

UNIVERSITATEA TRANSILVANIA BRAȘOV
FACULTATEA DE DREPT ȘI SOCIOLOGIE
SPECIALIZAREA DREPT

ACTELE DE CONCURENȚĂ NELOIALĂ

BRAȘOV
2009

Noțiunea de concurență neloială desemnează, sintetic, acea competiție economică purtată între comercianți sau/și orice alte persoane care desfășoară activități cu caracter economic, în care sunt utilizate mijloace neonestе.

Potrivit clasificării clasice, preluată de la Roubier¹, concurența neloială se poate manifesta sub trei forme: imitația dezorganizarea și denigrarea.

Secțiunea I. Imitația

A imita înseamnă a copia. În funcție de obiectul imitat, copierea ca act de concurență ilicit poate să privească produsul concurent sau însăși întreprinderea concurentă, prin încercarea de identificare cu aceasta. Printr-o extensiune a semnificației originare, „copierea” poate viza ideile ori uzurparea reputației altei întreprinderi.

Subsecțiunea I. Imitarea produsului

Imitarea produsului se poate realiza în două modalități: copia servilă și copia cvasiservilă. Prima dintre acestea implică o imitație profundă, dincolo de aspectul exterior al produsului, în specificitatea sa tehnică, în caracteristicile și funcționalitatea sa. Ținta unor astfel de manopere o constituie obiectele al căror succes comercial este asigurat și care nu sunt protejate prin drepturi exclusive (ipoteză în care am fi în prezența contrafacerii și acțiunii corespunzătoare acesteia). Frecvența copiei servile este surprinzător de mare: o întâlnim la toate tipurile de produse, de la cele mai simple și mai tradiționale, cum ar fi jucăriile sau jocurile pentru copii², la cele mai noi (computerele).

Copierea poate fi și cvasiservilă, fiind deci sancționabilă chiar și numai realizarea unei asemănări între cele două produse. Este irelevantă existența unor diferențe, dacă acestea sunt dominate de efectul de ansamblu al similitudinilor³.

Confuzia în percepția publicului. În oricare din modalități, este necesar să se probeze confuzia în spiritul consumatorilor. Dar este suficientă și numai proba riscului unei asemenea confuzii. În acest sens, trei condiții trebuie să fie întrunite:

- produsele să fie de aceeași natură;
- între produse să existe similitudini obiective;
- cele două produse să se adreseze aceleiași clientele.

Copiile licite. Imitatorul poate fi exonerat de răspundere prin invocarea a trei justificări:

- a) *Natura produsului*. Atunci când imitarea rezultă din natura produsului, nu este condamnată. De pildă, copia servilă a unei publicații cu programe de televiziune nu este sancționabilă, deoarece similitudinile decurg din natura comună tuturor publicațiilor cu acest profil.
- b) *Banalitatea produsului*. Dacă produsul este banal, el poate fi imitat, nemaivând nici o relevanță posibilitatea confuziei. Condiția originalității produsului pentru condamnarea imitației este comună cu protecția proprietății intelectuale, diferită fiind numai intensitatea acestei originalități: produsul nu merită protecție dacă nu este

¹P. Roubier, op.cit., p.504.

² CA Versailles, 26 sept. 1996, Kirlbi: PIBD 1997, III, p. 186; CA Paris 10 dec. 1997, Hasbro: PIBD 1998, p. 181.

Parțial, conținutul acestei conduite comerciale neleale cade sub incidența infracțiunii prevăzute de art. 5 lit. a) din Legea nr. 11/1991, precit.; în rest, întreaga gamă de manifestări concrete posibile, rămâne în sfera de aplicabilitate exclusivă a răspunderii civile pentru concurență neloială.

³ Parțial, conținutul acestei conduite comerciale neleale cade sub incidența infracțiunii prevăzute de art. 5 lit. a) din Legea nr. 11/1991, precit.; în rest, întreaga gamă de manifestări concrete posibile, rămâne în sfera de aplicabilitate exclusivă a răspunderii civile pentru concurență neloială.

rezultatul unui efort de concepție. Este neloial să copiezi doar atunci când îți însușești munca de creație a altuia.

- c) *Imitarea este impusă de exigențe tehnice.* Când imitarea se impune de o manieră imperativă datorită, de exemplu, existenței unor norme standard, ea devine licită. La fel, când se datorează unor necesități de compatibilitate funcțională. Acesta este cazul elaborării unor produse care trebuie să fie adaptabile unele altora, sau utilizabile unele cu altele (piesele detașate și cele accesorii).

Indiferența bunei-credințe. Deși de cele mai multe ori cel care copiază urmărește producerea confuziei, elementul relei-credințe nu este indispensabil pentru angajarea responsabilității. Buna-credință, constând în ignorarea existenței pe piață a produsului imitat sau în absența intenției de creare a confuziei, nu constituie o scuză exoneratoare de răspundere. Întrucât legea nu distinge între intenție și culpă – sub oricare din formele sale -, cel care realizează sau exploatează un produs trebuie să-și ia toate precauțiile pentru a evita orice confuzie cu alte produse.

