

CONSIDERAȚII REFERITOARE LA CLAUZA DE NECONCURENȚĂ ÎN REGLEMENTAREA CONTRACTULUI DE AGENȚIE ÎN CODUL CIVIL ROMÂN

Mihaela Irina IONESCU

Abstract

“Considerations regarding the non-competition clause in the regulation of the agency agreement in the Romanian Civil Code”

In this article, the author describes the non-competition clause in the regulation of the agency agreement in the Romanian civil Code.

The structure and the content of the study reveal the comments upon the non-competition clause as regards the movement of goods and services, upon the agency agreement in the regulation of the Civil Code (the non-competition clause, the non-compete allowance, the inefficiency of the non-competition clause, the review of the non-competition clause by the court, the infringement of the non-competition obligation by the commercial agent), upon the termination of the agency agreement for the non-observance of the non-competition obligation (judicial, unilateral and conventional termination), upon the enforcement of the non-competition obligation, upon the need for assessing the anti-competitive effects of the non-competition clauses, taking into consideration, for the purpose of the above-mentioned, the doctrine developed by certain important names in the field of law (D.-A. Sitaru, G. Ripert, R. Roblot, N. Green, A. Robertson, I. Schiau, V.S. Bădescu, D. Florea, L. Stănculescu, G. Boroi).

Finally, the author formulates brief considerations regarding the assessment of the agency agreements in the domestic law.

Keywords: agency agreement; non-competition clause; movement of goods and services; non-compete allowances; inefficiency; review; infringement of the obligation; commercial agent; termination; enforcement; anticompetitive effects.

Introducere

O economie de piața funcțională nu poate exista fără un mediu concurențial nedistorsionat în interiorul căruia întreprinderile și profesioniștii să acționeze în mod liber pe piață, fără să fie confruntate cu o conduită neconformă, nelegală a altor operatori economici care distorsionează piața prin generare de monopol sau poziție dominantă, sau prin intervenția statului.

Politica în domeniul concurenței reprezintă un factor structural de mare importanță pentru sprijinirea economiei naționale în procesul de adaptare la

„noul” mediu concurențial creat în contextul globalizării. Totodată, calitatea de stat membru al Uniunii Europene determină pentru legiuitor, pe de o parte și pentru întreprinderi, pe de altă parte, o conduită care presupune unitate de tratament pentru societăți și mediu perfect concurențial.

Într-adevăr, în temeiul principiului libertății contractuale, consacrat expres de Legea nr. 287/2009 privind Codul civil^[1] (denumit în continuare NCC sau Noul Cod Civil), părțile sunt libere să încheie orice contracte și să determine conținutul acestora, *în limitele impuse de lege, de ordinea publică și de bunele moravuri*.

În doctrină, înțelegerile dintre agenții economici prin care aceștia se angajează să renunțe, chiar și temporar, la lupta concurențială (de confruntare pe piață) au fost denumite „angajamente de neconcurență”. Angajamentul de neconcurență este acea obligație contractuală pe care una dintre părți (debitorul) și-o asumă de a nu îndeplini o activitate profesională determinată în detrimentul celeilalte părți (creditorul). Astfel, așa cum se remarcă în literatura de specialitate, „facultatea de a închide sau de a restrânge accesul pe piață a unui anumit agent economic, prin înțelegeri sau prin clauze inserate într-un contract, departe de a fi discreționară, trebuie să nu încalce nici ordinea publică, nici bunele moravuri. În plus, în domeniul producției sau al circulației de mărfuri, voința părților de a institui restricții se poate manifesta numai în măsura în care respectă principiul libertății comerțului înscris în art. 135 din Constituție.

1. Clauza de neconcurență în circulația bunurilor și serviciilor

În literatura juridică română, s-a considerat că angajamentul explicit de neconcurență este o obligație contractuală, asumată de o parte, de a nu îndeplini o activitate profesională determinată, în detrimentul celeilalte părți.

Astfel, clauza de neconcurență este angajamentul pe care și-l asumă o parte contractantă, și anume, debitorul obligației, de a nu efectua, pentru o anumită perioadă de timp și într-o zonă geografică limitată, o activitate comercială determinată, de aceeași natură cu cea efectuată de cealaltă parte contractantă, creditorul obligației^[2].

La această definiție, care privește clauza de neconcurență din perspectiva unei obligații de a nu face, limitată în domeniu, timp și spațiu, am adăuga necesitatea existenței unui interes legitim care se intenționează a fi protejat prin intermediul clauzei, interes care aparține, bineînțeles, creditorului.

Încheierea unui asemenea act juridic, în domeniul producției și circulației mărfurilor, trebuie să respecte principiul libertății comerțului, iar validitatea înțelegerii depinde de mai multe aspecte, cum ar fi natura clauzei prin care se restrânge concurența, poziția juridică a părților, întinderea teritorială, durata interdicției.

