CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE VERICA TRSTENJAK presentate il 24 marzo 2010[1]

Indice

I — Introduzione ..... I - 10913

II — Contesto normativo ..... I - 10914

A — Normativa comunitaria ..... I - 10914

B — Normativa nazionale ..... I - 10916

III — Fatti, procedimento principale e questioni pregiudiziali ..... I - 10917

IV — Procedimento dinanzi alla Corte ..... I - 10918

V — Principali argomenti dei soggetti che hanno presentato osservazioni ..... I - 10919

A — Sulla prima questione pregiudiziale ..... I - 10919

B — Sulla seconda questione pregiudiziale ..... I - 10921

VI — Valutazione ..... I - 10922

A — Considerazioni introduttive ..... I - 10922

B — Sulla prima questione pregiudiziale ..... I - 10923

1. La nozione di «pratiche commerciali» di cui all'art. 2, lett. d), della direttiva 2005/29 ..... I - 10924

2. Ambito di applicazione ratione personae della direttiva 2005/29 ..... I - 10924

a) Il settore coperto dalla direttiva 2005/29 ..... I - 10925

1 — Lingua originale: il tedesco.

b) Lo scopo di tutela del divieto di cui all'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG ..... I - 10928

i) Sulla diversa rilevanza dei singoli beni protetti ..... I - 10928

ii) Analisi delle disposizioni e della giurisprudenza austriache pertinenti ..... I - 10930

c) Conclusione ..... I - 10932

3. Analisi della struttura delle due normative ..... I - 10932

a) Le disposizioni della direttiva 2005/29 ..... I - 10932

i) Ravvicinamento completo e massimo delle disposizioni nazionali quale obiettivo della direttiva ..... I - 10933

ii) Struttura della direttiva 2005/29 ..... I - 10934

b) Le disposizioni dell'UWG ..... I - 10935

i) Esposizione della struttura del divieto di cui all'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG ..... I - 10936

4. Conformità della normativa controversa alla direttiva 2005/29 ..... I - 10937

a) Tenore letterale della normativa nazionale ..... I - 10937

i) Inversione della sistematica normativa ..... I - 10937

ii) Insufficienza delle disposizioni derogatorie di cui all'art. 9 bis, n. 2, UWG ..... I - 10938

iii) Conclusione parziale ..... I - 10939

b) Possibilità di un'interpretazione conforme alla direttiva ..... I - 10940

i) Esame alla luce delle disposizioni della direttiva ..... I - 10941

— Art. 5, nn. 4 e 5, della direttiva 2005/29 ..... I - 10941

— Art. 5, n. 2, della direttiva 2005/29 ..... I - 10943

c) Conclusione ..... I - 10950

5. Conclusioni ..... I - 10953

C — Sulla seconda questione pregiudiziale ..... I - 10954

VII — Conclusione ..... I - 10956

I — Introduzione

1. Nel presente procedimento pregiudiziale instaurato ai sensi dell'art. 234 CE [2] l'Oberster Gerichtshof Österreichs (Corte di cassazione austriaca; in prosieguo: il «giudice del rinvio») sottopone alla Corte due questioni pregiudiziali concernenti l'interpretazione della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali nel mercato interno (in prosieguo: la «direttiva 2005/29») [3]. Si tratta sostanzialmente di accertare la compatibilità con il diritto comunitario di una normativa nazionale in forza della quale è vietato annunciare, offrire o assegnare premi omaggio abbinati a periodici, nonché annunciare premi omaggio abbinati ad altre merci o servizi, a prescindere dalla necessità di un accertamento nel singolo caso del carattere ingannevole di tale pratica commerciale.

2 — Il procedimento pregiudiziale, in base al Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, firmato il 13 dicembre 2007 (GU C 306, pag. 1), è ora disciplinato dall'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

3 — Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 maggio 2005, 2005/29/CE, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali») (GU L 149, pag. 22).

2. La domanda di pronuncia pregiudiziale trae origine da un ricorso presentato in via cautelare dalla Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG (in prosieguo: la «ricorrente del procedimento principale»), con il quale la predetta ha chiesto l'inibizione, nei confronti della «Österreich»-Zeitungsverlag GmbH (in prosieguo: la «convenuta del procedimento principale»), dell'utilizzo anticoncorrenziale di un premio (nella forma di un concorso a premi) vietato in via di principio dal diritto nazionale.

