

# CÂTEVA ASPECTE PRIVIND RAPORTURILE DINTRE DREPTUL CIVIL ȘI DREPTUL CONCURENȚEI

*Conf. univ. dr. Emilia Mihai  
Universitatea de Vest din Timișoara*

**1. „Legea pieței” versus „legea părților”.** Problema consimțământului și a libertății sale în dreptul concurenței constituie doar un element al tensionatelor raporturi pe care acesta din urmă le întreține cu dreptul civil, din care, totuși, se organizează. Domeniu de reglementare juridică dintre ultimele generații, la fel ca încă și mai junele drept al consumului, dreptul concurenței pare să-și „devoreze” clasicul părinte, subminându-i autoritatea exact în punctele cele mai fortificate, cum ar fi, de pildă, formarea contractelor.

Știut este că în viziunea civilistă, extrem de axiomatizată și de silogistică<sup>1</sup>, pe de o parte, principiile își subordonează celelalte reguli, iar, pe de altă parte, legea este postulată clară, completă și coerentă, deci perfectă și suficientă sie-și. Așa fiind, principiul autonomiei de voință generează ineluctabil trei reguli, considerate a fi coloana vertebrală a teoriei contractelor: a) libertatea stabilirii unor raporturi contractuale, altfel spus, contractul este expresia juridică a libertății; b) contractul reprezintă legea părților, el este inviolabil și sfânt, întrucât rezultă din întâlnirea a două voințe prezumate egale; c) efectele relative ale contractului, așa încât acesta nici nu poate profita, nici nu poate dăuna terților. Se poate conchide că dreptul civil este structurat pe o anume logică juridică<sup>2</sup>, el constituind instrumentul optim de realizare a dreptului prin drept.

Dimpotrivă, dreptul concurenței răspunde unui cu totul alt tip de logică. În primul rând, constatăm că însăși constituirea lui nu se întemeiază pe criteriul tradițional al naturii regulilor care îl constituie, dat fiind că înglobează dispoziții de natură administrativă, civilă, comercială și penală. Așadar, dreptul concurenței este, preluând calificarea utilizată de unii autori pentru dreptul consumului, un drept „perpendicular”<sup>3</sup>, care traversează o sumă de alte domenii de reglementare juridică și a cărui coerență este garantată de funcția normelor: asigurarea unei optime concurențe practicabile pe piață, deci servirea economiei de piață. Cu alte cuvinte, dreptul concurenței constituie instrumentul (sau, un instrument) de realizare a economiei prin drept<sup>4</sup>.

Această vocație economică are două consecințe care interesează prezenta analiză, ambele colaborând la ceea ce se consideră a fi caracterul eficient al dreptului concurenței. Prima dintre ele privește lărgirea frontierelor ordinii publice, astfel încât libertățile părților contractante sunt dramatic restrânse.

A doua consecință privește modificarea conținutului unor concepte preluate din moștenirea civilistă: consimțământ, acord, nulitate, toate devin fluide, „concepte supape”<sup>5</sup>, „noțiuni cu conținut variabil”<sup>6</sup>.

**2. Ordinea publică în dreptul concurenței.** „Romanii, atât de preocupați de ordine, au caracterizat-o într-o formulare celebră: *Dispositio unius rei, post aliam, suo quemque loco collocatur* – ordinea este indicarea spațiotemporală a lucrurilor încât fiecare să fie la locul potrivit”<sup>7</sup>. În mod particular, ordinea de drept, instituită prin dreptul pozitiv, rostuiește normativ juridic societatea, prin cele două componente ale sale: ordinea publică și ordinea privată.

Conjugarea ordinii publice cu ordinea privată este exprimată, în dreptul pozitiv român, prin art. 5 C. civ. rom.: „Nu se poate deroga prin convenții sau dispoziții particulare, la legile care interesează ordinea

<sup>1</sup> Să nu uităm că redactorii Codului civil francez – a cărui copie imperfectă este Codul civil român – erau promotori ai ideologiei iluministe, marcați fiind deci de orgoliul creării unui drept închinat zeiței rațiunii.

<sup>2</sup> În sensul de filosofie generală a sistemului.

<sup>3</sup> J. Calais-Auloy, F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, 6ème ed., Dalloz, p. 16.

<sup>4</sup> Ideea se poate dezvolta, peste limitele studiului nostru însă, până la constatarea rolului dreptului concurenței de instrument politic al realizării integrării europene fiind, deci, fruct al unei anume ideologii.

<sup>5</sup> P. Roubier, *Théorie générale du droit*, 2ème ed. Sirey, 1951, nr. 13.