În ceea ce privește noțiunea de obligație de neconcurență în legislația comunitară, art. 5 parag. 2 lit. b) din Regulamentul Comisiei nr. 2790/1999 din 22 decembrie 1999 privind aplicarea art. 81 alin. (3) din Tratatul categoriilor de acorduri

verticale și practicilor concertate definește obligația de neconcurență ca fiind *orice obligație directă ori indirectă care îl determină pe cumpărător să nu producă, achiziționeze, vândă sau revândă bunuri ori servicii care concurează cu bunurile sau serviciile contractate sau orice obligație directă sau indirectă a cumpărătorului de a achiziționa de la furnizor sau de la altă întreprindere desemnată de furnizor peste 80% din achizițiile totale ale cumpărătorului de bunuri sau servicii contractate și din înlocuitorii lor de pe piața relevantă, calculate pe baza valorii achizițiilor sale în anul calendaristic precedent*^[3].

Regulamentul Comisiei condiționează, de asemenea, aplicarea acestui act normativ de faptul deținerii de către furnizor a unei cote mai mici sau egale cu 30% din piața relevantă. Peste această cotă se presupune că efectele nu mai sunt benefice pentru mediul concurențial.

Regulamentul se aplică acelor acorduri verticale și practici concertate referitoare la vânzarea de bunuri și servicii, precum și la utilizarea drepturilor de proprietate intelectuală. Regulamentul exclude din sfera sa de aplicare acele acorduri care conțin anumite clauze considerate ca fiind dăunătoare pentru funcționarea în bune condiții a concurenței.

În dreptul francez s-a considerat că, în materie de distribuție comercială, indiferent că este vorba despre un contract de agenție, de franciză, de concesiune exclusivă, clauza de neconcurență este inerentă acestor tipuri de relații contractuale, pe durata contractului; la expirarea contractului, distribuitorul își regăsește libertatea concurențială, cu excepția cazului în care contractul conține o clauză de neconcurență pentru perioada post-contractuală. Restricția trebuie să fie proporțională cu obiectul contractului, precum și limitată în timp și spațiu^[4].

Obligația de neconcurență implică o interdicție contractuală în sarcina furnizorului, constând în abținerea de la a distribui bunurile care fac obiectul contractului sau a bunurilor care concurează cu acestea în teritoriul în care își desfășoară activitatea distribuitorul și la nivelul de distribuție respectiv^[5]. Potrivit Comisiei, teritoriul în care acționează distribuitorul reprezintă aria geografică în care respectivul distribuitor își îndeplinește în mod normal activitatea comercială.

2. Contractul de agenție în reglementarea Codului civil

Evoluția sistemelor de distribuție a bunurilor și serviciilor a determinat în practică încheierea unor noi contracte comerciale de colaborare, adaptate nevoilor economice. Denumirea sau conținutul unor astfel de contracte, stabilite de părți, neavând la bază o reglementare legală, au pus instanțele judecătorești în fața unei probleme dificile de calificare a contractelor și interpretare a clauzelor acestora. Astfel, necesitățile economice au determinat crearea și dezvoltarea instituției juridice a contractului de agenție.

Contractul de agenție, ca specie a contractelor de intermediere, reprezintă o creație a sistemului de drept englez (*common law*), care, lipsit de rigorile sistemului de drept continental, a imaginat un instrument juridic mai complex și mai mobil decât modelele furnizate, pe continent, de dreptul civil sau de dreptul comercial (contractul de mandat, respectiv, de comision)^[6].

Contractul de agenție este o instituție juridică creată și dezvoltată inițial de practică și reglementată ulterior în dreptul nostru prin Legea nr. 509/2002 privind agenții comerciale permanente^[7], lege care a adaptat prevederile normative internaționale/europene în materie la realitățile sociale din momentul adaptării^[8]. Această reglementare a fost abrogată însă de noul Cod civil, dar dispozițiile sale au fost, în mare parte, preluate de acesta, la art. 2072-2095.

Contractul de agenție servește intereselor de colaborare pe termen lung dintre comitent și agent, într-o regiune determinată. Structura contractului de agenție se apropie de cea a contractului de comision și de a celui de intermediere, atunci când agentul este împuternicit să negocieze contracte, și de cea a contractului de mandat, atunci când este împuternicit să negocieze și să încheie contracte în numele și pe seama comitentului.

Agentul este un intermediar independent care acționează cu titlu profesional. El nu poate fi în același timp prepusul comitentului.

Contractul de agenție este un **contract încheiat între profesioniști**, în sensul art. 3 NCC. Astfel, potrivit art. 2072 alin. (2) NCC, agentul este „un intermediar independent care acționează cu titlu profesional”. În ceea ce îl privește pe comitent, acesta este o persoană care încheie în mod regulat contracte cu terțe persoane (deci în calitate de profesionist), în acest fel explicându-se faptul că agentul primește din partea sa o împuternicire statornică, iar nu o împuternicire referitoare la o operațiune juridică determinată.

Ca orice contract încheiat între profesioniști, contractul de agenție are în mod esențial un **caracter oneros**.

Contractul de agenție poate avea ca obiect, în funcție de acordul de voință al părților:

- numai negocierea de contracte cu terții de către agent în beneficiul comitentului său

- atât negocierea, cât și încheierea de contracte cu terții de către agent în numele și/sau pe seama comitentului. Deși într-o interpretare literală a art. 2072 NCC, pare a rezulta că agentul poate încheia contracte numai în numele și pe seama comitentului (având, așadar, putere de reprezentare), din coroborarea acestui text cu prevederile art. 2095 NCC rezultă în mod îndoielnic faptul că încheierea contractului de către agent în nume propriu, dar pe seama comitentului nu este exclusă. Astfel, potrivit art. 2095 NCC, dispozițiile referitoare la contractul de agenție se completează cu cele aplicabile contractului de comision sau, după caz, mandatului de reprezentare.

