

Reglementări comunitare actuale împotriva practicilor neloiale

Conf. univ. dr . Edmond Gabriel Olteanu

New rules concerning consumer rights must have been applicable in E.U. at 12 December 2007, when was the dead line for national implementation of The Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, adopted in May 2005. The new legislation outlines "sharp practices" which will be prohibited throughout the EU, such as misleading and aggressive marketing and exploitation of vulnerable consumers, such as children.

1. Precizări introductive. România a încercat încă din 1991, odată cu adoptarea Legii nr. 11/1991 privind combaterea unor acte de concurență neloială, să asigure un cadru legislativ care să protejeze atât mediul concurențial cât și consumatorul față de unele acte sau fapte care urmăresc, cu rea intenție, doar creșterea profitului, înșelând consumatorul cu privire la calitățile serviciilor sau produselor. Pe lângă legea menționată, au fost promulgate multe altele cu scopul vădit de a proteja consumatorul, dintre ele amintind aici: Legea nr. 148/2000 privind publicitatea și Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între comercianți și consumatori. Cel mai mare pericol pentru consumator este de a confunda un produs sau un serviciu și în consecință să îl achiziționeze pe cel mai dezavantajos pentru el.

Constatând că numărul practicilor neloiale față de consumator este în continuă creștere, instituțiile europene au luat în calcul emiterea unor reglementări comunitare care să protejeze în special consumatorul¹. În 11 mai 2005 a fost adoptată Directiva 2005/29/EC a Parlamentului European și a Consiliului, cu scopul declarat de armonizare și de a preciza mai clar drepturile consumatorilor în interiorul pieței comune. Definind practicile comerciale neloiale față de consumator art. 5 al Directivei menționate arată că o uzanță comercială capătă acest caracter atunci când: „a) este contrară cerințelor diligenței profesionale și b) denaturează sau poate denatura semnificativ comportamentul economic cu privire la un produs al consumatorului mediu la care ajunge sau căruia îi este adresat sau al membrului mediu al unui grup în cazul în care o practică comercială este orientată către un grup particular de consumatori”. Potrivit articolului 119 al Directivei 2005/29/EC a Parlamentului European și a Consiliului statele membre aveau obligația să o implementeze până la data de 12 iunie 2007 prin adoptarea actelor interne care trebuiau să intre în vigoare cel mai târziu la 12 decembrie 2007. Observând că până la această dată mai multe state sunt în întârziere cu procesul legislativ intern, Comisia le-a atenționat în cursul lunii decembrie, menționând și posibilitatea acționării lor în fața Curții Europene de Justiție.

¹Raportul Directoratului General pentru Sănătate și Protecția Consumatorului la: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/ucp_en.pdf

2. Acțiunile înșelătoare și riscul de confuzie. Articolul 6 al Directivei 2005/29/EC a Parlamentului European și a Consiliului interzice acțiunile înșelătoare față de consumatori, acțiuni care pot consta în furnizarea de "informații false și, în consecință, este mincinoasă sau, în orice alt fel, inclusiv prin prezentarea generală, induce sau poate induce în eroare consumatorul mediu, chiar dacă informația este corectă în fapt (...)". Comercianții sau prestatorii de servicii pot acționa într-un mod care să creeze confuzie, clientela putând fi derutată și atrasă, profitându-se de reputația concurentului. Ele îmbracă forma unor acte sau fapte contrare uzanțelor cinstite prin care se urmărește inducerea în mintea consumatorului a ideii că produsele sau serviciile provin de la concurentul celui care le săvârșește și crearea unei legături între cele două oferte pentru a deturna clientela.