Subsecțiunea a II-a. Identificarea cu întreprinderea

Comerciantul neloial poate încerca să depășească „rudimentara” copiere a produselor concurente, urmărind să fie el însuși identificat de către public cu un alt comerciant concurent, eventual mai notoriu, astfel încât confuzia să privească proveniența produsului său. Nemaștiind cărei întreprinderi îi aparține produsul, clientela este deturnată spre concurentul neloial. Spunem deci că „identificarea cu întreprinderea” constituie orice act de concurență neloială prin intermediul căruia comerciantul neonest încearcă să creeze confuzie între întreprinderea sa și întreprinderea comerciantului victimă.

Modalități. Identificarea cu o întreprindere implică imitarea semnelor distinctive ale acesteia: numele, emblema, codul de acces pe internet, aranjamentul material, pe scurt, orice semn distinctiv al întreprinderii.

Poate fi utilizat în scopuri comerciale propriul nume, dar și numele altuia, ambele ipoteze putând constitui mijloace de imitare ilicită.

- a) *Omonimia.* Utilizare propriului nume ca nume comercial este liberă, dar generează probleme în ipoteza omonimiei. În principiu, nimeni nu poate fi împiedicat să exercite o activitate comercială sub numele său, chiar dacă un alt comerciant exploatează deja un comerț sub un nume identic sau a fost înregistrată o marcă sub același nume. Singura condiție impusă de lege și într-un caz și-n celălalt este înlăturarea riscului de confuzie. Astfel, potrivit art. 38 din Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului¹, când o firmă nouă este asemănătoare cu o alta – asemănarea putând viza omonimia -, trebuie să se adauge o mențiune care să o deosebească de aceasta, fie prin desemnarea mai precisă a persoanei (menționarea prenumelui, de exemplu), fie prin indicarea felului de comerț sau în orice alt mod. Oficiul registrului comerțului are obligația să refuze înscrierea unei firme care, fără a introduce elemente deosebitoare, poate produce confuzie cu alte firme înregistrate.

Legea 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice cuprinde, la rândul său, dispoziții speciale ale căror scop este apărarea drepturilor exclusive născute din depozitul mărcii împotriva posibilelor confuzii purtând asupra originii produselor. În consecință, art. 35 conferă titularului mărcii dreptul de a acționa în justiție pentru interzicerea folosirii în activitatea comercială de către terți a oricăror semne (inclusiv deci a numelui comercianților), identice sau numai asemănătoare cu marca, de natură să inducă în rândul consumatorilor confuzia cu privire la producătorul sau distribuitorul protejat prin înregistrarea mărcii.

¹ M. Of. nr. 121/7.11.1990. legea a fost modificată și completată, fiind publicată în M. Of. nr. 49/4.2.1998; alte modificări ulterioare nu sunt de natură să altereze analiza noastră.

Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale, prin art. 5 lit. g), sancționează ca infracțiune doar utilizarea mențiunilor false pentru a induce în eroare pe ceilalți comercianți sau pe beneficiari asupra identității întreprinderii. La rândul său, Legea nr. 148/2000 privind publicitatea interzice publicitatea comparativă dacă prin intermediul acesteia 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.

b) *Utilizarea comercială a numelui altuia.* Aici lucrurile se petrec invers decât în cazul omonimiei. Utilizarea comercială a numelui altuia nu este liberă. Ea nu este licită decât dacă:

- titularul numelui consimte. Astfel, titularul numelui poate consimți ca un terț să-i utilizeze numele ca nume comercial sau denumire socială. Patronimul se detașează astfel de persoana care îl poartă, devenind proprietate comercială.

Legea nr. 26/1990 permite dobânditorului unui fond de comerț să continue activitatea sub firma anterioară, care cuprinde numele unuia dintre comercianții anteriori, numai cu acordul expres al titularului numelui și interzice înstrăinarea firmei separat de fondul de comerț căruia aceasta îi este atașată, deci înstrăinarea distinctă, prin ipoteză, a patronimului inclus în denumirea firmei.

- datorită banalității numelui, nu există riscul confuziei.

Când patronimul este celebru, titularul numelui poate acționa în apărarea numelui său fără să fie necesar să mai probeze confuzia sau prejudiciul. De pildă, art. 5 lit. j) din Legea nr. 84/1998 privind mărcile și indicațiile geografice exclude de la protecție și înregistrare „mărcile care conțin, fără consimțământul titularului, imaginea sau numele patronimic al unei persoane care se bucură de renume în România”. Dacă, totuși, o astfel de marcă este înregistrată, titularul patronimului va putea solicita în justiție anularea înregistrării. Această acțiune va putea fi promovată și de orice altă persoană interesată, prin ipoteză un comerciant lezat în raporturile sale concurențiale.

Confuzia în percepția publicului. În ipoteza ce face obiectul analizei, competitorul neal încearcă să inducă în spiritul publicului o confuzie între întreprinderea sa și cea concurentă, în scopul captării nelegitime a clientelei acesteia.

Confuzia depinde de două elemente:

- în primul rând confuzia nu este posibilă decât *dacă cele două întreprinderi desfășoară activități concurențiale*, ele acționând în același domeniu și adresându-se aceleiași clientele;
- în al doilea rând, confuzia depinde de un *factor geografic*: nu există confuzie *decât dacă cele două întreprinderi acționează în apropiere una de cealaltă*.

Subsecțiunea a III-a. Uzurparea prestigiului altei întreprinderi.