Prin obiectul său mai larg (putând include atât negocierea, cât și încheierea de contracte pe seama comitentului), contractul de agenție se diferențiază de acela de intermediere care vizează numai punerea în legătura a clientului cu potențiali cocontractanți. De asemenea, prin modul său de executare, contractul de agenție se delimitează atât de contractul de intermediere, cât și de contractul de mandat sau de comision. În acest sens, spre deosebire de celelalte contracte menționate care

vizează efectuarea de către una dintre părți (intermediar, mandatar, comisionar) a unei singure prestații sau a unor prestații determinate în favoarea cocontractantului, contractul de agenție are ca obiect efectuarea de către agent a unui număr nedeterminat de prestații în favoarea comitentului. Această ultimă trăsătură a contractului de agenție rezultă în mod neîndoielnic din aceea că, potrivit art. 2072 alin. (1) NCC, împuternicirea de a negocia și/sau de a încheia contracte este acordată în mod statornic agentului.

Prerogativele acordate agentului cunosc o triplă limitare:

- din punct de vedere material, agentul este împuternicit să negocieze și, după caz, să încheie pe seama comitentului nu orice categorii de contracte, ci numai pe acelea care au fost convenite între părți;
- din punct de vedere spațial, contractul de agenție urmează să fie executat de către agent numai în regiunea geografică agreată de către părți;
- din punct de vedere temporal, contractul se încheie adesea pentru o perioadă de timp determinată.

2.1. Clauza de neconcurență în contractul de agenție

Potrivit art. 2075 din Noul Cod civil, prin clauză de neconcurență se înțelege acea stipulație contractuală al cărei efect constă în restrângerea activității profesionale a agentului pe perioada contractului de agenție *sau* ulterior încetării sale^[9].

În privința condițiilor de valabilitate, reglementarea națională este în acord cu Directiva, care la art. 20 alin. (2) și alin. (3) prevede că o clauză de interdicție comercială este valabilă „numai în cazul și în măsura în care:

a) a fost încheiată în scris; și

b) se referă la zona geografică sau la grupul de persoane și zona geografică încredințată agentului comercial, precum și la tipul de mărfuri care fac obiectul contractului de agenție.

Clauza de interdicție comercială este valabilă numai pentru cel mult doi ani de la încetarea contractului de agenție”.

Atât reglementarea europeană, cât și cea internă [art. 2075 alin. (2) din Noul Cod civil] instituie condiția formei scrise a acestei clauze, în caz contrar aceasta fiind lovită de nulitatea absolută.

Deși nu este prevăzută expres, următoarea condiție de validitate ar fi aceea că beneficiarul clauzei trebuie să justifice un interes atunci când solicită încheierea unei astfel de prevederi în contractul de agenție.

Pe de altă parte, prin convenirea asupra unei astfel de clauze nu trebuie să se aducă restrângeri excesive libertății părții care și-a asumat obligația de a nu desfășura un anumit comerț. Astfel, în condițiile legii, clauza de neconcurență trebuie:

a) să interzică doar desfășurarea unui comerț asemănător cu cel desfășurat de beneficiar;

b) să fie limitată la o perioadă rezonabilă de timp;

c) să se refere la un teritoriu determinat.

Restrângerea adusă prin clauza de neconcurență este aplicabilă numai în teritoriul contractual și constă în interdicția de a lucra pentru comitenți concurenți sau de a desfășura, pe cont propriu operațiuni comerciale concurente privind bunuri și servicii similare celor ce fac obiectul contractului de agenție^[10].

Legea dispune că această interdicție de neconcurență se aplică doar pentru regiunea geografică sau pentru grupul de persoane și regiunea geografică la care se referă contractul de agenție și doar pentru bunurile și serviciile în legătură cu care agentul este împuternicit să negocieze și să încheie contracte. Părțile pot însă stipula în concret un cerc mai restrâns al persoanelor cu care agentul nu poate lucra sau o arie geografică mai mică decât cea prevăzută de contract. În susținerea acestei soluții, deși nu există o reglementare expresă, poate fi invocat principiul *qui potest plus, potest minus*, în sensul că dacă legiuitorul recunoaște comitentului dreptul de a beneficia de o asemenea clauză care are coordonatele stabilite în contract, cu atât mai mult el va putea beneficia de o clauză care prevede limite reduse ale acestor coordonate.

Însă, orice extindere a acestora este considerată nescrisă de lege [art. 2075 alin. (3) din Noul Cod civil]. Potrivit art. 1255 din Noul Cod Civil, aceste clauze vor atrage nulitatea contractului în întregul său numai dacă sunt, prin natura lor, esențiale sau dacă, în lipsa acestora, contractul nu s-ar fi încheiat.