<sup>6</sup> S. Perelman, R. Vander Elst, *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du centre national de recherche de logique, ed. Bruylant, Bruxelles, 1984.

<sup>7</sup> Gh. Mihai, *Fundamentele dreptului*, vol. I-II. Ed. All Beck, 2003, p. 253. În spiritul acestei formule, I. Miclescu nota: „Ordinea reprezintă în același timp, fiecare lucru la locul lui și armonia care se degajă din această așezare a lucrurilor la locurile potrivite pentru a le primi, sau amenajate pentru a le așeza” (*Curs de drept civil*, Ed. All Beck, București, 2000, p.57)

publică și bunele moravuri”<sup>8</sup>. Iar potrivit clasicului Planiol, o normă este de ordine publică „totdeauna când aceasta este inspirată de un considerent de interes general, care ar fi compromis dacă particularii ar fi liberi să împiedice aplicarea legii.”<sup>9</sup>

**2.1. Ordinea publică economică.** Evoluția relațiilor și a politicilor economice din ultimele două secole a impus organizarea vieții economice prin norme care configurează noi sfere ale ordinii de drept și care se intersectează cu cele clasice: ordinea publică economică și a ordinea privată economică<sup>10</sup>. Ripert este autorul francez care a conturat pentru prima dată noțiunea de ordine publică economică în sens larg, ca reprezentând ansamblul măsurilor luate de puterile publice, în scopul organizării relațiilor economice<sup>11, 12</sup>. Ulterior, Carbonnier operează distincția devenită clasică, între ordinea publică economică de orientare, de dirijare, și ordinea economică publică de protecție<sup>13</sup>.

Cea dintâi<sup>14</sup>, potrivit spuselor sale, „se propose de concourir à une certaine organisation de l'économie nationale en éliminant des contrats privés tout ce qui pourrait contrarier cette disposition”. Tușe ale ordinii publice de direcție constituie, de pildă, reglementările privind moneda, reglementarea – în măsura în care este necesară – a prețurilor, organizarea creditului și a transporturilor și, bineînțeles, reglementarea concurenței, astfel încât nivelul său să fie suficient, fără a fi totuși excesiv<sup>15</sup>.

În prezent, consecința a tendințelor globalizante ale fenomenelor economice și a dezvoltării unor structuri politico-juridice cu funcții dirijiste (vizibile, de pildă, la nivelul Uniunii Europene), modelul liberal al ordinii publice economice<sup>16</sup> este din ce în ce mai mult abandonat, în beneficiul unui nou model: se naște, cu aceleași două coordonate, o **nouă ordine publică economică**<sup>17</sup>, care recunoaște necesitatea unor anume reglementări autoritare a raporturilor patrimoniale individuale și consacră un ansamblu de mecanisme pentru aplicarea acestora<sup>18</sup>. Acest model este numit neo-liberal, în sensul unui liberalism „moderat”. Noua ordine publică economică rezultă „de la conciliation de la liberté du marché et de son organisation” (evident, de către puterea publică)<sup>19</sup>.

**2.2. Noua ordine publică economică și dreptul concurenței.** Ideea de libertate a pieței, deci de libertate a inițiativei economice, pare să ne trimită la libertatea contractuală consacrată de dreptul civil. Întreprinderile sunt libere așadar să-și determine autonom strategia concurențială, în condițiile în care concurența este considerată a fi instrumentul privilegiat de realizare a creșterii economice, *causa finalis* a tuturor politicilor economice. Și totuși... Fiind vorba de un *concur*<sup>20</sup>, acesta trebuie să se desfășoare pe

<sup>8</sup> Textul aduce în atenție, în același timp, ideea unității dintre datoria juridică și datoria morală, acestea două împreună întreținând „conștiința obligației față de ceilalți, față de întreaga societate” (Gh. Mihai, *Fundamentele dreptului*, vol. I-II, Edit. All Beck, 2003, p. 257). Această chestiune depășește însă obiectul prezentului studiu.

<sup>9</sup> Apud Ph. Malaurie, *La notion d'ordre public économique*, Rev. Conc., Conso., nr. 83/1995, p. 47.

<sup>10</sup> Unii autori francezi au arătat că, urmare a consolidării dreptului economic (cu ramurile și subramurile sale), dreptul civil, ca drept comun al relațiilor juridice dintre persoanele private, a suferit o dublă atingere: pe de o parte, domeniul său s-a restrâns considerabil, pe de altă parte, tehnicile sale au fost însușite în vederea constituirii cadrului juridic al dreptului economic (d.e. contractul) (G. Farjat, *Droit économique*, Paris, PUF Thémis, 1971, p. 41).