Această conduită neloială constituie o particularizare a copierii întreprinderii, în funcție de criteriul prestigiului întreprinderii țintă. Problematika adusă acum în discuție este aceea cunoscută sub denumirea de „parazitism economic”. Teoria parazitismului economic este o construcție jurisprudențială preluată concomitent de doctrina italiană și franceză. Termenul de parazitism economic semnifică acele acte de concurență neloială prin care comerciantul neonest urmărește să obțină avantaje concurențiale cu minimum de efort, prin uzurparea prestigiului altor întreprinderi.

Din considerente tehnice, de sistematizare, în doctrină se face distincție între concurența parazitară și manoperele parazitare.

Concurența parazitară. *Comerciantul parazit creează confuzie prin raportarea sa la o întreprindere notorie, căutând să profite de prestigiul ei, pentru a exploata același tip de clientelă și a determina, în cele din urmă, deturnarea acesteia în profitul său.*

Practica tabelor de concordanță este un exemplu clasic de concurență parazită. Aceasta constă în punerea în paralel, pe un pliant distribuit clienței, a unor produse de calitate mediocră cu produse de lux, pentru evidențierea diferențelor de prețuri. Utilizat cu preponderență în domeniul parfumurilor, comportamentul a fost constant reprimat de jurisprudență, ca act de concurență neloială, dar și, dacă sunt întrunite condițiile contrafacerii, pe temeiul protecției mărcilor.

Legislația internă românească, prin art. 8 lit. g) din Legea nr. 148/2000 privind publicitatea, într-un mod asemănător, interzice publicitatea comparativă când „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.”

Cu cât notorietatea întreprinderii victimă este mai mare, cu atât protecția față de conduitele parazitare este mai puternică, ducând la o aplicare mai puțin riguroasă a condițiilor de atragere a răspunderii. Riscul confuziei este astfel cu mai multă ușurință admis iar larga arie geografică în care întreprinderea notorie este cunoscută asigură, în mod corespunzător, o apărare extinsă a acesteia.

Mai mult, protecția va opera nu numai față de activitățile propriu-zis concurențiale, ci în raport de orice activitate ce ar putea fi ratașată întreprinderii notorii. Prestigiul deosebit al întreprinderii victimă determină posibilitatea de stabilire a confuziei chiar în absența oricărei concurențe între cele două întreprinderi, care pot fi active în domenii diferite.

Este însă obligatorie proba confuziei asupra originii bunului: publicul nu cunoaște care întreprindere a fabricat bunul și îl atribuie, eronat, întreprinderii notorii. Astfel, când întreprinderea „pirat” operează în sectoare economice diferite, neloialitatea celei dintâi nu se concretizează prin deturnarea clienței celei de-a doua, pentru că ele nu prospectează aceeași clientelă. Consecința neloialității și a confuziei publicului o constituie câștigarea de clientelă fără efort propriu.

Manoperele parazitare. Teoria parazitismului poate fi însă aplicată fără a mai pretinde proba nici unei confuzii: comerciantul nu caută în mod special să creeze o confuzie în percepția publicului între produse, nici între întreprinderi, nici privind originea produselor. Prejudiciul va consta într-o tulburare comercială, actuală sau viitoare, ținând de diluarea valorii mărcii sau, mai general, a semnelor distinctive și de diminuare a capacității de concurență a întreprinderii piratate, pe scurt, în uzurparea notorietății acesteia.

De pildă, fabricantul de jucării care-și denumesc o jucărie „Orient-Expres” profită de reputația trenului cu aceeași denumire pentru a o vinde mai ușor, fără a depune eforturi deosebite; nici nu se pune problema confuziei publicului asupra originii produsului, căci nimeni nu poate crede că uzinele agrenate în fabricarea trenului sau întreprinderea care îl exploatează s-au reprofilat pe fabricarea jucăriilor: „dacă nu se caută să creeze o confuzie asupra originii produsului, fabricantul se dedă în schimb la o exploatare nejustificată a mărcii altuia.”¹ Similar nimeni nu ar putea crede că producătorii de vinuri din celebra regiune Champagne au renunțat la obținerea produselor lor specifice, pentru a fabrica parfumuri, fie ele chiar de lux. Deci, fabricantul de cosmetice, care și-a denumit parfumul „Champagne” și l-a ambalat într-un flacon asemănător sticlelor de șampanie, este culpabil de săvârșirea unui act de concurență neloială, sub forma manoperele parazitare. El a profitat de prestigiul denumirii de origine Champagne, de munca și perseverența a generații de producători, în scopul de a atrage clientelă pentru noul său parfum².

¹ CA Paris, 21 noiembrie 1997, Orient-Express, PIBD 1997, III, 174.

² CA Paris, 15 decembrie 1993, Yves Saint-Laurent Parfums, precit.

Legea nr. 84/1998 integrează și această tendință prin art. 35 lit. c), care face posibilă interzicerea folosirii în activitatea comercială a unui semn identic sau asemănător cu o marcă de prestigiu, pentru produse sau servicii diferite de cele pentru care marca este înregistrată, dacă s-ar putea, prin această folosire, profita de caracterul distinctiv ori de renumele mărcii sau s-ar cauza un prejudiciu titularului mărcii.

