria dreptului concurenței este strict legată de istoria dreptului comercial, pentru că nu se poate vorbi de un drept al concurenței în afara unor relații de drept economic, în general, și de drept comercial, în special.

Trebuie făcută, chiar de la început, sublinierea că anterior Evului Mediu este dificil să se vorbească de un drept al concurenței, această stare de lucruri fiind explicată, în literatura de specialitate¹⁵, prin absența unei activități comerciale, urmată de existența unor „uzanțe exclusiv orale”. Deci, această primă perioadă se consideră că este marcată de „ignorarea pur și simplă a dreptului comercial”, în condițiile în care prin drept comercial se înțelege un ansamblu de reguli reunite și direcționate în mod coerent spre nevoile unei profesii.

Evoluția dreptului în antichitate (în formele sus-menționate) corespundea necesităților acelei epoci, când încă nu se simțea nevoia unei adevărate legislații comerciale întrucât piața comerțului era foarte restrânsă și limitată doar la anumite sectoare particulare (în special comerțul maritim). Societățile din această epocă, în esență agricole și pastorale, cel puțin în parte, erau lipsite de instrumente de plată, așa încât nu au simțit necesitatea unui drept comercial structurat și specific: erau suficiente câteva reglementări cu privire la unele operațiuni particulare care fundamentau principalele schimburi între cetăți. În acest sens, trebuie înțeleasă ignorarea dreptului comercial, care

nu semnifică însă și ignorarea oricărei instituții comerciale, pentru că, așa cum se subliniază în literatură juridică, chiar și în acele prime timpuri existau câteva reglementări particulare. Dreptul roman nu distinge, nici el, dreptul civil de dreptul comercial, dar, întocmai ca reglementările precedente, el normează câteva instituții proprii comerțului maritim. Așadar, singurele care /prosperă?, în această perioadă, sunt câteva instituții, necesare negoțului, care au făcut obiectul unor reglementări dispersate. Abia după invaziile barbare, care au aruncat Europa creștină în dezordine până în secolul XI, se deschide o nouă eră în care începe „construcția dreptului comercial”, dreptul concurenței apărând mult mai târziu.

La originea apariției dreptului comercial stau dezvoltarea și sistematizarea schimburilor economice.

Dezvoltarea târgurilor se manifestă mai întâi în Italia: Veneția, Pisa, Genova, Florența, care sunt centre artizanale și comerciale importante de unde schimburile se vor multiplica spre orașele Flandrei (în special Bruges și Anvers) și Franței (Provins, Troyes, Beaucaire, Lyon).

În cursul acestor concentrări apar uzanțe comerciale care în timp au căpătat forță obligatorie; apar și tehnici noi care sunt utilizate și adaptate la nevoile profesiei, dintre acestea, cele mai importante fiind: „scrisoarea de schimb” care evită transportul, periculos, de bani și favorizează plata cu promptitudine; „procedura falimentului” care permite executarea imediată a bunurilor comerciantului; „bancruta” care permitea excluderea comercianților incorecți din profesie.

Cruciadele au lărgit orizontul comercianților europeni, întrucât au dus la crearea unui curent de afaceri durabil între Occident și Orient.

Biserica a contribuit, de asemenea, la moralizarea activității comerciale, insistând asupra ordonării acestei activități și asupra onestității comercianților. Aici își găsesc rădăcinile „comerțul licit” și, implicit, dreptul concurenței.

Aceste considerente economice, politice, filozofice și religioase explică apariția unui adevărat drept al comerțului, distinct de dreptul civil.

Se poate, așadar, considera că în această etapă (perioadă de timp) dreptul comercial a atins un înalt grad de elaborare.

Mai întâi, dreptul comercial se demarcă de dreptul civil datorită particularităților sale. Începând din secolul XVII se naște în mod clar o „concepție publicistă” despre regulile și uzanțele comerciale (care capătă un caracter de drept public). În lucrarea sa

„Le droit public” (cartea I, titlul VII și titlul XII), Domat tratează dezvoltările referitoare la comerț, în epoca respectivă; acest loc ocupat de dreptul comercial se explică prin ideea că, la fel ca în toate profesiunile, și profesiunea comerciantului trebuie să fie exercitată în conformitate cu ordinea socială și în vederea asigurării binelui comun. Or, pentru Domat „dintre toate profesiunile, nu este niciuna mai mult expusă avarițiilor și in Justițiilor care sunt urmările acestora, decât cea a comerțului”. În consecință, ordinea publică impune comercianților un anumit număr de obligații și constrângeri, prin care se profilează primele începuturi firave ale unui viitor drept al concurenței. Apoi, dreptul comercial s-a internaționalizat, favorizându-se astfel crearea unei comunități de interese dincolo de frontierele cetăților și ale Statelor.

În sfârșit, dreptul comercial s-a profesionalizat, acest domeniu fiind rezervat comercianților care controlau – la epoca respectivă – aplicarea acestor reguli în cadrul corporațiilor.

Și totuși, această materie nu era încă denumită ca fiind un „drept comercial” propriu-zis. Acest lucru se va realiza treptat, în timp, pe măsura consolidării existenței sale, prin codificare.

Factori politici cum ar fi consolidarea monarhiei și constituirea Statului modern au dus la modificarea profundă a dreptului comercial, care devine puțin câte puțin un „drept, în esență, național”. În Franța, apogeul acestei evoluții este marcat prin celebra ordonanță a lui Colbert din 23 martie 1673, denumită „legea Savary” (după numele comerciantului care a elaborat-o), ordonanță care a constituit, la vremea aceea, un adevărat Cod comercial prin care s-a urmărit unificarea practicilor comerciale pentru toți comercianții și artizanii.

Legislatorii revoluției franceze nu au modificat prea mult legislația sus-menționată, deși mergea împotriva principiului „egalității civile”, ordonanțele lui Colbert nefiind abrogate. Singura intervenție serioasă a fost interzicerea corporațiilor. Prin Legea din 2 și 17 martie 1791 a fost introdus reglementat principiul „liberului acces la profesiunile comerciale și artizanale”.

Odată cu suprimarea corporațiilor și instituirea liberului acces la profesiunea de comerciant, s-a pus și problema redactării unui proiect de Cod al comerțului.

Redactorii acestui Cod al comerțului, care a intrat în vigoare în 1808, s-au inspirat masiv din faimoasele ordonanțe ale lui Colbert din 1673 și 1681 (aceasta din urmă privind comerțul maritim), ceea ce a dus la elaborarea unui cod îngust și insuficient pentru a ilustra transformările intervenite în viața comercială și mai ales tendințele de evoluție ale acesteia.

Deci, Codul de comerț din 1807 (intrat în vigoare în 1808), fruct al unei maturizări insuficiente, a conținut multe incertitudini și ambiguități care au afectat chiar concepția despre un drept comercial.

După 1807, dreptul comercial a suferit adevărate mutații devenite necesare datorită evoluției ideilor în materie și doctrinelor care – indiferent de originea lor: socialiste, liberale sau neolibérale – au justificat un intervenționism statal mai mult sau mai puțin dezvoltat. Însăși activitatea economică s-a transformat ca urmare a revoluției industriale din secolul XIX, apariției marilor grupuri puternic structurate și dezvoltării capitalismului. Apoi, deschiderea piețelor și fenomenul concentrării întreprinderilor au reînnoit total comportamentele industriale așa încât nu a mai existat deloc vreo înrudire cu negoțul desfășurat odinioară de negustori.

Toate aceste elemente de schimbare, în profunzime, a activităților economice au constituit repere de referință pentru elaborarea unui Cod comercial modern și pentru activitățile și structurile întreprinderilor contemporane.

În sfârșit, ultimul deceniu al secolului XX se caracterizează prin apariția – grație dezvoltării informaticii – unei economii zisă „virtuală” sau „nouă economie”, produs și mijloc, în același timp, al modernizării economiei și schimburilor, internetul și comerțul electronic operând o bulversare în profunzime a mentalităților și practicilor comerciale, în aceste condiții „start up”-urile nefiind decât un epifenomen.

De asemenea, dimensiunea financiară a economiei s-a accentuat din ce în ce mai mult și se caracterizează prin internaționalizarea și volatilitatea capitalurilor investite pe piețele bursiere.

Aceste mutații profunde nu puteau să nu aibă implicații deosebite și în ceea ce privește dreptul comercial, una dintre consecințe fiind expansiunea acestei ramuri de drept care, la rândul ei a determinat sau influențat puternic alte ramuri de drept tradiționale, regulile de drept comercial extinzându-se și asupra altor persoane care nu au calitatea de comerciant. Această comercializare a dreptului civil a fost diagnosticată în literatura de specialitate ca fiind o „manifestare a unei legi de evoluție naturală” potrivit căreia legislația mai puțin formalistă și mai echitabilă tinde să devină „legislația unică și comună”.

Un aspect spectacular al evoluției dreptului comercial îl constituie procesul de constituire și de evoluție a unei subramuri a acestuia (a dreptului comercial) care s-a dezvoltat în timp până la un atare punct, încât s-a iscat o aprigă dezbateră teoretică în privința caracterului autonom pe care l-ar fi căpătat acest ansamblu de reguli deontologice referitoare la modul cum trebuie să se desfășoare activitățile economice de producție, distribuție și comercializare.

Dreptul concurenței în sens larg este constituit din două ansambluri de reguli de inspirație foarte diferită: primele, care constituie dreptul concurenței în sens restrâns, au o apariție relativ recentă și exprimă gradul de intervenționism al Statului în materie comercială (fiind vorba de o reglementare de interes general care lasă un loc larg mecanismelor și instituțiilor de tip administrativ); celelalte, de inspirație clasică, se preocupă mai mult de relațiile bilaterale decât de organizarea de ansamblu, și își au baza pe mecanismele dreptului și procedurii civile.

Deci, se poate vorbi de două nivele de reglementare: un drept semipublic al concurenței și un drept

privat al concurenței.

Dreptul concurenței a evoluat mult în timp, în prezent putându-se vorbi de un „drept comunitar al concurenței” și, de asemenea de un „drept internațional al concurenței”, aspecte la care ne vom referi, în special, în partea finală a lucrării noastre.

La nivel intern, odată cu intrarea în vigoare, în 2011, a Noului Cod Civil, adoptat prin Legea nr. 287/2009, publicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011, a fost consacrat sistemul unitar (monist) de reglementare a raporturilor de drept privat, sistem pentru a cărui aplicare au fost luate următoarele măsuri:

- a. abrogarea Codului comercial din 1887;
- b. evitarea folosirii în reglementarea Codului civil a conceptelor care ar aminti de reglementarea raporturilor comerciale („comerț”, „fapte de comerț”, „comerciant”);
- c. înlocuirea în actele normative a expresiilor „acte de comerț”, respectiv fapte de comerț” cu expresia „activități de producție, comerț sau prestări servicii;
- d. modificarea Legii 304/2004 în sensul desființării secțiilor comerciale ale instanțelor;
- e. înlocuirea sintagmei „contract comercial” cu „contract civil”;
- f. modificarea Legii 31/1990 privind societățile comerciale, în sensul eliminării particulei „comerciale” din titlul legii și din denumirea societății.

Nu suntem de acord cu adoptarea acestui sistem, având în vedere că, așa cum am demonstrat anterior, dreptul comercial a evoluat pe o linie diferită de orice alt tip de drept material, și și-a câștigat poziția de autonomie față de acestea. În plus, autonomia dreptului comercial rezultă și din faptul că el păstrează anumite norme particulare, aplicabile doar subiectelor care practică comerț, precum societățile reglementate de Legea 31/1990. Din acest motiv, pe parcursul acestei lucrări, vom utiliza vechea terminologie, cea de drept comercial, denumire la care sperăm să se revină pe viitor.

Capitolul 2.

Dreptul concurenței – ramură a dreptului comercial

Secțiunea 1. Evoluția dreptului comercial și a componentei dreptului concurenței

Dacă se face abstracție de cele câteva reguli sau instituții specifice drepturilor din Antichitate, dreptul comercial și-a găsit sursa – din punct de vedere istoric – în „uzanțele negustorilor” din Evul Mediu. Apariția și dezvoltarea sa sunt legate de creșterea considerabilă a schimburilor economice pe care le-a cunoscut Europa începând din secolul XI, în special din momentul în care s-au multiplicat târgurile, mai întâi în Italia de nord, apoi în Flandra, Alsacia, valea Ronului, bazinul parizian.

Elaborarea dreptului comercial a fost favorizată de acțiunea corporațiilor și mai ales de apariția jurisdicțiilor specializate compuse din comercianți aleși, tribunalele consulare.

Istoria dreptului comercial, anterioară Evului Mediu, este dificil de trasat, datorită absenței unei activități comerciale susținute și existenței unor uzanțe comerciale exclusiv orale, dar și datorită lacunelor existente în monografiile pe această temă.

Această primă perioadă în evoluția dreptului comercial este marcată tocmai prin ignorarea dreptului comercial luat în considerare ca un ansamblu de reguli reunite într-o modalitate coerentă, care să se refere la nevoile profesiei de comerciant.

Deci, propriu-zis, nu se poate vorbi, despre o evoluție a dreptului comercial decât în fazele în care s-a început construcția și consacrarea acestei ramuri de drept.

Dreptul roman nu făcea nicio distincție între dreptul civil și dreptul comercial, el consacrand doar anumite instituții specifice comerțului maritim, care, și ele, erau împrumutate din practicile comerciale grecești.

În literatura juridică s-a emis ideea că prin cuceririle romane a fost sterilizată dezvoltarea dreptului internațional, care este, totuși, o condiție sine qua non a apariției dreptului comercial specializat. Această teză a fost contestată, desigur, făcându-se însă observația că jurisconsulții romani s-au interesat, într-adevăr, doar de dreptul civil, probabil dintr-o desconsiderare cu privire la activitatea comercială considerată, la acea epocă, o activitate demnă de dispreț.

Indiferent de motive, trebuie doar reținută ideea că, în această perioadă, dreptul comercial a rămas o instituție juridică ignorată.

La originea apariției dreptului comercial stau și dezvoltarea și sistematizarea schimburilor economice, moment din care începe construcția propriu-zisă a dreptului comercial.

În cursul acestei perioade au început să fie adunate uzanțele de comerț disparate care treptat au dobândit și forță obligatorie. Apoi, au început să fie utilizate și tehnici noi adaptate nevoilor profesiei, cea mai cunoscută fiind „scrisoarea de schimb” necesară pentru a se evita transporturile de bani și care favoriza o plată imediată; procedura falimentului care permitea executarea imediată a bunurilor comerciale; bancruta care permitea excluderea din profesie a comercianților incorecți. Cruciadele, la rândul lor, au lărgit și mai mult orizontul comercianților europeni, prin crearea unui curent de afaceri durabile între Occident și Orient și prin dezvoltarea unor operații financiare noi.

Considerente economice, politice, filosofice și religioase au condus spre apariția unui „adevărat drept comercial”, distinct de dreptul civil.

Se poate, așadar, considera că, în această perioadă de timp, „dreptul comercial a cunoscut un înalt grad de elaborare”, demarcându-se de dreptul civil datorită particularităților sale. Această poziție distinctă a dreptului comercial a fost explicată prin ideea că întocmai ca alte profesii, și cea exercitată de comerciant trebuie să fie conformă cu ordinea socială în vederea asigurării „binelui comun”. În consecință, dacă regulile de drept civil guvernează schimburile comerciale, ordinea publică impune comercianților un anumit număr de obligații și constrângeri.

Apoi, dreptul comercial s-a internaționalizat favorizând crearea unei comunități de interese dincolo de frontierele cetăților și statelor.

În sfârșit, comerțul s-a profesionalizat, domeniul comercial fiind rezervat la acea dată doar comercianților, domeniu pe care ei îl controlau prin corporații și interpretările realizate prin intermediul jurisdicțiilor consulare.

Și, totuși, această materie nu era încă, la data respectivă, un drept comercial deplin, la această etapă ajungându-se abia după consolidarea acestui drept prin acțiuni de codificare.

Factorii politici – constând, în perioada respectivă, în consolidarea monarhiei și începuturile constituirii statului modern, au modificat în profunzime dreptul comercial, care a devenit, puțin câte puțin, un „drept esențialmente național”. Ordonanța lui Colbert din 23 martie 1673, de exemplu, cunoscută sub denumirea de „legea Savary” (după numele comerciantului parizian care a redactat-o), constituie un adevărat Cod de comerț.

Legislaturile revoluționare nu au bulversat legislația în această materie, tribunalele de comerț fiind menținute, iar Ordonanțele lui Colbert nu au fost abrogate, dreptul comercial păstrându-și principalele sale caractere.

Singurele modificări importante aduse au fost Decretul din 14-17 iunie 1791 (cunoscut sub denumirea de „legea Le Chapelier”) prin care au fost interzise corporațiile și Legea din 2 și 17 martie 1791 prin care a fost consacrat principiul „liberului acces la profesiunile comerciale și artizanale”. Aceste texte consacrau ideile fiziocraticilor și ale doctrinei liberale („laissezfaire, laissezpasser”).

Fiind suprimate corporațiile și instituit principiul liberului acces, trebuia și chiar s-a și procedat și la „reformarea legislației comerciale”, această sarcină fiind încredințată unei comisii (în 1801) al cărei rol era acela de a redacta un Cod de comerț care, după unele întârzieri, a intrat în vigoare în 1808.

Dar, acest Cod de comerț, care s-a inspirat îndeaproape din Ordonanțele lui Colbert, a fost departe de a anticipa transformări esențiale în materie, fruct al unei insuficiente maturizări conceptuale. Această reglementare – așa cum se subliniază în literatura de specialitate – nu a rezolvat o criză existențială, derivată din veleitățile autonomiste recurente și pretențiile tutelare ale dreptului civil. Codul de comerț din 1807 nu a reprezentat decât o etapă în evoluția dreptului comercial, iar fragilitatea fundamentelor sale teoretice, pe care s-a edificat dreptul comercial din secolul XIX, precum și caracterul său lacunar au dus, în timp, la dislocarea acestui Cod de comerț, pe măsură ce domeniul acestuia se extindea.

Deci, s-a trecut într-o altă perioadă de evoluție caracterizată prin „expansiunea dreptului comercial”, la care ne vom referi în continuare.

Așa cum am arătat și în primul capitol, după anul 1907, dreptul comercial a suferit mutații profunde, devenite necesare ca urmare a evoluției ideilor și doctrinelor de tendințe socialiste, liberale sau neolibérale, această evoluție justificând creșterea intervenționismului statal, mai mult sau mai puțin accentuat. Activitatea economică s-a transformat și ea ca urmare a revoluției industriale din secolul XIX, apariției unor mari grupări puternic structurate și dezvoltării capitalismului. Apoi, deschiderea piețelor și fenomenul concentrării întreprinderilor au reînnoit total comportamentele industriale, așa încât nu a mai existat nici o apropiere între „negotul exercitat de negustori”, care a servit de referință pentru redactorii vechiului Cod de comerț, și „activitățile și structurile întreprinderilor moderne”. În sfârșit, ultimul deceniu al secolului XX a văzut apărând, grație dezvoltării informaticii, o „economie zisă virtuală” (o nouă economie) care reprezintă în același timp un produs și un mijloc pus în serviciul mondializării economiei și schimburilor, internetul și comerțul electronic, operând o bulversare în profunzime a mentalităților și practicilor comerciale.

Dimensiunea financiară a economiei s-a accentuat din ce în ce mai mult, caracterizându-se prin internaționalizarea și volatilitatea capitalurilor investite pe piețele bursiere, ajungându-se la excese aberante care au dus la actuala criză economică ce se manifestă la nivelul globului terestru, pregătind și crize sociale de aceeași amploare.

În aceste noi condiții, în mod evident, dreptul comercial nu putea, nici el, să rămână impermeabil la mutațiile profunde, fiind suficient, pentru a ne convinge de acest lucru, să urmărim dezvoltările actuale ale dreptului bursier.

Dar, această evoluție foarte recentă nu este de natură să mascheze și alte cauze mai vechi care au dus la expansiunea enormă a dreptului comercial, la care ne vom referi mai jos.

În primul rând, expansiunea dreptului comercial s-a datorat „noilor tehnici și emergenței unor noi domenii în materie”, ceea ce a permis societăților pe acțiuni să se constituie liber, adică fără autorizarea guvernului (care era necesară anterior)²⁸.

Tot astfel, restructurarea proprietății industriale, consacrarea legislației fondurilor de comerț, unificarea internațională a dreptului și efectelor de comerț, statutul special al închirierilor comerciale, tehnicile de finanțare a întreprinderilor (cum sunt: cesiunea creanțelor profesionale, fondurile comune de creanțe sau plasamente, gajarea unui cont de instrumente financiare), toate acestea marchează importante etape pe calea modernizării dreptului comercial.

Una dintre cauzele semnificative ale expansiunii dreptului comercial, căreia trebuie să i se acorde atenția cuvenită, o constituie apariția unor noi ramuri de drept care tind să devină, din ce în ce mai rapid, noi „discipline satelit”, printre care trebuie menționat și dreptul concurenței a cărui finalitate este aceea de a asigura „liberul joc al pieței, controlându-se însă concentrările și sancționând anumite comportamente neloiale ale agenților economici”.

Tot în raport cu piața s-au născut „dreptul consumului”, care urmărește obiectivul protejării

consumatorilor în relațiile lor cu profesioniștii, și „dreptul distribuției”, care se interesează de organizarea și funcționarea rețelelor dintre fabricanții și distribuitorii de bunuri și servicii.

În afara unor astfel de materii, care compun mozaicul dreptului comercial, există însă și altele care, fără a face parte din domeniul dreptului comercial, întrețin totuși relații foarte strânse cu dreptul comercial, cum sunt, de exemplu, „dreptul contabil” și „dreptul fiscal”. Mai trebuie, în mod obligatoriu, să se aibă în vedere și „dreptul social” care se manifestă tot mai pregnant în domeniul societăților comerciale. Evoluția contemporană tinde din ce în ce mai mult să asocieze salariații la activitatea de conducere a întreprinderilor, prin intermediul comitetelor de întreprindere (consiliile de administrație). Negocierile colective și prerogativele acordate prin diferite legi speciale referitoare, de exemplu, la prevenirea și tratarea dificultăților întreprinderilor și multe alte asemenea lor, reprezintă, în prezent, o dovadă concretă și pertinentă că „dreptul comercial” și „dreptul social” sunt legate între ele.

Această mișcare de expansiune a dreptului comercial se realizează și pe cale de „imitare”, în sensul că și alte ramuri de drept au început, uneori, să se inspire din regulile și mecanismele sale, extinzându-le și asupra unor persoane care nu sunt comercianți.

Astfel cum rezultă din cele de mai sus, evoluția economică și socială și diversificarea au condus, în timp, printr-un proces aparent contradictoriu, la apariția unei discipline eterogene denumită „dreptul concurenței”.

La nucleul inițial pe care l-a constituit „concurența neleală” s-au adăugat, treptat, reglementări privind „interzicerea înțelegerilor restrictive de concurență” (legislația antitrust), precum și cele privind „protecția consumatorilor” care au ajuns, în zilele noastre, să joace un rol din ce în ce mai important.

În esență, dreptul concurenței urmărește să asigure un „echilibru rațional” între tendințe contrarii, uneori inconciliabile și în orice caz rebele la constrângeri căci, într-adevăr, există o antinomie între exigențele libertății economice și contractuale, principiu fundamental care trebuie salvagardat prin norme juridice și lupta acerbă care se duce pe toate piețele pentru obținerea unor câștiguri maxime, care impulsionează inițiativa privată care, și ea, trebuie încurajată, însă în limite compatibile cu interesul general.

Această contradicție inherentă dintre libertatea schimburilor, mereu amenințată, și concurența necruțătoare, permanent inventivă în a recurge la mijloace noi de acaparare a clientelei, stă la baza dificultăților cu care se confruntă „sistemul economiei de piață”.

Îndeplinind „funcția de balanță” sensibilă între mobiluri diverse și adverse, dreptul concurenței a trebuit să se adapteze continuu și constant la imperativele conjuncturilor de piață unde este chemat să se aplice.

Firește că finalitățile economice sunt cele care predomină, ele impregnând întreaga substanță a dreptului concurenței, determinând într-o măsură hotărâtoare orientarea reglementărilor în materie, cât și modul de aplicare a acestora. În literatura de specialitate se face, de altfel, sublinierea că „învățămintele științei economice sunt prețioase pentru aplicarea legilor concurenței”.

Constatând caracterul funcțional al dreptului concurenței, unii autori au semnalat virtuțile sale pluridisciplinare și legăturile sale multiple cu dreptul penal, dreptul administrativ, dreptul financiar, dreptul fiscal, dreptul consumatorilor și, bineînțeles, dreptul comercial, motiv pentru care nu se poate determina cu ușurință limitele care separă aceste ramuri de drept de dreptul concurenței.

Totuși, în prezent, nu mai poate fi contestată unitatea funcțională a dreptului concurenței, unitate care se manifestă și prin aceea că subiecte ale raporturilor din acest domeniu sunt toate subiectele atât active, cât și pasive ale căror interese au fost atinse de acte anticoncurențiale, inclusiv consumatorii.

În literatură juridică occidentală se face observația că, cel puțin parțial, dreptul concurenței se integrează și în dreptul economic, reprezentând o secțiune a reglementării economice a concurenței, fiind, așadar, o instituție tipică a dreptului economic, prin natura mecanismelor sale (de subliniat, însă, că autorii francezi au început, inițial, prin a trata problemele concurenței în cadrul dreptului

comercial).

În literatura juridică română, unii autori, pe lângă faptul că folosesc expresia de „drept al concurenței comerciale”, fac și o apreciere în sensul că „ținându-se seama de trăsăturile care îl particularizează, se poate afirma că dreptul concurenței comerciale reprezintă o tentativă de disciplinare și teoretizare a unor fenomene social-economice marcate de dezordine, în condițiile libertății necesare inițiativelor private, egoiste și antogonice. De aici, decurge natura relativistă a soluțiilor pe care le consacră”.

Pornind de la această afirmație, acest autor s-a preocupat și de delimitarea dreptului concurenței de alte ramuri de drept, sau interferențele și suprapunerile cu diverse ramuri de drept, considerând că astfel de situații juridice sunt dăunătoare din punct de vedere științific, trasarea hotărârilor despărțitoare fiind obligatorie, mai ales atunci când este vorba de materii care s-au autonomizat mai recent și au un caracter pluridisciplinar cum este – în optica sa – și dreptul concurenței comerciale. Se argumentează în sensul că indiferent de faptul că dreptul concurenței împrumută concepte, tehnici și soluții din dreptul civil și penal, ca și procedurile corespunzătoare, se exclude de la sine orice confuzie, prin simpla confruntare a dispozițiilor respective, dispoziții consolidate de multă vreme. Singura situație confuzională s-ar putea crea dintr-o abordare a conexiunilor dintre dreptul concurenței și dreptul comercial sau dreptul consumului; întrucât, în acest caz, înrudirile sunt mult mai apropiate și, bineînțeles, distincția mai greu de realizat, delimitarea făcând necesară o comparare, în scopul stabilirii criteriilor de disociere. Cu alte cuvinte, discuția se poartă și cu privire la faptul dacă dreptul concurenței este o subramură a dreptului comercial sau este o ramură de drept autonomă care se suprapune sau interferează cu dreptul comercial. La această discuție ne vom referi mai pe larg în secțiunea următoare a lucrării.

Secțiunea a 2-a. Dezbaterile pe tema stării actuale a dreptului comercial, cu raportare specială la relațiile sale cu dreptul concurenței

Pentru a putea să se facă o discuție pe tema raporturilor dintre dreptul comercial și dreptul concurenței este necesară, mai întâi, o trecere în revistă a dezbaterilor care au avut loc, în timp, pe această temă și, pe un plan general, care este sau mai precis cum este apreciată starea actuală a „dreptului comercial”, acum aproape asimilat în dreptul civil.

În literatura de specialitate s-a făcut afirmația că dreptul concurenței neleale s-a desprins din dispozițiile de drept comun privind răspunderea civilă, cu care, de altfel, continuă și astăzi să fie în strânsă legătură. Dar, cu toate acestea – remarcă autorul sus-menționat – dreptul concurenței neleale reprezintă astăzi o „materie de sine stătătoare, fiind adesea obiect al unei reglementări speciale”. Or, aplicarea reglementării speciale depinde în principiu de „existența unui raport de concurență” între autorul actului (anticoncurențial) și victimă, raport care constituie criteriul distinctiv între domeniul reglementării speciale și acela al dreptului comun al răspunderii civile. Deci, dacă prezența raporturilor de concurență constituie o condiție a aplicării dispozițiilor privitoare la concurența neleală, aceasta nu exclude aplicarea dreptului comun al responsabilității.

Ulterior, cadrul discuțiilor pe această temă (a concurenței neloiale) s-a lărgit mult întrucât dispozițiile privitoare la concurența neleală au dobândit o semnificație mult mai cuprinzătoare, urmărindu-se – ca și în cazul dreptului concurenței în general – realizarea unei duble protecții, adică nu numai a comercianților și industriașilor, ci și protecția colectivității împotriva abuzurilor pe care cei dintâi, atât în exercitarea activității profesionale, cât și în utilizarea mijloacelor publicitare sau alte metode, se manifestă abuziv.

Această idee a dublei protecții sau a dublei finalități a concurenței neloiale are consecințe practice deosebit de importante, întrucât conduce la o altă idee, aceea a reprimării abuzurilor, independent de orice încălcare directă a unui anumit drept subiectiv, deschizându-se și calea, pentru unele

asociații profesionale sau de consumatori, de a sta în justiție în acțiuni având un atare obiect³⁸.

Aceste evoluții conceptuale care au avut loc în timp nu puteau să nu se repercuteze și asupra raporturilor dintre dreptul concurenței și ramurile tradiționale ale dreptului. În această privință trebuie menționate desprinderile treptate din sfera dreptului comercial a „dreptului maritim”, „dreptului fluvial”, „dreptului aerian”, „dreptul cambial”, toate acestea căpătându-și, pentru o perioadă mai lungă sau mai scurtă autonomia.

O. Căpățână susține chiar că și „dreptul concurenței”, în ansamblu, s-a desprins din sfera „dreptului comercial”, existând suficiente elemente disociative care elimină riscul de confuzii.

În opinia acestui autor, „elementele disociative” ar fi următoarele:

În primul rând, din punctul de vedere al domeniului de aplicare, dreptul concurenței reglementează nu faptele de comerț (desemnate în prezent prin expresia „activități de producție, comerț sau prestări de servicii”), care alcătuiesc obiectul principal al dreptului comercial, ci fapte perfect distincte, care ar scăpa de sub egida acestuia (câteva exemple, în acest sens fiind: denigrarea unui rival, confuzia provocată deliberat cu produsele unui concurent, practicile concertate de tip monopolist, abuzul de poziție dominantă pe piață, dumpingul, subvențiile la export).

În al doilea rând, sunt deosebiri între finalitatea normelor din cele două ramuri de drept, reglementările din dreptul concurenței promovând o deontologie profesională, în timp ce reglementările dreptului comercial cuprind reglementări mult mai pragmatice. Dreptul concurenței are un pronunțat caracter teleologic, urmărind să imprime un anumit mod de comportare agenților economici, în timp ce astfel de preocupări, chiar dacă nu lipsesc din dreptul comercial, îi depășesc cu siguranță conținutul. Cu alte cuvinte, dreptul concurenței stabilește „ceea ce ar trebui să fie economia de piață”, în timp ce dreptul comercial se ocupă de „ceea ce există efectiv”; ținând ameliorarea climatului economiei de piață, dreptul concurenței se aplică, abstract și depersonalizat, situațiilor din „realitatea imediată”. În dreptul concurenței primează „soluțiile optative”, iar dreptul comercial este dominat de o „strictă pozitivitate”.

Autorul sus-menționat, referindu-se la cele de mai înainte, trage concluzia că „elementele disociative la care s-a referit pot legitima, din punct de vedere teoretic, individualizarea distinctă a dreptului concurenței”.

În condițiile sus-menționate se poate afirma că doar o sinteză a diferitelor concepții exprimate în această materie va permite să se dea o definiție a ceea ce înseamnă azi dreptul comercial și să se clarifice raporturile acestuia cu dreptul concurenței.

Unii autori au considerat că dreptul comercial este, în mod prioritar, un „drept profesional” propriu exercitării profesiei de comerciant. Este o teză, zisă subiectivă, care pune accentul mai mult pe persoane decât pe operațiuni sau bunuri, teză prin care se delimitează domeniul dreptului comercial pornindu-se de la statutul de comerciant. Această teză își găsește, incontestabil originile în evoluția istorică, dreptul comercial rezultând din practicile de negociere din Evul Mediu, ca urmare a necesităților proprii profesiei comerciale. Tot astfel, în continuare, ca urmare a acestor reguli specifice comercianților, au apărut: proceduri de eliminare a comercianților incorecți și falși pentru a se asigura securitatea tranzacțiilor; controlul stabilirii întreprinderilor comerciale prin înmatricularea lor în registrul comerțului; controlul operațiilor comerciale prin punerea la punct a unor principii contabile stricte.

Deci, concepția subiectivă prezintă meritul logicii și simplității; dreptul comercial – în această concepție – este un drept al comercianților, așadar un drept profesional. Dar, această concepție, elaborată de doctrina franceză, prezintă și unele deficiențe – recunoscute de altfel de susținătorii acestei teorii⁴³–, ea fiind contrară principiului „egalității civile” și introducând în dreptul pozitiv o adevărată reglementare corporatistă. În plus, această concepție nu poate fi acceptată având în vedere starea actuală a legislației comerciale, care, după cum este cunoscut, nu mai cuprinde decât foarte puține reglementări specifice așa-numitului drept comercial (pe care denumim o utilizăm în

continuare din motivele arătate anterior în), majoritatea reglementărilor pentru comercianții-profesioniști regăsindu-se în Codul civil actual.

Teza opusă elaborată de teoreticienii francezi ia în considerare, în esență, doar „operația comercială”, adică „actele de comerț”, dreptul comercial – în această viziune – fiind „dreptul actelor de comerț”.

Susținătorii acestei teze arată că: numărul de reguli care, în mod obișnuit, țin de domeniul dreptului comercial, se aplică de asemenea și întreprinderilor necomerciale: societățile civile și grupuri de interese economice; procedurile de tratare a întreprinderilor aflate în dificultate sunt aplicabile asociațiilor, precum și, pe plan mai larg, tuturor persoanelor juridice de drept privat și chiar artizanilor și exploatațiilor agricole; de asemenea, în prezent, dreptul concurenței depășește domeniul dreptului comercial, reglementând și activități civile și administrative (se citează, în acest sens prevederile art.L.410-1 din Codul comercial francez); dreptul și efectele de comerț debardează pur și simplu cadrul activităților comerciale.

Deci, teza obiectivă se distinge, efectiv și esențial, de teza subiectivă, în această viziune dreptul comercial deschizându-se larg spre lumea exterioară, întrucât numeroase activități civile se încadrează în procedurile comerciale, iar datorită acestui fapt, dreptul comercial este aplicabil mai mult lumii afacerilor decât profesiunii de comerciant.

Teza obiectivă, la fel ca teza subiectivă, are partea sa de adevăr, putându-se prevala de o legitimitate istorică, întrucât suprimarea corporațiilor și principiul de egalitate a cetățenilor pledează în favoarea unei definiții obiective a dreptului comercial; deci avem de-a face nu cu un drept al comercianților, ci cu „operațiuni de comerț”⁴⁶. Această concepție este, de asemenea, în armonie cu dezvoltarea economiei capitaliste⁴⁷ și cu concepția monistă a Codului civil român.

Făcându-se o sinteză în această privință, se va constata că dreptul comercial contemporan conține două feluri de reguli: unele prin care se definește statutul comerciantului, condițiile de acces la profesiune și condițiile de exercitare a acestei profesiuni (dreptul comercial propriu-zis, care se aplică în principal societăților așa- zise comerciale) și altele care reglementează activitățile care nu sunt rezervate numai pentru folosința comercianților (normele genrale ale Codului civil român).

Redactorii vechilor Coduri de comerț, care au perceput amploarea dificultăților, au sfârșit prin a adopta un sistem mixt ca o soluție de conciliere între teoriile subiective și cele obiective. Un exemplu în acest sens îl constituie art.1 C.com. francez din 1807 potrivit căruia „sunt comercianți cei care exercită acte de comerț și-și fac din aceasta o profesiune obișnuită” (se constată, din acest text, că comerciantul este definit în același timp prin actele pe care le îndeplinește – criteriul obiectiv și prin profesia pe care o exercită – criteriul subiectiv). Această bivalență impregnează, de altfel, Codul comercial francez în întregime, în literatura juridică⁴⁸ făcându-se observația că nu se va isprăvi această falsă dispută care hrănește Codul comercial (comerciantul este un profesionist care realizează operațiuni comerciale; operațiunea este comercială atunci când este făcută de un comerciant) și, de asemenea, opoziția textelor care au fost concepute pentru a concilia două teze contradictorii și totuși complementare. Acest compromis a fost apreciat ca fiind mediocru, dar care era ineluctabil după suprimarea corporațiilor, iar a nu cunoaște acest lucru, înseamnă a cădea în capcana unui principiu constând în definirea actului de comerț, prin referire la comerciant și comerciantul prin actul de comerț.

Dreptul pozitiv, desigur, poate să se declare de acord (să adere la) cu fiecare dintre aceste analize. Dar, în perioada actuală au fost agravate condițiile proprii profesiunii comerciale (condiții de acces, obligații contabile riguroase, statut social și fiscal particular), care ar putea acredita ideea că ar exista un „drept al profesiunii comerciale”. Însă trebuie observat și faptul că numeroase reglementări au totuși vocația de a governa ansamblul întreprinderilor, nu numai instituțiilor comerciale (cum sunt: procedurile de tratare a întreprinderilor în dificultate, dreptul concurenței, protecția consumatorilor). Or, acest fenomen a provocat o reînnoire (reizbucnire) a analizei doctrinare. De subliniat, mai ales, faptul că în prezent acest fenomen este mult mai amănunțit și mult mai bine studiat în cadrul

dreptului afacerilor, dreptului economic și chiar dreptului profesional.

Vom face, aşadar, în continuare, o expunere sintetică a concluziilor la care s-a ajuns în fiecare dintre aceste trei unghiuri de vedere.

Dreptul afacerilor. În literatura de specialitate⁴⁹ se face aprecierea că denumirea de „drept al afacerilor” permite înlăturarea ambiguităţilor pe care le-a suscitât în decursul timpului „analiza dreptului comercial”.

Aceşti autori consideră că o atare modificare a denumirii („drept al afacerilor”) nu are doar un caracter pur formal, întrucât a permis depăşirea controverselor legate de caracterul obiectiv sau subiectiv al dreptului comercial şi a eliminat-o. Ei consideră că dreptul afacerilor este consacrat studiului juridic al lumii afacerilor, lume care, în mod evident, este animată de comercianţi, dar de asemenea şi de întreprinderi civile; dreptul afacerilor guvernează relaţiile de afaceri şi se ocupă atât de studierea structurilor, cât şi de operaţiunile economice.

De asemenea, se mai consideră că această nouă terminologie permite să se ia cunoştinţă de evoluţia dreptului pozitiv în materie. Dreptul comercial, în această viziune, n-ar mai fi decât „elementul central al unei nebuloase care asociază dreptul fiscal, dreptul social şi dreptul penal”. Numeroşi autori, care aderă la această analiză, remarcă faptul că dezvoltarea intervenţiei şi controlului Statului se traduce prin prezenţa tot mai mare a acestuia (a Statului) în procesele economice. Or, acest intervenţionism ar justifica existenţa unor reguli esenţiale, dar exterioare dreptului comercial: astfel „societatea comercială” nu mai poate fi studiată – fără a fi neglijate realităţile sociale – numai din punct de vedere al legislaţiei societăţilor; dreptul fiscal, social, contabil sau penal ocupă locul lor, adesea esenţial, în studierea acestei instituţii; iar întreg acest ansamblu formează tocmai dreptul afacerilor.

Se mai face sublinierea că apariţia disciplinelor noi condamnă, într-un anumit fel, dreptul comercial la o explozie sau marginalizare, fapt care s-a concretizat, în ţara noastră, prin integrarea dreptului comercial în dreptul civil, potrivit teoriei moniste. Evoluţia aceasta putea fi prezisă chiar şi de dreptul concurenţei şi dreptul consumului, aceste două categorii nefiind nici drept privat, nici drept public, ele scăpând (ieşind din sfera) clasamentelor tradiţionale. Aşa încât, dreptul afacerilor ar permite reconcilierea acestor noi discipline cu materiile mai tradiţionale.

Sunt însă şi autori care, fără a ignora interesul incontestabil al argumentelor sus-menţionate, relevă faptul că expresia de „drept al afacerilor” nu aduce vreo inovare fundamentală în materie. Pluridisciplinaritatea nu constituie doar apanajul susţinătorilor „dreptului afacerilor”, şi că, de altfel, comparându-se lucrările consacrate acestei materii, acest studiu lasă să se întrevadă existenţa unui acord larg în privinţa temelor privitoare la dreptul comercial şi dreptul afacerilor. În consecinţă, se concluzionează că pare justificat să se păstreze expresia de „drept comercial” întrucât în prezent această disciplină nu înţelege să se preocupe numai de comercianţi şi nu interzice să fie tratate şi aspecte noi (cum sunt concurenţa sau consumul) prin care se determină, de asemenea, activitatea comerciantului.

Dreptul economic. Autorii care susţin ideea existenţei unui „drept economic” pun şi ei în evidenţă insuficienţa dreptului comercial pentru acoperirea întregului câmp fenomenologic în această materie. Aceşti autori se distanţează totuşi de cei care susţin „dreptul afacerilor” prin importanţa pe care o atribuie rolului colectivităţilor publice în dezvoltarea relaţiilor economice. Astfel, unii autori consideră că dreptul economic s-ar consacra studiului intervenţiilor puterii publice în economia privată. Alţi autori largesc acest orizont, considerând că întreprinderea constituie elementul fundamental al dreptului economic.

Doctrina mai recentă în materia dreptului economic respinge ambele definiţii sus-menţionate: prima pentru motivul că are un caracter prea limitat, iar cea de-a doua pentru că se bazează pe un pretins consens iluzoriu cu privire la noţiunea de „întreprindere”. Pentru acest motiv, unii autori au şi propus să se dea „dreptului economic” definiţia următoare: „dreptul economic este dreptul concentrării sau colectivizării bunurilor de producţie şi de organizare a economiei de către puterile publice sau private”. În această analiză, accentul este pus, în esenţă, pe relaţiile dintre agenţii

economici privați sau publici, precum și pe raporturile de forță pe care se fundamentează activitățile comerciale.

Fără a ignora total structurile (studiul statutului societăților, de exemplu), dreptul economic, conceput în sensul sus-menționat, preferă să se consacre studiului temelor transversale (mutațiile fundamentale, concentrările capitaliste, integrarea, controlul) care, în realitate, reprezintă resorturile ascunse ale economiei capitaliste.

Această analiză, extrem de bogată și de mare interes, se traduce – așa cum se subliniază în literatura juridică – „printr-o opțiune a societății” și-și propune să releveze anumite aspecte „care jenează buna desfășurare a afacerilor”, aspecte pe care susținătorii dreptului afacerilor ar putea avea tendința să le oculte.

Se face sublinierea că dreptul economic neglijează anumite aspecte pe care dreptul comercial le privilegiază (este vorba de comercianți și societățile comerciale), aspecte care totuși sunt esențiale, așa încât apare – în opinia criticilor dreptului economic – că dreptul comercial constituie elementul necesar, punctul de plecare de la care dreptul economic își desfășoară propria sa analiză, centrată pe „rolul puterilor publice și private”.

Concluzia care se trage din cele expuse mai înainte, în legătură cu „dreptul afacerilor” și „dreptul economic”, este aceea că „dreptul comercial nu diferă în mod substanțial de dreptul afacerilor (al cărui conținut este în mare măsură identic), nici de dreptul economic, deci nu ar fi vorba de o reducere a rolului și importanței acestora, ci doar de o afirmare în sensul că dreptul comercial rămâne nucleul dur de la care alte discipline pot să-și orienteze analiza lor spre chestiuni limitrofe”.

Dreptul profesional. Sfârșitul secolului XX a văzut născându-se o noțiune mult mai largă decât aceea de „comerciant”, noțiune care tinde să integreze noțiunea de „comerciant”; este vorba de noțiunea de „profesionist” care poate fi „orice persoană fizică sau juridică care exercită, cu titlu independent și în mod obișnuit, o activitate economică lucrativă care se înscrie în cadrul unui ciclu economic, în amonteale consumului final”.

Dacă se face abstracție de dreptul consumului, unde profesionistul este opus consumatorului pe care dreptul consumului trebuie să-l protejeze, acest concept (de „profesionist”) ar permite regenerarea dreptului comercial furnizându-i mijlocul de a digera „extensiunile domeniului său, activitățile liberale, artizanale și agricole găsimu-și, în mod natural, locul, ca activități profesionale, alături de activitățile care, în mod tradițional, erau calificate ca fiind comerciale”. Această idee nu este nouă, profesorul Ripert detectând primele manifestări ale unui drept profesional, dar pe care nu a putut, la epoca respectivă, decât să le schițeze. Profesorul Ripert considera cesibilitatea clientelei ca un obiectiv spre care tind toți profesioniștii.

Dar, – în Franța – după ce legiuitorul a consacrat existența „fondului artizanal” (Legea din 5 iulie 1996 art. 22), iar jurisprudența a operat un remarcabil reviriment admitând liceitatea cesiunii clientelei civile, aceasta din urmă s-a lăsat sedusă de noțiunea de „fond liberal”.

S-a pus, așadar, întrebarea dacă prin modalitățile acestei „patrimonializări a clientelei”, chiar dacă sunt criticabile, nu s-a ajuns la o bulversare conceptuală prin care s-a tins spre o apropiere a statutului „profesiunilor liberale” de cel al „profesiunilor comerciale”.

În această privință se recomandă totuși păstrarea unui „optimism fără nuanțe”. Legislația și celelalte categorii de acte normative care au drept obiect „profesiunile” sunt atât de numeroase și de diverse încât ar fi iluzoriu să se spere că se va naște, în viitorul apropiat, un drept profesional coerent. În Franța, de exemplu, prin Legea din 15 mai 2001 referitoare la noile reglementări economice (art.126) a fost modificat art.2061 C. civ. francez pentru a putea fi considerate ca fiind licite „clauzele compromisorii” stipulate în contractele încheiate în cadrul unei activități profesionale. De reținut însă că astfel de modificări sporadice nu sunt suficiente, fiind absolut necesară o „reflecție științifică aprofundată”, prealabilă oricărei voințe politice de reformă în această materie.

Concluzia care se poate trage, în prezent, este aceea că „dreptul comercial” poate fi definit ca „parte a dreptului pozitiv care descrie și analizează statutul și activitățile întreprinderilor industriale și

comerciale”. Fragilitatea fundamentelor teoretice pe care s-a construit ramura dreptului comercial și caracterul lacunar al codificării, care a dus la necesitatea recurgerii la un volum uriaș de legi speciale, a generat în timp o dizlocare a Codului comercial, pe măsură ce domeniul acestei materii s-a extins. Așa încât, în ultima parte a secolului XX dreptul comercial a suferit mutații profunde, inclusiv mentalitățile și practicile comerciale, datorită dezvoltării informaticii, economiei virtuale (noi economii). Mondializarea economiei și a schimburilor comerciale, internetul și comerțul electronic au bulversat, într-adevăr, mentalitățile și practicile comerciale, dar și legislația în materie. Apoi, dimensiunea financiară a economiei s-a accentuat din ce în ce mai mult, caracterizându-se, și ea, prin internaționalizare și volatilitate a capitalurilor investite pe piețele bursiere, iar dreptul comercial, nu putea, firește, să rămână impermeabil la aceste mutații profunde, exemplu în acest sens constituie dezvoltarea dreptului bursier, a dreptului financiar, a dreptului fiscal, a dreptului monetar și valutar, dreptului consumului și, de asemenea, a dreptului concurenței care a căpătat dimensiuni comunitare întrucât regulamentele, directivele, liniile directe, comunicările elaborate de organele Uniunii Europene alcătuiesc „un drept comunitar al concurenței”, regulile sale fiind obligatorii pentru Statele membre.

Desigur că o mare parte din dezvoltările disciplinelor sus-menționate au un caracter de „artificiu” sub aspectul proliferării unor așa-zise „noi ramuri de drept”, pentru că în realitate ele nu sunt decât „specializări disciplinare subsumate dreptului comercial” cum sunt, de exemplu: dreptul societăților, dreptul bursier, dreptul creditelor, dreptul transporturilor, dreptul informaticii etc.

Nu mai puțin însă există și alte discipline care, deși sunt în legătură cu dreptul comercial, nu fac parte din această ramură de drept, cum este cazul dreptului contabil sau dreptului fiscal, un exemplu și mai pertinent fiind dreptul social deoarece evoluția contemporană tinde să asocieze salariații cu întreprinderea prin intermediul comitetelor de întreprindere, negocieri colective și prerogative acordate prin anumite legi referitoare, de exemplu, la modul de tratare a dificultăților întreprinderilor, economia salarială și altele. Deci, dreptul comercial și dreptul social sunt intim înlănțuite, legislația în acest domeniu având o puternică componentă de drept public.

În ceea ce ne privește, considerăm că importantă nu este denumirea sub care s-a încercat să fie plasată această materie: drept comercial, drept al afacerilor, drept economic sau drept profesional, pentru că, în realitate, toate activitățile au un caracter economic: producție, distribuție, comercializare, în final, pe calea schimburilor economice, au sau vor căpăta pe parcurs un caracter comercial. Însă, această vastă panoplie de activități trebuie reglementată, finanțată și impozitată, fiind deci necesare reglementări contabile și fiscale.

De asemenea, toate aceste activități se realizează în cadrul unor relații ce se stabilesc între oameni, organizații, colectivități, țări, iar aceste raporturi nu se pot fundamenta doar pe simple acorduri de voință, liber exprimate, deoarece s-a constatat că acest principiu abstract al libertății s-a transformat într-o dominație abuzivă a celor puternici din toate punctele de vedere: financiară, profesională, poziție dominantă, fiind necesară o reglementare a acestor relații, inclusiv o reglementare a dreptului contractual, reglementări care alcătuiesc în ansamblu „dreptul social” cu care dreptul comercial are legături foarte strânse.

Dar, trebuie distins ceea ce ține, se integrează efectiv și exclusiv în sfera dreptului comercial, și disciplinele cu care dreptul comercial are doar legături, în cadrul unui ansamblu mai larg, indiferent că acestea au sau nu o denumire. Or, privită din acest unghi de vedere, problema dreptului concurenței nu poate fi abordată ca o evoluție în sensul autonomizării sale, pentru că dreptul concurenței se ocupă nu numai de statutul comercianților, ci și de regulile deontologice care guvernează activitățile desfășurate de către comercianți, inclusiv obligațiile de loialitate.

Concluzia noastră este, așadar, că dreptul concurenței constituie o subramură a dreptului comercial, indiferent de dimensiunile pe care acesta le-a căpătat în evoluția sa.

Capitolul 3.

Reforma realizată în cadrul dreptului comunitar al concurenței și reglementări prin care s-au transpus în legislația română noile orientări în acest domeniu

În vederea modernizării aplicării art. 81 și art. 82 din Tratatul CE, a fost adoptat Regulamentul CE nr. 1/2003 din 16 decembrie 2002 privind punerea în aplicare a textelor sus-menționate.

Prin acest regulament au fost introduse principalele inovații în materia practicilor restrictive de concurență și impactul lor asupra întreprinderilor.

Într-o Uniune Europeană care include, în prezent, 28 de state, toate dispunând de autorități în domeniul concurenței, era indispensabil să se regândească regimul de aplicare a dreptului concurenței pentru a se coordona acțiunea acestor autorități și a se asigura o politică coerentă pe calea unei repartizări optime a sarcinilor între aceste autorități.

Exigențele aplicării eficiente și uniforme a regulilor dreptului concurenței implică, în această privință, o rețopire completă a dispozițiilor procedurale de punere în practică a art. 81 și art. 82 din Tratatul CE, întrucât vechiul Regulament CE nr. 17/1962 (primul regulament de aplicare a art. 81 și art. 82 din Tratatul CE) nu mai satisfacea pe deplin exigențele în materie ale unei Uniuni Europene lărgite.

Reforme care trebuiau îndeplinite în domeniu priveau următoarele situații:

a) mai întâi trebuia reformat regimul la nivel administrativ, devenind evident că Direcția specializată din cadrul Comisiei Europene nu dispunea de resurse suficiente pentru a lua cunoștință și a constata infracțiunile de asemenea natură dintr-o Uniune Europeană lărgită, dar și pentru a ghida simultan lumea economică prin intermediul complexităților dreptului concurenței⁶¹;

b) apoi, la 50 de ani de la adoptarea Tratatului de la Roma și în condițiile consolidării bazelor politicii comunitare în materia concurenței, se impunea să fie folosit mai bine sistemul judiciar și să se asigure că justițiabilii vor recurge mai mult la acest sistem în caz de nerespectare a dreptului concurenței, asigurându-se instituindu-se astfel, indirect, un „autocontrol” al sistemului fără să fie necesar să se recurgă la autoritate. În această privință s-a făcut o remarcă pertinentă⁶², arătându-se că în timp ce în Statele Unite ale Americii mai mult de 95% din cauzele ținând de dreptul concurenței sunt de resortul tribunalelor, autoritățile din acest domeniu având o intervenție minoritară în puține cazuri, situația este exact inversă în cadrul Comunității Europene. Așa încât, s-a subliniat că este clar că o adevărată dezvoltare a unei culturi a concurenței – care trebuie să contribuie la creșterea economică a societății – cere să se recurgă mai intens la drept, să intervină mai intens însuși justițiabilul, și să se permită imixtiunea autorităților în cazurile mai importante, în caz de curențe evidente. Cu alte cuvinte, scopul urmărit în materie este acela de a se realiza, într-un fel, o „privatizare” a dreptului concurenței care, până nu demult și chiar și în prezent, rămâne în esență, în Europa, un drept „public” în ceea ce privește aplicarea sa;

c) mai trebuia, în lumina a 40 de ani de experiență dobândită în materie, să se dea Comisiei Europene puteri mărite în constatarea și urmărirea infracțiunilor de această natură.

Prin adoptarea Regulamentului CE nr. 1/2003 s-a urmărit realizarea acestui triplu obiectiv prin care vor fi traduse în viață principalele aspecte ale reformei, și anume: descentralizarea dreptului concurenței prin adoptarea unui regim de excepții legale ale sistemului de notificare prealabilă; armonizarea dreptului aplicabil (dar nu și a dreptului procedural); întărirea cooperării între Comisia Europeană, autoritățile naționale și jurisdicțiile naționale, în special prin crearea „rețelei europene a concurenței”; întărirea puterilor, în materie, ale Comisiei Europene.

În continuare, vom face o prezentare rezumativă a tuturor acestor elemente (aspecte) ale reformei.

Descentralizarea dreptului concurenței. Pentru a se asigura o aplicare uniformă a dreptului concurenței în cadrul Comunității Europene, inițial Comisia Europeană dispunea de un „monopol de exceptare” (în această materie), pe baza prevederilor art. 81 parag. 3 din Tratatul CE. Aceasta însemna că numai Comisia Europeană putea să exoneraze de la aplicarea regulilor concurenței un acord restrictiv de concurență, bineînțeles dacă erau îndeplinite condițiile prevăzute de art. 81 parag. 3. Acest drept de exceptare (exonerare) nu era recunoscut nici jurisdicțiilor naționale, nici autorităților naționale ale concurenței, acestea putând să aplice – direct – doar prevederile art. 81 parag. 1 și ale art. 82, potrivit jurisprudenței de la data respectivă a Curții de Justiție a Comunității Europene.

De reamintit că art. 81 parag. 1 și art. 82 din Tratatul CE (art. 101 parag. 1 și art. 102 TFUE) se referă la „incompatibilitatea cu Piața Comună și interzicerea tuturor acordurilor și deciziilor susceptibile să afecteze comerțul între statele membre”, iar art. 81 parag. 3 (art. 101 parag. 3 TFUE) are în vedere situațiile în care dispozițiile din parag. 1 pot să nu fie aplicate, în anumite condiții.

Singura putere recunoscută organizațiilor naționale în privința art. 81 parag. 3 era aceea de a aplica aceste dispoziții într-un sens „negativ”, adică să constate că aceste condiții, instituite prin textul sus-menționat, nu sunt îndeplinite, sau să aplice regulamentele de exceptare pe categorii, atunci când acestea existau (aceste regulamente stabilesc, pentru anumite tipuri de acorduri, că sunt exceptate dacă sunt îndeplinite anumite condiții).

În timp, s-a realizat că un atare sistem este artificial deoarece art. 81 din Tratatul CE formează un ansamblu și deci exista riscul ca un judecător să interzică un acord dacă acesta contravenea dispozițiilor art. 81 parag. 1, deși acordul respectiv putea să beneficieze de o exceptare conform art. 81 parag. 3. Astfel, atunci când autoritățile sau jurisdicțiile naționale aveau a se pronunța cu privire la validitatea unui acord, având în vedere prevederile art. 81, acord care, în paralel, a făcut obiectul unei notificări către Comisia Europeană, acestea (autoritățile și jurisdicțiile naționale) aveau tendința să suspende cauza în așteptarea unei luări de poziție a Comisiei. Or, de aici rezultau piedici potențial serioase în aplicarea art. 81 de către jurisdicțiile și autoritățile statelor membre⁶⁴.

Acest sistem avea o justificare atâta vreme cât bazele dreptului concurenței nu erau în mod clar stabilite. Dar, pentru a se permite Comisiei Europene să desfășoare în această materie o politică coerentă, a devenit din ce în ce mai dificil ca vechiul sistem să mai poată fi justificat în condițiile în care aceste baze s-au „maturizat” (consolidat) și când aplicarea dreptului concurenței trebuia asigurată, simultan, de un număr tot mai mare de autorități concurente. Deci monopolul Comisiei Europene în această materie trebuia și, efectiv, a fost abolit.

În prezent, orice acord restrictiv de concurență, care îndeplinește condițiile prevăzute de art. 101 parag. TFUE (art. 81 parag. 3 din Tratatul CE), este considerat ca fiind valid din chiar momentul semnării sale, fără notificare făcută Comisiei Europene, și fără emiterea unei decizii de exceptare din partea acesteia. Sistemul anterior al „rezervei autorizării” a fost înlocuit cu un alt sistem de „exceptare legală”.

Așadar, în prezent, art. 101 parag. TFUE (art. 81 parag. 3 din Tratatul CE) i se recunoaște „un efect direct”, cu același titlu ca și celelalte paragrafe din această dispoziție sau a art. 102 TFUE (art. 82 din Tratatul CE).

Acest „efect direct” al art. 81 și art. 82 din Tratatul CE este înscris în art. 1 din noul Regulament CE nr. 1/2003, potrivit căruia: „1. Acordurile, deciziile și practicile concertate vizate de art. 81 parag. 1 al Tratatului care nu îndeplinesc condițiile art. 81 parag. 3 din Tratat sunt interzise, fără a fi necesară o decizie prealabilă în acest scop. 2. Acordurile, deciziile și practicile concertate vizate de art. 81 parag. 1 din Tratat care îndeplinesc condițiile art. 81 parag. 3 din Tratat nu sunt interzise, fără a fi necesară vreo decizie prealabilă în acest scop. 3. Exploatarea abuzivă a unei poziții dominante vizată de art. 82 din Tratat este interzisă, fără a fi necesară o decizie prealabilă în acest scop”.

Preocuparea pentru „descentralizarea” aplicării dreptului concurenței a împins Comisia Europeană să propună o reformă încă și mai fundamentală, prin „suprimarea și a mecanismului de notificare” care exista anterior, ceea ce s-a și realizat.

În prezent, acordurile neconcentrative, cum ar fi, de exemplu, acordurile de parteneriat, de distribuție și altele, nu mai fac obiectul unei notificări la Comisia Europeană. Cu titlu de excepție, pot fi cerute de la Comisia Europeană „orientări informale”, de exemplu când apar dificultăți încă nerezolvate de dreptul comunitar⁶⁵. În literatura juridică⁶⁶ se face însă sublinierea că aceste orientări informale nu vor avea totuși nicio valoare juridică bine precizată, ele apropiindu-se de vechile „lettres de confort”.

Noul Regulament CE nr. 1/2003 este considerat că ușurează constrângerile administrative care apăsau asupra Comisiei Europene și, în mod corelativ, crește răspunderea întreprinderilor care vor trebui – în viitor – să aprecieze singure dacă sunt valide acordurile lor în raport cu exigențele dreptului concurenței⁶⁷.

În legătură cu descentralizarea aplicării dreptului concurenței, în considerentele 2 și 3 din Regulamentul CE nr. 1/2003 sunt statuate următoarele principii cu caracter general: „(2) Se cuvine să se regândească modul în care se aplică excepțiile de la interzicerea acordurilor restrictive de concurență vizate de art. 81 parag. 3 din Tratat. În această privință este cazul, conform art. 83 parag. 2 pct. b) din Tratat, să se țină seama de necesitatea, pe de o parte, de a se asigura o supraveghere eficace și, pe de altă parte, de a se simplifica, în măsura posibilului, controlul administrativ. (3) Regimul centralizat instituit prin Regulamentul CE nr. 17/1962 nu mai este în măsură să asigure echilibrul între aceste două obiective. Pe de o parte, el frânează aplicarea regulilor comunitare ale concurenței de către jurisdicțiile și autoritățile concurenței ale statelor membre și sistemul de notificare pe care acesta îl implică împiedică Comisia Europeană să se concentreze pe reprimarea infracțiunilor cele mai grave. Pe de altă parte, el antrenează costuri importante pentru întreprinderi”.

În consecință, în prezent, notificarea și examinarea unui acord nu mai împiedică judecătorul sau autoritatea națională să se pronunțe, ele putând să declare că un acord restrictiv de concurență îndeplinește sau nu condițiile impuse de art. 101 parag. 3 TFUE (art. 81 parag. 3 din Tratatul CE). Autoritățile naționale pot, între altele, să retragă beneficiul Regulamentului de exceptare pe categorie al unui acord sau practici pe care o consideră incompatibilă cu art. 101 parag. 3 TFUE.

O jurisdicție națională, care este sesizată cu o acțiune în nulitate a unui acord în sensul art. 101 parag. 2 TFUE (art. 81 parag. 2 din Tratat) (și/sau cu orice cerere de acordare de daune-interese), trebuie – în prezent – să aprecieze cu privire la aplicarea condițiilor prevăzute de art. 101 parag. 3 TFUE (art. 81 parag. 3 din Tratatul CE), în cauza ce-i este supusă spre judecare.

În literatura de specialitate s-au pus însă întrebări dacă în practică sistemul de notificare a constituit în realitate o frână în aplicarea art. 81 din Tratatul CE de către jurisdicțiile naționale și dacă era sau nu oportun ca aceasta (notificarea) să fie suprimată. Argumentându-se această îndoială, se consideră că notificarea oferea într-adevăr Comisiei Europene un instrument util pentru ca acest organ să fie mereu informat cu privire la problemele care se întâlnesc în viața economică.

Armonizarea dreptului aplicabil (cu excepția dreptului procedural). Descentralizarea aplicării dreptului concurenței poartă în ea un germen latent de dezintegrare și riscul de a se pune în pericol „aplicarea uniformă a dreptului comunitar” (pericol care a preocupat Comisia Europeană încă de la data publicării, în 1999, a Cărții albe a modernizării dreptului comunitar al concurenței, pct. 42, 51 și 104, în special). Într-adevăr, autoritățile sau jurisdicțiile naționale ar putea fi tentate, întotdeauna, să renaționalizeze acest drept, să protejeze, de exemplu, pe „campionii naționali” (cele mai eficiente, performante întreprinderi) sau, în general, să asigure o aplicare neuniformă cu singura preocupare de a proteja interesele naționale. Tot așa, sectoarele economice ar putea fi tentate să profite de această situație recurgând la „forum shopping”, pentru a alege jurisdicția care le este cea mai favorabilă.

Deci era esențial să fie combinată descentralizarea cu o armonizare mai largă a dreptului material. În acest sens, prin art. 3 din Regulamentul CE nr. 1/2003 a fost definit raportul dintre regulile comunitare și regulile naționale din materia concurenței. În plus, această armonizare se află în corelație cu un regim armonizat în ceea ce privește „sarcina probei”, precum și cu noua Comunicare a Comisiei Europene privind art. 81 parag. 3 din Tratatul CE și noțiunea de „atingere adusă

comerțului între statele membre” (art. 2 din Regulamentul CE nr. 1/2003).

Au rămas nearmonizate regimurile procedurale aplicabile în diferitele state membre, ceea ce poate ridica probleme (de care ne vom ocupa în continuare).

Vom face o prezentare a acestor două dispoziții importante din Regulamentul CE nr. 1/2003 (art. 2 și art. 3) și ne vom referi, de asemenea, și la absența armonizării regulilor procedurale.

a) Raporturile dintre dreptul național și dreptul comunitar din materia concurenței. Dat fiind faptul că toate statele membre ale Uniunii Europene au adoptat legi specifice referitoare la concurență, era necesar – pentru a se asigura o aplicare mai simplă pentru actorii economici – o armonizare a dreptului material aplicabil în cadrul Uniunii Europene, fundamentată pe modelul (bine stabilit în prezent) al art. 101 și art. 102 TFUE (art. 81 și art. 82 din Tratatul CE).

Până la data adoptării Regulamentului CE nr. 1/2003, jurisprudența comunitară a fost aceea care a consacrat principiul „dublei bariere” care autoriza autoritățile și jurisdicțiile naționale să-și aplice propriile lor reglementări în materia concurenței alături (sau împreună) cu prevederile art. 81 și art. 82 din Tratatul CE, cu condiția însă de a nu se aduce atingere „efectului util” al regulilor comunitare ale concurenței.

În timp, s-a constatat că acest sistem era din ce în ce mai puțin satisfăcător în cadrul unei piețe unice largite unde întreprinderile se loveau de reguli diverse, uneori chiar contradictorii, fiind deci necesară o revizuire a sistemului, aceasta „pentru a se garanta punerea în practică efectivă a regulilor comunitare ale concurenței, ca și o bună funcționare a mecanismului de cooperare” și, de asemenea, „pentru crearea în cadrul pieței interioare a unor condiții de concurență omogene referitoare la acordurile dintre întreprinderi, deciziile asociațiilor de întreprinderi și practicile concertate” (considerentul 8 din Regulamentul CE nr. 1/2003).

S-a considerat că noțiunea de „efect asupra comerțului între statele membre” nu ar putea fi înțeleasă cu certitudine (claritate) în toate cazurile, existând deci un risc ca unele întreprinderi, condamnate în temeiul art. 101 și art. 102 TFUE, să poată, în anumite cazuri, să obțină anularea hotărârilor judecătorești tocmai pentru „lipsa efectului asupra comerțului”. De aceea, pentru a se evita o atare problemă, s-a decis – și acest lucru este important de subliniat – că autoritățile și jurisdicțiile naționale vor putea continua să aplice simultan atât dreptul comunitar, cât și dreptul național al concurenței pentru unul și același comportament. Totuși, în prezent, ele sunt obligate să aplice și art. 101 și art. 102 TFUE atunci când aplică regulile naționale ale concurenței, în cazul acordurilor și practicilor care sunt susceptibile să afecteze comerțul între statele membre. Așa încât, riscul contradicției sau al neuniformității de aplicare a regulilor de drept poate fi exclus, din moment ce condițiile materiale de aplicare a art. 101 și art. 102 TFUE din Tratatul CE sunt îndeplinite.

În plus, s-a mai prevăzut că aplicarea dreptului național al concurenței în cazul acordurilor și practicilor concertate în sensul art. 81 par. 1 din Tratatul CE (actualul art. 101 par. 1 TFUE) nu poate antrena interdicția acordurilor, deciziilor și practicilor concertate dacă nu sunt, de asemenea, interzise în virtutea dreptului comunitar al concurenței (art. 3 par. 1 și 2 din Regulamentul CE nr. 1/2003).

Deci, art. 3 din Regulamentul CE nr. 1/2003 asigură armonizarea totală a dreptului concurenței în toate statele membre atunci când practica incriminată are „un efect potențial asupra comerțului între statele membre”.

Totuși, există o excepție de la această regulă, atunci când anumite state membre dispun de reguli mai stricte pentru condamnarea comportamentelor unilaterale decât cele prevăzute de art. 82 din Tratatul CE (actual art. 102 TFUE), în cazul comportamentelor abuzive în privința întreprinderilor economice dependente⁷¹.

În considerentul nr. 8 din Regulamentul CE nr. 1/2003 (frazele finale) se prevede că „Prezentul regulament nu ar trebui să împiedice statele membre să adopte și să aplice, pe teritoriul lor, legislații naționale în materia concurenței mai stricte, care interzic sau sancționează comportamentul unilateral al întreprinderilor. Aceste legislații naționale mai stricte pot include dispoziții care interzic sau sancționează comportamentul abuziv față de întreprinderi dependente din punct de vedere

economic. În plus, prezentul regulament nu se aplică legislațiilor naționale care impun sancțiuni penale persoanelor fizice, cu excepția cazului în care aceste sancțiuni constituie mijloacele de a asigura aplicarea normelor referitoare la concurență aplicabile întreprinderilor”.