<sup>11</sup> G. Ripert, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, Edit. Géry Sirey, 1934, p. 347.

<sup>12</sup> Dreptul economic a fost însă considerat pentru prima dată ca ramură, respectiv ca disciplină distinctă, în doctrina germană imediat după Primul Război Mondial, unul dintre precursori fiind J. Hedemann (*Grundzüge des Wirtschaftsrechts*, 1922), cf. G. Farjat, op. cit., p. 22.

<sup>13</sup> J. Carbonnier, *Les obligations*, Paris, PUF Thémis, 1994, nr. 77.

<sup>14</sup> Cea de-a doua, ordinea publică economică de protecție, este alcătuită din măsurile care tind să protejeze un contractant și care modifică relațiile contractuale dintre părți, acordând un anume drept uneia dintre ele (din această categorie face parte ordinea publică economică protejată de dreptul muncii sau, mai recent, de dreptul consumului ori de dreptul mediului). Acest tip de ordine publică economică nu interesează însă studiul de față.

<sup>15</sup> Y. Serra, *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, 1993, p. 7.

<sup>16</sup> Esența ordinii publice economice liberale era, în spiritul ideilor lui Adam Smith, interzicerea organizării economiei, în condițiile în care distincția dintre public și privat era de netrecut.

<sup>17</sup> A se vedea, sub acest aspect și Ph. Malaurie, art. cit., Rev. Conc. Conso. 1995, pp. 45-56.

<sup>18</sup> G. Farjat relevă că în cadrul ordinii economice de drept se estompează și chiar dispare granița dintre dreptul public și cel privat, oferind în acest sens patru argumente: 1) nu mai există *domeniu* specific pentru fiecare dintre cele două categorii de drept sau, cel puțin, nu mai există sector care să fie complet sustras interesului public; 2) nu mai există criteriu *organic* de separare a celor două categorii de drept, natura unui organ nemaifiind aptă să determine exclusiv natura activității sale juridice; 3) criteriul *scopului* nu mai este nici el decisiv, din moment ce misiuni de interes general sunt încredințate unor persoane private iar statul se poate comporta ca un întreprinzător; 4) nici *tehnicile* nu mai sunt specifice, întrucât, pe de o parte, contractul este utilizat de puterile publice, iar, pe de altă parte, dreptul privat și-a apropiat tehnici de comandament și a creat un veritabil dirijism (op. cit., p. 376).

<sup>19</sup> M.-C. Vincent-Legoux, *L'ordre public. Etude de droit comparé interne*, PUF, 2001, pp. 454-495.

<sup>20</sup> Amintim că termenul „concurență” provine din latinescul *concurrere*: a alerga împreună. De aceea vorbim despre concurență ca despre un „joc” (concur), nu ca despre o „jocă” (v. pe larg E. Mihai, *Concurența: libertate sau constrângere juridică*?, Lumina Lex, 2004).

baza unor reguli, menite să asigure nu numai egalitatea de șanse la start, dar și lealitatea concurenților pe durata întrecerii, precum și obiectivitatea criteriilor de departajare, pentru desemnarea câștigătorilor. În consecință, autoritatea de poliție a pieței, paznic al bunei organizări a întrecerii, în aplicarea regulamentului de joc, interzice orice apropiere între întreprinderi, care ar fi susceptibilă să prejudicieze concurența, să o restrângă sau să o denatureze, chiar dacă, prin ipoteză, părțile nu ar urmări un asemenea scop.

Dacă principiul autonomiei de voință conduce, în dreptul civil, la garantarea libertății de a contracta sau de a nu contracta, de a alege partenerii contractuali, de a consimți sau nu la unele clauze și, sub rezerva respectării condițiilor de validitate privind existența și luminarea consimțământului ori existența, liceitatea și moralitatea cauzei ori a obiectului, la recunoașterea puterii de lege a convențiilor, iată că dreptul concurenței, apărând noua ordine publică economică, poate declara nule acorduri perfect valide din punctul de vedere al dreptului civil. Mai mult, înțelegeri cu obiective concurențiale, valide în momentul perfectării lor din perspectiva art. 5 alin. (1) din Legea concurenței nr. 21/1996 (sau a art. 81 par. 1 al tratatului CE), devenite însă indezirabile din cauza evoluției unor factori externi, străini de voința părților, mai ales a structurii pieței, pot fi de asemenea supuse sancțiunii „nulității”. În același timp, nu de puține ori, liberul arbitru, considerat intangibil în dreptul civil, poate fi înfrânt prin aplicarea normelor dreptului concurenței: o întreprindere poate fi obligată să contracteze, anume să-și vândă exact acele elemente de patrimoniu – corporal sau incorporal – care-i asigură avantajul concurențial în cadrul competiției economice. Punerea în chestiune a libertății consimțământului merge chiar mai departe, în măsura în care întreprinderea vânzătoare nu are nici măcar posibilitatea să obțină prețul pe care-l consideră adecvat.