Secțiunea a II-a. Dezorganizarea

În mod tradițional doctrina distinge între *dezorganizarea întreprinderii concurențe și dezorganizarea pieței*. Dezorganizarea pieței aduce atingere nu numai unei anume întreprinderi concurente, ci ansamblului concurenților care fabrică sau distribuie un produs. Se includ în această categorie de fapte diverse practici restrictive, în principal practicarea unor prețuri anormal de joase, în scopul eliminării concurenței. Acest tip de comportament este specific competitorilor de mare anvergură și poartă denumirea de abuz de poziție dominantă, eventual, de abuz de dependență economică.

Dezorganizarea poate proveni însă și de la un operator fără putere economică deosebită. Când produce o ruptură a egalității în concurență.

În funcție de scopul urmărit dezorganizarea unei întreprinderi este de două feluri:

- care vizează activitatea productivă sau comercială a întreprinderii concurente. Aceasta la rândul său poate fi:
 - directă
 - indirectă
- care vizează rețelele de distribuție, prin dezvoltarea importurilor paralele.

Dezorganizarea directă. Aceasta include în primul rând dezorganizarea activității adversarului prin mijloace brutale, chiar primitive, cum ar fi deturnarea comenzilor sau suprimarea publicității acestuia. Ea se poate realiza însă și prin metode mai rafinate. Unele dintre ele implică utilizarea așa-numitelor „prețuri de apel”, care sunt prețuri anormal de joase, dar situate deasupra revânzării în pierdere. Această practică nu este constitutivă de concurență neloială decât în prezența unor circumstanțe speciale¹: când este însoțită de o înșelăciune sau de un dumping.

Înșelăciunea se referă, de cele mai multe ori, la propunerea – prin intermediul unor campanii publicitare - de prețuri joase pentru un produs notoriu, în scopul atragerii clientelei, dar fără ca întreprinderea neloială să dispună de cantitățile necesare pentru a putea satisface cererea. În această manieră, clientela este deturnată spre alte produse.

Dumpingul, în acest context, se definește ca o vânzare cu preț scăzut de produse notorii, precedată sau/și însoțită de publicitate, în scopul captării clientelei concurenților. Odată eliminată concurența locală, prețurile sunt majorate.

Ambele practici produc prejudicii:

- producătorilor, întrucât produsele lor sunt devalorizate;
- concurenților, deoarece clientela le este deturnată;
- consumatorilor, care sunt înșelați.

Dezorganizarea indirectă. Aceasta poate consta în:

- utilizarea personalului întreprinderii rivale sau
- obținerea de informații în condiții anormale.

Utilizarea personalului întreprinderii rivale. Legea nr. 11/1991 conține câteva norme centrate pe această temă, instituind în sarcina celor vinovați răspunderea contravențională, din care exemplificăm:

¹ J.-J.Burst, *Concurrence deloyale et parasitisme*, Droit usuel, Dalloz, 1993, nr. 153, 204.

- oferirea, promiterea sau acordarea – mijlocit sau nemijlocit – de daruri ori alte avantaje salariatului unui comerciant sau reprezentanților acestuia, pentru a cunoaște sau a folosi clientela sa;
- deturnarea clientelei unui comerciant prin folosirea legăturilor stabilite cu această clientelă în cadrul funcției deținute anterior la acel comerciant;
- 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.

Ținta activităților neloiale o constituie în principal clientela adversarului. Dar clientela este prin natura ei fluctuantă și „aparține” celui care știe s-o câștige. Tocmai modalitățile de câștigare a clientelei sunt vizate de cele trei variante legale, toate implicând manopere frauduloase:

- coruperea personalului întreprinderii rivale, în prima;
- utilizarea dolozivă a legăturilor stabilite cu clientela fostului patron, în a doua;
- raptul personalului unui comerciant, în a treia.

În absența unor manopere frauduloase nu suntem în prezența concurenței neloiale chiar dacă, prin ipoteză, plecarea salariatului ar provoca o deplasare masivă a clientelei. Totuși depinde de circumstanțe: dacă se face dovada că ex-salariatul a utilizat sistematic practici de acaparare a clientelei, atunci comportamentul este neloial. La fel, nu constituie act nelegal per se nici constituirea unei noi societăți, având același obiect de activitate cu o alta preexistentă, urmată de angajarea unor foști salariați ai întreprinderii inițiale, chiar dacă prin aceasta s-ar determina un important transfer de clientelă. Ceea ce primează este principiul libertății de inițiativă și, în consecință, este necesară probarea neloialității concurentului.

În plus, victima trebuie să dovedească și faptul că, prin aceste conduite, a fost privată de exploatarea clientelei sale, sau de un segment important al acesteia, altfel spus, că ele au condus la dezorganizarea întreprinderii sale.

Obținerea în condiții anormale a secretelor de afaceri sau a savoir-faire-ului. Cea mai semnificativă completare a legii privind combaterea concurenței neloiale, introdusă prin Legea nr. 298/2001, este cea referitoare la *protecția informației confidențiale*. Legea încearcă definirea acesteia astfel: „constituie secret comercial 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 secret”. Definiția a fost preluată de legiuitorul român din Acordul privind aspectele drepturilor de proprietate intelectuală legate de comerț, din 15 aprilie 1994, potrivit căruia noțiunea de informație confidențială acoperă o largă arie de date nedestinate publicității, începând cu cele legate de invenții (dar nebrevetate sau nebrevetabile) și terminând cu cele privitoare la viața privată a unei persoane (inclusiv data de naștere).