Prin risc de confuzie, în sens restrâns, se înțelege riscul de confuzie asupra originii produselor sau serviciilor, iar în sens larg, confuzia constând în ideea greșită că între două întreprinderi există o legătură economică. Un act are caracter neloyal atunci când creează un risc de confuzie apreciabil și nu confuzii întâmplătoare. Potrivit practicii Curții Europene de Justiție, menționată și în preambulul Directivei 2005/29/EC, aprecierea riscului de confuzie se face având în vedere mai multe criterii: a) raportarea la consumatorul cu atenție mijlocie, nivel mediu de inteligență, educație și impresia produsă acestuia; b) numărul de consumatori expuși riscului de confuzie; c) grupul țintă al ofertei comerciantului (specialiști, farmaciști etc.); d) puterea de distinctivitate a semnelor distinctiv.

Doctrina a cuprins toate faptele care urmăresc crearea confuziei sub umbrela noțiunii generale de *parasitism*². Acesta a fost definit ca fiind comportamentul prin care un agent economic se plasează în siajul concurentului, profitând de eforturile și know-how-ul acestuia. Parazitul caută să se afle în permanență în umbra concurentului pentru beneficia de experiența și renumele acestuia fără investiții proprii, iar esența principiului aplicabil în materie este că orice apropiere nejustificată a muncii altuia trebuie sancționată. Parazitismul se prezintă sub două forme. Prima, concurența parazită, vizează situația unei întreprinderi care se comportă ca un parazit în raport cu o alta cu care se află în situație de concurență. Ne aflăm în prezența unui act parazită "de fiecare dată când un concurent a beneficiat de efortul industrial, comercial, publicitar și promoțional al unui alt comerciant".³ A doua formă, manopere parazitare, este întâlnită în cazul agenților economici care nu sunt în raport de concurență. Ele rezultă din exploatarea fără drept a investițiilor și cunoștințelor unui întreprinzător neconcurent.

3. Acțiunile, omisiunile înșelătoare și publicitatea. Publicitatea superlativă constă în afirmarea unei calități sau poziții unice pe piață, de regulă sub

² Ph. le Tourneau - *Le parasitisme* în *Aspects contemporains du droit de la distribution et de la concurrence*, Ed. Montchrestien, Paris, 1996

³ Decizie a Tribunalului Comercial din Paris, citată de Françoise Dekeuwer-Défossez, Édith Blary-Clément - *Droit commercial*, Montchrestien, Paris, 2001, p. 455

forma "cel mai bun". Publicitatea mincinoasă este definită ca fiind actul unui comerciant sau producător care, pentru a câștiga clientelă, face afirmații contrare adevărului, cu privire la firma sa, produsele sau serviciile sale. Conform art. 4 lit. d al Legii nr. 11/1991 este contravenție: "comunicarea sau răspândirea în public de către un comerciant de afirmații asupra întreprinderii sale sau activității acesteia, menite să inducă în eroare și să îi creeze o situație de favoare în dauna unor concurenți".

În dreptul francez, cele mai întâlnite cazuri de inducere în eroare sunt indicații inexacte cu privire la: natura și calitățile produselor sau serviciilor, prețurile și circumstanțele vânzării, importanța și vechimea întreprinderii, obținerea de titluri și medalii etc.... În astfel de cazuri este la aprecierea judecătorului dacă un consumator obișnuit, cu cunoștințe de nivel mediu și imparțial, ar putea fi indus în eroare de publicitatea mincinoasă.