3. La presente causa costituisce, dopo le cause riunite C-261/07 (VTB-VAB), e C-299/07 (Galatea) [4], nonché la causa C-304/08 (Plus) [5], già la terza nell'ambito di una serie di rinvii pregiudiziali con i quali i giudici nazionali chiedono alla Corte di verificare la compatibilità di divieti nazionali di offerte congiunte con la direttiva 2005/29. Una delle questioni principali, che differenzia la presente causa dalle precedenti e che pertanto richiede un accurato esame giuridico, riguarda la possibilità di effettuare un siffatto controllo di compatibilità anche nel caso in cui l'asserita finalità normativa delle disposizioni nazionali rilevanti risieda nella tutela sia della pluralità dei mezzi di informazione che dei concorrenti.

4 — Sentenza 23 aprile 2009, cause riunite C-261/07 e C-299/07, VTB-VAB e Galatea (Racc. pag. I-2949).

5 — Sentenza 14 gennaio 2010, causa C-304/08, Plus (Racc. pag. I-217).

II — Contesto normativo

A — *Normativa comunitaria*

4. L'art. 1 della direttiva 2005/29 dispone quanto segue:

«La presente direttiva intende contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori mediante l'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori».

5. L'art. 2 della direttiva 2005/29 dispone quanto segue:

«Ai fini della presente direttiva, si intende per:

(…)

d) "pratiche commerciali delle imprese nei confronti dei consumatori" (in seguito denominate "pratiche commerciali"): qualsiasi azione, omissione, condotta o

dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori;

(…)».

6. L'art. 3, n. 1, della direttiva dispone quanto segue:

«La presente direttiva si applica alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori, come stabilite all'articolo 5, poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto».

7. L'art. 4 della direttiva dispone quanto segue:

«Gli Stati membri non limitano la libertà di prestazione dei servizi né la libera circolazione delle merci per ragioni afferenti al settore armonizzato dalla presente direttiva».

8. L'art. 5 della direttiva, sotto la rubrica «Divieto delle pratiche commerciali sleali», dispone quanto segue:

«1. Le pratiche commerciali sleali sono vietate.

2. Una pratica commerciale è sleale se:

a) è contraria alle norme di diligenza professionale,

e

b) falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori.

3. Le pratiche commerciali che possono falsare in misura rilevante il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa

si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista può ragionevolmente prevedere sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo. Ciò lascia impregiudicata la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera.

4. In particolare, sono sleali le pratiche commerciali:

a) ingannevoli di cui agli articoli 6 e 7

o

b) aggressive di cui agli articoli 8 e 9.

5. L'allegato I riporta l'elenco di quelle pratiche commerciali che sono considerate in ogni caso sleali. Detto elenco si applica in tutti gli Stati membri e può essere modificato solo mediante revisione della presente direttiva».

9. L'annuncio, l'offerta o l'assegnazione di premi omaggio abbinati a periodici non figura nell'allegato I della direttiva tra le pratiche commerciali che si considerano in ogni caso sleali.

B — *Normativa nazionale*

10. L'art. 9 bis, n. 1, della legge austriaca contro la concorrenza sleale (UWG)[6] dispone quanto segue:

«1) Un'azione inibitoria e risarcitoria può essere intentata nei confronti di chiunque, nell'ambito della propria attività commerciale, a fini concorrenziali,

1. annuncia, in comunicazioni rivolte al pubblico o in altre comunicazioni rivolte ad un'ampia cerchia di persone, l'assegnazione ai consumatori di omaggi gratuiti (premi) abbinati a prodotti o servizi, o offre, annuncia o assegna ai consumatori omaggi gratuiti (premi) abbinati a periodici, ovvero

6 — Legge federale 1984 contro la concorrenza sleale — UWG (BGBl. n. 448), modificata dalla legge 13 novembre 2007 (BGBl. I, n. 79/2007).

2. offre, annuncia o assegna ad imprenditori omaggi gratuiti (premi) abbinati a prodotti o servizi.

La presente disposizione si applica anche nel caso in cui la gratuità del premio sia dissimulata attraverso un prezzo complessivo per i prodotti o i servizi, attraverso prezzi fittizi per il premio, ovvero in qualsivoglia altro modo».