Dacă regiunea geografică/grupul de persoane și regiunea geografică pentru care se aplică clauza de neconcurență, precum și a bunurile și serviciile care fac obiectul acestei clauze nu sunt prevăzute expres, atunci putem prezuma că ele se referă la cele prevăzute de contract.

În ceea ce privește durata acestei clauze, este necesară prevederea ei în contract. Restrângerea activității prin clauza de neconcurență nu se poate întinde pe o perioadă mai mare de 2 ani de la data încetării contractului de agenție. Dacă s-a stabilit un termen mai lung de 2 ani, acesta se va reduce de drept la termenul maxim din prezentul alineat [art. 2075 alin. (3) din Noul Cod civil].

2.2. Indemnizația de neconcurență

Potrivit art. 2091 din Noul Cod civil, la încetarea contractului de agenție, agentul are dreptul să primească de la comitent o indemnizație, în măsura în care plata acestei indemnizații este echitabilă, având în vedere circumstanțele concrete și posibilă restrângere a activității profesionale a agentului din cauza existenței în contractul de agenție a unei clauze de neconcurență. Valoarea indemnizației nu poate depăși o sumă echivalentă cuantumului unei remunerații anuale, calculată pe baza mediei anuale a remunerațiilor încasate de agent pe parcursul ultimilor 5 ani de contract. Dacă durata contractului nu însumează 5 ani, remunerația anuală este calculată pe baza mediei remunerațiilor încasate în cursul perioadei respective.

Acordarea indemnizației prevăzute la alin. (1) nu aduce atingere dreptului agentului de a cere despăgubiri, în condițiile legii.

În cazul în care contractul de agenție încetează ca urmare a decesului agentului, dispozițiile de mai sus rămân valabile însă dacă agentul ori, după caz,

moștenitorul acestuia nu îl pune în întârziere pe comitent, cu privire la pretențiile sale, într-un termen de un an de la data încetării contractului de agenție, dreptul la această indemnizație se stinge.

2.3. Ineficacitatea clauzei de neconcurență

Potrivit art. 2093 din Noul Cod civil, comitentul nu se poate prevala de clauza de neconcurență atunci când contractul de agenție încetează în următoarele situații:

a) fără a fi aplicabile prevederile art. 2090 din Noul Cod civil, comitentul denunță unilateral contractul de agenție cu nerespectarea termenului de preaviz, legal sau convențional, și fără a exista un motiv grav pentru care nu respectă preavizul, pe care comitentul să îl fi comunicat de îndată agentului;

b) contractul de agenție este reziliat ca urmare a culpei comitentului.

Chiar în lipsa unei clauze exprese de neconcurență, agentul are obligația de a nu atrage și deturna în favoarea sa clienții comitentului, încheind cu aceștia operațiuni comerciale în interes personal, faptă ce ar constitui concurență neloială, putând astfel atrage sancțiunile prevăzute de Legea nr. 11/1991.

2.4. Revizuirea clauzei de neconcurență de către instanță

La cererea agentului, instanța poate, ținând seama și de interesele legitime ale comitentului, să înlăture sau să limiteze efectele clauzei de neconcurență, atunci când consecințele prejudiciabile ale acesteia pentru agent sunt *grave și vădit inechitabile* [art. 2093 alin. (2) din Noul Cod civil].

Potrivit legii, *agentul nu poate negocia sau încheia pe seama sa, fără consimțământul comitentului, în regiunea determinată prin contractul de agenție, contracte privind bunuri și servicii similare celor care fac obiectul contractului de agenție. De asemenea, în lipsă de stipulație contrară, agentul poate reprezenta mai mulți comitenți, iar comitentul poate să contracteze cu mai mulți agenți, în aceeași regiune și pentru același tip de contracte.*

Clauza de exclusivitate teritorială poate fi prevăzută, așadar, fie în favoarea agentului, fie în favoarea comitentului. Exclusivitatea teritorială în beneficiul agentului apare în contextul în care aceștia își desfășoară activitatea într-o piață unde, adeseori, oferta este superioară cererii. În aceste condiții, de acerbă concurență, în care agentul se află în competiție directă cu distribuitorii rețelelor concurente, nu este oportună pătrunderea agentului sau unui alt agent în teritorii unde își desfășoară activitatea un alt distribuitor al aceleiași rețele. În lipsa unei stipulații contractuale care să-l protejeze pe agent de membrii rețelei din care el însuși face parte, acesta va fi „concurat” din interior, trebuind, totodată să facă față competiției care există pe piață^[11].

Agentul poate reprezenta mai mulți comitenți concurenți, pentru aceeași regiune și pentru același tip de contracte, numai dacă se stipulează expres în acest sens.

Așadar, în acest caz, interdicția de neconcurență este subînțeleasă. În timp ce în cazul contractului de franciză exclusivitatea este strict prevăzută de lege, exclusivitatea în contractul de agenție este o clauză facultativă.

2.5. Încălcarea obligației de neconcurență de către agentul comercial

În cazul încălcării de către agent a obligației de neconcurență asumată prin contract, poate interveni angajarea răspunderii contractuale față de principal (art. 1350 din Noul Cod civil).