Cu toate acestea, cazurile în care ar putea interveni această excepție ar trebui limitate. În art. 3 par. 3 din Regulamentul CE nr. 1/2003 se mai prevede că „aplicarea dispozițiilor dreptului național care vizează, în principal, un obiectiv diferit decât cel vizat de art. 81 și art. 82 din Tratatul CE (art. 101 și art. 102 TFUE), nu este împiedicată dacă nu sunt aduse atingeri principiilor generale și altor dispoziții de drept comunitar”. Această excepție vizează în special dispozițiile naționale referitoare la concurența neloială care pot să privească interzicerea, pentru întreprinderi, „de a impune unui partener comercial să obțină sau să încerce să obțină de la acesta condiții comerciale nejustificate, disproporționate sau fără contrapartidă” (considerentul 9 din Regulamentul CE nr. 1/2003).

b) Armonizarea regulilor referitoare la sarcina probei. Pentru a se asigura concomitent respectarea regulilor comunitare ale concurenței, dar și a dreptului fundamental la apărare, prin art. 2 din Regulamentul CE nr. 1/2003 s-a definit un regim comun cu privire la „sarcina probei”, în aplicarea prevederilor art. 81 și art. 82 din Tratatul CE (art. 101 și art. 102 TFUE).

Prin art. 2 din Regulament se codifică, în fapt, jurisprudența Curții de Justiție în materie, conținutul său fiind următorul: „în orice procedură națională sau comunitară de aplicare a art. 81 și art. 82 din Tratatul CE, sarcina probei unei încălcări a art. 81 par. 1 sau a art. 82 din Tratatul CE revine părții sau autorității care invocă încălcarea. Întreprinderii sau asociației de întreprinderi care invocă beneficiul art. 81 par. 3 din Tratatul CE îi revine sarcina de a dovedi că sunt îndeplinite condițiile din respectivul paragraf”.

Prin considerentul 9 din Regulamentul CE nr. 1/2003 se face precizarea că „Prezentul regulament nu aduce atingere nici regulilor naționale cu privire la nivelul probei cerute, nici obligației pe care o au autoritățile din domeniul concurenței și jurisdicțiilor statelor membre de a stabili faptele pertinente ale unei cauze, în măsura în care aceste reguli și obligații sunt compatibile cu principiile generale ale dreptului comunitar”.

În legătură cu descentralizarea aplicării dreptului concurenței, Comisia Europeană a publicat „linii directoare” prin care s-au adus clarificări în legătură cu: „conținutul art. 81 par. 3 din Tratatul CE” și conceptul de „efect asupra comerțului între statele membre”.

Descentralizarea aplicării art. 81 par. 3 din Tratatul CE a determinat Comisia Europeană să publice „linii directoare” cu privire la aplicarea acestui paragraf. Este vorba de linii directoare complexe prin care sunt impuse exigențe de analiză economică care incumbă judecătorilor, autorităților și părților (fiind îndoielnic faptul că aceștia ar fi echipați pentru a proceda la astfel de analize).

În ceea ce privește buna aplicare a prevederilor art. 3 din Regulamentul CE nr. 1/2003, de care depinde aplicarea uniformă a regimului art. 81 și art. 82 din Tratatul CE, Comisia Europeană a publicat „linii directoare” cu privire la noțiunea de „efect asupra comerțului între statele membre”. Aceste linii directoare comportă în esență un rezumat al jurisprudenței în materie, prin care nu se aduce nicio noutate. Cu toate acestea, pentru prima oară, Comisia Europeană încearcă să definească – în mod cantitativ – cazurile în care comerțul nu este afectat „în mod sensibil”. Se consideră că aceasta este situația dacă partea de piață cumulată a părților implicate este inferioară procentului de 5% și cifra de afaceri a părților este inferioară sumei de 40 milioane de euro (în cazul unui acord vertical, este vorba de cifra de afaceri a furnizorului).

În literatura juridică se trage și o concluzie în această privință. În primul rând, se face observația că aplicarea regulilor concurenței a fost profund regândită. Articolul 101 par. 1 TFUE nu se va mai aplica oricărei restricții impuse părților, ci se cere „în afara anumitor «clauze notorii» – cartelului de prețuri, împărțirea piețelor etc. – producerea unui efect pe piață. Aceasta implică faptul ca părțile să aibă o anumită «putere de piață»”. Articolul 101 par. 3 TFUE devine, în consecință, mai strict și cere o adevărată „eficiență” care compensează efectul restrictiv al concurenței. Liniile

directoare referitoare la art. 101 parag. 3 TFUE stabilesc, în această privință, exigențe ridicate în ceea ce privește proba în materie.

c) Absența armonizării regimului procedural. Dacă dreptul material al concurenței este în prezent armonizat în cadrul Uniunii Europene, în schimb regimurile procedurale diferă încă foarte mult în funcție de statele membre. De exemplu, în materie de sancțiuni, aceeași infracțiune poate da loc – în raport cu autoritatea care a tratat-o – fie la o pedeapsă cu închisoarea (Regatul Unit), fie la amenzi în cantumuri diferite, cu baze de amendare diferite și reguli diferite de deductibilitate fiscală etc. Așadar, introducerea unui regim procedural comun pentru aplicarea dreptului concurenței se impune pentru viitor.

Absența unui regim procedural armonizat în această materie poate ridica probleme cu diferite grade de dificultate, la care ne vom referi în continuare.

De exemplu, este cazul unor programe de clemență care permit întreprinderilor care vor să pună capăt participării lor la o înțelegere ilicită și să colaboreze activ la desființarea acesteia să obțină imunitate sau o reducere a amenzii, cu anumite condiții. Efectivitatea deosebită a acestui instrument pentru combaterea cartelurilor a stimulat cea mai mare parte a autorităților din domeniul concurenței să se doteze cu astfel de programe. Aceste programe oferă, în condiții variabile, imunitatea totală sau o reducere semnificativă a amenzilor care se aplică în mod normal membrilor unui cartel care, în mod spontan și liber, aduc la cunoștința autorităților competente informații cu privire la cartel, înainte sau în timpul fazei de investigare. Condițiile acestor programe diferă, adesea, considerabil. Unele condiționează imunitatea sau amenzile de încetarea imediată a infracțiunii (de exemplu, în Belgia), în timp ce altele cer continuarea participării pentru a fi „spionați” ceilalți și a se aduna probe (de exemplu, în Germania). O altă diferențiere este aceea că în unele țări (Belgia și Lituania) cererea se face în scris, ceea ce întreprinderile evită, întrucât atare documente ar trebui să fie produse în cadrul unei proceduri de „discovery” (în Statele Unite ale Americii). Deci ar fi util să se admită ca atare informări să poată fi făcute oral, așa cum se și întâmplă de fapt în unele state membre.

Ar fi util să se evite ca alte întreprinderi să poată primi o copie după documentele de clemență (întrucât le-ar permite acestora să se folosească de ele, de exemplu, în cadrul unei acțiuni în indemnizare în Statele Unite contra solicitantului de clemență), sau să se instituie un sistem de consultare a acestor documente, cum există deja în cadrul Comisiei Europene.

În orice caz, Regulamentul CE nr. 1/2003 nu impune statelor membre obligația de a prevedea programe de clemență și nici nu armonizează modalitățile de aplicare a programelor de clemență naționale deja existente.

S-a convenit totuși că autoritățile nu pot să schimbe informații obținute în cadrul cererilor de clemență, afară de cazul în care ar exista un acord expres în acest sens din partea întreprinderilor sau dacă autoritatea cu care a avut loc schimbul a fost de asemenea abordată cu o cerere de clemență. Problema absenței armonizării procedurilor este problematică și din alte puncte de vedere, în special în ceea ce privește standardele protecției drepturilor persoanelor particularilor, care diferă în funcție de statele membre. Se pune problema în ce măsură o întreprindere poate fi condamnată într-un stat membru pe baza probelor colectate într-un alt stat care nu respectă în același mod toate garanțiile prevăzute în materie, în privința inspecțiilor efectuate (de exemplu: va fi necesar un mandat judiciar prealabil?; pot fi făcute ascultări telefonice? etc.), sau în materie de solicitări de informații (de exemplu, în ceea ce privește dreptul de a nu se autoincrimina), referitor la dreptul secretului profesional al avocaților, la regulile în materie de acces la dosar, la regulile în materie de recurs contra sancțiunilor, la regulile referitoare la caracterul suspensiv al recursului etc.?

Fiind conștient de toate aceste probleme, Consiliul Europei a indicat, în considerentul 37 din Regulamentul CE nr. 1/2003 că „prezentul regulament respectă drepturile fundamentale și principiile recunoscute în special de Carta drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene. În consecință, el trebuie interpretat și aplicat cu respectarea acestor drepturi și principii”.

S-a pus însă întrebarea – de unii autori – dacă o atare declarație vagă de principiu este suficientă pentru a se garanta drepturile întreprinderilor în cauză.

Cooperarea amplificată între Comisia Europeană și autoritățile și jurisdicțiile naționale și crearea unei rețele europene a concurenței (REC). Pentru a se asigura o aplicare a regulilor comunitare ale concurenței, era indispensabil să se prevadă o bază legală pe care să fie așezată competența autorităților de a aplica prevederile art. 81 și art. 82 din Tratatul CE.

În prezent, Comisia Europeană, autoritățile din domeniul concurenței din statele membre și jurisdicțiile naționale dispun de o competență concurentă în privința aplicării art. 101 și art. 102 TFUE.

În ceea ce privește Comisia Europeană, în art. 4 din Regulamentul nr. 1/2003 se prevede că: „Pentru aplicarea art. 81 și 82 din Tratatul CE (art. 101 și art. 102 TFUE), Comisia Europeană dispune de competențele prevăzute în prezent de regulament (adică de a lua în special decizii de constatare și de încetare a unei infracțiuni, de a ordona măsuri provizorii, de a lua decizii prin care se ia act de angajamentele părților implicate și de a lua decizii prin care constată neaplicarea art. 81 și 82 din Tratatul CE)”.

Referitor la autoritățile din domeniul concurenței din statele membre, prin art. 5 din Regulament se prevede că: „Autoritățile naționale ale concurenței din statele membre sunt competente să aplice art. 81 și 82 din Tratatul CE (actuale art. 101 și art. 102 TFUE) în cazuri individuale. În acest scop, ele pot, acționând din oficiu sau sesizate printr-o plângere, să adopte deciziile următoare: să ordone încetarea unei infracțiuni; să ordone măsuri provizorii; să accepte angajamente; să aplice amenzi, penalități sau orice altă sancțiune prevăzută de dreptul național.

Atunci când se consideră, pe baza unor informații de care ele dispun, că nu sunt îndeplinite condițiile unei interdicții, ele pot, de asemenea, să decidă că nu este cazul ca ele să intervină”.

În ceea ce privește jurisdicțiile naționale, acestea îndeplinesc o funcție esențială în aplicarea regulilor concurenței întrucât ele protejează drepturile subiective prevăzute de dreptul comunitar atunci când se statuează în cadrul litigiilor dintre particulari, mai ales atunci când acordă daune-interese victimelor infracțiunilor în materie. În art. 6 din Regulamentul CE nr. 1/2003 se prevede că: „Jurisdicțiile naționale sunt competente să aplice art. 81 și 82 din Tratatul CE (art. 101 și art. 102 TFUE)”.

Dar pentru a se asigura o aplicare omogenă a dreptului comunitar, trebuia să se meargă și mai departe și să se instituie mecanisme de coordonare. De aceea, descentralizarea regulilor comunitare către organizațiile naționale este însoțită, pe de o parte, de o cooperare între autoritățile din domeniul concurenței, realizată prin intermediul unei „Rețele Europene a Concurenței” (REC), iar, pe de altă parte, de o întărire a cooperării între jurisdicțiile naționale și Comisia Europeană.

a) Cooperarea dintre autoritățile naționale din domeniul concurenței. Potrivit considerentului nr. 15 din Regulamentul CE nr. 1/2003, „Comisia și autoritățile din domeniul concurenței din cadrul statelor membre ar trebui să formeze împreună o rețea de autorități publice care să aplice normele comunitare ale concurenței în strânsă cooperare, în acest scop, fiind necesar să se instituie sisteme de informare și consultare. Comisia, în strânsă cooperare cu statele membre, stabilește și modifică și alte modalități de cooperare în cadrul rețelei”.

De asemenea, în art. 11 par. 1 din Regulamentul CE nr. 1/2003 se prevede că, în ceea ce privește Comisia Europeană, aceasta și autoritățile din domeniul concurenței din statele membre „aplică normele comunitare referitoare la concurență în strânsă cooperare”.

În acest scop, Regulamentul CE nr. 1/2003 instituie un mecanism de informare și consultare, permițând, între altele, Comisiei Europene să fixeze și să modifice (dacă este cazul), dar în strânsă cooperare cu statele membre, modalitățile detaliate ale cooperării în cadrul rețelei.

Regulile referitoare la cooperarea dintre Comisie și autoritățile naționale ale concurenței sunt definite prin art. 11-14 și art. 16 par. 2 din Regulamentul CE nr. 1/2003.

Vom face o prezentare sistematizată a conținutului acestor reguli pe grupe problematice distincte, și anume: schimbul de informații între autoritățile din domeniul concurenței în scopul comunicării de probe; informații cu privire la inițierea de proceduri în curs în vederea repartizării cauzelor; repartizarea cauzelor între autorități; informații cu privire la procedurile în curs în vederea

armonizării pozițiilor; posibilitățile de consultare a Comisiei Europene; crearea de subgrupe sectoriale ale rețelei; comitetul consultativ; desemnarea autorităților din domeniul concurenței ale statelor membre.

Schimbul de informații între autorități în scopul comunicării de probe. Regulile referitoare la funcționarea REC prevăd obligația schimburilor de informații (inclusiv confidențiale sau acoperite de secretul afacerilor) și posibilitatea de utilizare a acestor informații ca elemente de probă.

Potrivit considerentului nr. 16 din Regulamentul CE nr. 1/2003 „... schimbul de informații și utilizarea unor asemenea informații ca mijloc de probă ar trebui permise între membrii rețelei, chiar și atunci când informațiile sunt confidențiale. Informațiile în cauză pot fi folosite pentru aplicarea art. 81 și 82 din Tratatul CE, precum și pentru aplicarea în paralel a legislației naționale concurente, cu condiția ca aplicarea acesteia din urmă (legislația națională) să se raporteze la aceeași cauză și să nu ducă la un rezultat diferit. Atunci când informațiile schimbate sunt folosite de către autoritatea care le primește pentru a impune sancțiuni întreprinderilor, nu ar trebui să existe alte limite la utilizarea informațiilor decât obligația de a le utiliza în scopul pentru care au fost colectate, dat fiind faptul că sancțiunile impuse asupra întreprinderilor sunt de același tip în toate sistemele. Drepturile la apărare de care beneficiază întreprinderile în diferite sisteme pot fi considerate ca fiind suficient de echivalente. Totuși, în ceea ce privește persoanele fizice, acestea pot fi supuse unor tipuri de sancțiuni substanțial diferite de la un sistem la altul. În acest caz, este necesar să se asigure faptul că informațiile pot fi folosite numai în cazul în care au fost obținute prin respectarea aceluiași nivel de protecție a drepturilor de apărare ale persoanelor fizice ca acela prevăzut de normele naționale ale autorității care le primește”.

De subliniat însă că în textul sus-menționat se face precizarea că dispozițiile sale sunt aplicabile numai în cazul când prin schimbul de informații „nu se aduce atingere unor dispoziții naționale contrare”. Formularea exactă este următoarea: „Fără a se aduce atingere oricăror dispoziții naționale contrare, schimbul de informații și utilizarea unor asemenea informații ca mijloace de probă ar trebui permise între membrii rețelei, chiar și atunci când informațiile sunt confidențiale...”

Acest text a fost interpretat de unii autori în sensul că toate regulile tradiționale ale statelor membre prin care este interzisă comunicarea de informații autorităților străine au fost înlăturate.

Părerea noastră este că nu sunt înlăturate „dispozițiile contrare din legislațiile naționale prin care sunt interzise anumite schimburi de informații, nu schimburile de informații în general”.

Prin art. 11 parag. 2 din Regulament se impune, mai întâi, Comisiei Europene să „transmită autorităților din domeniul concurenței din statele membre o copie după piesele mai importante pe care ea le-a cules în vederea aplicării puterilor sale decizionale”. Se mai prevede că „Dacă autoritatea din domeniul concurenței unui stat membru o cere, Comisia îi furnizează copii și de pe alte documente existente care sunt necesare evaluării cauzei”.

Schimbul de informații permite, de asemenea, autorităților naționale (fără însă să le oblige) de a-și comunica între ele elemente de probă utile procedurilor în curs, și aceasta atât în scopul aplicării art. 81 și art. 82 din Tratatul CE (art. 101 și art. 102 TFUE), cât și pentru aplicarea în paralel a dreptului național al concurenței „cu condiția ca, în acest ultim caz, aplicarea legislației naționale să se raporteze la aceeași cauză și să nu ducă la un rezultat diferit” (considerentul nr. 16 din Regulamentul CE nr. 1/2003).

Articolul 12 parag.1 din Regulament prevede în acest scop posibilitatea pentru autoritățile naționale respective de a utiliza probele obținute prin acest schimb. În acest articol se prevede că „În scopul aplicării art. 81 și 82 din Tratatul CE, Comisia și autoritățile din domeniul concurenței ale statelor membre pot să facă schimb sau să utilizeze ca mijloc de probă orice element de fapt sau de drept, inclusiv informații confidențiale”.

Totuși, prin art. 12 parag. 2 este limitată utilizarea documentelor numai în cadrul procedurilor și în cauzele referitoare la concurență.

„Informațiile schimbate nu pot fi utilizate ca mijloace de probă decât în scopul aplicării art. 81 și 82 din Tratatul CE și în scopul pentru care au fost colectate de către autoritatea care le transmite.

Totuși, atunci când legislația națională referitoare la concurență se aplică în aceeași cauză și în paralel cu dreptul comunitar al concurenței, iar rezultatul nu este diferit, informațiile schimbate în temeiul prezentului articol pot fi folosite și pentru aplicarea legislației naționale referitoare la concurență”.

În legătură cu acest text, s-ar putea pune întrebarea dacă este legitimă utilizarea informațiilor obținute de un stat membru, în conformitate cu garanții procedurale diferite de cele care prevalează într-un alt stat membru, pentru a se aplica pedepse cu închisoarea sau alte pedepse persoanelor fizice, pedepse care nu sunt prevăzute în primul stat membru?

Pentru a se preveni orice critică în această privință, prin art. 12 parag. 3 din Regulament sunt prevăzute următoarele: „Informațiile schimbate în temeiul alin.(1) pot fi folosite ca mijloc de probă pentru a se impune sancțiuni persoanelor fizice atunci când:

– legislația autorității care le transmite prevede sancțiuni asemănătoare în cazul încălcării art. 81 sau art. 82 din Tratatul CE sau, în absența acestora,

– informațiile au fost obținute într-un mod în care se asigură același nivel de protecție a drepturilor la apărare ale persoanelor fizice ca și cel prevăzut de normele naționale ale autorității care le primește. Totuși, în acest caz, informațiile schimbate nu pot fi utilizate de către autoritatea care le primește pentru a impune sancțiuni privative de libertate”.

De notat că schimbul de informații confidențiale este susceptibil de a ridica probleme legate de divulgarea unor date sensibile în interiorul rețelei, atunci când este vorba de informații transmise de întreprinderi autorităților în cadrul cererilor de clemență.

De asemenea, este de subliniat și faptul că nu există o definiție comună pentru toate autoritățile a „secretelor de afaceri”, ceea ce poate duce la situația ca o piesă comunicată în cadrul schimbului de informații să devină ulterior inutilizabilă dacă, de exemplu, printr-o hotărâre judecătorească se ordonă retragerea dosarului, când piesele schimbate vor fi adesea în limbi străine neînțelese de autoritatea care le primește etc.

Informații cu privire la inițierea procedurilor în curs în vederea repartizării cauzelor. Articolul 11 parag. 3 din Regulamentul CE nr. 1/2003 impune autorităților din domeniul concurenței din statele membre ca „atunci când acționează în temeiul art. 81 și art. 82 din Tratatul CE să informeze în scris Comisia Europeană, înainte sau imediat după luarea primelor măsuri formale de investigație. Aceste informații pot fi puse, de asemenea, la dispoziția autorităților concurente ale altor state membre”.

Acest schimb de informații se realizează prin intermediul unui site Internet securizat.

Procedura sus-menționată permite să se coordoneze acțiunile autorităților în materie și, după caz, să se repartizeze cauzele între aceste autorități.

Regulile în această privință sunt definite într-o „comunicare” a Comisiei Europene.

În practică, prima informare a rețelei despre deschiderea anvizajată a unei proceduri către celelalte autorități un răgaz de două luni în cursul căruia ele pot să-și manifeste interesul pentru cauza respectivă.

Dacă deschiderea unei cauze a fost determinată de o cerere de clemență, procedura prevăzută de art. 11 parag. 3 poate ridica unele probleme, întrucât ea permite altor autorități de a iniția asemenea proceduri cu privire la infracțiunile respective, așa încât întreprinderea care a făcut cererea de clemență este expusă la riscuri importante care vor contracara atracția pe care ar prezenta-o, teoretic, programele de clemență. Or, tocmai pentru a se evita astfel de situații, în parag. 39 din „comunicarea” Comisiei Europene referitoare la cooperarea între autoritățile din domeniul concurenței au fost prevăzute reguli speciale.

Autoritățile se angajează în această privință să nu utilizeze informațiile obținute în baza art. 11 parag. 2 și 3 din Regulamentul CE nr. 1/2003 pentru a deschide o anchetă dacă în legătură cu cauza respectivă s-a făcut o cerere de clemență.

În plus, informațiile comunicate din propria sa inițiativă de către cel care a făcut cererea de clemență nu vor fi transmise altor membri ai rețelei decât cu consimțământul acestuia. La fel și în ceea ce privește informațiile obținute ca urmare a unei inspecții realizate grație cooperării celui care

a făcut cererea de clemență.

În schimb, dacă autoritatea destinată se angajează în scris să nu aplice sancțiuni celui care a făcut cerere de clemență, ea poate să se folosească de aceste informații.

Aceste reguli au făcut obiectul unei declarații comune a tuturor autorităților din domeniul concurenței, declarație care le angajează în acest sens.

Repartizarea cauzelor între autoritățile din domeniul concurenței din statele membre. Atribuirea cauzelor între autoritățile naționale și Comisia Europeană va urma regula „autoritatea cea mai bine plasată” care corespunde unor trei condiții cumulative: origine, punere în practică sau efectul acordului asupra teritoriului, capacitate practică și juridică pentru a face să înceteze infracțiunea și să aducă probe determinante.

Pentru a se asigura o repartizare optimă a cauzelor în cadrul rețelei, Regulamentul CE nr. 1/2003 permite unei autorități din domeniul concurenței să suspende sau să închidă o cauză atunci când o altă autoritate tratează sau a tratat aceeași cauză.

Astfel prin art. 13 din Regulament se prevede că „(1) Atunci când autoritățile din domeniul concurenței din două sau mai multe state membre primesc o plângere sau acționează din oficiu în temeiul art. 81 și 82 din Tratatul CE împotriva aceluiași acord, aceleiași decizii a unei asociații sau aceleiași practici, faptul că o autoritate se ocupă deja de cauză reprezintă un motiv suficient pentru ca celelalte să suspende procedurile inițiate sau să respingă plângerea. Comisia poate, de asemenea, să respingă plângerea pe motiv că o autoritate din domeniul concurenței a unui stat membru se ocupă de respectiva cauză. (2) Atunci când o autoritate din domeniul concurenței a unui stat membru sau Comisia primește o plângere împotriva unui acord, a unei decizii a unei asociații sau a unei practici de care s-a ocupat deja o altă autoritate din domeniul concurenței, ea poate să o respingă”.

Așadar, decizia de atribuire a cauzelor rămâne, în definitiv, de resortul fiecărei autorități, ea nefiind luată de rețea. Totuși, în considerentul 18 din Regulamentul CE nr. 1/2003 se face precizarea că obiectivul urmărit este acela ca „fiecare cauză să nu fie tratată decât de o singură autoritate”. Ideea este că dacă, de exemplu, o autoritate nu are timpul necesar să se ocupe de o cauză, o altă autoritate ar putea-o trata în locul ei. Astfel, resursele disponibile pot fi utilizate în modul cel mai rațional posibil.

Dar, în pofida acestei dispoziții din Regulament, teoretic o cauză poate fi examinată în paralel de mai multe autorități. Iar în acest caz, una dintre ele ar putea fi desemnată ca fiind conducătoare. Aceasta, desigur, nu înseamnă nicidecum că o autoritate franceză, de exemplu, s-ar putea ocupa de o cauză spaniolă. Deși nu există reguli stricte în această privință, nu s-ar putea concepe ca o autoritate franceză să se pronunțe în legătură cu o practică care nu produce efecte în Franța (fără a mai vorbi de dificultatea de a se obține probe despre o infracțiune care s-a produs într-o țară terță). Ca atare, este evident că trebuie căutată autoritatea cea mai bine plasată pentru a cunoaște cauza.

Pentru a se stabili care este autoritatea cea mai bine plasată trebuie îndeplinite trei condiții: comportamentul părților trebuie să aibă efecte semnificative pe teritoriul autorității în cauză; autoritatea trebuie să fie capabilă să adune informații pertinente; autoritatea trebuie să aibă capacitatea de a putea obține ca infracțiunea să înceteze. Cu alte cuvinte, trebuie să existe o legătură materială între infracțiune și teritoriul autorității în cauză.

Comisia Europeană se va considera ca fiind cea mai bine plasată atunci când acordul sau practica în cauză va produce efecte în mai mult de trei state membre sau dacă respectiva cauză prezintă un „interes comunitar” specific. Între altele, Comisia Europeană va putea, în orice moment, să desesizeze autoritatea competentă inițial și să deschidă ea însăși o procedură.

Invers, faptul că o cauză nu este analizată de nicio altă autoritate nu constituie, desigur, o piedică în privința facultății Comisiei Europene de a respinge o plângere pe considerentul că lipsește interesul comunitar (jurisprudența Curții de Justiție a Comunității Europene fiind constantă în acest sens).

În literatura juridică se face sublinierea că este clar că un atare sistem care nu comportă reguli constrângătoare de repartizare a cauzelor antrenează un anumit risc de „forum shopping”,

întreprinderile având tendința de a-și supune cauzele lor autorității care li se pare că ar fi „cea mai favorabilă”. Iar, potrivit Comisiei Europene, această situație n-ar fi în sine negativă, întrucât efectul riscă să inducă o concurență sănătoasă între autorități pentru a fi percepute ca fiind „cea mai bună”. Mai problematic este însă faptul că aceeași infracțiune poate da naștere la urmăriri paralele și decizii neconcordante, chiar contradictorii.

În consecință, s-ar putea pune întrebarea dacă ar fi putut fi instituit un sistem mai ambițios cu o alocare obligatorie a cauzelor unei singure autorități și, după caz, „recunoaștere mutuală” a deciziei fiecăreia dintre autorități față de celelalte.

S-ar mai putea pune și o altă întrebare, și anume dacă lipsa unor reguli constrângătoare cu privire la repartizarea cauzelor între autorități și suprimarea sistemului anterior de „ghișeu unic” („one stop shop”), inerent exclusivității în ceea ce privește aplicarea art. 81 parag. 3 de către Comisia Europeană, este compatibil cu exigențele constituționale ale unor state membre, în special ale Germaniei, de a fi respectat principiul „judecătorului legal” (art. 101 din Constituția germană instituie dreptul „gesetzlicher Richter” ca fiind un drept fundamental). Aceasta cu atât mai mult cu cât sancțiunile aplicate diferă foarte mult de la un stat membru la alt stat membru, iar decizia de atribuire a unei cauze va putea avea drept consecință faptul că o persoană riscă, de exemplu, să i se aplice sau nu o sancțiune cu închisoarea.

De asemenea, s-ar putea pune și întrebarea dacă existența unor decizii multiple, chiar contradictorii, este compatibilă cu principiul legalității pedepselor și principiul non bis in idem, știut fiind că art. 50 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene interzice urmăririle multiple pentru aceeași infracțiune în cadrul Uniunii Europene.

Informarea cu privire la procedurile în curs în vederea armonizării pozițiilor. Obligația de informare a Comisiei Europene intervine într-un al doilea timp înainte de a fi luată o hotărâre în fond. Prin art. 11 parag. 4 din Regulamentul CE nr. 1/2003, în această privință sunt prevăzute următoarele: „Cel mai târziu cu 30 de zile înainte de adoptarea unei decizii prin care s-ar ordona încetarea unei infracțiuni, s-ar accepta angajamentele sau s-ar extrage beneficiul unui regulament de exceptare pe categorii, autoritățile din domeniul concurenței ale statelor membre informează Comisia în această privință. În acest scop, ele furnizează Comisiei un rezumat al cauzei, decizia preconizată sau, în lipsa acesteia, orice alt document care indică modalitatea de acționare intenționată. Aceste informații pot fi puse, de asemenea, la dispoziția autorităților din domeniul concurenței ale celorlalte state membre. La cererea Comisiei, autoritatea din domeniul concurenței în cauză pune la dispoziția Comisiei alte documente pe care le deține și care sunt necesare pentru evaluarea cauzei. Informațiile furnizate Comisiei pot fi puse la dispoziția autorităților din domeniul concurenței ale altor state membre. Autoritățile naționale din domeniul concurenței pot, de asemenea, face schimb de informații necesare pentru evaluarea unei cauze de care se ocupă, în temeiul art. 81 și 82 din Tratatul CE”.

În esență, această obligație de informare permite Comisiei Europene să intervină pentru a asigura uniformitatea aplicării sistemului și a sugera abordări diferite sau modificări ale deciziilor avute în vedere. Dacă autoritatea națională refuză, Comisia are puterea de a o desesiza deschizând propria sa procedură. În acest sens, prin art. 11 parag. 6 din Regulamentul CE nr. 1/2003 se prevăd următoarele: „Inițierea de către Comisie a procedurilor în vederea adoptării unei decizii în temeiul capitolului III privează autoritățile din domeniul concurenței ale statelor membre de competența lor de a aplica art. 81 și 82 din Tratatul CE. În cazul în care o autoritate din domeniul concurenței a unui stat membru analizează deja o cauză, Comisia inițiază proceduri numai după ce se consultă cu autoritatea națională în cauză”.

Această regulă nu este nouă întrucât era deja prevăzută în art. 9 parag. 3 din Regulamentul nr. 17/1962.

Definiția „deschiderii procedurii” este dată prin art. 2 din Regulamentul Comisiei nr. 773/2004 din 7 aprilie 2004 privind conducerea procedurilor în materie de concurență.

Prin art. 35 parag. 3 din Regulamentul CE nr. 1/2003 se prevede că: „Efectele art. 11 parag. 6 se

aplică autorităților desemnate de statele membre, inclusiv jurisdicțiilor care exercită funcțiuni privind pregătirea și adoptarea tipurilor de decizii prevăzute la art. 5 (solicitarea încetării unei încălcări, dispunerea de măsuri provizorii, acceptarea angajamentelor, impunerea de amenzi, penalități cominatorii sau orice alte sancțiuni prevăzute de legislațiile naționale). Efectele art. 11 parag. 6 nu se aplică instanțelor în măsura în care acestea acționează ca instanțe de recurs în privința tipurilor de decizii prevăzute la art. 5”.

Articolul 35 parag. 4 mai adaugă următoarele: „Fără a se aduce atingere dispozițiilor de la parag. 3, în statele membre în care, pentru adoptarea anumitor tipuri de decizii prevăzute la art. 5, o autoritate introduce o acțiune la o autoritate judiciară care este separată și diferită de autoritatea responsabilă cu investigația, și cu condiția respectării cerințelor prezentului paragraf, efectele art. 11 parag. 6 se limitează la autoritatea responsabilă cu investigarea, care își retrage acțiunea la autoritatea judiciară atunci când Comisia inițiază o procedură. Această retragere pune capăt efectiv procedurii naționale”.

Posibilitatea de a consulta Comisia Europeană⁸⁹. În aceeași preocupare de a se promova cooperarea în cadrul rețelei, s-a considerat că este esențial să fie favorizate întâlnirile între autorități. Aceste întâlniri se organizează, în funcție de sectoarele economice luate în considerare (energie, asigurări...), în cadrul unor subgrupe sectoriale. În prezent există opt subgrupe care au activități mai mult sau mai puțin întinse. Această cooperare permite schimbul de informații, experiențe, rapoarte și studii.

Comitetul consultativ. Într-un mod mai formalizat, statele membre intervin, de asemenea, în cadrul „Comitetului consultativ în materie de înțelegeri și poziții dominante” pentru a se da un aviz cu privire la orice decizie luată de Comisie.

Potrivit art. 14 parag. 1 din Regulamentul CE nr. 1/2003: „Comisia consultă un comitet consultativ în materie de înțelegeri și poziții dominante înainte de a lua o decizie în aplicarea art. 7, 8, 9, 10 și 23, a art. 24 parag. 2 și a art. 29 parag. 1 din Regulament”.

Regulile referitoare la comitetul consultativ au suferit puține modificări care se referă la posibilitatea introducerii unei proceduri scrise și aceea de a se permite Comitetului să examineze cauzele tratate de autoritatea națională din domeniul concurenței.

În ceea ce privește compunerea Comitetului consultativ, acesta este format din reprezentanții autorităților din domeniul concurenței ale statelor membre și – după caz – un al doilea reprezentant competent în materie de concurență în cazul când sunt dezbătute alte chestiuni decât cazurile individuale.

Potrivit art. 14 parag.2 din Regulamentul CE nr. 1/2003: „Pentru examinarea cazurilor individuale, Comitetul consultativ este compus din reprezentanții autorităților din domeniul concurenței ale statelor membre. Pentru reuniunile în cursul cărora sunt examinate alte chestiuni decât cauzele individuale, poate fi desemnat și un reprezentant suplimentar al statului membru, competent în materie de concurență. Reprezentanții desemnați pot fi înlocuiți cu alți reprezentanți în caz că nu pot participa la întruniri”.

Procedura consultării este reglementată prin art. 14 parag. 3 din Regulament, care prevede următoarele: „Consultarea poate avea loc în cadrul unei reuniuni convocate și prezidate de Comisie, care are loc nu mai devreme de 14 zile de la trimiterea convocării împreună cu un rezumat al cauzei, indicarea celor mai importante documente și un proiect preliminar de decizie. În privința deciziilor în temeiul art. 8 (în cazuri de urgență determinată de riscul unui prejudiciu grav și ireparabil adus concurenței), reuniunea poate avea loc după 7 zile de la trimiterea dispozitivului proiectului de decizie. Atunci când Comisia trimite convocarea la o reuniune într-un termen mai scurt decât cele indicate mai sus, reuniunea poate avea loc la data propusă dacă niciun stat membru nu formulează obiecțiuni. Comitetul consultativ emite un aviz scris privind proiectul preliminar de decizie a Comisiei. Comitetul poate emite un aviz chiar dacă unii membri sunt absenți sau nu sunt reprezentați. La cererea unuia sau a mai multor membri, pozițiile exprimate în aviz sunt motivate”.

Principala noutate în această privință este posibilitatea de a fi audiat Comitetul pe cale scrisă,

prevăzută de art. 14 parag. 4 din Regulament, care are următorul conținut: „Consultarea poate avea loc și prin procedura scrisă. Totuși, Comisia convoacă o întrunire dacă un stat membru o solicită. În cazul recurgerii la procedura scrisă, Comisia stabilește un termen-limită de cel puțin 14 zile, în cursul căruia statele membre urmează să-și prezinte observațiile și să le transmită tuturor celorlalte state membre. Atunci când urmează să se adopte decizii în temeiul art. 8, termenul-limită de 14 zile se înlocuiește cu 7 zile. Atunci când Comisia stabilește un termen-limită pentru procedura scrisă mai scurt decât cele precizate anterior, termenul-limită propus se aplică dacă niciun stat membru nu ridică obiecțiuni”.

Această procedură s-ar putea justifica în condițiile unui absentism important care caracterizează anumite reuniuni ale Comitetului consultativ. În special, se constată că noile state membre sunt puțin prezente la aceste reuniuni. Dar, cu toate acestea, o atare procedură se izbește de puternice reticente din partea autorităților, întrucât există riscul de a se reduce rolul Comitetului consultativ la acela al unei instanțe care doar aplică deciziile Comisiei Europene. Ea diminuează contactele directe care sunt esențiale dezvoltării unei culturi comune și coerente a concurenței.

În plus, avizele Comitetului consultativ nu sunt obligatorii pentru Comisia Europeană, deși în art. 14 parag. 5 din Regulamentul CE nr. 1/2003 se prevede: „Comisia ține seama de avizul Comitetului consultativ. Ea informează Comitetul consultativ de modul în care a ținut seama de avizul său”.

Totuși, art. 14 parag. 6 din Regulament prevede că avizele pot fi publicate la cererea Comitetului consultativ, ceea ce ar putea să le confere acestora o mai mare greutate în practică (ceea ce reprezintă o noutate în materie de aplicare a art. 101 și art. 102 TFUE, dar era deja aplicat în materie de concentrări).

Textul art. 14 parag. 6 din Regulament este redactat în felul următor: „Atunci când Comitetul consultativ emite un aviz scris, acesta se anexează la proiectul de decizie. În cazul în care Comitetul consultativ recomandă publicarea avizului, Comisia realizează publicarea ținând seama de interesul legitim al întreprinderilor de a-și proteja secretele de afaceri”.

În conformitate cu art. 14 parag. 7 din Regulament, Comitetul consultativ are, de asemenea, competența de a examina nu numai cauzele ce revin Comisiei Europene, ci și cele de care se ocupă autoritățile naționale din domeniul concurenței: „La cererea unei autorități din domeniul concurenței a unui stat membru, Comisia Europeană înscrie la ordinea de zi a Comitetului consultativ cauzele de care se ocupă o autoritate din domeniul concurenței a unui stat membru în aplicarea art. 81 și 82 din Tratatul CE. Comisia poate, de asemenea, să procedeze la o atare înscriere acționând din proprie inițiativă. În ambele cazuri, Comisia informează autoritatea din domeniul concurenței care este implicată în cauză”.

Autoritatea din domeniul concurenței a unui stat membru poate, în special, să prezinte o cerere privind o cauză în care Comisia are intenția să intenteze o procedură care are efectul la care se referă art. 11 parag. 6 (privarea autorităților din domeniul concurenței ale statelor membre de competența lor de a aplica art. 81 și art. 82 din Tratatul CE).

Textul art. 14 parag. 7 ultima frază este următorul: „Comitetul consultativ nu emite avize în cauzele de care se ocupă autoritățile din domeniul concurenței ale statelor membre. Comitetul consultativ poate discuta și aspecte generale ale dreptului comunitar al concurenței”.

Permițându-se Comitetului consultativ să servească drept forum de examinare a cauzelor de competența autorităților naționale din domeniul concurenței, acest Comitet va putea contribui la menținerea unei aplicări coerente a regulilor concurenței.

Desemnarea autorităților din domeniul concurenței ale statelor membre. Pentru a se asigura punerea în practică a dreptului comunitar în materia concurenței, statele membre trebuie să desemneze autoritățile care sunt abilitate să asigure aplicarea art. 101 și art. 102 TFUE în interesul public.

Față de marea diversitate care există între statele membre în ceea ce privește sistemele de aplicare în practică a regulilor concurenței în interesul public, acestea (statele membre) trebuie să fie în măsură să desemneze autoritățile, atât cele administrative, cât și cele judiciare, însărcinate să asigure

diferitele funcții conferite acestor autorități în temeiul Regulamentului CE nr. 1/2003.

Procedura desemnării acestor autorități și competențele lor respective este fixată prin art. 35 din Regulamentul CE nr. 1/2003.

b) Cooperarea dintre jurisdicțiile naționale și Comisia Europeană. Aplicarea coerentă a regulilor concurenței necesită și punerea în practică a unor mecanisme de cooperare între jurisdicțiile statelor membre și Comisia Europeană.

Regulamentul CE nr. 1/2003 a considerat necesară introducerea acestor mecanisme pentru toate jurisdicțiile statelor membre care fac aplicarea art. 81 și art. 82 din Tratatul CE, indiferent că acest lucru se face în cadrul litigiilor între particulari, ca autorități ce acționează în interesul public, sau ca instanțe de recurs.

Regulile referitoare la rolul jurisdicțiilor naționale și cooperarea pe care o poate furniza în materie Comisia Europeană sunt definite atât prin Regulamentul CE nr. 1/2003, cât și printr-o „comunicare” separată a Comisiei.

Amicus curiae. De multă vreme Comisia Europeană s-a preocupat de problema modului insuficient în care jurisdicțiile naționale au aplicat regulile concurenței stabilite prin Tratatul CE, constatându-se că în această privință Comunitatea europeană este mult în urmă în raport cu situația existentă în Statele Unite ale Americii.

În consecință, Comisia Europeană a înțeles să favorizeze recurgerea la diverse moduri de influențare a dezvoltării acțiunilor de perfecționare (formarea judecătorilor, înlăturarea anumitor obstacole procedurale naționale...). În acest scop s-au prevăzut, prin Regulamentul CE nr. 1/2003, acțiuni de cooperare între jurisdicțiile naționale și Comisia Europeană și/sau între propriile autorități naționale.

Regulamentul prevede rolul acestor autorități în calitate de *amicus curiae*. Acest rol privește mai întâi Comisia, care trebuie să comunice informații ori avize jurisdicțiilor naționale atunci când acestea doresc acest lucru. Articolul 15 parag. 1 din Regulament prevede în acest scop că „În cadrul procedurilor de aplicare a art. 81 și 82 din Tratatul CE (actuale art. 101 și art. 102 TFUE), instanțele statelor membre pot solicita Comisiei să le transmită informațiile pe care le deține sau avizul său în probleme referitoare la aplicarea normelor comunitare în privința concurenței”.

Comisia și autoritățile naționale pot, de asemenea, să facă din oficiu observații în fața tribunalelor naționale în ceea ce privește aplicarea dreptului comunitar în cazuri de speță, sub formă scrisă (în toate circumstanțele, ipotezele) sau orală (numai cu acordul Tribunalului respectiv). Aceste observații trebuie comunicate în conformitate cu regulile procedurale și practicile naționale, inclusiv cele care sunt destinate să salvgardeze drepturile părților.

În această privință, în considerentul 21 al Regulamentului CE nr. 1/2003 se prevăd următoarele: „Consecvența în aplicarea normelor referitoare la concurență impune stabilirea de măsuri pentru cooperarea între instanțele statelor membre și Comisie. Aceasta se aplică tuturor instanțelor statelor membre care aplică art. 101 și art. 102 TFUE, indiferent dacă aplică aceste norme în litigii între persoane de drept privat, dacă acționează ca autorități publice de executare sau ca instanțe de recurs. În special, instanțele naționale ar trebui să se poată adresa Comisiei pentru a obține informații sau avizul asupra unor aspecte privind aplicarea dreptului comunitar al concurenței. Comisia și autoritățile din domeniul concurenței din statele membre ar trebui să poată înainta observații scrise sau orale instanțelor care trebuie să aplice art. 101 și art. 102 TFUE. Aceste observații ar trebui prezentate în conformitate cu normele de procedură și practicile naționale, inclusiv normele de garantare a drepturilor părților.

De aceea, ar trebui luate măsuri pentru a se asigura că atât Comisia, cât și autoritățile din domeniul concurenței ale statelor membre sunt suficient de bine informate cu privire la procedurile în fața instanțelor naționale”.

Aceste exigențe, formulate în considerentul 21, au fost transpuse în norme juridice concrete prin art. 15 parag. 3 din Regulamentul CE nr. 1/2003, prevede că: „Autoritățile din domeniul concurenței

ale statelor membre, acționând din oficiu, pot înainta observații scrise instanțelor naționale din statul membru respectiv, privind aspectele legate de aplicarea art. 81 și 82 din Tratatul CE. Cu permisiunea instanței în cauză, autoritățile respective pot, de asemenea, înainta observații orale instanțelor naționale din statul membru respectiv. Atunci când aplicarea coerentă a art. 81 și 82 din Tratatul CE impune acest lucru, Comisia, acționând din oficiu, poate înainta observații scrise instanțelor statelor membre. Cu permisiunea instanței în cauză, Comisia poate formula și observații orale.

Doar în scopul pregătirii observațiilor lor, autoritățile naționale din domeniul concurenței ale statelor membre și Comisia pot solicita instanței competente a statului membru respectiv să le transmită sau să le asigure transmiterea oricăror documente necesare pentru evaluarea cauzei”.

De subliniat, încă o dată, că în considerentul 21 al Regulamentului, în fraza finală, se adaugă, ceea ce era de la sine înțeles, că „ar trebui luate măsuri pentru a se asigura că atât Comisia, cât și autoritățile din domeniul concurenței ale statelor membre sunt suficient de bine informate cu privire la procedurile în fața instanțelor naționale”.

De asemenea, mai trebuie menționat că în art. 15 parag. 4 din Regulament este statuat că „prezentul articol (art. 15) nu aduce atingere competențelor mai largi pe care legislația națională le conferă autorităților din domeniul concurenței ale statelor membre de a prezenta observații în fața instanțelor”.

O atare posibilitate exista deja în practică de multă vreme, deși într-o formă mai puțin elaborată, dar judecătorii au fost reticenți în a recurge la această măsură. Așa încât, atunci când Comisia sau o autoritate națională din domeniul concurenței au intervenit din oficiu, acest lucru a fost adesea perceput într-un mod ambiguu de către judecător (ca și partea contra căreia Comisia lua o poziție ce nu-i convenea), și aceasta cu atât mai mult cu cât în practică aceste avize erau în general redactate fără să fi fost ascultate și părțile interesate.

Ca atare, este mult mai rezonabil ca atunci când tribunalele naționale (instanțele judecătorești naționale) se lovesc de dificultăți în ceea ce privește interpretarea normelor din materie, acestea să prefere mecanismul de „trimitere prejudicială” (chestiune prejudicială) în fața Curții de Justiție a Uniunii Europene, procedură care implică și faptul ca părțile să fie ascultate de Curte înainte ca aceasta să pronunțe hotărârea sa.

Urmărirea cauzelor în fața jurisdicțiilor naționale. În prezent, ca urmare a adoptării Regulamentului CE nr. 1/2003, este mult mai ușor să se realizeze o urmărire (în aplicarea art. 101 și art. 102 TFUE) în fața instanțelor judecătorești naționale, întrucât, în conformitate cu art. 15 parag. 2 din Regulament, este instituită obligația pentru Statele membre să furnizeze Comisiei Europene o copie de pe toate hotărârile pronunțate de instanțele de judecată imediat după comunicările făcute părților. Textul exact al art. 15 parag. 2 din Regulament este următorul: „Statele membre transmit Comisiei o copie a oricărei hotărâri scrise a instanțelor naționale prin care se decide cu privire la aplicarea art. 81 sau 82 din Tratatul CE. Această copie se transmite fără întârziere după ce versiunea integrală a hotărârii scrise este comunicată părților”. Această măsură permite, între altele, Comisiei Europene să ia cunoștință, într-un interval de timp suficient, despre cauze care ar necesita intervenția sa cu ocazia unui eventual apel.

În plus, aceste hotărâri judecătorești sunt reluate pe un site internet al DGCOMP și ar constitui o sursă de informare prețioasă pentru practicienii dreptului din domeniul concurenței.

Experiența a dovedit totuși cât de iluzoriu este, până în prezent, să se creadă că multe jurisdicții vor respecta această obligație.

c) Aplicarea uniformă a dreptului comunitar al concurenței. În cadrul aceleiași preocupări pentru aplicarea uniformă a dreptului comunitar al concurenței, prin art. 16 din Regulamentul CE nr. 1/2003 s-a prevăzut că deciziile Comisiei Europene leagă jurisdicțiile naționale și autoritățile naționale din domeniul concurenței. Conținutul acestui text este următorul: „(1) Atunci când instanțele naționale hotărăsc în privința unor acorduri, decizii sau practici în conformitate cu art. 81 sau 82 din Tratatul CE (actuale art. 101 și art. 102 TFUE), care fac deja obiectul unei decizii a Comisiei Europene, ele

nu pot lua decizii contrare deciziei adoptate de Comisie. Acestea trebuie, de asemenea, să evite să ia decizii care pot intra în conflict cu o decizie preconizată de Comisie în cadrul procedurilor inițiate de aceasta. În acest scop, instanța națională poate evalua dacă este necesar să suspende procedura pe care a inițiat-o. Această obligație nu aduce atingere drepturilor și obligațiilor în temeiul art. 267 TFUE. (2) Atunci când autoritățile din domeniul concurenței ale statelor membre decid în privința unor acorduri, decizii sau practici în temeiul art. 81 sau 82 din Tratatul CE, care fac deja obiectul unei decizii a Comisiei, ele nu pot lua decizii contrare deciziilor adoptate de Comisie”.

De remarcat, totuși, că, în mod curios, în considerentele 13 și 22 ale Regulamentului, se apreciază că deciziile Comisiei prin care se constată că un angajament al unei întreprinderi de a pune capăt obiecțiilor sale nu aduce atingere facultății unei autorități sau jurisdicției naționale de a constata că există totuși o infracțiune. Or, această orientare nu pare a fi compatibilă cu jurisprudența din cauza *Masterfoods* care a fost modificată prin art. 16 din Regulamentul CE nr. 1/2003.

Redăm în continuare conținutul considerentelor 13 și 22 din Regulament.

Considerentul 13: „Atunci când în cursul procedurilor care pot să ducă la interzicerea unui acord sau a unei practici întreprinderile propun Comisiei angajamente pentru a răspunde preocupărilor acesteia, Comisia ar trebui să poată adopta decizii care să facă respectivele angajamente obligatorii pentru întreprinderile în cauză. Deciziile privind angajamentele ar trebui să constate că nu mai există temeiuri pentru acțiune din partea Comisiei, fără să concluzioneze dacă a avut loc sau are loc o încălcare. Deciziile privind angajamentele nu aduc atingere competențelor autorităților din domeniul concurenței și instanțelor statelor membre de a constata și de a decide într-o cauză. Deciziile privind angajamentele nu sunt adecvate în cazurile în care Comisia intenționează să impună o amendă”.

Considerentul 22: „Pentru a se asigura respectarea principiilor securității juridice și aplicarea uniformă a normelor comunitare referitoare la concurență într-un sistem de competențe paralele, trebuie evitate deciziile conflictuale. De aceea, este necesar să se clarifice, în conformitate cu jurisprudența Curții de Justiție, efectele deciziilor și procedurilor Comisiei asupra instanțelor și autorităților din domeniul concurenței ale statelor membre. Deciziile privind angajamentele adoptate de Comisie nu afectează competența instanțelor și autorităților din domeniul concurenței ale statelor membre de a aplica art. 81 și 82 din Tratatul CE”.

În ceea ce privește jurisprudența din cauza *Masterfoods*, Curtea de Justiție a Comunității Europene a decis că „Atunci când o jurisdicție națională se pronunță cu privire la un acord sau o practică a cărei compatibilitate cu art. 85 parag. 1 și art. 86 din Tratatul CE (articole devenite art. 81 parag. 1 și art. 82 din Tratatul CE și ulterior art. 101 parag. 1, respectiv art. 102 TFUE) a făcut deja obiectul unei decizii a Comisiei, ea nu poate să ia altă decizie contrară celei a Comisiei, chiar dacă această din urmă decizie este în contradicție cu decizia dată de o jurisdicție națională de primă instanță. Atunci când destinatarul deciziei Comisiei a introdus recurs în anulare contra acesteia [în termenul prevăzut de art. 173 parag. (5) din Tratatul CE, devenit, după modificare, art. 230 parag. (5) din Tratatul CE, respectiv art. 263 parag. 5 TFUE], aparține jurisdicției naționale să aprecieze dacă este cazul să suspende judecarea până la pronunțarea unei decizii definitive ca urmare a recursului în anulare sau de a adresa Curții de Justiție o chestiune prejudicială”.

Întărirea puterilor Comisiei Europene. Prin Regulamentul CE nr. 1/2003 au fost extinse puterile procedurale ale Comisiei Europene în privința: a) măsurilor de urmărire; b) puterilor de decizie; c) puterilor de sancționare; d) audierii întreprinderilor și procedurilor.

a) Măsurile de urmărire (instrucțiuni). În cadrul acestei secțiuni vom face o prezentare a următoarelor aspecte: anchete sectoriale; cererile de informații; puterea de a lua declarații; lipsa obligației de autoincriminare; puterea de a inspecta; inspectarea localurilor private; anchetele întreprinse de autoritățile naționale din domeniul concurenței.

Anchetele pe sector. Comisia Europeană și-a manifestat intenția de a recurge în viitor la anchete sectoriale. În consecință, prin art. 17 din Regulamentul CE nr. 1/2003 s-au statuat, în acest scop, următoarele: „(1) Atunci când evoluția schimburilor de informații dintre statele membre, rigiditatea prețurilor sau alte împrejurări sugerează posibilitatea restrângerii sau denaturării concurenței în

cadrul Pieței Comune, Comisia poate iniția o investigație privind un anumit sector al economiei sau un anumit tip de acord în diferite sectoare. Pe parcursul investigației, Comisia poate solicita întreprinderilor sau asociațiilor de întreprinderi în cauză să furnizeze informațiile necesare pentru aplicarea art. 81 și 82 din Tratatul CE și poate efectua orice inspecție necesară în acest scop. În special, Comisia poate solicita întreprinderilor sau asociațiilor de întreprinderi în cauză să comunice toate acordurile, deciziile sau practicile concertate. Comisia poate publica un raport cu privire la rezultatele investigației privind anumite sectoare ale economiei sau anumite acorduri în mai multe sectoare și să invite părțile interesate să formuleze observații. (2) Articolele 14, 18, 19, 20, 22, 23 și 24 se aplică *mutatis mutandis*”.

Cererile de informații. Comisia Europeană trebuie să dispună, în cadrul întregii Comunități, de puterea de a cere informații ce-i sunt necesare pentru a decela acordurile, deciziile și practicile concertate care sunt interzise prin art. 101 TFUE (art. 81 din Tratatul CE) și, de asemenea, exploatarea abuzivă a unei poziții dominante care este interzisă prin art. 102 TFUE (art. 82 din Tratatul CE). În consecință, în această privință prin art. 18 din Regulamentul CE nr. 1/2003 sunt prevăzute următoarele: „(1) Pentru a-și îndeplini îndatoririle atribuite prin prezentul regulament, Comisia poate, printr-o simplă cerere, sau printr-o decizie, să solicite întreprinderilor sau asociațiilor de întreprinderi să-i furnizeze toate informațiile necesare”.

Întocmai ca și în trecut, cererile de informații pot fi făcute prin scrisoare sau decizie, la care întreprinderile sunt obligate, sub sancțiuni, să răspundă. În ambele cazuri, Comisia trebuie să indice baza juridică a cererii și scopul acesteia.

Prin art. 18 parag. 2 și 3 sunt prevăzute aceste condiții în următorii termeni: „(2) Atunci când trimite o simplă cerere de informații unei întreprinderi sau asociații de întreprinderi, Comisia indică temeiul juridic și scopul acestei cereri, precizează informațiile solicitate și stabilește un termen în care trebuie furnizate informațiile, precum și sancțiunile prevăzute de art. 23 pentru furnizarea de informații inexacte sau care induc în eroare. (3) Atunci când Comisia solicită, printr-o decizie, întreprinderilor sau asociațiilor de întreprinderi să furnizeze informații, ea indică temeiul juridic și scopul cererii, precizează informațiile solicitate și stabilește termenul în care acestea trebuie furnizate.

Comisia indică, de asemenea, sancțiunile prevăzute de art. 23 și indică sau aplică sancțiunile prevăzute la art. 24. Comisia indică, de asemenea, și dreptul de a ataca decizia la Curtea de Justiție”. Textul sus-menționat ni se pare a fi defectuos redactat pentru că, pe de o parte, este inutilă distincția care se face între cele două modalități de solicitare a informațiilor (scrisoare sau decizie), întrucât în baza ambelor modalități se creează o obligație de răspuns, care trebuie sancționată în mod identic, iar, pe de altă parte, în ceea ce privește sancțiunile, acestea se referă doar la furnizarea de informații inexacte sau care induc în eroare (atunci când cererea de informații se face prin scrisoare), și doar în cazurile în care cererea de informații se face prin decizie, se face referire și la art. 24 care prevede penalități cu titlu cominatoriu care pot fi aplicate în caz de întârziere a furnizării răspunsurilor la cererile de informații.

Aceeași observație poate fi făcută și în legătură cu posibilitatea atacării la Curtea de Justiție a cererii de informații, această cale de atac fiind prevăzută doar în cazul când cererea de informații este făcută prin decizia Comisiei (art. 18 parag. 3).

Nu apare clar de ce există acest tratament juridic diferențiat în cele două modalități prin care se solicită informații, astfel de situații putând constitui surse potențiale de dificultăți, interpretări și soluții neconcordante.

Referitor la răspunderea pentru îndeplinirea obligației de a furniza informațiile cerute de Comisie, art. 18 parag. 4 din Regulamentul CE nr. 1/2003 nu face altceva decât o preluare a art. 11 parag. 4 din vechiul Regulament CE nr. 17/1962, conținutul acestui text fiind următorul: „Obligația de a furniza informațiile solicitate în numele întreprinderii sau asociației de întreprinderi în cauză revine proprietarilor întreprinderilor sau reprezentanților acestora și, în cazul persoanelor juridice, societăților sau asociațiilor care nu au personalitate juridică, persoanelor autorizate să le reprezinte

în temeiul legii sau statutului. Avocații autorizați în mod corespunzător să acționeze pot furniza informațiile în numele clienților lor. Aceștia din urmă au în continuare întreaga responsabilitate în cazul în care informațiile sunt incomplete, inexacte ori induc în eroare”.

Textul este neclar întrucât nu există precizări în legătură cu menținerea răspunderii clienților pentru informațiile incomplete, inexacte sau care induc în eroare, deși ele au fost furnizate de avocații acestora (ar însemna oare că și avocații, la rândul lor, au fost greșit informați de clienții lor, aceștia neavând, în fapt, acces la informațiile solicitate?).

O altă subliniere mai trebuie făcută în legătură cu cererile de informații, și anume că aceste solicitări se fac în strânsă coordonare cu autoritățile naționale. În acest sens, art. 18 parag. 5 și 6 din Regulament prevăd următoarele: „(5) Comisia transmite, fără întârziere, o copie a cererii simple sau deciziei autorității din domeniul concurenței a statului membru pe teritoriul căruia se află sediul întreprinderii sau al asociației de întreprinderi și autorității din domeniul concurenței a statului membru al cărui teritoriu este afectat. (6) La cererea Comisiei, guvernele și autoritățile din domeniul concurenței ale statelor membre furnizează Comisiei toate informațiile necesare pentru îndeplinirea îndatoririlor care i-au fost atribuite prin prezentul regulament”.

Puterea de a lua declarații. Detectarea infracțiunilor la regulile concurenței devenind din ce în ce mai dificilă, s-a considerat necesar să fie completate puterile de anchetare ale Comisiei, permițându-se acesteia, în special, să interogheze orice persoană susceptibilă că ar dispune de informații utile și să poată înregistra aceste declarații.

În acest sens, prin art. 19 din Regulament s-a prevăzut o nouă competență a Comisiei, adică aceea de a lua declarații: „(1) Pentru a-și îndeplini îndatoririle atribuite prin prezentul regulament, Comisia poate să intervieveze orice persoană fizică sau juridică care consimte să fie interviuată în scopul obținerii de informații privind obiectul investigației. (2) Atunci când interviul prevăzut la parag. 1 are loc în incinta unei întreprinderi, Comisia informează autoritatea din domeniul concurenței a statului membru pe teritoriul căruia are loc interviul. Agenții autorității din domeniul concurenței a statului membru în cauză pot, dacă aceasta o solicită, să acorde asistență agenților și altor persoane care-i însoțesc, mandatați de Comisie pentru a conduce interviul”.

Prin art. 3 din Regulamentul Comisiei Europene nr. 773/200498 este reglementată procedura pe care Comisia trebuie să o urmeze pentru luarea de declarații (indicarea prealabilă a scopului convorbirii, baza juridică, caracterul voluntar al acesteia, faptul că va fi înregistrată, comunicarea înregistrării pentru comentarii, posibilitatea de a primi declarații prin telefon etc.).

Lipsa obligației de autoincriminare. În conformitate cu jurisprudența constantă a Curții de Justiție a Comunității Europene, prin considerentul 23 din Regulamentul CE nr. 1/2003 sunt prevăzute următoarele: „... Atunci când se conformează unei decizii a Comisiei, întreprinderile nu pot fi forțate să recunoască că au comis o încălcare, dar sunt obligate, în orice situație, să răspundă la întrebări factuale și să furnizeze documente, chiar dacă aceste informații pot fi folosite pentru a se stabili împotriva lor sau a altei întreprinderi existența acestei încălcări”.

Puterea de a inspecta. Comisia Europeană trebuie să fie abilitată și să procedeze la inspecții care sunt necesare pentru decelarea încălcărilor art. 101 și art. 102 TFUE. Aceste puteri, care existau și sub imperiul Regulamentului CE nr. 17/1962, au fost extinse prin art. 20 din Regulamentul CE nr. 1/2003.

În prezent, Comisia poate interoga orice persoană care este susceptibilă că ar deține informații pertinente. Această putere există și cu ocazia inspecțiilor în măsura în care informațiile cerute au o legătură cu obiectul și scopul inspecției. În acest sens, în considerentul 25 din Regulament sunt prevăzute următoarele: „Întrucât identificarea încălcării normelor concurenței devine tot mai dificilă, pentru a se proteja eficient concurența, competențele de investigație ale Comisiei trebuie extinse. Comisia ar trebui, mai ales, să fie împuternicită să intervieveze orice persoană care ar putea fi în posesia unor informații utile și să înregistreze declarațiile făcute. În cursul unei inspecții, reprezentanții oficiali autorizați de Comisie ar trebui să aplice sigilii pe perioada necesară pentru inspecție. Sigiliile nu ar trebui aplicate, în mod normal, pentru mai mult de 72 de ore. Reprezentanții

oficiali autorizați de Comisie ar trebui, de asemenea, să aibă competența de a solicita orice informații relevante pentru obiectul și scopul inspecției”.

Procedura de urmat în acest caz este reglementată în detaliu prin art. 4 din Regulamentul Comisiei nr. 773/2004 din 7 aprilie 2004⁹⁹. Între altele, Comisia poate extinde perchezițiile și la domiciliile personale ale membrilor întreprinderilor în cauză; agenții săi pot să pună sigilii pe toate localurile comerciale, cărți contabile sau documente pe durata necesară inspecției (considerentul 25 din Regulament prevede, totuși, că sigiliile nu pot fi puse decât timp de 72 de ore).

Prin art. 20 din Regulamentul CE nr. 1/2003 – text foarte dezvoltat – se prevăd următoarele: „(1) Pentru a-și îndeplini îndatoririle atribuite prin prezentul regulament, Comisia poate să desfășoare toate inspecțiile necesare la întreprinderile și asociațiile de întreprinderi. (2) Reprezentanții oficiali și celelalte persoane care îi însoțesc, autorizate de Comisie să desfășoare o inspecție, sunt împuternicite: a) să intre în orice incinte, terenuri și mijloace de transport ale întreprinderilor și asociațiilor de întreprinderi; b) să examineze registrele și alte documente privind activitatea, indiferent de suportul pe care sunt postate; c) să ia sau să obțină, sub orice formă, copii sau extrase din aceste registre și documente; d) să sigileze orice incinte distincte activității și orice registre și documente pe perioada inspecției și în măsura necesară inspecției; e) să ceară oricărui reprezentant sau membru al personalului întreprinderii sau asociației de întreprinderi explicații cu privire la faptele sau documentele legate de obiectul și scopul inspecției și să înregistreze răspunsurile acestora. (3) Reprezentanții oficiali și celelalte persoane care îi însoțesc, autorizați de Comisie să desfășoare o inspecție, își exercită competențele prin prezentarea unei autorizații scrise care indică obiectul și scopul inspecției și sancțiunile prevăzute de art. 23, în cazul în care registrele și celelalte documente solicitate privind activitatea sunt incomplete sau atunci când răspunsurile la întrebările adresate în temeiul parag. 2 din prezentul articol sunt inexacte sau induc în eroare. În timp util înainte de inspecție, Comisia înștiințează în privința inspecției autoritatea din domeniul concurenței a statului membru pe teritoriul căruia urmează să se desfășoare inspecția. (4) Întreprinderile și asociațiile de întreprinderi sunt obligate să se supună inspecțiilor dispuse de Comisie prin decizie. Decizia indică obiectul și scopul inspecției, stabilește data la care începe și indică sancțiunile prevăzute de art. 23 și 24, precum și dreptul de a ataca decizia la Curtea de Justiție. Comisia adoptă aceste decizii după consultarea autorității din domeniul concurenței a statului membru pe teritoriul căruia urmează să se desfășoare inspecția. (5) Reprezentanții oficiali, precum și celelalte persoane autorizate sau desemnate de autoritatea din domeniul concurenței a statului membru pe teritoriul căruia urmează să se desfășoare inspecția trebuie, la cererea acestei autorități sau a Comisiei, să acorde asistență în mod activ reprezentanților oficiali și celorlalte persoane care îi însoțesc, autorizate de Comisie. În acest scop, ei beneficiază de competențele prevăzute la parag. 2. (6) Atunci când reprezentanții oficiali și celelalte persoane care îi însoțesc, autorizate de Comisie, constată că o întreprindere se opune inspecției dispuse în temeiul prezentului articol, statul membru în cauză le acordă asistența necesară solicitând, dacă este cazul, sprijinul forțelor de ordine sau al unei autorități publice echivalente de aplicare a legii, astfel încât să le dea posibilitatea de a-și desfășura inspecția. (7) În cazul în care asistența prevăzută la parag. 6 presupune autorizarea unei autorități judiciare în conformitate cu dreptul național, această autorizație trebuie să fie solicitată. Autorizația poate fi, de asemenea, solicitată și ca măsură de precauție. (8) Atunci când este solicitată autorizația menționată la parag. 7, autoritatea judiciară națională verifică dacă decizia Comisiei este autentică și dacă măsurile coercitive preconizate nu sunt nici arbitrare și nici excesive, având în vedere obiectul inspecției. Atunci când verifică proporționalitatea măsurilor coercitive, autoritatea judiciară națională poate solicita Comisiei, direct sau prin intermediul autorității din domeniul concurenței a statului membru, explicații detaliate, în special privind motivele care determină Comisia să suspecteze încălcarea art. 81 și 82 din Tratatul CE, cât și privind gravitatea încălcării suspectate și privind natura implicării întreprinderii în cauză. Totuși, autoritatea judiciară națională nu poate pune în discuție necesitatea inspecției și nici nu poate solicita să i se furnizeze informații din dosarul Comisiei. Controlul legalității deciziei Comisiei este exercitat doar de Curtea de Justiție a

Comunității Europene (actuală Curtea de Justiție a Uniunii Europene)”.

Inspectarea localurilor private. Prin considerentul 26 din Regulamentul CE nr. 1/2003 se face observația că: „Experiența acumulată a arătat că există situații în care documentele de afaceri sunt păstrate în locuințele directorilor sau ale altor persoane care lucrează pentru întreprindere. De aceea, pentru a se garanta eficiența inspecțiilor, reprezentanții oficiali și alte persoane autorizate de Comisie ar trebui să fie împuternicite să intre în orice incinte unde sunt păstrate documentele de afaceri, inclusiv în locuințe private. Totuși, exercitarea acestei ultime competențe ar trebui să facă obiectul unei autorizări de către autoritatea judiciară”. Ca atare, prin art. 21 parag. 1 din Regulament se prevede că „În cazul când există o suspiciune întemeiată că registre sau alte documente privind activitatea și obiectul inspecției, care ar putea fi pertinente pentru a dovedi o încălcare gravă a art. 81 sau a art. 82 din Tratatul CE, sunt păstrate în orice alte incinte, terenuri sau mijloace de transport, inclusiv în locuințele directorilor, administratorilor sau ale altor membri ai personalului întreprinderilor sau asociațiilor de întreprinderi în cauză, Comisia poate dispune, printr-o decizie, desfășurarea unei inspecții în aceste incinte, terenuri sau mijloace de transport”.

Inspecția este totuși supusă unor exigențe procedurale stricte, în special unei autorizări a autorității judiciare. Aceste exigențe sunt formulate în parag. 2 și 3 ale art. 21 din Regulament: „(2) Decizia indică obiectul și scopul inspecției, stabilește data la care începe și indică dreptul de a ataca decizia la Curtea de Justiție. Aceasta indică, în special, motivul care a determinat Comisia să concluzioneze că există o suspiciune în sensul parag. 1. Comisia ia astfel de decizii după consultarea autorității din domeniul concurenței a statului membru pe teritoriul căruia urmează a se desfășura inspecția. (3) O decizie adoptată în temeiul parag. 1 nu poate fi pusă în executare fără autorizare prealabilă a autorității judiciare naționale a statului membru în cauză. Autoritatea judiciară națională verifică dacă decizia Comisiei este autentică, și dacă măsurile coercitive preconizate nu sunt nici arbitrar și nici exclusive, avându-se în vedere, în special, gravitatea încălcării suspectate, importanța elementelor de probă căutate, implicarea întreprinderii în cauză și probabilitatea rezonabilă ca registrele și documentele privind activitatea care are legătură cu obiectul inspecției să fie păstrate în incintele pentru care solicită autorizația. Autoritatea judiciară națională poate solicita Comisiei, direct sau prin intermediul autorității din domeniul concurenței a statului membru în cauză, explicații detaliate privind elementele care îi sunt necesare pentru a- i permite să verifice proporționalitatea măsurilor coercitive preconizate. Totuși, autoritatea judiciară națională nu poate pune în discuție necesitatea inspecției și nici nu poate solicita să i se furnizeze informații din dosarul Comisiei. Controlul legalității deciziei Comisiei este exercitat doar de Curtea de Justiție a Uniunii Europene. În ceea ce privește asistența care trebuie acordată de inspectorii statelor membre, în art. 21 parag. 4 din Regulament se prevăd următoarele: „Reprezentanții oficiali și celelalte persoane care îi însoțesc, autorizate de Comisie să desfășoare o inspecție dispusă în conformitate cu parag. 1 din prezentul articol, au competențele prevăzute în art. 20 parag. 2 lit. a), b) și c). Articolul 20 parag. 5 și 6 se aplică *mutatis mutandis*”.