III — Fatti, procedimento principale e questioni pregiudiziali

11. Il giudice del rinvio riferisce di dover decidere una controversia sorta tra due concorrenti che operano sul mercato austriaco della stampa quotidiana, la quale trae origine dall'annuncio, fatto dalla convenuta del procedimento principale sul suo giornale, dell'elezione di un «calciatore dell'anno». Nell'introduzione ad un articolo, stampata in grassetto, poteva leggersi: «Partecipare conviene: in palio una cena con il vincitore della grande elezione del miglior calciatore». A sinistra dell'articolo si trovava un «tagliando di voto» con la scritta «ritagliare e spedire». A destra si segnalava la possibilità di votare tramite Internet. Articoli analoghi venivano pubblicati nei nove giorni successivi.

12. Su richiesta della ricorrente il giudice di primo grado ha stabilito che l'annuncio in questione costituisce un premio vietato ai sensi dell'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG, e ha accolto la richiesta di inibire tale annuncio con un provvedimento d'urgenza. Il giudice d'appello ha, invece, stabilito che l'annuncio in questione non produce effetti rilevanti sul mercato. Contro tale decisione la ricorrente si è rivolta all'attuale giudice del rinvio, chiedendo di ripristinare il provvedimento d'urgenza emesso dal giudice di primo grado. In base ad una prima valutazione, il giudice del rinvio ritiene che, in applicazione dell'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG, si dovrebbe accogliere la richiesta della ricorrente. Tuttavia tale giudice nutre il dubbio che, a seconda di come si interpreti l'ambito normativo della direttiva, questa potrebbe ostare all'applicazione dell'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG.

13. L'Oberster Gerichtshof ha, pertanto, sospeso il procedimento e ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se gli artt. 3, n. 1, e 5, n. 5, della direttiva 2005/29/CE, o altre disposizioni di detta direttiva ostino ad una normativa nazionale — la quale, escluse talune deroghe tassativamente previste, vieti

l'annuncio, l'offerta o l'assegnazione di omaggi gratuiti abbinati a periodici, nonché l'annuncio di omaggi gratuiti abbinati ad altri prodotti o servizi, a prescindere dalla necessità di una verifica caso per caso del carattere ingannevole, aggressivo o altrimenti sleale di tale pratica commerciale — anche nell'ipotesi in cui la normativa in questione sia rivolta non solo alla tutela dei consumatori, ma anche al conseguimento di altri obiettivi che esulano dall'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva, quali, ad esempio, la salvaguardia della pluralità dei mezzi di informazione o la tutela di concorrenti più deboli.

2) In caso di soluzione affermativa della prima questione, se la possibilità di partecipare ad un gioco a premi legata all'acquisto di un giornale costituisca una pratica commerciale sleale ai sensi dell'art. 5, n. 2, della direttiva 2005/29/CE per il solo fatto che tale possibilità di partecipare rappresenta, perlomeno per una parte del pubblico destinatario, il motivo determinante, ancorché non l'unico, per l'acquisto del giornale».

IV — Procedimento dinanzi alla Corte

14. L'ordinanza di rinvio, datata 18 novembre 2008, è pervenuta presso la cancelleria della Corte il 4 dicembre 2008.

15. Le parti del procedimento principale, i governi della Repubblica d'Austria e del Regno del Belgio, nonché la Commissione hanno presentato osservazioni scritte nel termine previsto dall'art. 23 dello Statuto della Corte.

16. Durante l'udienza, tenutasi il 19 gennaio 2010, hanno presentato osservazioni i rappresentanti processuali delle parti del procedimento principale, i rappresentanti dei governi della Repubblica d'Austria e della Repubblica federale di Germania, nonché il rappresentante della Commissione.

V — Principali argomenti dei soggetti che hanno presentato osservazioni

A — *Sulla prima questione pregiudiziale*

17. Con la prima questione pregiudiziale il giudice del rinvio desidera sostanzialmente sapere se una disposizione nazionale, che vieta in via di principio di vendere merci mediante l'utilizzo di premi, rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 2005/29, benché tale disposizione non sia rivolta esclusivamente alla tutela dei consumatori.

18. La *ricorrente del procedimento principale* nonché i *governi austriaco* e *belga* propongono alla Corte di risolvere negativamente tale questione.