În analiza unor astfel de fapte sunt utilizate următoarele două prezumții. Prima este aceea că un consumator fictiv este influențat de afirmațiile publicitare mincinoase, iar a doua, că o afirmație de natură a induce în eroare presupune culpa celui ce o face. În Anexa I, considerată parte integrantă, a Directivei 2005/29/ EC sunt date exemple, fără caracter limitativ, de practici înșelătoare care conduc la parazitism, la publicitate mincinoasă sau mascată: - a promova deliberat un produs similar cu produsul unui alt producător astfel încât consumatorul să creadă că produsul promovat provine de la același producător; - a declara sau a sugera sub orice formă, fără un temei real, că vânzarea unui anumit produs este legală; - a folosi conținutul editorial din mass-media pentru a promova un produs, în cazul în care comerciantul a plătit pentru aceasta promovare, fără a specifica acest lucru prin conținut ori prin imagini sau sunete pe care consumatorul le poate identifica ușor; - a face afirmații de facto inexacte cu privire la natura și amploarea riscurilor la care se expune consumatorul referitor la siguranța personală sau a familiei sale în cazul în care nu achiziționează produsul în cauză; - a afirma că un produs poate crește șansele de câștig la jocurile de noroc; - a face afirmația neîntemeiată ca un produs tratează boli, disfuncții sau malformații; - a afirma în cadrul unei practici comerciale organizarea unui concurs sau posibilitatea câștigării unui premiu fără a acorda premiile specificate sau echivalentul acestora; - a descrie un produs ca "gratuit", "bonus", "fără taxe" sau în termeni similari în cazul în care consumatorul trebuie să plătească o sumă în plus față de costurile pe care le implică reacția sa pozitivă la practica comercială și ridicarea sau livrarea articolului; - a include în materialul promoțional o factură sau un document similar de plată astfel încât consumatorul are impresia greșită că a comandat deja produsul comercializat; - a face afirmații false sau a crea impresia că un comerciant nu acționează în scopuri ce se încadrează în activitatea sa comercială, industrială, artizanală sau liberală; - a crea impresia falsă că serviciul post - vânzare furnizat pentru un produs este disponibil într-un stat membru altul decât cel în care este cumpărat produsul, etc....

Unul dintre elementele de marketing utilizate constant a fost reclama comparativă. Aceasta îmbracă de regulă forma unei confruntări, a unei comparări, a prețurilor și calității produselor. De exemplu, caracterul comparativ ilicit a fost reținut într-o sentință a Tribunalului comercial din Bruxelles în 1980, care a decis

că sloganul publicitar "Un litru și jumătate la prețul unui litru" folosit de Pepsi-Cola, implică o comparație datorită faptului că în Belgia sunt mai cunoscute sticlele de un litru de Coca-Cola⁴. Reclama comparativă poate fi aparent obiectivă, fiind imposibilă verificarea afirmațiilor sau chiar exactă în conținut. În unele țări, precum Anglia, Danemarca, Franța, Olanda reclama comparativă a fost considerată licită. Astfel, dreptul britanic și irlandez nu a interzis decât publicitatea defăimătoare, legea daneză permite din 1974 publicitatea comparativă în măsura în care este respectat adevărul și loialitatea, iar jurisprudența olandeză a făcut dovada unei atitudini pozitive vis-à-vis de publicitatea comparativă⁵. În dreptul român ea are caracter ilicit atunci când se încadrează în limitele art.4, lit.d și e al Legii nr. 11/1991. Potrivit literaturii de specialitate⁶ reclama comparativă este permisă în România în următoarele cazuri: - legitimă apărare, ce presupune riposta indispensabilă la un atac al concurentului; dacă victima poate apela la instanță, se admite că legitima apărare nu e un motiv pentru a permite reclama comparativă; - informația este oferită la cererea clientului cu condiția să fie corectă și conformă adevărului; - este necesară în vederea prezentării avantajelor ofertei proprii.

Legiuitorul francez, reglementând permisiv publicitatea comparativă, a avut în vedere o comparație obiectivă care să nu privească decât caracterele esențiale, semnificative, pertinente și verificabile ale bunurilor de aceeași natură aflate pe piață. În acest sens s-au prevăzut și condițiile de valabilitate a publicității comparative: - să fie loială, veridică și nu de natură să inducă în eroare. Nici o comparație nu poate avea drept obiect principal atragerea de avantaje din notorietatea altei mărci și nici nu poate prezenta produsele sau serviciile ca o imitare a altora înregistrate; - comunicarea prealabilă a publicității comparative (condiție eliminată printr-un act normativ în august 2001); înainte de orice difuzare, anunțul comparativ trebuia transmis către cei vizați cu o perioadă cel puțin egală cu aceea prevăzută de lege, pentru a putea permite acestora o ripostă comercială sau sesizarea instanței; - compararea prețurilor este permisă dacă publicitatea privește produse identice, vândute în aceleași condiții, cu indicarea perioadei în care prețul rămâne neschimbat.