În mod evident, legiuitorul a urmărit crearea unui cadru normativ special pentru apărarea savoir-faire-ului (know-how), dar definiția aleasă nu este cea mai fericită, întrucât este confuză și lacunară sub aspectul unor criterii riguroase de determinare a obiectului protecției. Apreciem că mult mai potrivită ar fi fost adoptarea reperelor conținute în Decizia Comisiei Comunităților Europene nr. 4087 din 30 noiembrie 1988, în raport de care know-how-ul poate fi definit ca fiind creația intelectuală reprezentată de totalitatea cunoștințelor și soluțiilor noi, secrete, substanțiale și identificate, deținute de un comerciant, utile în industrie, comerț sau servicii, pentru care titularul își poate manifesta voința de a le transmite, în anumite condiții terților.

În literatura de specialitate¹, *savoir-faire*-ul este caracterizat astfel:

- a) Este un *ansamblu de cunoștințe tehnice* privind capitalul tehnologic al unei întreprinderi, respectiv fabricarea unui produs, exploatarea sau gestiunea unei întreprinderi, sau un ansamblu de cunoștințe netehnice, comerciale, importante mai cu seamă în domeniul francizei.

Informațiile conținute de *know-how* sunt „substanțiale, în sensul că sunt utile pentru optimizarea activităților industriale sau comerciale, ori pentru eficiența managementului. Se consideră că poate exista și un *savoir-faire* negativ, „constituit din cunoștințele asupra erorilor care nu trebuie comise”².

- b) Are *caracter transmisibil*, ceea ce înseamnă că elementele sale, cunoștințele care îl alcătuiesc pot fi comunicate unor terți. Sunt excluse astfel din sfera noțiunii de *savoir-faire* competența sau abilitățile tehnice ale unui salariat, care nu sunt susceptibile de înstrăinare.
- c) Are un caracter relativ *secret*, ceea ce înseamnă că activitățile care alcătuiesc *savoir-faire*-ul nu sunt liber accesibile publicului. Aceste informații nu implică însă în mod obligatoriu o noutate absolută sau activitate inventivă și pot fi cunoscute de un număr mai mare de persoane, din cadrul aceleiași întreprinderi sau chiar din întreprinderi concurente care cunosc și aplică același *know-how*, obținut pe baza unor investiții proprii. Ceea ce este esențial, este ca deținătorii legitimi să ia măsuri rezonabile pentru păstrarea confidențialității secretelor.
- d) Ansamblul de cunoștințe care alcătuiesc *savoir-faire*-ul *nu face obiectul unui brevet*, fie că respectivele cunoștințe nu îndeplinesc condițiile pentru a fi brevetate, fie că nu se dorește obținerea unui brevet pentru a evita cheltuielile necesare pentru depozit sau pentru a se preveni divulgarea lor.

Legea nr. 11/1991 condamnă printr-un text de principiu apropierea secretelor comerciale ale concurenților, prin mijloace neloiale, ca, de pildă, abuzul de încredere sau instigarea la sustragerea lor, precum și utilizarea secretelor comerciale astfel obținute sau achiziționarea lor de către terți care aveau cunoștință despre existența acestor practici, de natură să aducă atingere pozițiilor pe piață ale concurenților.

Însușirea secretelor de afaceri sau a *savoir-faire*-ului poate fi directă sau indirectă.

a) Aproximarea directă se poate face prin mijloace diverse, între care spionajul industrial sau comercial este intens folosit astăzi în lupta acerbă pentru câștigarea rapidă a unor poziții dominante sau pentru menținerea acestora. Legea nr. 11/1991 sancționează penal divulgarea, achiziționarea sau utilizarea secretului comercial de către terți, fără consimțământul deținătorului său legitim, ca rezultat al unei acțiuni de spionaj industrial sau comercial. Însușirea directă a unor informații secrete se mai poate realiza și prin încălcarea obligației de confidențialitate de către persoane aparținând autorităților publice, cărora informațiile le-au fost transmise de către comercianți în virtutea unor obligații legale sau de către mandatarii comercianților, imputerniciți de către aceștia să-i reprezinte în fața autorităților publice. De asemenea, cum informația secretă constituie un bun incorporat, independent de suportul său, cu o certă valoare patrimonială, și cum art. 208 C. pen. Defiște furtul ca fiind luarea unui bun mobil din posesia sau deținea altuia, în scopul însușirii pe nedrept, ne apare ca fiind posibilă săvârșirea infracțiunii de furt având ca obiect bunuri ce aparțin proprietății intelectuale.

Când divulgarea, achiziționarea sau folosirea unui secret comercial sunt actele unui comerciant sau ale unui salariat – infidel – al acestuia și se realizează contrar uzanțelor comerciale cinstite, dar în afara sferei de incidență a penalului, faptele constituie contravenții. Legea nr. 11/1991 sancționează distinct, contravențional, pentru caracterul său pernicios, și

¹ A. Chavanne, J.-J. Burst, *Droit de la propriete industrielle*, *Precis Dalloz*, 5-e ed., 1998, p. 320-323.