Agentul comercial, debitor al obligației de neconcurență, pe lângă încălcarea acestei obligații, poate săvârși și fapte de concurență neloială care aduc un prejudiciu principalului. Regimul juridic al celor două forme de răspundere este diferit, astfel încât, în situația expusă, răspunderea contractuală pentru încălcarea obligației de neconcurență nu poate fi extinsă asupra faptelor de concurență neloială. De asemenea, răspunderea delictuală nu va fi extinsă chiar în lipsa unei clauze exprese de neconcurență, agentul are obligația de a nu atrage și deturna în favoarea sa clienții comitentului, încheind cu acești terți operațiuni comerciale în interes personal, faptă ce ar constitui concurență neloială, putând astfel atrage sancțiunile prevăzute de Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale^[12].

3. Rezilierea contractului de agenție pentru nerespectarea obligației de neconcurență

Contractul de agenție este un contract cu executare succesivă, iar obligația de neconcurență are caracter continuu. În ipoteza în care clauza de neconcurență își produce efectele pe durata contractului de agenție, încălcarea obligației de neconcurență de către agent poate atrage rezilierea contractului principal dintre părți.

Neîndeplinirea culpabilă a uneia dintre obligații lipsește de suport juridic executarea obligației reciproce și interdependente asumate de cealaltă parte, astfel încât aceasta este îndreptățită să solicite desființarea contractului respectiv. Rezilierea este sancțiunea care intervine în cazul neexecutării culpabile a unei obligații izvorâte dintr-un contract sinalagmatic cu executare succesivă, constând în desfacerea contractului respectiv (numai pentru viitor).

Aplicând dispozițiile art. 1550 din Noul Cod civil și contractului de agenție, se constată că pot interveni trei tipuri de reziliere:

a) rezilierea judiciară, care se va dispune, la cererea comitentului^[13], de către organul de jurisdicție;

b) rezilierea unilaterală, care va opera prin declarația de reziliere a comitentului;

c) rezilierea de plin drept, atunci când părțile au convenit astfel.

a) Rezilierea judiciară

În cazul în care partea îndreptățită optează pentru rezoluțiunea judiciară, instanța va putea să o pronunțe dacă sunt îndeplinite următoarele condiții^[14]:

- să existe o neexecutare, chiar și parțială, dar suficient de importantă, a obligației asumate de către cealaltă parte a contractului sinalagmatic;

- neexecutarea obligației să fie imputabilă debitorului ei;

- debitorul acestei obligații să fi fost pus în întârziere.

Vom face unele sublinieri în privința primelor două condiții.

Nerespectarea obligației de neconcurență presupune efectuarea efectivă a unei operațiuni cu privire la bunurile și serviciile, zona geografică și persoanele prevăzute în cuprinsul clauzei.

Neexecutarea parțială poate conduce fie la rezoluțiunea totală a contractului, fie la rezoluțiunea parțială a contractului, fie doar la reducerea proporțională a obligației cocontractantului care este gata să își execute sau care și-a executat prestația.

Potrivit art. 1549 alin. (2) din Noul Cod civil, agentul poate cere rezilierea contractului pentru o anumită zonă geografică poate avea loc pentru o parte a contractului, executarea contractului putând fi considerată divizibilă în acest caz.

În cazul unei executări de mică însemnătate, comitentul nu are dreptul la rezilierea contractului. Într-o asemenea situație, comitentul are dreptul la reducerea proporțională a prestației sale dacă, după împrejurări, aceasta este posibilă, iar dacă reducerea prestațiilor nu poate avea loc, creditorul nu are dreptul decât la daune-interese, potrivit legii (art. 1551 din Noul Cod civil). Însă încălcarea în mod repetat a obligației de neconcurență poate duce la sancțiunea rezilierii, indiferent de gravitatea ei, deoarece, potrivit art. 1551 alin. (1) teza a II-a din Noul Cod civil, „în cazul contractelor cu executare succesivă, creditorul are dreptul la reziliere, chiar dacă neexecutarea este de mică însemnătate, însă are un caracter repetat”.

Rezoluțiunea judiciară prezintă o serie de inconveniente, spre exemplu: instanța, în principiu, are posibilitatea să acorde debitorului un termen de grație pentru ca acesta să își execute obligația; instanța are posibilitatea să aprecieze, în funcție de împrejurările concrete ale speței, dacă este cazul să pronunțe rezoluțiunea ori să oblige la executarea silită a contractului sau să dispună reducerea proporțională a prestației reclamantului; debitorul poate evita rezoluțiunea, executându-și obligația până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești prin care s-a admis cererea de desființare a contractului. Așadar, partea îndreptățită să solicite rezoluțiunea judiciară nu are certitudinea că va obține desființarea contractului chiar dacă sunt îndeplinite condițiile ce permit instanței să pronunțe rezoluțiunea judiciară. Prin urmare, pentru creditorul obligației neexecutate culpabil, mai avantajoasă decât rezoluțiunea judiciară este rezoluțiunea unilaterală, adică acea rezoluțiune care nu mai presupune sesizarea instanței, ci doar notificarea scrisă pe care creditorul o comunică debitorului.

b) Rezilierea unilaterală

Potrivit art. 1552 alin. (1) din Noul Cod civil, rezilierea contractului poate avea loc prin notificarea scrisă a debitorului atunci când părțile au convenit astfel, când debitorul se află de drept în întârziere ori când acesta nu a executat obligația în termenul fixat prin punerea în întârziere.