Anchete desfășurate de autoritățile naționale din domeniul concurenței. În vederea ajutării autorităților din domeniul concurenței ale statelor membre ale Uniunii Europene, pentru aplicarea eficientă a art. 101 și art. 102 TFUE, Regulamentul CE nr. 1/2003 le permite acestora să se asiste reciproc prin inspecții și alte măsuri de anchetă. În această privință, prin art. 22 din Regulament sunt prevăzute următoarele: „(1) Autoritatea din domeniul concurenței a unui stat membru poate desfășura pe propriul teritoriu orice inspecție sau investigație în temeiul legislației naționale în numele și pentru autoritatea din domeniul concurenței a unui alt stat membru, pentru a stabili dacă a avut loc o încălcare a art. 81 sau a art. 82 din Tratatul CE. Orice schimb și utilizare a informațiilor obținute se desfășoară în conformitate cu art. 12 (referitor la schimbul de informații). (2) La cererea Comisiei, autoritățile din domeniul concurenței ale statelor întreprind inspecțiile pe care Comisia le consideră necesare în temeiul art. 20 parag. 1 sau pe care le-a dispus printr-o decizie în temeiul art. 20 parag. 4. Reprezentanții oficiali ai autorităților din domeniul concurenței din statele membre responsabili cu desfășurarea acestor inspecții, precum și cei autorizați sau desemnați de aceste

autorități își exercită competențele în conformitate cu legislația națională. Reprezentanții oficiali, precum și persoanele care îi însoțesc, autorizate de către Comisie, pot să acorde asistență reprezentanților oficiali ai autorității în cauză, la cererea Comisiei sau a autorității din domeniul concurenței a statului membru pe teritoriul căruia urmează să se desfășoare inspecția”.

Deci, în mod evident, atare inspecții în numele și în contul autorităților altor state membre implică o colaborare prealabilă consolidată între aceste autorități pentru a fi înțeles tipul de probe căutate.

b) Puterile de decizie. Regulamentul CE nr. 1/2003 prevede patru tipuri de decizii pe care Comisia Europeană le poate lua: cele prin care ea constată și ordonă încetarea unei încălcări (art. 7); cele prin care ea ordonă măsuri provizorii (art. 8); cele prin care se ia act de angajamentele întreprinderilor (art. 9) și cele prin care se constată că art. 101 și art. 102 TFUE nu sunt aplicabile (art. 10).

Între altele, Comisia și-a rezervat și posibilitatea de a publica scrisori (comunicări) de orientare¹⁰⁰. În continuare, vom face o prezentare rezumativă a fiecăreia dintre aceste tipuri de decizii, cât și a posibilității Comisiei de a publica „scrisori de orientare”.

Constatarea și încetarea unei infracțiuni. Comisia Europeană – întocmai ca și în trecut – are puterea de a obliga, printr-o decizie, întreprinderile sau asociațiile de întreprinderi de a pune capăt încălcărilor constatate de ea.

Decizia poate fi luată fie din oficiu, fie ca urmare a unei plângeri.

Ceea ce este nou în reglementarea privind această putere este faptul că, în afara remediilor de natură comportamentală, Comisia mai dispune, în prezent, de puterea de a ordona „măsuri structurale” (dezinvestiri, încetări, chiar sciziuni).

În art. 7 din Regulament sunt statuate următoarele: „(1) Atunci când Comisia, acționând din oficiu sau ca urmare a unei plângeri, constată că există o încălcare a art. 81 sau 82 din Tratatul CE, poate solicita, printr-o decizie, întreprinderilor și asociațiilor de întreprinderi în cauză, să înceteze respectiva încălcare. În acest scop, Comisia le poate impune orice măsuri corective comportamentale sau structurale care trebuie să fie proporționale cu încălcarea comisă și necesare pentru încetarea efectivă a încălcării. Măsurile corective structurale nu ar trebui impuse decât atunci când nu există o măsură corectivă comportamentală la fel de eficientă, sau atunci când o măsură corectivă comportamentală la fel de eficientă ar fi mai oneroasă pentru întreprinderea în cauză decât o măsură corectivă structurală. Atunci când Comisia are un interes legitim de a acționa în acest mod, aceasta (Comisia) poate, de asemenea, constata că s-a comis o încălcare în trecut. (2) Pot depune o plângere în sensul parag. 1 persoanele fizice sau juridice care au un interes legitim și statele membre”.

Și în considerentul (2) din Regulament se prevăd următoarele: „Prezentul regulament ar trebui să prevadă în mod explicit competența Comisiei de a impune orice măsuri corective, comportamentale sau structurale, care sunt necesare pentru a pune capăt efectiv încălcării, având în vedere principiul proporționalității. Măsurile corective structurale nu ar trebui impuse decât atunci când nu există o măsură corectivă comportamentală la fel de eficientă sau atunci când o măsură corectivă comportamentală la fel de eficientă ar fi mai constrângătoare pentru întreprinderea în cauză decât măsura corectivă structurală. Modificările în structura întreprinderii, față de cum era ea înainte de comiterea încălcării, ar fi proporționale numai în cazul în care ar exista un risc considerabil de încălcare de durată și repetată determinat chiar de structura întreprinderii” (textul considerentului 12 din Raport fiind mult mai explicit și precis).

Referitor la posibilitatea Comisiei de a constata că s-a comis o încălcare în trecut, atunci când există un interes legitim, această posibilitate este confirmată și prin jurisprudența Curții de Justiție a Comunității Europene.

În acest context, Comisia a publicat o „Comunicare” referitoare la tratamentul plângerilor depuse în privința încălcărilor art. 81 și art. 82 din Tratatul CE¹⁰².

Măsurile provizorii. Potrivit art. 8 din Regulamentul CE nr. 1/2003: „(1) În caz de urgență determinată de riscul unui prejudiciu grav și ireparabil adus concurenței, Comisia, acționând din oficiu, poate, printr-o decizie, pe baza constatării prima facie a încălcării, să dispună măsuri provizorii.

(2) O decizie adoptată în temeiul parag. 1 se aplică pe o durată determinată și poate fi reînnoită în măsura în care este necesar și adecvat”.

Această putere a Comisiei este recunoscută și de Curtea de Justiție a Comunității Europene¹⁰³, dar așa cum rezultă din experiența trecută, s-a recurs foarte rar, în mod excepțional, la ea.

Angajamentele întreprinderilor. Atunci când, în cadrul unei proceduri susceptibile să conducă la interzicerea unui acord sau a unei practici, întreprinderile implicate își iau angajamente, în fața Comisiei, de natură să răspundă la preocupările acesteia (ale Comisiei), în astfel de situații Comisia are – conform regulamentului – puterea de a dispune, prin decizie, ca aceste angajamente să devină obligatorii pentru întreprinderile respective.

În acest sens, prin art. 9 din Regulament sunt statuate următoarele: „(1) Atunci când Comisia intenționează să adopte o decizie care impune încetarea încălcării, iar întreprinderile își iau angajamente pentru a răspunde preocupărilor Comisiei în evaluarea sa preliminară, Comisia poate, printr-o decizie, să facă să devină obligatorii respectivele angajamente, pentru întreprinderile în cauză. O astfel de decizie poate fi adoptată pe o durată determinată și se poate concluziona că nu mai există motive pentru continuarea acțiunii Comisiei. (2) Comisia poate, la cerere sau din oficiu, să redeschidă procedura: a. în cazul în care intervine o schimbare esențială privind oricare dintre faptele pe care s-a fundamentat decizia; b. în cazul în care întreprinderile în cauză acționează contrar angajamentelor luate, sau c. în cazul în care decizia a fost fundamentată pe informații incomplete, inexacte sau care induc în eroare, furnizate de părți”.

De subliniat că, mai întâi, Comisia trebuie să informeze întreprinderile în cauză cu privire la „evaluarea sa preliminară”. În practică, această evaluare preliminară este totuși succintă și nu poate în niciun caz să fie comparată cu o comunicare formală a învinuirilor (criticilor). În plus, Comisia are și tendința de a nu trimite o astfel de evaluare decât atunci când este relativ sigură că poate regla diferendul în mod amiabil, ceea ce răpește mult din interesul pe care l-ar prezenta această evaluare. Atunci când Comisia are în vedere adoptarea unei decizii, în aplicarea art. 9 din Regulament, ea publică un rezumat succint al cauzei și principalul conținut al angajamentelor sau al orientării propuse. În această privință, în art. 27 parag. 4 din Regulament se prevede că: „Atunci când Comisia intenționează să adopte o decizie în temeiul art. 9 sau al art. 10, aceasta publică un rezumat al cauzei și conținutul esențial al angajamentelor sau al acțiunii viitoare propuse. Terții interesați pot să-și prezinte observațiile într-un termen stabilit de Comisie în publicarea efectuată, termen care nu poate fi mai mic de o lună. Publicarea ia în considerare interesul legitim al întreprinderilor în protejarea secretului lor în afaceri”.

Nerespectarea angajamentelor poate atrage aplicarea de amenzi care pot merge până la 10% din cifra de afaceri a întreprinderilor în cauză [art. 23 parag. 2 lit. c) teza a doua din Regulament], ca și redeschiderea procedurii [art. 9 parag. 2 lit. b) din Regulament].

O atare decizie nu stabilește dacă a avut loc o încălcare în trecut, așa încât prin ea nu se prejudică facultatea autorităților sau jurisdicțiilor naționale de a conchide, de exemplu în contextul recurgerii la o acțiune în indemnizare introdusă de terți, că nu a avut loc o încălcare a regulilor în materie.

În acest sens trebuie menționate considerentele 13 și 22 din Regulament.

În considerentul nr. 13 se prevede că: „Atunci când în cursul procedurilor care pot să ducă la interzicerea unui acord sau a unei practici, întreprinderile propun Comisiei angajamente pentru a răspunde preocupărilor acesteia, Comisia ar trebui să poată adopta decizii care să facă respectivele angajamente obligatorii pentru întreprinderile în cauză. Deciziile privind angajamentele ar trebui să constate că nu mai există temeiuri pentru acțiune din partea Comisiei, fără însă să concluzioneze dacă a avut loc sau are loc o încălcare. Deciziile privind angajamentele nu aduc atingere competențelor autorităților din domeniul concurenței și instanțelor statelor membre de a constata și de a decide într-o cauză. Deciziile privind angajamentele nu sunt adecvate în cazurile în care Comisia intenționează să aplice o amendă”.

Tot așa, prin considerentul nr. 22 din Regulament se prevede că: „Pentru a se asigura respectarea principiilor securității juridice și aplicarea uniformă a normelor comunitare de concurență într-un

sistem de competențe paralele, trebuie evitate deciziile conflictuale. De aceea, este necesar să se clarifice, în conformitate cu jurisprudența Curții de Justiție, efectele deciziilor și procedurilor Comisiei asupra instanțelor și autorităților din domeniul concurenței ale statelor membre. Deciziile privind angajamentele, adoptate de Comisie, nu afectează competența instanțelor și a autorităților din domeniul concurenței ale statelor membre de a aplica art. 81 și 82 din Tratatul CE”.

De reținut că aceste două considerente (13 și 22 din Regulament) prevăd că „deciziile luate în aplicarea art. 9 din Regulament nu prejudică (nu se pronunță cu privire la) faptul de a se ști dacă «mai există sau nu încălcare» și, ca atare, dacă astfel de decizii nu afectează puterea pe care o au jurisdicțiile și autoritățile din domeniul concurenței ale statelor membre de a aplica art. 81 și 82 din Tratatul CE”.

În literatura juridică se face observația că prevederile sus-menționate sunt puțin conciliabile cu textul art. 9 din Regulament, prin care se prevede clar că „angajamentele trebuie să fie de natură să răspundă preocupărilor Comisiei și că decizia trebuie să conchidă că nu mai este cazul să acționeze”. Constatarea inaplicabilității art. 101 și art. 102 TFUE (foste art. 81 și art. 82 din Tratatul CE). În această privință trebuie făcută o subliniere prealabilă și anume că, prin Regulamentul CE nr. 1/2003, a fost suprimată procedura notificării și de exonerare individuală, în viitor rolul Comisiei constând mai puțin în reprimarea încălcărilor în această materie și mai mult în decizii pozitive adresate întreprinderilor. În mod excepțional, Comisia și-a rezervat puterea ca („atunci când interesul public comunitar, privind aplicarea art. 81 și 82 din Tratatul CE, o cere”), să constate „pe cale de decizie că art. 81 din Tratatul CE este inaplicabil unui acord, unei decizii a asociației de întreprinderi sau unei practici concertate, atunci când sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 81 parag. 3 din Tratatul CE”.

În acest sens sunt și prevederile conținute în considerentul 14 din Regulament: „Poate fi utilă, în cazuri excepționale, atunci când este necesar în interesul public al Comunității (Uniunii), adoptarea de către Comisie a unei decizii cu caracter declarativ care să arate că interdicția prevăzută la art. 81 sau art. 82 din Tratatul CE (art. 101 sau art. 102 TFUE) nu se aplică, în vederea clarificării legislației și a asigurării aplicării consecvente a acesteia în Comunitate, în special în privința noilor tipuri de acorduri și practici asupra cărora jurisprudența și practica administrativă nu s-au pronunțat”.

Comisia poate face, de asemenea, o astfel de constatare în ceea ce privește art. 82 din Tratatul CE. Scrisorile de orientare. În „Comunicarea” făcută de Comisie la 27 aprilie 2004 (la care ne-am mai referit înainte) s-a indicat că ea (Comisia) își rezervă puterea ca, în cazuri potrivite, să trimită „scrisori orientative” părților, în vederea prezervării unui interes de securitate juridică. Aceasta este situația dacă, în pofida unei jurisprudențe sau a practicii existente, afacerile se derulează de o atare manieră încât se creează insecuritate juridică reală, datorită noutății sau caracterului încă incert (nerezolvat) al problemelor pe care ele le ridică.

O atare putere este anvizată prin considerentul 38 din Regulament, care are următorul conținut: „A oferi o securitate juridică pentru întreprinderile a căror activitate este supusă normelor comunitare de concurență, aceasta contribuie la promovarea inovării și investiției. Atunci când o situație creează o incertitudine reală pentru că ridică, pentru aplicarea acestor reguli, probleme noi și nerezolvate, întreprinderile în cauză vor putea să dorească să întrebe Comisia despre orientările informale. Prezentul regulament nu prejudică (nu se anteprenunță în legătură cu) posibilitatea pentru Comisie de a furniza atare orientări”.

Astfel de scrisori orientative nu vor fi date dacă sunt în curs proceduri paralele în fața jurisdicțiilor sau autorităților naționale, ori în fața jurisdicțiilor comunitare.

Ele nu vor fi date decât în cazuri concrete și nu în chestiuni ipotetice.

Efectul juridic al scrisorilor orientative va fi limitat. Nu numai că acestea nu vor lega, în mod evident, jurisdicțiile comunitare, dar ele nu leagă nici jurisdicțiile și autoritățile naționale (este vorba, așadar, într-o oarecare măsură, de modelul vechilor „atestări negative”).

Chiar și Comisia Europeană își rezervă puterea de a reveni asupra aprecierilor sale pe care și le-a exprimat prin atare scrisori.

Retragerea individuală a unei exceptări pe categorie. În art. 29 din Regulament se prevede că atunci când un acord este acoperit printr-un regulament de exceptare pe categorie, Comisia poate, totuși, din oficiu, sau ca urmare a unei plângeri, „să retragă beneficiul unui atare regulament de exceptare, atunci când consideră, într-un caz determinat, că un acord, o decizie sau o practică concertată vizată de regulamentul de exceptare produce totuși efecte care sunt incompatibile cu art. 81 parag. 3 din Tratatul CE.”

Ceea ce este nou în această privință este faptul că o atare putere aparține de asemenea, în prezent, conform art. 29 parag. 2 din Regulament, și autorităților naționale din domeniul concurenței „într-un caz determinat, în caz de acorduri, decizii ale asociațiilor de întreprinderi sau de practici concertate”, exceptate printr-un atare regulament, „care produc efecte incompatibile cu art. 81 parag. 3 din Tratatul CE cu privire la teritoriul” unui stat membru vizat, sau „pe o parte din acest teritoriu care prezintă toate caracteristicile unei piețe geografice distincte”. În acest caz, retragerea beneficiului exceptării va avea loc pe acest teritoriu.

c) Puterile de a sancționa. Respectarea regulilor concurenței instituite prin art. 81 și art. 82 din Tratatul CE (actuale art. 101 și art. 102 TFUE) și executarea obligațiilor impuse întreprinderilor și asociațiilor de întreprinderi poate fi asigurată atât prin măsuri de ordin preventiv, dar și prin aplicarea de amenzi și penalități.

Sancțiunile aplicabile pentru încălcările regulilor procedurale. În această privință trebuie subliniat faptul că, prin Regulamentul CE nr. 1/2003, cuantumul amenzilor aplicabile pentru încălcarea regulilor procedurale a fost considerabil mărit.

Amenzile procedurale și penalitățile, exprimate în procente asupra cifrei de afaceri a societății incriminate, pot atinge 1% din cifra de afaceri totală și 5% din cifra de afaceri medie realizată de întreprinderea în cauză în cursul exercițiului social precedent. Între altele, s-a lărgit sfera ipotezelor de sancționare pentru furnizarea de informații incomplete sau denaturate, refuzul prezentării documentelor ori refuzul de a răspunde (sau răspuns inexact, incomplet sau denaturat) la o întrebare orală pusă în timpul investigației (anchetei, instrucțiunii) și în caz de rupere de sigilii.

În această privință, în art. 23 parag. 1 din Regulament (care înlocuiește art. 15 parag. 1 din vechiul Regulament CE nr. 17/1962, în prezent abrogat prin Regulamentul CE nr. 1/2003, art. 43) sunt prevăzute următoarele: „(1) Comisia poate aplica, prin decizie, întreprinderilor sau asociațiilor de întreprinderi amenzi care să nu depășească 1% din cifra de afaceri totală din exercițiul financiar precedent, atunci când, în mod intenționat sau din neglijență, acestea: a) furnizează informații inexacte sau care induc în eroare, ca răspuns la o solicitare efectuată în temeiul art. 17 sau art. 18 parag. 2; b) ca răspuns la o solicitare făcută printr-o decizie adoptată în temeiul art. 17 sau 18 parag. 3, furnizează informații inexacte, incomplete sau care induc în eroare sau nu furnizează informațiile în termenul stabilit; c) prezintă registrele și celelalte documente solicitate privind afacerile în formă incompletă, în timpul inspecției desfășurate în temeiul art. 20 sau refuză să se supună inspecțiilor dispuse printr-o decizie adoptată în temeiul art. 20 parag. 4; d) ca răspuns la o întrebare adresată în conformitate cu art. 20 parag. 2 lit. e), dau un răspuns inexact sau care induce în eroare, nu rectifică, în termenul stabilit de Comisie, un răspuns inexact, incomplet sau care induce în eroare dat de un membru al personalului său; nu dau un răspuns complet sau refuză să dea acest răspuns cu privire la fapte care au legătură cu obiectul și scopul inspecției dispuse printr-o decizie adoptată în conformitate cu art. 20 parag. 4; e) sigiliile aplicate în conformitate cu art. 20 parag. 2 lit. d) de către reprezentanții oficiali sau alte persoane care îi însoțesc, autorizate de Comisie, au fost rupte”.

Sancțiunile aplicabile pentru încălcarea art. 101 și art. 102 TFUE (fostele art. 81 și art. 82 din Tratatul CE). În privința amenzilor aplicabile în cazul încălcărilor art. 81 și art. 82 din Tratatul CE, prin art. 23 parag. 2 din Regulament sunt prevăzute următoarele: „(2) Comisia poate aplica, prin decizie, amenzi asupra întreprinderilor și asociațiilor de întreprinderi atunci când, în mod intenționat sau din neglijență, acestea:

a) încalcă art. 81 sau art. 82 din Tratatul CE sau b) contravin unei decizii care dispune măsuri provizorii în temeiul art. 8 sau c) nu respectă un angajament care devine obligatoriu printr-o decizie

în temeiul art. 9.

Pentru fiecare întreprindere și asociație de întreprinderi care participă la încălcarea normelor, amenda nu depășește 10% din cifra de afaceri totală din exercițiul financiar precedent.

Dacă încălcarea săvârșită de o asociație privește activitatea membrilor săi, amenda nu depășește 10% din cifra de afaceri totală a fiecărui membru activ pe piața afectată de încălcarea săvârșită de asociație”.

Deci, amenda maximă aplicabilă pentru încălcările comise de către asociațiile de întreprinderi este mai mică întrucât cota de 10% nu se aplică la cifra de afaceri totală a întreprinderilor în cauză, ci a celei care este realizată pe piața afectată de încălcare.

În art. 23 parag. 3 din Regulament a fost reluată regula clasică, și anume „pentru a se determina cuantumul amenzii, trebuie luată în considerare, în afara gravității încălcării, durata acesteia”.

Pentru a se garanta acoperirea efectivă a unei amenzi aplicate unei asociații de întreprinderi pentru încălcarea pe care aceasta a comis-o, prin art. 23 parag. 4 din Regulament au fost statuate următoarele în legătură cu condițiile în care Comisia poate cere plata amenzii de la întreprinderile membre ale asociației, atunci când aceasta nu este solvabilă: „(4) Atunci când se aplică o amendă unei asociații de întreprinderi luându-se în considerație cifra de afaceri a membrilor săi, iar asociația nu este solvabilă, aceasta este obligată să le ceară membrilor ei să acopere, prin contribuții, valoarea amenzii. În cazul în care contribuțiile solicitate nu s-au acordat asociației în termenul stabilit de Comisie, aceasta (Comisia) poate solicita plata amenzii direct de către fiecare întreprindere ai cărei reprezentanți au fost membri ai organismelor de decizie ale asociației, care au fost implicați în cauză. După ce Comisia a solicitat plata în temeiul celui de-al doilea paragraf, atunci când este necesar pentru a garanta plata integrală a amenzii, Comisia poate solicita plata soldului de către oricare membru al asociației care a fost activ pe piața pe care a avut loc încălcarea. Totuși, Comisia nu solicită plata în temeiul celui de-al doilea și al treilea paragraf întreprinderilor care demonstrează că nu au pus în aplicare decizia asociației care a dus la încălcare sau că nu au avut cunoștință de existența acesteia sau că s-a distanțat activ de aceasta, înaintea inițierii investigației Comisiei în cauza respectivă. Responsabilitatea financiară a fiecărei întreprinderi în privința plății amenzii nu poate depăși 10% din cifra totală de afaceri din exercițiul financiar precedent”.

Prin considerentul 30 din Regulament se mai face precizarea că în ceea ce privește Comisia, aceasta ar trebui să țină seama de „tală relativă” a întreprinderilor care sunt încadrate în asociație, în special de situația celor mici sau mijlocii, atunci când procedează la o atare operațiune de acoperire indirectă (arătată mai înainte).

Prin același considerent se face și o altă precizare, și anume că plata amenzii de unul sau mai mulți membri ai asociației se realizează fără a se aduce atingere dispozițiilor din dreptul național care prevăd recuperarea sumei plătite de alți membri ai asociației.

Textul concret al acestui considerent este următorul: „Pentru a se asigura colectarea eficientă a amenzilor aplicate asociațiilor de întreprinderi, pentru încălcările comise de acestea (întreprinderile componente) este necesar să se stabilească condițiile în care Comisia poate solicita plata amenzii de la întreprinderile membre ale asociației dacă asociația nu este solvabilă. Acționând astfel, Comisia ar trebui să ia în considerare mărimea relativă a întreprinderilor care fac parte din asociație și, în special, situația întreprinderilor mici și mijlocii. Plata amenzii de către unul sau mai mulți membri ai asociației se face fără a se aduce atingere normelor de drept național care prevăd recuperarea sumei plătite de alți membri ai asociației”.

Important de subliniat este și faptul că în art. 23 parag. 5 din Regulament este statuat expres că „Deciziile luate în aplicarea parag. 1 și 2 nu au caracter penal”.

De notat, de asemenea, că regulile în materie de amenzi sunt precizate de Comisie în „liniile directoare”, în ceea ce privește calcularea amenzilor¹⁰⁷, ca și în „Comunicarea” Comisiei, secțiunea „clementă”.

Penalități. Prin art. 24 din Regulamentul CE nr. 1/2003 (care a înlocuit art. 16 din vechiul Regulament nr. 17/1962) sunt prevăzute următoarele: „(1) Comisia poate aplica, prin decizie,

întreprinderilor sau asociațiilor de întreprinderi, cu titlu cominatoriu, penalități care nu pot depăși 5% din cifra de afaceri zilnică medie din exercițiul financiar precedent, pentru fiecare zi întârziere, care se calculează de la data stabilită prin decizie, pentru ca, în felul acesta, să le oblige: a) să înceteze o încălcare a art. 81 ori a art. 82 din Tratatul CE, în conformitate cu o decizie luată în temeiul art. 7; b) să respecte o decizie care dispune măsuri provizorii în temeiul art. 8; c) să respecte un angajament devenit obligatoriu printr-o decizie în temeiul art. 9; d) să furnizeze informații complete și exacte pe care Comisia le-a solicitat printr-o decizie luată în temeiul art. 17 sau al art. 18 parag. 3; e) să se supună inspecției dispuse de Comisie printr-o decizie luată în temeiul art. 20 parag. 4. (2) Atunci când întreprinderile sau asociațiile de întreprinderi și-au îndeplinit obligația pentru executarea căreia au fost aplicate penalitățile cu titlu cominatoriu, Comisia poate fixa suma definitivă a penalităților cu titlu cominatoriu la o valoare mai mică decât cea care rezulta din decizia inițială. Articolul 23 parag. 4 se va aplica în mod corespunzător (este vorba de asociațiile de întreprinderi care, eventual, nu ar fi solvabile pentru a suporta plata penalităților). Prescripția în materia aplicării de sancțiuni. Regulile în materie de prescripție care erau prevăzute – în trecut – în Regulamentul CE nr. 2988/74 din 26 noiembrie 1974 sunt, în prezent, încorporate în Regulamentul CE nr. 1/2003, în cadrul unui sistem de competențe paralele. Cu toate acestea, a fost necesar să se adauge la actele susceptibile să ducă la întreruperea cursului prescripției actele de procedură autonome efectuate de o autoritate din domeniul concurenței a unui stat membru.

În consecință, prin art. 25 din Regulament s-a reglementat prescripția în această materie a aplicării sancțiunilor, în termenii următori: „(1) Competențele conferite Comisiei prin art. 23 și 24 se supun următoarelor termene de prescripție: a) trei ani în cazul încălcării dispozițiilor privind solicitările de informații sau desfășurarea inspecțiilor; b) cinci ani în cazul tuturor celorlalte încălcări. (2)

Prescripția curge din ziua în care se comite încălcarea. Totuși, în cazul unor încălcări continue sau repetate, timpul se calculează din ziua încetării încălcării. (3) Orice act al Comisiei sau al autorității din domeniul concurenței a unui stat membru, în scopul examinării sau investigației unei încălcări, întrerupe cursul termenului de prescripție pentru aplicarea amenzilor sau a penalităților cu titlu cominatoriu, întreruperea termenului de prescripție producând efect de la data la care actul este notificat cel puțin unei întreprinderi sau asociații de întreprinderi care a participat la încălcare. Actele care întrerup termenul de prescripție includ, în special, următoarele: a) solicitări de informații în scris de către Comisie sau de către autoritatea din domeniul concurenței a unui stat membru; b) autorizații scrise de desfășurare a inspecțiilor emise pentru reprezentanții săi oficiali de către Comisie sau de către autoritatea din domeniul concurenței a unui stat membru; c) inițierea procedurilor de către Comisie sau de către autoritatea din domeniul concurenței a unui stat membru; d) comunicarea privind obiecțiunile de către Comisie sau de către autoritatea din domeniul concurenței a unui stat membru. (4) Întreruperea termenului de prescripție produce efecte pentru toate întreprinderile sau asociațiile de întreprinderi care au participat la încălcare. (5) Întreruperea determină curgerea unui nou termen de prescripție. Totuși, termenul de prescripție expiră cel târziu în ziua în care o perioadă egală cu dublul termenului de prescripție s-a scurs fără să se fi aplicat o amendă sau penalități cu titlu cominatoriu de către Comisie. Acest termen se prelungește cu perioada în care termenul de prescripție este suspendat în conformitate cu parag. 6. (6) Termenul de prescripție pentru aplicarea amenzilor sau a penalităților cu titlu cominatoriu se suspendă pe durata în care decizia Comisiei face obiectul unor acțiuni pendinte la Curtea de Justiție”.

Prescripția în materia executării sancțiunilor. În privința regulilor de prescripție în materie de executare a sancțiunilor, prin art. 26 din Regulament sunt prevăzute următoarele: „(1) Competența Comisiei de a pune în aplicare deciziile luate în temeiul art. 23 și 24 se prescrie în cinci ani. (2) Prescripția începe să curgă de la data de la care decizia devine definitivă. (3) Prescripția pentru executarea sancțiunilor este întreruptă: a) prin notificarea unei decizii de modificare a cuantumului inițial al amenzii sau al penalităților cu titlu cominatoriu sau de refuzare a unei cereri de modificare; b) prin orice act al Comisiei sau al unui stat membru care acționează la cererea Comisiei, în scopul executării silite a amenzii sau penalităților cu titlu cominatoriu. (4) Fiecare întrerupere determină

curgerea unui nou termen de prescripție. (5) Termenul de prescripție pentru executarea sancțiunilor se suspendă: a) pe perioada în care se poate efectua plata; b) pe perioada în care executarea silită a plății este suspendată în temeiul unei hotărâri a Curții de Justiție”.

d) audierea întreprinderilor și procedura. Prin Regulamentul CE nr. 1/2003 este consacrat dreptul întreprinderilor de a fi audiate (ascultate) de Comisie, precum și dreptul terților, ale căror interese pot fi afectate printr-o decizie a Comisiei, de a-și prezenta observațiile lor.

În cadrul acestei secțiuni a studiului nostru ne vom referi la următoarele aspecte: comunicarea învinuirilor, accesul la dosare, audierea părților, secretul profesional, publicarea deciziilor și controlul exercitat de Curtea de Justiție a Uniunii Europene.

Comunicarea învinuirilor. Prin art. 27 parag. 1 din Regulamentul CE nr. 1/2003 se prevede că: „Înainte de adoptarea deciziilor prevăzute la art. 7, 8, 23 și 24 parag. 2 din Regulament, Comisia acordă întreprinderilor și asociațiilor de întreprinderi, care fac obiectul procedurilor desfășurate de Comisie, ocazia de a-și exprima punctul de vedere cu privire la învinuirile (criticile) formulate de Comisie. Comisia nu-și fundamentează deciziile decât pe învinuirile cu privire la care părțile vizate nu au putut să-și demonstreze justetea observațiilor pe care le-au făcut. Autorii plângerii sunt implicați îndeaproape în aceste proceduri”.

De asemenea, prin art. 10 și art. 14 din Regulamentul Comisiei CE nr. 773/2004 (la care ne-am referit mai sus) se face precizarea, în această privință, care sunt în special regulile referitoare la comunicarea învinuirilor, cu ocazia audierii la Consiliul auditor. În ceea ce-i privește pe cei care fac plângerile, este indicat, așa cum rezultă din ultimul alineat al art. 27 din Regulament, ca aceștia „să fie strâns asociați la procedură”. Detalii despre drepturile reclamanților sunt prevăzute în art. 5-9 din Regulamentul nr. 773/2004 (procedura depunerii plângerilor, accesul la comunicarea învinuirilor și la audiere, procedura respingerii plângerii...), dar și în „Comunicarea” Comisiei cu privire la tratamentul plângerilor.

Accesul la dosare. În art. 27 parag. 2 din Regulamentul CE nr. 1/2003 se prevede că: „Drepturile la apărare ale părților în cauză sunt pe deplin garantate în cadrul procedurilor. Acestea au dreptul de acces la dosarul Comisiei, sub rezerva interesului legitim al întreprinderilor de a-și proteja secretele de afaceri. Dreptul de acces la dosar nu include accesul la informațiile confidențiale și documentele interne ale Comisiei sau ale autorităților din domeniul concurenței ale statelor membre. În special, acest drept nu include accesul la corespondența dintre Comisie și autoritățile din domeniul concurenței ale statelor membre sau dintre acestea din urmă, inclusiv documentele întocmite în temeiul art. 11 și art. 14. Nicio dispoziție din prezentul paragraf nu împiedică Comisia să divulge și să utilizeze informațiile necesare pentru a dovedi o încălcare”.

Reguli mai detaliate în această privință se regăsesc în art. 15 și art. 16 din Regulamentul nr. 773/2004 și în „Comunicarea” Comisiei din 27 aprilie 2004 (citată anterior).

Audierea altor părți. Articolul 27 parag. 3 din regulament prevede următoarele: „În cazul în care Comisia consideră că este necesar, poate audia, de asemenea, alte persoane fizice sau juridice. Cererile de audiere a acestor persoane se aprobă dacă acestea demonstrează suficient interes. Autoritățile din domeniul concurenței ale statelor membre pot, de asemenea, solicita Comisiei să audieze și alte persoane fizice sau juridice”.

Secretul profesional. Prin art. 28 din Regulament este consacrată regula generală că „Informațiile culese (primate) în aplicarea art. 17 și art. 22 nu pot fi utilizate decât în scopurile în care ele au fost culese (primate)”, adică în limita mandatului inițial. Aceste informații nu pot fi, de exemplu, comunicate autorităților fiscale, sau utilizate în cadrul unei alte proceduri de concurență.

Acest punct de vedere exprimat în literatura juridică ni se pare foarte discutabil dat fiind principiul fundamental al stabilirii adevărului și asigurarea legalității actelor și comportamentelor în cadrul societății. Nu se poate, așadar, concepe ca un organ de stat sau chiar comunitar să se afle în posesia unor informații din care ar rezulta, de exemplu, comiterea unei infracțiuni de evaziune fiscală și să nu le comunice organelor competente, chiar dacă aceste informații au fost obținute în cadrul unei

proceduri de concurență, în ambele cazuri fiind încălcate reguli esențiale de funcționare a societății, fiind de interes general.

Sunt însă de reținut prevederile art. 27 parag. 2 și ale art. 30 parag. 2 din Regulament potrivit cărora trebuie „prezervat secretul afacerilor care nu trebuie divulgat părților sau altor persoane fizice sau juridice care au un drept de acces la dosarele Comisiei referitoare la încălcări ale regulilor concurenței”.

Publicarea deciziilor. Articolul 30 din Regulament prevede următoarele: „(1) Comisia publică deciziile pe care le adoptă în temeiul art. 7-10, art. 23 și art. 24. (2) Publicarea indică numele părților și conținutul principal al deciziei, inclusiv sancțiunile aplicate. Aceasta ia în considerare interesul legitim al întreprinderilor în protejarea secretelor lor de afaceri”.

Controlul Curții de Justiție. Prin art. 31 din Regulament se prevede, ca regulă generală, că, în conformitate cu art. 261 TFUE (fost art. 229 din Tratatul CE), „Curtea de Justiție statuează, având plenitudine de competență, cu privire la acțiunile introduse împotriva deciziilor prin care Comisia stabilește o amendă sau o penalitate cu titlu cominatoriu. Curtea de Justiție poate înlătura, reduce sau mări amenda sau penalitatea cu titlu cominatoriu aplicată”.

În concluzie, referitor la acest punct al reformei realizate în domeniul dreptului comunitar al concurenței, privind practicile restrictive de concurență, trebuie să se rețină că odată cu adoptarea Regulamentului CE nr. 1/2003 s-a deschis o etapă nouă în dreptul concurenței, sistemul devenind, evident, și din multe puncte de vedere, mai eficient decât în trecut, sub imperiul fostului Regulament CE nr. 17/1962, în prezent abrogat prin art. 43 din Regulamentul CE nr. 1/2003.

În literatura juridică se face totuși sublinierea că numeroase probleme au rămas deschise, mai importante, în concepția autorului respectiv, fiind următoarele:

– aplicarea paralelă și concurentă a acelorași reguli de către autorități multiple antrenează riscul unor decizii contradictorii și dubla sancționare;

– lipsa unei armonizări a regimului procedural va antrena probleme multiple pentru întreprinderile respective implicate în toate sediile procedurii (anchete, cereri de informare, comunicarea învinuirilor, accesul la dosare, decizii, sancțiuni, căi de atac). Ca atare, se consideră că ar fi necesară și o altă reformă, încă și mai ambițioasă, care să fie capabilă să ofere un regim în această materie în realitate mai coerent și compatibil cu exigențele dreptului întreprinderilor și securității juridice.

Capitolul 4.

Reglementările referitoare la concentrările economice

Începând cu data de 1 mai 2004 a intrat în vigoare un nou Regulament CE nr. 139/2004¹¹³ care a înlocuit vechiul Regulament CE nr. 4064/89. Acest nou regulament a fost însoțit de alte documente cum ar fi: Regulamentul Comisiei Europene nr. 802/2004 din 7 aprilie 2004 privind punerea în aplicare a Regulamentului CE nr. 139/2004¹¹⁴; liniile directoare referitoare la aprecierea concentrărilor orizontale, în legătură cu Regulamentul CE nr. 139/2004¹¹⁵, un cod de bune practici în conducerea anchetelor; o Comunicare a Comisiei în legătură cu trimiterea cauzelor de concentrare între Comisie și statele membre¹¹⁶; o Comunicare a Comisiei cu privire la restricțiile accesorii, direct legate și necesare pentru realizarea operațiunilor de concentrare¹¹⁷; o Comunicare a Comisiei cu privire la procedura de notificare simplificată¹¹⁸.

Chiar și Comisia Europeană a făcut obiectul unei reorganizări care a implicat, mai ales, desființarea parțială a „Merger Task Force” și numirea unui „Chief Competition Economist” asistat de mai mulți economiști.

Vom analiza, în continuare, conținutul Regulamentului CE nr. 139/2004.

Prin art. 1 din acest Regulament se prevede că el se aplică „tuturor operațiunilor de concentrare de

dimensiune comunitară”.

A. Principiile fundamentale care stau la baza acestui regulament sunt: mai întâi, competența exclusivă a Comisiei în privința adoptării deciziilor prevăzute de regulament referitoare la concentrările care ating praguri comunitare, iar, apoi, neaplicabilitatea, în cazul operațiunilor de dimensiuni comunitare, a reglementărilor naționale cu privire la concurență, edictate de statele membre (ghișeul unic).

În legătură cu aceste principii fundamentale, se impun unele clarificări în ceea ce privește noțiunile de „concentrare” și „dimensiuni comunitare”.

Noțiunea de „concentrare” este definită în Regulamentul CE nr. 139/2004, dar a făcut obiectul unei Comunicări a Comisiei¹¹⁹, în legătură cu aplicarea vechiului Regulament CE nr. 4064/89 (în prezent înlocuit prin Regulamentul CE nr. 139/2004). Potrivit art. 3 parag. 1 lit. a) și b) și parag. 4 din Regulamentul CE nr. 139/2004, noțiunea de concentrare cuprinde categoriile următoare de tranzacțiuni:

- fuziunea a două sau mai multe întreprinderi anterior independente;
- obținerea, de către una sau mai multe persoane care dețin deja controlul cel puțin a unei întreprinderi sau de una sau mai multe întreprinderi, a controlului direct sau indirect a ansamblului sau a părților uneia sau mai multor întreprinderi, prin indiferent ce mijloc;
- crearea unei întreprinderi comune care îndeplinește în mod durabil funcțiunile unei entități economice autonome (întreprindere comună cu depline puteri de exercițiu).

Conceptul fundamental care stă la baza definirii unei operații de concentrare este cel al „controlului”.

În conformitate cu art. 3 parag. 2 din Regulament, controlul decurge din drepturi, contracte sau alte mijloace care conferă, singure sau în mod conjunct, și ținându-se seama de circumstanțele de fapt și de drept, posibilitatea de a exercita o influență determinantă asupra activității unei întreprinderi și mai ales: drepturile de proprietate sau de folosință asupra totalității sau unei părți din bunurile unei întreprinderi și drepturile sau contractele care conferă o influență determinantă asupra compunerii, deliberărilor sau deciziilor organelor unei întreprinderi.

De subliniat faptul că în trecut Comisia Europeană a publicat deja o Comunicare, în aplicarea Regulamentului nr. 4064/89, în care se preciza ce se înțelege prin noțiunea de „întreprindere comună cu deplinătate de exercițiu”. O întreprindere comună este considerată ca având deplinătate de exercițiu și deci o concentrare dacă sunt îndeplinite următoarele condiții:

- trebuie să existe un control comun al întreprinderii comune exercitat de întreprinderile fondatoare;
- trebuie ca întreprinderea comună să îndeplinească funcțiile care sunt exercitate în mod normal de alte întreprinderi comune aflate pe piață. În acest scop, întreprinderea comună trebuie, în special, să dispună de un personal de încadrare și să aibă acces la toate resursele necesare pentru a-și exercita activitatea în mod durabil. O întreprindere comună nu va avea un drept deplin de exercițiu, dar ea nu preia decât o singură funcțiune specifică dintre activitățile economice ale întreprinderilor fondatoare, cum ar fi, de exemplu, activitatea de cercetare-dezvoltare.

Prin considerentul 20 și art. 5 parag. 2 din Regulamentul CE nr. 139/2004 se statuează că trebuie tratate ca fiind o concentrare unică operațiunile care sunt strâns legate între ele prin aceea că fac obiectul unei legături condiționale sau iau forma unei serii de tranzacții efectuate într-un interval de timp de doi ani.

Noțiunea de „dimensiune comunitară” nu a fost modificată prin Regulamentul CE nr. 139/2004, păstrându-se elementele de definire din vechea reglementare în materie.

În conformitate cu art. 1 parag. 2 și art. 1 parag. 3 din Regulament, o operațiune de concentrare are o dimensiune comunitară atunci când sunt îndeplinite două condiții cumulative:

- cifra de afaceri totală, realizată pe plan mondial de ansamblul întreprinderilor respective, să reprezinte un quantum superior sumei de 5 miliarde euro;
- cifra de afaceri totală, realizată individual în cadrul Uniunii de cel puțin două dintre

întreprinderile respective, să reprezinte un quantum superior sumei de 250 milioane euro.

Dar chiar dacă aceste două condiții sunt îndeplinite, o operațiune de concentrare nu are o dimensiune comunitară atunci când fiecare dintre întreprinderile vizate realizează mai mult de două treimi din cifra de afaceri totală per Uniune în interiorul unui singur și același stat membru.

Dacă o concentrare nu atinge pragurile de mai sus, ea va fi totuși considerată ca fiind de dimensiune comunitară dacă sunt îndeplinite toate „criteriile adiționale” următoare:

- cifra de afaceri totală realizată pe plan mondial de ansamblul întreprinderilor vizate reprezintă un quantum superior sumei de 2,5 miliarde euro;

- în fiecare din cel puțin trei state membre cifra de afaceri realizată de toate întreprinderile vizate este superioară sumei de 100 milioane euro;

- în cel puțin trei state membre vizate mai sus cifra de afaceri totală realizată individual de cel puțin două dintre întreprinderile vizate este superioară sumei de 25 milioane euro și

- cifra de afaceri totală realizată individual în cadrul Uniunii de cel puțin două întreprinderi vizate reprezintă un quantum superior cifrei de 100 milioane euro, cel puțin în cazurile când fiecare dintre întreprinderile vizate nu realizează mai mult de două treimi din cifra lor de afaceri totală în cadrul Uniunii, în interiorul unui singur și același stat membru.

În ceea ce privește aplicarea în practică a acestor praguri, mai întâi trebuie subliniat că art. 1 parag. 2 lit. b) și parag. 3 lit. d) din Regulamentul CE nr. 139/2004 cere ca cifra de afaceri totală realizată individual în cadrul Uniunii „de cel puțin două din întreprinderile vizate” să reprezinte un quantum superior sumei de 250 milioane euro și, respectiv, 100 milioane euro. Expresia „de cel puțin două dintre întreprinderile vizate” trebuie înțeleasă în sensul că aplicarea Regulamentului CE nr. 139/2004 nu poate fi evitată pur și simplu pentru că una sau mai multe întreprinderi care nu au decât o cifră de afaceri redusă în cadrul Uniunii sunt părți la tranzacție. Numărul de întreprinderi care sunt părți la tranzacție și care nu au o cifră de afaceri în cadrul Uniunii are prea puțină importanță, atâta vreme cât cel puțin două dintre întreprinderile care sunt părți la tranzacție au o cifră de afaceri care se încadrează în pragurile menționate mai sus. Această dispoziție permite să se evite ca aplicarea Regulamentului CE nr. 139/2004 să fie ocolită prin includerea în tranzacție a unor întreprinderi numai în scopul unic că aceste întreprinderi nu au o (sau au o foarte mică) cifră de afaceri în cadrul Uniunii.

De altfel, utilizarea criteriului de „două treimi” din cifra de afaceri totală (care se aplică fiecareia dintre întreprinderile vizate), menționată mai sus, este, și ea, destinată să vegheze ca nicio tranzacție care este esențialmente națională să rămână de competența statului membru respectiv.

Referitor la calculul cifrei de afaceri, prin art. 5 din Regulamentul CE nr. 139/2004 sunt prevăzute reguli specifice pentru calcularea cifrei de afaceri a întreprinderilor vizate, reguli care sunt foarte detaliate. Este de reținut însă un aspect important, și anume că atunci când concentrarea constă în dobândirea controlului exclusiv asupra părților dintr-una sau mai multe întreprinderi, se ia în considerare numai cifra de afaceri care se raportează la părțile care au făcut obiectul concentrării, din cifra de afaceri a cedentului/cedenților.

Concentrările care corespund definiției date „concentrărilor”, în sensul Regulamentului CE nr. 139/2004, dar care nu au dimensiuni comunitare, nu sunt, în principiu, supuse acestui regulament. Cu toate acestea, asemenea tranzacțiuni pot fi supuse reglementărilor naționale din statele membre referitoare la controlul concentrărilor.

B. Excepții de la principiul „ghișeului unic”. În general, concentrările având dimensiuni comunitare sunt supuse competenței exclusive a Comisiei Europene.

Statele membre nu pot, așadar, să aplice legislația lor națională referitoare la concurență unor atare tranzacțiuni (art. 21 parag. 3 din Regulamentul CE nr. 139/2004). Invers, dacă o concentrare nu are o dimensiune comunitară, ea va putea fi supusă, după caz, legilor naționale referitoare la controlul concentrărilor.

Cu toate acestea, există unele excepții de la acest principiu, la care ne vom referi în continuare:

a) În conformitate cu art. 21 par. 4 din Regulament, este permisă aplicarea legii unui stat membru unei concentrări care are o dimensiune comunitară în măsura în care acest lucru este necesar pentru a fi asigurată „protecția intereselor legitime ale acestui stat membru”.

Aceste interese legitime includ, în special: securitatea publică, pluralitatea media și regulile prudențiale (art. 21 par. 4 din Regulament).

Statele membre pot, de asemenea, să ia și alte măsuri potrivite pentru asigurarea protecției intereselor legitime, dar astfel de interese legitime trebuie comunicate Comisiei și recunoscute ca atare de aceasta. În această privință, Comisia trebuie să notifice decizia sa statului membru respectiv într-un termen de 25 zile de la data comunicării.

b) Trimiterea cauzei unuia sau mai multor state membre reprezintă o altă excepție de la principiile instituite de Regulamentul CE nr. 139/2004. Este vorba de trimiterea la cererea unui stat membru după ce operația a fost notificată Comisiei („clauza germană”) și trimiterea la cererea părților înainte ca operația să fie notificată Comisiei. Trimiterea la cererea unui stat membru după ce operațiunea a fost notificată Comisiei. Articolul 9 din Regulamentul CE nr. 139/2004 prevede, ca o excepție de la principiul competenței exclusive a Comisiei atunci când concentrarea este de dimensiune comunitară, cazul în care concentrarea privește o „piață națională distinctă” (autoritățile germane au insistat să fie introdusă această excepție în vechiul regulament, motiv pentru care această excepție este cunoscută sub denumirea de „clauză germană”). Noul Regulament supune aplicarea acestei clauze unor termene mai stricte.

În virtutea art. 9 par. 2 din Regulament, un stat membru poate, într-un termen de 15 zile începând de la data primirii copiei notificării despre o concentrare, din proprie inițiativă sau la invitația Comisiei, să facă cunoscut Comisiei că o concentrare de dimensiune comunitară: amenință să afecteze în mod semnificativ concurența pe o piață internă a acestui stat membru, piață care prezintă toate caracteristicile unei piețe distincte; sau afectează concurența pe o piață internă a acestui stat membru, piață care prezintă toate caracteristicile unei piețe distincte și care nu constituie o parte substanțială din Piața Comună (art. 9 par. 2 din Regulament).

În primul caz, dacă Comisia constată că o atare piață distinctă și o atare amenințare există, poate decide fie să trateze ea însăși cazul, fie să trimită, total sau parțial, cazul autorităților competente ale statului membru respectiv în vederea aplicării legislației naționale referitoare la concurență a acestui stat. Dacă Comisia consideră că o atare piață distinctă și/sau o atare măsură nu există, ia o decizie în acest scop pe care o comunică statului membru vizat și soluționează ea însăși cazul.

În cel de-al doilea caz, dacă Comisia consideră că o atare piață distinctă este afectată, ea va trimite, în totalitate sau parțial, cazul aferent pieței distincte.

Comisia trebuie să se pronunțe cu privire la cererea (reclamația) unui stat membru într-un termen de 35 zile lucrătoare dacă nu a angajat procedura sau într-un termen de 65 de zile lucrătoare dacă ea a angajat procedura. Dacă Comisia se abține să ia o decizie, ea este considerată că a decis să trimită cazul statului membru vizat (art. 9 par. 5). Dacă Comisia decide să trimită cazul statului membru respectiv, acesta dispune de 45 de zile lucrătoare pentru a informa părțile despre rezultatele analizei concurențiale preliminare și despre măsurile suplimentare care – după caz – trebuie luate (art. 9 par. 6).

Trimiterea la cererea părților înainte ca operațiunea de notificare să fie făcută Comisiei. Articolul 4 par. 4 din Regulament a introdus posibilitatea de trimitere către statele membre, în stadiul de prenotificare, și numai la inițiativa părților. În virtutea acestei noi dispoziții, părțile unei concentrări pot astfel să informeze Comisia, înaintea notificării concentrării, printr-un memoriu motivat (formularul RS), că respectiva concentrare riscă să afecteze în mod semnificativ concurența pe piața internă a unui stat membru care prezintă toate caracteristicile unei piețe distincte și, în consecință, ea trebuie examinată (concentrarea), în tot sau în parte, de statul membru. Într-un atare caz, Comisia transmite fără întârziere acest memoriu tuturor statelor membre. Dacă statul membru vizat în

memoriul motivat și-a exprimat dezacordul, într- un termen de 15 zile lucrătoare de la data primirii memoriului, cauza nu va fi retrimisă. Dacă acest stat membru nu ia vreo decizie în acest termen, el este considerat că este de acord. În afară de cazul când acest stat membru și-a exprimat dezacordul, Comisia poate (dar nu trebuie) să retrimită cauza statului membru respectiv printr-o decizie care trebuie luată în 25 de zile lucrătoare începând de la data primirii memoriului motivat, de către Comisie. În cazul lipsei deciziei Comisiei, aceasta (Comisia) este considerată că a adoptat o decizie de retrimiteră a cauzei conform memoriului prezentat de întreprinderile interesate (art. 4 parag. 4).

c) Trimiterea cauzei la Comisie constituie o a treia excepție de la principiul competenței exclusive a Comisiei. Este vorba de: trimiterea de către un stat membru și de trimiterea la cererea părților înainte ca operațiunea să fi fost notificată statelor membre.

Trimiterea de către un stat membru. Potrivit art. 22 din Regulament, un stat membru poate cere Comisiei să examineze orice concentrare care nu este de dimensiune comunitară, dar care afectează comerțul dintre statele membre și amenință să afecteze în mod semnificativ concurența pe teritoriul statului membru care a formulat această cerere.

Această posibilitate exista deja și în vechiul regulament referitor la controlul concentrărilor și avea, inițial, scopul de a permite statelor membre care nu dețineau o legislație în privința controlului concentrărilor să retrimită anumite cazuri la Comisie.

O atare cerere poate fi prezentată cel mai târziu într-un termen de 15 zile lucrătoare începând de la data notificării concentrării sau, dacă nu s-a primit o notificare, de la comunicarea sa statului membru interesat. Orice alt stat membru are dreptul de a se alătura la cererea inițială într-un termen de 15 zile lucrătoare începând de la data la care Comisia l-a informat despre cererea inițială. Toate termenele naționale referitoare la concentrări sunt suspendate până ce locul examinării concentrării a fost fixat. Din momentul în care un stat membru informează Comisia și întreprinderile interesate că nu are intenția să se alăture cererii de trimitere, suspendarea termenelor naționale ia sfârșit.

Într-un termen de 10 zile lucrătoare de la expirarea celui de al doilea termen de 15 zile menționat mai sus, Comisia poate decide să examineze concentrarea, dacă apreciază că aceasta afectează comerțul între statele membre și amenință să afecteze în mod semnificativ concurența pe teritoriul statului sau statelor membre care formulează cererea. Dacă Comisia nu ia o decizie în acest termen, se consideră că ea a adoptat o decizie de examinare a concentrării conform cererii. Dacă Comisia examinează concentrarea, statul sau statele membre care au formulat cererea de trimitere nu mai aplică legislația lor națională referitoare la concurență în cazul concentrării respective. Trimiterea la cererea părților înainte ca operațiunea să fi fost notificată statelor membre. Prin art. 4 parag. 5 din Regulament s-a introdus posibilitatea pentru părțile participante la o concentrare (care nu are o dimensiune comunitară) să informeze Comisia, printr-un memoriu motivat (formularul RS), că această concentrare trebuie să fie examinată de aceasta, atunci când concentrarea este susceptibilă de a fi examinată în virtutea legislației naționale referitoare la concurență din cel puțin trei state membre.

Într-un atare caz, Comisia transmite fără întârziere acest memoriu tuturor statelor membre. Orice stat membru competent să examineze concentrarea în virtutea legislației sale naționale referitoare la concurență poate, într-un termen de 15 zile lucrătoare de la primirea memoriului motivat, să-și exprime dezacordul cu privire la cererea de trimitere. Atunci când cel puțin un stat membru și-a exprimat dezacordul în acest termen de 15 zile, cauza nu este trimisă și operațiunea este examinată la nivelul național al fiecărui stat membru interesat. În acest caz, Comisia informează fără întârziere toate statele membre, persoanele și întreprinderile interesate despre dezacordul exprimat. În caz contrar, concentrarea este considerată ca având o dimensiune comunitară și trebuie notificată Comisiei. În acest caz, niciun stat membru nu va aplica legislația sa națională referitoare la concurență în ceea ce privește concentrarea respectivă.

C. Procedura. În această privință trebuie făcute mențiuni în legătură cu: notificarea și suspendarea operațiunii de concentrare și cele două faze ale procedurii.

a) Notificarea și suspendarea operațiunii de concentrare. Pentru o mai bună prezentare a acestei părți a procedurii, ne vom ocupa separat de notificarea operațiunii de concentrare, respectiv de suspendarea operațiunii de concentrare.

Notificarea operațiunii de concentrare. Operațiunile de concentrare de dimensiune comunitară trebuie să fie notificate Comisiei Europene printr-un formular cunoscut sub denumirea de „formular CO”.

Regulamentul CE nr. 139/2004 prevede posibilitatea de a se notifica o operațiune înaintea încheierii unui acord în măsura în care părțile pot demonstra că proiectul lor de concentrare este suficient de concret. Deci, o concentrare poate – în prezent – să fie notificată fie înainte de încheierea unui acord, fie în orice moment după încheierea acordului, în măsura în care concentrarea nu este pusă în practică și Comisia nu a declarat-o compatibilă cu Piața Comună.

Consultările prelabile cu Comisia, înainte de notificare, reprezintă adesea un aspect important al procedurii de control al concentrărilor și, ca atare, sunt încurajate de Comisie (considerentul nr. 10 din Regulamentul Comisiei nr. 802/2004)¹²⁴. Atare contacte informale cu Comisia Europeană permit să se discute subiecte cum ar fi obligația de a se notifica sau nu operația avută în vedere, definirea pieței produselor și pieței geografice vizate sau și tipul de informații care trebuie furnizate cu ocazia notificării. Astfel de contacte prezintă două avantaje majore: ele permit echipei care va evalua tranzacțiile să fie deja pregătită înainte de notificarea acesteia și, de asemenea, este permis părților să se asigure că notificarea este completă, așa încât ea nu va fi respinsă de către Comisie.

Notificarea nu va fi efectivă decât la data la care aceasta a fost primită de Comisie (art. 5 parag. 1 din Regulamentul Comisiei nr. 802/2004). Dacă notificarea este incompletă, Comisia trebuie, rapid, să informeze, în scris, despre aceasta părțile și să indice un termen pentru furnizarea informațiilor lipsă. Notificarea nu va fi efectuată decât la data la care informațiile lipsă au fost primite (art. 5 parag. 2 din Regulamentul nr. 802/2004).

Dacă întreprinderile furnizează informații incorecte sau denaturate, Comisia poate, printr-o decizie, să le aplice amenzi până la concurența a 1% din cifra de afaceri totală realizată de întreprinderea respectivă.

Dacă Comisia ia decizia de a nu antama procedura sau o decizie prin care declară că o concentrare este compatibilă cu Piața Comună pe baza informațiilor incorecte care i-au fost furnizate de părți, ea își poate revoca ulterior decizia (art. 6 parag. 3 și art. 8 parag. 3 și 5 din Regulamentul CE nr. 139/2004). De altfel, punerea în practică a unei concentrări care are dimensiune comunitară fără ca această concentrare să fi fost notificată Comisiei Europene poate antrena amenzi suplimentare, până la concurența a 10% din cifra de afaceri totală realizată de întreprinderile respective.

Comisia Europeană a adoptat și o „Comunicare” referitoare la o procedură simplificată de tratament a anumitor operațiuni de concentrare care, în mod normal, nu ridică probleme de concurență (Comunicarea Comisiei Europene referitoare la o procedură simplificată de tratament a anumitor operațiuni de concentrare dată în aplicarea Regulamentului CE nr. 139/2004, 2005/C 56/04). Întreprinderile părți la o concentrare susceptibilă să beneficieze de procedura simplificată (așa cum este aceasta definită în secțiunea II din Comunicare, intitulată „Categorii de concentrări care se pretează la aplicarea procedurii simplificate”) trebuie, în prealabil, să contacteze Comisia pentru a-i cere să fie dispensate de obligația de a proceda la o notificare detaliată (pct. 15 din Comunicare).

Suspendarea operațiunii de concentrare. O operațiune de concentrare de dimensiune comunitară nu poate fi pusă în practică nici înainte de a fi fost notificată, nici înainte de a fi declarată ca fiind compatibilă cu Piața Comună printr-o decizie a Comisiei Europene sau, mult mai rar, pe baza prezumției stabilite prin art. 10 parag. 6 din Regulamentul CE nr. 139/2004 (neluarea deciziei de către Comisia Europeană în termenele fixate).

În cazuri excepționale, Comisia poate – la cererea motivată a părților – să acorde o derogare de la obligația de suspendare a concentrării. Atunci când se pronunță – la cerere –, Comisia trebuie să ia în considerare mai ales efectele pe care le-ar produce suspendarea asupra uneia sau mai multor

întreprinderi implicate în concentrare sau asupra unei terțe părți și amenințarea pe care concentrarea o poate prezenta pentru concurență. Această derogare poate fi însoțită de condiții destinate să asigure realizarea unei concurențe efective.

Cererea de derogare poate fi făcută și acordată în orice moment, înainte de notificare sau după tranzacționare.

Validitatea unei concentrări pusă în practică înainte de a fi fost declarată compatibilă cu Piața Comună va depinde de decizia finală a Comisiei în privința declarării acestei compatibilități. Chiar dacă concentrarea este ulterior autorizată, Comisia poate, prin decizie, să aplice întreprinderilor care nu au respectat obligația de suspendare amenzi care să meargă până la 10% din cifra de afaceri totală realizată de întreprinderile în cauză. Întreprinderile pot, de asemenea, să fie supuse la penalități până la concurența a 5% din cifra lor de afaceri totală zilnică medie dacă nu respectă o condiție fixată prin decizia prin care s-a acordat o derogare la obligația de suspendare. Comisia mai poate, între altele, să ordone părților să „desființeze concentrarea”.

b) Cele două faze ale procedurii. Și în această privință, ne vom referi nu la procedură în general, ci, în mod separat, la fiecare dintre fazele procedurii.

Prima fază a procedurii durează 25 de zile lucrătoare (art. 10 par. 1 din Regulamentul CE nr. 139/2004), începând de la data efectivă a notificării, afară de cazurile în care Comisia ar fi sesizată cu o cerere de trimitere a unui stat membru sau cu o ofertă de angajamente ale părților (caz în care prima fază a procedurii durează 35 de zile lucrătoare). Comisia Europeană trebuie să dea o decizie prin care să declare:

- fie că concentrarea notificată nu se încadrează în Regulamentul CE nr. 139/2004;

- fie că concentrarea notificată nu ridică îndoieli serioase în ceea ce privește compatibilitatea sa cu Piața Comună și este declarată compatibilă cu Piața Comună (cu sau fără condiții); sau

- concentrarea notificată ridică îndoieli serioase în privința compatibilității sale cu Piața Comună (situație în care este inițiată cea de a doua fază a procedurii).

Cu ocazia primei faze a procedurii, Comisia transmite, într-un termen de 3 zile, autorităților competente ale statelor membre o copie a notificărilor, precum și piesele cele mai importante care-i sunt adresate sau care sunt emise de ea în aplicarea Regulamentului nr. 139/2004 (aceasta tot în termenele cele mai scurte posibile). Aceste piese includ angajamentele propuse Comisiei de întreprinderile implicate, pentru ca aceste concentrări să fie compatibile cu Piața Comună (art. 19 par. 1 din Regulamentul CE nr. 139/2004).

În îndeplinirea acestor obligații, Comisia se va afla în strânse și constante legături cu autoritățile competente ale statelor membre care sunt abilitate să formuleze observațiile cu privire la aceste proceduri (art. 19 par. 2 din Regulamentul CE nr. 139/2004).

Faptele esențiale conținute în „notificare” sunt verificate de Comisie, Regulamentul CE nr. 139/2004 întărind puterile de investigare ale Comisiei și ridicând nivelul maxim al amenzilor și penalităților care pot fi aplicate de Comisie în caz de încălcare a regulilor procedurale. În virtutea art. 11 din Regulamentul CE nr. 139/2004, Comisia are puterea de a cere informații părților implicate în concentrare, părților terțe sau statelor membre. Dacă informațiile cerute nu sunt furnizate în termenul fixat de Comisie sau dacă informațiile furnizate sunt incomplete, Comisia are puterea de a lua o decizie formală prin care cere ca informațiile să-i fie furnizate. Această decizie trebuie să menționeze informația cerută și termenul în care ea trebuie furnizată.

Dacă informațiile cerute nu sunt transmise Comisiei sau dacă informațiile sunt incorecte, Comisia poate aplica întreprinderii o amendă până la concurența a 1% din cifra de afaceri totală realizată de întreprinderea respectivă (art. 14 par. 1 din Regulamentul CE nr. 139/2004), precum și penalități până la concurența a 5% din cifra de afaceri zilnică medie a întreprinderii respective până când vor fi furnizate informații corecte (art. 15 par. 1 din Regulamentul CE nr. 139/2004).

Comisia are, de asemenea, dreptul: de acces în localurile întreprinderii, de a controla registrele și alte documente referitoare la activitatea întreprinderii, de a obține copie de pe acestea, de a pune

sigilii sau de a cere oricărui reprezentant sau membru al personalului întreprinderii explicații cu privire la faptele și documentele care se referă la obiectul sau scopul inspecției (art. 13 par. 1 din Regulamentul CE nr. 139/2004). De menționat că Regulamentul CE nr. 139/2004 nu prevede posibilitatea Comisiei de a inspecta domiciliile private ale reprezentanților sau membrilor personalului întreprinderii (așa cum este cazul în ceea ce privește „înțelegerile dintre întreprinderi” sau „abuzurile de putere dominantă”, situații la care se referă Regulamentul CE nr. 1/2003). Este, credem, o inadvertență de ordin legislativ întrucât și concentrarea de întreprinderi poate conduce la încălcarea regulilor concurenței întocmai ca și în cazurile de „înțelegeri” și „abuzuri de poziție dominantă”.

Părțile interesate și terții care au un interes suficient pot solicita să fie audiați, Comisia neputând refuza o atare cerere dacă înțelege să aplice amenzi sau penalități (art. 18 din Regulamentul CE nr. 139/2004).

Comisia informează fără întârziere despre conținutul deciziei sale întreprinderile vizate, ca și autoritățile competente ale statelor membre (art. 6 par. 5 din Regulamentul CE nr. 139/2004).

Comisia poate să-și revoce decizia prin care ea declară că o concentrare nu se încadrează în câmpul de aplicare al Regulamentului CE nr. 139/2004 sau că o concentrare este compatibilă cu Piața Comună (cu sau fără angajament sau sarcini) dacă decizia s-a bazat pe informații inexacte de care este răspunzătoare întreprinderea respectivă sau dacă ea a fost obținută prin înșelăciune ori întreprinderile respective contravin unei sarcini de care a fost însoțită decizia.

A doua fază. Dacă, urmare a examenului preliminar (prima fază), Comisia consideră că operația ridică îndoieli serioase în ceea ce privește compatibilitatea sa cu Piața Comună, ea angajează a doua fază a procedurii care se va sfârși prin adoptarea unei decizii prin care se va declara:

- fie că concentrarea propusă este compatibilă cu Piața Comună, fără condiție;
- fie că concentrarea propusă este compatibilă cu Piața Comună, însă în anumite condiții;
- fie că concentrarea este interzisă.

Decizia trebuie să intervină într-un termen maxim de 90 de zile lucrătoare începând de la data deschiderii celei de a doua faze a procedurii. Acest termen este prelungit la 105 zile lucrătoare atunci când întreprinderile respective propun angajamente în scopul de a face ca aceste concentrări să fie compatibile cu Piața Comună, plus 54 de zile lucrătoare după deschiderea celei de a doua faze a procedurii (art. 10 par. 3 din Regulamentul CE nr. 139/2004).

Cu ocazia unei a doua faze, care este mai complexă, un mecanism denumit „l’arrêt de l’horloge” (sau „stop-the-clock”) va permite, dacă părțile și Comisia sunt de acord, să prelungească procedura cu câteva săptămâni pentru a se facilita o mai bună negociere, în special în legătură cu măsurile de corectare propuse de părți în schimbul unei decizii de admisibilitate. Astfel, dacă părțile care au făcut notificarea prezintă o cerere în acest scop, în cel mai târziu 15 zile lucrătoare după deschiderea procedurii (sau dacă părțile își manifestă acordul cu privire la o atare cerere către Comisie), pot fi adăugate până la 20 de zile lucrătoare la durata procedurii (art. 10 par. 3 din Regulamentul CE nr. 139/2004). De altfel, în virtutea art. 10 par. 4 din regulament, termenul de 90 de zile este în mod excepțional suspendat atunci când Comisia, datorită circumstanțelor în care una dintre întreprinderile care participă la concentrare este răspunzătoare, a fost constrânsă de a cere o informație sau să ordone o inspecție, printr-o decizie.

Comisia dispune de aceleași puteri de investigare ca și cele de care dispune în prima fază a procedurii. Cu toate acestea, investigarea este, în general, mai extinsă în a doua fază.

Înainte de a lua o decizie finală prin care se pune capăt celei de a doua faze a procedurii, alta decât o decizie de admisibilitate, Comisia își face cunoscute obiecțiile sale, în scris, părților care au făcut notificarea, indicând termenul în care ele pot să-și facă cunoscut punctul lor de vedere, tot în scris (art. 13 par. 2 din Regulamentul CE nr. 139/2004).

Comisia nu-și poate baza decizia finală decât pe obiecțiunile care i-au fost adresate părților care au făcut notificarea, în scris, și asupra cărora părțile au putut să-și formuleze observațiile. Așa, de

exemplu, într-o speță¹²⁵ s-a statuat în sensul anulării unei decizii prin care s-a interzis o concentrare luându-se în considerație faptul că decizia s-a bazat pe factori care nu au fost suficient detaliați de către Comisie, pentru a se permite părților să răspundă în mod adecvat.

Regulamentul CE nr. 139/2004 prevede că drepturile de apărare a intereselor trebuie să fie pe deplin asigurate în cursul procedurii. Accesul la dosar este permis „părților direct interesate” respectându-se interesul legitim al întreprinderilor în sensul ca secretele lor de serviciu să nu fie divulgate. Terții nu au un drept explicit de acces la dosar.

Dacă vor, părțile au dreptul să fie ascultate. În această privință Regulamentul Comisiei nr. 802/2004 distinge patru categorii de părți care pot fi ascultate: părțile care au făcut notificarea; alte părți interesate; terții care au un interes suficient; părțile cărora Comisia intenționează să le aplice amenzi sau penalități.