² J. Azema, *Propriete industrielle*, în *Lamy Droit commercial*, 1993, nr. 1478.

una din căile neloiale utilizate pentru obținerea informațiilor confidențiale: coruperea personalului unui comerciant.

b) Înșușirea indirectă a secretelor de afaceri sau a savoir-faire-ului nu este reprimabilă per se. Orice persoană este liberă în principiu să-și părăsească întreprinderea pentru a lucra la o întreprindere concurentă sau chiar să-și creeze o întreprindere concurentă. La fel cum fostul salariat poate să determine, odată cu plecarea sa, deplasarea clientelei, el poate să folosească savoir-faire-ul dobândit anterior, în noua întreprindere și în beneficiul acesteia, cu excepția cazului când secretele de fabricare sunt protejate printr-un drept de proprietate incorporeală. Utilizarea savoir-faire-ului în profitul unei întreprinderi concurente devine însă reprimabilă dacă este însoțită de circumstanțe speciale: de pildă, fostul salariat primește informațiile de la o persoană rămasă în serviciul fostei întreprinderi; noul patron l-a angajat pe salariatul întreprinderii concurente numai în scopul de a-și procura informații privind procedeele de fabricație.

Dezorganizarea rețelelor de distribuție prin importuri paralele. Dezvoltarea sistemelor moderne de distribuție a adus pe scena vieții comerciale o nouă categorie de competitori, deosebit de agresivi și de inventivi: distribuitorii paraleli. Prin acțiunile pe care le întreprind, aceștia pot determina dezorganizarea rețelelor de distribuție și înlocuirea lor cu o distribuție paralelă, neagreată de fabricant.

Chestiunea este de a ști dacă distribuitorul paralel, care ignoră în mod conștient un contract de exclusivitate sau de distribuție selectivă, comite un act de concurență neloială. În principiu, acțiunea unui distribuitor paralel de a se aproviziona de la un distribuitor agreat este constitutivă de concurență neloială, deoarece orice persoană care o ajută pe alta să-și încalce obligațiile contractuale comite un delict. Mai precis, este vorba de un delict de concurență neloială, deoarece concurentul nu este autorizat să comercializeze produsele în cauză. Fapta sa poate fi calificată ca act de parazitism comercial pentru că, pe de o parte, el vinde produsele rețelei fără să fie supus constrângerilor obișnuite ale distribuitorilor agreați și, pe de altă parte, beneficiază de valoarea publicitară a mărcii pentru a-și dezvolta propriul comerț.

Răspunderea în concurență neloială a terțului distribuitor față de promotorul rețelei poate fi angajată dacă se produc următoarele probe:

- a) că terțul s-a aprovizionat de la un membru al rețelei sau/și că a săvârșit și alte acte neloiale;
- b) că rețeaua de distribuție este organizată cu respectarea legii.
- c) acțiunea în concurență neloială poate fi angajată împotriva terțului

revânzător din momentul în care se dovedește că a violat o rețea de distribuție, cumpărând produsele de la un membru al rețelei.

Distribuitorul paralel poate înlătura riscul sancționării sale dacă se dovedește că însuși furnizorul a organizat „evadările” din circuit, vânzând în afara propriei rețele. Chiar și în această ipoteză răspunderea sa poate fi antrenată dacă revânzarea bunurilor se face în condiții prejudiciabile pentru marcă sau rețea. De pildă, când practică prețuri anormal de scăzute sau când bunurile pe care le vinde poartă mențiunea că nu pot fi comercializate decât de distribuitori agreați.

d) Pentru ca răspunderea terțului să fie angajată, promotorul rețelei trebuie să dovedească liceitatea acesteia, demonstrând, de exemplu, caracterul obiectiv al criteriilor de selecție sau că, prin intermediul contractului de exclusivitate, nu se produc efecte restrictive de concurență. Proba o poate constitui autorizarea eliberată de autoritatea de concurență.

Secțiunea III. Denigrarea

Denigrarea constă în răspândirea de informații peiorative și răuvoitoare cu privire la persoana, întreprinderea sau produsele unui concurent ori la produsele unui grup determinat

de concurenți. Scopul acesteia este diminuarea forței concurentului/concurenților și, simetric, creșterea propriului prestigiu.

Legea nr. 11/1991 sancționează *denigrarea directă*: comunicarea sau răspândirea de către un comerciant de afirmații mincinoase asupra unui concurent sau mărfurilor sale, afirmații de natură să dăuneze bunului mers al întreprinderii.

De asemenea, este condamnată și maniera *indirectă* de subminare a imaginii adversarului: comunicarea sau răspândirea 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.

Ambele texte consacră statut de contravenții unor forme agravate ale denigrării. Astfel, în primul caz, afirmațiile trebuie să fie „mincinoase”, ceea ce înseamnă că ele nu au un conținut real și că autorul lor este conștient că nu corespund realității. În al doilea caz, afirmațiile sunt „menite să”, deci sunt făcute în scopul obținerii unui anume rezultat: crearea unei situații de favoare, în dauna concurenților.

Pentru reținerea săvârșirii unui act de concurență neloială sub forma denigrării este necesară îndeplinirea următoarelor condiții:

- a) între denigrator și denigrat să existe un raport de concurență, cel puțin indirect;
- b) să existe o discreditare conținută într-un mesaj;
- c) ținta discreditării să fie un concurent identificat sau identificabil, ori mai mulți asemenea concurenți;
- d) mesajul să fie difuzat.