**2.3. Noua ordine publică economică și dreptul natural la libertate.** Anumite afaceri soluționate de Comisia europeană și de jurisdicțiile comunitare în materie de abuz de poziție dominantă<sup>21</sup> sunt relevante în acest sens.

Definiția noțiunii de abuz de poziție dominantă ca reprezentând comportamentele întreprinderii aflate în poziție dominantă, diferite de cele care guvernează competiția normală, de natură să influențeze structura pieței relevante și nivelul de concurență, deja diminuat prin însăși existența întreprinderii dominante<sup>22</sup>, implică definirea prealabilă a noțiunii de poziție dominantă<sup>23</sup>.

Creată pretorian de justiția comunitară, definiția noțiunii de poziție dominantă o consideră a fi acea situație de „forță economică deținută de o întreprindere, care îi conferă putința de a împiedica menținerea unei concurențe efective pe piața în cauză, asigurându-i posibilitatea unor comportamente independente, într-o măsură apreciabilă, atât față de concurenții săi, cât și față de clienții săi și, finalmente, față de consumatori.”<sup>24</sup>

Într-una din cele mai spectaculoase afaceri comunitare, Microsoft a fost obligat de către Comisie la plata unei amenzi record de 497 milioane euro. În plus, i s-a ordonat să-și înstrăineze către concurenți informațiile tehnice secrete, așa încât să se poată realiza corelarea dintre programele lor și sistemul de exploatare Windows; de asemenea, să pună la dispoziția consumatorilor și a distribuitorilor de echipamente o versiune a sistemului său de exploatare fără consolă media – sau lector multimedia. Cererea de suspendare a executării hotărârii Comisiei până la decizia finală, ca urmare a declanșării recursului de către Microsoft, a fost respinsă de către TPI..

În decizie, Comisia a constatat poziția dominantă a lui Microsoft pe piața sistemelor de exploatare, considerând că aceasta i-ar conferi un avantaj nelocal pe piața programelor de calculator. Motivul: produsele Microsoft sunt mai apte să rezolve problemele de interoperativitate între programele

<sup>21</sup> Art. 82 CE are următorul conținut: „Este incompatibil cu piața comună și interzis, în măsura în care comerțul dintre statele membre este susceptibil de a fi afectat, faptul unei sau al mai multor întreprinderi de a exploata în manieră abuzivă o poziție dominantă pe piața comună sau pe o parte substanțială a acesteia.

Aceste practici abuzive pot consta mai ales în:

- a) impunerea în manieră directă sau indirectă a prețurilor de cumpărare sau de vânzare sau a altor condiții de tranzacționare neechitabile;
- b) limitarea producției, a debușeelor sau a dezvoltării tehnice în dauna consumatorilor;
- c) aplicarea în privința partenerilor comerciali a unor condiții inegale la prestații echivalente, producându-le prin aceasta un dezavantaj în concurență;
- d) subordonarea încheierii contractelor de acceptare, de către parteneri, a unor prestații suplimentare care, prin natura lor sau potrivit uzanțelor comerciale, nu au legătură cu obiectul acestor contracte”.

<sup>22</sup> CJCE 13 febr. 1979, *Hoffmann-La Roche*, af. 85-76, Rec. 461.

<sup>23</sup> Pentru dezvoltarea noțiunilor aici enunțate, a se vedea, E. Mihai, *Concurența...*, precit., precum și E. Mihai, *Dreptul concurenței*, ed. All Beck, 2004.

<sup>24</sup> CJCE, *United Brands c/Commission*, af. 27/76, Rec. 1978, p. 207. Definiția a fost apoi constant reluată în afacerile ulterioare, din care menționăm cu titlul de exemplu TPI 12 dec. 1991, *Hilti*, af. T. 30-39, rec. II, 1439.

sale de calculator și sistemul de exploatare, în condițiile în care, evident, concurenții nu au la dispoziție aceleași informații. Așadar, în viziunea Comisiei, Microsoft a uzat de poziția sa dominantă pe piața sistemelor de exploatare pentru a monopoliza piața programelor. Argumentul principal al autorității comunitare l-a constituit interesul consumatorilor cărora, datorită dominației sale, Microsoft ar putea fi tentat să le vândă produse de calitate inferioară, în cantități insuficiente și la prețuri mai ridicate (față de ipoteza în care nu ar fi dominant).