La fel ca și în prima fază, părțile pot să-și ia angajamente, într-un termen de 65 de zile lucrătoare după ce a fost inițiată a doua fază (art. 20 parag. 2 din Regulamentul CE nr. 802/2004). Acest termen poate fi prelungit în circumstanțe excepționale (art. 20 parag. 2 din Regulamentul CE nr. 802/2004). Înainte de adoptarea oricărei decizii, luate la sfârșitul celei de a doua faze, sau a oricărei decizii de aplicare de amenzi și penalități, Comisia va trebui să consulte un „comitet consultativ” în materie de concentrări între întreprinderi.

D. Examenul de admisibilitate întreprins de Comisia Europeană. Pentru a-și îndeplini sarcina ce-i revine în privința concentrărilor de întreprinderi, Comisia trebuie, mai întâi, să stabilească dacă o operațiune de concentrare este compatibilă cu Piața Comună și, apoi, să recurgă la criteriile de compatibilitate.

Definirea pieței afectate. Pentru a stabili dacă o operațiune de concentrare este compatibilă cu Piața Comună, prima sarcină a Comisiei va fi aceea de a determina piețele afectate de această operațiune. Printr-o decizie a Curții de Justiție s-a considerat în această privință că „definirea adecvată a pieței în cauză este o condiție necesară și prealabilă oricărei aprecieri cu privire la impactul concurențial al unei operațiuni de concentrare”. Aceasta întrucât analiza operațiunilor de concentrare depinde foarte mult de părțile de piață deținute, ele însele depinzând de definirea „pieței afectate”.

Noul criteriu de compatibilitate cu Piața Comună. Timp de 30 de ani, încă de la primul regulament privind controlul concentrărilor, criteriul utilizat de Comisia Europeană pentru a evalua compatibilitatea unei operațiuni de concentrare cu Piața Comună a fost „criteriul dominanței”. Unii autori au considerat că acest criteriu are anumite lacune, prin aceea că anumite concentrări care nu aveau ca efect crearea sau întărirea unei poziții dominante, dar aveau totuși efecte anticoncurențiale, ar fi putut să nu se încadreze în „criteriul dominanței”.

În consecință, s-a decis că, potrivit art. 2 parag. 3 din Regulamentul CE nr. 139/2004, o operațiune de concentrare va fi aprobată dacă aceasta „nu antrenează în mod semnificativ o concurență efectivă pe Piața Comună sau pe o parte substanțială a acesteia, mai ales datorită faptului creării sau întăririi unei poziții dominante”.

Deci, criteriul dominanței a încetat să fie singurul criteriu de control al concentrărilor, chiar dacă el rămâne criteriul principal.

Din liniile directoare referitoare la aprecierea „concentrărilor orizontale” rezultă că „o concentrare poate împiedica în mod semnificativ concurența efectivă pe o piață prin înlăturarea unor importante presiuni concurențiale, asupra unuia sau mai multor vânzători, a căror putere de piață este, în consecință, întărită. Efectul cel mai direct al operațiunii va fi eliminarea concurenței între părțile care iau parte la concentrare”.

„Liniile directoare” cuprind, de asemenea, o serie de indicații cu privire la factorii pe care Comisia îi poate lua în considerare pentru a determina dacă o concentrare care nu creează sau nu întărește o poziție dominantă va împiedica totuși, în mod semnificativ, concurența, cum ar fi: părțile de piață ale părților participante la concentrare; gradul de concurență dintre părțile participante la concentrare; posibilitatea pentru clienți de a-și schimba furnizorul; probabilitatea pentru concurenți

de a-și crește producția dacă prețurile cresc; posibilitatea pentru entitatea rezultată din concentrare de a frâna expansiunea concurenților; eliminarea prin operațiunea de concentrare a unui important motor al concurenței.

Liniile directoare referitoare la aprecierea concentrărilor orizontale stabilesc, în mod expres, posibilitatea de a fi luate în considerare câștigurile (creșterile) de eficiență care contrabalansează eventualele efecte anticoncurențiale ale unei concentrări. Pentru a fi luate în considerare, creșterile de eficiență vor trebui să răspundă la trei condiții cumulative: ele trebuie să fie în avantajul cumpărătorului (scădere de prețuri, produse și servicii noi sau ameliorarea produselor și serviciilor existente); ele trebuie să fie proprii concentrărilor (adică să fie o consecință directă a operațiunii de concentrare, neputând fi obținute prin mijloace alternative mai puțin anticoncurențiale); aceste creșteri de eficiență să fie verificabile (adică suficient stabilite de părți cu ajutorul unor elemente precise și convingătoare).

Liniile directoare consacră, de asemenea, teoria „întreprinderii slabe” care permite, în anumite condiții, autorizarea unei concentrări pe considerentul că, dacă nu ar fi preluată de o altă întreprindere, întreprinderea respectivă ar fi constrânsă să părăsească piața din cauza dificultăților sale financiare.

Restricțiunile accesorii. Regulamentul CE nr. 139/2004 confirmă practica Comisiei Europene în materie de restricțiuni accesorii în cazul unei concentrări, prevăzând că deciziile Comisiei prin care sunt declarate concentrările ca fiind compatibile cu Piața Comună sunt considerate, în mod automat, ca acoperind (fiind în conformitate cu) restricțiile care sunt direct legate și necesare realizării concentrării, fără ca în privința Comisiei aceasta să fie ținută să aprecieze aceste restricții caz cu caz. Totuși, la cererea întreprinderilor în cauză, Comisia va trebui, în cazurile care ar ridica chestiuni inedite sau nerezolvate care dau naștere la o adevărată insecuritate, să determine expres dacă o restricțiune este sau nu legată direct și necesar de realizarea concentrării. De altfel, Comisia Europeană a și adoptat o nouă „Comunicare” privind restricțiile care sunt direct și necesar legate de realizarea operațiunilor de concentrare¹³⁹. Scopul acestei „Comunicări” este de a se furniza părților indicații cu privire la modul în care Comisia interpretează noțiunea de „restricții accesorii”.

Printre restricțiile accesorii uzuale în caz de cesiune de întreprinderi (de exemplu, acorduri de licență, obligații de cumpărare și de livrare etc.) este cazul a fi relevată o restricție foarte curentă, adică obligațiile de neconcurență. Atare obligații au drept obiect să împiedice pe vânzător să facă concurență cumpărătorului. Clauzele de neconcurență sunt, în general, justificate pentru o perioadă care să nu depășească: 3 ani, atunci când cesiunea de întreprindere include în același timp elemente de „goodwill” (bună reputație) și elemente native de „savoir-faire”; 2 ani, atunci când include numai elemente de „goodwill”; sau pe durata vieții întreprinderii comune în cazul întreprinderilor comune. În concluzie, referitor la regimul concentrării întreprinderilor, principalele inovații aduse de Regulamentul CE nr. 139/2004 în raport cu vechiul regulament sunt, fără îndoială, de natură procedurală.

Noile reguli în materie de trimitere sunt destinate să faciliteze repartizarea cauzelor între Comisia Europeană și statele membre pentru a se asigura că fiecare cauză este tratată de autoritatea cea mai bine plasată. Părțile înseși pot în prezent să ceară, înainte de notificare, ca o concentrare de dimensiuni comunitare să fie examinată de una sau mai multe autorități naționale (atunci când această concentrare riscă să afecteze în mod semnificativ concurența pe o piață din interiorul statului membru „care prezintă toate caracteristicile unei piețe distincte”) sau invers: concentrarea lor, neavând dimensiuni comunitare, să fie examinată de Comisie (atunci când această concentrare este susceptibilă să fie examinată în virtutea dreptului național de cel puțin trei state membre).

Introducerea unei mai mari flexibilități în ceea ce privește termenele procedurale constituie, și ea, o ameliorare importantă a regimului comunitar al controlului concentrărilor, evitându-se astfel ca aceste concentrări să fie interzise doar pe considerentul că termenele au fost depășite.

Criteriul de admisibilitate ar trebui desigur, în majoritatea cauzelor, să aibă consecințe practice importante. Comisia însăși consideră noua formulare a criteriului de compatibilitate mai mult ca o

clarificare decât o mărire a puterilor sale.

Avându-se în vedere modul cum comisia a interpretat întotdeauna conceptul de „dominanță”, în literatura juridică se exprimă părerea că o atare afirmare ar putea să se confirme în practică.

Capitolul 5.

Sucesiunea reglementărilor române în domeniul concurenței

Legislația română în domeniul concurenței nu are o tradiție în această privință, ci doar amintiri și reglementări vechi și depășite din perioada dinainte de cel de-al doilea război mondial, când în România se adoptase regimul economic capitalist într-o stare incipientă.

În consecință, și legislația română privind concurența, adoptată după anul 1990, nu putea fi decât (și efectiv este) o copie fidelă a regimului juridic comunitar în acest domeniu.

Aceste reglementări s-au adoptat în doi timpi: mai întâi s-a adoptat Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, conținând reguli generale de guvernare a raporturilor dintre agenții economici, iar ulterior a fost adoptată Legea concurenței nr. 21/1996 care stabilea un regim juridic strict în care se puteau desfășura activitățile productive, comerciale și financiare de natură să evite abaterile și distorsiunile jocului liber al concurenței.

Legea nr. 21/1996 a suferit, în timp, numeroase modificări, fiind necesară republicarea sa în Monitorul Oficial nr. 742 din 16 august 2005.

În aplicarea prevederilor Legii nr. 21/1996 s-au emis, de către Consiliul Concurenței, numeroase regulamente și instrucțiuni care alcătuiesc, împreună cu legea, un corp normativ care ar trebui să constituie un ghid pentru autoritățile în materie, dar și pentru instanțele de judecată care sunt confruntate cu rezolvarea unor situații litigioase care apar în această materie, ele (instanțele) trebuind să cunoască nu numai reglementările române, dar și actele normative: regulamente, instrucțiuni, directive, norme orientative elaborate de organele Uniunii Europene, precum și practica judiciară a Curții de Justiție de la Luxemburg referitoare la concurență.

Din păcate, așa cum va rezulta din cele expuse în continuare, actele normative elaborate de Consiliul Concurenței (român) în aplicarea Legii nr. 21/1996 au suferit numeroase modificări, fără a fi republicate, așa încât instanțele de judecată sunt puse într-o situație dificilă de a urmări întreg parcursul fiecărui ordin, regulament, instrucțiune, a modificărilor, totale sau parțiale, ale acestora și a stabili ele însele ce se mai aplică sau nu dintr-un număr însemnat de astfel de acte care au trebuit să fie reevaluate după importante reforme operate în dreptul comunitar în cursul anilor 2003, 2004 și 2010.

Această dificultate este mult sporită și de prevederi din aceste acte normative care sunt formulate de o asemenea manieră încât să-i lase perplecși pe juriștii teoreticieni, dar și pe cei care le aplică, care sunt puși în situația să cerceteze și să stabilească ei înșiși care anume dispoziții sunt sau nu în vigoare, dacă au fost abrogate, modificate sau menținute ca atare în vigoare și pe ce perioade. O astfel de formulare, folosită adesea abuziv de emitenți, este cea că „se abrogă orice altă dispoziție contrară”. Or, datoria organelor care elaborează acte cu caracter normativ (inclusiv Parlamentul) este să țină seama de toate corelațiile și implicațiile reglementării pe care o inițiază și o elaborează, iar în finalul fiecărei reglementări să se indice cu precizie – așa cum se procedează în alte țări – ce anume alte acte normative sunt abrogate sau modificate și cum sunt modificate ca urmare a acestei

reglementări.

Din lista de acte normative aplicabile în legătură cu domeniul concurenței, pe care o vom prezenta în continuare, vor rezulta în mod pregnant cele afirmate mai înainte.

Regulamente

1) Mai întâi a fost emis Regulamentul de organizare, funcționare și procedură al Consiliului Concurenței, aprobat prin Ordinul nr. 34/1997¹⁴².

Această primă variantă de regulament a fost modificată prin Ordinul Consiliului Concurenței nr. 38/2002 și apoi abrogată prin Ordinul nr. 61/2004¹⁴³, ocazie cu care a fost pus în vigoare un nou regulament care, și el, a fost modificat prin Ordinul Consiliului Concurenței nr. 71/2004¹⁴⁴[însă numai în ceea ce privește art. 19 alin. (2)] și Ordinul Consiliului Concurenței nr. 197/2004¹⁴⁵.

Acest regulament a fost abrogat prin Ordinul nr. 101/2012¹⁴⁶ privind punerea în aplicare a Regulamentului de organizare, funcționare și procedură al Consiliului Concurenței.

Regulamentul de organizare funcționare și procedură al Consiliului Concurenței a fost însoțit de alte trei regulamente, și anume:

a) Regulamentul pentru constituirea și utilizarea Fondului pentru stimularea personalului Consiliului Concurenței, aprobat prin Ordinul nr. 25/1998¹⁴⁷;

b) Regulamentul privind regimul disciplinar pentru personalul din cadrul Consiliului Concurenței, pus în aplicare prin Ordinul nr. 68/2004¹⁴⁸;

c) Regulamentul privind stabilirea și perceperea tarifelor pentru procedurile și serviciile prevăzute de Legea concurenței nr. 21/1996 și de regulamentele emise pentru aplicarea sa¹⁴⁹. Acest regulament a fost abrogat prin Ordinul nr. 61/2004¹⁵⁰, ocazie cu care s-a adoptat un alt regulament cu același titlu, la rândul său abrogat prin Ordinul nr. 426/2011 pentru punerea în aplicare a Regulamentului privind stabilirea și perceperea tarifelor pentru procedurile și serviciile prevăzute de Legea concurenței nr. 21/1996 și regulamentele emise în aplicarea acestuia¹⁵¹.

2) Prin Ordinul nr. 34/1997 al Consiliului Concurenței a fost pus în aplicare și Regulamentul pentru aplicarea prevederilor art. 5 și 6 din Legea concurenței nr. 21/1996 privind practicile anticoncurențiale¹⁵².

Prin Ordinul nr. 87/2004¹⁵³ s-a pus în aplicare un nou regulament, fiind abrogat cel publicat în Monitorul Oficial nr. 116 bis din 9 iunie 1997. La rândul său, acest regulament a fost abrogat prin Ordinul nr. 389/2010¹⁵⁴. Un nou regulament a fost adoptat prin Ordinul nr. 499/2010¹⁵⁵ pentru punerea în aplicare a Regulamentului privind analiza și soluționarea plângerilor referitoare la încălcarea prevederilor art. 5, 6 și 9 din Legea concurenței nr. 21/1996 și a prevederilor art. 101 și 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

Prin Ordinul nr. 81/2004¹⁵⁶ s-a pus în aplicare și un Regulament pentru aplicarea prevederilor art. 5 și 6 din Legea concurenței nr. 21/1996 „în cazul plângerilor”, la rândul său abrogat prin același Ordin nr. 499/2010 menționat mai sus.

Prin Ordinul nr. 88/2004¹⁵⁷ s-a pus în aplicare și Regulamentul privind forma, conținutul și alte detalii referitoare la cererile și notificările prevăzute în Regulamentul pentru aplicarea prevederilor art. 5 și 6 din Legea concurenței nr. 21/1996, cu modificările și completările ulterioare, privind practicile anticoncurențiale, prevăzut în anexa care face parte din acest ordin. Acesta a fost abrogat prin Ordinul nr. 389/2010.

3) Prin același Ordin al Consiliului Concurenței nr. 34/1997 s-a pus în aplicare și Regulamentul privind acordarea exceptării pe categorii de înțelegeri, decizii de asociere și practici concertate, de la interdicția prevăzută de art. 51 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996¹⁵⁸., abrogat de Regulamentul din 26 martie 2004, la rândul său abrogat de Regulamentul din 2 februarie 2012, aprobat prin Ordinul nr. 101/2012 al Consiliului Concurenței.

Prin acest regulament de exceptare s-au avut în vedere următoarele categorii de înțelegeri, decizii de asociere ori practici concertate susceptibile de a fi exceptate de la aplicarea art. 5 alin. (1) din

Legea concurenței: acorduri de distribuție exclusivă; acorduri de cumpărare exclusivă; acorduri de cercetare-dezvoltare; acorduri de specializare; acorduri pentru transfer de tehnologie și/sau know-how; acorduri de franciză; acorduri de distribuție, service și piese de schimb în perioada de garanție și postgaranție, pentru autovehicule; acorduri în domeniul asigurărilor.

În legătură cu aceste domenii arătate mai sus au intervenit modificări.

Prin Ordinul nr. 103/2002 s-au pus în aplicare următoarele regulamente:

a) Regulamentul privind aplicarea art. 5 alin. (2) din Legea concurenței nr. 21/1996 privind înțelegerile verticale, prin care s-au abrogat: capitolul II „Condițiile de exceptare pentru acordurile de distribuție exclusivă” și anexa nr. 1/2; capitolul III „Condițiile de exceptare pentru acordurile de cumpărare exclusivă” și anexa nr. 1/2; capitolul VII „Condițiile de exceptare pentru acordurile de franciză” și anexa nr. 1/6 din Regulamentul privind acordarea exceptării, pe categorii de înțelegeri, decizii de asociere ori practici concertate, de la interdicția prevăzută de art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, aprobat prin Ordinul nr. 34/1997.

Dar, prin Ordinul Consiliului Concurenței nr. 68/2004, s-a pus în aplicare un nou Regulament privind aplicarea art. 5 alin. (1) și (2) din Legea concurenței nr. 21/1996, fiind abrogat regulamentul pus în aplicare prin Ordinul nr. 103/2002; la rândul său, regulamentul din 2004 a fost abrogat prin Ordinul nr. 389/2010.

b) Regulamentul privind acordarea exceptării acordurilor de cercetare-dezvoltare de la interdicția prevăzută la art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, prin care s-a abrogat capitolul IV „Condițiile de exceptare pentru acordurile de cercetare-dezvoltare” și anexa nr. 1/3 din Regulamentul privind acordarea exceptării, pe categorii de înțelegeri, decizii de asociere ori practici concertate, de la interdicția prevăzută la art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, pus în aplicare prin Ordinul nr. 34/1997.

Prin Ordinul Consiliului Concurenței nr. 82/2004 s-a pus în aplicare un nou Regulament privind exceptarea acordurilor de cercetare-dezvoltare de la interdicția prevăzută la art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, cu modificările și completările ulterioare, fiind abrogat Regulamentul referitor la exceptarea acordurilor de cercetare-dezvoltare adoptat prin Ordinul nr. 103/2002. La rândul său, Regulamentul pus în aplicare prin Ordinul 82/2004 a fost abrogat prin Ordinul nr. 389/2010.

c) Regulamentul privind acordarea exceptării acordurilor de specializare de la interdicția prevăzută de art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, prin care s-a abrogat capitolul V „Condițiile de exceptare pentru acordurile de specializare” și anexa nr. 1/4 din Regulamentul cu același titlu pus în aplicare prin Ordinul nr. 34/1997.

Dar, prin Ordinul nr. 68/2004 s-a pus în aplicare un nou regulament privind exceptarea acordurilor de specializare de la interdicția prevăzută la art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, fiind abrogat regulamentul cu același titlu pus în aplicare prin Ordinul nr. 103/2002. Și acest regulament din 2004 a fost abrogat prin Ordinul nr. 389/2010.

După această abrogare, un nou Regulament de organizare, funcționare și procedură al Consiliului Concurenței a fost pus în aplicare prin Ordinul Consiliului Concurenței nr. 101 din 2 februarie 2012.

4) Prin Ordinul nr. 34/1997 s-a pus în aplicare și Regulamentul pentru autorizarea concentrărilor economice.

Prin Ordinul nr. 103/2002 s-a pus în aplicare un nou regulament cu acest titlu, fiind abrogat regulamentul pus în aplicare prin Ordinul nr. 34/1997 și publicat în Monitorul Oficial nr. 63 bis din 14 aprilie 1997.

Ulterior, prin Ordinul nr. 63/2004 s-a pus în aplicare un nou regulament privind autorizarea concentrărilor economice, fiind abrogat regulamentul având același obiect, menționat anterior. Apoi, prin Ordinul nr. 385/2010 s-a pus în aplicare un nou regulament privind concentrările economice, fiind abrogat cel din 2004.

5) Prin Ordinul nr. 34/1997 s-a pus în aplicare Regulamentul privind acordarea excepției pe

categorii de înțelegeri, decizii de asociere și practici concertate de la interdicția prevăzută la art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996.

În acest regulament figura capitolul VI „Condițiile de exceptare pentru categoria acordurilor pentru transferul de tehnologie și/sau know-how”.

Prin Ordinul nr. 82/2005 s-a pus în aplicare Regulamentul privind exceptarea acordurilor de transfer de tehnologie de la aplicarea art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, fiind abrogate capitolul VI și anexa nr. 1/5 din Regulamentul publicat în Monitorul Oficial nr. 56 bis din 3 aprilie 1997.

Prin acest nou Regulament au fost transpuse în legislația română din acest domeniu dispozițiile Regulamentului CE nr. 772/2004 al Comisiei Europene privind aplicarea art. 81 parag. 3 din Tratatul CE.

Ordinul nr. 82/2005 a fost abrogat prin Ordinul nr. 389/2010.

6) În Ordinul nr. 34/1997, prin care s-a pus în aplicare Regulamentul privind acordarea excepției pe categorii de înțelegeri, decizii de asociere și practici concertate de la interdicția prevăzută la art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, figura și capitolul IX „Condițiile de exceptare pentru acordurile din domeniul asigurărilor”.

Prin Ordinul nr. 89/2004 s-a pus în aplicare un nou regulament intitulat Regulamentul privind regimul exceptării acordurilor din domeniul asigurărilor de la interdicția prevăzută de art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996, fiind abrogat capitolul IX din Regulamentul publicat în Monitorul Oficial nr. 56 bis din 3 aprilie 1997. Acest ordin a fost abrogat, de asemenea, prin Ordinul nr. 389/2010.

7) Prin Ordinul nr. 78/2004 s-a pus în aplicare Regulamentul privind regimul exceptării, pe categorii de înțelegeri, decizii luate de agenții economici și practici concertate în domeniul transporturilor maritime de la interdicția prevăzută la art. 5 alin. (1) din Legea nr. 21/1969.

Acest regulament a fost modificat printr-un alt regulament pus în aplicare prin Ordinul nr. 119/2006 și abrogat prin Ordinul nr. 389/2010.

8) Prin Ordinul nr. 79/2004 s-a pus în aplicare Regulamentul privind regimul exceptării pe categorii de înțelegeri, decizii luate de asociațiile de agenți economici și practici concertate privind consultările pentru tarifele de transport de pasageri pentru serviciile aeriene regulate și alocarea sloturilor în aeroporturi de la interdicția prevăzută la art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996. Și acest regulament a fost abrogat prin Ordinul nr. 389/2010.

9) Prin Ordinul nr. 120/2004 s-a pus în aplicare Regulamentul privind transparența relațiilor financiare dintre autoritățile publice și întreprinderile publice, precum și transparența financiară în cadrul anumitor întreprinderi.

Regulamentul sus-menționat a fost modificat prin alte regulamente puse în aplicare prin Ordinul nr. 32/2006 și Ordinul nr. 41/2007.

Instrucțiuni

1) Prin Ordinul nr. 34/1997 au fost puse în aplicare două instrucțiuni, și anume:

a) Instrucțiuni cu privire la definirea pieței relevante, în scopul stabilirii părții substanțiale de piață. Prin Ordinul nr. 61/2004 au fost puse în aplicare noi instrucțiuni cu același obiect și titlu, fiind abrogate instrucțiunile puse în aplicare prin Ordinul nr. 34/1997.

b) Instrucțiunile cu privire la calculul cifrei de afaceri în cazurile de comportament anticoncurențial prevăzute de art. 5 și 6 din Legea concurenței nr. 21/1996 și în cazurile de concentrare economică. Prin Ordinul nr. 101/2004 s-au puse în aplicare alte instrucțiuni, cu același obiect și titlu, fiind abrogate instrucțiunile puse în aplicare prin Ordinul nr. 34/1997.

2) Prin Ordinul nr. 34/1998 s-au aprobat Instrucțiunile date în aplicarea art. 33 alin. (2) din Legea concurenței nr. 21/1996, cu privire la calculul taxei de autorizare a concentrărilor economice. Prin Ordinul nr. 61/2004, aceste instrucțiuni au fost abrogate, fiind puse în aplicare noi

instrucțiuni cu același obiect și titlu, la rândul lor abrogate prin Ordinul nr. 400/2010 pentru punerea în aplicare a Instrucțiunilor date în aplicarea prevederilor art. 32 din Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare, cu privire la calculul taxei de autorizare a concentrărilor economice.

3) Prin Ordinul nr. 103/2002 au fost puse în aplicare alte două instrucțiuni, și anume:

a) Instrucțiuni privind aplicarea art. 5 din Legea concurenței nr. 21/1996 în cazul acordurilor de cooperare pe orizontală.

Prin Ordinul nr. 76/2004, aceste instrucțiuni au fost abrogate, punându-se în aplicare noi instrucțiuni cu același obiect și titlu.

b) Instrucțiuni privind aplicarea art. 5 din Legea concurenței nr. 21/1996 în cazul înțelegerilor verticale.

Prin Ordinul nr. 77/2004, aceste instrucțiuni au fost abrogate, fiind puse în aplicare noi instrucțiuni cu același obiect și titlu.

4) Prin Ordinul nr. 225/2002, au fost puse în aplicare Instrucțiunile privind modul de aplicare a regulilor de concurență a acordurilor de acces din sectorul comunicații electronice – cadrul general, piețe relevante, principii.

Prin Ordinul nr. 61/2004, au fost abrogate aceste instrucțiuni, fiind puse în aplicare alte instrucțiuni cu același obiect și titlu. Acestea au fost, la rândul lor, abrogate prin Ordinul nr. 424/2011 pentru punerea în aplicare a Instrucțiunilor privind modul de

aplicare a regulilor de concurență acordurilor de acces din sectorul de comunicații electronice – cadrul general, piețe relevante și principii.

5) Prin Ordinul nr. 63/2004¹⁸⁶, au fost puse în aplicare Instrucțiunile privind măsurile coercitive acceptabile în cazul autorizării condiționate a unor concentrări economice.

Prin aceste instrucțiuni au fost transpuse în legislația română prevederile Comunicării Comisiei Europene privind măsurile coercitive acceptabile potrivit Regulamentului CEE nr. 4064/1989 al Consiliului European și Regulamentul Comisiei CE nr. 447/1998, în concordanță cu specificul domeniului autorizării concentrărilor economice.

Instrucțiunile au fost abrogate prin Ordinul nr. 688/2010 pentru punerea în aplicare a Instrucțiunilor privind angajamentele în materia concentrărilor economice.

6) Prin Ordinul nr. 93/2004 au fost puse în aplicare Instrucțiunile privind condițiile și criteriile de aplicare a unei politici de clemență potrivit art. 56 alin. (2) din Legea concurenței nr. 21/1996.

Aceste instrucțiuni au fost abrogate prin Ordinul nr. 300/2009 pentru punerea în aplicare a Instrucțiunilor privind condițiile și criteriile de aplicare a unei politici de clemență potrivit prevederilor art. 51 alin. (2) din Legea concurenței nr. 21/1996.

7) Prin Ordinul nr. 106/2004 au fost puse în aplicare Instrucțiunile privind individualizarea sancțiunilor pentru contravențiile prevăzute la art. 55 din Legea concurenței nr. 21/1996.

Instrucțiunile au fost abrogate prin Ordinul nr. 419/2010 pentru punerea în aplicare a Instrucțiunilor privind individualizarea sancțiunilor pentru contravențiile prevăzute la art. 50 și 501 din Legea concurenței nr. 21/1996, instrucțiuni modificate prin Ordinul nr. 897/2011.

8) Prin Ordinul nr. 107/2004 au fost puse în aplicare Instrucțiunile privind individualizarea sancțiunilor contravenționale prevăzute la art. 56 din Legea concurenței nr. 21/1996.

Prin Ordinul nr. 78/2005 s-a dispus completarea pct. V lit. c) din aceste instrucțiuni.

Trebuie remarcată o lipsă de corelare în ceea ce privește Ordinele nr. 93 și nr. 107/2004, în sensul că întâi s-au adoptat Instrucțiunile privind condițiile și criteriile de aplicare a unei politici de clemență potrivit art. 56 alin. (2) din Legea nr. 21/1996 și ulterior s-a adoptat Ordinul privind individualizarea sancțiunilor prevăzute de art. 56 din aceeași lege.

Aceste instrucțiuni din 2004 au fost abrogate prin Ordinul nr. 420/2010 pentru punerea în aplicare a Instrucțiunilor privind individualizarea sancțiunilor pentru contravențiile prevăzute la art. 51 din Legea concurenței nr. 21/1996, modificat și completat ulterior prin Ordinul nr. 898/2011.

9) Prin Ordinul nr. 81/2005 au fost puse în aplicare Instrucțiunile privind aplicarea art. 5 alin. (2)

din Legea concurenței nr. 21/1996 [exceptările de la interdicțiile instituite prin art. 5 alin. (1) din Legea nr. 21/1996].

Prin aceste instrucțiuni au fost transpuse în legislația română dispozițiile Comunicării Comisiei Europene referitoare la Instrucțiunile de aplicare a art. 81 alin. (3) din Tratatul CE.

10) Prin Ordinul nr. 148/2005¹⁹⁸ au fost puse în aplicare Instrucțiunile privind aplicarea art. 5 din Legea concurenței nr. 21/1996 referitoare la acordurile de transfer de tehnologie.

Prin aceste instrucțiuni s-au transpus în legislația română dispozițiile Comisiei Europene referitoare la Instrucțiunile privind aplicarea art. 81 din Tratatul CE privind acordurile de transfer de tehnologie. De remarcat, și aici, o necorelare între Ordinele nr. 81/2005 și nr. 148/2005, ambele transpunând dispoziții din dreptul comunitar, întrucât, în timp ce Ordinul nr. 81/2005 se referă la dispozițiile art. 5 alin. (2) din Legea nr. 21/1996 [care se referă la exceptările de la interdicțiile prevăzute în art. 5 alin. (1)], Ordinul nr. 148/2005 privește ambele situații: interdicțiile și exceptările.

Această lacună este acoperită de regulamentele adoptate de Consiliul Concurenței care se referă atât la interdicțiile privind transferurile de tehnologie, cât și la exceptările de la această regulă.

În prezentarea reglementărilor române în domeniul concurenței vom avea în vedere două planuri: pe de o parte, vom expune conținutul principalelor dispoziții cuprinse în Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, Legea nr. 21/1996 privind concurența și O.U.G. nr. 117/2006 privind procedurile naționale în domeniul ajutorului de stat, aprobată cu modificări prin Legea nr. 137/2007, iar, pe de altă parte, vom prezenta conținutul regulamentelor și instrucțiunilor puse în aplicare prin ordine ale Consiliului Concurenței, pe care le vom grupa (pentru o mai bună înțelegere a principiilor aplicabile în acest domeniu) în trei categorii: categoria reglementărilor conținând sau referindu-se la interdicția unor acte anticoncurențiale; categoria reglementărilor referitoare la concentrările economice și categoria reglementărilor referitoare la exceptările de la regulile concurenței.

§1. Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale

Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale proclamă regula de bază în materie potrivit căreia „comercianții sunt obligați să-și exercite activitatea cu bună-credință, potrivit uzanțelor cinstite, cu respectarea intereselor consumatorilor și a cerințelor concurenței loiale” (art. 1).

Legea este structurată în câteva grupe de dispoziții care se referă la: conținutul noțiunii de „concurență neloială”; regimul juridic (sanctionator) aplicabil în cazul comiterii unor fapte care sunt calificate ca încadrându-se în noțiunea de concurență neloială; înșiruirea faptelor care constituie contravenții și infracțiuni; măsurile care pot fi luate contra comerciantului care săvârșește un act sau fapt încadrabil în noțiunea de „concurență neloială”.

Vom prezenta doar conținutul art. 1 pentru că oferă o viziune de ansamblu cu privire la ceea ce înseamnă un act sau fapt care se încadrează în noțiunea de „concurență neloială”, precum și câteva texte referitoare la măsurile ce pot fi luate împotriva celor vinovați. Astfel, potrivit art. 1: „Comercianții sînt obligați să-și exercite activitatea cu bună-credință și potrivit uzanțelor cinstite”. Potrivit art. 4:

„Constituie contravenții următoarele fapte, dacă nu sînt săvîrșite în astfel de condiții încît să fie considerate, potrivit legii penale, infracțiuni: a) încălcarea de către persoanele fizice a interdicțiilor prevăzute de art. 36 din Legea nr. 15/1990 privind reorganizarea unităților economice de stat ca regii autonome și societăți comerciale; b) oferirea serviciilor de către salariatul exclusiv al unui comerciant unui concurent ori acceptarea unei asemenea oferte; c) dezvăluirea de către salariatul unui comerciant a unor date secrete privind activitatea acestuia, către un concurent; d) încheierea de contracte prin care un comerciant asigură predarea unei mărfi sau executarea unei prestații în mod avantajos, cu condiția aducerii de către client a altor cumpărători, cu care comerciantul ar urma să încheie contracte asemănătoare; e) încheierea de contracte prin care cumpărătorul ar urma să

primească un premiu, care depinde exclusiv de o tragere la sorți sau de hazard; f) comunicarea sau răspîndirea în public de către un comerciant de afirmații asupra întreprinderii sale sau activității acesteia, menite să inducă în eroare și să-i creeze o situație de favoare în dauna unor concurenți; g) comunicarea sau răspîndirea, de către un comerciant, de afirmații mincinoase asupra unui concurent sau mărfurilor sale, afirmații de natură să dăuneze bunul mers al întreprinderii. Comunicarea făcută confidențial este socotită un act de concurență neloială numai cînd autorul comunicării știa că faptele nu corespund adevărului; h) oferirea, promiterea sau acordarea - mijlocit sau nemijlocit - de daruri ori alte avantaje salariatului unui comerciant sau reprezentanților acestuia, pentru ca prin purtare neloială să poată afla procedeele sale industriale, pentru a cunoaște sau a folosi clientela sa ori pentru a obține orice alt folos pentru sine ori pentru altă persoană în dauna unui concurent: i) deturnarea clientelei unui comerciant prin folosirea legăturilor stabilite cu această clientelă în cadrul funcției deținute anterior la acel comerciant; j) concedierea unor salariați ai unui comerciant, în scopul înființării unei societăți concurente care să capteze clienții acelui comerciant sau angajarea salariatilor unui comerciant în scopul dezorganizării activității sale. Contravențiunile de la lit. a) se sancționează cu amendă de la 5.000 lei la 20.000 lei, cele de la lit. b)-e) cu amendă de la 10.000 lei la 40.000 lei, iar cele de la lit. f)-j) cu amendă de la 20.000 lei la 60.000 lei. Sancțiunea poate fi aplicată și persoanelor juridice. Contravențiunile se constată, la sesizarea părții vătămate, de către salariați anume împuterniciți de camerele de comerț și industrie teritoriale sau de Inspekția comercială de stat. Agenții constatatori aplică o dată cu constatarea contravenției și amenda. Contravențiilor prevăzute la alin. 1 li se aplică dispozițiile Legii nr. 32/1968 privind stabilirea și sancționarea contravențiilor.”.

În conformitate cu art. 6, art. 7 și art. 8: "Art. 6 Comerciantul care săvârșește un act de concurență neloială va fi obligată să înceteze sau să înlăture actul și, după caz, să plătească despăgubiri pentru daunele pricinuite. Art. 7. Acțiunile izvorînd dintr-un act de concurență neloială sînt de competența tribunalului locului săvîrșirii faptei sau în a căruia rază teritorială se găsește sediul pîrîtului sau inculpatului; în lipsa unui sediu este competent tribunalul domiciliului pîrîtului sau inculpatului. Art. 8. Acțiunea penală, în cazurile prevăzute de art. 5, se pune în mișcare la plîngerea părții vătămate ori la sesizarea camerei de comerț și industrie teritoriale sau a altei organizații profesionale."

§2. Legea concurenței nr. 21/1996

Legea nr. 21/1996 – Legea concurenței , astfel cum a fost republicată în 2014 prevede, în art. 1, că scopul său îl constituie „protecția, menținerea și stimularea concurenței și a unui mediu concurențial normal, în vederea promovării intereselor consumatorilor”, iar în art. 2 se prevede că dispozițiile sale se aplică „actelor și faptelor care restrâng, împiedică sau denaturează concurența” săvârșite de: „a) întreprinderi sau asociații de întreprinderi – persoane fizice sau juridice – de cetățenie, respectiv de naționalitate română sau străină, denumite în continuare întreprinderi; b) autoritățile și instituțiile administrației publice centrale sau locale, în măsura în care acestea, prin deciziile emise sau prin reglementările adoptate, intervin în operațiuni de piață, influențând direct sau indirect concurența, cu excepția situațiilor cînd asemenea măsuri sunt luate în aplicarea altor legi sau pentru apărarea unui interes public major. (2) Prin întreprindere în sensul prezentei legi se înțelege orice operator economic angajat într-o activitate constînd în oferirea de bunuri sau de servicii pe o piață dată, independent de statutul său juridic și de modul de finanțare, astfel cum este definită în jurisprudența Uniunii Europene. (3) Cînd întreprinderile, definite potrivit prevederilor alin. (1) lit. a), participă la o grupare realizată pe cale convențională prin acord, înțelegere, pact, protocol, contract și altele asemenea, fie ea explicită, publică ori ascunsă, dar fără personalitate juridică și indiferent de formă - alianță, coaliție, grup, bloc, federație și altele asemenea - pentru actele și faptele prevăzute la alin. (1), săvârșite în cadrul participării la o asemenea grupare, dispozițiile prezentei legi se aplică fiecărei întreprinderi, ținîndu-se seama de principiul proporționalității. (4) Dispozițiile prezentei legi se aplică actelor și faptelor prevăzute la alin. (1), cînd sunt săvârșite pe teritoriul României, precum și celor săvârșite în afara teritoriului țării, atunci cînd produc efecte pe teritoriul României”.

Prin Legea nr. 21/1996 se prevede că punerea sa în aplicare este încredințată Consiliului Concurenței, ca autoritate națională în domeniul concurenței, autonomă, investită în acest scop, în condițiile, modalitățile și limitele stabilite prin dispozițiile legii.

Dispozițiile Legii nr. 21/1996 se referă la: practicile anticoncurențiale; concentrarea economică; organizarea și funcționarea Consiliului Concurenței; procedura de examinare preliminară, de investigare și de luare a deciziilor; sancțiuni.

Vom face, în continuare, o prezentare rezumativă a acestor grupuri de dispoziții ale legii.

a) Practicile anticoncurențiale. Potrivit art. 5 alin. (1) al Legii nr. 21/1996, „Sunt interzise orice înțelegeri între întreprinderi, decizii ale asociațiilor de întreprinderi și practici concertate, care au ca obiect sau au ca efect împiedicarea, restrângerea ori denaturarea concurenței pe piața românească sau pe o parte a acesteia, în special cele care: a) stabilesc, direct sau indirect, prețuri de cumpărare ori de vânzare sau orice alte condiții de tranzacționare; b) limitează sau controlează producția, comercializarea, dezvoltarea tehnică sau investițiile; c) împart piețele sau sursele de aprovizionare; d) aplică, în raporturile cu partenerii comerciali, condiții inegale la prestații echivalente, provocând în acest fel unora dintre ei un dezavantaj concurențial; e) condiționează încheierea contractelor de acceptarea de către parteneri a unor prestații suplimentare care, prin natura lor sau în conformitate cu uzanțele comerciale, nu au legătură cu obiectul acestor contracte; f) constau în participarea, în mod concertat, cu oferte truate la licitații sau la orice alte forme de concurs de oferte; g) elimină de pe piață alți concurenți, limitează sau împiedică accesul pe piață și libertatea exercitării concurenței de către alte întreprinderi, precum și înțelegerile de a nu cumpăra de la sau de a nu vinde către anumite întreprinderi fără o justificare rezonabilă.

Operațiunile indicate la art. 5 alin. (1) lit. a)-g) sunt doar sublinieri ale unor practici anticoncurențiale mai importante, care trebuie urmărite cu cea mai mare atenție, însă legiuitorul are în vedere orice înțelegeri, orice decizii și orice practici concertate care au ca obiect sau ca efect restrângerea, împiedicarea ori denaturarea concurenței, noțiunea de „practici anticoncurențiale” fiind nedeterminată tocmai pentru a se da posibilitate organelor competente în această materie de a face constatări ale unor acte sau fapte având caracter anticoncurențial fără a fi împiedicați (stânjeniți) de dispoziții legale limitative.

Totuși, legiuitorul român a avut grijă să nu se ajungă la excесе în această privință, menționând în alin.(2) al art. 5 și excepții de la interdicția generală, nu numai cele menționate la lit. a-g)] prevăzută la alin. (1), statuând că sunt exceptate înțelegerile sau categoriile de înțelegeri între întreprinderi, deciziile sau categoriile de decizii ale asociațiilor de întreprinderi, practicile concertate sau categoriile de practici concertate, atunci când acestea îndeplinesc cumulativ următoarele condiții: a) contribuie la îmbunătățirea producției sau distribuției de mărfuri ori la promovarea progresului tehnic sau economic, asigurând, în același timp, consumatorilor un avantaj corespunzător celui realizat de părțile la respectiva înțelegere, decizie ori practică concertată; b) impun întreprinderilor în cauză doar acele restricții care sunt indispensabile pentru atingerea acestor obiective; c) nu oferă întreprinderilor posibilitatea de a elimina concurența de pe o parte substanțială a pieței produselor în cauză”.

Înțelegerile, deciziile și practicile concertate prevăzute la alin. (1) al art. 5, care îndeplinesc condițiile prevăzute la alin. (2) sau se încadrează în categoriile prevăzute la alin. (3), sunt considerate legale, fără a fi necesară notificarea acestora de către părți și emiterea unei decizii de către Consiliul Concurenței.

Articolul 5 prevede, la punctul 3 faptul că "Categoriile de înțelegeri, decizii și practici concertate, exceptate prin aplicarea prevederilor alin. (2), precum și condițiile și criteriile de încadrare pe categorii sunt cele stabilite în regulamentele Consiliului Uniunii Europene sau ale Comisiei Europene cu privire la aplicarea prevederilor art. 101 alin. (3) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene anumitor categorii de înțelegeri, decizii ale asociațiilor de întreprinderi sau practici concertate, denumite regulamente de exceptare pe categorii, care se aplică în mod corespunzător"

În continuare, punctul 4 al aceluiași articol stabilește că înțelegerile, deciziile și practicile concertate prevăzute la alin. (1), care îndeplinesc condițiile prevăzute la alin. (2) sau se încadrează în categoriile prevăzute la alin. (3), sunt considerate legale, fără a fi necesară notificarea acestora de către părți și emiterea unei decizii de către Consiliul Concurenței.

În ceea ce privește sarcina probei, în continuare se prevede că Sarcina probei unei încălcări a prevederilor alin. (1) revine Consiliului Concurenței. Întreprinderii sau asociației de întreprinderi care invocă beneficiul prevederilor alin. (2) sau (3) îi revine sarcina de a dovedi că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de aceste alineate." și că "(6) Ori de câte ori Consiliul Concurenței aplică prevederile alin. (1) înțelegerilor, deciziilor sau practicilor concertate, în măsura în care acestea pot afecta comerțul între statele membre, acesta aplică, de asemenea, prevederile art. 101 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene".

În afara prevederilor art. 5 alin. (1) care se referă, în general, la „orice înțelegeri, decizii sau practici anticoncurențiale”, în mod separat, prin art. 6, se prevede practica anticoncurențială a „folosirii în mod abuziv a unei poziții dominante”.

Redăm, în continuare, acest text din legislația română: Art. 6. (1) Este interzisă folosirea în mod abuziv de către una sau mai multe întreprinderi a unei poziții dominante deținute pe piața românească sau pe o parte substanțială a acesteia. Aceste practici abuzive pot consta în special în: a) impunerea, în mod direct sau indirect, a unor prețuri inechitabile de vânzare ori de cumpărare sau a altor condiții inechitabile de tranzacționare și refuzul de a trata cu anumiți furnizori ori beneficiari; b) limitarea producției, comercializării sau dezvoltării tehnologice în dezavantajul consumatorilor; c) aplicarea în raporturile cu partenerii comerciali a unor condiții inegale la prestații echivalente, provocând, în acest fel, unora dintre ei un dezavantaj concurențial; d) condiționarea încheierii contractelor de acceptarea de către parteneri a unor prestații suplimentare care, prin natura lor sau în conformitate cu uzanțele comerciale, nu au legătură cu obiectul acestor contracte; e) practicarea unor prețuri excesive sau practicarea unor prețuri de ruinare, în scopul înlăturării concurenților, ori vânzarea la export sub costul de producție, cu acoperirea diferențelor prin impunerea unor prețuri majorate consumatorilor interni; f) exploatarea stării de dependență în care se găsește o altă întreprindere față de o asemenea întreprindere sau întreprinderi și care nu dispune de o soluție alternativă în condiții echivalente, precum și ruperea relațiilor contractuale pentru singurul motiv că partenerul refuză să se supună unor condiții comerciale nejustificate. (2) Ori de câte ori Consiliul Concurenței aplică prevederile alin. (1), în măsura în care folosirea în mod abuziv a poziției dominante poate afecta comerțul dintre statele membre, acesta aplică, de asemenea, prevederile art. 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene. (3) Se prezumă, până la proba contrară, că una sau mai multe întreprinderi se află în poziție dominantă, în situația în care cota ori cotele cumulate pe piața relevantă, înregistrate în perioada supusă analizei, depășesc 40%. Art. 7 (1) Prevederile art. 5 alin. (1) nu se aplică în următoarele situații: a) în cazul în care cota de piață cumulată deținută de părțile la o înțelegere nu depășește 10% pe niciuna dintre piețele relevante afectate de înțelegere, atunci când aceasta este încheiată între întreprinderi care sunt concurenți, existenți sau potențiali, pe una dintre aceste piețe; b) în cazul în care cota de piață deținută de fiecare dintre părțile la o înțelegere nu depășește 15% pe niciuna dintre piețele relevante afectate de înțelegere, atunci când aceasta este încheiată între întreprinderi care nu sunt concurenți, existenți sau potențiali, pe niciuna dintre aceste piețe; c) în cazul în care este dificil să se stabilească dacă este vorba de o înțelegere între concurenți sau între neconcurenți, se aplică pragul de 10%, potrivit prevederilor alin. (1) lit. a). (2) Atunci când pe o piață relevantă concurența este restrânsă de efectul cumulativ al unor înțelegeri de vânzare de bunuri sau de servicii încheiate cu diferiți furnizori sau distribuitori, pragurile prevăzute la alin. (1) sunt reduse la 5%, atât pentru înțelegerile încheiate între concurenți, cât și pentru cele încheiate între neconcurenți. (3) Înțelegerile nu restrâng concurența în cazul în care cotele de piață nu depășesc pragurile de 10%, 15%, respectiv 5%, prevăzute la alin. (1) și (2), cu mai mult de două puncte procentuale în cursul a 2 ani calendaristici succesivi. (4) Prevederile alin. (1)-(3) nu se aplică acordurilor care conțin oricare dintre următoarele restricții

grave: a) în ceea ce privește acordurile dintre concurenți, astfel cum sunt definite la alin. (1), restricțiile care, în mod direct sau indirect, izolat ori în combinație cu alți factori aflați sub controlul părților au ca obiect: 1. fixarea prețurilor de vânzare a produselor către terți; 2. limitarea producției sau a vânzărilor; 3. împărțirea piețelor sau a clienților; b) în ceea ce privește acordurile dintre neconcurenți, astfel cum sunt definite la alin. (1), restricțiile care, în mod direct sau indirect, izolat ori în combinație cu alți factori aflați sub controlul părților au ca obiect: 1. restrângerea capacității cumpărătorului de a-și stabili prețul de vânzare, fără a aduce atingere posibilității furnizorului de a impune un preț de vânzare maxim sau de a recomanda un preț de vânzare, cu condiția ca acestea din urmă să nu fie echivalente cu un preț de vânzare fix ori minim stabilit în urma presiunilor exercitate de una dintre părți sau a măsurilor de stimulare practicate de aceasta; 2. restrângeri teritoriale sau privind clienții cărora cumpărătorul le poate vinde bunurile ori serviciile care fac obiectul contractului, cu excepția cazului în care este vorba de una dintre următoarele restricții care nu sunt grave: (i) restrângerea vânzărilor active către teritoriul exclusiv sau către o clientelă exclusivă rezervate furnizorului ori cedate de furnizor unui alt cumpărător, atunci când o asemenea restricție nu limitează vânzările efectuate de clienții cumpărătorului; (ii) restrângerea vânzărilor către utilizatorii finali realizate de un cumpărător care acționează pe piață în calitate de comerciant cu ridicata; (iii) restrângerea vânzărilor către distribuitori neautorizați realizate de membrii unui sistem de distribuție selectivă; (iv) restrângerea capacității cumpărătorului de a vinde componente destinate încorporării unor clienți care ar putea să le utilizeze pentru fabricarea de produse asemănătoare celor produse de furnizor; 3. restrângerea vânzărilor active sau a vânzărilor pasive către utilizatori finali realizate de membrii unui sistem de distribuție selectivă care acționează pe piață în calitate de vânzători cu amănuntul, fără a aduce atingere posibilității de a interzice unui membru al sistemului să își desfășoare activitățile dintr-un sediu secundar neautorizat; 4. restrângerea livrărilor încrucișate între distribuitori în cadrul unui sistem de distribuție selectivă, inclusiv între distribuitori care acționează la diferite niveluri ale comerțului; 5. restricția convenită între un furnizor de componente și un cumpărător care încorporează aceste componente, care limitează posibilitatea furnizorului de a vinde aceste componente ca piese separate utilizatorilor finali, unor reparatori sau altor prestatori de servicii care nu au fost desemnați de cumpărător pentru repararea ori întreținerea bunurilor sale; c) în ceea ce privește acordurile între concurenți, astfel cum sunt definite la alin. (1), atunci când concurenții acționează, în sensul acordului, la niveluri diferite ale lanțului de producție sau de distribuție, oricare dintre restricțiile grave enumerate la lit. a) și b). (5) Prevederile alin. (1)-(4) se aplică și în cazul deciziilor asociațiilor de întreprinderi și practicilor concertate.

Conform art. 8 (1) Sunt interzise orice acțiuni sau inacțiuni ale autorităților și instituțiilor administrației publice centrale ori locale și ale entităților către care acestea își deleagă atribuțiile, care restrâng, împiedică sau denaturează concurența, precum: a) limitarea libertății comerțului sau autonomiei întreprinderilor, exercitate cu respectarea reglementărilor legale; b) stabilirea de condiții discriminatorii pentru activitatea întreprinderilor. (2) În cazul în care autoritățile sau instituțiile administrației publice centrale ori locale sau entitățile către care acestea și-au delegat atribuțiile nu se conformează, în termenul stabilit, măsurilor dispuse prin decizie de către Consiliul Concurenței în scopul restabilirii mediului concurențial, acesta poate introduce acțiune în contencios administrativ, la Curtea de Apel București, solicitând instanței, după caz, anularea, în tot sau în parte, a actului care a condus la restrângerea, împiedicarea ori denaturarea concurenței, obligarea autorității sau instituției în cauză să emită un act administrativ ori să efectueze o anumită operațiune administrativă. (3) Consiliul Concurenței se poate adresa instanței în condițiile alin. (2), în termen de 6 luni de la data expirării perioadei prevăzute în decizie, perioadă în care autoritatea sau instituția administrației publice centrale sau locale avea obligația să se conformeze măsurilor necesare restabilirii mediului concurențial normal. b) Concentrarea economică. Textele referitoare la concentrarea economică fac obiectul capitolului III din Legea nr. 21/1996 și au în vedere: definirea operațiunilor de acest gen; faptele sau actele care, potrivit legii, nu constituie operațiuni de concentrare economică; interzicerea concentrărilor economice care ar ridica obstacole semnificative

în calea concurenței efective pe piața românească sau pe o parte a acesteia; posibilitatea autorizării concentrărilor economice cu condiția îndeplinirii cumulative a unor condiții; cazurile în care sunt aplicabile dispozițiile cuprinse în capitolul III al legii; probleme procedurale.

Vom reda, în continuare, textele prin care sunt reglementate situațiile de mai sus:

Definirea operațiunilor de concentrare economică

Art. 9 (1) Se realizează o concentrare în cazul în care modificarea de durată a controlului rezultă în urma:

a) fuzionării a două sau mai multe întreprinderi independente anterior sau părți ale unor întreprinderi; sau

b) dobândirii de către una sau mai multe persoane care controlează deja cel puțin o întreprindere ori de către una sau mai multe întreprinderi, fie prin achiziționarea de valori mobiliare sau de active, fie prin contract ori prin orice alte mijloace, a controlului direct sau indirect asupra uneia ori mai multor întreprinderi sau părți ale acestora.

(2) Crearea unei societăți în comun care îndeplinește în mod durabil toate funcțiile unei entități economice autonome constituie o concentrare potrivit prevederilor alin. (1) lit. b).

(3) În măsura în care crearea unei societăți în comun, reprezentând o concentrare potrivit prevederilor alin. (1), are ca obiect sau efect coordonarea comportamentului concurențial al întreprinderilor rămase independente, o astfel de coordonare este evaluată în conformitate cu criteriile prevăzute la art. 5 alin. (1)-(3), precum și cu cele ale art. 101 alin. (1) și (3) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, pentru a se stabili dacă operațiunea este sau nu compatibilă cu un mediu concurențial normal.

(4) La realizarea evaluării prevăzute la alin. (3), Consiliul Concurenței ia în considerare, în special, următoarele criterii:

a) dacă două sau mai multe societăți-mamă rețin, într-o măsură semnificativă, activitățile de pe aceeași piață ca și societatea în comun ori de pe o piață situată în amonte sau în aval față de cea a societății în comun ori pe o piață vecină aflată în strânsă legătură cu această piață;

b) dacă prin coordonarea care reprezintă consecința directă a creării societății în comun întreprinderile implicate au posibilitatea de a elimina concurența pentru o parte semnificativă a produselor sau a serviciilor în cauză.

(5) Potrivit prevederilor prezentei legi, controlul decurge din drepturi, contracte sau orice alte elemente care, fiecare în parte ori luate împreună și ținând seama de circumstanțele de fapt sau de drept, conferă posibilitatea de a exercita o influență determinantă asupra unei întreprinderi, în special prin:

a) drepturi de proprietate sau de folosință asupra totalității ori a unei părți din activele unei întreprinderi;

b) drepturi sau contracte care conferă o influență determinantă asupra structurii întreprinderii, votului sau deciziilor organelor de conducere ale unei întreprinderi.

(6) Controlul prevăzut la alin. (1)-(5) este dobândit de către persoana sau persoanele ori de către întreprinderile care:

a) sunt titulare ale drepturilor ori beneficiare ale contractelor prevăzute la alin. (5);

b) nu sunt titulare ale drepturilor ori beneficiare ale contractelor prevăzute la alin. (5), dar au puterea de a exercita influența determinantă conferită de acestea.

Faptele sau actele care, potrivit legii, nu constituie operațiuni de concentrare economică:

Art. 10 "Nu constituie operațiuni de concentrare economică situațiile în care: a) controlul este dobândit și exercitat de către un lichidator desemnat prin hotărâre judecătorească sau de către o altă persoană mandată de autoritatea publică pentru îndeplinirea unei proceduri de încetare de plăți, redresare, concordat, lichidare judiciară, urmărire silită sau altă procedură similară; b) instituțiile de credit sau alte instituții financiare ori societățile de asigurări ale căror activități obișnuite includ tranzacționarea și negocierea de valori mobiliare în contul lor sau în contul altora dețin temporar valori mobiliare ale unei întreprinderi pe care le- au dobândit în vederea revânzării, cu condiția ca

acestea să nu își exercite drepturile de vot conferite de valorile mobiliare în cauză pentru a determina comportamentul concurențial al întreprinderii în cauză sau cu condiția să își exercite aceste drepturi de vot numai pentru pregătirea cesionării integrale sau parțiale a întreprinderii în cauză sau a activelor acesteia ori a cesionării valorilor mobiliare în cauză și ca cesiunea să aibă loc în termen de un an de la data achiziției; Consiliul Concurenței poate prelungi acest termen, la cerere, în cazul în care respectivele instituții sau societăți pot dovedi că cesionarea nu a fost posibilă, în condiții rezonabile, în termenul stabilit; c) controlul, potrivit prevederilor art. 9 alin. (1) lit. b), este dobândit de o întreprindere al cărei obiect unic de activitate este de a achiziționa participații la alte întreprinderi, de a gestiona și valorifica respectivele participații, fără a se implica direct sau indirect în gestionarea întreprinderilor în cauză, aceasta fără a aduce însă atingere drepturilor pe care întreprinderea le deține în calitate de acționar, cu condiția ca drepturile de vot legate de participațiile deținute să fie exercitate, în special în ceea ce privește numirea membrilor organelor de conducere și supraveghere ale întreprinderilor la care deține participațiile, doar pentru a menține valoarea integrală a investițiilor în cauză și nu pentru a determina, direct sau indirect, comportamentul concurențial al acelor întreprinderi; d) întreprinderile, inclusiv cele care fac parte din grupuri economice, realizează operațiuni de restructurare sau reorganizare a propriilor activități.

Art. 10: "Nu constituie operațiuni de concentrare economică situațiile în care: a) controlul este dobândit și exercitat de către un lichidator desemnat prin hotărâre judecătorească sau de către o altă persoană mandatată de autoritatea publică pentru îndeplinirea unei proceduri de încetare de plăți, redresare, concordat, lichidare judiciară, urmărire silită sau altă procedură similară; b) instituțiile de credit sau alte instituții financiare ori societățile de asigurări ale căror activități obișnuite includ tranzacționarea și negocierea de valori mobiliare în contul lor sau în contul altora dețin temporar valori mobiliare ale unei întreprinderi pe care le- au dobândit în vederea revânzării, cu condiția ca acestea să nu își exercite drepturile de vot conferite de valorile mobiliare în cauză pentru a determina comportamentul concurențial al întreprinderii în cauză sau cu condiția să își exercite aceste drepturi de vot numai pentru pregătirea cesionării integrale sau parțiale a întreprinderii în cauză sau a activelor acesteia ori a cesionării valorilor mobiliare în cauză și ca cesiunea să aibă loc în termen de un an de la data achiziției; Consiliul Concurenței poate prelungi acest termen, la cerere, în cazul în care respectivele instituții sau societăți pot dovedi că cesionarea nu a fost posibilă, în condiții rezonabile, în termenul stabilit; c) controlul, potrivit prevederilor art. 9 alin. (1) lit. b), este dobândit de o întreprindere al cărei obiect unic de activitate este de a achiziționa participații la alte întreprinderi, de a gestiona și valorifica respectivele participații, fără a se implica direct sau indirect în gestionarea întreprinderilor în cauză, aceasta fără a aduce însă atingere drepturilor pe care întreprinderea le deține în calitate de acționar, cu condiția ca drepturile de vot legate de participațiile deținute să fie exercitate, în special în ceea ce privește numirea membrilor organelor de conducere și supraveghere ale întreprinderilor la care deține participațiile, doar pentru a menține valoarea integrală a investițiilor în cauză și nu pentru a determina, direct sau indirect, comportamentul concurențial al acelor întreprinderi; d) întreprinderile, inclusiv cele care fac parte din grupuri economice, realizează operațiuni de restructurare sau reorganizare a propriilor activități.

Conform art 12 și 13, "Prevederile prezentului capitol se aplică operațiunilor de concentrare economică, atunci când cifra de afaceri cumulată a întreprinderilor implicate în operațiune depășește echivalentul în lei a 10.000.000 euro și când cel puțin două dintre întreprinderile implicate au realizat pe teritoriul României, fiecare în parte, o cifră de afaceri mai mare decât echivalentul în lei a 4.000.000 euro. Echivalentul în lei se calculează la cursul de schimb comunicat de Banca Națională a României valabil pentru ultima zi a exercițiului financiar din anul anterior realizării operațiunii.

Art. 13: „(1) Concentrările economice care depășesc pragurile valorice prevăzute la art. 12 trebuie notificate Consiliului Concurenței înainte de punerea în aplicare și după încheierea acordului, după anunțarea ofertei publice sau după preluarea pachetului de control. (2) Notificarea poate fi efectuată și în cazurile în care întreprinderile implicate demonstrează Consiliului Concurenței intenția de

bună-credință de a încheia un acord sau, în cazul unei oferte publice, și-au anunțat public intenția de a face o astfel de ofertă, cu condiția ca acordul sau oferta planificată să aibă ca rezultat o concentrare care îndeplinește condițiile prevăzute la art. 12. (3) Potrivit prevederilor prezentei legi, termenul "concentrare economică notificată" include, de asemenea, concentrările planificate, notificate potrivit prevederilor alin. (2). (4) Concentrările economice care se realizează prin fuziunea a două sau mai multor întreprinderi trebuie notificate de către fiecare dintre părțile implicate; în celelalte cazuri, notificarea trebuie să fie înaintată de către persoana, întreprinderea sau întreprinderile care dobândesc controlul asupra uneia sau mai multor întreprinderi ori asupra unor părți ale acestora. (5) Criteriile de evaluare a compatibilității concentrărilor economice cu un mediu concurențial normal, procedura de notificare, de acordare a derogării, termenele, documentele și informațiile de prezentat, comunicările și prezentarea de observații de către întreprinderile interesate se stabilesc prin regulamente și instrucțiuni adoptate de Consiliul Concurenței. (6) Este interzisă punerea în aplicare a unei operațiuni de concentrare economică înainte de notificare și înainte de a fi declarată compatibilă cu un mediu concurențial normal, printr-o decizie adoptată de Consiliul Concurenței, potrivit prevederilor art. 45. (7) Prevederile alin. (6) nu împiedică punerea în aplicare a unei oferte publice sau a unei serii de tranzacții cu valori mobiliare, inclusiv cu valori mobiliare convertibile în alte tipuri de valori mobiliare, acceptate în vederea tranzacționării pe o piață de tipul bursei de valori, prin care se dobândește controlul potrivit prevederilor art. 9 de la vânzători diferiți, dacă sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții: a) concentrarea să fie notificată fără întârziere Consiliului Concurenței, potrivit prevederilor alin. (1); b) cel care dobândește controlul să nu exercite drepturile de vot aferente valorilor mobiliare în cauză sau să facă acest lucru numai pentru a menține valoarea integrală a investiției sale în temeiul unei derogări acordate de Consiliul Concurenței, potrivit prevederilor alin. (8). (8) Consiliul Concurenței poate acorda, la cerere, o derogare de la regula instituită la alin. (6). Cererea de acordare a derogării trebuie să fie motivată. În decizia pe care o va emite Consiliul Concurenței va ține cont de efectele suspendării concentrării economice asupra uneia sau mai multora dintre întreprinderile implicate în operațiune sau asupra unor terți și de amenințarea reprezentată de concentrare asupra concurenței. Această derogare poate fi acordată sub rezerva îndeplinirii unor condiții și obligații destinate asigurării unei concurențe efective. O derogare poate fi acordată oricând, atât anterior, cât și ulterior notificării. (9) Validitatea oricărei operațiuni de concentrare economică, inclusiv a celor realizate cu încălcarea prevederilor alin. (6), va depinde de analiza și decizia pe care Consiliul Concurenței o va lua cu privire la operațiune, potrivit prevederilor art. 45 alin. (2), (4) și (5)"

c) Procedura de examinare preliminară, de investigare și de luare a deciziilor

Art. 32: (1) Descoperirea și investigarea încălcărilor prevederilor prezentei legi, precum și a prevederilor art. 101 și 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene incumbă Consiliului Concurenței care acționează prin inspectorii de concurență. (2) În cazul infracțiunii prevăzute la art. 63 alin. (1), personalul desemnat în condițiile alin. (1) va putea efectua numai actele stabilite prin art. 61 din Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, cu modificările și completările ulterioare.

Art. 33: Consiliul Concurenței, potrivit atribuțiilor sale, dispune efectuarea de investigații, dacă există suficient temei de fapt și de drept:

a) din oficiu;

b) la plângerea unei persoane fizice sau juridice afectate în mod real și direct prin încălcarea prevederilor art. 5, 6, 8 și 13 din prezenta lege, precum și a art. 101 și 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

Art. 34: (1) În vederea analizării plângerilor formulate potrivit art. 33 lit. b) și a notificărilor privind concentrările economice, precum și în exercitarea atribuțiilor prevăzute la art. 25 alin. (1), inspectorii de concurență, indicând temeiul legal, scopul, termenele, precum și sancțiunile prevăzute, după caz, la art. 51 lit. a) și b), art. 52 alin. (1) lit. a) și alin. (2) și art. 57 alin. (1) lit. e),

pot solicita informațiile și documentele care le sunt necesare: a) întreprinderilor și asociațiilor de întreprinderi; b) autorităților și instituțiilor administrației publice centrale și locale. (2) În realizarea procedurii de examinare preliminară, necesară în vederea exercitării din oficiu a atribuțiilor prevăzute la art. 25 alin. (1) lit. a) și g), inspectorii de concurență, indicând temeiul legal, scopul, termenele, precum și sancțiunile prevăzute la art. 51 lit. c) sau, după caz, la art. 52 alin. (1) lit. b), pot solicita întreprinderilor și asociațiilor de întreprinderi, precum și autorităților și instituțiilor administrației publice centrale și locale orice informații și documente necesare. (3) În scopul aplicării prevederilor art. 101 și 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, documentele și informațiile prevăzute la alin. (1) și (2) pot fi solicitate de Consiliul Concurenței, la cererea Comisiei Europene și a autorităților de concurență din statele membre ale Uniunii Europene. (4) Inspectorii de concurență, primind acces la documentele, datele și informațiile prevăzute la alin. (1), (2) și (3), sunt ținuti la respectarea strictă a caracterului de secret de stat sau secret de serviciu atribuit legal respectivelor documente, date și informații. (5) Informațiile colectate potrivit prevederilor alin. (1)-(3), art. 35 și art. 36 pot fi folosite doar pentru scopul aplicării legislației în domeniul concurenței. Consiliul Concurenței va putea sesiza și alte instituții sau autorități publice în condițiile în care sunt descoperite aspecte care țin de competența acestora.

Art. 35

În scopul îndeplinirii atribuțiilor legale, Consiliul Concurenței poate să ia declarații de la orice persoană fizică sau de la reprezentantul legal al persoanei juridice, care consimte să dea astfel de declarații.

Art. 36

(1) Pentru investigarea încălcării prevederilor prezentei legi, inspectorii de concurență sunt abilitați cu puteri de inspecție, cu excepția inspectorilor debutanți, și au următoarele puteri de inspecție:

a) să intre în spațiile, terenurile sau mijloacele de transport pe care întreprinderile ori asociațiile de întreprinderi le dețin legal;

b) să examineze orice documente, registre, acte financiar-contabile și comerciale sau alte evidențe legate de activitatea întreprinderii sau asociațiilor de întreprinderi, indiferent de locul în care sunt depozitate și de suportul fizic sau electronic pe care sunt păstrate;

c) să ceară oricărui reprezentant sau membru al personalului întreprinderii sau asociației de întreprinderi explicații cu privire la faptele sau documentele legate de obiectul și scopul inspecției și să consemneze sau să înregistreze răspunsurile acestora;

d) să ridice sau să obțină în orice formă copii ori extrase din orice documente, registre, acte financiar-contabile și comerciale sau din alte evidențe legate de activitatea întreprinderii sau asociației de întreprinderi;

e) să sigileze orice amplasament destinat activităților întreprinderii sau asociației de întreprinderi și orice documente, registre, acte financiar-contabile și comerciale sau alte evidențe legate de activitatea întreprinderii sau asociației de întreprinderi, pe durata și în măsura necesară inspecției.

(2) Inspectorii de concurență cu puteri de inspecție vor proceda la actele prevăzute la alin. (1) numai dacă există indicii că pot fi găsite documente sau pot fi obținute informații considerate necesare pentru îndeplinirea misiunii lor, iar rezultatul acestora va fi consemnat într-un proces-verbal de constatare și inventariere.

(3) Inspectorii de concurență cu puteri de inspecție pot face inspecții inopinate și pot solicita orice fel de informații sau justificări legate de îndeplinirea misiunii, atât la fața locului, cât și la convocare la sediul Consiliului Concurenței.

(4) Inspectorii de concurență sunt abilitați cu puteri de inspecție prin ordin al președintelui Consiliului Concurenței. O copie certificată a acestui ordin este înmănată întreprinderii sau asociației de întreprinderi supuse inspecției dispuse cu respectarea dispozițiilor alin. (2).

(5) Consiliul Concurenței desfășoară inspecții la solicitarea Comisiei Europene sau a unei alte autorități de concurență a unui stat membru, potrivit prevederilor art. 22 din Regulamentul Consiliului (CE) nr. 1/2003 și ale art. 12 din Regulamentul Consiliului (CE) nr. 139/2004, în baza

ordinului de inspecție emis de președintele Consiliului Concurenței.

(6) Ordinul de inspecție va indica obiectul și scopul inspecției, stabilește data la care începe și arată sancțiunile prevăzute la art. 51 și 57, precum și dreptul de a ataca ordinul la Curtea de Apel București, Secția contencios administrativ și fiscal, în termen de 15 zile de la comunicare, prin derogare de la Legea nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare. Hotărârea curții de apel este supusă recursului, care se declară în termen de 5 zile de la comunicare. Instanțele vor soluționa cauza de urgență și cu precădere.

(7) La solicitarea Consiliului Concurenței, în ipoteza în care poate exista o opoziție la desfășurarea inspecției, organele de poliție sunt obligate să însoțească și să asigure sprijinul necesar echipelor de inspecție, în exercitarea puterilor de inspecție.