Existența unui raport de concurență. Întreprinderea vizată prin acțiunea de denigrare trebuie să fie într-un raport de concurență direct sau indirect cu autorul faptului ilicit. Odinioară, jurisprudența pretindea ca atât comerciantul culpabil cât și victima să aibă aceeași specialitate și să ofere publicului produse analoage. Astăzi, se consideră că ei se pot situa la nivele economice diferite, de pildă un producător și un distribuitor. Este obligatoriu însă ca cele două întreprinderi să se adreseze, cel puțin parțial, aceleiași clientele. În consecință, nu există denigrare când, de pildă, părțile sunt două laboratoare farmaceutice care produc medicamente diferite sau doi editori care se adresează unor cititori de vârste diferite.

Conținutul mesajului: discreditarea. Diversitatea afirmațiilor calomnioase sau numai răutăcioase imparate de competitorii neloiali impune ca unică modalitate de analiză cea cazuistică¹. Exemplificăm:

- afirmații care aduc atingere onorabilității, reputației comerciale sau situației economice a victimei;
- afirmații care prezintă întreprinderea concurentă ca desfășurând o activitate periculoasă și că produsele ei sunt apte să cauzeze grave accidente;
- afirmații prin care se contestă orice aptitudine profesională unui concurent;
- difuzarea de informații de ordin privat cu privire la: religia sau rasa concurentului ori a clienților săi;
- publicitate cu caracter laudativ în favoarea propriilor produse, cu subînțelesul că produsele concurente sunt de slabă calitate sau nocive etc.

În mod tradițional, în legislațiile europene și în jurisprudența care sancționează denigrarea, împrejurarea că informația adusă la cunoștința publicului poate fi exactă și, eventual, de notorietate, este indiferentă. Exceptio veritatis nu exonerează de răspundere. Nu divulgarea adevărului este condamnată, ci circumstanțele care o acompaniază, maniera răuvoitoare, neloială în care este făcută. De pildă, jurisprudența franceză a considerat că este

¹ Y. Eminescu, op. cit., p. 38: „Caracterul eterogen al acțiunii în concurență nelegală, interferențele ei multiple, explică de ce în lucrările consacrate acestei materii se urmează de obicei o metodă care ar putea fi numită «cazuistică». Într-adevăr, cea mai importantă parte a tratatelor și monografiilor consacrate concurenței nelegale, ce de altfel și dreptului concurenței, privește calificarea și analiza actelor de concurență nelegală”

constitutivă de denigrare dezvăluirea publică a faptului că a fost intentată împotriva concurentului o acțiune în contrafacere, însoțită de o copie a cererii de chemare în judecată, în termeni de natură să prejudice soluția.

La o primă vedere, legea română ne apare din perspectivă comparativă mult mai restrictivă, denigrarea consacrată legal fiind legată, în principal, de conținutul „mincinos” al afirmațiilor. Or, minciuna reprezintă mai mult decât o inexactitate. Ea implică atenția calificată: comerciantul culpabil face afirmații neadevărate, fiind în deplină cunoștință de cauză asupra acestui aspect. Apreciem însă că definiția legală limitativă a denigrării nu este aplicabilă decât pentru reținerea contravenției prevăzute de text. Nimic nu-l împiedică pe comerciantul lezat să promoveze o acțiune în concurență neloială pentru denigrare, întemeiată pe dispozițiile art. 1 și 2 din Legea nr. 11/1991, fără a i se putea pretinde să dovedească altceva decât modalitatea neleală, contrară unei minime morale între „confrăți”, prin care au fost făcute publice unele aspecte privind persoana sau întreprinderea sa, prin ipoteză adevărate, de natură să-i prejudicieze activitatea.

Discreditarea unui concurent determinat. Pentru a fi constitutive de denigrare, informațiile trebuie să vizeze persoana, întreprinderea sau produsele unui concurent . sau grup de concurenți – identificat sau identificabil.

Cel mai adesea, este pus în cauză un comerciant individual, dar nu este necesar ca desemnarea sa să fie expresă; aceasta poate să nu fie decât implicită, dar suficient de clară și transparentă. De pildă, într-o epocă în care nu exista decât o singură firmă care fabrica mașini cu tracțiune pe față, s-a considerat că un alt constructor de automobile a denigrat-o, fără să o numească, atrăgând atenția eventualilor cumpărători asupra pericolului acestui mod de tracțiune¹. Nu există în schimb denigrare în prezentarea unui spot publicitar în care o mașină care rulează pierde pe drum câteva din elementele sale esențiale, din moment ce vizualizarea acestui spot, de foarte scurtă durată, nu permite identificarea mărcii vehiculului utilizat².

Este posibilă și denigrarea colectivă, prin care se aduce atingere unui ansamblu de comercianți sau de producători dintr-un sector economic determinat. Punctul de plecare în jurisprudența franceză l-a constituit hotărârea prin care a fost condamnată societatea Carrefour care, într-o publicitate regională, nu se sfiise să califice metodele tradiționale de punere în vânzare a produselor alimentare curente drept „capcane pentru proști”³.