Criticând această decizie, trebuie să relevăm în primul rând că ea este discriminatorie, în condițiile în care concurenții marii companii condamnate practicau aceleași tehnici comerciale de promovare a vânzărilor (contracte legate, discounturi etc.). Apoi, este cert că Microsoft a devenit dominant datorită unui sistem de organizare și conducere a producției, precum și de promovare pe piață a produselor sale extrem de eficient, de performant, ceea ce i-a atras preferințele consumatorilor. Consumatorii sunt cei care i-au consacrat poziția dominantă.

În fine, înșiși concurenții lui Microsoft sunt beneficiari ai performanțelor sale. Dezvoltarea unui sistem de exploatare integrat și ușor de utilizat de către gigantul american a constituit răspunsul eficace la nevoia de standardizare necesară dezvoltării tehnologiilor informaționale și de comunicații. În consecință, mii de fabricanți de programe de calculator au elaborat aplicații pe care altminteri nu le-ar fi putut vinde. Ca urmare, consumatorii au constatat că din zi în zi pe piața informaticii apar produse de calitate din ce în ce mai bună, răspunzând din ce în ce mai bine nevoilor profesionale sau de recreere, la prețuri din ce în ce mai mici.

În aceste condiții, greu poate fi calificat avantajul concurențial deținut de Microsoft ca „neloial”, în loc de a-l privi ca bine-meritată recompensă pe care consumatorii i-au conferit-o pentru meritele sale, recompensă care se traduce, în cele din urmă, în așa-numitele părți de piață.

Comisia, deși cu alte ocazii a părut să fie conștientă de deosebirile de natură dintre piețele tehnologiilor înalte și celelate piețe, a omis de astă dată să observe că piețele pe care este activ Microsoft sunt piețe în continuă mișcare, într-o perpetuă instabilitate cât privește ierarhia întreprinderilor în funcție de părțile de piață pe care acestea le dețin. Cele mai bune produse prevalează față de cele inferioare iar consumatorii sunt arbitri. Învingătorul câștigă în această cursă competițională cele mai multe părți de piață, dar numai pentru un timp limitat. Monopolurile sunt sevășice, temporare. În oricare moment în care pe piață ar apărea produse mai bune, acestea vor incita și atrage consumatorii. În consecință, monopolistii de tip Microsoft nu au decât două căi de a se impune și de a se menține: inovația în domeniu și practicarea unor prețuri scăzute, încercând să anticipeze schimbările pieței. Și, atunci, revine întrebarea: cum au fost prejudiciați consumatorii ?

Considerăm că, prin decizia sa atât de intervenționistă<sup>25</sup>, Comisia a prejudiciat compania Microsoft în planul general al dreptului natural la libertate, drept care implică, din punct de vedere juridic, dreptul la libera dispoziție privind proprietatea și libertatea de a contracta: indiscutabil, pe de o parte, i-a fost nesocotit dreptul de proprietate asupra informațiilor pe care le-a creat cu eforturi investiționale umane și materiale considerabile; pe de altă parte, obligația de a ceda aceste informații concurenților – chiar contra cost<sup>26</sup> – este un adevărat atentat la dreptul său de a contracta liber. Prejudiciul pe termen lung este cu atât mai vădit, cu cât informația constituie un activ mult mai prețios decât un bun material. O dată dezvăluită, ea nu mai poate fi recuperată și protejată<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Fără a face o trimitere explicită, Comisia a aplicat în afacerea Microsoft controversate teorie a « facilităților esențiale », preluată din dreptul antitrust american, dar ajustată potrivit unor obiective europene. Interpretarea conferită teoriei de jurisprudența comunitară generează însă un veritabil paradox căci, în numele concurenței, se poate ajunge la un efect contrar acesteia. Într-adevăr, o întreprindere care investește în cercetare și infrastructuri, pentru a-și asigura un avantaj concurențial, ar putea fi determinată, prin aplicarea teoriei, să pună la dispoziția concurenților săi mijloacele atât de scump plătite (v. Detalii în E. Mihai, *Dreptul concurenței*, p. 146).

<sup>26</sup> Nemaivorbind că și prețul este supus evaluării Comisiei, trebuind să se conformeze criteriilor de rezonabilitate considerate de aceasta.