(8) Comunicările dintre întreprinderea sau asociația de întreprinderi investigate și avocatul acestora, realizate în cadrul și în scopul exclusiv al exercitării dreptului la apărare al întreprinderii, respectiv după deschiderea procedurii administrative în baza prezentei legi ori anterior deschiderii procedurii administrative, cu condiția ca aceste comunicări să aibă legătură cu obiectul procedurii, nu pot fi ridicate ori folosite ca probă în cursul procedurilor desfășurate de Consiliul Concurenței. Nu pot fi ridicate ori folosite ca probă documentele pregătitoare întocmite de întreprinderea sau asociația de întreprinderi investigate în scopul exclusiv al exercitării dreptului la apărare.

(9) Atunci când întreprinderile nu dovedesc caracterul protejat al unei comunicări, pentru ca aceasta să cadă sub incidența alin. (8), inspectorii de concurență care desfășoară inspecția vor sigila și vor ridica comunicarea în cauză, în dublu exemplar. (10) Președintele Consiliului Concurenței va decide, de urgență, pe baza probelor și argumentelor prezentate. În condițiile în care președintele Consiliului Concurenței decide să respingă caracterul protejat al comunicării, desigilarea documentului poate avea loc doar după expirarea termenului în care decizia poate fi contestată, potrivit prevederilor alin. (11), sau, în cazul în care decizia este contestată, după ce hotărârea instanței devine definitivă.

(11) Decizia președintelui Consiliului Concurenței cu privire la caracterul protejat al comunicării poate fi atacată în contencios administrativ la Curtea de Apel București, în termen de 15 zile de la comunicare, prin derogare de la Legea nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare. Hotărârea curții de apel este supusă recursului, care se declară în termen de 5 zile de la comunicare. Instanțele vor soluționa cauza de urgență și cu precădere.

Art. 37

În baza autorizării judiciare date prin încheiere, conform art. 38, inspectorul de concurență poate efectua inspecții, în spațiile prevăzute la art. 36, precum și în orice alte spații, inclusiv domiciliul, terenurile sau mijloacele de transport aparținând conducătorilor, administratorilor, directorilor și altor angajați ai operatorilor economici sau asociațiilor de operatori economici supuși investigației.

Art. 38

(1) Inspectorii de concurență pot proceda la inspecții, potrivit prevederilor art. 37, doar în baza unui ordin emis de către președintele Consiliului Concurenței și cu autorizarea judiciară dată prin încheiere de către președintele Curții de Apel București sau de către un judecător delegat de acesta. O copie certificată a ordinului de inspecție și a autorizației judiciare se comunică obligatoriu persoanei supuse inspecției înainte de începerea acesteia.

(2) Cererea de autorizare se judecă în camera de consiliu, fără citarea părților. Judecătorul se pronunță asupra cererii de autorizare în termen de cel mult 48 de ore de la data înregistrării cererii. Încheierea se motivează și se comunică Consiliului Concurenței în termen de cel mult 48 de ore de la pronunțare.

(3) În cazul în care inspecția trebuie desfășurată simultan în mai multe spații dintre cele prevăzute la art. 37, Consiliul Concurenței va introduce o singură cerere, instanța pronunțându-se printr-o încheiere în care se vor indica spațiile în care urmează să se desfășoare inspecția.

(4) Cererea de autorizare trebuie să cuprindă toate informațiile de natură să justifice inspecția, iar judecătorul sesizat este ținut să verifice dacă cererea este întemeiată.

(5) Oricare ar fi împrejurările, inspecția se desfășoară între orele 8,00 și 18,00 și trebuie efectuată în prezența persoanei la care se efectuează inspecția sau a reprezentantului său. Inspecția poate continua și după ora 18,00 numai cu acordul persoanei la care se efectuează inspecția sau a reprezentantului său.

(6) Inventarele și punerile de sigilii se fac conform dispozițiilor Legii nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, cu modificările și completările ulterioare.

(7) Încheierea prevăzută la alin. (1) poate fi atacată cu contestație la Înalta Curte de Casație și Justiție, în termen de 48 de ore. Termenul în care poate fi atacată încheierea pentru Consiliul Concurenței curge de la momentul comunicării acesteia, potrivit prevederilor alin. (2). În ceea ce privește persoana supusă inspecției, termenul în care poate fi atacată încheierea curge de la momentul comunicării acesteia, potrivit prevederilor alin. (1). Contestația nu este suspensivă de executare.

(8) Președintele Curții de Apel București sau judecătorul delegat de acesta are competența să emită autorizația judiciară prevăzută la art. 21 alin. (3) din Regulamentul Consiliului (CE) nr. 1/2003.

Art. 39

(1) La primirea unei plângeri privind o practică anticoncurențială, Consiliul Concurenței examinează dacă aceasta prezintă suficient temei de fapt și de drept pentru a justifica dispunerea pornirii unei investigații.

(2) Dacă plângerea nu prezintă suficiente temeiuri pentru a justifica pornirea unei investigații, Consiliul Concurenței o respinge, comunicând autorului decizia, în scris, cu precizarea motivelor, în termen de 60 de zile de la data la care acestuia i se confirmă faptul că plângerea este completă și îndeplinește toate condițiile, stabilite potrivit prevederilor alin. (4). Respingerea unei plângeri se face prin decizie a Consiliului Concurenței după ce i s-a dat posibilitatea autorului plângerii să își prezinte punctul de vedere față de motivele pentru care autoritatea de concurență intenționează să respingă plângerea.

(3) Decizia de respingere a plângerii poate fi atacată la Curtea de Apel București, în termen de 30 de zile de la comunicare.

(4) Consiliul Concurenței va stabili, prin regulament, condițiile pe care o solicitare ce i-a fost adresată trebuie să le îndeplinească pentru a putea fi calificată ca plângere, precum și procedura aplicabilă soluționării acesteia.

(5) În cazul în care plângerea înaintată nu cade sub incidența prezentei legi, Consiliul Concurenței va răspunde, în scris, în termen de 30 de zile de la înregistrarea plângerii.

Art. 40

(1) De câte ori dispune pornirea unei investigații, președintele Consiliului Concurenței desemnează un raportor, responsabil pentru întocmirea raportului asupra investigației, comunicarea lui părților în cauză, primirea observațiilor și prezentarea raportului în Plenul Consiliului Concurenței, dacă este cazul.

(2) Raportorul desemnat instrumentează toate actele procedurii de investigație, propunând Consiliului Concurenței dispunerea măsurilor care sunt de competența acestuia.

Art. 41

(1) În situația în care, în urma declanșării unei investigații din oficiu, se constată că aceasta nu a condus la descoperirea unor dovezi suficiente privind încălcarea legii, care să justifice impunerea de măsuri sau sancțiuni de către Consiliul Concurenței, acesta, prin ordin al președintelui, va putea încheie investigația și va informa de îndată părțile implicate.

(2) În situația în care investigația a fost declanșată ca urmare a unei plângeri și se constată că aceasta nu a condus la descoperirea unor dovezi suficiente privind încălcarea legii, care să justifice impunerea de măsuri sau sancțiuni de către Consiliul Concurenței, închiderea investigației se va face prin decizie a Plenului Consiliului Concurenței, în urma audierii părților implicate dacă autorul plângerii solicită acest lucru.

Art. 42

(1) Cu excepția situației prevăzute la art. 41 alin. (1), în orice procedură de investigație, Consiliul Concurenței acordă întreprinderilor participante la înțelegere, decizia luată de asociații de întreprinderi, practica concertată, abuzul de poziție dominantă sau la concentrarea economică, ce formează obiect al investigației, ocazia de a-și exprima în scris observațiile cu privire la conținutul raportului de investigație. În observațiile scrise, destinarii raportului de investigație pot solicita organizarea de audieri de către Consiliul Concurenței. Atunci când apreciază că este util pentru stabilirea adevărului în cauza investigată, Consiliul Concurenței poate organiza audieri și în lipsa unei solicitări din partea estinatorilor raportului de investigație. Data până la care trebuie trimise observațiile, respectiv data audierii, după caz, sunt fixate de președintele Consiliului Concurenței.

(2) Președintele Consiliului Concurenței poate desemna experți și poate admite audierea autorului plângerii, la solicitarea acestuia, precum și a oricărei persoane fizice sau juridice care declară că deține date și informații relevante pentru stabilirea adevărului în cauza investigată.

(3) Neprezentarea sau renunțarea la audiere, precum și refuzul oricărei depoziții sau declarații nu constituie impedimente pentru continuarea procedurii de investigație.

Art. 43

(1) O copie a raportului va fi transmisă spre luare la cunoștință persoanelor supuse investigației, acordându-le acestora un termen de minimum 30 de zile în care să își formuleze observațiile. Persoanelor a căror audiere a fost admisă potrivit prevederilor art. 42 alin. (2) li se va trimite copia raportului numai la cerere și dacă președintele Consiliului Concurenței apreciază că este util în interesul investigației.

(2) Președintele Consiliului Concurenței va permite părților în cauză consultarea dosarului și obținerea, contra cost, de copii și extrase ale actelor procedurii de investigație.

(3) Dreptul de acces la dosar nu se extinde asupra secretelor de afaceri, altor informații confidențiale și nici asupra documentelor interne ale Consiliului Concurenței, ale Comisiei Europene sau ale autorităților de concurență ale statelor membre ale Uniunii Europene. Dreptul de acces la dosar nu se extinde nici asupra corespondenței dintre Consiliul Concurenței și Comisia Europeană sau autoritățile de concurență ale statelor membre sau dintre acestea din urmă atunci când corespondența este inclusă în dosarul Consiliului Concurenței.

(4) Documentele, datele și informațiile din dosarul cauzei care sunt confidențiale nu sunt accesibile pentru consultare ori obținere de copii sau extrase decât prin ordin al președintelui Consiliului Concurenței. Ordinul președintelui Consiliului Concurenței poate fi atacat la Curtea de Apel București - Secția contencios administrativ, în termen de 15 zile de la comunicarea către părțile interesate. Hotărârea curții de apel este supusă recursului, care poate fi declarat în termen de 5 zile de la comunicare. Instanțele vor proceda la judecarea cauzei de urgență și cu precădere.

(5) Atacarea ordinului președintelui Consiliului Concurenței suspendă procedura în fața autorității de concurență până la soluționarea definitivă și irevocabilă a cauzei, potrivit prevederilor alin. (4).

(6) Nicio dispoziție din prezenta lege nu interzice dreptul Consiliului Concurenței de a dezvălui și utiliza informațiile necesare pentru a dovedi o încălcare a art. 5 și 6 din prezenta lege, precum și a art. 101 și 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

(7) În cazul unei proceduri de investigație având ca obiect o concentrare economică, dispozițiile prezentului articol referitoare la consultarea dosarului sunt aplicabile asociațiilor și directorilor executivi ai entităților participante la concentrare, în măsura în care aceștia justifică în cauză un interes legitim.

Art. 44

(1) Consiliul Concurenței, în cazul investigațiilor declanșate potrivit prevederilor art. 33, poate decide, după caz:

- a) să ordone încetarea practicilor anticoncurențiale constatate;
- b) să dispună măsuri interimare;
- c) să accepte angajamente;

d) să aplice întreprinderilor sau asociațiilor de întreprinderi amenzi în condițiile prevăzute la cap. VI;

e) să formuleze recomandări, să impună părților condiții sau alte obligații. În cazul în care Consiliul Concurenței decide potrivit prevederilor lit. a), poate impune orice măsuri corective comportamentale sau structurale care sunt proporționale cu încălcarea comisă și necesare pentru încetarea efectivă a încălcării. Măsurile corective structurale vor fi impuse atunci când nu există o măsură corectivă comportamentală la fel de eficientă sau atunci când o măsură corectivă comportamentală la fel de eficientă ar fi mai oneroasă pentru întreprinderea în cauză decât o măsură corectivă structurală.

(2) Consiliul Concurenței poate decide, de asemenea, că nu există motive pentru a interveni, atunci când, pe baza informațiilor de care dispune, condițiile pentru ca o înțelegere, decizie sau practică concertată să fie interzisă nu sunt îndeplinite.

(3) Consiliul Concurenței, în îndeplinirea atribuției prevăzute la art. 25 alin. (1) lit. e), poate decide să retragă beneficiul exceptării pentru înțelegerile, deciziile asociațiilor de întreprinderi sau practicile concertate cărora li se aplică prevederile unuia dintre regulamentele europene de exceptare pe categorii, atunci când într-o anumită cauză respectivele înțelegeri, decizii sau practici concertate produc efecte incompatibile cu art. 101 alin. (3) din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene pe teritoriul României sau pe o parte a acestuia care prezintă toate caracteristicile unei piețe geografice distincte.

Art. 45

(1) În termen de 30 de zile de la primirea notificării complete a unei operațiuni de concentrare economică, Consiliul Concurenței va răspunde în scris, printr-o adresă, în cazul în care va ajunge la concluzia că operațiunea de concentrare economică nu cade sub incidența prezentei legi.

(2) În termen de 45 de zile de la primirea notificării complete a unei operațiuni de concentrare economică, Consiliul Concurenței va emite o decizie de neobiecțiune atunci când constată că, deși operațiunea de concentrare economică notificată cade sub incidența prezentei legi: a) nu există îndoieli serioase privind compatibilitatea cu un mediu concurențial normal;

(6) Întreprinderile pot formula propuneri de angajamente și în cazul operațiunilor de concentrare economică în scopul compatibilizării acestora cu un mediu concurențial normal, potrivit prevederilor art. 45. Prevederile alin. (2) și (4) se aplică în mod corespunzător.

(7) Consiliul Concurenței va stabili, prin instrucțiuni, condițiile, criteriile, termenele și procedura pentru acceptarea și evaluarea angajamentelor propuse de părți.

Art. 46

(1) În cazul în care Consiliul Concurenței constată că o concentrare economică a fost deja pusă în aplicare și că acea concentrare a fost declarată incompatibilă cu mediul concurențial normal, acesta, prin decizie, poate:

a) să solicite întreprinderilor implicate să dizolve entitatea rezultată din concentrare, în special prin dizolvarea fuziunii sau prin cesionarea tuturor acțiunilor sau activelor dobândite, astfel încât să se restabilească situația existentă anterior punerii în aplicare a concentrării. În cazurile în care, prin dizolvarea entității rezultate prin concentrare, nu este posibilă restabilirea situației existente anterior punerii în aplicare a concentrării, Consiliul Concurenței poate adopta orice altă măsură adecvată pentru a restabili, în măsura posibilului, situația anterioară;

b) să dispună orice altă măsură adecvată pentru a se asigura că întreprinderile implicate dizolvă concentrarea sau iau măsurile de restabilire a situației prevăzute în decizia sa. (2) Consiliul Concurenței poate acționa potrivit alin. (1) lit. a) și b) și atunci când constată că o concentrare economică a fost pusă în aplicare cu încălcarea unei condiții impuse printr-o decizie adoptată potrivit prevederilor art. 45 alin. (4) lit. c).

Art. 47

(1) Pe durata procedurii de investigație referitoare la posibila săvârșire a unei practici anticoncurențiale, întreprinderile față de care a fost declanșată investigația pot formula propuneri de

angajamente, în scopul înlăturării situației care a condus la declanșarea investigației.

(2) Atunci când Consiliul Concurenței intenționează să accepte angajamentele propuse de părți, va publica un rezumat al cazului și conținutul esențial al angajamentelor propuse, asupra cărora terții interesați își pot prezenta observațiile în termenul stabilit de autoritatea de concurență.

(3) Prin decizie, Consiliul Concurenței conferă forță obligatorie angajamentelor propuse de întreprinderi, în măsura în care acestea sunt suficiente pentru protecția concurenței și dacă îndeplinirea lor conduce la înlăturarea situației care a determinat declanșarea investigației. Decizia Consiliului Concurenței poate fi adoptată pe o durată determinată și poate concluziona, fără audierea părților implicate, că nu mai există motive pentru acțiunea autorității de concurență.

(4) În cazul în care Consiliul Concurenței constată că angajamentele nu îndeplinesc condițiile prevăzute la alin. (3), acesta va informa, în scris, întreprinderile cu privire la motivele pentru care angajamentele nu au fost acceptate și va continua procedura de investigație.

(5) În cazul închiderii investigației potrivit prevederilor alin. (3), Consiliul Concurenței poate, la cerere sau din oficiu, să redeschidă procedura de investigație, atunci când:

- a) intervine o schimbare esențială privind oricare dintre faptele pe care s-a fundamentat decizia;
- b) întreprinderile acționează contrar angajamentelor asumate;
- c) decizia a fost fundamentată pe informații incomplete, inexacte sau care induc în eroare, furnizate de părți.

(6) Întreprinderile pot formula propuneri de angajamente și în cazul operațiunilor de concentrare economică în scopul compatibilizării acestora cu un mediu concurențial normal, potrivit prevederilor art. 45. Prevederile alin. (2) și (4) se aplică în mod corespunzător.

(7) Consiliul Concurenței va stabili, prin instrucțiuni, condițiile, criteriile, termenele și procedura pentru acceptarea și evaluarea angajamentelor propuse de părți.

Art. 48

(1) Consiliul Concurenței poate impune orice măsură interimară pe care o consideră necesară, înainte de emiterea unei decizii potrivit prevederilor art. 44, în caz de urgență determinată de riscul unui prejudiciu grav și ireparabil adus concurenței, în cazul în care constată, la o primă evaluare, existența unor fapte de natură anticoncurențială prohibite expres de lege și care trebuie eliminate fără întârziere.

(2) Înainte de luarea unei măsuri interimare, părțile implicate pot prezenta în scris punctul lor de vedere. La cererea expresă a părților implicate, Consiliul Concurenței va proceda la ascultarea argumentelor acestora în Plen.

(3) O decizie adoptată potrivit prevederilor alin. (1) se aplică pe o durată determinată, ce poate fi reînnoită de Consiliul Concurenței în măsura în care este necesar și adecvat. (4) Consiliul Concurenței poate impune măsuri interimare adecvate pentru restabilirea sau menținerea condițiilor de concurență efectivă și în cazul în care:

- a) concentrarea economică a fost pusă în aplicare cu încălcarea prevederilor art. 13 alin. (6) și (8) și nu a fost încă adoptată o decizie privind compatibilitatea concentrării cu un mediu concurențial normal;
- b) concentrarea economică a fost pusă în aplicare cu încălcarea unei condiții sau obligații impuse printr-o decizie adoptată potrivit prevederilor art. 45 alin. (2) lit. b) și alin. (4) lit. c);
- c) concentrarea economică a fost deja pusă în aplicare și a fost emisă o decizie prin care operațiunea de concentrare economică a fost declarată incompatibilă cu mediul concurențial normal, potrivit prevederilor art. 45 alin. (4) lit. a).

(5) Consiliul Concurenței va stabili, prin instrucțiuni, condițiile, termenele și procedura pentru adoptarea de măsuri interimare.

Art. 49

(1) Deciziile adoptate de Consiliul Concurenței în aplicarea prevederilor art. 8, 13, 44 și 45 vor fi comunicate de îndată părților; acestea pot fi atacate în contencios administrativ la Curtea de Apel București în termen de 30 de zile de la comunicare. (2) Instanța poate dispune, la cerere, suspendarea

executării deciziei atacate. În cazul amenzilor, suspendarea se va dispune doar cu condiția plății unei cauțiuni stabilite conform prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală, republicată, cu modificările și completările ulterioare, cu privire la creanțele bugetare.

(3) Ordinul privind declanșarea unei investigații, prevăzută de lege, se poate ataca numai odată cu decizia prin care se finalizează investigația.

d) Sancțiuni

„Art. 50. Sunt nule de drept orice înțelegeri sau decizii interzise prin art. 5 și 6 din prezenta lege, precum și prin art. 101 și 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, respectiv orice angajamente, convenții ori clauze contractuale raportându-se la o practică anticoncurențială, precum și orice acte care încalcă prevederile art. 8 din prezenta lege.

Art. 51. Constituie contravenții și se sancționează cu amendă de la 0,1% la 1% din cifra de afaceri totală din anul financiar anterior sancționării următoarele fapte, săvârșite cu intenție sau din neglijență de întreprinderi ori asociații de întreprinderi:

a) furnizarea de informații inexacte, incomplete sau care induc în eroare într-o cerere, o confirmare, o notificare sau o completare la aceasta, potrivit prevederilor art. 13;

b) furnizarea de informații inexacte, incomplete sau care induc în eroare ori de documente incomplete sau nefurnizarea informațiilor și documentelor solicitate potrivit prevederilor art. 34 alin. (1) lit. a);

c) furnizarea de informații inexacte sau care induc în eroare, ca răspuns la o solicitare efectuată potrivit prevederilor art. 34 alin. (2);

d) furnizarea de informații, documente, înregistrări și evidențe într-o formă incompletă în timpul inspecțiilor desfășurate potrivit prevederilor art. 36;

e) refuzul de a se supune unei inspecții desfășurate potrivit prevederilor art. 36.

Art. 52. (1) Constituie contravenții și se sancționează cu amendă de la 1.000 lei la 20.000 lei faptele autorităților și instituțiilor administrației publice centrale și locale constând în:

a) furnizarea cu intenție ori din neglijență de informații inexacte, incomplete sau care induc în eroare ori de documente incomplete sau nefurnizarea informațiilor și documentelor solicitate, potrivit prevederilor art. 34 alin. (1) lit. b);

b) furnizarea cu intenție ori din neglijență de informații inexacte sau care induc în eroare, ca răspuns la o solicitare efectuată potrivit prevederilor art. 34 alin. (2).

(2) Dacă, cu intenție sau din neglijență, nefurnizarea informațiilor solicitate persistă după termenul stabilit de către Consiliul Concurenței, acesta va putea aplica conducătorului instituției ori autorității administrației publice centrale sau locale o amendă cominatorie de până la 5.000 lei pentru fiecare zi de întârziere.

Art. 53. (1) Constituie contravenții și se sancționează cu amendă de la 0,5% la 10% din cifra de afaceri totală realizată în anul financiar anterior sancționării următoarele fapte, săvârșite cu intenție sau din neglijență de întreprinderi sau asociații de întreprinderi:

a) încălcarea prevederilor art. 5 și 6 din prezenta lege, precum și a prevederilor art. 101 și 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene;

b) nenotificarea unei concentrări economice, potrivit prevederilor art. 13 alin. (1) și (2), înainte de punerea în aplicare a acesteia, cu excepția cazului în care sunt incidente prevederile art. 13 alin. (7) sau s-a acordat o derogare conform art. 13 alin. (8);

(2) Dacă, cu intenție sau din neglijență, nefurnizarea informațiilor solicitate persistă după termenul stabilit de către Consiliul Concurenței, acesta va putea aplica conducătorului instituției ori autorității administrației publice centrale sau locale o amendă cominatorie de până la 5.000 lei pentru fiecare zi de întârziere..

Art. 53

(1) Constituie contravenții și se sancționează cu amendă de la 0,5% la 10% din cifra de afaceri totală realizată în anul financiar anterior sancționării următoarele fapte, săvârșite cu intenție sau din

neglijență de întreprinderi sau asociații de întreprinderi:

- a) încălcarea prevederilor art. 5 și 6 din prezenta lege, precum și a prevederilor art. 101 și 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene;
- b) nenotificarea unei concentrări economice, potrivit prevederilor art. 13 alin. (1) și (2), înainte de punerea în aplicare a acesteia, cu excepția cazului în care sunt incidente prevederile art. 13 alin. (7) sau s-a acordat o derogare conform art. 13 alin. (8);
- c) realizarea unei operațiuni de concentrare economică cu încălcarea prevederilor art. 13 alin. (6)-(8);
- d) punerea în practică a unei operațiuni de concentrare economică, declarată incompatibilă printr-o decizie a Consiliului Concurenței, potrivit prevederilor art. 45 alin. (4) lit. a);
- e) neîndeplinirea unei obligații, a unei condiții sau a unei măsuri impuse printr-o decizie luată potrivit prevederilor prezentei legi.

(2) Dacă încălcarea săvârșită de o asociație de întreprinderi privește activitățile membrilor săi, amenda nu poate depăși 10% din suma cifrelor de afaceri totale ale fiecărui membru activ pe piața afectată de încălcarea săvârșită de asociație.

(3) În ceea ce privește contravenția prevăzută la alin. (1) lit. a), constând în încălcarea prevederilor art. 5 din prezenta lege, precum și a prevederilor art. 101 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, Consiliul Concurenței va stabili, prin instrucțiuni, condițiile și criteriile de aplicare a unei politici de clemență, care poate merge până la absolvire de răspundere pecuniară.

Art. 54

(1) Prin excepție de la prevederile art. 51 și 53 alin. (1), în cazul în care cifra de afaceri, realizată în anul financiar anterior sancționării, nu poate fi determinată, va fi luată în considerare cea aferentă anului financiar în care întreprinderea sau asociația de întreprinderi a înregistrat cifra de afaceri, an imediat anterior anului de referință pentru calcularea cifrei de afaceri în vederea aplicării sancțiunii.

(2) Prin excepție de la prevederile art. 51 și art. 53 alin. (1) din prezenta lege și ale art. 8 din Ordonanța Guvernului nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 180/2002, cu modificările și completările ulterioare, în cazul întreprinderii sau asociației de întreprinderi nou- înființate, care nu a înregistrat cifra de afaceri în anul anterior sancționării, aceasta va fi sancționată cu: a) amendă de la 10.000 lei la 1.000.000 lei, în cazul contravențiilor prevăzute la art. 51; b) amendă de la 15.000 lei la 2.500.000 lei, în cazul contravențiilor prevăzute la art. 53 alin. (1).

Art. 55

(1) Individualizarea sancțiunilor prevăzute la art. 51, 52, 53 și 54 se face ținând seama de gravitatea și durata faptei. Prin instrucțiuni adoptate de către Consiliul Concurenței se stabilesc și celelalte elemente în funcție de care se face individualizarea sancțiunilor, precum și gradarea pe tranșe a acestora.

(2) În cazul contravențiilor prevăzute la art. 53 alin. (1), dacă, după primirea raportului de investigație și exercitarea dreptului de acces la dosar, în condițiile art. 43 sau în cadrul audierilor, întreprinderea recunoaște, în mod expres, săvârșirea faptei anticoncurențiale și, acolo unde este cazul, propune remedii care duc la înlăturarea cauzelor încălcării, acest fapt va fi reținut drept circumstanță atenuantă specială sub forma colaborării în cadrul procedurii administrative și va determina diminuarea cuantumului amenzii cu un procent cuprins între 10% și 30% din nivelul de bază determinat potrivit instrucțiunilor, adoptate potrivit prevederilor alin. (1), inclusiv atunci când acesta este stabilit la minimumul prevăzut de lege.

Art. 56

Dacă în termen de 45 de zile de la notificarea deciziei luate de Consiliul Concurenței, potrivit prevederilor prezentei legi, întreprinderea în cauză nu se conformează măsurilor dispuse, Consiliul Concurenței îi poate aplica amenda maximă prevăzută la art. 53 și 54.

Art. 57

(1) Consiliul Concurenței poate obliga, prin decizie, întreprinderile sau asociațiile de întreprinderi

la plata unor amenzi cominatorii, în sumă de până la 5% din cifra de afaceri zilnică medie din anul financiar anterior sancționării, pentru fiecare zi de întârziere, calculată de la data stabilită prin decizie, pentru a le determina: a) să înceteze o încălcare a prevederilor art. 5 și 6 din prezenta lege, precum și a prevederilor art. 101 și 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene și să respecte măsurile dispuse prin decizia de constatare a încălcării; b) să respecte o decizie prin care se impun măsuri interimare, potrivit prevederilor art. 48; c) să respecte un angajament devenit obligatoriu printr-o decizie, luată potrivit prevederilor art. 47 alin. (3); d) să respecte condițiile și/sau obligațiile impuse printr-o decizie, luată potrivit prevederilor art. 45 alin. (2) lit. b) și alin. (4) lit. c); e) să furnizeze în mod complet și corect informațiile și documentele care le-au fost cerute potrivit prevederilor art. 34 alin. (1) lit. a); f) să se supună inspecției prevăzute la art. 36.

(2) Prin excepție de la prevederile alin. (1): a) în cazul în care cifra de afaceri realizată în anul financiar anterior sancționării nu poate fi determinată, va fi luată în considerare cifra de afaceri zilnică medie aferentă anului financiar în care întreprinderea sau asociația de întreprinderi a înregistrat cifra de afaceri, an imediat anterior anului de referință pentru calcularea cifrei de afaceri în vederea aplicării sancțiunii; b) în cazul întreprinderii sau asociației de întreprinderi nou-înființate, care nu a înregistrat cifra de afaceri în anul anterior sancționării, aceasta va fi sancționată cu amendă de la 500 lei la 10.000 lei, în cazul alin. (1) lit. a)-d), respectiv cu amendă de la 300 lei la 7.000 lei, în cazul alin. (1) lit. e) și f).

Art. 58

(1) Contravențiile prevăzute în prezenta lege se constată și se sancționează de către Consiliul Concurenței în plen, comisii sau prin inspectorii de concurență.

(2) Sancțiunile pentru contravențiile prevăzute la art. 51 lit. d) și e) se aplică de către inspectorii de concurență.

(3) Sancțiunile pentru contravențiile prevăzute la art. 51 lit. a)-c), art. 52 și art. 53 alin. (1) lit. d) și e), precum și amenzile cominatorii prevăzute la art. 57 se aplică de către comisiile Consiliului Concurenței, prin aceeași decizie prin care se constată săvârșirea contravenției sau incidența art. 57 alin. (1).

(4) Sancțiunile pentru contravențiile prevăzute la art. 53 alin. (1) lit. a)-c) se aplică de către Plenul Consiliului Concurenței sau de comisie, după caz, prin aceeași decizie prin care s-a constatat săvârșirea respectivei contravenții.

(5) Deciziile luate în condițiile alin. (3) și (4) pot fi atacate la Curtea de Apel București, Secția contencios administrativ, în termen de 30 de zile de la comunicare.

Art. 59

(1) Contravențiilor prevăzute la art. 51 lit. d) și e) li se aplică prevederile Ordonanței Guvernului nr. 2/2001, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 180/2002, cu modificările și completările ulterioare, cu excepția art. 5, 8, 28, 29, 32 și 34 din Ordonanța Guvernului nr. 2/2001, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 180/2002, cu modificările și completările ulterioare.

(2) Procesele-verbale prin care se aplică sancțiuni, potrivit prevederilor art. 58 alin. (2) și ale Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 117/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 137/2007, pot fi contestate la Judecătoria Sectorului 1 București, în termen de 15 zile de la comunicare. Hotărârea judecătorei se poate ataca cu recurs la Tribunalul București - Secția contencios administrativ, în termen de 15 zile de la comunicare.

Art. 60

(1) Deciziile emise de către Consiliul Concurenței în aplicarea prezentei legi vor fi comunicate părților în cauză de către Consiliul Concurenței și vor fi publicate în Monitorul Oficial al României, Partea I, pe cheltuiala contravenientului sau a solicitantului, după caz, ori pe pagina de internet a Consiliului Concurenței.

(2) La publicarea deciziilor se va ține seama de interesele legitime ale întreprinderilor în cauză, astfel încât secretul de afaceri să nu fie divulgat.

Art. 61

(1) Dreptul Consiliului Concurenței de a aplica sancțiuni contravenționale pentru încălcarea prevederilor prezentei legi se prescrie după cum urmează:

- a) în termen de 3 ani, în cazul săvârșirii uneia dintre contravențiile prevăzute la art. 51 și 52;
- b) în termen de 5 ani, în cazul tuturor celorlalte contravenții prevăzute de prezenta lege.

(2) Prescripția dreptului la acțiune al Consiliului Concurenței începe să curgă de la data săvârșirii încălcării. În cazul încălcărilor ce au caracter de continuitate sau de repetabilitate, prescripția începe să curgă de la data încetării ultimului act sau fapt anticoncurențial în cauză.

Art. 62

(1) Orice acțiune întreprinsă de către Consiliul Concurenței în scopul unei examinări preliminare sau în scopul declanșării unei investigații în legătură cu o anumită încălcare a legii va întrerupe cursul termenelor de prescripție prevăzute la art. 61. Întreruperea termenului de prescripție va avea efect de la data comunicării acțiunii întreprinse de către Consiliul Concurenței, făcută către cel puțin un operator economic sau o asociație de operatori economici care a participat la săvârșirea încălcării legii.

(2) Acțiunile ce pot fi întreprinse de către Consiliul Concurenței și care întrerup cursul termenului de prescripție includ, în principal, următoarele: a) solicitări de informații, în scris; b) ordin al președintelui Consiliului Concurenței de declanșare a unei investigații; c) începerea procedurilor legale.

(3) Întreruperea termenului de prescripție își produce efectele față de toți operatorii economici sau asociațiile de operatori economici care au participat la săvârșirea încălcării legii.

(4) În cazul întreruperii termenului de prescripție, un nou termen, cu o durată similară, începe să curgă de la data la care Consiliul Concurenței a întreprins una dintre acțiunile menționate la alin. (2). Termenul de prescripție va expira cel mai târziu în ziua în care se împlinește perioada egală cu dublul termenului de prescripție, aplicabil pentru săvârșirea încălcării în cauză, în situația în care Consiliul Concurenței nu a impus niciuna dintre sancțiunile prevăzute de prezenta lege

Art. 63

(1) Fapta oricărei persoane care exercită funcția de administrator, reprezentant legal ori care exercită în orice alt mod funcții de conducere într-o întreprindere de a concepe sau organiza, cu intenție, vreuna dintre practicile interzise potrivit prevederilor art. 5 alin. (1) și care nu sunt exceptate potrivit prevederilor art. 5 alin. (2) constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 5 ani ori cu amendă și interzicerea unor drepturi.

(2) Nu se pedepsește persoana care, mai înainte de a fi începută urmărirea penală, denunță organelor de urmărire penală participarea sa la comiterea infracțiunii prevăzute la alin. (1), permițând astfel identificarea și tragerea la răspundere penală a celorlalți participanți.

(3) Persoana care a comis infracțiunea prevăzută de alin. (1), iar în timpul urmăririi penale denunță și facilitează identificarea și tragerea la răspundere penală a altor persoane care au săvârșit această infracțiune beneficiază de reducerea la jumătate a limitelor pedepsei prevăzute de lege.

(4) Dispozițiile alin. (1) și (2) nu se aplică practicii interzise de art. 5 alin. (1) lit. f), când aceasta se realizează prin înțelegere între participanții la o licitație publică pentru a denatura prețul de adjudecare, caz în care se aplică reglementările specifice acestui domeniu.

(5) Instanța judecătorească dispune afișarea sau publicarea hotărârii definitive de condamnare.

Art. 64

(1) Independent de sancțiunile aplicate potrivit prevederilor prezentei legi, dreptul la acțiune al persoanelor fizice și/sau juridice pentru repararea integrală a prejudiciului cauzat lor printr-o practică anticoncurențială prohibită potrivit prevederilor prezentei legi sau ale art. 101 și/sau 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene rămâne rezervat.

(2) Dacă un bun sau serviciu este achiziționat la un preț excesiv, nu se poate considera că nu s-a produs un prejudiciu datorită faptului că bunul sau serviciul a fost revândut.

(3) Întreprinderea care beneficiază de imunitate la amendă nu răspunde solidar pentru prejudiciile

cauzate prin participarea sa la o practică anticoncurențială interzisă la art. 5 din prezenta lege, precum și la art. 101 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, practică sancționată de autoritatea de concurență.

(4) Atunci când există o decizie a Consiliului Concurenței prin care este sancționată o practică anticoncurențială, în soluționarea cererilor privind acordarea de despăgubiri, instanțele vor putea solicita Consiliului Concurenței documentele din cadrul dosarului care a stat la baza emiterii deciziei. În acest scop, primind aceste documente, instanțele vor asigura respectarea confidențialității informațiilor reprezentând secrete de afaceri, precum și a altor informații calificate drept confidențiale.

(5) Persoanele fizice sau juridice, care se consideră prejudiciate printr-o practică anticoncurențială interzisă de prezenta lege, vor putea formula cerere privind acordarea de despăgubiri în termen de 2 ani de la data la care decizia Consiliului Concurenței, pe care se întemeiază acțiunea în subsidiar, a rămas definitivă ori a fost menținută, în tot sau în parte, printr-o hotărâre judecătorească definitivă.

(6) Acțiunea în justiție va putea fi intentată pentru consumatori și de către asociațiile de protecția consumatorilor legal înregistrate, precum și de către asociațiile profesionale sau patronale pentru membrii acestora afectați de o practică anticoncurențială, pe baza atribuțiilor acestora și a împuternicirilor primite în acest sens, după caz.

(7) Consiliul Concurenței poate înainta observații instanțelor naționale cu privire la aspecte privind aplicarea prevederilor art. 5 și 6 din prezenta lege, precum și a prevederilor art. 101 și 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, în condițiile prevăzute în Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

(8) În toate cazurile în care instanțele naționale aplică, în mod direct, prevederile art. 101 și 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, după comunicarea către părți a hotărârii susceptibile de exercitare a unei căi de atac, acestea vor transmite, de îndată, o copie a hotărârii către Comisia Europeană, prin intermediul Consiliului Concurenței.

(2) Dacă încălcarea săvârșită de o asociație de întreprinderi privește activitățile membrilor săi, amenda nu poate depăși 10% din suma cifrelor de afaceri totale ale fiecărui membru activ pe piața afectată de încălcarea săvârșită de asociație.

(3) În ceea ce privește contravenția prevăzută la alin. (1) lit. a), constând în încălcarea prevederilor art. 5 din prezenta lege, precum și a prevederilor art. 101 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, Consiliul Concurenței va stabili, prin instrucțiuni, condițiile și criteriile de aplicare a unei politici de clemență, care poate merge până la absolvire de răspundere pecuniară.

Art. 54

(1) Prin excepție de la prevederile art. 51 și 53 alin. (1), în cazul în care cifra de afaceri, realizată în anul financiar anterior sancționării, nu poate fi determinată, va fi luată în considerare cea aferentă anului financiar în care întreprinderea sau asociația de întreprinderi a înregistrat cifra de afaceri, an imediat anterior anului de referință pentru calcularea cifrei de afaceri în vederea aplicării sancțiunii.

(2) Prin excepție de la prevederile art. 51 și art. 53 alin. (1) din prezenta lege și ale art. 8 din Ordonanța Guvernului nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 180/2002, cu modificările și completările ulterioare, în cazul întreprinderii sau asociației de întreprinderi nou- înființate, care nu a înregistrat cifra de afaceri în anul anterior sancționării, aceasta va fi sancționată cu: a) amendă de la 10.000 lei la 1.000.000 lei, în cazul contravențiilor prevăzute la art. 51; b) amendă de la 15.000 lei la 2.500.000 lei, în cazul contravențiilor prevăzute la art. 53 alin. (1).

Art. 55

(1) Individualizarea sancțiunilor prevăzute la art. 51, 52, 53 și 54 se face ținând seama de gravitatea și durata faptei. Prin instrucțiuni adoptate de către Consiliul Concurenței se stabilesc și celelalte elemente în funcție de care se face individualizarea sancțiunilor, precum și gradarea pe tranșe a

acestora.

(2) În cazul contravențiilor prevăzute la art. 53 alin. (1), dacă, după primirea raportului de investigație și exercitarea dreptului de acces la dosar, în condițiile art. 43 sau în cadrul audierilor, întreprinderea recunoaște, în mod expres, săvârșirea faptei anticoncurențiale și, acolo unde este cazul, propune remedii care duc la înlăturarea cauzelor încălcării, acest fapt va fi reținut drept circumstanță atenuantă specială sub forma colaborării în cadrul procedurii administrative și va determina diminuarea cuantumului amenzii cu un procent cuprins între 10% și 30% din nivelul de bază determinat potrivit instrucțiunilor, adoptate potrivit prevederilor alin. (1), inclusiv atunci când acesta este stabilit la minimul prevăzut de lege.

Art. 56

Dacă în termen de 45 de zile de la notificarea deciziei luate de Consiliul Concurenței, potrivit prevederilor prezentei legi, întreprinderea în cauză nu se conformează măsurilor dispuse, Consiliul Concurenței îi poate aplica amenda maximă prevăzută la art. 53 și 54.

Art. 57

(1) Consiliul Concurenței poate obliga, prin decizie, întreprinderile sau asociațiile de întreprinderi la plata unor amenzi cominatorii, în sumă de până la 5% din cifra de afaceri zilnică medie din anul financiar anterior sancționării, pentru fiecare zi de întârziere, calculată de la data stabilită prin decizie, pentru a le determina :a) să înceteze o încălcare a prevederilor art. 5 și 6 din prezenta lege, precum și a prevederilor art. 101 și 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene și să respecte măsurile dispuse prin decizia de constatare a încălcării; b) să respecte o decizie prin care se impun măsuri interimare, potrivit prevederilor art. 48; c) să respecte un angajament devenit obligatoriu printr-o decizie, luată potrivit prevederilor art. 47 alin. (3); d) să respecte condițiile și/sau obligațiile impuse printr-o decizie, luată potrivit prevederilor art. 45 alin. (2) lit. b) și alin. (4) lit. c); e) să furnizeze în mod complet și corect informațiile și documentele care le-au fost cerute potrivit prevederilor art. 34 alin. (1) lit. a); f) să se supună inspecției prevăzute la art. 36.

(2) Prin excepție de la prevederile alin. (1):

a) în cazul în care cifra de afaceri realizată în anul financiar anterior sancționării nu poate fi determinată, va fi luată în considerare cifra de afaceri zilnică medie aferentă anului financiar în care întreprinderea sau asociația de întreprinderi a înregistrat cifra de afaceri, an imediat anterior anului de referință pentru calcularea cifrei de afaceri în vederea aplicării sancțiunii;

b) în cazul întreprinderii sau asociației de întreprinderi nou-înființate, care nu a înregistrat cifra de afaceri în anul anterior sancționării, aceasta va fi sancționată cu amendă de la 500 lei la 10.000 lei, în cazul alin. (1) lit. a)-d), respectiv cu amendă de la 300 lei la 7.000 lei, în cazul alin. (1) lit. e) și f).

Art. 58

(1) Contravențiile prevăzute în prezenta lege se constată și se sancționează de către Consiliul Concurenței în plen, comisii sau prin inspectorii de concurență.

(2) Sancțiunile pentru contravențiile prevăzute la art. 51 lit. d) și e) se aplică de către inspectorii de concurență.

(3) Sancțiunile pentru contravențiile prevăzute la art. 51 lit. a)-c), art. 52 și art. 53 alin. (1) lit. d) și e), precum și amenzile cominatorii prevăzute la art. 57 se aplică de către comisiile Consiliului Concurenței, prin aceeași decizie prin care se constată săvârșirea contravenției sau incidența art. 57 alin. (1).

(4) Sancțiunile pentru contravențiile prevăzute la art. 53 alin. (1) lit. a)-c) se aplică de către Plenul Consiliului Concurenței sau de comisie, după caz, prin aceeași decizie prin care s-a constatat săvârșirea respectivei contravenții.

(5) Deciziile luate în condițiile alin. (3) și (4) pot fi atacate la Curtea de Apel București, Secția contencios administrativ, în termen de 30 de zile de la comunicare.

Art. 59

(1) Contravențiilor prevăzute la art. 51 lit. d) și e) li se aplică prevederile Ordonanței Guvernului

nr. 2/2001, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 180/2002, cu modificările și completările ulterioare, cu excepția art. 5, 8, 28, 29, 32 și 34 din Ordonanța Guvernului nr. 2/2001, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 180/2002, cu modificările și completările ulterioare.

(2) Procesele-verbale prin care se aplică sancțiuni, potrivit prevederilor art. 58 alin. (2) și ale Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 117/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 137/2007, pot fi contestate la Judecătoria Sectorului 1 București, în termen de 15 zile de la comunicare. Hotărârea judecătorei se poate ataca cu recurs la Tribunalul București - Secția contencios administrativ, în termen de 15 zile de la comunicare.

Art. 60

(1) Deciziile emise de către Consiliul Concurenței în aplicarea prezentei legi vor fi comunicate părților în cauză de către Consiliul Concurenței și vor fi publicate în Monitorul Oficial al României, Partea I, pe cheltuiala contravenientului sau a solicitantului, după caz, ori pe pagina de internet a Consiliului Concurenței.

(2) La publicarea deciziilor se va ține seama de interesele legitime ale întreprinderilor în cauză, astfel încât secretul de afaceri să nu fie divulgat.

Art. 61

(1) Dreptul Consiliului Concurenței de a aplica sancțiuni contravenționale pentru încălcarea prevederilor prezentei legi se prescrie după cum urmează:

- a) în termen de 3 ani, în cazul săvârșirii uneia dintre contravențiile prevăzute la art. 51 și 52;
- b) în termen de 5 ani, în cazul tuturor celorlalte contravenții prevăzute de prezenta lege.

(2) Prescripția dreptului la acțiune al Consiliului Concurenței începe să curgă de la data săvârșirii încălcării. În cazul încălcărilor ce au caracter de continuitate sau de repetabilitate, prescripția începe să curgă de la data încetării ultimului act sau fapt anticoncurențial în cauză.

Art. 62

(1) Orice acțiune întreprinsă de către Consiliul Concurenței în scopul unei examinări preliminare sau în scopul declanșării unei investigații în legătură cu o anumită încălcare a legii va întrerupe cursul termenelor de prescripție prevăzute la art. 61. Întreruperea termenului de prescripție va avea efect de la data comunicării acțiunii întreprinse de către Consiliul Concurenței, făcută către cel puțin un operator economic sau o asociație de operatori economici care a participat la săvârșirea încălcării legii.

(2) Acțiunile ce pot fi întreprinse de către Consiliul Concurenței și care întrerup cursul termenului de prescripție includ, în principal, următoarele:

- a) solicitări de informații, în scris;
- b) ordin al președintelui Consiliului Concurenței de declanșare a unei investigații; c) începerea procedurilor legale.

(3) Întreruperea termenului de prescripție își produce efectele față de toți operatorii economici sau asociațiile de operatori economici care au participat la săvârșirea încălcării legii.

(4) În cazul întreruperii termenului de prescripție, un nou termen, cu o durată similară, începe să curgă de la data la care Consiliul Concurenței a întreprins una dintre acțiunile menționate la alin. (2). Termenul de prescripție va expira cel mai târziu în ziua în care se împlinește perioada egală cu dublul termenului de prescripție, aplicabil pentru săvârșirea încălcării în cauză, în situația în care Consiliul Concurenței nu a impus niciuna dintre sancțiunile prevăzute de prezenta lege.

Art. 63

(1) Fapta oricărei persoane care exercită funcția de administrator, reprezentant legal ori care exercită în orice alt mod funcții de conducere într-o întreprindere de a concepe sau organiza, cu intenție, vreuna dintre practicile interzise potrivit prevederilor art. 5 alin. (1) și care nu sunt exceptate potrivit prevederilor art. 5 alin. (2) constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 5 ani ori cu amendă și interzicerea unor drepturi.

(2) Nu se pedepsește persoana care, mai înainte de a fi începută urmărirea penală, denunță

organelor de urmărire penală participarea sa la comiterea infracțiunii prevăzute la alin. (1), permițând astfel identificarea și tragerea la răspundere penală a celorlalți participanți.

(3) Persoana care a comis infracțiunea prevăzută de alin. (1), iar în timpul urmăririi penale denunță și facilitează identificarea și tragerea la răspundere penală a altor persoane care au săvârșit această infracțiune beneficiază de reducerea la jumătate a limitelor pedepsei prevăzute de lege.

(4) Dispozițiile alin. (1) și (2) nu se aplică practicii interzise de art. 5 alin. (1) lit. f), când aceasta se realizează prin înțelegere între participanții la o licitație publică pentru a denatura prețul de adjudecare, caz în care se aplică reglementările specifice acestui domeniu.

(5) Instanța judecătorească dispune afișarea sau publicarea hotărârii definitive de condamnare.

Art. 64

(1) Independent de sancțiunile aplicate potrivit prevederilor prezentei legi, dreptul la acțiune al persoanelor fizice și/sau juridice pentru repararea integrală a prejudiciului cauzat lor printr-o practică anticoncurențială prohibită potrivit prevederilor prezentei legi sau ale art. 101 și/sau 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene rămâne rezervat.

(2) Dacă un bun sau serviciu este achiziționat la un preț excesiv, nu se poate considera că nu s-a produs un prejudiciu datorită faptului că bunul sau serviciul a fost revândut.

(3) Întreprinderea care beneficiază de imunitate la amendă nu răspunde solidar pentru prejudiciile cauzate prin participarea sa la o practică anticoncurențială interzisă la art. 5 din prezenta lege, precum și la art. 101 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, practică sancționată de autoritatea de concurență.

(4) Atunci când există o decizie a Consiliului Concurenței prin care este sancționată o practică anticoncurențială, în soluționarea cererilor privind acordarea de despăgubiri, instanțele vor putea solicita Consiliului Concurenței documentele din cadrul dosarului care a stat la baza emiterii deciziei. În acest scop, primind aceste documente, instanțele vor asigura respectarea confidențialității informațiilor reprezentând secrete de afaceri, precum și a altor informații calificate drept confidențiale.

(5) Persoanele fizice sau juridice, care se consideră prejudiciate printr-o practică anticoncurențială interzisă de prezenta lege, vor putea formula cerere privind acordarea de despăgubiri în termen de 2 ani de la data la care decizia Consiliului Concurenței, pe care se întemeiază acțiunea în subsidiar, a rămas definitivă ori a fost menținută, în tot sau în parte, printr-o hotărâre judecătorească definitivă.

(6) Acțiunea în justiție va putea fi intentată pentru consumatori și de către asociațiile de protecția consumatorilor legal înregistrate, precum și de către asociațiile profesionale sau patronale pentru membrii acestora afectați de o practică anticoncurențială, pe baza atribuțiilor acestora și a împuternicirilor primite în acest sens, după caz.

(7) Consiliul Concurenței poate înainta observații instanțelor naționale cu privire la aspecte privind aplicarea prevederilor art. 5 și 6 din prezenta lege, precum și a prevederilor art. 101 și 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, în condițiile prevăzute în Legea nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

(8) În toate cazurile în care instanțele naționale aplică, în mod direct, prevederile art. 101 și 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, după comunicarea către părți a hotărârii susceptibile de exercitare a unei căi de atac, acestea vor transmite, de îndată, o copie a hotărârii către Comisia Europeană, prin intermediul Consiliului Concurenței.

Referitor la autoritatea administrativă din România căreia îi revine sarcina să pună în aplicare dispozițiile Legii nr. 21/1996, aceasta este Consiliul Concurenței care este o autoritate administrativă autonomă în domeniul concurenței cu personalitate juridică, care își exercită atribuțiile „potrivit legii” (Legea nr. 21/1996)[art. 16 alin. (1) din Legea nr. 21/1996].

Deci Consiliul Concurenței, ca organ al administrației publice, nu are competența să instituie reguli (principii) în domeniul concurenței, ci doar să aplice și să controleze cum sunt respectate astfel de reguli care se emit prin legea referitoare la concurență.

Este adevărat că în conformitate cu art. 27 alin. (1) al Legii nr. 21/1996 se prevede: Consiliul

Concurenței adoptă regulamente și instrucțiuni și emite ordine și decizii, dar în același text (frază finală) se face și precizarea că aceste acte cu caracter normativ se elaborează „în aplicarea prevederilor legii”, neputând fi vorba, așadar, de vreo delegare de „putere de reglementare”.

Ca atare, regulile (principiile directe) din domeniul concurenței referitoare la: interdicțiile de înțelegeri și asocieri și concentrările economice, precum și cele privind exceptările de la aceste reguli (principii) trebuie stabilite prin lege, ele neputând fi adoptate (elaborate) prin regulamente, instrucțiuni, ordine sau decizii ale Consiliului Concurenței pentru că acestea ar fi nule absolut, fiind nelegale. Consiliul Concurenței are o activitate normativă, însă „numai în aplicarea legii”, nu legiferând el însuși sau adăugând la lege.

Am făcut această subliniere pentru că, așa cum vom vedea în continuare, Consiliul Concurenței, inspirându-se, este adevărat, din reglementările comunitare, a elaborat regulamente și instrucțiuni care reprezintă adevărate reguli (principii) ce nu figurează în Legea nr. 21/1996. Or, în aceste condiții, Consiliul Concurenței a făcut aplicarea directă a unor reguli (principii) din reglementarea comunitară, trecând peste competența materială a legiuitorului român. Așadar, se pune problema retorică dacă o autoritate administrativă din România, care are doar competența să emită regulamente, instrucțiuni, ordine și decizii „numai în aplicarea legii române referitoare la concurență” ar putea fi îndrituită să-și exercite această activitate normativă în aplicarea directă a unor dispoziții din reglementarea comunitară în materie sau să aplice măsuri pe temeiul unor atare dispoziții care nu figurează în legislația română.

§3. Regulamente și instrucțiuni

Vom analiza, în cele ce urmează, regulamentele și instrucțiunile puse în aplicare de Consiliul Concurenței prin care – în cazul unora dintre ele – s-au făcut aplicări directe ale unor reguli (principii) formulate în diverse reglementări comunitare în materie.

3.1. Regulamente

a) Regulamentul pentru aplicarea prevederilor art. 5 și 6 din Legea concurenței nr. 21/1996 privind practicile anticoncurențiale pus în aplicare prin Ordinul nr. 87/2004.

Inițial, acest regulament a fost pus în aplicare prin Ordinul Consiliului Concurenței nr. 34/1997. Regulamentul sus-menționat conținea, într-adevăr, numai reguli de procedură de acordare a exceptării de la interdicția prevăzută de art. 5 alin. (1) pentru înțelegerile, deciziile de asociere ori practicile concertate. Regulamentul a fost însă abrogat printr-un alt nou regulament pus în aplicare prin Ordinul Consiliului Concurenței nr. 87/2004.

Prin Ordinul nr. 81/2004, abrogat prin Ordinul nr. 499/2010 s-a pus în aplicare și Regulamentul pentru aplicarea prevederilor art. 5 și 6 din Legea concurenței nr. 21/1996 privind practicile anticoncurențiale, în cazul plângerilor.

Iar prin Ordinul nr. 88/2004, abrogat prin Ordinul nr. 389/2010 s-a pus în aplicare Regulamentul privind forma, conținutul și alte detalii referitoare la cererile și notificările prevăzute de Regulamentul pentru aplicarea prevederilor art. 5 și 6 din Legea concurenței nr. 21/1996 privind practicile anticoncurențiale.

b) Prin Ordinul Consiliului Concurenței nr. 103/2002, s-au pus în aplicare patru regulamente:

1) Regulamentul privind aplicarea art. 5 alin. (2) din Legea concurenței nr. 21/1996 în cazul înțelegerilor verticale; acest regulament a fost abrogat prin Ordinul nr. 68/2004, la rândul lui abrogat prin Ordinul nr. 389/2010.

2) Regulamentul privind acordarea exceptării acordurilor de cercetare- dezvoltare de la interdicția prevăzută la art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996; acest regulament a fost abrogat prin Ordinul nr. 82/2004, la rândul lui abrogat prin Ordinul nr. 389/2010.

3) Regulamentul privind acordarea exceptării acordurilor de specializare de la interdicția prevăzută la art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996; și acest regulament a fost abrogat prin Ordinul

nr. 68/2004, la rândul lui abrogat prin Ordinul nr. 389/2010.

4) Regulamentul privind autorizarea concentrărilor economice. Acest regulament a fost abrogat prin Ordinul nr. 63/2004, la rândul lui abrogat prin Ordinul nr. 385/2010 pentru punerea în aplicare a Regulamentului privind concentrările economice, modificat ulterior prin Ordinul nr. 941/2011.

c) Regulamentul privind analiza și soluționarea plângerilor referitoare la încălcarea prevederilor art. 5, 6 și 9 din Legea concurenței nr. 21/1996 și a prevederilor art. 101 și 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene din 05.10.2010 a fost pus în aplicare prin Ordinul nr. 499/2010.

3.2. Instrucțiuni

a) Prin Ordinul nr. 103/2002 au fost puse în aplicare Instrucțiunile privind aplicarea art. 5 din Legea concurenței nr. 21/1996, în cazul înțelegerilor verticale.

Prin Ordinul nr. 77/2004²⁰⁷ au fost abrogate instrucțiunile sus-menționate, fiind puse în aplicare noi instrucțiuni cu același obiect.

b) Prin Ordinul nr. 103/2002 au fost puse în aplicare Instrucțiunile privind aplicarea art. 5 din Legea concurenței nr. 21/1996, în cazul acordurilor de cooperare pe orizontală.

Prin Ordinul nr. 76/2004 au fost abrogate instrucțiunile sus-menționate, fiind puse în aplicare noi instrucțiuni cu același obiect.

c) Prin Ordinul nr. 63/2004 au fost puse în aplicare Instrucțiunile privind măsurile corective acceptabile în cazul autorizării condiționate a unor concentrări economice, sub forma unei anexe (anexa nr. 3) la Regulamentul privind autorizarea concentrărilor economice, pus în aplicare prin același ordin sus-menționat.

Aceste instrucțiuni conțin texte privitoare la „principiile generale” care nu-și aveau locul nici în instrucțiuni, nici în regulamentele puse în aplicare de Consiliul Concurenței, organ administrativ, ci în Legea concurenței.

Aceste instrucțiuni au fost abrogate prin Ordinul nr. 688/2010²¹¹ pentru punerea în aplicare a Instrucțiunilor privind angajamentele în materia concentrărilor economice.

d) Prin Ordinul nr. 81/2005 au fost puse în aplicare Instrucțiunile privind aplicarea art. 5 alin. (2) din Legea concurenței nr. 21/1996.

Prin aceste instrucțiuni au fost transpuse dispozițiile Comunicării Comisiei Europene referitoare la Instrucțiunile de aplicare a art. 81 parag. 3 din Tratatul CE.

De menționat, și în cazul acestor instrucțiuni, că într-un text special (pct. 3.1.) sunt formulate „principiile generale” care ar fi trebuit să figureze în Legea concurenței.

Instrucțiunile din 2005 au fost abrogate prin Ordinul nr. 81/2005 pentru punerea în aplicare a Instrucțiunilor privind aplicarea art. 5 alin. (2) din Legea concurenței nr. 21/1996.

e) Prin Ordinul nr. 225/2002 au fost puse în aplicare Instrucțiunile privind modul de aplicare a regulilor concurenței acordurilor de acces din sectorul comunicații electronice – cadrul general, piețe relevante, principii.

Prin Ordinul nr. 61/2004 au fost abrogate instrucțiunile sus-menționate, fiind puse în aplicare noi instrucțiuni cu același obiect.

De subliniat că însuși titlul acestor instrucțiuni arată că prin acest act administrativ au fost reglementate „cadrul general” și „principiile” care guvernează domeniul acordurilor de acces din sectorul comunicații, dispoziții care sunt de nivelul legii, nu al unui act administrativ.

f) Prin Ordinul nr. 148/2005 au fost puse în aplicare Instrucțiunile privind aplicarea art. 5 din Legea concurenței nr. 21/1996, în cazul acordurilor de transfer de tehnologie, prin care au fost transpuse dispozițiile Comisiei Europene referitoare la Instrucțiunile privind aplicarea art. 81 din Tratatul CE (în prezent art. 101 TFUE).

Aceste instrucțiuni conțin dispoziții complete, principii generale, cadrul de aplicare a prevederilor art. 5 din lege, definirea pieței, criterii de distincție între concurenți și neconcurenți în această materie, care în mod evident sunt de nivelul legii, și nu al unui act administrativ.

Trecând în revistă, rezumativ, reglementările române în domeniul concurenței, trebuie să subliniem faptul că acestea sunt ample și explicite și că au reflectat cu promptitudine reformele operate în materie, în dreptul comunitar, în anul 2004, fiind transpuse cu rigurozitate toate orientările organelor comunitare.

Sunt totuși de făcut observații cu privire la unele deficiențe ale legiuitorului român de natură să pună sub semnul întrebării măsura în care aceste reglementări sunt și aplicate.

Astfel, din cele arătate mai înainte rezultă că reglementările în acest domeniu, care sunt totuși de o importanță crucială într-o economie de piață, se întind pe o perioadă de timp foarte îndelungată, 1991-2014, interval în care au survenit modificări importante, în anul 2002, apoi în 2004, când s-a operat o reformă profundă în materie, chiar la nivel comunitar, și s-au suprapus modificări peste modificări, parțiale sau de ansamblu, fără să se manifeste nicio grijă pentru o retopire a tuturor acestor reglementări într-un Cod al concurenței, așa cum s-a realizat în alte țări, și nici măcar să se întocmească un ghid în care să figureze ceea ce a rămas sau nu valabil din toate aceste reglementări, pentru ca practicienii, pornind de la persoanele societăților comerciale, întreprinderi și până la judecători, procurori și avocați, să știe cu precizie și să poată folosi cu promptitudine o reglementare adusă la zi.

De asemenea, o mare schimbare a adus adoptarea Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene (tratat care, conform reglementărilor UE, are efect direct asupra statelor membre), dar și republicarea Legii concurenței din aprilie 2014.

În condițiile actuale, judecătorii au mari dificultăți în această privință, ei nedispunând de timpul necesar pentru a selecta din maldărul de reglementări pe cele care sunt sau nu aplicabile, fiind, astfel, lăsați la discreția avocaților care, nu de puține ori, profită de astfel de situații confuze.

În al doilea rând, în aceste reglementări, chiar și cele mai recente, apar formulări de genul „se abrogă și orice alte dispoziții contrare prezentei legi, regulament etc.”. Or, este de la sine înțeles, și bunul-simț o spune, că obligația de a stabili ce anume alte dispoziții sau acte normative sunt afectate de noile reglementări într-o materie oarecare revine legiuitorului și nu celor care aplică legea, printre care și judecătorii, pentru că altfel se creează situații de confuzie, neconcordanțe, subiectivism și chiar arbitrar, generate chiar de legiuitor.

În al treilea rând, observăm că încă nu sunt clare în spiritul celor care, aplicând dispozițiile legale, desfășoară și o activitate normativă emițând regulamente, instrucțiuni, circulare, norme metodologice și altele, criteriile de selecție între ceea ce este de nivelul legii și ceea ce este de nivelul actului administrativ de aplicare a legii, fie el și normativ. Această situație se constată și în ceea ce privește activitatea normativă a Consiliului Concurenței, care în loc să facă o aplicare a legii, reglementează pur și simplu peste lege sau adăugând la lege.

Capitolul 6.

Măsurile luate pe plan preventiv pentru contracararea actelor anticoncurențiale

a) Noțiuni generale despre nașterea (înstituirea) cadrului juridic de desfășurare a activităților comerciale. Comercianții, indiferent că sunt persoane fizice sau juridice, se preocupă de producerea, vânzarea sau revânzarea, pe o piață determinată, a bunurilor și serviciilor pentru a realiza, din aceste

activități, un profit pe care ei îl vor maximal.

Pentru a duce la bun sfârșit această activitate comercială (în sensul larg al termenului), comercianții trebuie să încheie în amonte și în aval, adică cu furnizorii, intermediarii și clienții, o serie de operațiuni, o multitudine de contracte al căror volum și ritm traduc cu mare precizie vitalitatea și dinamismul activității pe care aceștia o desfășoară.

Dar această activitate nu se desfășoară într-un vid juridic și organizațional. În această privință s-au produs, în timp, evoluții spectaculoase. Revoluția franceză a introdus, desigur, principiul libertății comerțului și industriei și principiul liberei concurențe. Conform dogmelor liberalismului, era admis că acțiunea forțelor economice nu trebuia să fie împiedicată și că liberul joc al inițiativelor individuale permitea să fie atins aproape instantaneu maximul de eficacitate și de justiție în producerea bogățiilor și schimburilor comerciale. Această viziune idilică a fost repede destrămată de realitățile economice și sociale, așa încât, sub influența a diferiți factori politici, economici, ideologici și chiar profesionali, ambianța relațiilor comerciale și industriale s-a transformat profund, în prezent principiul libertății comerțului și principiul liberei concurențe cunoscând numeroase limitări.

În chiar inima societății industriale s-au produs mutații importante: producția și distribuția de masă au înlocuit progresiv producția și distribuția efectuate de mici unități; viața afacerilor a devenit din ce în ce mai mobilă până la punctul în care, în zilele noastre, nicio poziție comercială nu mai poate fi considerată ca definitiv dobândită (stabilită). În price moment, profesioniștii comerțului și industriei trebuie să se străduiască să cucerească o parte din piață, să o cucerească dar, de asemenea, să o și păstreze și chiar s-o lărgească. Or, pentru a realiza acest lucru, ei folosesc diverse mijloace, din panopia cărora nu lipsesc publicitatea și tehnicile promoționale care au suscitât din partea puterilor publice și, de asemenea, și din partea propriilor organizații ale comercianților, noi reglementări în materie.

Cadrul juridic și organizațional în care se desfășoară activitățile de producție și comercializare este constituit din trei componente: cadrul juridic al activității comerciale; contractele constitutive de astfel de activități și modurile de stimulare a activităților comerciale.

La toate aceste niveluri se verifică (este pus în evidență) internaționalismul economic înțeles în sensul unui ansamblu de intervenții, directe sau indirecte, ale puterii publice în privința activităților întreprinderilor industriale, comerciale și de servicii.

În grade diferite, toate aceste intervenții aduc atingere libertății de exploatare a comercianților și a conducătorilor de întreprinderi, deci libertății comerțului și industriei. Iar, în măsura în care prin aceste intervenții sunt afectate garanțiile fundamentale ale acestei libertăți, ele nu pot emana decât de la legiuitor, care poate edicta numeroase limitări.

Dar această competență legislativă (cu excepția menționată) nu este exclusivă. Astfel, practica decizională a Consiliului Concurenței constituie o importantă sursă cu caracter regulamentar, guvernul care pune în aplicare legile poate realiza această acțiune într-un mod extensiv sau, mai mult, el poate interveni, cu delegarea expresă a Parlamentului, pe calea ordonanțelor, se poate interveni și în virtutea unor puteri proprii, adică pe calea unor regulamente autonome.

Dar sunt și alte instituții și organizații care au vocația să acționeze pe teren comercial, cum ar fi, de exemplu, Consiliul Concurenței.

Toate măsurile la care ne-am referit mai sus au o finalitate preventivă generală: împiedicarea sau cel puțin atenuarea tendințelor și efectelor anticoncurențiale din activitățile desfășurate de participanții la comerțul intern și internațional.

b) Acțiunile restrictive de concurență. Practicile restrictive de concurență urmăresc acapararea pieței sau a unui segment determinat al acesteia de către întreprinderile cele mai puternice într-un anumit domeniu al producției de mărfuri sau al prestațiilor de servicii.

Orice act sau fapt contrar uzanțelor cinstite în activitatea industrială sau comercială constituie concurență neloială în sensul art. 2 din Legea nr. 11/1991.

Dreptul concurenței neloiale s-a desprins dintr-o dispoziție de drept comun privind răspunderea civilă, cu care continuă și în prezent să fie în strânsă legătură. Dar, cu toate acestea, dreptul concurenței neloiale reprezintă azi o materie de sine stătătoare, adesea făcând și obiectul unei reglementări speciale a cărei aplicare depinde de existența unui „raport de concurență” între autorul actului și victimă, raport care constituie criteriul distinctiv între domeniul reglementării speciale și acela al dreptului comercial al răspunderii civile. Dar, așa cum se subliniază în literatura juridică, prezența raporturilor de concurență constituie o condiție a aplicării dispozițiilor referitoare la concurența neloială, dar nu exclude aplicarea dreptului comun al responsabilității.

În prezent, dispozițiile privitoare la concurența neloială au dobândit o semnificație mai largă urmărindu-se, ca și în dreptul concurenței în general, o dublă protecție: nu numai pe aceea a comercianților sau industriașilor, a întreprinderilor care desfășoară o activitate economică, ci și protecția colectivității împotriva abuzurilor săvârșite de cei dintâi, atât în exercitarea activității profesionale, cât și în utilizarea mijloacelor publicitare.

Această idee a dublei protecții (a dublei finalități) a concurenței are consecințe practice deosebit de importante, întrucât conduce la o altă idee, aceea a reprimării abuzurilor, independent de orice încălcare directă a unui anumit drept subiectiv, ceea ce constituie o adevărată revoluție conceptuală în domeniul răspunderii civile delictuale (în doctrina clasică socotindu-se că în mod necesar călcarea legii în sens larg trebuie să fie întovărășită de o atingere adusă unui drept subiectiv al unei persoane). Pe de altă parte, această nouă concepție a deschis larg porțile, pentru asociațiile profesionale sau de consumatori, posibilității de a sta în justiție în asemenea acțiuni, o altă revoluție conceptuală, de data aceasta în domeniul procesual civil (dreptul de a sta în justiție fiind legat de existența unui drept subiectiv).

Revenind la tema care face obiectul acestei secțiuni, trebuie făcută o distincție între „concurența neloială” și „concurența interzisă”, în cazul concurenței interzise fiind vorba de „restricții formale care rezultă din lege sau contract”, pe când concurența neloială presupune, în cadrul competiției economice, „săvârșirea unor acte criticabile în scopul atragerii clientelei”. Aceasta înseamnă, cu alte cuvinte, că în cazul concurenței interzise ne aflăm în fața unui „act săvârșit fără drept”, pe când în cazul concurenței neloiale este vorba de „exercitarea excesivă, chiar abuzivă, a unui drept sau a unei libertăți”.

Dispozițiile care reglementează restricțiile în domeniul concurenței urmăresc împiedicarea folosirii puterii economice de către agenții economici pentru a pune în primejdie libera concurență, în timp ce dispozițiile referitoare la concurența neloială urmăresc să asigure o folosire „corectă” (morală) a drepturilor și libertăților în domeniul concurenței (regulile aplicabile în aceste cazuri fiind cele privitoare la răspunderea delictuală, ceea ce nu înseamnă că cele două forme de concurență – neloială și anticoncurențială – nu vor fi adesea complementare).

Considerațiile de mai înainte pun în evidență o diversificare a conținutului noțiunii de concurență ca urmare a evoluției economice și sociale, diversificare care a condus, printr-un proces aparent contradictoriu, la apariția unei discipline eterogene, denumită „dreptul concurenței”.