Mesajul trebuie să fie difuzat. Mesajul denigrator trebuie adus la cunoștința clientelei prezente sau potențiale a concurentului, prin orice mijloc, public sau confidențial: cuvânt, scris, imagine. Nu există denigrare, de pildă, în cazul unei scrisori adresate de o societate numai vânzătorilor din propria rețea de distribuție. Dar este suficient ca scrisoarea să fie adresată chiar și unui singur client.

Denigrarea prin publicitate. Din ce în ce mai des concurența neloială prin discreditare se manifestă sub forma mesajelor publicitare sau se strecoară, în varii proporții, în acestea. Întâlnim cu un astfel de conținut afișe lipite în locuri publice, manifeste sau circulare distribuite clientelei, anunțuri inserate în ziare sau difuzate prin radio, spoturi de televiziune. Aceste practici sunt cu atât mai periculoase cu cât este mai mare numărul de persoane care le recepționează și pe care le pot influența.

Două sunt problemele speciale care trebuie să fie dezvoltate din perspectiva acestui subiect: publicitatea laudativă și publicitatea comparativă.

a) Publicitatea laudativă. Este vorba despre denigrarea publicitară care se realizează prin elogiile pe care comerciantul le aduce propriilor sale produse. În general, se consideră că reclama superlativă este permisă. Comercianților li se recunoaște deci dreptul de a-și lauda produsele până la hiperbolă, de a le exagera calitățile.

¹ CA Paris, 14 febr. 1958, JCP 1958. II. 10535, notă P. Esmein; RDC 1958. 549, obs. P. Roubier.

² CA Paris 14 martie 1996, RJDA nr. 6/1996, nr. 849.

³ CA Bordeaux 3 martie 1971, Gaz. Pal. 1971. II. 398, notă J.-Cl. Fourgoux; RDC 1972. 87, obs. A. Chavanne.

Chestiunea trebuie totuși circumstanțiată. Căci nu se poate ignora faptul că publicitatea laudativă la adresa produselor proprii implică aproape întotdeauna o apreciere negativă, peiorativă a produselor concurente. În asemenea situații se poate vorbi, fără îndoială, de o denigrare indirectă. Astfel, jurisprudența franceză a sancționat o societate viticolă pentru publicitatea în care afirma că produsul său este singurul care se poate numi „aperitiv natural” și singurul inofensiv, lăsând să se înțeleagă că celelalte aperitive erau suspecte de a fi fost obținute prin tratamente chimice¹.

Legislația română conturează precis limitele liceității publicității laudative. Art. 4 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 11/1991 impune ca afirmațiile publice pe care un comerciant le face cu privire la întreprinderea sa și produsele acesteia să nu dăuneze concurenților. În aceeași ordine de idei, Legea nr. 148/2000 sancționează publicitatea înșelătoare, definită prin art. 4 lit. b) ca fiind acea publicitate de natură a induce în eroare, putând leza interesele unui concurent.

b) Publicitatea comparativă. Art. 4 lit. c) din Legea nr. 148/2000 definește publicitatea comparativă ca fiind acea publicitate care identifică explicit sau implicit un concurent sau bunurile ori serviciile oferite de acesta. Definiția legală este insuficientă. Considerăm că *publicitatea comparativă constă în confruntarea propriilor produse sau servicii cu cele ale unui concurent, într-o manieră de natură să evidențieze publicului avantajele celor dintâi față de celelalte.*

Publicitatea comparativă este, în principiu licită. Legea română privind publicitatea o interzice însă dacă ea nu constituie decât mijlocul de manifestare a unui act de concurență neloială, prin art. 8:

- când „se discreditează sau se denigrează mărcile de comerț, denumirile comerciale, alte semne distinctive, bunuri, servicii sau situația materială a unui concurent”;
- când „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”, când este, deci, „înșelătoare”;
- când „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”;
- când „se prezintă bunuri sau servicii drept imitații sau replici ale unor bunuri sau servicii purtând o marcă de comerț sau o denumire comercială protejată”.

În oricare din aceste situații denigrarea poate constitui o consecință mai mult sau mai puțin directă a publicității comparative. Într-adevăr, de multe ori, publicitatea comparativă depășește limitele unei informări echilibrate și obiective a publicului și obiective a publicului asupra caracteristicilor și calităților produselor sau serviciilor propuse spre vânzare, în comparație cu alte bunuri sau servicii similare, alunecând în persiflare, ironie, chiar batjocură, într-un cuvânt, în denigrare.

În concluzie, cum morala comercială este frecvent uitată în lupta acerbă pentru cucerirea clientelei și cum limitele dintre onestitate și neloialitate sunt uneori extrem de incerte, cum denigrarea concurenților este, de departe, modalitatea cea mai facilă pentru promovarea produselor proprii iar publicitatea comparativă, admisă de lege, constituie instrumentul ideal de realizare a acesteia, se impune o riguroasă supraveghere și verificare a competiției prin mijloace publicitare, pentru stricta respectare a condițiilor legale, în vederea creării și menținerii unui climat concurențial sănătos.

¹ CA Paris 17 nov. 1970, D. 1972. 78, notă S. Guinchard.

Bibliografie:

1. Emilia Mihai, Dreptul concurenței, All Beck, București, 2004.