Toate aceste precizări de drept comparat, uneori cu caracter istoric, vin să dovedească necesitatea armonizării la nivel comunitar, iar Directiva 2005/29/EC, aduce modificări Directivei 84/450/CEE, menționând condițiile ce trebuie îndeplinite pentru ca publicitatea comparativă să fie permisă: a) nu este înșelătoare; b) compară bunuri sau servicii care satisfac aceleași nevoi sau sunt destinate aceluiași scop; c) compară obiectiv una sau mai multe caracteristici esențiale, pertinente, verificabile și reprezentative ale respectivelor bunuri și servicii, care pot include prețul; d) nu discreditează sau denigrează mărcile comerciale, denumirile comerciale, alte mărci distinctive, bunuri, servicii, activități sau situații în care se

⁴ Decizie citată de Y. Eminescu în *Concurența nelegală*, Ed. Lumina Lex, Buc., 1995p. 84

⁵ A se vedea Norbert Reich, Hans-W. Micklitz - *Le droit de la consommation dans les Pays Membres de la C.E.E.*, - O analiză comparativă. Studiu pregătit pentru Comisia C.E.E., Van Nostrand Reinhold Company, 1981

⁶ Y. Eminescu, Op. cit., 1995, p. 80

află un concurent; e) pentru produsele cu denumire de origine, se referă în fiecare caz la produse cu aceeași denumire; f) nu profită de notorietatea unei mărci comerciale, a unei denumiri comerciale sau a altor mărci distinctive ale unui concurent sau de denumirea de origine a produselor concurente; g) nu prezintă bunuri sau servicii ca imitații sau replici ale bunurilor sau serviciilor care poartă o marcă comercială sau o denumire comercială protejată; h) nu creează confuzie între comercianți, între agentul de publicitate și un concurent sau între mărcile comerciale, denumirile comerciale, alte mărci distinctive, bunuri și servicii ale unui agent de publicitate și cele ale unui concurent.

4. Practici comerciale agresive. Un scop aparte al Directivei 2005/29/ EC este de a proteja persoanele ușor influențabile, cu personalitatea aflată în formare, cum sunt copiii, de publicitatea agresivă. Programele T.V. pentru copii au de regulă mesaje publicitare cu conținut hărțuitor, aceleași clipuri repetându-se în timpul aceluiași film sau program pentru copii (desene animate). Din acest motiv directiva menționată mai sus interzice în art. 8 și 9, practicile comerciale agresive, hărțuirea, constrângerea sau folosirea influenței nejustificate. Mai mult, în anexa sunt date și câteva exemple semnificative de situații considerate practici neloiale față de consumatori: - a efectua vizite personale la domiciliul consumatorului, ignorând solicitarea acestuia de a pleca sau de a nu reveni, cu excepția cazului în care legislația internă permite acest lucru în vederea îndeplinirii unei obligații contractuale și în măsura în care o permite; - a efectua solicitări repetate și nedorite prin telefon, fax sau e-mail sau alt mijloc de comunicare la distanță, cu excepția cazului în care legislația internă permite acest lucru în vederea îndeplinirii unei obligații contractuale și în măsura în care o permite; - a include în reclamă îndemnul direct adresat copiilor de a cumpăra produsele promovate sau de a convinge părinții sau alți adulți să le cumpere produsele promovate⁷.

5. Concluzii. Principala problemă în acest moment este inexistența reglementărilor interne care să transpună Directiva 2005/29/ EC în legislația română. Există unele reglementări disparate în diverse legi, dar nu un act elaborat special pentru implementarea directivei menționate. În aceste condiții statul român poate fi chemat în fața Curții Europene de Justiție, iar cetățenii săi pot utiliza teoria efectului direct al directivelor pentru a invoca Directiva 2005/29/ EC în instanțele interne.

⁷ A se vedea punctele 24-31 al Anexei I a Directivei 2005/29/ EC