Declarația de rezoluțiune de reziliere trebuie făcută în termenul de prescripție prevăzut de lege pentru acțiunea corespunzătoare acestora. În cazul contractului de agenție, art. 2090 din Noul Cod civil prevede o derogare, și anume acesta poate

fi denunțat fără preaviz de oricare dintre părți, cu repararea prejudiciilor astfel cauzate celeilalte părți, atunci când circumstanțe excepționale, altele decât forța majoră ori cazul fortuit, fac imposibilă continuarea colaborării dintre comitent și agent. În acest caz, contractul încetează la data primirii notificării scrise prin care acesta a fost denunțat.

c) Rezilierea convențională

În baza principiului libertății de voință, părțile pot insera în contractul de agenție un pact comisoriu, care să fie activat în situația în care agentul nu își respectă obligația de neconcurență.

Acest tip de reziliere presupune, ca și în cazurile anterioare, dovedirea culpei agentului în neîndeplinirea obligației asumate. Și în acest caz, partea îndreptățită poate opta între reziliere și executarea silită a obligației (obligarea agentului la încetarea actelor de neconcurență).

Dacă părțile convin astfel, rezilierea care operează în temeiul pactului comisoriu nu este subordonată punerii în întârziere. În caz contrar, rezilierea intervine după punerea în întârziere a agentului și notificarea declarației scrise de reziliere de către comitent.

Indiferent de felul rezilierii, trebuie precizat că, dacă rezilierea contractului de agenție intervine pentru alte motive imputabile agentului^[15] decât acela al încălcării obligației de neconcurență și aceasta a fost încheiată pe o perioadă care s-ar întinde până la maxim 2 ani de la momentul expirării acestuia, atunci, în temeiul art. 1554 alin. (2) din Noul Cod civil^[16], clauza de neconcurență va rămâne în vigoare.

4. Executarea silită a obligației de neconcurență

Potrivit art. 1549 alin. (1) din Noul Cod civil, cel care solicită rezilierea nu este obligat să aleagă această cale, putând opta să aleagă executarea silită a obligației de neconcurență asumate de agent.

Obligația de neconcurență fiind o obligație negativă, încălcarea acesteia presupune un fapt pozitiv din partea agentului. Prin executarea silită a acestei obligații, comitentul poate solicita instanței obligarea agentului să sisteze activitatea pe care o realizează cu încălcarea obligației de neconcurență.

Vor fi aplicabile în acest caz dispozițiile Codului de procedură civilă.

În contractul încheiat, părțile pot să convină asupra sancțiunilor aplicabile în cazul în care obligația de neconcurență este încălcată. Astfel, părțile pot insera în contract o clauză penală, în condițiile art. 1538 și urm. din Noul Cod civil.

5. Necesitatea evaluării efectelor anticoncurențiale ale clauzelor de neconcurență

Clauzele de neconcurență practicate în relațiile comerciale individuale nu presupun aplicarea regulilor care sancționează comportamentul anticoncurențial colectiv, acesta din urmă rezultând din acordurile încheiate între părți sau care pot fi impuse de o întreprindere în poziție dominantă. Interdicțiile prevăzute de legea

națională a concurenței sau de cea europeană se aplică numai în situațiile în care sunt îndeplinite condițiile prevăzute de aceste legi, putând fi incidente, după caz, prevederile art. 5 din Legea nr. 21/1996 sau art. 101 din Tratatul UE^[17].

6. Evaluarea contractelor de agent în dreptul intern

Regulile instituite de Uniunea Europeană au fost implementate corespunzător și în legislația internă. Astfel, aceleași idei expuse mai sus sunt preluate și în Capitolul II din Ordinul nr. 77/2004 pentru punerea în aplicare a Instrucțiunilor privind aplicarea art. 5 din Legea concurenței nr. 21/1996, cu modificările și completările ulterioare, în cazul înțelegerilor verticale.

În acest sens, înțelegerea de agent reprezintă cazul în care o persoană fizică sau juridică (agent/reprezentant) este investită cu puterea de a negocia și/sau de a încheia contracte pe contul altei persoane (comitent/reprezentat), *în numele agentului sau în numele comitentului*, în scopul:

- cumpărării de produse sau servicii de către comitent sau
- vânzării de produse sau servicii furnizate de comitent.

În cazul înțelegerilor de agent propriu-zise, obligațiile agentului cu privire la negocierea contractelor și/sau încheierea lor pe contul comitentului nu cad sub incidența prevederilor art. 5 alin. (1) din lege. Factorul determinant în stabilirea incidenței art. 5 alin. (1) din lege, îl reprezintă riscul financiar sau comercial al agentului legat de activitățile pentru care acesta a fost împuternicit ca agent de către comitent. Este irelevant dacă agentul acționează pentru unul sau mai mulți comitenți.

Celelalte înțelegeri de agent cad sub incidența art. 5 alin. (1) din lege, caz în care se aplică regulamentul și prezentele instrucțiuni.