La nucleul inițial care a fost „concurența neloială” s-au adăugat, treptat, reglementări prin care au fost interzise „înțelegerile restrictive de concurență” (legislația antitrust), precum și cele privind „protecția consumatorilor” care joacă un rol important în cadrul acestui ansamblu de reglementări.

Constatându-se caracterul funcțional al dreptului concurenței, unii autori s-au mulțumit doar să semnaleze virtuțile sale pluridisciplinare: legătura strânsă cu dreptul penal (pentru că regulile privitoare la concurență comportă sancțiuni penale), legătura cu dreptul administrativ (în măsura în care aplicarea regulilor privind concurența este faptul autorităților administrative), legătura cu dreptul comercial, în general, și cu cel al societăților, în special (pentru că regulile concurenței constituie tot atâtea constrângeri în exercitarea activităților economice), legătura cu dreptul de proprietate industrială (care prin obiectul său ar putea fi fundamental antinomic față de imperativele concurenței), legătura cu dreptul consumatorului (fără a putea determina cu ușurință limitele care îl separă de dreptul concurenței).

Pentru alți autori, obiectul dreptului concurenței îl formează, în principal, funcția socială a concurenței economice sub aspectul ei dinamic, protecția intereselor individuale ale participanților la realitățile economice, inclusiv protecția consumatorilor, care însă constituie un aspect secundar.

În această concepție, dreptul concurenței reprezintă ansamblul normelor juridice care reglementează raporturile ce se stabilesc ca urmare a săvârșirii unor acte care aduc atingere funcției sociale a concurenței economice sau constituie o amenințare pentru aceasta.

Potrivit acestor din urmă autori, prin acte care aduc atingere concurenței se înțeleg atât actele al căror efect poate fi limitarea sau anihilarea funcției sociale a concurenței economice (restrângerea de concurență), cât și actele care sunt de natură a denatura concurența (concurența neloială).

Unitatea funcțională a dreptului concurenței se manifestă prin aceea că subiecte ale raporturilor din acest domeniu sunt toate subiectele, atât active, cât și pasive, ale căror interese au fost atinse de actele împotriva concurenței (actele anticoncurențiale), deci și consumatorii.

Făcându-se un bilanț al noilor concepții exprimate în legătură cu dreptul concurenței în literatura juridică, sunt subliniate următoarele caracteristici ale concurenței în etapa actuală: trecerea de la o concepție statică a concurenței la una dinamică; diversificarea obiectului concurenței; integrarea în conceptul de concurență a unor fenomene care în trecut erau considerate străine acesteia; recunoașterea necesității unui control din partea statului.

Întrucât unii autori au susținut că, practic, este imposibil să se facă abstracție în studiul concurenței neloiale de dispozițiile privind restricțiile impuse concurenței, s-a considerat, într-o formulă sintetică remarcabilă, că reprimarea acțiunilor de restricționare a concurenței apără existența acesteia (a concurenței), în timp ce reprimarea concurenței neloiale apără „calitatea concurenței”.

Așadar, după cum se poate constata, în realitate există o mare interferență între concurența neloială și regimul legal al practicilor interzise.

Această situație caracterizată prin interferențe și suprapuneri între două reglementări, cea referitoare la concurența neloială (Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale) și cea referitoare la combaterea acțiunilor prin care se tinde la restricționarea (limitarea) sau excluderea concurenței de pe piață sau o parte a acesteia (Legea nr. 21/1996 referitoare la concurență), nu este suficient studiată și, în consecință, atât în doctrină, cât și în jurisprudență se fac aplicări globale ale ambelor reglementări fără vreo diferență de regim juridic, ceea ce poate duce la confuzii (atât concepționale, cât și de regimuri juridice).

În ceea ce ne privește, considerăm că trebuie să se țină seama, pe de o parte, de procesul evolutiv care a avut loc în această privință, care evidențiază faptul că nucleul inițial în acest domeniu l-a constituit „concurența neloială”, la care s-au adăugat, treptat, alte reglementări prin care au fost interzise „înțelegerile restrictive de concurență” iar, pe de altă parte, că diverși autori, constatând astfel de suprapuneri de reglementări în materie și intervenție, au propus o formulă de sinteză, considerând că reprimarea acțiunilor de restricționare a concurenței apără existența concurenței, în timp ce reprimarea concurenței neloiale apără calitatea concurenței.

Aceste eforturi de conciliere nu pot avea însă decât un efect temporar până la modificarea legislației în această materie, legislație care va trebui să răspundă ambelor exigențe: protejarea concurenței și asigurarea calității concurenței. Deci, cele două legi (Legea nr. 11/1991 și Legea nr. 21/1996) ar trebui contopite într-una singură prin care să fie consacrate principiile (regulile) în care trebuie menținută și exercitată concurența, cât și principalele acțiuni restrictive de concurență care sunt interzise și sancționate, fără ca enumerarea și reglementarea lor să fie exhaustivă, ci doar indicativă.

c) Controlul concentrărilor economice. De la început trebuie să fie făcută sublinierea că asocierea de lungă durată, realizată de două sau mai multe întreprinderi, constituie un fenomen care, în principiu, este pozitiv și se explică prin cauze economice, asocierea înlesnind cooperarea care face posibilă și specializarea în producție, simplificarea structurilor interne și asigurarea unei bune gestionări a activelor societăților.

Avantajele neîndoielnice pe care le asigură asocierea întreprinderilor, dar și cerințele actuale ale dezvoltării industriei și comerțului, în condițiile tehnologiilor actuale de vârf, a făcut din concentrarea întreprinderilor, de orice tip, o dominantă a economiei de piață.

Legiuitorul român a înțeles utilitatea asocierii dintre agenții economici, mai ales dintre cei de talie mică și mijlocie și, de asemenea, că trebuie să o încurajeze. Astfel, prin art. 35 din Legea nr. 15/1990 (care cuprinde reglementarea generală în materie) este statuat că regiile autonome și societățile comerciale cu capital parțial sau total de stat se pot asocia între ele sau cu terțe persoane fizice sau juridice, române sau străine, în scopul creării de noi societăți comerciale (în prezent, societăți reglementate de Legea nr. 31/1990).

Modalitățile de realizare a concentrărilor întreprinderilor sunt diverse în funcție de structurile convenite, de finalitățile avute în vedere și de rezultatele obținute.

Una dintre modalitățile mai frecvent utilizate o constituie „fuziunea”, operație prin care se urmărește crearea unei entități colective cu putere economică sporită față de cele din care provine și care se poate realiza prin absorbție sau contopire.

Concentrarea se poate realiza și prin „înființarea unei filiale comune de către două sau mai multe societăți comerciale” care înțeleg să-și păstreze, în ceea ce le privește pe ele însele, deplina autonomie, ca subiecte de drept. În acest caz, instrumentul prin mijlocirea căruia se materializează reunirea puterii economice a participanților îl constituie noua entitate colectivă (filiala comună), distinctă de fondatori, ea dispunând, ca orice filială, de personalitate juridică proprie. Ponderea acestei filiale comune în cadrul relațiilor de afaceri de pe piața relevantă poate fi incomparabil mai însemnată decât a fiecăreia dintre întreprinderile fondatoare privite izolat. De această dată, concentrarea se analizează ca un fenomen exogen în raport cu participanții, nu endogen ca în cazul fuziunii.

Se mai obișnuiește să se recurgă (în scopul concentrării) și la „tehnica participărilor”, metodă care constă în dobândirea de acțiuni sau active ale unor unități economice de către „o societate de plasament” denumită „holding”, aceasta în scopul de a se obține dominarea (bineînțeles, a societății holding).

Prin astfel de participări diversificate, se pot realiza implantări într-un mai mic sau mai mare număr de întreprinderi, iar societatea holding își poate exercita nemijlocit controlul asupra lor, sporindu-și astfel puterea proprie pe piață.

În cele mai multe asemenea grupări, societatea-mamă este o societate holding a cărei activitate constă în gestionarea participațiilor pe care le deține la alte societăți care, la rândul lor, se articulează în jurul societății holding în scheme mai mult sau mai puțin complicate.

Holdingul poate lua și forma unei „societăți conglomerale” care grupează întreprinderi cu activitate relativ complementară, societatea conglomerală concentrând sub egida sa (pe calea participațiilor) întreprinderi cu obiect diversificat, urmărind astfel să compenseze riscurile ivite într-un anumit sector al producției cu profitul realizat în altele care au rămas rentabile, în perioada de timp dată.

Sunt cunoscute și structurile denumite „grupuri de interes economic” (GIE) care, respectând independența economică și juridică a participanților, permit punerea în comun a mijloacelor de producție, cale pe care se poate realiza dezvoltarea afacerilor într-un mod mai eficient și mai puțin costisitor decât dacă întreprinderile respective ar fi rămas izolate.

Așa cum se subliniază în literatura de specialitate, această entitate colectivă (GIE) diferă substanțial de o societate comercială prin faptul că poate fi constituită fără aporturi ale participanților, deci fără un capital propriu. De asemenea, nici finalitatea uzuală în materie comercială, adică profitul, nu caracterizează o GIE.

GIE se deosebește și de o asociație, deoarece nu se bucură de personalitate juridică proprie, fără însă să i se interzică și scopul lucrativ, chiar dacă acest scop lucrativ ar fi obiectul său statutar principal.

În dreptul american și englez, modalitatea tradițională prin care se realizează concentrarea întreprinderilor este actul juridic denumit „trust”, noțiunea implicând o „înțelegere bazată pe

încredere”, în temeiul căreia cel care a constituit „trustul” (denumit „settler of the trust”) încredințează unei persoane (denumită „trustee”) anumite bunuri, cu sarcina de a le ține și administra în folosul unui beneficiar determinat (numit „cestui que trust”).

În domeniul economic (legat de subiectul tratat), interesează mai ales forma denumită „trust company” care este o societate comercială ce are – potrivit statutului constitutiv –, în principal, finalitatea (scopul) de a prelua și de a gestiona bunurile și/sau valorile mobiliare ale mai multor întreprinderi participante, cu dreptul de a încheia orice tranzacții utile pentru ele (întreprinderile respective).

O variantă specială o constituie așa-numitul „voting-trust”, în temeiul căreia trusteee administrează un pachet de acțiuni, fiind abilitat uneori să și voteze în adunările generale în numele titularilor care i-au încredințat efectele de comerț.

Alte forme de concentrare sunt „concernul” (Konzern, în dreptul german) și „cartelul”.

1. Admiterea și chiar încurajarea asocierii de întreprinderi prezintă însă și riscul de realizare a unor „concentrări de întreprinderi” care să degenereze în excese anticoncurențiale prejudiciabile. Într-adevăr, în măsura în care gruparea (regruparea) de întreprinderi ajunge să acapareze segmente mari (semnificative) de piață, ele capătă o putere economică dominantă și nu de puține ori încep să se manifeste, din ce în ce mai pregnant, și tendințele de a se abuza de aceste puteri dominante (abuzul de poziție dominantă și abuzul de dependență economică).

În scopul îndiguirii unor asemenea fenomene negative, legiuitorii au răspuns cu promptitudine adoptând restricții în ceea ce privește concentrarea întreprinderilor, introducându-se un „control preventiv” în ceea ce privește diversele structuri prin care sunt realizate „concentrările de întreprinderi” în scopul prevenirii degenerării acestora în acțiuni anticoncurențiale.

Controlul concentrărilor economice este destinat să prevină apariția unor structuri de piață care generează sau pot genera incidente anticoncurențiale.

Instituirea unui control direct al operațiunilor de concentrare, în cadrul dreptului concurenței, este un ultim stadiu al evoluțiilor care au avut loc, în timp, în acest domeniu. Într-adevăr, înainte ca acest control să fie supus unor reguli proprii, concentrările de întreprinderi erau supuse controlului prin intermediul regulilor tradiționale ale dreptului concurenței referitoare la „înțelegeri” sau „abuz de poziție dominantă”. Aceste reguli sunt susceptibile să privească și concentrările de întreprinderi, fie sub aspectul procesului de constituire în sine (operațiunea de concentrare), fie în ceea ce privește rezultatul (gradul de concentrare pe piață).

Reticența în ceea ce privește instituirea unui control direct în această materie se explică în esență prin prejudecata economică favorabilă de care a beneficiat și beneficiază concentrarea, economiștii considerând, în mod tradițional, că marea întreprindere este adesea într-o situație mai bună decât micile întreprinderi pentru a trage foloase din progresele tehnice și diminuarea costurilor. Cu toate acestea, ei admit totuși, în general, că un grad ridicat de concentrare favorizează comportamente paralele conștiente în domeniul prețurilor și al obiectivelor de producție și, în consecință, concentrarea, atunci când este importantă, este un factor potențial de neconcurență. Așa încât, potrivit teoriilor economice moderne, actualmente majoritare, constituirea monopolurilor sau oligopolurilor trebuie să fie limitată, chiar evitată, datorită efectelor nocive ale acestor situații asupra progresului tehnic și dezvoltării. În plus, concentrările economice favorizează formarea de întreprinderi dominante pe o piață și, în consecință, cresc riscurile unor practici anticoncurențiale, cum sunt „înțelegerile” și „abuzurile de poziție dominantă”.

Și totuși, nu este vorba să se edicteze o regulă generală de prohibire a „concentrărilor”, chiar și pentru motivul necesității lor în economia de piață, întreprinderile având adesea nevoie să se întărească prin grupare între ele pentru a putea face față concurenței. Or, pe baza unei atare analize, dreptul concurenței a fost dotat cu instrumente și autorități de control al concentrărilor. O atare procedură există și pe planul Uniunii Europene pentru operațiunile de concentrare de dimensiuni europene (Regulamentul CE nr. 4064-89 din 21 decembrie 1989, modificat prin Regulamentul nr. 1310-97 din 30 iunie 1997 și completat prin Regulamentul de procedură nr. 447-98 din 1 martie

1998 și cinci comunicări interpretative ale Comisiei, iar ulterior înlocuit prin Regulamentul nr. 139/2004), cât și în sistemele de drept naționale.

2. Trebuie însă să se știe cu precizie ce trebuie înțeles printr-o concentrare și începând de la ce treaptă această operațiune necesită un control.

a) Definirea concentrării. Din punct de vedere economic fenomenul concentrării se caracterizează prin reunirea, în mâinile unui număr din ce în ce mai redus de actori, de mijloace de producție din ce în ce mai importante.

Această definiție are un caracter prea general și imprecis pentru a servi ca fundament al unui „control juridic” al acestor operațiuni. De aceea, legiuitorul a încercat să rafineze (nuanțeze) definiția „concentrării”, statuând că prin concentrare se înțelege orice act care implică un transfer sau folosirea în tot sau în parte de bunuri, drepturi și obligații ale unei întreprinderi, sau care are ca obiect sau efect de a permite unei întreprinderi sau unui grup de întreprinderi să exercite o influență determinantă asupra uneia sau mai multor alte întreprinderi (definiția este preluată din art. L. 430-1 din Codul de comerț francez, text aproape identic cu reglementarea europeană în acest domeniu).

Sunt două categorii de concentrări: cele care rezultă dintr-o fuziune sau din crearea unei întreprinderi comune și cele care se caracterizează prin controlul uneia sau mai multor întreprinderi.

Fuziunea și întreprinderea comună. O operațiune de concentrare are loc atunci când două sau mai multe întreprinderi anterior independente fuzionează. Această formă de concentrare constituie într-un fel arhetipul concentrării economice. Reducerea numărului de actori pe piață este imediat perceptibilă cu ocazia absorbției unuia dintre ei, antrenând dispoziția sa ca centru autonom de decizie.

În ceea ce privește crearea unei „întreprinderi comune” care îndeplinește în mod durabil toate funcțiile unei entități economice autonome, constituie, și ea, o „concentrare”.

Sunt calificate drept „concentrări” numai întreprinderile comune în care fondatorii trebuie să se înțeleagă în privința deciziilor strategice și care dispun de o autonomie durabilă de mijloace (personal de încadrare, resurse financiare, active, aprovizionări etc.). Sunt, așadar, excluse din această categorie a întreprinderilor comune cele în care unul dintre fondatori își poate decide singur politica pusă în aplicare sau care își asumă singur funcțiile care în mod normal sunt exercitate de o întreprindere (de exemplu, funcția de cercetare și dezvoltare) și cele care nu au acces direct la piață. Constituirea unei GIE (grup de interes economic) între mai multe societăți, care comercializează spații publicitare în sălile de cinema, nu ar trebui calificată ca fiind o „concentrare”, căci această structură comună nu are ca obiect decât facilitarea activității membrilor săi, nefiind nici un centru de decizie, nici un centru de profit.

Exercitarea controlului constituie cea de a doua formă de „concentrare”, ea având loc (realizându-se) atunci când una sau mai multe persoane care dețin deja controlul unei întreprinderi sau cel puțin când una sau mai multe întreprinderi dobândesc, direct sau indirect, controlul ansamblului sau al părților uneia sau mai multor alte întreprinderi.

În acest caz, este esențial să se precizeze ce se înțelege prin „control”. Prin Regulamentul CE nr. 4064/89 din 21 decembrie 1989 (art. 3–3), legiuitorul comunitar definește „controlul” ca fiind posibilitatea de a exercita, singur sau conjunct, o influență determinantă asupra activității unei întreprinderi prin toate mijloacele, în special prin exercitarea dreptului de proprietate sau folosirea, în tot sau în parte, a bunurilor unei întreprinderi sau și prin drepturile sau contractele care conferă o influență determinantă asupra compunerii, deliberărilor și deciziilor organelor unei întreprinderi. Conform Regulamentului (CE) nr. 139/2004 al Consiliului din 20 ianuarie 2004 privind controlul concentrărilor economice între întreprinderi:

(1) Se consideră că se realizează o concentrare în cazul în care modificarea de durată a controlului rezultă în urma:

(a) fuzionării a două sau mai multe întreprinderi independente anterior sau părți ale unor întreprinderi sau

(b) preluării, de către una sau mai multe persoane care controlează deja cel puțin o întreprindere

sau de către una sau mai multe întreprinderi, fie prin achiziționarea de valori mobiliare sau de active, fie prin contract sau prin orice alte mijloace, a controlului direct sau indirect asupra uneia sau mai multor întreprinderi sau părți ale acestora.

(2) Controlul decurge din drepturi, contracte sau orice alte mijloace care, fie separat sau combinate și având în vedere considerentele de drept sau de fapt relevante, conferă posibilitatea exercitării unei influențe decisive asupra unei întreprinderi, în special prin:

(a) dreptul de proprietate sau dreptul de folosință integrală sau parțială asupra activelor unei întreprinderi;

(b) drepturi sau contracte care conferă o influență decisivă asupra structurii, voturilor sau deciziilor organelor unei întreprinderi.

(3) Controlul este dobândit de persoane sau întreprinderi care:

(a) sunt titulare ale drepturilor sau beneficiare ale drepturilor în baza contractelor în cauză sau

(b) deși nu sunt titularele acestor drepturi sau beneficiare ale drepturilor în baza acestor contracte, au puterea de a exercita drepturile care decurg din acestea.

(4) Crearea unei societăți în comun care îndeplinește în mod durabil toate funcțiile unei entități economice autonome constituie o concentrare în sensul alineatului (1) litera (b).

b. Situații în care nu este vorba de concentrări Conform art. 3 (5)

Nu se consideră că s-a realizat o concentrare în cazul în care:

(a) instituții de credit sau alte instituții financiare sau societăți de asigurări, ale căror activități obișnuite includ tranzacționarea și negocierea de valori mobiliare în contul lor sau în contul altora, care dețin temporar valori mobiliare ale unei întreprinderi pe care le-au dobândit în vederea revinderii, cu condiția ca acestea să nu își exercite drepturile de vot conferite de valorile mobiliare în cauză pentru a determina comportamentul concurențial al întreprinderii în cauză, sau cu condiția să își exercite aceste drepturi de vot numai pentru pregătirea cesionării integrale sau parțiale a întreprinderii în cauză sau a activelor acesteia sau a cesionării valorilor mobiliare în cauză, și ca cesiunea să aibă loc în termen de un an de la data achiziției; Comisia poate prelungi acest termen, la cerere, în cazul în care respectivele instituții sau societăți pot dovedi că cesionarea nu a fost posibilă, în condiții rezonabile, în termenul stabilit;

(b) controlul este dobândit de o persoană mandatată de autoritățile publice în conformitate cu legislația statului membru privind lichidarea, falimentul, insolvența, încetarea plăților, concordatul sau alte proceduri similare;

(c) operațiunile prevăzute la alineatul (1) litera (b) sunt realizate de holdingurile financiare menționate la articolul 5 alineatul (3) din a patra Directivă 78/660/CEE a Consiliului din 25 iulie 1978 adoptată în temeiul articolului 54 alineatul (3) litera (g) din tratat privind conturile anuale ale anumitor tipuri de societăți (6), cu condiția, totuși, ca drepturile de vot legate de participațiile deținute să fie exercitate, în special în ceea ce privește numirea membrilor organelor de conducere și supraveghere ale întreprinderilor la care dețin participațiile, doar pentru a menține valoarea integrală a investițiilor respective și nu pentru a determina, direct sau indirect, comportamentul concurențial al respectivelor întreprinderi.

3. Obiectul controlului. Controlul concentrărilor are drept obiect, mai întâi, verificarea faptului dacă operațiunea de concentrare, proiectată sau realizată, este de natură să aducă atingere concurenței în special prin crearea sau întărirea unei poziții dominante. Apoi, în caz afirmativ, dacă operațiunea respectivă aduce vreun progres economic sau o contribuție suficientă care ar compensa atingerea litigioasă. Cu această ocazie organul de control (Consiliul Concurenței) operează în doi timpi, prin stabilirea unui dublu bilanț: concurențial și economic.

Atingerile aduse concurenței și bilanțul concurențial. Într-un prim timp, Consiliul Concurenței se preocupă să determine care sunt incidențele, actuale sau previzibile, ale operațiunii de concentrare asupra funcționării mecanismelor concurențiale. Pentru a se pronunța, organul de control ia în considerație factori multipli, combinându-i: mai întâi „partea de piață” a ansamblului constituit în

favoarea concentrării (dacă această parte este foarte importantă, net superioară celei a altor operatori și dacă mai este însoțită de dobândirea unui „semn distinctiv de neocolit”, există un risc de atingere a concurenței în mod evident); apoi „structurile de piață” (dacă piața este oligopolitică, eliminarea unui concurent susceptibil să ducă o politică de prețuri independente poate avea consecințe nefaste în privința relațiilor cu partenerii comerciali); același lucru dacă oferta este foarte concentrată, cererea atomizată și dacă există bariere puternice la intrare (pe piață); în schimb, dacă intrarea pe piață este relativ ușoară, pentru că tehnologia este simplă, materiile prime disponibile cu ușurință, investiția necesară pentru stabilire de mică amploare și dacă fluiditatea cererii între ofertanți este importantă, nu este de temut o atingere a jocului concurențial; apoi, se mai ține seama de „contextul internațional”, de exemplu, pe piața produselor fungibile poziția conferită noului ansamblu poate să nu aibă incidențe anticoncurențiale, în condițiile în care importurile sunt în progresie constantă cumpărătorii dispun de o capacitate de negociere importantă și se pot adresa cu ușurință altor fabricanți europeni; invers, o ofertă potențial insuficientă provenind din străinătate nu este în măsură să corecteze bulversările concurenței consecutive creării unui grup care controlează 69,5% din producția națională; Consiliul Concurenței ține seama, de asemenea, de „caracteristicile de distribuire”, de exemplu, regruparea întreprinderilor titulare de mărci cele mai cunoscute poate constitui un obstacol eficace în calea sosirii unor noi concurenți și elimină pentru consumatori singura alternativă disponibilă; tot așa, s-a considerat că acordurile încheiate de societatea Gilette cu societatea irlandeză titulară a mărcii Wilkinson, legate prin faptul că produsele de ras sunt comercializate în esență prin hiperpiețe sau superpiețe, și că cel mai adesea nu mai există loc decât pentru aceste două produse în aceste magazine, pare să fie de natură să afecteze funcționarea acestei piețe.

Toți acești factori permit să se răspundă la întrebarea dacă operațiunea litigioasă perturbă sau riscă să perturbe jocul concurenței, fie prin modificările pe care le antrenează în structura pieței (crearea sau întărirea unei poziții dominante, fie prin schimbările de comportament pe care le induce (paralelism conștient). Dacă nu se întâmplă nimic și „bilanțul concurențial” este pozitiv (operațiunea fiind aptă să stimuleze concurența) sau neutru (fără incidență anticoncurențială previzibilă), Consiliul Concurenței (este vorba de Consiliul Concurenței din Franța, de unde am preluat documentarea) rămâne la acest nivel al constatării, adică nu împinge mai departe analiza sa²⁴⁹. Dacă însă se consideră că operațiunea prezintă un bilanț concurențial negativ, în sensul că va genera o restricțiune în exercitarea concurenței pe piața principală, unde acționează întreprinderile respective, sau pe o piață conexă, controlul este continuat, mai exact este abordată o a doua fază (bilanțul economic).

Contribuția la progresul economic și bilanțul economic. Cea de a doua fază a controlului vizează să determine dacă operațiunea de concentrare „aduce sau nu vreo contribuție la progresul economic, suficientă pentru a compensa atingerile aduse concurenței (pe care ea o implică)”. În evaluarea acestei contribuții se ține seama de „competitivitatea dintre întreprinderile în cauză în raport cu concurența internațională”. Organul de control va trebui, așadar, să facă un bilanț economic al operației litigioase punând în balanță atât aspectele negative, cât și aspectele pozitive, consecințele nefaste și consecințele benefice. În acest scop, Consiliul Concurenței trebuie să-și pună întrebarea dacă progresul invocat de întreprinderile implicate în concentrare este adevărat (sau promite să fie așa), dacă constituie într-adevăr un progres economic pentru colectivitate în ansamblul ei, nu numai un avantaj pentru întreprinderi obținut în detrimentul concurenților lor pe piața națională sau a contractanților săi, indiferent că aceștia sunt clienții sau furnizorii lor, dacă operațiunea examinată este strict necesară pentru realizarea progresului invocat și dacă importanța progresului așteptat este suficientă pentru a compensa atingerile potențiale ale concurenței. Atunci când se consideră (apreciază) că piedicile potențiale datorate operației de concentrare nu sunt compensate cu o contribuție suficientă a progresului economic, Consiliul Concurenței recomandă măsurile pe care le socotește potrivite pentru ca operațiunea să poată prezenta un bilanț pozitiv (aceste lucruri rezultă din Raportul pe anul 1991 al Consiliului Concurenței francez).

Contribuția la progresul economic poate îmbrăca diferite forme; ea poate consta, de exemplu, în raționalizarea condițiilor de producție, restructurarea aparatului productiv mai puțin performant decât cel al concurenților europeni; realizarea de economii de scară importante (reducere a costurilor unitare ale produselor fabricate de o întreprindere atunci când aceasta își sporește capacitatea de producție); ameliorarea competitivității grupului care-și întărește potențialul de dezvoltare și face posibilă, astfel, punerea la punct și difuzarea unor produse noi; menținerea unei game de produse suficient de largi pe piață; dezvoltarea exporturilor; chiar și asanarea situației financiare a întreprinderilor care participă la regrupare.

S-a remarcat însă că în mod frecvent dosarele prezentate Consiliului Concurenței, în legătură cu contribuția la progresul tehnic, sunt puțin convingătoare, întreprinderile înșelându-se adesea în legătură cu ceea ce poate constitui o contribuție de acest tip și, de asemenea, ele au tendința să creadă că toate avantajele pe care speră să le obțină din operațiunea de concentrare sunt prin chiar natura lor progrese pentru colectivitate. Apoi, pe de altă parte, întreprinderile nu caută decât rareori să îndeplinească elementele prin care să fie stabilit că progresul invocat n-ar putea fi obținut altfel decât pe calea concentrării. Așa încât, Consiliul Concurenței a fost nevoit, adesea, să stabilească un bilanț economic negativ pe motivul că progresele invocate de întreprinderi nu sunt benefice pentru colectivitate „în ansamblul ei” sau că nu s-a demonstrat că aceste progrese nu pot fi realizate decât pe calea concentrării.

Mai adesea, se întâmplă să se recomande miniștrilor să convingă întreprinderile să se supună diverselor condiții negative sau pozitive.

În orice caz, în prezent Consiliul Concurenței nu are a se mai preocupa de incidențele sociale ale operațiunilor de această natură, în doctrină fiind criticată obligația de a se stabili „un bilanț fondat pe un dublu dozaj economic și social”.

În momentul actual, în Franța, efectele concentrării asupra nivelului ocupării forței de muncă trebuie apreciate de ministrul muncii (și ministerul de tutelă) în momentul în care se ia decizia. Deci aceste situații scapă examenului Consiliului Concurenței, acest organ trebuind să se limiteze exclusiv la domeniul său de competență, cel al concurenței și al economiei.

În privința procedurii de control, normele aplicabile în materie în România, prin Legea nr. 11/1991 referitoare la combaterea concurenței neloiale, se completează cu dispozițiile legii referitoare la contravenții.

Nu ne vom opri la acest aspect procedural, scopul lucrării noastre fiind acela de a scoate în evidență faptul că operațiunile de concentrare ale întreprinderilor nu constituie cauze de interdicție, ci sunt supuse unui control pentru a nu se ajunge, sau, mai exact, această cale să nu fie întrebuintată pentru realizarea unei poziții de dominație.

c) Interzicerea convențiilor ilicite a transferurilor de tehnologie și a cesiunii drepturilor intelectuale. Acordurile de transfer de tehnologie se referă la concesiunea licențelor privitoare la tehnologii în cadrul cărora cel care dă licența îl autorizează pe cel care o preia să exploateze tehnologia concedată pentru producerea de bunuri și servicii.

Printr-un acord de tehnologie se înțelege: un acord de licență de brevet; un acord de savoir-faire (know-how); un acord de licență de drept de autor asupra programului sau un acord mixt de licență de brevet, de savoir-faire sau de drepturi de autor asupra programelor.

În principiu, acordurile de transfer de tehnologie, inclusiv cesiunea drepturilor de proprietate intelectuală, au ca scop ameliorarea eficacității economiei și au drept consecință indirectă favorizarea concurenței în măsura în care ele pot conduce la creșterea acțiunilor de cercetare-dezvoltare, incitarea întreprinderilor să lanseze noi acțiuni de acest fel, încurajându-se inovarea și facilitarea difuzării tehnologiilor, suscitarea concurenței pe piața produselor.

Probabilitatea acestor efecte favorabile eficienței și concurenței prevalează în fața unor eventuale efecte anticoncurențiale ale restricțiunilor conținute în acordurile de transfer de tehnologie, dar această probabilitate depinde de puterea de piață a întreprinderilor în cauză și, deci, și de măsura în care acestea sunt confruntate cu concurența întreprinderilor care dețin tehnologii de substituție sau

a întreprinderilor care fabrică produse de substituție. Ca atare, pentru ca obiectivele și avantajele transferului de tehnologie să poată fi atinse, exceptarea acestei categorii de acorduri de la aplicarea regulilor concurenței, trebuie să fie luați în considerare mai mulți factori, în special structura și dinamica piețelor de tehnologii și produsele în cauză.

În cazul acordurilor de transfer de tehnologie între concurenți se poate prezuma, atunci când procentul cumulat al părților de piață în cauză nu depășește 20%, că acordurile care nu conțin anumite restricții care au efecte anticoncurențiale grave au în general drept efect ameliorarea producției sau a distribuției și rezervarea pentru consumatori a unei părți echitabile din profit care rezultă din astfel de acțiuni de transfer de tehnologie.

În cazul acordurilor de transfer de tehnologie între neconcurenți, se poate prezuma, atunci când partea individuală deținută de fiecare dintre părți pe piața în cauză nu depășește 30%, că acordurile care nu conțin anumite restricțiuni cu efecte anticoncurențiale grave au, în general, ca efect ameliorarea producției sau distribuției și că rezervă consumatorilor o parte echitabilă din profiturile pe această cale.

Nu este posibil să se prezume că dincolo de aceste praguri (20% și, respectiv, 30%) de părți de piață, acordurile de transfer de tehnologie vor produce efectele favorabile menționate și că ar trebui scoase de sub incidența regulilor concurenței. Nu se poate prezuma că, în general, ele produc avantaje obiective de natură și de talia celor care ar putea compensa inconvenientele de pe planul concurenței.

Nu pot fi exceptate de la aplicarea regulilor concurenței transferurile de tehnologie care conțin restricțiuni care nu sunt indispensabile pentru ameliorarea produselor și distribuției. În special, acordurile de transfer de tehnologie care conțin anumite tipuri de restricțiuni care produc efecte anticoncurențiale grave, cum ar fi, de exemplu, fixarea de prețuri facturate terților, indiferent de partea de piață deținută de întreprinderile în cauză, trebuie excluse de la beneficiul exceptării de la regulile concurenței.

Pentru a fi salvagardată incitarea la inovare și aplicarea adecvată a drepturilor de proprietate intelectuală, anumite restricțiuni trebuie excluse de la exceptare. De exemplu, obligațiile exclusive de retrocedare a ameliorărilor dissociabile. Atunci când o atare restricțiune este inclusă într-un acord de licență, numai restricțiunea în cauză trebuie exclusă de la beneficiul exceptării.

Părțile de piață, excluderea acordurilor de transfer de tehnologie care comportă restricțiuni grave ale concurenței de la beneficiul exceptării de la regulile concurenței, ca și restricțiunile excluse de plano de la acest regim de exceptare asigură, în general, mediul și atmosfera corespunzătoare pentru ca acordurile de transfer de tehnologie, care beneficiază de regimul de exceptare, să nu dea posibilitatea întreprinderilor participante la asemenea acorduri să elimine concurența pentru o parte substanțială a produselor în cauză.

Pentru cazurile particulare în care astfel de acorduri au produs totuși efecte incompatibile cu un regim de exceptare de la aplicarea regulilor concurenței, Comisia Europeană are posibilitatea să retragă beneficiul de exceptare, mai ales în cazurile în care incitarea la inovare este redusă sau când accesul pe anumite piețe este împiedicat. Prin Regulamentul CE nr. 1/2003 din 16 decembrie 2002 referitor la punerea în practică a regulilor concurenței prevăzute de art. 81 și 82 din Tratatul CE (în prezent art. 101 și art. 102 TFUE), se autorizează autoritățile competente ale statelor membre ale Uniunii Europene să retragă beneficiul exceptării de la regulile concurenței în cazul când acordurile de transfer de tehnologie produc efecte incompatibile cu prevederile art. 81 par. (3) din tratat (în prezent art. 101 par. 3 TFUE), pe teritoriul respectiv sau pe o parte a acestui teritoriu, care prezintă toate caracteristicile unei piețe geografice distincte.

Statele membre ale Uniunii Europene trebuie să se asigure că exercitarea acestei puteri de retragere nu aduce prejudicii aplicării uniforme, în cadrul ansamblului Pieței Comune, a regulilor comunitare ale concurenței și a actelor emise în aplicarea acestor reguli (considerentul nr. 17 din Regulamentul CE nr. 772/2004 privind aplicarea art. 81 par. 3 din Tratatul CE categoriilor de acorduri de transfer de tehnologie).

Capitolul 7.

Aspecte de drept comparat

În mod tradițional (clasic), prin circuitele de mărfuri și servicii între diferite state se urmăresc doar satisfacerea nevoilor complementare ale consumatorilor din fiecare țară interesată, importul având ca obiect bunuri și servicii care lipseau de pe piața locală, iar exportul tinzând să valorifice surplusul de mărfuri și servicii, complinindu-se astfel deficitele existente în alte țări.

Situația a căpătat însă un cu totul alt aspect odată cu dezvoltarea producției de masă, a distribuției de masă și a consumului de masă, fenomene care au însoțit creșterea producției în țările puternic industrializate ca urmare a progreselor științifice realizate pe plan tehnologic, atingându-se niveluri cantitative de mărfuri care depășesc cu mult nevoile interne, mărfuri care, datorită creșterii fantastice a capacităților de producție și transport (în primul rând a flotelor marine), au început să fie desfăcute direct pe piețele străine, fenomen cunoscut sub denumirea de „globalizare economică și comercială”, cu care luăm contact zilnic.

În felul acesta, s-a dezvoltat și un alt fenomen, care a căpătat de asemenea dimensiuni globale, acela al unei competiții acerbe între marile companii internaționale care dispun de infrastructuri și mijloace financiare uriașe și întreprinderile și comercianții locali care, mai ales în cazul țărilor mai puțin dezvoltate, nu au aceeași putere, nedispunând de capacitățile și mijloacele concurenților lor din țările puternic industrializate. Și, întrucât, nu de puține ori, giganții industriali și comerciali nu se jenează să abuzeze de poziția lor privilegiată, asistăm la fenomene, unele foarte rafinate, de acțiuni neloiale pe piețele interne și internaționale, și, de asemenea, chiar la o atenuare a diferențierii dintre aceste două categorii de piețe, întrucât, în condițiile globalizării, toate piețele au început să aibă caracterul unor piețe internaționale. Iar, drept urmare, s-a pus și problema unor reglementări cu caracter internațional prin care să fie impuse anumite reguli privind relațiile dintre toți participanții la schimburile de mărfuri și servicii realizate pe toate piețele, în noile condiții ale globalizării.

Într-adevăr, rivalitatea neonestă, practică de agenți economici deosebit de puternici din diferite state, nu mai poate fi stăvilită prin mecanisme protecționiste, cu supapele de siguranță ale principiului liberului-schimb. Au devenit necesare noi mijloace de contracarare a tendințelor agresive ale competiției externe, măsuri care au și fost, de altfel, instituite prin dispoziții legale, atât la nivel internațional, cât și de fiecare țară în parte.

Practicile neloiale, condamnabile în relațiile economice internaționale au o paletă destul de largă, putând fi menționate următoarele: denigrarea sau confuzia cu un alt comerciant; dezorganizarea insidioasă a unei întreprinderi rivale prin coruperea celor mai experimentați specialiști, inclusiv racolarea lor; spionajul economic; acapararea agresivă a clientelei; boicotul și altele.

Toate aceste fapte sunt de natură să distorsioneze sau să genereze disfuncționalități accentuate în circuitele economice dintre state.

Dintre ele, o atenție deosebită trebuie acordată la două practici deosebit de periculoase întrucât este vorba de acțiuni care pot destabiliza chiar economiile globale ale unor țări. Este vorba de dumping și subvențiile la export, de care ne vom ocupa mai pe larg în cele ce urmează.

Dumpingul constă în „practicarea de către companiile comerciale a vânzării de produse în străinătate la costuri inferioare sau la prețuri semnificativ mai reduse decât cele de pe piața internă”.

Deci, dumpingul reprezintă o „formă extremă a luptei” de concurență, diferența de preț rezultată din politica de dumping de export fiind de multe ori compensată prin obținerea de prime de export și subvenții de la bugetul de stat sau va fi recuperată ulterior, după înfrângerea concurenței, prin majorarea prețurilor.

Dumpingul poate fi de mai multe feluri, și anume:

- dumpingul de servicii este așa-numitul „comerț invizibil” care proliferază în lumea contemporană;

- dumpingul valutar constă în devalorizarea deliberată a monedei naționale, subevaluarea ei reală sau menținerea artificială a acestui nivel subevaluat (bonitas intrinseca), cu scopul de a ieftini exporturile statului respectiv, metodă care a fost larg răspândită în perioada dintre cele două războaie mondiale, riposta constând în instituirea de drepturi vamale adiționale sau alte forme indirecte (sau ascunse) de represalii economice.

În prezent, dumpingul valutar este interzis prin dispozițiile statutare ale Fondului Monetar Internațional (FMI);

- dumpingul social reprezintă o formă de ieftinire a produselor destinate exportului prin efectul unor factori precum salarii mai scăzute (care a generat fenomenul delocalizării activităților industriale și de servicii), durata mai lungă a programului de muncă, impozite mai reduse, contribuții pentru asigurări sociale mai mici, prețuri la produsele alimentare mai reduse prin subvenții de la buget, chirii menținute la un nivel modic prin legi imperative etc.

În literatura de specialitate s-a susținut și părerea că acești factori nu creează un adevărat dumping, practicile de acest fel neputând să fie asimilate cu „dumpingul” care se caracterizează prin aceea că prețul la export este inferior prețului pe care consumatorul trebuie să-l plătească pe piața internă a țării exportatoare.

Subvențiile reprezintă, într-o definiție foarte generală, ajutoare pe care statul le acordă întreprinderilor, în forme diverse, pentru a stimula prin aceasta producția sau exportul.

Rezultă din cele de mai sus că subvențiile pot fi de două tipuri:

- subvențiile la import; și
- subvențiile la export.

Subvențiile directe la export reprezintă beneficii constând în sume de bani pe care statul le acordă profesioniștilor comercianți, pentru a le face rentabilă activitatea de export. Subvențiile se acordă atunci când prețurile de producție a mărfurilor pe piața europeană se situează la nivelul costurilor de producție în statul membru exportator.

Subvențiile indirecte pentru export vizează, în mod specific, stimularea industriilor mari și mijlocii pentru creșterea exporturilor acestora și constau în:

- facilități pe care le acordă statul exportatorilor în domeniul informațiilor;
- efectuarea unor cercetări de piață prin intermediul unor instituții de specialitate ale statului;
- asistență tehnică de specialitate;
- diverse facilități care se acordă profesioniștilor pentru participarea la târguri și expoziții internaționale.

Efectul produs de subvenții constă în modificări aduse curenților comerciale, modificări ce nu s-ar fi produs fără aceste subvenții.

Subvențiile la export produc discrepanțe în defavoarea produselor vândute fără subvenții pe piața din străinătate, întrucât cele vândute fără subvenții vor fi mai scumpe, încălcându-se astfel principiul nediscriminării comercianților pe piața europeană precum și principiul concurenței loiale pe aceeași piață.

Situația economiei românești. Odată cu trecerea României la „sistemul schimburilor de piață”, au apărut și riscurile concurării agenților economici naționali de către industriași și comercianții din alte state, mai ales din țările puternic industrializate, care din start porneau de pe poziții mult mai puternice, date fiind mijloacele lor materiale și financiare și experienței de care dispuneau în raport cu agenții economici din țara noastră, slab organizați, slab capitalizați și fără experiență. Dar, cât

timp bugetul statului a continuat să sprijine o politică moștenită de la regimul abolit – prin subvenții, ajutoare și alte facilități – care permiteau asigurarea unor prețuri la mărfuri și servicii sub valoarea lor de cost, pericolul unor importuri masive a fost redus, lipsind premisele rentabilității unor asemenea afluxuri, exportatorii străini nereușind să fie competitivi pe piața din România atâta vreme cât prețurile de vânzare curentă erau inferioare celor reale, ca efect al contribuțiilor oculte de la buget.

Situația a suferit însă schimbări radicale odată cu desființarea ultimelor subvenții de la stat acordate unor produse de larg consum. Încă din acel moment s-a creat o conjunctură economică vădit mai favorabilă pentru exportatorii din alte state, debușeele din România devenind îndeajuns de tentante, ținându-se seama de imensa cerere de bunuri și servicii, explicabilă prin penuria endemică, prelungită decenii de-a rândul sub imperiul „economiei de comandă” specifice regimului comunist. Dar, prețurile locale, deși numai parțial și doar treptat liberalizate, au înregistrat inevitabil o „curbă ascendentă” de natură să favorizeze nivelul competitiv al produselor venite din străinătate. Și, în aceste condiții, a apărut și necesitatea protejării agenților economici naționali împotriva, în special, a fenomenului concurenței neloiale la import, fenomen care trebuia preîntâmpinat și stăvilit, preocupări care s-au reflectat în unele reglementări ale dreptului intern. De altfel, numeroase state au recurs la introducerea în legislațiile proprii a unor măsuri antidumping chiar înainte de acțiunea de armonizare a reglementărilor la scară mondială în această materie de către G.A.T.T. Astfel de norme naționale au făcut parte, în mod obișnuit, din codurile vamale. Iar, după adoptarea de către G.A.T.T. a Codului antidumping, statele membre ale G.A.T.T. au trebuit să-și adapteze în mod corespunzător legislația internă la „normele uniforme” astfel convenite.

Legislația Comunității Economice Europene este fundamentată pe Regulamentul C.E. nr. 2423 din 11 iunie 1988, actualmente abrogat (în vigoare până la 31.12.1994). Acest Regulament a fost înlocuit de Regulamentul (CE) nr 3284/94 din 22 decembrie 1994 privind protecția împotriva importurilor care fac obiectul unor subvenții din partea țărilor care nu sunt membre ale Comunității Europene și de Regulamentul (CE) nr 3283/94 privind protecția împotriva importurilor care fac obiectul unui dumping din partea țărilor care nu sunt membre ale Comunității Europene. Acestea au fost modificate și/sau înlocuite la rândul lor.

Regulamentul (CE) nr 3284/94 a fost înlocuit de Regulamentul (CE) nr 2026/97 al Consiliului din 6 octombrie 1997 privind protecția împotriva importurilor care fac obiectul unor subvenții din partea țărilor care nu sunt membre ale Comunității Europene, înlocuit la rândul său de Regulamentul (CE) nr 597/2009 din 11 iunie 2009 privind protecția împotriva importurilor care fac obiectul unor subvenții din partea țărilor care nu sunt membre ale Comunității Europene, actualmente în vigoare. Regulamentul (CE) nr 3283/94 a fost modificat de Regulamentul (CE) nr 1251/95 al Consiliului din 29 mai 1995 de modificare a Regulamentului (CE) nr. 3283/94 privind protecția împotriva importurilor care fac obiectul unui dumping din partea țărilor care nu sunt membre ale Comunității Europene, și a fost în vigoare până la 05.03.1996. În legislația română trebuie menționată H.G. nr.228/1992 privind protejarea producătorilor naționali și a pieței interne de competiția neloială rezultată din importul unor produse la preț de dumping sau subvenționat, care a fost abrogată prin H.G. nr. 1900/2006, odată cu aderarea României la Uniunea Europeană. Ceea ce trebuie reținut, în prezent, este faptul că Acordul General G.A.T.T. a prevăzut măsuri represive într-o dublă direcție: în primul rând, art.VI a instituit așa-numitele drepturi antidumping și drepturi compensatorii și, în al doilea rând, art.XVI a sancționat subvențiile la export, reglementările procedurale corespunzătoare, destinate să asigure soluționarea eventualelor diferende, iscate de competiția neloială la export și la import, fiind cuprinse în art. XXIII al acestui Acord, intitulat „Ocroțirea concesiilor și avantajelor”.

Dar, aceste dispoziții s-au dovedit, în timp, nesatisfăcătoare, ele devenind frecvent literă moartă, deoarece erau lipsite de obligativitate; apoi însăși definiția noțiunii de „dumping” era insuficient de explicită, de aici rezultând interpretări divergente, care au fost de natură să îngreuneze aplicarea reglementărilor.

Drept urmare, dispozițiile sus-menționate au fost întregite cu prilejul negocierilor comerciale multilaterale care s-au desfășurat sub egida G.A.T.T. în perioada 1963-1967 (așa-numita rundă Kennedy), în cadrul acestor reuniuni fiind elaborate două Coduri dezvoltatoare ale prevederilor art. VI, art. XVI și art. XXIII din Acordul de bază al G.A.T.T. Este vorba de: Codul antidumping (a cărui denumire exactă este „Acord privind aplicarea art. VI al Acordului General pentru Tarife și Comerț”) și „Codul antisubvenții și măsuri compensatorii”.

Codul antidumping a creat în sarcina statelor contractante obligația de a se conforma regimului antidumping statornicit prin textele acestui cod, înlăturându-se regimul facultativ existent până atunci. S-au adus și completări dispozițiilor art. VI, mai ales în materie procedurală, și s-a organizat sub egida G.A.T.T. un Comitet al practicilor antidumping, instituindu-se astfel un „sistem internațional de supraveghere” în această materie.

Codul antidumping a fost revizuit în cadrul runde de negocieri comerciale multilaterale, începută la Tokio și încheiată la Geneva, în 1979, reglementările adoptate cu această ocazie formând o nouă versiune a Codului antidumping, semnat la Geneva la 12 aprilie 1979 și intrat în vigoare la 1 noiembrie 1980. România l-a acceptat prin Decretul nr. 183/1980.

Codul antisubvenții și măsuri compensatorii, semnat, și el, la Geneva, la 12 aprilie 1979 (a cărui denumire reală este „Acord referitor la interpretarea și aplicarea articolelor VI, XVI și XXIII din Acordul General pentru Tarife și Comerț”) cuprinde esențialul regulilor antidumping, dar comportă și unele adaptări legate de specificitatea fenomenului subvențiilor.

În ceea ce privește cel de-al doilea Cod antidumping, acesta se caracterizează printr-o dublă finalitate:

- în primul rând, dispozițiile sale au realizat o armonizare suficient de avansată a soluțiilor neconcordante, practicate până atunci de diferite sisteme antidumping naționale, generalizând principiile care le erau comune;
- în al doilea rând, sancțiunile antidumping se definesc printr-o poziție echilibrată, care tinde să evite protecționismul abuziv și discriminarea sub aparența unor măsuri de apărare antidumping, fiind precizate și criteriile pentru determinarea pagubei reparabile și regulile privitoare la aranjamentele asupra prețurilor.

De subliniat și faptul că în scopul ocrotirii țărilor în curs de dezvoltare (cum este și România) s-a adoptat o dispoziție compatibilă cu situația lor defavorabilă din punct de vedere economic. Potrivit art. 13 „este recunoscut faptul că țările dezvoltate trebuie să ia în mod special în considerare situația specifică a țărilor în curs de dezvoltare, atunci când intenționează să aplice măsurile antidumping în conformitate cu acest Cod. Vor fi explorate posibilitățile de soluționare prevăzute în prezentul Cod, înainte de a se aplica taxele antidumping, dacă acestea din urmă ar aduce atingere intereselor esențiale ale țărilor în curs de dezvoltare”.

În spiritul textului sus-menționat, o serie de state, între care Japonia și Statele Unite ale Americii, dar și Uniunea Europeană au semnat declarații interpretative ale Codului antidumping în favoarea țărilor în curs de dezvoltare.

În acest context legislativ general se încadrează un adevărat sistem de repere de caracterizare a dumpingului ale cărui componente se referă la: valoarea normală a produsului suspectat de dumping; prețul de export al produsului și marja de dumping. Fiecare dintre aceste componente are subdiviziuni după cum urmează:

A. Valoarea normală a produsului: a) reperele generale de caracterizare (criteriul deosebirilor fizice dintre produse, criteriul deosebirilor dintre specificațiile comerciale, criteriul deosebirilor tehnice dintre produse, criteriul gamei de utilizare a produselor, criteriul modului de condiționare a produsului, criteriul referitor la dimensiunea pieței exportatorului, criteriul referitor la volumul vânzărilor pe piața exportatorului, criteriul referitor la nivelul prețurilor pe piața exportatorului); b) modul de calcul al valorii normale pe piețele fiabile din țările cu economie de schimb (criterii pentru calcularea valorii normale, selectarea pieței relevante, selectarea furnizorului și a produsului similar, selectarea prețului reprezentativ); c) modul de calcul al valorii normale pe piețele nefiabile din țările

cu economie de schimb (lipsa operațiunilor comerciale normale, lipsa prețurilor comparabile, practica vânzărilor în pierdere, metode pentru stabilirea valorii normale, metoda comparării cu prețuri de export reprezentative, metoda prețului reconstituit, costul de producție ca factor component al valorii normale construite, marja de profit ca factor component al valorii normale construite); d) modul de calcul al valorii normale în țările cu economie de stat;

B. Prețul de export al produsului: a) reglementări aplicabile; b) metoda referirii la prețul efectiv de export (caracteristici ale efectivității prețului de export, prețul de vânzare al fabricantului, reprezentativitatea vânzării, ajustări directe ale prețului la export); c) metoda reconstituirii prețului de export (caracteristici, domeniu de aplicare, căi utilizabile pentru reconstituirea prețului de export, criteriul primei vânzări către un cumpărător independent din țara de import, ajustări în cadrul primei vânzări către un cumpărător independent din țara de import, marja de profit în cadrul primei vânzări, criteriul bazat pe datele disponibile);

C. Marja de dumping: a) caracteristici și faze ale evaluării; b) tehnici uzuale de comparare a valorii normale și prețului de export (metoda analitică de comparare, caracteristici generale ale ajustărilor, natura reglementărilor referitoare la ajustări, regimul probator al ajustărilor, ajustări motivate de caracteristicile fizice ale produselor comparate, ajustări motivate de stadiul comercializării, ajustări motivate de cantitățile diferite ale mărfii exportate, ajustări motivate de alte condiții ale vânzării); c) tehnici speciale de comparare a valorii normale și prețului de export (derogări de la metoda analitică de comparare, metoda mediilor ponderate, metoda prețului reprezentativ, metoda opțională de comparare globală); d) implicații monetare ale comparării valorii normale și prețului de export (corective necesare, cursul de schimb semnificativ, pluralitatea valorilor); e) modul de stabilire a marjei de dumping (caracteristici, particularități ale evaluării marjei de dumping variabile, exprimarea contabilă a marjei de dumping, nivelul semnificativ al marjei de dumping).

Structuri instituționale specializate. Particularismul accentuat pe care-l prezintă concurența neloială în relațiile de schimburi internaționale, constând în practici de dumping și de subvenții, a făcut necesară crearea, atât pe plan național, cât și pe plan internațional, a unor organe de profil economic-financiar și jurisdicțional specializate care să fie în măsură să identifice fapte de asemenea natură, să le ancheteze și să aplice sancțiuni, potrivit legii.

Pe plan internațional, Codul antidumping elaborat de G.A.T.T. a instituit, în temeiul art.14, „Comitetul pentru practici antidumping”, iar în conformitate cu art.16 a fost organizat „Comitetul subvențiilor și măsurilor compensatorii”, ambele cu sediul la Geneva.

Aceste comitete sunt compuse din reprezentanții fiecărui stat, parte contractantă la Codul antidumping sau la Codul antisubvenții. Comitetele se întrunesc cel puțin de două ori pe an, precum și la cererea oricărui stat, parte contractantă.

În cadrul Uniunii Europene trebuie menționate structurile instituționale, în mod special Comisia Europeană, organ cu activitate permanentă, care include și competențe legate de reprimarea dumpingului și subvențiile la export.

Prin Regulamentul CE nr. 2423/88 a fost instituit un Comitet consultativ compus din câte un reprezentant al fiecărui stat membru al cărui obiect de activitate îl constituie determinarea metodelor care fac posibilă stabilirea marjei de dumping sau a subvenției, evaluarea prejudiciului suferit de producția comunitară, legătura de cauzalitate dintre dumping sau subvenții și prejudiciu, măsurile care sunt propice pentru a preveni prejudiciul astfel provocat sau pentru a-l remedia (art.6).

Pe plan litigios a fost înființată Curtea de Justiție a Comunităților Europene, în prezent Curtea de Justiție a Uniunii Europene care are, printre altele, și competența (atribuția) de organ jurisdicțional suprem în domeniul măsurilor antidumping sau antisubvenții adoptate de către organele de anchetă. În ceea ce privește desfășurarea procedurii: fazele procedurii; plângerea și rezolvarea ei; investigația; instituirea de măsuri pentru neutralizarea dumpingului și subvențiilor, toate aceste etape sunt preluate de reglementările comunitare din sistemul G.A.T.T., demersurile procedurale prezentând vădite similitudini, în pofida deosebirilor de fond, care există în legătură cu aceste două modalități de concurență neloială (dumpingul și subvențiile).

În esență, accentul este pus, în cadrul procedurii, pe apărarea intereselor lezate ale țării de import, căutarea de soluții amiabile, cu acordul exportatorului învinovățit de dumping sau subvenții, acestea primând față de aplicarea sancțiunilor. Scopul dominant este revenirea la normalitate – adică la prețuri firești pe piața relevantă în cauză – în schimburile de mărfuri afectate de dumping sau prin subvenții.

Perceperea de taxe adiționale la import, ca modalitate de neutralizare a efectelor nocive decurgând din faptele de concurență neloială, are caracter subsidiar (rezidual). Referitor la succesiunea demersurilor și măsurilor procedurale, aceasta se deduce din prevederile Codului antisubvenții, ea regăsindu-se, cu unele adaptări, atât în Regulamentul CE nr.2423/88 și în cele ulterioare acestuia, cât și în legislația română.

Este vorba de trei etape: formularea plângerii; investigația și soluționarea plângerii.

Formularea plângerii este prima fază care are drept obiect primirea plângerii din partea unui sau mai multor agenți economici lezați și examinarea de către organul competent, din punct de vedere al admisibilității.

Faza investigației este aceea în cadrul căreia se administrează, în principal, probele referitoare la condițiile responsabilității exportatorului străin suspectat de dumping sau beneficiar de subvenții.

Faza finală constă în soluționarea plângerii care poate fi: de respingere ca nefondată ori, dimpotrivă, dacă organul de anchetă o consideră întemeiată, sunt adoptate măsuri diverse (fie încheierea unui angajament amiabil cu exportatorul neloial, fie, în ultimă instanță, aplicarea de sancțiuni).

Supravegherea modului de îndeplinire a obligațiilor asumate prin angajament poate avea ca efect prelungirea duratei procedurii antidumping sau antisubvenții, mult după ce investigația a luat sfârșit. O subliniere se cuvine a fi făcută în legătură cu măsurile instituite pentru neutralizarea dumpingului și subvențiilor.

Măsurile clasice de apărare împotriva dumpingului sau subvențiilor: acceptarea unui angajament prin care exportatorul supus anchetei se obligă să respecte standardele concurențiale, sau instituirea de taxe antidumping sau compensatorii, menite să repare prejudiciul suferit, s-au dovedit, în timp, a fi insuficiente, chiar inadecvate, ele fiind inefficiente îndeosebi față de anumite tehnici neloiale constând în delocalizarea producției și implantarea ei nemijlocită de către exportator în țara de import, fenomen frecvent în zilele noastre. Astfel, pentru a eluda taxele de antidumping sau compensatorii, unii producători au recurs la exportul de piese detașate, pe care le assemblează pe teritoriul țării de import, unde produsul este și comercializat. Acest procedeu scapă de sancțiunea taxelor antidumping sau compensatorii care presupun, ca premisă necesară, fabricarea produsului pe teritoriul țării de export și introducerea sa ulterioară în țara de import. Spre a se contracara astfel de practici, în unele țări s-au introdus în legislație reglementări prohibitive corespunzătoare²⁶⁵.

Astfel, de exemplu, în Statele Unite ale Americii Legea asupra comerțului din 23 august 1988 (Omnibus trade and competitiveness Act) a fost completată în sensul arătat mai înainte. Comunitatea Economică Europeană (denumită în prezent Uniunea Europeană) a adoptat, în același scop, Regulamentul CE nr.1761 din 22 iunie 1987, ale cărui dispoziții au fost integrate apoi în Regulamentul nr.2423/1988 (art.13, la care ne-am referit mai sus) și în Regulamentele ulterioare. Referitor la căile de atac și de reformare, trebuie făcută sublinierea că, în această materie, există atât posibilitatea „revizuirii măsurilor de neutralizare a dumpingului sau subvenției”, procedură care este de competența Comisiei Europene, cât și „controlul jurisdicțional” exercitat de Curtea de Justiție a Uniunii Europene.

Vom face în continuare o prezentare rezumativă a acestor două posibilități de acționare a părților interesate.

Revizuirea măsurilor de neutralizare a dumpingului sau subvenției. Așa cum se subliniază în literatura juridică, mobilitatea factorilor economici, precum și fluctuațiile conjuncturale destul de frecvente pe piața liberă pot să afecteze substanțial conținutul măsurilor adoptate de către autoritățile competente pentru combaterea faptelor de dumping și/sau subvenții la export. Ca rezultat, atât

nivelul taxelor antidumping instituite, cât și oportunitatea angajamentelor luate sunt susceptibile să devină, în timp, parțial sau total inadecvate înainte de a expira termenul limită până când ar fi urmat, în mod normal, să-și producă efectele. Pentru a se evita astfel de situații, prin reglementările aplicabile în materie s-au prevăzut supape de siguranță (mecanisme) care fac posibilă adaptarea soluțiilor anterior consacrate prin decizii definitive la noile realități. În acest sens, a fost instituită o „cale de reformare” pe care legiuitorul comunitar a denumit-o „revizuire” (prin Ordinul comun nr.128/1992 și, ulterior, prin Regulamentul (CE) nr. 597/2009 al Consiliului din 11 iunie 2009 privind protecția împotriva importurilor care fac obiectul unor subvenții din partea țărilor care nu sunt membre ale Comunității Europene - versiunea codificată) sau „reexaminare” (prin art.14 din Regulamentul nr.2423/1988).

De subliniat că această procedură nu are nimic comun cu calea de atac a revizuirii reglementată de Codul de procedură civilă.

Obiectul revizuirii, așa cum rezultă din art.12 pct.1 din Ordinul comun nr.128/1992, cuprinde oricare dintre măsurile de neutralizare a dumpingului și subvențiilor, ceea ce înseamnă că pot fi supuse reexaminării atât taxele definitive antidumping sau compensatorii, cât și un angajament luat, aflat în curs de producere a efectelor. Per a contrario, taxele provizorii nu pot fi supuse revizuirii, dată fiind natura lor precară, cu valabilitate numai până la data deciziei finale a Comisiei Europene care efectuează investigația.

În măsura în care există „dovezi suficiente ale unor mutații intervenite după data deciziei definitive”, Comisia urmează să constate că „revizuirea este justificată” (adică poate fi admisibilă în principiu), investigația este redeschisă (art.12 pct.3 din Ordinul comun nr.128/1992)).

Redeschiderea procedurii de investigație nu afectează măsurile stabilite prin decizia definitivă (art.12 pct.2 din Ordinul comun nr.128/1992), aceasta întrucât, în această fază incipientă, Comisia nu a efectuat nicio lucrare adițională, care să confirme necesitatea de a se aduce corective deciziei definitive. În acest sens s-a pronunțat Curtea de Justiție a Comunităților Europene într-o cauză prin care s-a decis că „Circumstanța că angajamentele subscrise în 1977 de către firma Koyo Seiko au rămas în vigoare la data deschiderii procedurii de reexaminare, hotărâtă de Comisia CEE, procedura fiind conformă cu dispozițiile art.14, iar angajamentele neînfirmând regularitatea acestei proceduri”. Reverificarea va privi, potrivit normelor uzuale, atât existența dumpingului sau subvențiilor, cât și elementele componente ale răspunderii exportatorului din străinătate, căruia i se impută comportamentul neloial. Dar, sfera revizuirii poate fi și mai redusă decât a investigației inițiale, iar în domeniul subvențiilor, reexaminarea constă de regulă în a verifica dacă acestea au fost în adevăr reduse sau suprimate. În funcție de probele administrate în cauză, uneori decizia definitivă, adoptată anterior de Comisie, poate fi menținută în integralitatea ei. Este soluția care se impune ori de câte ori din dovezile administrate nu se deduce că ar fi avut vreo schimbare substanțială a circumstanțelor luate inițial în considerare și care au justificat instituirea unei taxe antidumping sau compensatorii. Astfel, într-o cauză, în legătură cu ierbicide provenite din România, Consiliul European al Federațiilor din Industria Chimică a solicitat Comisiei reexaminarea deciziei definitive, prin care produsul respectiv fusese supus unor taxe antidumping. În cadrul noii anchete întreprinse s-a constatat că marja de dumping s-a menținut la același nivel și că prejudiciul suferit de Comunitate nu fusese acoperit. În consecință, Comisia a decis că „nu se învederează a fi necesară nicio modificare a dreptului definitiv – taxa antidumping”.

Mult mai frecvente sunt cazurile când revizuirea conduce în fapt la modificarea soluției definitive care se află în curs de executare. Uneori modificarea constă în mărirea taxei antidumping. Alteori revizuirea poate avea consecința de a reduce taxa antidumping instituită.

Noua decizie pe care o va pronunța Comisia nu produce efecte retroactiv (art.12 pct.4 din Ordinul comun nr.128/1992).

Regimul special al măsurilor de salvagardare. Orice economie națională aflată în curs de transformare radicală (cum este și România) poate fi perturbată prin importuri masive de mărfuri care, la un moment dat ori pe o anumită perioadă de timp, inundă piața relevantă internă cu stocuri

de mărfuri deosebit de mari. Fenomenul poate determina scăderea prețurilor locale din țara de import și stagnarea producției proprii în ramurile economice afectate. În astfel de situații, prejudiciul se produce ca rezultat al avalanșei cantitative, fără ca exportatorul din străinătate să fi beneficiat de subvenții în propria țară și fără ca prețurile sale de vânzare să fie subcotate, fiind deci exclusă eventualitatea impunerii de taxe antidumping sau compensatorii.

Ca atare, pe plan internațional și comunitar, pentru astfel de situații, în legătură cu statele membre aflate în dificultate, cum este cazul țărilor care au trecut de la o economie de comandă la o economie de schimburi, printre care și România, s-a pus problema adoptării unor măsuri atât preventive, cât și reparatorii, distincte de cele referitoare la dumping și subvenții. Astfel, potrivit art.XIX din Acordul General pentru Tarife și Comerț (G.A.T.T.) „dacă în urma evoluției neprevăzute a circumstanțelor și ca efect al angajamentelor – inclusiv concesiunile tarifare – pe care un stat parte contractantă și le-a asumat în temeiul acestui acord, un produs este importat în cantități atât de mult crescute și în asemenea condiții încât să aducă prejudicii grave sau să amenințe cu atare prejudicii producătorii naționali ai unor produse similare sau ai unor produse direct concurente, această parte contractantă va avea facultatea, referitoare la acest produs, în măsura și pe durata de timp care ar putea fi necesare pentru a preveni sau repara acest prejudiciu, să suspende angajamentul în totalitate sau în parte, cât și să retragă sau să modifice concesiunea”.

În concepția G.A.T.T., prevenirea și remediile, în cazul unor importuri în avalanșă, trebuiau să se înscrie în contextul multilateral al structurilor instituite prin Acord.

În practică, însă, țările membre au procedat cu totul altfel, de cele mai multe ori ele recurgând la „măsuri proprii de ocrotire, atât pe calea încheierii de convenții internaționale bilaterale pentru contingentarea mărfurilor la import, cât și prin acte normative naționale prin care au fost edictate unilateral soluții convenabile.

La nivel comunitar trebuie menționat, în această privință, Regulamentul CE nr.288 din 5 februarie 1982 referitor la „regimul comun aplicabil importurilor”, care a fost ulterior înlocuit de Regulamentul C.E. nr. 260/2009.

În România, înainte de aderarea la Uniunea Europeană, s-a adoptat H.G. nr. 228/1992 (în prezent abrogată) care s-a inspirat din Acordul G.A.T.T., prevăzându-se, în art.4 alin. (1), că măsurile de salvagardare pot avea ca obiect „importul unor produse în cantități sau în condiții de natură să producă sau să amenințe cu producerea unui prejudiciu grav producătorilor naționali de produse similare sau direct concurente”.

Dar, spre deosebire de alte state, la data respectivă, în contextul aceluiași act normativ au fost incluse atât dumpingul și subvențiile la export, cât și măsurile de salvagardare, deși natura lor și condițiile în care puteau fi adoptate nu se confundă.

Pe plan comunitar, anterior adoptării Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene, problema regimului de salvagardare s-a soluționat prin Tratatul referitor la instituirea Comunității Europene (Tratatul de la Roma) în care, în prima parte, consacrată „principiilor”, art. 3 alin. (1)lit.c), a fost proclamat principiul general potrivit căruia „Comunitatea comportă o piață interioară (Piața comună) care este caracterizată prin abolirea, între Statele membre, obstacolelor din calea liberei circulații a mărfurilor, persoanelor, serviciilor și capitalurilor”.

Apoi, la titlul I privind libera circulație a mărfurilor au fost prevăzute și texte de natură să atenueze șocurile și perturbările care s-ar produce, pentru țările care au devenit membre ale Uniunii Europene, dar care se aflau încă în situații vulnerabile datorită trecerii de la o economie de comandă la o economie de schimburi (de piață) fără a avea mijloacele și nici experiența necesară pentru a face, față într-un anumit interval de timp, unei libertăți absolute de circulație a mărfurilor și serviciilor.

Astfel, după ce, în partea a treia, titlul I, capitolul II din Tratatul CE, este reiterată regula de principiu a interdicției, între Statele membre, a restricțiilor cantitative la import și export, ca și oricărei alte măsuri cu efect echivalent (art.28 și art. 29), în textele următoare sunt prevăzute și dispoziții derogatorii temporare, atunci când este vorba de interdicții sau restricții la import, export

sau tranzit „care sunt justificate de rațiuni de moralitate publică, ordine publică, securitate publică...”. Condiția pusă este aceea ca „aceste interdicții sau restricțiuni să nu constituie nici un mijloc de discriminare arbitrară, nicio restricție deghizată în cadrul comerțului dintre Statele membre (art.30).

Problema salvagărdării este reglementată în prezent prin art. 34-36 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, care reiau vechile texte din Tratatul CE și stabilesc următoarele:

- Articolul 34 (ex-articolul 28 TCE) "Între statele membre sunt interzise restricțiile cantitative la import, precum și orice măsuri cu efect echivalent."
- Articolul 35 (ex-articolul 29 TCE) "Între statele membre sunt interzise restricțiile cantitative la export, precum și orice măsuri cu efect echivalent."
- Articolul 36 (ex-articolul 30 TCE) "Dispozițiile articolelor 34 și 35 nu se opun interdicțiilor sau restricțiilor la import, la export sau de tranzit, justificate pe motive de morală publică, de ordine publică, de siguranță publică, de protecție a sănătății și a vieții persoanelor și a animalelor sau de conservare a plantelor, de protejare a unor bunuri de patrimoniu național cu valoare artistică, istorică sau arheologică sau de protecție a proprietății industriale și comerciale. Cu toate acestea, interdicțiile sau restricțiile respective nu trebuie să constituie un mijloc de discriminare arbitrară și nici o restricție disimulată în comerțul dintre statele membre."