<sup>27</sup> Evident, direct resimțite de compania Microsoft în cazul dat, aceste prejudicii se repercutează însă asupra întregii vieți economice. Lor li se adaugă următoarele prejudicii:

1. În planul securității juridice a afacerilor, căci un angrenaj de afaceri atât de bine pus la punct cum este Microsoft, cu mecanisme de gestiune performante, poate fi dereglat prin impunerea unor obligații nerezonabile, născute dintr-o viziune economică străină de fenomenele economice reale.
2. În planul inovației și al spiritului de inițiativă, care sunt descurajate atât din perspectiva unei companii de talia, expropriată de informațiile sale, cât și din perspectiva beneficiarilor deciziei, împrăștiată cu bunuri pentru care nu au investit. Tuturor li se răpește motivația și elanul unei activități creatoare.
3. În planul beneficiilor consumatorilor, asupra cărora se vor reflecta în cele din urmă toate consecințele de mai sus: ei vor suporta diminuarea producției, calitatea mai scăzută a produselor și prețurile mai mari.

**3. Consimțământul – noțiune cu caracter variabil.** Potrivit art. 5 din Legea concurenței nr. 21/1996, similar art. 81 CE, antanta este definită ca „înțelegere”, ca „acord” sau ca „practici concertate”, realizată fiind de două sau mai multe întreprinderi independente, în scopul coordonării comportamentului lor concurențial. Această definiție aduce în raza analizei problema *consimțământului* părților. Putem deci avansa ideea că o antantă, pentru a fi caracterizată ca atare și sancționată (dacă are obiect sau efect restrictiv de concurență), presupune *demonstrarea unui concurs de voințe libere*. Sintagma ne este familiară, întrucât descrie cunoscutul proces de formare a contractului. Dreptul comun atribuie termenului de consimțământ două semnificații: manifestare de voință a *fiecăreia dintre părți*, dar și *întâlnire, împletire*, a voințelor participanților. Dreptul concurenței a preluat noțiunea de consimțământ cu dubla sa încărcătură, dar i-a conferit un statut de noțiune „de cauciuc”, modelabilă deci în funcție de necesitățile optimizării procesului concurențial<sup>28</sup>.

**3.1. Consimțământul părților angajate într-o antantă.** Potrivit principiului autonomiei de voință, a consimți înseamnă a voi. Iar pentru a fi aptă să „lege” partea, să o „înlănțuie” în țesătura drepturilor și obligațiilor contractuale, voința trebuie să fie liberă, adică să nu fie viciată prin violență, dol sau eroare. Se naște întrebarea – în raport de definiția antantei – dacă și în ceea ce o privește pe aceasta, alterarea voinței participanților printr-unul din viciile de consimțământ produce efectele din materia contractelor. Chestiunea vizează, principial, toate viciile de consimțământ<sup>29</sup>, dar s-a pus în mod concret în cazul invocării violenței economice, sub forma amenințărilor fie cu boicotul, fie cu ruperea relațiilor contractuale.

Analiza jurisprudenței ne relevă că, deși autoritățile antitrust nu sunt judecători ai contractelor și, deci, nu sunt chemate să protejeze voința contractanților, ele nu sunt totuși complet insensibile la consecințele juridice ale presiunilor economice exercitate asupra uneia din părțile antantei. Astfel, Curtea de Justiție a Comunității Europene a respins apărarea unor distribuitori, care au susținut lipsa autonomiei de decizie, decurgând din legăturile de dependență economică dintre ei și capul rețelei de distribuție. Dar Curtea și-a argumentat decizia în sensul că situația concretă a raporturilor dintre părți ar fi dat posibilitatea concesionarilor să *reziste* violenței morale la care fuseseră supuși<sup>30</sup>. Prin urmare, printr-o interpretare *per a contrario*, conchidem că, în cazul în care ar fi constatată *irezistibilitatea* amenințărilor exercitate de furnizor, instanța ar fi recunoscut incidența viciului de consimțământ invocat.

Admitem deci că teoria viciilor de consimțământ își poate face loc, parțial și într-o formă adaptată, în regimul juridic al antantelor. Spunem parțial, pentru că eroarea și dolul nu rezonează cu finalitățile dreptului concurenței și-i sunt indiferente. Spunem adaptată pentru că eventuala constatare a absenței libertății consimțământului (viciat prin violență morală) nu generează consecințele din dreptul comun. Cu alte cuvinte, acordul încheiat sub presiune nu este lovit de nulitate<sup>31</sup>. Subordonându-se permanent unui principiu de eficacitate, dreptul concurenței preferă să adopte o soluție de compromis, care să-i permită corectarea disfuncționalităților pieței: antanta este considerată ca născută, dar întreprinderea victimă a violenței economice nu este sancționată.