Există două tipuri de riscuri financiare sau comerciale concludente în evaluarea naturii înțelegerilor de agent față de incidența art. 5 alin. (1) din lege. Primul tip îl reprezintă riscurile care sunt în legătură directă cu contractele negociate și/sau încheiate de către agent pe contul comitentului, cum ar fi finanțarea stocurilor.

Al doilea tip îl reprezintă riscurile legate de investițiile specifice pieței. Acestea sunt investiții necesare activității pe care agentul o desfășoară în baza împuternicirii date de comitent, investiții care permit agentului să negocieze și/sau să încheie acest tip de contract. Investițiile specifice sunt de obicei nerecuperabile dacă, după renunțarea la respectivul domeniu de activitate, investițiile nu pot fi folosite pentru alte activități sau nu pot fi vândute decât cu o pierdere semnificativă.

Înțelegerile de agent sunt considerate înțelegeri propriu-zise și nu cad sub incidența art. 5 alin. (1) din lege, dacă agentul nu suportă riscuri sau suportă riscuri nesemnificative în legătură cu contractele negociate și/sau încheiate pe contul comitentului și în legătură cu investițiile specifice pieței pentru acel domeniu de activitate. În aceasta situație, funcția de vânzare sau cumpărare se încadrează în

activitatea comitentului, în pofida faptului că agentul este o întreprindere distinctă. Astfel, comitentul suportă riscurile financiare și comerciale corespunzătoare, iar agentul nu desfășoară o activitate economică independentă în ceea ce privește activitățile pentru care a fost desemnat ca agent.

Celelalte înțelegeri de agent cad sub incidența art. 5 alin. (1) din lege. În acest caz, agentul suportă astfel de riscuri și va fi tratat ca un intermediar independent care are dreptul de a-și stabili strategia de piață necesară recuperării investițiilor legate de contract sau a investițiilor specifice pieței. În evaluarea incidenței art. 5 alin. (1) din lege nu sunt esențiale riscurile asociate prestării serviciilor de agent în general, cum ar fi asigurarea veniturilor agentului, dependente de prestația profesională sau investițiile generale în facilități de producție și forță de muncă.

Problema riscului trebuie evaluată de la caz la caz, ținând cont mai degrabă de realitatea economică existentă decât de forma juridică.

Consiliul Concurenței consideră că, în general, art. 5 alin. (1) din lege nu este aplicabil obligațiilor impuse agentului cu privire la contractele negociate și/sau încheiate pe contul comitentului, dacă proprietatea asupra produselor care fac obiectul acordului nu este transferată agentului sau agentul nu furnizează el însuși serviciile prevăzute în acord și dacă agentul:

a) nu contribuie la costurile legate de furnizarea/achiziționarea produselor sau serviciilor care fac obiectul acordului, inclusiv costurile de transport. Asigurarea transportului este în sarcina agentului, dar costurile sunt suportate de comitent;

b) nu este obligat, direct sau indirect, să investească în activități de promovare a vânzărilor, cum ar fi contribuția la cheltuielile de publicitate al comitentului;

c) nu menține, pe cheltuiala și riscul propriu, stocuri de produse care fac obiectul acordului, incluzând costuri de finanțare a stocurilor și costuri privind pierderile legate de acestea, și poate returna comitentului produsele nevândute, fără daune-interese, cu excepția cazurilor de culpă a agentului, cum ar fi nerespectarea măsurilor de securitate necesare evitării pierderilor legate de stocuri;

d) nu creează și/sau nu furnizează servicii post-vânzare, servicii de reparații sau de garanție, decât dacă serviciile agentului sunt integral remunerate de către comitent;

e) nu efectuează investiții specifice pieței în echipamente, facilități de producție sau formare de personal, cum ar fi un tanc de depozitare, în vederea comercializării, a produselor petroliere sau un program software specializat pentru comercializarea de polițe de asigurare în cazul agenților de asigurări;

f) nu își asumă responsabilitatea față de terți pentru prejudiciile cauzate de produsul vândut, cu excepția responsabilității pentru culpa agentului în aceasta privință;

g) nu își asumă responsabilitatea în caz de neexecutare a contractului de către client, cu excepția pierderii comisionului convenit, în afara de cazul angajării responsabilității pentru culpa sa, ca de exemplu, de a nu fi luat suficiente măsuri de securitate sau contra furtului ori măsuri rezonabile pentru a semnală un furt

politei sau comitentului ori de a nu fi comunicat comitentului orice informație deținută cu privire la credibilitatea financiară a clientului.

Este suficient ca agentul să își asume unul din riscurile sau costurile enumerate mai sus pentru ca înțelegerea de agent să intre sub incidența art. 5 alin. (1) din lege.

Dacă o înțelegere de agent nu intră sub incidența art. 5 alin. (1) din lege, nici obligațiile agentului izvorând din contractele negociate și/sau încheiate pe contul comitentului nu intră sub incidența art. 5 alin. (1) din lege.

Următoarele obligații ale agentului vor fi, în general, considerate ca inerente înțelegerii de agent, fiecare referindu-se la dreptul comitentului de a stabili domeniul de activitate al agentului cu privire la produsele și serviciile care fac obiectul acordului, și anume:

- a) limitarea teritoriului în care agentul poate vinde aceste produse sau servicii;
- b) limitarea clienților cărora agentul le poate vinde aceste produse sau servicii;
- c) prețurile la care și condițiile în care agentul trebuie să vândă sau să achiziționeze aceste produse sau servicii.