Capitolul 8.

Protecția străinilor împotriva concurenței neloiale în România și a societăților și întreprinderilor românești în străinătate

Aplicarea regulilor concurenței ridică și problema protecției străinilor împotriva concurenței neloiale în România și a societăților și întreprinderilor românești în străinătate.

Soluționarea unor astfel de situații poate fi realizată pe trei căi: prin convenții bilaterale sau regionale; pe calea aderării la Convenția de Uniune de la Paris, ori prin aplicarea dispozițiilor de drept internațional privat conținute de Cartea a VII-a a noului Cod civil.

a) Calea convențiilor bilaterale sau regionale. Înainte de aderarea României la Uniunea de la Paris, prin Convenția încheiată la 20 martie 1883, pe care a ratificat-o (în forma revizuită la Washington) prin Legea din 13 martie 1924 (fiind ratificate și revizuirile ulterioare), România încheiase și unele acorduri bilaterale privind protecția proprietății industriale și reprimarea falselor indicații de proveniență a mărfurilor.

În prezent însă importanța convențiilor bilaterale este mult redusă, prezentând totuși un anumit interes în domeniul protecției denumirilor de origine și al indicațiilor de proveniență. Cu titlu de exemplu, poate fi citat acordul dintre Franța și Republica Federală Germania din 8 martie 1960 care, de altfel, a servit drept model unor acorduri ulterioare. Acest acord cuprinde o enumerare a indicațiilor geografice, clasificate pe produse, pe care părțile se angajează să le protejeze, și care sunt rezervate în țara importatoare pentru produsele provenind din țara de origine, fiind supuse condițiilor prevăzute de aceasta. Așadar, denumirile din listele respective nu pot fi utilizate de cealaltă țară decât în condițiile prevăzute de legislația țării de origine.

O pondere deosebită dobândiseră în trecut anumite convenții regionale, în principal în cadrul Comunității Economice Europene.

În prezent, ponderea determinantă (centrul de greutate) în acest domeniu al concurenței este deținută de reglementările comunitare în materie la care ne-am referit pe larg în capitolele precedente ale lucrării, în special în capitolul II, consacrat reformei realizate în această privință începând cu anii 2003-2004, care constituie, de fapt, axul în jurul căruia a fost articulat întregul ansamblu sistemic de reglementări, comunicări, precum și al practicii judiciare a instanțelor comunitare: Curtea de Justiție a Uniunii Europene și Tribunalul de Primă Instanță, ambele avându-și sediul la Luxemburg, sistem întemeiat pe Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

Problema – tematic vorbind – este bine conturată și în capitolul IV rezervat practicii judiciare comunitare, care face corp comun cu capitolul II.

În consecință, nu vom mai relua cele deja tratate în capitolele II și IV ale lucrării, urmând a ne referi la celelalte două căi: aderarea la Convenția de Uniune de la Paris și aplicarea dispozițiilor de drept internațional privat din noul Cod civil.

b) Calea aderării la Convenția de Uniune de la Paris. Apartenența la Uniune a României dă dreptul întreprinderilor din România la „tratamentul național” și „tratamentul unionist” (aplicabil pe teritoriul Uniunii). La rândul lor, „străinii unioniști” vor putea revendica, în România, același tratament. Convenția de la Paris formează „cadrul juridic” pentru protecția împotriva actelor de concurență neloială.

În partea introductivă a convenției sunt definite conținuturile unor expresii și termeni folosiți în convenție, definiții pe care le redăm în continuare:

– beneficiarii Convenției sunt „resortisanții Uniunii” și persoanele asimilate acestora.

Prin „resortisanți ai Uniunii” sunt înțeleși: naționalii (persoane fizice sau persoane juridice) din diferite țări membre ale Uniunii de la Paris, indiferent de domiciliu (art. 2), iar prin „asimilați” se înțeleg persoanele care își au domiciliul sau posedă întreprinderi industriale ori comerciale „efective și serioase” pe teritoriul uneia dintre țările Uniunii (art. 3).

Pentru cei care invocă calitatea de „național” al uneia dintre țările Uniunii, problema determinării naționalității se rezolvă după legea țării al cărei resortisant se declară a fi cel interesat. Dacă persoana are dublă naționalitate este suficient – pentru a invoca beneficiul Convenției – să facă dovada că una dintre cele două naționalități este a unei țări a Uniunii. Iar, în ceea ce privește persoanele fără nicio naționalitate, nu se vor putea prevala decât de dispozițiile art. 3 din Convenție (referitoare la persoanele asimilate resortisanților), trebuind să facă dovada îndeplinirii condițiilor cerute de acest text;

– principiul tratamentului național înseamnă asimilarea străinului-resortisant al Uniunii cu naționalul, fără nicio condiție de reciprocitate.

Însă întrucât asimilarea cu naționalii nu asigură în suficientă măsură protecția proprietății industriale, care va depinde de întinderea și eficacitatea protecției asigurate de legea națională, iar între legile naționale ale țărilor membre ale Uniunii există adesea deosebiri importante, tratamentul național se completează cu tratamentul unionist;

– principiul tratamentului unionist semnifică asigurarea unui „minim de protecție” tuturor resortisanților Uniunii, prin stabilirea unor reguli uniforme, aplicabile pe întregul teritoriu.

Potrivit art. 2 din Convenția de la Paris „(1) Cetățenii fiecărei țări a Uniunii se vor bucura în toate celelalte țări ale Uniunii, în ceea ce privește protecția proprietății industriale, de avantajele pe care le acordă în prezent sau le vor acorda de acum înainte cetățenilor lor, aceasta fără a prejudicia drepturile în mod special prevăzute de prezenta Convenție. În consecință, ei vor avea aceeași protecție ca și aceștia din urmă și aceleași mijloace legale împotriva oricărei atingeri aduse drepturilor lor, sub rezerva îndeplinirii condițiilor și formalităților impuse cetățenilor țării respective. (2) Totuși, nicio condiție cu privire la domiciliul sau la stabilirea în țara în care este cerută protecția nu poate fi impusă cetățenilor care fac parte din Uniune, pentru a se bucura de vreun

drept de proprietate industrială. (3) Sunt în mod expres rezervate dispozițiile legislației fiecărei țări a Uniunii referitoare la procedura judiciară și administrativă și la competență, precum și cu privire la alegerea de domiciliu sau la stabilirea unui mandatar, pe care le-ar cere legile asupra proprietății industriale”.

Privitor la cadrul juridic și fondul convenției, trebuie reținute următoarele:

– prin art. 2 al Convenției de la Paris este consacrat principiul potrivit căruia toți resortisanții Uniunii beneficiază de „tratamentul național” (definit în prima parte a Convenției), fără nicio condiție de reciprocitate, dar aplicarea acestei reguli „nu trebuie să prejudicieze drepturile special prevăzute de Convenție” (drepturile speciale fiind prevăzute inițial într-un act adițional din Convenție, text adoptat cu ocazia Conferinței de revizuire de la Bruxelles, din 1900, iar apoi introdus chiar în Convenție, cu prilejul Conferinței de la Washington din 1911).

Textul art. 10 bis din Convenție, așa cum a fost el modificat la Conferința de la Washington, prevede că toate țările contractante „se angajează să asigure resortisanților Uniunii o protecție efectivă împotriva concurenței neloiale”.

Dar textul art. 10 bis a suferit și alte modificări la Conferința de la Haga din 1925 și la Conferința de la Londra din 1934.

În prezent, conținutul art. 10 bis din Convenție este următorul:

„(1) Țările Uniunii sunt obligate să asigure cetățenilor acesteia protecție efectivă împotriva concurenței neloiale.

(2) Constituie act de concurență neloială orice act de concurență contrar uzanțelor cinstite în materie industrială sau comercială.

(3) Mai ales vor trebui să fie interzise:

1. orice fapte de natură a crea confuzie, prin orice mijloc, cu întreprinderea, produsele sau activitatea industrială sau comercială a unui concurent;

2. afirmațiile false, în exercitarea comerțului, de natură a discredita întreprinderea, produsele sau activitatea industrială sau comercială a unui concurent;

3. indicațiile sau afirmațiile a căror folosire, în exercitarea comerțului, este susceptibilă să inducă publicul în eroare, în ceea ce privește natura, modul de fabricare, caracteristicile, aptitudinea pentru întrebuințare sau cantitatea mărfurilor”.

Dispozițiile sus-menționate reprezintă o consacrare a „principiului tratamentului unionist”, în măsura în care obligă țările membre ale Uniunii să asigure resortisanților acesteia protecția împotriva concurenței neloiale, așa cum este ea definită în art. 2 al Convenției. În literatura juridică se face însă observația că protecția pe care o asigură art. 10 bis din Convenție este, în unele cazuri, mai restrânsă decât cea pe care o asigură unele legislații naționale, fiind și exemplificată această afirmație. Astfel, în ceea ce privește expresia „mijloace de confuzie”, în textul Convenției nu se reține decât confuzia cu întreprinderea, produsele sau activitatea industrială sau comercială a unui concurent, fiind trecute cu vederea „atașarea parazită”, „substituirea produselor” etc.; apoi, printre formele de denigrare, în art. 10 bis sunt menționate doar „afirmațiile false” (de subliniat, totuși că, în unele legislații, veridicitatea afirmației nu înlătură, întotdeauna, caracterul neloial al actului); nu sunt menționate nici mijloacele de dezorganizare internă a întreprinderii și nici cele de dezorganizare generală a pieței.

Concluzia care se poate trage din această situație de neconcordanță între „tratamentele naționale” și „tratamentele unionale” nu poate fi decât aceea că prin art. 10 bis din Convenție se prevede un „minim de protecție” la care trebuie să se recurgă atunci când legislația națională nu prevede nicio protecție sau conține o protecție insuficientă, în cazul unei protecții mai largi consacrate în legislațiile naționale, în mod evident, vor fi aplicate dispozițiile mai favorabile, principiu general consacrat în drept în cazurile de cumul de reglementări, principiu, de asemenea, consacrat și prin art. 2 din Convenția de la Paris.

De altfel, trebuie să facem și o altă observație, și anume că, atât din art. 3, cât și din art. 10 bis rezultă în mod clar că enumerările nu sunt limitative, caracterul neloial al actelor urmând a fi definit

în fiecare caz în parte, în lumina dispozițiilor generale cuprinse în art. 2 din Convenție, potrivit cărora constituie concurență neloială „orice act contrar uzanțelor cinstite în materie industrială sau comercială”;

– dintre dispozițiile Convenției mai trebuie reținute două texte: art. 9 alin. (2) și art. 10.

Articolul 9 se referă la „sechestrarea la import”, „interzicerea importului” sau „sechestrarea în interior” a produselor care poartă ilicit o marcă de fabrică sau un nume comercial protejate în țările în care sunt importate.

În art. 9 alin. (6) se prevede că atunci când legislația unei țări nu admite niciuna dintre măsurile de mai sus, ele vor fi înlocuite, până la modificarea corespunzătoare a legislației respective, cu acțiunile și mijloacele pe care legea țării în cauză le asigură cetățenilor săi.

Articolul 10 prevede că dispozițiile art. 9 se aplică și în cazul de folosire directă sau indirectă a unor indicații false privitoare la proveniența produsului sau identitatea producătorului, a fabricantului sau comerciantului.

În literatura juridică se face observația că textele art. 9 și art. 10 din Convenție creează pentru statele membre ale Uniunii o „obligatie de a legifera”, și nu „o facultate de a legifera” din partea acestora;

– dreptul la acțiune în justiție pentru reprimarea (sanționarea) actelor prevăzute de art. 9 (folosirea fără drept a mărcii sau numelui comercial al altuia), art. 10 (folosirea unor false indicații privind originea produsului) și art. 10 bis (concurența neloială) este reglementat de art. 10 ter din Convenție, care obligă țările membre ale Uniunii să pună la dispoziția atât a persoanelor fizice sau juridice lezate, cât și a asociațiilor profesionale, mijloacele juridice necesare unei protecții eficace împotriva concurenței neloiale.

Articolul 12 ter are următorul cuprins: „(1) Țările Uniunii se obligă să asigure cetățenilor celorlalte țări ale Uniunii mijloacele legale corespunzătoare pentru reprimarea eficace a tuturor faptelor prevăzute la art. 9, 10 și 10 bis. (2) În afară de aceasta, ele se obligă să prevadă măsuri care să permită sindicatelor și asociațiilor care reprezintă industriașii, producătorii sau comercianții interesați și a căror existență nu este contrară legilor țării lor, să acționeze în justiție sau în fața autorităților administrative, în scopul reprimării faptelor prevăzute de articolele 9, 10 și 10 bis, în măsura în care legea țării în care este cerută protecția o permite sindicatelor și asociațiilor acestei țări”.

Făcând aplicarea textului art. 10 ter alin. (2), redat mai înainte, Curtea de Apel din Paris a infirmat hotărârea primei instanțe, nerecunoscându-se dreptul de a sta în justiție al Asociației Scotch Whisky, pe considerentul că în Anglia aceasta n-ar putea exercita dreptul la acțiune în justiție decât prin intermediul unui „trustee”, instituție necunoscută în Franța.

Printre dispozițiile cuprinse în Convenția de la Paris care merită a fi menționate, trebuie amintit și art. 8, care are următorul cuprins: „Numele comercial va fi protejat în toate țările Uniunii, fără obligația depozitului sau a înregistrării, indiferent dacă el face sau nu parte dintr-o marcă de fabrică sau de comerț”.

În jurisprudența franceză (ale cărei considerente sunt valabile și în dreptul român) s-a admis interpretarea potrivit căreia protecția pe care art. 8 o acordă beneficiarilor Convenției de la Paris rămâne în limitele prevăzute de art. 2 privitoare la „tratamentul național”, adică numele comercial nu beneficiază de o protecție absolută (asemenea drepturilor exclusive de proprietate intelectuală), ci doar în măsura existenței unui risc de confuzie, în raporturile cu concurenții. În acest sens au fost pronunțate mai multe decizii ale instanțelor franceze.

c) Alte modalități de soluționare a raporturilor de drept internațional privat. În cazurile în care străinul nu ar putea invoca nici beneficiul vreunei convenții bilaterale, nici beneficiul Convenției de la Paris, se pune problema modului în care va fi asigurată totuși protecția acestuia împotriva concurenței neloiale.

De reamintit, mai întâi, faptul că art. 11 din vechiul Cod civil român (abrogat prin art. 54 al Legii

din 24 februarie 1924), prin care era părăsit modelul francez în materie, consacrase principiul potrivit căruia „străinii se bucurau, în România, de aceleași drepturi ca și românii, în afară de cazurile în care prin lege nu s-ar prevedea expres contrariul”. În felul acesta nu se mai prevedea „condiția reciprocității”.

În prezent, în România legea aplicabilă în raporturile de drept internațional privat este stabilită, ca regulă de bază, prin aplicarea normelor din prin Cartea a VII a Codului civil care se intitulază Dispoziții de drept internațional privat.

Aceasta, conform art 2557 Cod civil "cuprinde norme pentru determinarea legii aplicabile unui raport de drept internațional privat." și se aplică "în măsura în care convențiile internaționale la care România este parte, dreptul Uniunii Europene sau dispozițiile din legile speciale nu stabilesc o altă reglementare."

Pentru o clarificare a modalității de soluționare a raporturilor cu elemente de extraneitate, având în vedere că Codul civil e o reglementare generală în materie, considerăm că este necesar să amintim dispozițiile legilor speciale în materie de proprietate industrială.

Astfel, potrivit art. 1 alin. (2) din Legea nr. 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice: „Prezenta lege se aplică mărcilor de produse și servicii, individuale, colective și de certificare, ce fac obiectul unei înregistrări sau solicitări de înregistrare în România, ca urmare a unei protecții comunitare ori pe cale internațională, precum și indicațiilor geografice.”.

De subliniat că în art. 1 alin. (2) din Legea nr. 28/1967 care a precedat Legea nr. 84/1998 se prevedea, în această privință, ca alternativă „beneficierea de prevederile legii române în condițiile convențiilor internaționale la care România este parte, iar în lipsa acestora, pe bază de reciprocitate” (în prezent această alternativă este eliminată, ceea ce nu înseamnă, desigur, că este exclusă și calea convențiilor bilaterale).

Aceeași observație trebuie făcută în legătură cu Legea nr. 64/1991 privind brevetele de invenție care, în art. 6 prevede că: „Persoanele fizice sau juridice străine având domiciliul sau sediul în afara teritoriului României beneficiază de dispozițiile prezentei legi, în condițiile tratatelor și convențiilor internaționale privind invențiile, la care România este parte” (în art. 6 al legii, înainte de republicarea din 2002, se mai prevedea și posibilitatea ca, în lipsa tratatelor sau convențiilor internaționale, străinii să poată beneficia de prevederile legii române „pe bază de reciprocitate”).

În literatura juridică română se face observația că textele sus-menționate se referă la drepturi de proprietate industrială, a căror protecție este asigurată prin acțiunea în contrafacere. Or, exercitarea acțiunii în concurență neloială nu este legată de existența unui drept exclusiv care este recunoscut în condițiile legilor speciale arătate mai sus.

Prezintă interes a fi cunoscute și modurile de rezolvare a acestor probleme în dreptul comparat. În Franța, problema condițiilor străinilor este rezolvată prin art. 11 C.civ. francez, potrivit căruia „străinul se bucură în Franța de aceleași drepturi civile ca și naționalul, sub condiția reciprocității diplomatice”.

În ceea ce privește protecția împotriva concurenței neloiale, aplicarea dispoziției din art. 11 C. civ. francez a ridicat problema dacă această protecție (împotriva concurenței neloiale) face sau nu parte din „categoria drepturilor civile”.

Jurisprudența franceză, având de rezolvat această problemă, a admis aplicarea textului sus-menționat „exclusiv sub condiția de a fi vorba de drepturi civile”.

În schimb, în doctrina franceză se consideră că străinii care exercită în Franța o activitate industrială sau comercială pot exercita acțiunea în concurență neloială întrucât aceasta ține de *ius gentium* și nu de *ius civile*.

Astfel, unii autori consideră că „acțiunea în concurență neloială trebuie să fie deschisă liber străinilor, din moment ce au dreptul de a face comerț în Franța”. Argumentându-se în drept această afirmație, după ce se evocă adagiul „nul, en tant que commerçant, n’est étranger en France” (nimeni, care este comerciant, nu este străin în Franța), se adaugă că „este perfect admisibil să se refuze străinilor, fără condiția reciprocității, protecția legilor speciale, care creează drepturi privative... Dar

protecția împotriva concurenței neloiale reprezintă doar asigurarea unui minim de corectitudine cerut în lupta comercială și, din moment ce străinii sunt admiși să participe la această luptă, ei trebuie să fie admiși la ea, cu arme egale”.

Chiar și Curtea de Casație a Franței a decis, în două decizii ale sale, că „străinii beneficiază în Franța de toate drepturile de la al căror beneficiu nu sunt excluși în mod expres” (unii autori văzând în aceste decizii o confirmare a poziției doctrinei potrivit căreia „străinii sunt protejați împotriva concurenței neloiale, în afara oricărei condiții de reciprocitate”).

În sistemul german problema străinilor care nu pot invoca nici Convenția de la Paris, nici un alt act internațional este rezolvată (expres) de legea germană pentru reprimarea concurenței neloiale (art. 28).

Potrivit acestui text, „cel care nu are în țară întreprinderea sa principală, nu poate beneficia de protecția legii privind concurența neloială decât în măsura în care comercianții și industriașii germani beneficiază de o protecție similară în statul în care se află stabilimentul lor principal (conform avizului care se inserează în mod obligatoriu în publicația oficială)”.

Cu tot caracterul circumstanțial al textului citat, jurisprudența germană (încă din perioada anterioară a legii menționate) a acordat oricărui străin protecția numelui și a firmei (art. 12 BGB) împotriva concurenței neloiale, în cazurile când străinul nu putea invoca Convenția de la Paris, independent de orice reciprocitate.

Determinarea legii aplicabile în cazul săvârșirii unor acte de concurență neloială. Așa cum s-a subliniat în literatura juridică română²⁸⁰, delictul civil, fie intenționat, fie că este datorat unei simple imprudențe ori neglijențe, este, în principiu, supus legii locului unde a fost săvârșit – *lex loci delicti commissi*.

Problema care se pune este aceea de determinare a legii aplicabile în cazul săvârșirii unor acte de concurență neloiale.

Potrivit dreptului român, în cazurile de răspundere bazată pe culpă, chiar prezumată, deci de răspundere subiectivă, predomină „caracterul preventiv” al răspunderii, pe când în caz de răspundere obiectivă este precumpănitor „caracterul reparator” al răspunderii.

În cazurile de concurență neloială, ambele ipoteze sus-menționate sunt posibile, întrucât răspunderea este angajată atât pentru fapta proprie, cât și pentru fapta prepușilor.

În caz de conflict între „legea faptei” și „legea pagubei”, va primi aplicare „legea faptei” ori de câte ori caracterul educativ-preventiv are întâietate, iar „legea pagubei” ori de câte ori precumpănește caracterul indemnitar.

Aici apare o altă problemă, și anume aceea a „stabilirii prealabile, în fiecare caz concret, dacă soluția este (va fi) comandată de «ideea prevenirii» sau de «ideea reparației»”. Aceasta fiind o problemă de calificare, rezolvarea sa va fi de competența „legii forului”. În practică, problema calificării poate da naștere la dificultăți, una din cele mai importante fiind aceea care se ivește atunci când legea forului califică un caz de răspundere ca fiind o răspundere fără culpă, în timp ce legea desemnată a fi aplicabilă concepe această răspundere ca fiind una subiectivă.

Legea nr. 105/1992, în perioada cât a fost în vigoare, a rezolvat aceste probleme, referindu-se, în mod expres, chiar la „acțiunea în concurență neloială” căreia îi consacră o întreagă secțiune din lege (Secțiunea XI din Capitolul VIII).

Principiul consacrat prin art. 117 era acela al aplicării legii statului „pe a cărui piață s-a produs rezultatul dăunător”.

Textul art. 117 din Legea nr. 105/1992 era următorul: „Pretențiile de reparații întemeiate pe un act de concurență neloială sau pe un alt act care provoacă restrângeri nelegitime liberei concurențe sunt supuse legii statului pe a cărui piață s-a produs rezultatul dăunător”.

Prin art. 118 al legii se prevedea însă și o alternativă și anume că, la cererea persoanei prejudiciate, poate fi aplicată, în locul legii statului pe a cărui piață s-a produs rezultatul dăunător, fie legea statului de sediu al acestei persoane, dacă actul de concurență neloială a produs daune care o privesc în exclusivitate [art. 118 lit. a)], fie legea contractului dintre părți, dacă actul de concurență neloială

a fost săvârșit și a adus prejudicii raporturilor dintre ele [art. 118 lit. b)].

În art. 119 se mai prevedea că „Instanțele pot acorda despăgubiri, conform art. 117 și art. 118, întemeiate pe o lege străină, numai în limitele stabilite de legea română pentru prejudicii corespunzătoare”.

În cazurile în care prejudiciul a fost provocat printr-o infracțiune, trebuie să se facă o distincție după cum acțiunea civilă (alăturată sau nu celei penale) se judecă într-o altă țară decât acțiunea penală sau ambele acțiuni sunt judecate împreună de instanța penală.

În primul caz, „fiecare dintre cele două acțiuni își vor păstra autonomia, atât din punct de vedere al competenței legislative, cât și din acela al autorității lucrului judecat și al precăderii judecății penale asupra judecății civile”.

În asemenea cazuri o bună parte a literaturii juridice din Franța admite că răspunderea civilă va fi subordonată celei penale, în sensul că atât condițiile de fond ale răspunderii civile, cât și cele de exercitare ale acțiunii în reparație vor fi supuse nu legii locului străin unde a fost săvârșit delictul civil, ci legii forului de judecată.

După cum vedem, există puncte de vedere diferite în această privință, punctul de vedere susținut în literatura juridică română, contrar celui exprimat în literatura juridică franceză, fiind motivat în felul următor: „răspunderea civilă nu izvorăște din infracțiune, ci din fapta ilicită civilă pe care legea penală a incriminat-o și, prin urmare, nu din legea penală, ci din legea civilă”, fiind invocate prevederile art. 14 alin. (1)-(3) C. proc. pen.²⁸⁵ (actuale prevederi ale art. 19 Noul Cod de procedură penală). Acest punct de vedere este împărtășit și de alți autori, inclusiv francezi.

În ceea ce ne privește, socotim că acest punct de vedere este cel puțin discutabil, deoarece atunci când o faptă a fost incriminată de legea penală, devenind infracțiune, nu s-ar mai putea susține că ea reprezintă totuși un „delict civil”. De asemenea, art. 14 alin. (3) C. proc. pen. prevede doar că în astfel de cazuri numai „repararea pagubei se va face potrivit legii civile” [art. 19 alin. (5) NCPP dispune în același sens: „Repararea prejudiciului material și moral se face potrivit dispozițiilor legii civile”], și aceasta este și firesc întrucât legea penală nu conține și dispoziții prin care să se stabilească și modul de reparare a pagubei cauzate printr-o faptă incriminată de legea penală, ea limitându-se doar să reglementeze „sanctiunile penale” aplicabile în astfel de cazuri, repararea pagubei făcându-se potrivit legii civile care conține astfel de dispoziții specifice. Este o distincție de natură funcțională, nu una materială, care justifică aplicarea unor legi diferite ca natură unor fapte care produc două categorii de efecte: afectarea valorilor sociale generale ocrotite de legea penală și afectarea intereselor particulare ale persoanelor fizice sau juridice (inclusiv și mai ales cele de natură patrimonială).

De altfel, în art. 14 alin. (2) C. proc. pen. consacră principiul că acțiunea civilă „poate fi alăturată acțiunii penale”, ceea ce semnifică, evident, că soluționarea celor două categorii de efecte se realizează separat, potrivit legii penale și potrivit legii civile, în funcție de natura efectelor produse. Aceste prevederi au fost reluate în mod similar de art. 19 alin (2) Noul Cod de proc. pen.

Reunirea celor două acțiuni, penală și civilă, are doar scopul simplificării și eficientizării acțiunii de judecată, evitându-se complicațiile și dificultățile care ar rezulta din judecarea separată a acestor acțiuni, când s-ar aplica principiul preponderenței penalului asupra civilului [art. 19 alin. (2) C. proc. pen., potrivit căruia „judecata în fața instanței civile se suspendă până la rezolvarea definitivă a cauzei penale” și art. 22 C. proc. pen. potrivit căruia hotărârea definitivă a instanței penale are autoritate de lucru judecat în fața instanței civile și, invers, hotărârea definitivă a instanței civile prin care a fost soluționată acțiunea civilă nu are autoritate de lucru judecat în fața organului de urmărire penală și a instanței penale, cu privire la existența faptei penale a persoanei care a săvârșit-o și a vinovăției acesteia].

Iată, așadar, că deși efectele de natură civilă sunt rezultatul unei fapte incriminate de legea penală (nu a unui delict civil care constituie o faptă ilicită care nu este incriminată de legea penală), acțiunea în răspundere civilă are un caracter autonom (ea fiind doar alăturată acțiunii penale, fără a se suprapune sau confunda cu aceasta), fiind supusă unui regim juridic instituit de legea civilă deosebit

de regimul juridic instituit de legea penală: răspunderea penală aparținând domeniului public, iar răspunderea civilă aparținând dreptului privat.

În consecință, acțiunea civilă, indiferent că este sau nu alăturată celei penale, poate fi exercitată în termenul prevăzut de dispozițiile legii locului săvârșirii delictului și după ce, eventual, acțiunea penală s-ar stinge prin prescripție.

Conform art. 19. (4) din NCPP "Acțiunea civilă se soluționează în cadrul procesului penal, dacă prin aceasta nu se depășește durata rezonabilă a procesului."

De asemenea, conform art. 26 din NCPP "(1) Instanța poate dispune disjungerea acțiunii civile, când soluționarea acesteia determină depășirea termenului rezonabil de soluționare a acțiunii penale. Soluționarea acțiunii civile rămâne în competența instanței penale."

În ceea ce privește dreptul francez, prin art. 1382 C. civ. francez (cărui îi corespundea art. 998 C. civ. român din 1864) este consacrat principiul potrivit căruia o dispoziție de poliție și siguranță obligă pe toți cei care locuiesc pe teritoriul țării [art. 3 alin. (1) C. civ. francez].

Legea competentă pentru a determina caracterul ilicit al actelor de concurență neloială este legea franceză, dacă actele au fost săvârșite pe teritoriul francez, independent de naționalitatea părților în cauză.

Dacă actele de concurență neloială au fost săvârșite în străinătate, legea aplicabilă va fi legea locului săvârșirii lor, în temeiul principiului teritorialității.

În ceea ce privește „determinarea legii aplicabile”, jurisprudența franceză nu pare a avea o poziție clară, recurgând uneori la principiul locului săvârșirii actului, iar alteori la acela al efectului sau al prejudiciului, cu o preferință, în ceea ce privește concurența neloială, pentru legea locului unde s-a produs coliziunea de interese, ceea ce înseamnă „legea locului unde s-au produs efectele actelor de concurență neloială”. Astfel, în special în cazurile de risc de confuzie, aplicarea legislației franceze va depinde de faptul că riscul de confuzie s-a produs pe piața franceză, chiar dacă actul susceptibil să creeze confuzie (de exemplu etichetarea într-un anumit fel a produselor) a avut loc în străinătate. În acest sens s-a pronunțat Curtea de Apel din Paris, care a făcut aplicarea legii franceze unor acte de concurență neloială între două întreprinderi franceze, săvârșite în Anglia, motivându-se că publicitatea efectuată la Londra de către pârât era susceptibilă să cauzeze reclamantului un prejudiciu la Paris, întrucât provoca confuzie în rândurile clientelei engleze în trecere prin Paris.

În sistemul german, locul delictului nu poate fi identificat ipso facto, în toate cazurile, cu locul săvârșirii actului. Ca și în dreptul francez, se consideră că actul de concurență neloială nu poate fi săvârșit decât acolo unde se ciocnesc interesele concurenților. Ca atare, de exemplu, imitării servile i se va aplica legea țării (sau țărilor) în care produsul imitat este vândut, nu legea țării în care imitarea a fost executată. O decizie a Bundesgerichtshof-ului din 20 decembrie 1963 a statuat că niciun principiu juridic nu obligă pe industriașii sau comercianții germani să respecte legea germană, în concurența pe care o fac în străinătate. Dreptul german este însă aplicabil atunci când concurența neloială pe piața străină are loc exclusiv între întreprinderi germane sau când actul de concurență neloială este special îndreptat împotriva unui concurent german căruia i se pune, în acest fel, un obstacol în activitatea pe care o desfășoară.

În concluzie, considerăm că studiul întreprins pune în evidență, cu claritate, depășirea concepțiilor individualiste sau pur comercialiste referitoare la protejarea industriașilor, comercianților și prestatorilor de servicii împotriva actelor anticoncurențiale.

Reformele operate relativ recent la nivelul dreptului comunitar în această materie oferă un ghid perfect pentru legiuitorul și instanțele judecătorești din România, atât în ceea ce privește reglementările naționale, cât și aplicările practice ale acestor reglementări. Textele comunitare dezvoltate și explicite, precum și bogata și diversificată practică jurisdicțională a instanțelor europene, la care ne-am referit pe larg în lucrarea noastră, sperăm să fie și ele o contribuție substanțială în acest sens.

Mai trebuie făcută și o altă subliniere, și anume că Regulamentul (CE) nr. 593/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 17 iunie 2008 privind legea aplicabilă obligațiilor

contractuale (Roma I) nu se aplică în cazul convențiilor privind alegerea instanței competente în situațiile în care există un conflict de legi [art. 1 alin. (2) lit. e) din Regulamentul nr. 593/2008].

Capitolul 9.

Obiectul dreptului concurenței și noțiuni fundamentale

9.1.1. Definiția și obiectul dreptului concurenței

Potrivit Dicționarului explicativ al limbii române (DEX), concurența presupune „întrecere, rivalitate într-un domeniu de activitate” sau „rivalitate comercială, lupta dusă cu mijloace economice între industriași, comercianți, monopoluri, țări etc. pentru acapararea pieței, desfacerea unor produse, pentru clientelă și pentru obținerea unor câștiguri cât mai mari”.

Observăm că noțiunea este susceptibilă de cel puțin două accepțiuni: una generică, iar alta economică. Mai mult, odată cu primele reglementări privind concurența, numeroși juriști și-au îndreptat atenția asupra conceptului de concurență, deoarece acesta nu a dobândit o definiție legală, fapt pentru care putem vorbi despre o altă accepție, specifică dreptului concurenței. De altfel, disputele dintre economiști și juriști sunt în continuă desfășurare, în discuție fiind însăși natura dreptului concurenței.

În accepțiune generală, concurența este „o confruntare între tendințe adverse, care converg spre același scop”. În plan social, ea semnifică conflictul interuman în cadrul căruia fiecare îndeplinește la conservarea și dezvoltarea proprie. În planul relațiilor interumane, concurența implică multiple afinități cu emulația, fără ca între cele două concepte să existe similitudine.

În accepție economică, concurența a fost privită, inițial, ca un factor decisiv care asigură, în mod spontan, divizarea muncii între întreprinderi, precum și condițiile normale ale producției, ale schimburilor și ale consumului de bunuri. Ea este „mâna invizibilă” care, indiferent de orice intervenție statală, realizează adaptarea cererii și ofertei, sub impulsul exclusiv al interesului individual, disciplinând prin ea însăși, în mod natural, întreaga activitate economică. Ulterior, s-a admis că, în esență, concurența definește pe de o parte, un anumit tip de comportament al întreprinderilor, iar pe de altă parte, un mod specific de organizare a activității de piață.

Din perspectiva juriștilor, concurența este o noțiune cu conținut variabil. Ea este privită ca „rivalitatea dintre agenții economici în căutarea și păstrarea clientelei” sau „o luptă, adesea acerbă, între operatorii economici, care exercită aceeași activitate sau o activitate similară, pentru dobândirea, menținerea și extinderea clientelei” ori, mai exact, „confruntarea dintre agenții economici cu activități similare sau asemănătoare, exercitată în domeniile deschise pieței, pentru câștigarea și conservarea clientelei, în scopul rentabilizării propriei întreprinderi”.

Într-o privire rezumativă, putem evidenția următoarele:

- a) confruntarea pe piață are loc între persoane fizice și persoane juridice care exercită activități lucrative mai mult sau mai puțin analoage;
- b) ea se desfășoară în domenii accesibile acestora (deschise pieței);
- c) confruntarea vizează clientela, a cărei sporire asigură rentabilitatea întreprinderii.

Potrivit Glosarului de termeni folosiți în politica de concurență a Uniunii Europene elaborat de Consiliul Concurenței (2003), în ceea ce privește «concurența» regăsim următoarele explicații: «o situație pe piață, în care vânzătorii unui produs sau serviciu acționează independent, pentru

captarea clientelei, pentru a atinge un obiectiv comercial precis, adică un anumit nivel al beneficiilor, al volumului de vânzări și/sau al cotei de piață. Această concurență între întreprinderi poate avea loc în domeniul prețurilor, calității, service-ului sau al unei combinații între acestea, precum și în domeniul altor factori care pot prezenta importanță pentru clienți. O concurență loială și nedistorsionată este piatra de temelie a economiei de piață. Comisia Europeană a fost investită cu puterile necesare pentru a controla respectarea dreptului comunitar al concurenței și pentru a determina aplicarea legislației concurenței de o manieră care să garanteze existența unei concurențe efective pe piața internă.

Funcțiile concurenței. În condițiile unei piețe libere, putem afirma că această forță reglatoare a economiei de piață – concurența – îndeplinește cinci funcții definitorii:

- facilitează ajustarea automată a cererii și ofertei în orice domeniu al activității economice;

Concurența stimulează preocupările pentru creșterea, diversificarea, îmbunătățirea calității ofertei de mărfuri, pentru adaptarea ei la dinamica cerințelor cererii. Pe de o parte, pe piețele dominate de ofertă, strategia competițională determină întreprinderile să se particularizeze față de rivali; pe de altă parte, pe piețele dominate de cerere, în relațiile cu clienții potențiali, se urmărește specializarea într-un sector individualizat al cererii.

- împiedică realizarea profitului de monopol de către întreprinderi;

Ea asigură o alocare rațională a resurselor în variatele utilizări solicitate de piață și statornicește o repartizare a beneficiilor proporțională cu contribuția efectivă a întreprinderilor în procesul de producție și distribuție de bunuri. De asemenea, prin concurență se descoperă mărimea și structura optimă a activității desfășurate de o întreprindere (acelea care mențin cel mai ușor costul pe unitate de produs la un nivel cât mai mic).

- stimulează realizarea progresului (inovațiile, crearea de mărfuri noi și de tehnici de producție tot mai perfecționate);

Concurența oferă întreprinderilor un puternic motiv de a dezvolta produse performante și competitive, precum și de a descoperi noi metode de a produce cu un cost cât mai scăzut.

- Mecanismul concurențial asigură plasarea prețurilor la niveluri reale, favorizând raționalizarea costurilor, ca mijloc de sporire a profiturilor.

În condițiile economiei de piață, raporturile ce se stabilesc între cantitatea vândută și prețurile de desfacere practicate relevă faptul că un profit mai mare rezultă din creșterea desfacerilor și mai puțin din prețurile mari stabilite. Un preț rezonabil atrage o masă mare de clienți, ajungându-se astfel la un volum mai mare al desfacerii, iar în final, la un profit egal cu cel ce ar putea fi realizat prin eventualitatea creșterii prețurilor.

- Concurența are un rol direct asupra psihologiei întreprinderilor.

Ea alimentează optimismul acestora, stimulându-le creativitatea, făcând ca ei să se preocupe permanent de eficiență, de maximizarea profitului și, implicit, de satisfacerea în condiții bune a nevoilor de consum.

Concurența poate fi privită atât ca un scop în sine (concurența – condiție), condiția tuturor progreselor economice și de a cărei existență depinde însăși existența libertății economice pe piață, cât și ca mijlocul necesar de asigurare a echilibrului și progresului economic (concurența – mijloc). Cele două abordări corespund în mod tradițional concepțiilor americane, respectiv europene asupra concurenței, diferențele fiind evidențiate de soluțiile diferite reținute de Statele Unite și Europa cu privire, spre exemplu, la proiectul de concentrare General Electrics/Honeywell și poziția dominantă a companiei Microsoft.

Autorii concepției „concurența – condiție” au elaborat un model teoretic al concurenței pure și perfecte (§.1.a), care o situează la antipod față de monopol și monopson.

Întrucât acest prototip este unul ideal, greu de realizat, viața economică s-a confruntat cu diferite forme de concurență imperfectă, fapt care a condus, sub influența fenomenelor politice și social economice, la cristalizarea conceptului de concurență practicabilă sau eficientă (workable competition) (§.1.b). Decalajul s-a datorat unor factori perturbatori (§.3), în principal fenomenului

natural al concentrării întreprinderilor, care a contribuit la dispariția treptată a atomicității pieței, necesitând, totodată, intervenția statului în economie, atât în relațiile interne, cât și cele de import și de export, deoarece condițiile de exercitare a concurenței s-au schimbat.

Dintr-o altă perspectivă, în ambianța economiei de piață, rivalitatea dintre întreprinderi poate să îmbrace diferite forme și să atingă grade foarte diferite de intensitate. Astfel, putem vorbi de concurența licită (stimulativă, normală) și concurența patologică, însă tabloul este definitivat de zona concurenței interzise, anumite raporturi fiind sustrate competiției fie prin lege, fie prin convenția părților

Odată demolat mitul concurenței pure și perfecte, efervescența științifică a studiilor de economie industrială în strânsă conexitate cu fenomenele politice și economico sociale care s-au succedat în plan doctrinar, putem vorbi de patru școli de gândire americană și două europene, corespunzătoare unor etape istorice diferite, cu precizarea că între acestea nu există limite rigide de demarcație (§4).

9.1.2. Noțiuni fundamentale ale dreptului concurenței: agentul economic, clientela și piața relevantă

Prin Agent economic, se înțelege Persoana sau grup de persoane indeplinind functii bine determinate in viata economica. Agentii economici sunt entitati de natura sociala recunoscute si, eventual, oficializate ca atare, prin care anumiți subiecti indivizi sau grupuri concep si promoveaza, in mod coerent, actiuni decurgand din interesele lor.

În România, potrivit Legii 15/1990 privind reorganizarea unitatilor economice de stat ca regii autonome si societati comerciale principalii agenti economici sunt:

1. regiile autonome, companiile nationale si societatile nationale organizate sa functioneze pentru exploatarea de bunuri ale statului sau valorificarea unor drepturi ale sale in ramurile strategice ale economiei nationale (mine, gaze naturale, posta, transport etc.);

2. societatile comerciale, asociatii constituite de persoane fizice si juridice cu scopul efectuarii unor acte de comert organizate conform Legii 31/1990 privind societatile comerciale..

Pentru a obține profit, întreprinderile urmăresc dobândirea unei clientele statornice. Întrucât, la nivelul unei anumite piețe relevante de mărfuri sau servicii putem vorbi, în principiu, de o anumită dimensiune a cererii, atragerea unei părți a acesteia de către o anumită întreprindere implică pierderea ei de către întreprinderile concurente sau, altfel spus, succesul unei întreprinderi se reflectă în insuccesul alteia. Așadar, lupta pentru câștigarea, păstrarea și extinderea clientelei definește, în linii mari, concurența și caracterizează economia de piață.

Noțiunea de clientelă include în conținutul său o dublă semnificație, una de ordin uman, cealaltă de natură materială, pe care se impune să le disociem.

Pe de o parte, clientela se definește ca ansamblul de persoane care obișnuiesc să se aprovizioneze de la un anumit comerciant sau să recurgă la serviciile sale. Sunt relevante, în acest sens, personalitatea comerciantului, comportamentul său, reputația individuală, prețurile convenabile și calitatea produselor, dar și factorul obiectiv, vadul comercial, care se materializează în aptitudinea fondului de comerț de a polariza publicul îndeosebi prin amplasamentul favorabil.

Pe de altă parte, clientela este abordată în mod abstract, independent de consumatorii care o alcătuiesc în fapt, acordându-se prioritate prețurii pecuniare aferente. Din acest punct de vedere, clientela constituie o valoare economică, datorită relațiilor ce se stabilesc între titularul fondului de comerț și aceste persoane, care își procură mărfurile și serviciile de la comerciantul respectiv.

În concluzie, prin clientelă înțelegem valoarea pe care o reprezintă raporturile probabile sau posibile cu persoanele care frecventează un anumit fond de comerț. Astfel caracterizată, clientela se analizează ca o posibilitate globală de contracte viitoare și repetabile cu consumatorii. Ea echivalează cu reprezentarea, din punct de vedere pecuniar, a beneficiului pe care titularul fondului de comerț îl poate obține din vânzările sau prestațiunile ce îi sunt solicitate de ansamblul persoanelor care, în virtutea unor considerațiuni diverse, sunt în fapt, iar nu în drept, atașate de stabilimentul său.

Felurile clientelei

Prin raportarea la diversele legături existente între un operator economic și clientelă putem distinge între:

clientela atrasă – se compune din consumatorii care se adresează aceluiasi comerciant în virtutea obișnuinței și pentru încrederea ce le-o inspiră;

clientela angajată – însumează totalitatea persoanelor care au încheiat cu comerciantul un contract de aprovizionare, stabilind așadar între ei legături constante, de durată.

clientela derivată – apare îndeosebi în magazinele universale cu multitudine de standuri, un distribuitor (concesionar) beneficiind de fluxul de consumatori atrași de întreg complexul comercial în care își desfășoară activitatea, fără să intervină decât într-o măsură mică, atractivitatea decurgând din propriile sale însușiri sau cele atribuibile produselor oferite spre desfacere.

clientela ocazională – este strâns legată de amplasamentul favorabil al fondului de comerț, de vadul comercial. Totuși localizarea arătată nu constituie o cerință obligatorie; în adevăr, un comerciant ambulant poate să-și formeze și el, pe itinerarul pe care îl străbate, o clientelă ocazională.

Clientela comună. Odată cu apariția rețelelor de distribuție sau concesiune și a contractelor de franciză, s-a pus problema determinării apartenenței clientelei. Literatura de specialitate și practica judiciară nu au formulat un punct de vedere unitar în acest sens. Astfel, în ceea ce privește rețelele de distribuție sau concesiune, s-a arătat, de exemplu, că publicul care frecventează un punct de distribuție de produse ale unei societăți petroliere este atras datorită investiției societății în cauză și nu a gerantului, deși acesta din urmă vine în contact direct cu consumatorii. Totuși, în cazul în care concesionarul acordă o politică de discount-uri și premii pentru produsele comercializate, balanța înclină în favoarea acestuia. Așadar, nu se poate realiza o delimitare clară în ceea ce privește apartenența clientelei, fapt pentru care a fost folosită expresia de clientelă comună.

Noțiunea de „piață” este strâns legată de producția de mărfuri și, implicit, de comerț. Ea are diverse semnificații, în funcție după cum este privită din punct de vedere geografic, structural, temporal sau juridic. Astfel, putem vorbi de piețe locale, regionale sau naționale, la aceasta din urmă contribuind, într-o oarecare măsură și frontiera, ca instrument de securitate juridică în relațiile politice dintre state, dar și un obstacol în calea dezvoltării relațiilor lor economice. Pe plan juridic, pot fi asociate mai multor piețe naționale printr-un acord interstatal putând forma o uniune, iar în spațiul geografic al aceleiași țări putem deosebi între piețe cu regim general și piețe cu regim special, având în vedere reglementarea specială aplicabilă acestora (piața bancară, bursieră, a asigurărilor etc.) De asemenea, piețele pot avea organizare permanentă sau efemeră (târguri ocazionale), pot prezenta o gamă variată de mărfuri (piețe globale) sau sunt axate pe anumite grupe de produse sau servicii (piețele sectoriale).

Din punct de vedere al elementelor extrinseci, piața este spațiul agreat și, de regulă, amenajat unde se reunesc producătorii și consumatorii. Din punct de vedere substanțial, piața îndeplinește funcția economică de a realiza legătura dintre cererea și oferta de mărfuri, de servicii sau lucrări, stabilind circuitul dintre producție și consum; ea este ambianța unde se întâlnesc, în spațiu și în timp, voințele ofertanților și ale solicitanților. În concluzie, orice piață, independent de tipologia în care se încadrează, exprimă o multitudine de tranzacții; ea adaptează și corelează nevoile producătorilor și ale cumpărătorilor sau, într-o accepție mai extinsă, ale cererii și ofertei, în conformitate cu legile economice de desfășurare a schimbului de valori materiale.

În ceea ce privește politica în domeniul concurenței, noțiunea de piață are o altă conotație, deoarece nu toți ofertanții de pe o piață de găsesc în competiție, fapt pentru care a fost dezvoltat conceptul de „piață relevantă” (relevant market).

Inițial, caracteristicile pieței relevante au fost reliefate de jurisprudența federală din Statele Unite, în aplicarea US Sherman Act, care instituiseră restricții împotriva monopolizării, iar apoi dezvoltate de literatura de specialitate din statele care au introdus, la rândul lor, reglementări antimonopoliste. Astfel, piața a fost definită ca fiind „locul unde se confruntă cererea și oferta unor produse sau servicii, care sunt socotite de cumpărători ca substituibile între ele, dar nu și substituibile cu alte

bunuri sau servicii oferite”.

Potrivit Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (OCDE), „Definiția pieței ia în considerare atât cererea, cât și aprovizionarea. Pe latura cererii, produsele trebuie să fie substituibile din punct de vedere al cumpărătorului. Pe latura aprovizionării, piața include numai vânzătorii care realizează produsul relevant sau care își pot lesne modifica producția spre a oferi produse de substituție sau conexe”.

Deși împrumutată din teoria economică, piața a devenit o noțiune cheie, iar definirea (delimitarea) pieței pertinente un instrument esențial de analiză în dreptul concurenței prin care se stabilesc granițele în care se exercită concurența între întreprinderi. Ea permite stabilirea cadrului în care Comisia sau, după caz, autoritățile de concurență aplică politica în domeniul concurenței. Scopul principal al definirii pieței este acela de a identifica în mod sistematic constrângerile concurențiale cu care se confruntă întreprinderile în cauză.

Definirea pieței, atât la nivelul produselor, cât și la nivel geografic, trebuie să permită identificarea concurenților existenți ai întreprinderilor în cauză, care sunt capabili să condiționeze comportamentul respectivelor întreprinderi și să le împiedice să acționeze independent de presiunile unei concurențe efective. Tocmai din această perspectivă, definirea pieței permite, inter alia, calcularea cotelor de piață, care pot oferi informații relevante privind puterea de piață, în vederea evaluării unei poziții dominante sau în vederea aplicării dispozițiilor articolului 101 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

În ideea de a crește nivelul de transparență a politicii sale și a procesului decizional în materie de politică în domeniul concurenței, Comisia Europeană a definit conceptul de piață relevantă în Comunicarea Comisiei privind definirea pieței relevante în sensul dreptului comunitar al concurenței, astfel încât întreprinderile să fie în mai mare măsură să anticipeze posibilitatea stabilirii, de către Comisie, a faptului că un anumit caz ridică probleme de concurență. În consecință, întreprinderile vor putea să ia în considerare acest aspect în procesul decizional intern, atunci când planifică, de exemplu, o achiziție, înființarea unei societăți în comun sau încheierea anumitor acorduri. De asemenea, ele vor putea înțelege mai bine ce tip de informații sunt considerate relevante de Comisie în vederea definirii pieței.

În plan național, Consiliul Concurenței a emis Ordinul nr. 388 din 5 august 2010 pentru punerea în aplicare a Instrucțiunilor privind definirea pieței relevante urmărind o abordare similară cu cea din Comunicarea Comisiei privind definirea pieței relevante în sensul dreptului comunitar al concurenței, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene seria C nr. 372 din 9 decembrie 1997, și oferă un cadru conceptual privind definirea pieței relevante.

Conceptul de piață relevantă este strâns legat de obiectivele urmărite în cadrul politicii comunitare de concurență. De exemplu, în ceea ce privește controlul comunitar al concentrărilor economice, controlul modificărilor structurale care afectează oferta unui produs sau a unui serviciu are ca scop să împiedice crearea sau consolidarea unei poziții dominante, care ar avea ca rezultat limitarea considerabilă a concurenței efective într-o parte substanțială a pieței comune. O asemenea situație se produce atunci când o întreprindere sau un grup de întreprinderi asigură o parte importantă a ofertei pe o piață determinată, cu condiția ca alți factori analizați în cursul evaluării (cum ar fi barierele la intrare, capacitatea de reacție a clienților etc.) să indice același lucru. Aceeași abordare o întâlnim și în aplicarea art. 102 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene, în cazul întreprinderilor aflate, individual sau colectiv, în poziție dominantă.

Criteriile de definire a pieței relevante se aplică, în general, pentru analiza anumitor tipuri de comportamente pe piață și pentru analiza modificărilor structurale ale ofertei de produse. Cu toate acestea, metodologia menționată anterior ar putea conduce la rezultate diferite în funcție de natura problemei de concurență care este examinată. De exemplu, dimensiunea pieței geografice poate fi diferită atunci când este analizată o concentrare economică, în cazul căreia analiza este esențial prospectivă, față de cazul în care este analizat un comportament trecut. Orizontul temporal diferit luat în considerare în fiecare caz în parte ar putea conduce la rezultatul că piețe geografice diferite

sunt definite pentru aceleași produse, atunci când Comisia examinează o modificare în structura ofertei, de exemplu o concentrare economică sau o societate în comun cooperativă, sau atunci când examinează probleme legate de un comportament trecut.

Piața relevantă are două dimensiuni fundamentale: produsul și aria geografică. Piața produsului descrie produsul sau serviciu, iar piața geografică descrie teritoriul producătorilor sau vânzătorilor produsului. Potrivit Comunicării Comisiei (considerentul 9), piața relevantă în cadrul căreia trebuie evaluată o anumită problemă de concurență se determină prin combinarea pieței produsului și pieței geografice, componente ale căror definiții s-au desprins din jurisprudența Curții de Justiție și a Tribunalului de Primă Instanță, precum și propria sa practică decizională.

Capitolul 10.

Dreptul concurenței neloiale

Noțiunea de concurență neloială

Așa cum am mai arătat, ideea de concurență apare ori de câte ori mai multe persoane urmăresc un scop identic, în activitatea economică. Desfășurarea acestei „con competiții” trebuie să se realizeze într-un cadru organizat, întreprinderile având obligația să acționeze cu respectarea uzanțelor cinstite, în conformitate cu principiul bunei-credinței și cu legea, respectiv Legea nr. 11/1991), actul normativ având scopul asigurării unei concurențe loiale, ținând cont de respectarea și ocrotirea intereselor celor implicați, inclusiv de cele ale consumatorilor (art. 1).

În consecință, putem afirma că acea competiție economică purtată între comercianți sau/și orice alte persoane care desfășoară activități cu caracter economic, în care sunt utilizate mijloace neonestе desemnează, sintetic, noțiunea de concurență neloială.

Întrucât această problemă este una spinoasă pentru existența piețelor concurențiale, ea a avut rezonanță în plan internațional încă din momentele de început ale cristalizării legislației concurenței, iar cu ocazia revizuirii de la Washington, a fost introdus în textul Convenției de la Paris art. 10 bis, modificat ulterior la Lisabona, prin care țările membre ale Uniunii se obligă să asigure resortisanților acesteia „o protecție efectivă împotriva concurenței neleale”.

Potrivit alineatul (2) al art. 10 bis, actul de concurență neloială este definit ca fiind „orice act de concurență contrar uzurilor cinstite în materie industrială și comercială”. Cu toate acestea, în concepția legiuitorului nostru, constituie concurență neloială „practicile comerciale ale întreprinderii care contravin uzanțelor cinstite și principiului general al bunei-credințe și care produc sau pot produce pagube oricăror participanți la piață” (art. 2 din Legea nr. 11/1991).

Putem, astfel, observa că textul românesc se abate de la conținutul art. 10 bis al Convenției de la Paris din 1883, fapt care marchează abandonarea tezei clasice și recunoașterea implicită a faptului că loialitatea trebuie să guverneze activitatea comercială și industrială, chiar în absența unui raport de concurență între competitori.

Pentru a evita anumite discuții legate de înțelesul expresiei „uzanțe cinstite”, la art. 2 alin. (2) din Legea nr. 11/1991 se arată că „sunt interzise practicile de concurență neloială, după cum urmează: denigrarea unui competitor sau a produselor/serviciilor sale, realizată prin comunicarea ori răspândirea de către o întreprindere sau reprezentantul/angajatul său de informații care nu corespund realității despre activitatea unui concurent sau despre produsele acestuia, de natură să îi lezeze interesele; b) deturnarea clientelei unei întreprinderi de către un fost sau actual salariat/reprezentant al său ori de către orice altă persoană prin folosirea unor secrete comerciale, pentru care respectiva întreprindere a luat măsuri rezonabile de asigurare a protecției acestora și a căror dezvăluire poate dăuna intereselor acelei întreprinderi; c) orice alte practici comerciale care contravin uzanțelor cinstite și principiului general al bunei-credințe și care produc sau pot produce pagube oricăror participanți la piață”.

Cu toate că definiția adoptată de legiuitorul nostru aduce unele elemente progresiste precum eliminarea condiției de existență a raportului de concurență și, în consecință, lărgirea ariei de aplicare a legii, totuși, ea este caracterizată de literatura de specialitate ca fiind „insuficient de precisă și de analitică pentru a califica anumite fapte de concurență ca fiind unele neloiale”, fapt pentru care a fost propusă o altă definiție:

„Concurența neloială, ca formă de manifestare a concurenței ilicite, are în vedere acele acte sau fapte juridice (acțiuni omenești), incriminate ca infracțiuni, contravenții sau doar delikte civile, după caz, prin care comercianții ori alți subiecți calificați (salariații comercianților ori funcționari publici, după caz) încalcă cu intenție sau numai din culpă prevederile legale care cârmuiesc concurența și/sau normele (uzanțele) moralei afacerilor, preluate și considerate ca izvoare de către dreptul pozitiv, în scopul atragerii unui număr cât mai mare de clienți dinspre concurenți”.

Articolele 5 și 6 din Legea nr. 11/1991 definesc principalele acte de concurență neloială (fie că ele sunt sancționate contravențional sau penal), însă această listă nu este și nu poate fi exhaustivă în privința practicilor neloiale. După cum remarcă experții Organizației Mondiale a Proprietății Intelectuale, există întotdeauna acte noi de concurență neloială, de vreme ce, în aparență, nu există niciun fel de limite ale inventivității în domeniul concurenței. Orice încercare de a cuprinde toate actele de concurență, prezente și viitoare, într-o definiție cuprinzătoare – care, în același timp, prezintă toate comportamentele interzise și este destul de flexibilă pentru a se adapta noilor practici comerciale – a eșuat până în prezent.

Observăm că, în prezent, dispozițiile referitoare la concurența neloială au dobândit o semnificație mai largă, urmărind o dublă protecție: nu numai pe cea a întreprinderilor care desfășoară o activitate economică, dar și protecția colectivității împotriva abuzurilor săvârșite de acestea, atât în exercitarea activității profesionale, cât și a utilizării mijloacelor publicitare. Această idee a fost pusă în lumină, încă din 1937, de E. Ulmer, având consecințe practice deosebit de importante, întrucât conduce la ideea reprimării abuzurilor independent de orice încălcare directă a unui drept subiectiv. De asemenea, această concepție deschide unor asociații profesionale sau de consumatori posibilitatea de a sta în justiție în asemenea acțiuni.

Tipurile de acte și fapte de concurență neloială

În ceea ce privește clasificarea actelor și faptelor de concurență neloială, în literatura de specialitate au fost avansate diferite criterii rezultând astfel diferite clasificări.

În literatura juridică, potrivit unei opinii, mijloacele de concurență neloială se pot grupa în patru categorii: confuzia, mijloace de denigrare, mijloace de dezorganizare internă a unei întreprinderi concurente și mijloace de dezorganizare a pieței. Pe de altă parte, într-o altă clasificare care pare a fi dominantă, plecând de la clasificarea lui Roubier, autorii disting între patru mari grupe de mijloace neloiale, anume: confuzia, denigrarea, dezorganizarea și parazitismul economic.

În ceea ce privește literatura noastră juridică, ne oprim asupra abordării d-nei Y. Eminescu, care grupează practicile de concurență neloială astfel:

- a) mijloace de confuzie;
- b) exploatarea muncii și organizării altuia;
- c) denigrarea;
- d) publicitatea mincinoasă, inoportună și șocantă;
- e) boicotajul și discriminarea;
- f) diferite forme de vânzare (cu preț redus, sub prețul impus, cu primă etc.).

Vom proceda la o scurtă trecere în revistă a principalelor mijloace de concurență neloială plecând de la clasificările prezentate, astfel: confuzia (§.1), dezorganizarea (§.2), denigrarea (§.3) și parazitismul economic (§.4).

Confuzia

Confuzia ocupă, printre principalele practici neloiale, un loc privilegiat, fiind considerat totodată cel mai vechi și cel mai frecvent utilizat. Ea poate fi creată prin imitația elementelor ce atrag clientela conducând la confuzia între întreprinderi (1) sau la confuzia asupra originii produselor și serviciilor (2). Nu de puține ori confuzia este creată de publicitate falsă (3).

1. Confuzia între întreprinderi

Principalele mijloace de confuzie poartă asupra semnelor distinctive care caracterizează întreprinderea din prisma consumatorilor. Astfel, putem vorbi de confuzie ca rezultat al imitării semnelor distinctive ale întreprinderii (a), a publicității (b) sau prezentării exterioare a acesteia (c).

a) Principalele semne distinctive ale întreprinderii sunt firma și emblemă. Firma (numele comercial) este numele sau denumirea sub care un comerciant este înmatriculat în registrul comerțului, sub care își exercită comerțul și sub care semnează. Întrucât orice firmă trebuie să se deosebească de cele existente, o firmă poate fi înmatriculată în registrul comerțului doar dacă prezintă caracter de noutate și disponibilitate și este licită. Se are în vedere noutatea relativă a acesteia, nu absolută. Raportarea se face la firmele deja înregistrate de comercianți care desfășoară același gen de comerț. Dacă o firmă nouă este asemănătoare cu o alta, trebuie să se adauge o mențiune care să o deosebească de aceasta, fie prin desemnarea mai precisă a persoanei, fie prin indicarea felului de comerț exercitat sau în orice alt mod.

Emblema este semnul sau denumirea care deosebește un stabiliment al unui comerciant de un alt stabiliment al aceluiași comerciant sau al altui comerciant. Emblema trebuie să aibă caracter de noutate și distinctivitate față de celelalte embleme înregistrate în același registru al comerțului, pentru același fel de comerț, precum și față de emblemele altor comercianți de pe piața unde comerciantul își desfășoară activitatea.

Prin înscrierea în registrul comerțului a firmei și emblemei, comerciantul dobândește un drept de folosință exclusivă asupra acestora. Pentru apărarea acestui drept titularul său poate promova acțiunea în concurență neloială și, totodată, poate cere radierea înmatriculării respective.

b) Imitarea mijloacelor publicitare. Publicitatea are un rol deosebit de important pentru atragerea clientelei, dar și pentru informarea consumatorilor.

Potrivit art. 3 lit. a) din Legea nr. 158/2008 privind publicitatea înșelătoare și publicitatea comparativă, prin publicitate se înțelege orice formă de prezentare a unei activități comerciale, industriale, artizanale sau liberale, în scopul promovării vânzării de bunuri ori servicii, inclusiv bunuri imobile, drepturi și obligații.

De menționat este faptul că ideile publicitare nu sunt protejate ca asemenea, ci numai forma specială, concretă în care se prezintă. Cu toate acestea, utilizarea ideii publicitare a altuia este inadmisibilă, dacă a fost cunoscută prin mijloace neloiale (de exemplu, prin abuz de încredere). De asemenea, legiuitorul dă posibilitatea înregistrării sloganurilor publicitare ca mărci, situație în care titularul lor are la îndemână pe lângă acțiunea în concurență neloială și acțiunea în contrafacere. În ceea ce privește distinctivitatea acestora, se consideră că este suficient un anumit grad de fantezie în alcătuirea acestora sau de originalitate, însă nu se admite imitația servilă (reproducere textuală sau aproape integrală, similitudinea unor fraze întregi etc.).

c) Prezentarea exterioară a unei întreprinderii poate fi determinată pentru clientelă, ea putând antrena confuzie, din punct de vedere al consumatorului, în măsura în care acesta face obiectul unei imitări din partea unei întreprinderii concurente. Sunt avute în vedere situațiile în care aceste elemente prezintă un caracter de originalitate și nu reprezintă rezultatul tendințelor modei la un anumit moment dat. Spre exemplu, poate crea confuzie: vestimentația angajaților, culorile folosite în exterior, dar și în amenajările interioare, aranjarea mobilierului etc. În aprecierea riscului de confuzie au avut în vedere trăsăturile de originalitate, amplasarea întreprinderilor, dar și notorietatea acestora.

2. Confuzia asupra originii produselor și serviciilor

Se poate manifesta fie sub forma imitării produselor întreprinderii concurente (a), fie sub forma confuziei cu privire la semnele distinctive ale produselor și serviciilor (b).

a) Imitarea produselor întreprinderii concurente

Imitarea produselor poate îmbrăca forma imitării servile – situație în care se recurge la o imitare profundă, dincolo de aspectul exterior al produsului, în specificitatea sa tehnică, în caracteristicile și funcționabilitatea sa – sau a imitării cvasiservile – situație în care produsele prezintă asemănări ori similitudini, acestea dominând în ansamblu diferențele față de produsele imitate. Indiferent de forma pe care o îmbracă, pentru a putea fi sancționată pe calea acțiunii în concurență neloială se impune probarea confuziei sau a riscului de confuzie în rândul consumatorilor. În acest sens, trebuie întrunite următoarele condiții: a) produsele să fie de aceeași natură; b) între produse să existe similitudini obiective; c) produsele să se adreseze aceleași clientele. Totuși, sunt situații în care asemănările sunt justificate de natura produsului, banalitatea acestuia sau de exigențele tehnice ori legate de compatibilitatea funcțională a unor produse.

Atunci când un produs nu beneficiază de protecție acordată prin intermediul drepturilor de proprietate intelectuală, întrebarea care se pune este aceea de a ști dacă o imitație sau o copie servilă poate fi realizată liber.

Pentru a răspunde la această întrebare trebuie avut în vedere că:

-pe de o parte, în virtutea principiului libertății concurenței, regula trebuie să fie libertatea de reproducere a produselor care se găsesc în domeniul public. Monopolul de exploatare recunoscut titularului dreptului de proprietate industrială constituie o excepție de la principiul liberei concurențe, iar condițiile de exercitare sunt strict delimitate.

-pe de altă parte, realizarea unei copii servile a unui produs care este în domeniul public astfel încât aceasta să creeze o confuzie cu produsul copiat permite intentarea acțiunii în concurență neloială în aplicarea principiului libertății concurenței, fără a distinge după cum imitatorul a intenționat să creeze confuzie sau a făcut-o din imprudență ori neglijență. Totuși, protecția este limitată la domeniul creației ornamentale, excluzând creația formelor funcționale (arătate prin brevete). Se are în vedere faptul că „standardizarea conduce în mod necesar la o anumită similitudine a elementelor funcționale, astfel încât existența acesteia nu poate fi, în sine, constitutivă de concurență neloială, atunci când mecanismele funcționează după același principiu și urmăresc același efect”.

În concluzie, imitarea produselor altuia este sancționată ca faptă de concurență neloială nu numai atunci când conduce la confuzie, ci și când constă în apropierea muncii altuia.

b) Confuzia cu privire la semnele distinctive ale produselor

Confuzia cu privire la semnele distinctive ale produselor (mărci, indicații geografice, ambalaje etc.) reprezintă mijlocul cel mai frecvent utilizat pentru a crea confuzie. Totuși, întrucât întreprinderile pot obține o protecție specifică a semnelor distinctive ale produsele lor, care le dă dreptul la exploatare exclusivă pe o anumită perioadă, acțiunea în concurență neloială este mai puțin utilizată în detrimentul acțiunii în contrafacere.

Marca este un semn distinctiv, care diferențiază produsele și serviciile unei persoane prin garanția unei calități determinate și constante, formând, în condițiile legii obiectul unui drept exclusiv. Pot constitui mărci următoarele semne: cuvinte, inclusiv nume de persoane, desene, litere, cifre, elemente figurative, forme tridimensionale și, în special, forma produsului sau a ambalajului său, combinații de culori, precum și orice combinație a acestor semne. Înregistrarea mărcii conferă titularului său un drept exclusiv asupra mărcii pe o perioadă de 10 ani de la data depozitului național reglementar, cu posibilitatea de reînnoire.

Aprecierea riscului de confuzie este legată de: întinderea teritorială a protecției semnului distinctiv (națională, comunitară sau internațională), elementele din care acestea sunt alcătuite (vizuale, sonore sau intelectuale), forța distinctivă a semnului sau notorietate mărcii.

În practică, s-a admis că există risc de confuzie între mărcile „Paris Voyage” și „Paradis Voyage”, „Etoile” și „Stella”, „Soleil” și „Sun”, „Dental” și „Dentol”, „Petromax” și „Petrolux”, „La vache

qui rit” și „La vache serieuse”. Mai mult, s-a decis că marca Omega, pentru ceasuri, este protejată și împotriva folosirii sale pentru aparate electrice, pe motivul că acesta are renume universal (este o marcă notorie), deși, în speță, nu există un raport de concurență.

Având în vedere modul de dobândire a dreptului exclusiv (prioritate de folosire, prioritate de înregistrare sau dobândirea unei notorietăți), protecția mărcilor se poate asigura prin acțiunea în contrafacere sau prin acțiunea în concurență neloială, însă, în absența unui depozit, se va putea utiliza numai acțiunea în concurență neloială. De asemenea, trebuie să precizăm faptul că titularul unei mărci are la îndemână acțiunea în concurență neloială numai în situația în care semnul înregistrat ca marcă a fost exploatat, spre deosebire de acțiunea în contrafacere pe care o are la îndemână independent de exploatarea efectivă a acestuia.

Analiza jurisprudenței a permis desprinderea câtorva reguli în legătură cu aprecierea riscului de confuzie:

a. standardul la care se face raportarea este consumatorul obișnuit (cu nivel de educație, inteligență și atenție normale, medii);

b. riscul de confuzie există ori de câte ori o parte considerabilă a consumatorilor este expusă la confuzie;

c. nu este necesar ca riscul de confuzie să se fi produs, dar nici faptul că s-a produs o asemenea confuzie nu constituie dovada existenței acestui risc;

d. riscul de confuzie se apreciază în funcție de sfera consumatorilor eventuali (de publicul larg, pentru produsele de larg consum, ori de specialiști, pentru produsele pentru care aceștia sunt cumpărătorii);

e. riscul de confuzie se apreciază diferit în funcție de natura semnului distinctiv (marcă slabă sau puternică);

Indicația geografică este denumirea servind la identificarea unui produs originar dintr-o țară, regiune sau localitate a unui stat, în cazurile în care o calitate, o reputație sau alte caracteristici determinate pot fi în mod esențial atribuite acestei origini geografice [art. 3 lit. g) din Legea nr. 84/1998];

Indicațiile geografice conferă titularilor un drept de folosință teritorial, colectiv, inalienabil și imprescriptibil. Astfel, ele pot fi folosite numai de persoanele care produc sau comercializează produsele pentru care indicațiile au fost înregistrate. Pentru acordarea protecției, trebuie să existe o strânsă legătură între produsele la care se referă indicația geografică și locul de origine a acestora în ceea ce privește calitatea, reputația ori alte caracteristici. Simplul fapt că produsul la care se referă denumirea este originar dintr-o anumită regiune, nu justifică protecția indicației geografice, nici în situația în care se adaugă mențiuni ca gen, tip sau imitație.