**3.2. Concursul voinței părților unei antante.** Pentru ca un contract să ia ființă este necesar ca voințele părților să se întâlnească, pentru a da naștere unei voințe *comune*. În mod similar, în doctrina de dreptul concurenței se admite că nici antanta nu constituie doar o juxtapunere de voințe individuale paralele, fiind nevoie ca acestea „să se înnoade”<sup>32</sup> într-o unică voință. De asemenea, în mod constant, Curtea de Justiție a Comunităților Europene a afirmat că, pentru a se reține încheierea unei înțelegeri, este necesar ca întreprinderile să-și exprime voința comună de a se comporta pe piață într-o manieră

<sup>28</sup> Această reconfigurare pragmatică, în raport de oportunități, a conținutului acestui concept a fost interpretată uneori în doctrină ca adevărată sacrificare de fapt a noțiunii de consimțământ (E. Claudel, *Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice ?*, RTDcom, Dalloz, nr. 2/1999, p. 291-304).

<sup>29</sup> Totuși, trebuie să precizăm că dolul nu poate fi imaginat în realizarea vreunei practici anticoncurențiale și nici, în general, în aria de incidență a dreptului concurenței, în timp ce eroarea nu este susceptibilă să conducă nici la anularea unei antante, nici la exonerarea de răspundere a părții a cărei voință a fost afectată.

<sup>30</sup> CJCE 12 iulie 1979, *BMW Belgium*, Rec. p. 2435. În speță, BMW Belgium organizase un sistem de distribuție selectivă și a încercat să impună distribuitorilor săi, prin intermediul unei circulare transmise acestora, interdicția de a revinde produse BMW distribuitorilor neagreați. O mare parte dintre concesionari au semnat circulara. Fiind ulterior urmăriți alături de BMW, sub acuzația de antantă anticoncurențială, ei s-au apărat invocând starea lor de dependență economică. CJCE a reținut că „s'il est vrai que les liens de dépendance économique entre eux et BMW Belgique pouvaient conditionner leur liberté de décision, il n'en reste pas moins la possibilité de refuser de consentir à l'accord qui leur était proposé, ainsi qu'il en est démontré par le nombre important des concessionnaires qui se sont abstenus de le faire”.

<sup>31</sup> Rigoarea silogistică a dreptului civil ar impune ca, odată constatată viciul voinței, contractul să fie anulat, deci antanta ar fi considerată că nici nu s-a constituit, iar părțile ar fi repuse în situația anterioară.

<sup>32</sup> E. Claudel, *Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice?*, RTD com. nr. 2/1999, p. 300.

determinată<sup>33</sup>. Dificultățile de apreciere apar în situațiile în care nu există un acord formal care să exprime intențiile clar definite ale părților, în raport de un proiect comun. Astfel, în cazul rețelelor de distribuție, când fabricanții transmit distribuitorilor anumite condiții generale de vânzare cu caracter anticoncurențial, chiar dacă aceștia din urmă nu le acceptă explicit, antanta ia totuși naștere, ca efect al acordului lor implicit, rezultat din executarea clauzelor respective<sup>34</sup>. Simpla adeziune *de facto* conduce, ca și în cazul dreptului comun de altfel, la realizarea concursului de voințe.

Mult mai delicată este determinarea antantelor complet neformalizate, cunoscute sub denumirea de „practici concertate”, dovedirea consimțământului părților ridicând adeseori piedici insurmontabile. De aceea, autoritățile de supraveghere a concurenței recurg la o serie de prezumții greu de conciliat cu principiul clasic al concursului de voințe, dar care se înscriu perfect în logica internă a dreptului concurenței, asigurându-i eficacitatea. De referință în acest domeniu este afacerea așa-numită „a polipropilenei”<sup>35</sup>. Întreprinderile din acest sector, confruntate cu o criză majoră, au decis „să îngroape securea războiului”. În consecință, au organizat o serie de reuniuni, în cursul cărora și-au comunicat informații, considerate în mod obișnuit ca fiind confidențiale, privind prețurile practicate de fiecare dintre ele și volumul producției. În pofida faptului că în cursul acestor întâlniri nu s-a discutat și nu s-a decis nici o strategie comună, toate participantele au fost condamnate, reținându-se realizarea unei antante anticoncurențiale sub forma practicilor concertate. S-a apreciat că, deși schimbul de informații nu implică un proiect comun, indispensabil totuși pentru prezumarea consimțământului „împletit” al părților, intră în schimb sub incidența art. 85 din Tratatul de la Roma (în prezent art. 81 CE) acțiunea ulterioară pe piață a întreprinderilor în cauză, acțiune care a fost concepută de fiecare dintre ele în funcție de informațiile primite. Mai mult: sancțiunile au lovit în mod egal și întreprinderile care s-au desolidarizat de grup, adoptând un comportament independent pe piață<sup>36</sup>.