Obligațiile de mai sus sunt esențiale în cazul în care comitentul își asumă riscurile, aflându-se astfel în poziția de a determina strategia comercială.

Suplimentar condițiilor de vânzare sau cumpărare a produselor sau serviciilor de către agent pe contul comitentului, înțelegerile de agent conțin deseori prevederi referitoare la relația dintre agent și comitent.

Astfel, acestea pot prevedea interdicția comitentului de a desemna alți agenți pentru un anumit tip de tranzacție, client sau teritoriu (clauze de agent exclusiv), restricționare care privește doar concurența intra-marcă și nu conduce, în general, la efecte anticoncurențiale

De asemenea, acestea pot conține prevederi care interzic agentului să acționeze ca agent sau distribuitor al unor agenți economici care concurează cu comitentul (clauze de non-concurență, inclusiv clauze de non-concurență ulterioare terminării înțelegerii), restricționări care privesc concurența inter-marcă și pot intra sub incidența art. 5 alin. (1) din lege, dacă acestea conduc la restrângerea concurenței pe piața relevantă în care sunt vândute sau achiziționate produsele sau serviciile care fac obiectul acordului.

O înțelegere de agent, chiar dacă agentul suportă toate riscurile financiare sau comerciale, intră sub incidența art. 5 alin. (1) din lege atunci când facilitează o înțelegere anticoncurențială secretă. Este cazul când, spre exemplu, un număr de comitenți folosește aceiași agenți, restricționând în mod concertat pe alți comercianți în obținerea serviciilor oferite de agenții respectivi ori când un număr de comitenți apelează la agenți pentru a se înțelege asupra strategiei de piață sau pentru a schimba între ei informații importante despre piață.

^[1] Republicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011, în vigoare de la 1 octombrie 2011.

^[2] A se vedea D.-A. Sitaru, *Dreptul comerțului internațional, Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 431.

[3] Regulamentul Comisiei nr. 2790/1999 din 22 decembrie 1999 privind aplicarea art. 81 alin. (3) din Tratatul categoriilor de acorduri verticale și practicilor concertate

[4] A se vedea G. Ripert, R. Roblot, *Traité de droit commercial*, tome I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A. Paris, 2001, pp. 625 și 626.

[5] A se vedea N. Green, A. Robertson, *Commercial Agreements and Competition Law. Practice and Procedure in the UK and EC*, Kluwer Law, ed. a II-a, 1997, p. 594.

[6] A se vedea I. Schiau, *Contractul de agenție*, în *Revista de Drept Comercial*, nr. 11/2003, p. 26.

[7] M. Of. nr. 581 din 6 august 2002.

[8] La nivel internațional, în spațiul unional-european, contractul de agenție face obiectul Convenției asupra Agenției în Vânzarea Internațională de Bunuri (Geneva, 17 Februarie 1983) și al Directivei Consiliului nr.86/653/EEC privind coordonarea legislației Statelor Membre referitoare la agenții comerciale independente (J. Of. nr. L 382, 31.12.1986, pp. 17-21).

[9] Observăm o diferență față de reglementarea de la nivel european. Astfel, potrivit art. 20 alin. (1) din Directivă *clauză de interdicție comercială* este acea înțelegere care restricționează activitățile de afaceri ale agentului comercial în urma rezilierii contractului de agenție.

[10] A se vedea I. Schiau, *Drept comercial*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 472.

[11] A se vedea V.S. Bădescu, *Clauza de exclusivitate teritorială și clauza de neconcurență, elemente esențiale ale contractului de agenție, conform Codului civil (Legea nr. 287/2009)*, în *Dreptul* nr. 8/2012, p. 75.

[12] A se vedea D. Florea, *Aspecte teoretice și practice privind clauza de neconcurență în activitatea agenților comerciali*, în *Curierul Judiciar* nr. 2/2010, p. 79.

[13] În doctrină s-a subliniat ideea că rezilierea poate fi cerută numai de către creditorul obligației neexecutate culpabil, iar nu și de către partea vinovată de neexecutarea obligației pe care și-a asumat-o prin contractul sinalagmatic. De asemenea, cel care solicită rezilierea trebuie să își fi executat obligația asumată prin contractul sinalagmatic ori să se declare gata să și-o execute. A se vedea L. Stănciulescu, G. Boroi, *Instituții ... op. cit.*, p. 182.

[14] A se vedea L. Stănciulescu, G. Boroi, *op. cit.*, p. 182.

[15] Dacă motivele rezilierii ar fi imputabile comitentului, atunci clauza de neconcurență ar fi lovită de ineficacitate, potrivit art. 2093 alin. (1) lit. b).

[16] Potrivit acestuia „Rezoluțiunea nu produce efecte asupra clauzelor referitoare la soluționarea diferendelor ori asupra celor care sunt destinate să producă efecte chiar în caz de rezoluțiune”.

[17] A se vedea D. Florea, *Sanționarea comportamentului anticoncurențial colectiv*, în *Curierul judiciar* nr. 3/2010, p. 135.