Confuzia prin ambalaje este destul de frecventă mai ales în ceea ce privește produsele lichide. Faptul că un comerciant folosește un ambalaj identic pentru același tip de produs poate crea confuzie în ceea ce-i privește pe consumatori. În această privință trebuie avute în vedere atât forma ambalajului, cât și aspectul exterior (cromatica folosită).

Legiuitorul nostru sancționează folosirea unei firme, invenții, mărci, indicații geografice, unui desen sau model industrial, unor topografii ale unui circuit integrat, unei embleme sau unui ambalaj de natura să producă confuzie cu cele folosite legitim de alt comerciant (art. 5 lit. a);

3. Publicitatea mincinoasă ori falsa publicitate

Publicitatea sau reclama mincinoasă este actul unui industriaș sau comerciant care, pentru a-și ameliora poziția în raporturi de concurență, face afirmații contrare adevărului, cu privire la persoana, întreprinderea, produsele sau serviciile sale. Publicitatea mincinoasă este considerată totodată „un mijloc de dezorganizare generală a pieței, alături de invocarea de titluri și calități false de uzurpare de medalii și recompense și diferite forme speciale de vânzare.

În viziunea altui autor, falsa publicitate, „constă în prezentarea propriei activități într-o lumină favorabilă, fără ca aceasta să corespundă realităților exagerând intenționat realizările sau ascunzând

cu bună-știință eșecurile cu scopul de a induce în eroare partenerii comerciali sau consumatorii și de a crea o situație de favoare în dauna altor concurenți”.

Atât falsa publicitate, cât și cea mincinoasă constituie fapte de concurență neloială grave. Ele trebuie reprimite datorită pericolului pe care-l prezintă la adresa consumatorilor, care, în astfel de condiții de realizare a actelor de comerț, vor fi induși în eroare, consimțământul lor de a cumpăra un anumit produs ori de a beneficia de un anumit serviciu, va fi grav viciat, ca efect al unor forme speciale a dolului.

Potrivit prevederilor art. 5 din Legea nr. 148/2000, publicitatea trebuie să fie decentă, corectă și să fie elaborată în spiritul responsabilității sociale. Legea nr. 148/2000 interzice în mod expres următoarele tipuri de publicitate: subliminală; care prejudiciază respectul pentru demnitatea umană și morala publică; include discriminări bazate pe rasă, sex, limbă, origine, origine socială, identitate etnică sau naționalitate; atentează la convingerile religioase sau politice; aduce prejudicii imaginii, onoarei, demnității și vieții particulare a persoanelor; exploatează superstițiile, credulitatea sau frica persoanelor; prejudiciază securitatea persoanelor sau incită la violență; încurajează un comportament care prejudiciază mediul înconjurător; favorizează comercializarea unor bunuri sau servicii care sunt produse ori distribuite contrar prevederilor legale.

Potrivit art. 4 și urm. din Legea nr. 158/2008, publicitatea înșelătoare este interzisă. Pentru a determina dacă publicitatea este înșelătoare trebuie să se ia în considerare toate aspectele acesteia, în special orice informație conținută de aceasta cu privire la:

a) caracteristicile bunurilor sau serviciilor, cum sunt: disponibilitatea, natura, modul de execuție, compoziția, metoda și data fabricației bunurilor ori a prestării serviciilor, dacă acestea corespund scopului lor, destinația, cantitatea, parametrii tehnico-funcționali, originea geografică sau comercială, rezultatele așteptate ca urmare a utilizării lor ori rezultatele și caracteristicile esențiale ale testelor sau ale controalelor efectuate asupra bunurilor ori a serviciilor;

b) prețul sau modul de calcul al prețului și condițiile în care se distribuie bunurile ori se prestează serviciile;

c) natura, atribuțiile și drepturile comerciantului care își face publicitate, cum ar fi: identitatea și bunurile sale, calificările și deținerea drepturilor de proprietate industrială, comercială sau intelectuală ori premiile și distincțiile acestuia.

Publicitatea comparativă este publicitatea care identifică în mod explicit sau implicit un concurent ori bunuri sau servicii oferite de acesta;

Potrivit art. 6 din Legea nr. 158/2008, publicitatea comparativă este considerată legală dacă îndeplinește, în mod cumulativ, următoarele condiții:

a) nu este înșelătoare, potrivit dispozițiilor art. 3 lit. b) și ale art. 5 din lege, precum și ale art. 5-7 din Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor;

b) compară bunuri sau servicii care răspund aceluiași nevoi ori sunt destinate aceluiași scopuri;

c) compară, în mod obiectiv, una sau mai multe caracteristici esențiale, relevante, verificabile și reprezentative ale respectivelor bunuri ori servicii, care pot include și prețul;

d) nu discreditează sau denigrează mărcile, denumirile comerciale, alte semne distinctive, bunuri, servicii, activități ori situația unui concurent;

e) în cazul produselor cu denumire de origine, se referă, în fiecare caz, la produse cu aceeași denumire;

f) nu profită în mod neloial de reputația unei mărci, a unei denumiri comerciale sau a altor semne distinctive ale unui concurent ori a denumirii de origine a produselor concurente;

g) nu prezintă bunuri sau servicii ca imitații ori reproduceri ale bunurilor sau serviciilor purtând o marcă ori o denumire comercială protejată;

h) nu creează confuzie între comercianți, între cel care își face publicitate și un concurent sau între mărci, denumiri comerciale, alte semne distinctive, bunuri ori servicii ale celui care își face

publicitate și cele ale unui concurent.

Fapta constă în comunicarea sau răspândirea în public de către un anumit comerciant de afirmații mincinoase cu privire la întreprinderea sa ori la produsele sau serviciile acesteia (activități specifice statutare) de așa manieră și cu un astfel de scop, încât clientela posibilă să fie indusă în eroare, iar acesta să fie favorizat, în acest mod, în raport cu concurenții săi. Ea poate fi săvârșită de un comerciant persoană fizică sau persoană juridică, prin prepușii ori salariații săi care au abilitarea necesară să se exprime în numele și pe seama comerciantului respectiv, acționând cu intenție calificată.

În aprecierea caracterului fals al publicității se va ține seama de atât de conținutul mesajului, cât și de destinatarul acestuia (analiza se va raporta la consumatorul mediu, dotat cu inteligență și atenție normale și cu un minim spirit critic).

Conținutul fals la care se raportează publicitatea înșelătoare poate viza:

- bunul sau serviciul propus (conținutul produsului – „100% natural”; „suc de fructe”; „produs ecologic”; cantitatea oferită; originea produsului „ceramică de Horezu” etc.);

- prețul, condițiile de vânzare sau condițiile de plată („30% reducere”, deși produsul are același preț; „plătești 3, primești 4”, „transportul gratuit”, deși acesta fusese integrat în preț etc.

- rezultatele scontate (promisiuni neonorate, atribuirea de virtuți inexistente, false mărturii despre satisfacția oferită);

- fabricanți, distribuitori sau prestatori (vânzarea de produse de mărci diferite decât cele anunțate, erijarea unui distribuitor în calitate de producător etc.).

Articolul 2 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 11/1991 sancționează „denigrarea unui competitor sau a produselor/serviciilor sale, realizată prin comunicarea ori răspândirea de către o întreprindere sau reprezentantul/angajatul său de informații care nu corespund realității despre activitatea unui concurent sau despre produsele acestuia, de natură să îi lezeze interesele”.

Dezorganizarea

Dezorganizarea poate privi întreprinderea concurentă (1) sau piața, în ansamblu (2).

1. Dezorganizarea întreprinderii concurente se poate manifesta sub următoarele forme: a) dezorganizarea prin intermediul personalului întreprinderii violarea secretelor comerciale); b) dezorganizarea producției întreprinderii; c) dezorganizarea activității comerciale a întreprinderii

a) Dezorganizarea prin intermediul personalului întreprinderii. În lupta pentru câștigarea clientelei, personalul întreprinderii reprezintă un element fundamental. Accesul salariaților la secretele de întreprindere, la relațiile legate cu clientela, precum și cunoașterea de către aceștia a organizării și funcționării întreprinderii recomandă ca legătura dintre întreprindere și salariații săi să fie una de durată, întreprinzătorii apelând deseori la fidelizarea salariaților. Totuși, în ultima perioadă, mobilitatea personalului a devenit o caracteristică a pieței muncii, salariații căutând oferte mai atractive, iar angajatorii personal competent. În acest context, unii dintre salariați aleg să lucreze pentru întreprinderi concurente. Pentru a stopa acest fenomen sau, cel puțin, a-l face mai puțin costisitor, angajatorii recurg la inserarea în contractul de muncă a clauzei de neconcurență. Cu toate acestea, atragerea personalului întreprinderii concurente poate fi considerat act de concurență neloială. Mai mult, în situația în care nu unul, ci mai mulți salariați ai unei întreprinderi sunt angajați simultan la o întreprindere concurentă, angajatorul exercitând o anumită influență în acest sens, organizarea internă a întreprinderii concurente ar putea fi grav afectată, actul fiind de concurență neloială.

În acest sens, legiuitorul a sancționat – în varianta premergătoare modificării prin art. I, pct. 6 din O.G. nr. 12/2014 a Legii nr. 11/1991 – și „oferirea serviciilor de către salariatul exclusiv al unui comerciant unui concurent ori acceptarea unei astfel de oferte” [art. 4 lit. a)], precum și „concedierea sau atragerea unor salariați ai unui comerciant în scopul înființării unei societăți concurente care să capteze clienții aceluia comerciant sau angajarea salariaților unui comerciant în scopul dezorganizării

activității sale” [art. 4 lit. h) din Legea nr. 11/1991 ante O.G. nr. 12/2014].

În ceea ce privește „oferirea serviciilor de către un salariat exclusiv unui concurent”, în literatura noastră de specialitate au fost exprimate opinii diferite cu referire la calificarea acestei „fapte”. După unii autori, dispozițiile art. 4 lit. a) consacră, în drept, nu o faptă de concurență neloială, ci o interdicție legală de concurență dintre angajatorul operator economic, persoană fizică sau persoană juridică, și salariatul său exclusiv. După alți autori, faptele incriminate de dispozițiile art. 4 lit. a) sunt fapte de concurență neloială, respectiv „atitudini de infidelitate ale salariaților, cu consecințe, adesea, foarte grave asupra funcționării unei anumite întreprinderi”.

Fapta presupune fie oferirea serviciilor de către un salariat exclusiv unui concurent al operatorului economic la care este angajat salariatul ofertant, fie doar acceptarea unei astfel de oferte de angajare făcută de operatorul economic concurent. Observăm că legiuitorul nostru nu sancționează ideea de dezorganizare a întreprinderii, ci ideea de infidelitate a salariatului sau ideea de corupere a personalului întreprinderi concurente. Sunt avuți în vedere cei mai buni și experimentați tehnicieni, manageri, contabili, informaticieni etc., atrăgându-i în întreprinderea operatorului economic agresiv. Doctrina oferă unele exemple relevante de deturnare a clientelei, în maniera evocată de prevederile art. 4 lit. g), de genul: „vânzarea de către salariat (prepus) în nume propriu a unei mărfi către clientul comitentului său (marfă de același fel cu marfa aparținând comitentului); continuarea de către fostul salariat a unei activități comerciale față de clientela fostului său comitent, manifestându-se ca și cum ar deține în continuare vechea calitate de reprezentant al aceluia comerciant; executarea de către un comerciant, în cunoștință de cauză, a unei comenzi adresate altui comerciant concurent, dacă aceasta a fost recepționată pe baza relațiilor stabilite anterior cu autorul comenzii, în perioada în care autorul faptei de concurență neloială se afla în serviciul comerciantului lezat; fapta unor cadre superioare din conducerea unei societăți comerciale posedând toate informațiile referitoare la societate și la activitatea acesteia care, după ce au demisionat, au profitat de informațiile deținute și de autoritatea pe care o aveau în societatea părăsită, pentru a deturna clientela acesteia uzând de relațiile pe care le-au stabilit cu acea clientelă în perioada anterioară.

b) Dezorganizarea producției întreprinderii poate fi provocată prin divulgarea secretelor de fabrică sau de comerț sau divulgarea know-how-ului aparținând întreprinderii. Noțiunea de secret de fabrică sau de comerț se diferențiază de cea de know-how prin faptul că cea din urmă are o sferă mai largă, cuprinzând și elemente de abilitate manuală, distincție greu de făcut în practică, fapt pentru care legiuitorul nostru nu face referire la secretul de fabrică sau de comerț ori la know-how, ci grupează sub denumirea de „secret comercial” ambele noțiuni. Astfel, potrivit art. 11 lit. d) din Legea nr. 11/1991, constituie secret comercial „orice informație care, total sau parțial, nu este în general cunoscută sau nu este ușor accesibilă persoanelor din mediul care se ocupă în mod obișnuit cu acest gen de informație și care dobândește o valoare comercială prin faptul că este secretă, pentru care deținătorul legitim a luat măsuri rezonabile ținând seama de circumstanțe, pentru a fi menținută în regim de secret; protecția secretului comercial operează atât timp cât condițiile enunțate anterior sunt îndeplinite în mod cumulativ”.

Din definiția dată de legiuitor desprindem condițiile ce trebuie îndeplinite, pentru a putea vorbi de protecția secretului comercial: a) să fie necunoscut sau greu accesibil publicului; să existe din partea deținătorului voința de a-l păstra secret (fapt pentru care deținătorul a luat măsuri pentru a fi menținut în regim de secret); c) păstrarea secretului prezintă interes economic legitim (valoarea economică) pentru întreprindere.

Noțiunea de „secret” include mai întâi un conținut material, constând într-un fapt legat de funcționalitatea întreprinderii prejudiciate și care prezintă un interes economic legitim, pentru acea unitate industrială sau comercială. Totodată secretul implică un conținut intelectual, în sensul că faptul arătat este ignorat de public și, în plus, sustras divulgării prin dispoziții legale sau prin norme interne ale întreprinderii în cauză.

Legiuitorul nostru oferă protecție secretului comercial sancționând c) divulgarea, achiziționarea sau utilizarea secretului comercial de către terți, ca rezultat al unei acțiuni de spionaj comercial ori

industrial, dacă prin aceasta sunt afectate interesele sau activitatea unei persoane juridice” [art. 5 lit. c) din Legea nr. 11/1991].

Jurisprudența franceză a inclus în secretul de întreprindere orice procedeu care oferă un interes industrial sau comercial, utilizat de un comerciant și păstrat ascuns de concurenții săi. Nu numai orice invenție brevetabilă, dar neînregistrată, poate constitui un asemenea secret, ci și inovațiile tehnologice.

Mai mult, legiuitorul nostru incriminează fapta de divulgare a unor informații care constituie secrete comerciale, dacă aceste informații provin de la autoritățile competente.

Sunt exceptate situațiile în care dezvăluirea acestor informații este necesară pentru protecția publicului, respectiv cele în care s-au luat măsuri pentru a se asigura că informațiile sunt protejate contra exploatării neloiale în comerț [art. 5 lit. d) din Legea nr. 11/1991 ante O.G. nr. 12/2014].

De asemenea, constituie infracțiune divulgarea sau folosirea secretelor comerciale de către persoane aparținând autorităților publice, precum și de către persoane împuternicite de deținătorii legitimi ai acestor secrete pentru a-i reprezenta în fața autorităților publice [art. 5 lit. d) din Legea nr. 11/1991].

c) Dezorganizarea activității comerciale a întreprinderii se poate realiza prin spionaj economic deturnarea comenzilor, dezorganizarea sistemelor de distribuție prin importuri paralele etc.

Activitatea de spionaj economic poate fi materializată în deconspirarea și exploatarea de către întreprinderea agresivă a secretelor comerciale ale concurentului pe piață. Ea se poate realiza fie prin „oferirea, promiterea sau acordarea – mijlocit sau nemijlocit – de daruri ori alte avantaje salariatului unui comerciant sau reprezentanților acestuia, pentru ca prin purtare neloială să poată afla procedeele industriale, pentru a cunoaște sau folosi clientela sa ori pentru a obține alt folos pentru sine ori pentru altă persoană în dauna unui concurent” [art. 4 lit. f) din Legea nr. 11/1991 ante O.G. nr. 12/2014], fie prin „deturnare a clientelei unui comerciant prin folosirea legăturilor stabilite cu această clientelă în cadrul funcției deținute anterior la acel comerciant” [art. 4 lit. g) din Legea nr. 11/1991 ante modificare].

Spionajul se poate realiza prin divulgări spontane sau provocate, în primul caz, salariatul unui comerciant dezvăluie din proprie inițiativă date secrete privind activitatea acestuia. În al doilea caz, întreprinderea agresivă oferă, promite sau acordă – nemijlocit sau mijlocit – daruri sau alte avantaje salariatului altei întreprinderi sau reprezentanților acesteia, pentru ca prin purtare neloială să poată afla procedeele sale industriale, să cunoască sau să folosească clientela sa ori să obțină orice alt folos pentru sine ori pentru altă persoană în dauna întreprinderii concurente spionate.

Dezvoltarea sistemelor moderne de distribuție a făcut să se nască o nouă categorie de competitori, „deosebit de agresivi și inventivi: distribuitorii paraleli. Prin acțiunile pe care le întreprind, distribuitorii paraleli pot determina dezorganizarea rețelelor de distribuție și înlocuirea lor cu o distribuție paralelă, neagreată de fabricant. Ignorarea în mod conștient a contractelor de distribuție exclusivă sau distribuție selectivă constituie un act de concurență neloială deoarece fapta sa este catalogată ca fiind un act de parazitism comercial întrucât el vinde produsele rețelei fără să fie supus acelorași constrângeri la care sunt supuși distribuitorii agreeți (prețuri recomandate, amenajarea spațiilor întreprindere-un anumit mod etc.), dar beneficiază de prestigiul și publicitatea mărcii comercializate.

2. Dezorganizarea generală a pieței. Anumite comportamente neloiale nu conduc la afectarea unui anumit concurent, ci la afectarea unei profesii în ansamblu ori, de ce nu, la funcționare pieței în ansamblu. În literatura franceză se arată că în asemenea situație, pe lângă mijloacele specifice puse la îndemână de legiuitor, un concurent poate folosi acțiunea în concurență neloială ori de câte ori nerespectarea prevederilor legale poate provoca „o ruptură în egalitatea mijloacelor de concurență” și punerea anormal a celui care încalcă această reglementare într-o situație favorabilă: concurentul care nu respectă reglementările fiscale sau sociale, șoferul de taxi care nu deține o autorizație în acest sens etc.

Denigrarea

Prin „denigrare” se înțelege un act îndreptat împotriva bunului renume al unui concurent, al întreprinderii, produselor sau serviciilor sale sau, altfel spus, denigrarea constă în afirmarea sau răspândirea, sub orice formă, în scop de concurență, de fapte privitoare la altă întreprindere, de natură a-i prejudicia reputația.

Mijloacele de denigrare pot fi îndreptate împotriva persoanei concurentului (directe și indirecte), întreprinderii, produselor ori serviciilor acestuia. Din definiția denigrării se desprinde o condiție esențială și anume: actul de denigrare să fie săvârșit în prejudiciul unui concurent în scopul de a favoriza activitatea economică a autorului.

Denigrarea nu trebuie confundată cu dreptul de critică, nici cu informarea consumatorilor, realizată pe calea publicității ori testării oficiale a unor mărfuri.

Caracterul neonest al denigrării este determinat și limitat de măsura în care operatorul economic denigrator înțelege să-și promoveze produsele printr-un astfel de procedeu. Denigrarea se poate realiza atât prin afirmații făcute în public, cât și prin comunicări confidențiale.

Afirmațiile denigratoare pe care le poate face un comerciant, în mod public, pot fi cele prin care se indică în mod clar concurentul denigrat sau de genul celor care, deși nu nominalizează victima denigrării, din conținutul lor se poate realiza, cu ușurință, o astfel de identificare.

Fapta se săvârșește de către un comerciant persoană fizică sau de comercianții persoane juridice, prin reprezentatii lor, prin comunicarea, publică sau confidențială, de afirmații neconforme cu realitatea (mincinoase) despre persoana ori activitatea (produsele ori serviciile) unui comerciant concurent, afirmații care trebuie să fie suficient de grave încât să afecteze bunul mers al întreprinderii vizate. Fapta se va putea săvârși doar cu intenție calificată (de a face rău concurentului).

Potrivit prevederilor art. 4 lit. e) din lege, constituie contravenție „comunicarea, chiar făcută confidențial, sau răspândirea de către un comerciant de afirmații mincinoase asupra unui concurent sau asupra mărfurilor ori serviciilor sale, afirmații de natură să dăuneze bunului mers al întreprinderii concurente”.

Se desprind următoarele elementele caracteristice denigrării:

- modul de formulare și de difuzare a ideilor denigratoare este irelevant;
- formularea critică să poată conduce la individualizarea concurentului vizat;
- afirmațiile care aduc atingere reputației unui concurent pot forma obiectul unei acțiuni în concurență neloială, numai dacă sunt mincinoase
- afirmațiile trebuie să fie de natură a dăuna bunului mers al întreprinderii concurente. Denigrarea se poate realiza și prin intermediul publicității comparative, însă nu întotdeauna publicitatea comparativă este denigratoare. Prin publicitate comparativă înțelegem orice publicitate care identifică explicit sau implicit un concurent sau bunurile ori serviciile oferite de acesta .

Legiuitorul nostru (și cel european) interzice publicitatea comparativă dacă:

- a) comparația este înșelătoare (publicitatea care induce sau poate induce în eroare orice persoană căreia îi este adresată sau care ia contact cu aceasta și îi poate afecta comportamentul economic, lezându-i interesul de consumator, sau care poate leza interesele unui concurent;
- b) se compară bunuri sau servicii având scopuri sau destinații diferite;
- c) nu se compară, în mod obiectiv, una sau mai multe caracteristici esențiale, relevante, verificabile și reprezentative – între care poate fi inclus și prețul – ale unor bunuri sau servicii;
- d) se creează confuzie pe piață între cel care își face publicitate și un concurent sau între mărcile de comerț, denumirile comerciale sau alte semne distinctive, bunuri sau servicii ale celui care își face publicitate și cele aparținând unui concurent;
- e) se discreditează sau se denigrează mărcile de comerț, denumirile comerciale, alte semne distinctive. bunuri, servicii sau situația materială a unui concurent;
- f) nu se compară, în fiecare caz, produse cu aceeași indicație, în cazul produselor care au indicație

geografică;

g) se profită în mod incorect de renumele unei mărci de comerț, de denumirea comercială sau de alte semne distinctive ale unui concurent ori de indicația geografică a unui produs al unui concurent;

h) se prezintă bunuri sau servicii drept imitații sau replici ale unor bunuri sau servicii purtând o marcă de comerț sau o denumire comercială protejată;

i) se încalcă orice alte prevederi ale Legii concurenței nr. 21/1996.

Parazitismul economic

Parazitismul economic este un fenomen în plină amploare. El este definit ca ansamblul comportamentelor prin care o întreprindere trăiește „parazitar” de pe urma altuia profitând de eforturile pe care aceasta le depune și de reputația numelui său sau a produselor sale sau, pe scurt, constă în obținerea de profit pe nedrept din renumele sau munca altei persoane. Parazitismul economic este analizat și de literatura noastră juridică folosind termenul de „ratașare parazitară sau indiscretă” ca mijloc de confuzie (raportarea la publicitatea sau realizările altuia în scopul de a profita de reputația acestuia).

Specificitatea acestei noțiuni, care a cunoscut un adevărat succes în jurisprudența franceză a ultimilor ani, rezidă în posibilitatea de calificare ca greșală reproducerea sau imitarea unui semn sau a unei creații exploatate de un concurent, fără a face referire obligatoriu la riscul de confuzie, chiar dacă acesta există. Aproprierea fără plată a rezultatului activității economice a unui concurent este considerată condamnabilă în sine.

Parazitismul economic se poate manifesta sub forma concurenței parazitare sau a acțiunilor parazitare.

În prima situație, cele două întreprinderi există un raport de concurență, ceea ce atrage confuzie și, în consecință, posibilitatea de sancționare în cadrul concurenței neloiale.

Cea de-a doua formă de manifestare a parazitismului economic a ridicat serioase probleme literaturii și jurisprudenței franceze deoarece privește întreprinderile care nu sunt în raport de concurență, ele neavând o clientelă comună. Astfel, această formă prezintă o serie de particularități care o depărtează totuși de mijloacele de confuzie și o apropie de exploatarea muncii altuia.

Acțiunile parazitare rezultă din exploatarea fără drept a investițiilor altuia sau, cel mai adesea, a renumelui altuia utilizând, de regulă, o marcă notorie.

În ceea ce privește mijloacele juridice avute la îndemână, instanța a reținut că pârâtul a profitat de pe urma titularului mărcii luând în contul său sloganul obținut grație unor studii și campanii oneroase, fără a proceda la aceleași investiții. În speță, a fost intentată acțiune în concurență neloială de către titularul unei mărci (sloganul „sans parfum, la peau serait muette”) înregistrate înainte ca terța persoană pârâtă să folosească sloganul „sans radio, la vie serait muette”; acțiunea a fondată pe două elemente: pe de o parte, lipsa de distinctivitate a mărcii, respectiv pe răspunderea civilă atrasă de comportamentul parazitar al pârâtului.

Astfel, în literatura franceză se acceptă teoria lărgirii domeniului concurenței neloiale, un comportament fiind sancționat chiar dacă nu există un risc de confuzie, chiar dacă acesta nu este îmbrățișată întotdeauna de jurisprudență. În ceea ce ne privește, lucrurile sunt mult mai simple deoarece legea noastră condamnă orice act sau fapt contrare uzanțelor cinstite (...) în general, nu neapărat pe cele de concurență.

Capitolul 11.

Concurența neloială pe piața internațională

În mod tradițional, în ideea de a satisface nevoile cele mai diverse ale consumatorilor, fiecare stat apelează la operațiuni de import, asigurând bunurile care lipsesc sau care sunt insuficiente pe piață, și valorifică pe piețele externe bunurile excedentare, prin operațiuni de export. În prezent, datorită influenței diversilor factori, în special tehnologici, sunt des întâlnite situațiile în care se exportă bunuri într-o anumită țară, deși nevoile acesteia ar fi putut fi satisfăcute cu mărfuri indigene, în unele situații obținându-se profituri mult mai mari în competiția cu producătorii de pe piața de import.

Pentru a se preîntâmpina folosirea de către comercianții puternici a unor practici concurențiale neoneste pe piața mondială, statele au încercat să ia o serie de măsuri de ordin legislativ, norme ce constituie adevărate coduri antidumping sau antisubvenții.

Cele mai importante convenții internaționale privind reprimarea concurenței neloiale pe piața internațională au fost elaborate sub egida G.A.T.T. (Acordul General pentru Tarife și Comerț). Astfel, în materia faptelor îndreptate împotriva concurenței oneste, G.A.T.T. a recunoscut țărilor membre o serie de drepturi anti-dumping și drepturi compensatorii, menite să contracareze efectele practicării de către exportatori a prețurilor de dumping. De asemenea, au fost convenite măsuri de sancționare a faptelor de acordare a subvențiilor.

Aceste măsuri s-au dovedit a fi imperfecte și insuficiente, întrucât nu erau obligatorii decât în măsura compatibilității lor cu reglementările interne anti-dumping ale fiecărui stat membru, precum și datorită unei definiții imprecise a noțiunii de dumping. În consecință, după o serie de negocieri (runda Kennedy 1963-1967), au fost elaborate noi reglementări: codul anti-dumping și codul anti-subvenții și măsuri compensatorii.

Codul anti-dumping a fost elaborat sub egida G.A.T.T., semnat la Geneva și revizuit în cursul rundei Tokio, la 12 aprilie 1979, România ratificându-l prin Decretul nr. 183 din 16 iunie 1980. Codul a consacrat obligativitatea respectării reglementărilor anti-dumping de către statele semnatare.

Scopul legilor anti-dumping este acela de a proteja producătorii naționali de efectul importurilor la prețuri inferioare valorii normale. Reglementările anti-dumping urmăresc să înlăture un astfel de pericol instituind o taxă adițională asupra importurilor în regim de dumping, la nivelul diferenței de preț, dintre prețul de export și valoarea normală a produsului.

În urma negocierilor comerciale multilaterale purtate în cadrul Rundei Uruguay care au condus la crearea Organizației Mondiale a Comerțului („OMC”), încheiate în 1994 au rezultat noi acorduri cu privire la aplicarea articolului VI din Acordul General pentru Tarife și Comerț, respectiv un nou Acord privind subvențiile și măsurile compensatorii.

Pentru a spori eficacitatea și transparența în aplicarea normelor stabilite în Acordul antidumping din 1994, respectiv în Acordul privind subvențiile, la nivelul Uniunii Europene s-a considerat necesară adoptarea a două regulamente distincte, care să stabilească, într-o formă suficient de detaliată, cerințele de aplicare a celor două instrumente de protecție comercială.

Astfel, în materia luptei antidumping a fost adoptat Regulamentul (CE) nr. 384/96 al Consiliului din 22 decembrie 1995 privind protecția împotriva importurilor care fac obiectul unui dumping din partea țărilor care nu sunt membre ale Comunității Europene, regulament care a fost modificat în mod substanțial, de mai multe ori. Din motive de claritate și de eficiență regulamentul a fost codificat rezultând astfel Regulamentul (CE) nr. 1225/2009 al Consiliului din 30 noiembrie 2009 privind protecția împotriva importurilor care fac obiectul unui dumping din partea țărilor care nu sunt membre ale Comunității Europene.

Regulamentul transpune termenii Acordului privind practicile de dumping, și anume Acordul

privind aplicarea articolului VI din Acordul General pentru Tarife și Comerț din 1994, care conține norme detaliate referitoare în special la calcularea marjei de dumping, la procedurile de deschidere și de desfășurare a anchetei, inclusiv la stabilirea și modul de tratare a faptelor, la instituirea de măsuri provizorii, la impunerea și perceperea de taxe antidumping, la durata și reexaminarea măsurilor antidumping și la divulgarea de informații referitoare la anchetele antidumping.

De asemenea, în materia subvențiilor și măsurilor compensatorii a fost adoptat Regulamentul (CE) nr. 2026/97 al Consiliului din 6 octombrie 1997 privind protecția împotriva importurilor care fac obiectul unor subvenții din partea țărilor care nu sunt membre ale Comunității Europene, regulament care a fost modificat de mai multe ori, în mod substanțial, ceea ce a condus la codificarea sa, din motive de claritate și de eficiență, fiind adoptat Regulamentul (CE) nr. 597/2009 al Consiliului din 11 iunie 2009 privind protecția împotriva importurilor care fac obiectul unor subvenții din partea țărilor care nu sunt membre ale Comunității Europene.

Regulamentul (CE) nr. 597/2009 explică, într-o formă suficient de detaliată, condițiile care determină existența unei subvenții, principiile care stau la baza aplicării de taxe compensatorii (în special în cazul în care subvenția a fost acordată în mod specific) și criteriile aplicate la calcularea valorii subvenției care face obiectul unor măsuri compensatorii.

Capitolul 12.

Răspunderea pentru actele de concurență neloială. Răspunderea civilă

Potrivit art. 3 din Legea nr. 11/1991, încălcarea obligației prevăzute la art. 1 (de exercitare a activității cu bună-credință, potrivit uzanțelor cinstite, cu respectarea intereselor consumatorilor și a cerințelor concurenței loiale), atrage răspunderea civilă (§.1), contravențională (§.2) sau penală (§.3).

Răspunderea civilă

În temeiul art. 6 din Legea nr. 11/1991, înainte de abrogarea sa prin art. I, pct. 8 din O.G. nr. 12/2014, persoana care săvârșea un act de concurență neloială era obligată să înceteze sau să înlăture actul, să restituie documentele confidențiale însușite în mod ilicit de la deținătorul lor legitim și, după caz, să plătească despăgubiri pentru daunele pricinuite.

Astfel, putem afirma că, în ceea ce privește temeiul juridic al acțiunii în concurență neloială, Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale reține răspunderea civilă delictuală. Totuși, datorită particularităților care privesc condițiile de exercitare a acestei acțiuni, în doctrină ea este analizată, de regulă, ca o modalitate a răspunderii civile delictuale, derivată din aceasta, dar prezentând anumite trăsături specifice, fapt pentru care au fost formulate și alte teorii privind caracterizarea acțiunii în concurență neloială, aceasta fiind considerată, spre exemplu, o acțiune de tip disciplinar sau o acțiune reală, similară celei care protejează drepturile de proprietate incorporeală. În prima ipoteză, acțiunea în concurență neloială este privită ca pe o acțiune de tip disciplinar²⁹¹, punându-se accentul exclusiv pe necesitatea respectării moralei profesionale a comercianților. Temeiul și sensul răspunderii pentru concurență neloială l-ar constitui exclusiv protecția uzanțelor comerciale, în această perspectivă, acțiunea ar avea un caracter prin excelență represiv.

Teoria prezintă avantajul de a da posibilitatea aplicării sancțiunilor independent de existența sau de cuantificarea riguroasă a pagubelor, depășindu-se astfel una din cele mai mari dificultăți practice ale acțiunii în concurență neloială: proba prejudiciului, dar și dezavantajul că nu putem vorbi de o listă a uzanțelor comerciale cinstite, care să fi fost încălcate. În schimb, teoria răspunderii pentru concurență neloială, concepută ca o specie a răspunderii civile delictuale, are meritul de a fi suficient de suplă pentru a putea integra atât aspectul represiv, menit să asigure respectarea uzurilor interne

ale profesiei de comerciant, cât și perspectiva mai generoasă a instaurării și protejării unor standarde etice la temelia tuturor relațiilor comerciale.

În cea de-a doua ipoteză, acțiunea în concurență neloială este privită ca o acțiune reală, similară celei care protejează drepturile de proprietate incorporeală, punându-se accentul, în primul rând, pe necesitatea apărării drepturilor asupra clientelei sau asupra altor „valori concurențiale”: „acțiunea în concurență neloială are ca scop protecția dreptului pe care comerciantul îl are asupra clientelei sale, adică a fondului de comerț, veritabil drept de proprietate opozabil tuturor”. Ipoteza dreptului de proprietate al comerciantului asupra clientelei sale pornește de la premisa că acesta este proprietar asupra fondului său de comerț, printre ale cărui elemente se regăsește și clientela. Însă, din punct de vedere juridic, clientela nu este asimilabilă cu celelalte elemente ale fondului de comerț, deoarece comerciantul nu este stăpânul acesteia. Prin natura sa, clientela este fluctuantă. Dreptul poate asigura comerciantului numai, eventual, o poziție privilegiată față de ea, fie datorită unui monopol de exploatare, fie datorită unui element de atragere a clientelei. Dar în niciunul din cele două cazuri comerciantului nu-i este garantat un anumit volum și constanța clientelei sale, cu atât mai mult, cu cât, în sine, captarea clientelei unui concurent este perfect lăcită.

În ceea ce ne privește, considerăm că răspunderea pentru concurență neloială se fundamentează pe răspunderea civilă delictuală. În consecință, pentru promovarea acesteia trebuie îndeplinite condițiile prevăzute de dreptul comun: prejudiciul, fapta ilicită, raportul de cauzalitate și vinovăția. Deși legiuitorul i-a impregnat anumite particularități în ceea ce privește condițiile de exercitare, totuși acesta nu îi schimbă temeiul juridic.

În opinia unor autori, la acestea trebuie adăugată o condiție specială fără de care nu se poate vorbi de această răspundere – existența raportului de concurență. Susținătorii acesteia consideră că actul de natură să antreneze acest tip de răspundere trebuie să fie săvârșit în cadrul unui raport de concurență între părți sau, cel puțin, acestea să activeze într-un același context concurențial²⁹⁶. Așadar, în această ipoteză, se poate vorbi de așa-zisul principiu al „specialității” răspunderii pentru concurență neloială, potrivit căruia răspunderea nu poate viza decât concurenții aflați în luptă pentru cucerirea unei clientele legate de produse sau servicii identice sau similare. Cu timpul s-a constatat însă că această perspectivă limitată constituie o capcană, de natură să-i favorizeze pe cei mai abili dintre comercianți, anume pe cei care, ocolind rigoarea principiului specialității, nu uzurpează notorietatea sau savoir-faire-ul unui concurent, ci încearcă să și le însușească pe cele ale întreprinderilor din alte sectoare de activitate economică.

Având în vedere obligația ce le revine comercianților de a exercita activitatea respectând interesele consumatorilor, precum și lărgirea semnificativă a răspunderii lor, realizată prin Legea nr. 148/2000 în materie de publicitate, în doctrină a fost dezvoltată opinia, pe care o susținem cu tărie, potrivit căreia Legea nr. 11/1991 lasă deschisă calea sancționării tuturor actelor neonestе săvârșite în activitatea comercială sau industrială, chiar și în absența unui raport de concurență între autor și victimă. Un argument semnificativ în acest sens îl reprezintă abaterea textului românesc, prin care se definește concurența neloială ca „act sau fapt contrar uzanțelor cinstite (...)”, de la conținutul art. 10 bis al Convenției de la Paris din 1883, potrivit căruia concurența neloială constă în „orice act de concurență contrar uzanțelor cinstite în activitatea comercială sau industrială”. Astfel, preluarea definiției date concurenței neloiale de convenție, dar cu omiterea deliberată a caracterizării actului ca fiind de concurență, sugerează exact abandonarea tezei clasice și recunoașterea implicită a faptului că loialitatea trebuie să guverneze activitatea comercială și industrială, chiar în absența unui raport de concurență între competitori.

Condițiile generale ale răspunderii

a) Fapta ilicită. Doctrina definește fapta ilicită ca fiind orice faptă prin care, încălcându-se normele dreptului obiectiv, sunt cauzate prejudicii dreptului subiectiv aparținând unei persoane³⁰⁰. Sunt avute în vedere nu numai normele juridice, ci și normele de conviețuire socială, în măsura în care reprezintă o continuare a prevederilor legale și conturează însuși conținutul, limitele și modul de exercitare a drepturilor subiective recunoscute de lege. Ea poate consta într-o acțiune, dar și în

omisiune.

În ceea ce privește actele de concurență neloială, nu putem întocmi o listă exhaustivă a acestora. Comportamentele și procedeele prin care se exprimă aceasta sunt în consecință numeroase și variate, pe măsura inventivității umane.

Totuși, trebuie să facem anumite precizări:

- faptele de concurență neloială nu constituie violarea unei îndatoriri generale de a nu aduce altora prejudicii. Mai mult, în activitatea pe care o desfășoară, orice comerciant este autorizat să încerce să capteze clientela concurenților săi, fără ca prin aceasta să-i fie atrasă răspunderea.

- faptele de concurență neloială nu pot fi reduse numai la depășirea uzanțelor profesionale. Potrivit unei opinii, ele reprezintă „un uzaj excesiv de libertate civilă”, iar „cel care uzează de libertatea sa într-o manieră excesivă (...) încalcă o îndatorire socială, o îndatorire care rezultă din obiceiuri și uzanțe și este rezultatul natural al vieții în societate”.

Într-o altă opinie, care nu a fost împărtășită de ceilalți doctrinari și nici de jurisprudență, actul reprimabil reprezintă un abuz de drept. În combaterea acestei teorii se invocă faptul că aici sunt inaplicabile criteriile abuzului de drept, neregăsind nici intenția de a prejudicia, nici motivele nelegitime. Ceea ce interesează în cadrul răspunderii pentru concurență neloială nu sunt motivațiile actelor, ci exclusiv mijloacele folosite³⁰². În concluzie, clientela concurenților poate fi deturnată, însă numai prin mijloace loiale.

Fapta de concurență neloială nu reprezintă un act propriu-zis ilicit (cu excepția actelor de concurență ilegală), ci o abatere de la o obligație socială de onestitate în competiția economică³⁰³. Ea trebuie întotdeauna dovedită, nefiind admisibilă numai prezumția acestuia.

b) Prejudiciul este acel element esențial al răspunderii delictuale care constă în rezultatul, efectul negativ suferit de o anumită persoană, ca urmare a faptei ilicite săvârșită de o altă persoană³⁰⁴. În planul răspunderii pentru concurență neloială, prejudiciul poate fi analizat atât din perspectiva diversității, cât și din perspectiva unității sale fundamentale.

Diversitatea prejudiciului concurențial implică următoarele aspecte: diversitatea surselor; a formelor de manifestare; a consecințelor sale³⁰⁵.

Din punctul de vedere al diversității surselor, prejudiciul este reflectarea în planul consecințelor a actelor și faptelor de concurență neloială. Așadar, multitudinea acestora reprezintă în același timp și multiplicitatea surselor prejudiciului. Putem distinge totuși între actele negative și cele pozitive, iar în cadrul primei categorii, între cele care au ca obiect sau efect dezorganizarea întreprinderii rivale (de exemplu: divulgarea secretelor de fabrică și a savoir-faire-ului, coruperea personalului, suprimarea semnelor distinctive ale mărfurilor, distingerea publicității rivalului etc.) și cele de denigrare: directă (prin afirmații de natură să discrediteze onorabilitatea, solvabilitatea, priceperea concurentului) și indirectă (prin omisiune, strecurată, de cele mai multe ori, în reclama comparativă). La rândul lor, actele pozitive cuprind, în general, acțiunile prin care un comerciant urmărește fie să fie asimilat cu concurentul său, prin crearea unei confuzii, fie se ratașează indiscret întreprinderii concurente, fie recurge la manopere parazitare. Din punctul de vedere al diversității formelor de manifestare, prejudiciul se poate manifesta, în esență, sub următoarele forme: deturnarea clientelei și uzurparea unei valori economice.

Deturnarea clientelei constă în pierderea clientelei suferite de întreprinderea victimă a practicilor neloiale. Articolul 4 lit. g) din Legea nr. 11/1991 prevedea una dintre modalitățile concrete de deturnare a clientelei: „prin folosirea legăturilor stabilite cu această clientelă în cadrul funcției deținută anterior la acel comerciant”, iar art. 4 lit. h) din Legea nr. 11/1991 prevedea o altă modalitate: prin constituirea unei societăți concurente, cu salariați proveniți (atrași sau concediați) de la societatea victimă. Însă, trebuie să remarcăm că deturnarea clientelei poate fi consecința nenumăratelor alte acte de concurență neloială, unele reglementate special de lege, în măsura în care comiterea lor atrage nu numai răspunderea civilă delictuală, ci și pe cea contravențională sau penală, altele fără o reglementare expresă.

O altă formă de manifestare a prejudiciului o reprezintă uzurparea unei valori economice,

reprezentată în primul rând prin notorietatea³⁰⁷ întreprinderii victimă. Odată dobândită, notorietatea reprezintă în sine o valoare economică, apreciabilă în bani, dar greu de apărut, deoarece suntem în sfera bunurilor incorporale.

Pornind de la această reprezentare economică a notorietății, jurisprudența și doctrina au extins conținutul noțiunii de valoare economică la toate situațiile comparabile, care implică deci o muncă creatoare și aleatorie, precum și investiții consistente. Astfel, toate aceste valori economice pot fi apărate contra uzurpărilor (săvârșite mai ales prin manopere parazitare și prin imitație), chiar dacă ele nu fac obiectul unei protecții speciale, asigurate de dreptul proprietății industriale.

Din perspectiva consecințelor prejudiciului, trebuie subliniat că acestea se pot produce în plan material sau/și în plan moral, corespunzător formelor prejudiciului.

De regulă, prejudiciul material poate fi determinat cu ușurință, de exemplu în ipoteza pierderii unei piețe, în ipoteza diminuării cifrei de afaceri, sau în ipoteza pierderii rentabilității investițiilor realizate. Sunt și situații în care aprecierea existenței și întinderii sale este dificilă, cum ar fi atunci când este afectată capacitatea de concurență. În ceea ce privește prejudiciul moral, modalitatea principală de exprimare a acestuia este atingerea adusă reputației, elementelor atractive de clientelă, în general, „imaginii de marcă” a unei întreprinderi.

Prejudiciul material și prejudiciul moral coexistă și se întrepătrund, fiind deosebit de dificilă distincția între ele. Greutățile pe care le ridică atât trasarea graniței dintre cele două tipuri de prejudiciu, cât și cuantificarea prejudiciului material conduc uneori instanțele la ocolirea determinării unui prejudiciu cu caracter economic și acordarea de despăgubiri exclusiv prin reținerea unor daune morale.

Prejudiciul nu se prezumă, ci trebuie întotdeauna dovedit. Pentru a se putea obține repararea prejudiciului se cere ca prejudiciul să fie cert și nereparat încă. Caracterul cert al prejudiciului presupune ca acesta este sigur, atât în privința existenței, cât și în privința posibilităților de evaluare. Prejudiciul actual este întotdeauna cert, dar dacă se pune problema realizării sale în viitor, atunci trebuie făcută distincția între prejudiciul virtual sau potențial și prejudiciul eventual. Prejudiciul virtual sau potențial este cel care ființează în germene în actul incriminat, existând toate condițiile realizării sale. El apare ca o prelungire directă și verosimilă în viitor a unei stări de lucruri actuale. Prejudiciul eventual nu este însă decât o expectativă. Distincția între probabil și aleatoriu marchează frontiera dintre ceea ce este supus reparării și ceea ce nu este, frontieră ce nu este clar determinată. Tipice pentru prejudiciile potențiale sunt pierderea unei șanse de dezvoltare comercială sau economică a victimei, atingerile aduse elementelor atractive de clientelă sau capacității concurențiale ale unei întreprinderi, prin deteriorarea „imaginii sale de marcă”.

În ceea ce privește repararea prejudiciului, aceasta presupune obligarea la încetarea faptei ilicite și acordarea de daune-interese. Pentru stabilirea cuantumului acestora se are în vedere, alături de paguba suferită de victimă, o serie de alte criterii cum ar fi avantajele pe care actul ilicit le procură autorului său, mărimea beneficiilor nelegitime. Aparent, utilizarea acestor criterii complementare este derogatorie de la principiul clasic al acoperirii daunelor în funcție exclusiv de întinderea acestora: *damnum emergens* (prejudiciul efectiv) și *lucrum cessans* (beneficiul nerealizat). Ele sunt însă pe deplin justificate dacă se are în vedere că răspunderea civilă pentru concurență neloială îndeplinește, alături de funcția indemnitară, o funcție punitivă, respectiv o funcție preventivă.

c) Raportul de cauzalitate dintre fapta ilicită și prejudiciu. Pentru a putea fi cerută repararea prejudiciului produs prin fapte de concurență se cere probarea raportului de cauzalitate dintre fapta ilicită și prejudiciu, probă ce se dovedește adeseori dificilă. Rămâne în sarcina instanțelor să aprecieze dacă există legătură de cauzalitate între cele două elemente ale răspunderii și, în consecință, se impune acordarea de daune-interese pentru acoperirea prejudiciului.

d) Vinovăția. Potrivit doctrinei, vinovăția reprezintă atitudinea psihică pe care autorul a avut-o la momentul săvârșirii faptei ilicite sau, mai exact, la momentul imediat anterior săvârșirii acesteia, față de faptă și urmările acesteia. Forma de vinovăție este, la fel ca în cazul răspunderii civile delictuale clasice, indiferentă. Faptele de concurență neloială includ așadar atât comportamentele

intenționate, cât și actele săvârșite din neglijență sau imprudență. Indiferent de forma ei, vinovăția trebuie probată.

Aspecte particulare. Acțiunile izvorând dintr-un act de concurență neloială sunt de competența tribunalului locului săvârșirii faptei sau în a cărei rază teritorială se găsește sediul pârâtului sau inculpatului; în lipsa unui sediu este competent tribunalul domiciliului pârâtului sau inculpatului.

La cererea deținătorului legitim al secretului comercial, instanța poate dispune măsuri de interdicere a exploatării industriale și/sau comerciale a produselor rezultate din însușirea ilicită a secretului comercial sau distrugerea acestor produse. Interdicția încetează atunci când informația protejată a devenit publică.

În situația în care fapta a fost săvârșită de un salariat în cursul exercitării atribuțiilor sale de serviciu, potrivit art. 9 alin. (2) din Legea nr. 11/1991, comerciantul răspundea solidar cu salariatul pentru pagubele pricinuite, afară de cazul în care va putea dovedi că, potrivit uzanțelor, nu era în măsură să prevină comiterea faptei³¹⁴. De asemenea, alin. (3) al art. 9 din Legea nr. 11/1991 prevedea solidaritatea coautorilor care, prin actele și faptele lor de concurență neloială lor, au creat altuia un prejudiciu.

Dreptul la acțiune se prescrie în termen de un an de la data la care păgubitul a cunoscut sau ar fi trebuit să cunoască dauna și pe cel care a cauzat-o, dar nu mai târziu de 3 ani de la data săvârșirii faptei.

Legiuitorul român sancționează generic actele de concurență neloială, întrucât sunt contrare bunei-credințe și uzanțelor cinstite în activitatea unui comerciant (art. 2 din Legea nr. 11/1991). Din toate acestea, el a prevăzut în art. 4 și 5 din lege, o serie de fapte care prezintă un risc sporit de pericol social, calificându-le ca fiind contravenții sau chiar infracțiuni. Răspunderea contravențională sau răspunderea penală poate coexista cu acțiunea civilă.

Capitolul 13.

Răspunderea pentru actele de concurență neloială. Răspunderea penală

Potrivit art. 5 din Legea nr. 11/1991, constituie infracțiunea de concurență neloială:

„a) folosirea unei firme, embleme sau a unui ambalaj de natură să producă confuzie cu cele folosite legitim de alt comerciant;

b) folosirea în scop comercial a rezultatelor unor experimentări sau a altor informații confidențiale în legătură cu acestea, transmise autorităților competente în scopul obținerii autorizațiilor de comercializare a produselor farmaceutice ori a produselor chimice destinate agriculturii, care conțin compuși chimici noi;

c) divulgarea, achiziționarea sau utilizarea secretului comercial de către terți, ca rezultat al unei acțiuni de spionaj comercial ori industrial, dacă prin aceasta sunt afectate interesele sau activitatea unei persoane juridice;

d) divulgarea sau folosirea secretelor comerciale de către persoane împuternicite de deținătorii legitimi ai acestor secrete pentru a-i reprezenta în fața autorităților publice ori a instituțiilor publice, dacă prin aceasta sunt afectate interesele sau activitatea unei persoane juridice;

e) folosirea de către o persoană dintre cele prevăzute la art. 175 alin. (1) din Codul penal a

secretelor comerciale de care a luat cunoștință în exercitarea atribuțiilor de serviciu, dacă prin aceasta sunt afectate interesele sau activitatea unei persoane juridice;

f) producerea în orice mod, importul, exportul, depozitarea, oferirea spre vânzare ori vânzarea unor mărfuri sau servicii purtând mențiuni false privind brevetele de invenții, brevetele pentru soiuri de plante, mărcile, indicațiile geografice, desenele ori modelele industriale, topografiile de produse semiconductoare, alte tipuri de proprietate intelectuală, cum ar fi aspectul exterior al firmei, designul vitrinelor sau cel vestimentar al personalului, mijloacele publicitare și altele asemenea, originea și caracteristicile mărfurilor, precum și cu privire la numele producătorului sau al comerciantului, în scopul de a-i induce în eroare pe ceilalți comercianți și pe beneficiari.

Prin mențiuni false privind originea mărfurilor, în sensul alin. 1 lit. f), se înțeleg orice indicații de natură a face să se creadă că mărfurile au fost produse într-o anumită localitate, într-un anumit teritoriu sau într-un anumit stat. Nu se socotește mențiune falsă privind originea mărfurilor denumirea unui produs al cărui nume a devenit generic și indică în comerț numai natura lui, în afară de cazul în care denumirea este însoțită de o mențiune care ar putea face să se creadă că are acea origine” [art. 5 a fost modificat de art. 34 din titlul II din Legea nr. 187/2012).

Odată cu adoptarea acestui articol, dispozițiile art. 301 C. pen. au fost abrogate implicit, întrucât obiectul ocrotirii penale în cazul infracțiunii prevăzute de art. 5 din Legea nr. 11/1991 îl constituie relațiile sociale stabilite între comercianții de pe piața liberă, în spiritul art. 1 al acestei legi.

Obiectul juridic special al infracțiunii îl constituie relațiile sociale a căror formare și bună desfășurare sunt asigurate prin promovarea probității în economia de piață, a bunei-credințe și prin apărarea producătorilor, comercianților și consumatorilor contra unor practici abuzive.

Infracțiunea are, de regulă, și un obiect material (de exemplu: un produs care poartă denumiri de origine sau indicații de proveniență false, mărfurile contrafăcute sau pirat etc.).

Subiectul activ al infracțiunii este, de regulă, un comerciant, persoană fizică sau persoană juridică, român sau străin, care săvârșește asemenea acte de concurență neloială pe teritoriul României. De remarcat este faptul că pe lângă comercianți întâlnim și alte categorii de persoane care pot fi subiecți activi ai infracțiunii: prepușii autorităților competente să elibereze autorizațiile de comercializare a produselor farmaceutice sau a produselor chimice destinate agriculturii – lit. d); persoanele care au desfășurat activități de spionaj comercial sau industrial – lit. e); persoanele aparținând autorităților publice care, în această calitate, au intrat în posesia unor secrete comerciale – lit. f); mandatarii comercianților deținători legitimi de secrete comerciale – lit. f). Actele de divulgare a unor informații științifice secrete sau a unor alte secrete comerciale sau industriale ce pot fi săvârșite de aceste persoane nu constituie acte propriu-zise de concurență neloială, dar reprezintă mijlocul imoral prin intermediul căruia se pot manifesta unele acte de concurență, la rândul lor, contrare moralei afacerilor.

Din punct de vedere al laturii obiective, elementul material se înfățișează sub mai multe modalități normative, prevăzute la lit. a)-g), aspecte dezbătute anterior.

Urmarea imediată constă în confuzia care se creează cu privire la proveniența produsului și tulburarea încrederii în cinstea și corectitudinea comercianților. Implicit, concurența neloială creează daune materiale și morale comercianților, dar și consumatorilor, care sunt înșelați în ceea ce privește obiectul pe care și-l doresc a-l achiziționa.

Legătura de cauzalitate între elementul material și urmarea imediată rezultă din materialitatea faptei.

În ceea ce privește latura subiectivă, remarcăm forma de vinovăție impusă de legiuitor pentru existența modalității normative prevăzute la art. 5 lit. b) – intenția directă – spre deosebire de celelalte, unde intenția poate fi și indirectă. Într-o altă opinie, se arată că infracțiunea se săvârșește cu intenție directă calificată prin scop.

Concurența neloială poate parcurge etapa actelor pregătitoare și a tentativei până a se ajunge la consumare, însă legiuitorul incriminează numai fapta consumată.

Sancțiunea prevăzută de lege pentru această infracțiune este pedeapsa cu închisoare de la 3 luni la

2 ani sau amendă.

Acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea părții vătămate ori la sesizarea camerei de comerț și industrie teritoriale sau a altei organizații profesionale ori la sesizarea persoanelor împuternicite de Ministerul Finanțelor Publice. În absența oricărei precizări limitative a legii, putem înțelege prin „parte vătămată” nu numai comerciantul direct lezat prin săvârșirea infracțiunii, dar și asociațiile chemate să apere interesele consumatorilor, precum și consumatorii individuali – persoane fizice sau juridice –, în primul rând în cazul faptelor incriminate prin art. 5 lit. f), pentru care textele legale stabilesc drept criteriu de definire tocmai interesele consumatorilor, dar și în cazul faptelor incriminate prin art. 5 lit. a).

Capitolul 14.

Răspunderea pentru actele de concurență neloială. Răspunderea administrativă

Răspunderea administrativă pentru faptele de concurență neloială acoperă în dreptul românesc un spațiu larg între răspunderea civilă, care constituie dreptul comun în materie, și răspunderea penală, care constituie excepția.

Astfel, observăm că art. 4 din Legea nr. 11/1991 consacră ca fiind contravenții majoritatea actelor clasice de concurență neloială, din categoria celor de dezorganizare a activității unei întreprinderi concurente, de denigrare, de deturnare a clientelei, de publicitate mincinoasă. De asemenea, Legea nr. 148/2000 privind publicitatea, protejând simultan atât interesele consumatorilor cât și pe cele, generale, ale unei piețe libere și sănătoase, legate de respectarea moralei afacerilor, instituie un ansamblu complex de sancțiuni contravenționale pentru faptele de competiție economică neloială, săvârșite prin intermediul publicității înșelătoare, publicității subliminale, publicității șocante sau imorale ori al unor forme de publicitate comparativă.

Constatarea contravențiilor reglementate prin Legea nr. 11/1991 se face la sesizarea părții vătămate, a camerelor de comerț și industrie sau din oficiu, de către personalul de control împuternicit în acest scop de Ministerul Finanțelor Publice. Sancțiunile pot fi aplicate și persoanelor juridice. Termenul de prescripție pentru constatarea acestor contravenții este de trei ani de la data săvârșirii lor.

Contravențiile reglementate de Legea nr. 148/2000 în scopul asigurării condițiilor de publicitate propice dezvoltării unei concurențe normale pot fi constatate și sancționate la sesizarea persoanelor prejudiciate ori a asociațiilor de consumatori sau din oficiu.

În opinia unor autori, faptele contravenționale reglementate de Legea nr. 11/1991 (ante O.G. nr. 12/2014) sunt grupate în următoarele categorii:

- fapte de dezorganizare a întreprinderilor rivale prin diverse mijloace și metode (coruperea personalului unui comerciant; concedierea salariaților etc.);
- fapte de deturnare a clientelei;
- fapte de denigrare a întreprinderii rivale (a produselor ori a persoanei comerciantului);
- fapte de infidelitate;
- fapte de rupere a egalității în concurență (vânzarea piramidală); fapte de violare a secretelor de fabrică și de comerț.

În cele ce urmează vom trece în revistă actele și faptele de concurență neloială care, în opinia legiuitorului nostru, constituie contravenții, dacă nu sunt săvârșite în astfel de condiții încât să fie considerate, potrivit legii penale, infracțiuni (așa cum au fost prezentate de acesta):

- a) „oferirea serviciilor de către salariatul exclusiv al unui comerciant unui concurent ori acceptarea

unei astfel de oferte” [art. 4 lit. a)];

În ceea ce privește „oferirea serviciilor de către un salariat exclusiv unui concurent”, în literatura noastră de specialitate au fost exprimate opinii diferite în ceea ce privește calificarea acestei „fapte”. Astfel, după unii autori, dispozițiile art. 4, lit. a) consacră, în drept, nu o faptă de concurență neloială, ci o interdicție legală de concurență dintre angajatorul, persoană fizică sau persoană juridică, și salariatul său exclusiv. După alți autori, faptele incriminate de dispozițiile art. 4 lit. a) sunt fapte de concurență neloială, respectiv „atitudini de infidelitate ale salariaților, cu consecințe, adesea, foarte grave asupra funcționării unei anumite întreprinderi”.

Fapta presupune fie oferirea serviciilor de către un salariat exclusiv unui concurent al operatorului economic la care este angajat salariatul ofertant, fie doar acceptarea unei astfel de oferte de angajare făcută de operatorul economic concurent. Ea poate fi săvârșită, cu intenție, doar un salariat exclusiv al unui operator economic persoană fizică sau persoană juridică care are o atitudine de infidelitate față de angajatorul său.

b) „divulgarea, achiziționarea sau folosirea unui secret comercial de către un comerciant sau un salariat al acestuia, fără consimțământul deținătorului legitim al respectivului secret comercial și într-un mod contrar uzanțelor comerciale cinstite” [art. 4 lit. b)]:

Aceste fapte de concurență neloială intră în categoria celor de violare a secretelor de fabrică și de comerț, după unii autori, iar după alții în categoria faptelor de dezorganizare a întreprinderii rivale prin acțiuni de spionaj economic.

Faptele pot fi săvârșite, cu intenție, atât de un salariat al unui comerciant, salariat care divulgă unui concurent al angajatorului său un secret comercial, fără consimțământul acestuia, cât și de un comerciant persoană fizică sau persoană juridică care achiziționează sau folosește (după divulgare) un anumit secret comercial obținut într-un mod contrar uzanțelor cinstite în materie comercială – de la un comerciant concurent. Legea nr. 11/1991 definește secretul comercial ca fiind „informația care, în totalitate sau în conexarea exactă a elementelor acesteia, nu este în general cunoscută sau nu este ușor accesibilă persoanelor din mediul care se ocupă în mod obișnuit cu acest gen de informație și care dobândește o valoare comercială prin faptul că este secretă, iar deținătorul a luat măsuri rezonabile, ținând seama de circumstanțe, pentru a fi menținută în regim de secret”. Jurisprudența franceză a inclus în secretul de întreprindere orice procedeu care oferă un interes industrial sau comercial, utilizat de un comerciant și păstrat ascuns de concurenții săi. Nu numai orice invenție brevetabilă dar neînregistrată poate constitui un secret, ci și inovațiile tehnologice.

Modalitățile de săvârșire pot consta în: divulgare de către salariat, achiziționarea și/sau folosirea de către comerciantul concurent, cu condiția ca oricare dintre aceste modalități de dobândire a unui secret comercial să fie contrară uzanțelor cinstite.

c) acapararea agresivă a clientelei: „încheierea de contracte prin care un comerciant asigură predarea unei mărfi sau executarea unor prestații în mod avantajos, cu condiția aducerii de către client a altor cumpărători cu care comerciantul ar urma să încheie contracte asemănătoare” [art. 4 lit. c)].

În esență, această modalitate de încheiere și executare a unor contracte comerciale este interzisă de lege, deoarece ea reprezintă „o modalitate de exploatare a propriului comerț contrar legii sau uzanțelor cinstite în activitatea comercială sau industrială, în condiții în care împiedică jocul liberei concurențe”. Această metodă de comercializare mai este cunoscută și sub denumirea de metoda „bulgăre de zăpadă”, metodă despre care instanțele de judecată au apreciat că este „o escrocherie, prin care comerciantul își însușește un profit cu ajutorul unor manopere frauduloase”. Metoda, denumită uzual „bulgăre de zăpadă” constă în promisiunea comerciantului de a preda marfa sau de a executa prestația la un preț ori tarif inferior celui practicat în mod curent, în schimbul obligației asumate de clientul consumator de a procura pentru comerciant alți clienți. Atunci când aceștia din urmă se prezintă și, la rândul lor, se obligă, în aceleași condiții, să aducă noi clienți, cumpărătorul inițial își primește avantajul scontat. Procedeu este neonest și prejudiciază deopotrivă pe ceilalți comercianți ca și pe consumatori, însuflându-le iluzia că astfel ar dobândi mărfuri sau alte servicii

în condiții avantajoase. Fapta se poate săvârși, cu intenție, prin încheierea de contracte cu anumiți clienți, în condiții mai avantajoase (de regulă, de preț) condiționată de obligația asumată și executată de aceștia de a aduce mai mulți clienți cu care, la rândul lor, comerciantul abuziv să încheie alte asemenea contracte. Ea poate fi săvârșită decât de un comerciant en-detail sau chiar en-gros, care în mod neonest oferă unora dintre clienții săi o serie de avantaje de preț, cu condiția ca aceștia, la rândul lor, să-i aducă vânzătorului alți clienți cu care să încheie contracte.

d) publicitatea înșelătoare sau falsa publicitate „comunicarea sau răspândirea în public de către un comerciant de afirmații asupra întreprinderii sale sau activității acesteia menite să inducă în eroare și să creeze o situație de favoare în dauna unor concurenți” [art. 4 lit. d)].

Contravenția poate fi săvârșită, cu intenție, de orice persoană care răspândește în public, prin diverse mijloace de comunicare sau publicitate, date și informații eronate, laudative, fără suport real, în legătură cu întreprinderea sa ori activitatea acesteia, care să aibă capacitatea de a induce în eroare publicul consumator. Inducerea în eroare a consumatorilor se va raporta la posibilitatea reală a clienților sau consumatorilor de a fi păcăliți.

Urmarea periculoasă constă în crearea unei situații favorabile în dauna concurenților. Considerăm că legiuitorul ar fi trebuit să-i adauge, alături de concurenți, și pe consumatori, deoarece și aceștia suferă o pagubă prin cumpărarea anumitor produse de la făptuitor.

Fapta se consumă în momentul în care datele nereale sunt aduse la cunoștința publicului, nefiind necesar ca efectele pe care le urmărește făptuitorul să se fi produs.

e) denigrarea „comunicarea, chiar făcută confidențial, sau răspândirea de către un comerciant de afirmații mincinoase asupra unui concurent sau asupra mărfurilor ori serviciilor sale, afirmații de natură să dăuneze bunului mers al întreprinderii concurente” [art. 4 lit. e)].

În ceea ce privește denigrarea, trebuie să precizăm că subiectul pasiv al acesteia este tot un comerciant, concurent al făptuitorului.

Comunicarea presupune o transmitere directă de către făptuitor a datelor denigratoare, iar răspândirea acestora se poate realiza prin diverse mijloace, apte să fie receptate de un număr nedeterminat de persoane (TV, radio, internet, afișe etc.).

Pentru a fi întrunite elementele constitutive ale contravenției se impune ca afirmațiile să fie în măsură să conducă la identificarea subiectului denigrării, o denigrare cu caracter general neavând relevanță juridică.

Legiuitorul nostru sancționează numai fapta prin care sunt comunicate sau răspândite afirmații mincinoase asupra unui concurent sau asupra mărfurilor ori serviciilor sale.

Urmarea socialmente periculoasă constă în crearea unei stări de pericol pentru concurentul denigrat.

În ceea ce privește latura subiectivă trebuie să subliniem că fapta poate fi săvârșită numai cu intenție.

f) dezorganizarea întreprinderii rivale. Se poate realiza fie prin coruperea personalului „oferirea, promiterea sau acordarea – mijlocit sau nemijlocit – de daruri sau alte avantaje salariatului unui comerciant sau reprezentanților acestuia, pentru ca prin purtarea neloială să poată afla procedeele sale industriale, pentru a cunoaște sau a folosi clientela sa ori pentru a obține alt folos pentru sine ori pentru altă persoană în dauna unui concurent” [art. 4 lit. f)], fie prin „deturnarea clientelei unui comerciant prin folosirea legăturilor stabilite cu această clientelă în cadrul funcției deținute anterior la acel comerciant” [art. 4 lit. g)], fie prin „concedierea sau atragerea unor salariați ai unui comerciant în scopul înființării unei societăți concurente care să capteze clienții acelui comerciant sau angajarea salariaților unui comerciant în scopul dezorganizării activității sale” [art. 4 lit. h)].

Trebuie să facem precizarea că fapta de corupere a personalului altui comerciant prin daruri se consumă prin simpla ofertă ori promisiune, chiar dacă acesta nu acceptă darurile sau avantajele. Nu are relevanță dacă rezultatul urmărit de făptuitor s-a realizat sau nu. Dacă salariatul ori reprezentantul comerciantului-victimă acceptă serviciile respective și pune la dispoziția făptuitorului datele solicitate, el va deveni autor și va răspunde pentru contravenția prevăzută de art.

4 lit. b).

Fapta de deturnare a clientelei unui comerciant poate fi săvârșită numai de către acele persoane care, prin prisma funcției deținute anterior în cadrul întreprinderii organizate de un comerciant, intră în contact cu clientela acestuia sau deține informații despre clientela acestuia.

În ceea ce privește fapta prevăzută de art. 4 lit. h), se poate observa că făptuitorul desfășoară activități brutale pentru atragerea personalului a comerciantului și, implicit, deturnarea clientelei.

Concedierea specialiștilor unui comerciant trebuie să fie făcută în vederea atragerii lor în noua întreprindere concurentă. În concluzie, în această privință, fapta poate fi săvârșită numai de acele persoane care au atribuții în ceea ce privește „concedierea” angajaților.

În ceea ce privește cea de-a doua variantă a contravenției, elementul material se realizează doar prin angajarea foștilor salariați ai unui comerciant, în scopul dezorganizării activității acestuia. În principiu, orice angajat este liber să-și înceteze, cu respectarea legii, activitatea la un angajator și să încheie un al contract de muncă la un altul. Totuși, în situația în care un număr mare de angajați demisionează ori sunt concediați și ulterior se angajează la un alt comerciant concurent, activitatea comerciantului poate fi destabilizată, fapt pentru care analiza trebuie să aibă în vedere numărul și importanța (gradul de specializare) persoanelor atrase în raport cu personalul rămas.

Din punct de vedere al urmărilor socialmente periculoase, toate aceste fapte conduc la o stare de pericol gravă pentru comerciantul a cărui dezorganizare este vizată, urmată de prejudicii materiale însemnate.

Faptele se săvârșesc cu intenție, iar în ceea ce privește fapta prevăzută la lit. h), numai cu intenție directă.

Contravențiile prevăzute la lit. a)-c) se sancționează cu amendă de la 1000 lei la 10000 lei, iar cele prevăzute la lit. d)-h), cu amenda de la 1500 lei la 15000 lei.

Sanctiunea poate fi aplicată și persoanelor juridice.

Contravențiile se constată, la sesizarea părții vătămate, a camerelor de comerț și industrie sau din oficiu, de către personalul de control împuternicit în acest scop de Ministerul Finanțelor Publice, care aplică și amenda.

În cazurile de concurență neloială ce afectează în mod semnificativ funcționarea concurenței pe piața relevantă afectată, Ministerul Finanțelor Publice va sesiza Consiliul Concurenței pentru soluționarea cazului în conformitate cu dispozițiile Legii concurenței nr. 21/1996.

Termenul de prescripție a dreptului la acțiune este de 3 ani.