Utilizat apoi în mod constant în dreptul comunitar al concurenței, acest model de evaluare instituie artificial prezumția de acordare a voințelor părților, în absența oricărei probe sau, mai curând, ignoră pur și simplu problema „revolută” a concursului de voințe, interesat fiind exclusiv de atenuarea disfuncționalităților pieței. El mărturisește totodată caracterul tehnicist și instrumentalist al dreptului concurenței, distanța care îl separă de rigoarea logică a raționamentelor de tip civilist.

**4. O concluzie și mai multe întrebări.** Constatăm așadar că protecția ordinii publice economice prin dreptul concurenței implică o certă pendulare, adesea imprevizibilă, între permis și interzis, uneori între acum permis – mâine interzis, între libertate economico-juridică și constrângere cu subtext politic. Contururile astfel sugerate ale noii ordini publice economice sunt fluide, imprecise, sursă de insecuritate juridică și economică.

La fel de instabile, perpetuu reformulabile în funcție de un anume context, de un anume stadiu al relațiilor economice, ori de o anume viziune politică asupra economiei, sunt noțiunile utilizate de dreptul concurenței, fie că ele sunt preluate de la venerabilul drept civil, fie că-i sunt proprii (cum ar fi, de pildă, noțiunea de piață relevantă, ori aceea de poziție dominantă).

Firească deci să ne întrebăm: să fie oare această insecuritate tributul necesar a fi plătit pentru câștigarea mult subliniatei eficacități și adaptabilități a dreptului concurenței? Dar, care este finalitatea eficacității? Și care este sensul necesităților de adaptare? Sau, nu cumva „regulamentul jocului” este deficitar și trebuie, dacă nu schimbat, cel puțin îmbunătățit? Ori, poate, „arbitrul” însuși încalcă regulile jocului?

<sup>33</sup> CJCE, 25 oct. 1983, *AEG c/Com.*, af. 107/82; CJCE, 17 sept. 1985, *Ford et Ford Europe*, af. 25/84 și 26/84; CJCE, 15 iulie 1970, *ACF Chemiefarma c/Com.*, af. 41/69; CJCE, 29 oct. 1980, *Van Landewyck e.a. c/Com.*, af. 208/78 (apud S. Poillot-Peruzzetto, *La politique de concurrence*, RTD com. nr. 2/2001, p.540)

<sup>34</sup> Com., 17 aprilie 1980, *Krups*, JOCE nr. L. 120, 13 mai 1980, p. 26; CJCE, 12 iulie 1979, *BMW Belgium*, af. 32/78, 36/78-82/78, precit.; CJCE, 22 oct. 1986, *Metro c/Com.*, af. 75/84, precit.; CJCE, 11 ian. 1990, *Sandoz*, af. C-227/87: condiția interdicției exportului în afara teritoriului concesiionat fiind înscrisă în fiecare factură emisă de producător iar distribuitorii continuând totuși să comande produsele respective, a fost prezumată acceptarea interdicției; CJCE, 8 febr. 1990 *Tipp-Ex c/Com.*, af. C-279/87: în cazul unui contract de distribuție exclusivă, fabricantul a impus distribuitorului să mărească prețul de revânzare către un client, în scopul de a-l descuraja să mai facă importuri paralele; acceptarea a fost dovedită prin constatarea măririi prețului de către distribuitor. În schimb, printr-o decizie recentă, TPI a anulat hotărârea Comisiei, reținând că în cauză nu se făcuse nici proba obligației pretins a fi fost impuse de către producător, nici a consimțământului tacit al distribuitorului (TPI, 26 oct. 2000, *Bayer c/Com.*, af. T- 41/96, RTD com. nr. 2/2001, p. 539-541).

<sup>35</sup> Polipropilena este un produs esențial utilizat în industria maselor plastice.

<sup>36</sup> Com., 23 apr. 1986, JOCE nr. L. 230, 18 aug. 1986, p. 1 și TPI, 24 oct. 1991, Rec. 8/II, 1087 și 1177. O antantă similară, realizată pe calea schimbului de informații privind prețurile și cantitățile de producție a fost sancționată relativ recent: Com., 7 iunie 2000, *Acides Aminées*, JOCE nr. L. 152, 7 iunie 2001.