19. A tal fine essi evidenziano, per un verso, che la promozione delle vendite ha costituito oggetto di una proposta di un regolamento in cui si distingueva nettamente la disciplina giuridica di tali misure di promozione delle vendite da quella delle pratiche commerciali sleali che sono attualmente disciplinate dalla direttiva 2005/29. Quella proposta, tuttavia, è stata ritirata dalla Commissione nel corso del 2006, quindi un anno dopo l'adozione della direttiva. Non può, quindi, affermarsi — sostengono i predetti soggetti — che la promozione delle vendite rientra implicitamente nell'ambito di applicazione della direttiva. Per altro verso, poiché la direttiva è rivolta, ai sensi del suo sesto «considerando», alla diretta tutela degli interessi economici dei consumatori, essa non potrebbe essere applicata a normative nazionali, come quella del procedimento principale, che perseguono prioritariamente altri obiettivi, segnatamente la tutela dei concorrenti e la salvaguardia della pluralità dei mezzi di informazione, e solo indirettamente tutelano i consumatori.

20. In via prudenziale la *ricorrente del procedimento principale* e il *governo austriaco* sostengono che il divieto di vendite mediante l'utilizzo di premi, previsto dall'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG, è comunque conforme alla direttiva.

21. La direttiva 2005/29 consentirebbe, infatti, agli Stati membri di considerare sleali ai sensi dell'art. 5, n. 2, e, quindi, di vietare quelle pratiche commerciali che risultano contrarie alle norme di diligenza professionale e idonee a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio. A loro avviso, d'altra parte, il controverso divieto nazionale si applica solo nel caso in cui il giudice nazionale accerti che il consumatore ha acquistato il giornale per motivi non oggettivi, connessi alla prospettiva della possibile fruizione di vantaggi aggiuntivi, e sempre che tali vantaggi non rientrino tra le deroghe elencate

all'art. 9 bis, n. 2, UWG. La valutazione attinente a tali profili verrebbe inoltre effettuata dai giudici nazionali caso per caso.

22. Ad avviso della *ricorrente del procedimento principale* la normativa austriaca si differenzia significativamente dalle normative che sono state oggetto delle cause riunite C-261/07 (VTB-VAB), e C-299/07 (Galatea), nonché della causa C-304/08 (Plus), in quanto queste contenevano divieti generali e, pertanto, non tenevano conto delle particolari circostanze del singolo caso concreto.

23. La *convenuta del procedimento principale* sostiene, invece, che ai sensi del sesto «considerando» esulano dall'ambito di applicazione della direttiva 2005/29 soltanto quelle legislazioni nazionali concernenti pratiche commerciali sleali che ledono «unicamente» gli interessi economici dei concorrenti o che sono connesse ad un'operazione tra professionisti. Questo, tuttavia, non sarebbe evidentemente il caso della normativa controversa, dal momento che l'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG sarebbe rivolto, in via prioritaria e diretta, a tutelare i consumatori.

24. Essa ritiene, inoltre, che il divieto ivi previsto non sia conforme alla concezione normativa della direttiva in quanto la promozione delle vendite mediante premi — pur non essendo ricompresa nell'elenco, contenuto nell'allegato I della direttiva 2005/29, di quelle pratiche commerciali che sono considerate in ogni caso sleali — sottostà al divieto generale imposto dal diritto austriaco, come ha constatato l'Oberster Gerichtshof nella sua ordinanza di rinvio.

25. Il *governo tedesco* in udienza ha richiamato la causa C-304/08 (Plus) e ha rilevato che, nonostante la piena armonizzazione perseguita dalla direttiva 2005/29, la discrezionalità degli Stati membri in sede di sua trasposizione rimane impregiudicata. Ciò vale in particolare in relazione alla trasposizione nel diritto nazionale di nozioni che necessitano di precisazione, come quelle contenute nelle definizioni legali della direttiva 2005/29. Il governo tedesco ha altresì sostenuto la tesi che la direttiva 2005/29 non osta ad una normativa nazionale qualora questa persegua un obiettivo diverso da quello della direttiva.

26. La *Commissione*, infine, sostiene una propria tesi, in quanto da un lato afferma che la direttiva 2005/29 osta ad un divieto generale e astratto come quello contenuto nella normativa controversa, ma dall'altro ritiene che tale normativa non rientri nell'ambito di applicazione della direttiva, in quanto essa perseguirebbe in via prioritaria altri obiettivi, segnatamente la salvaguardia della pluralità

dei mezzi di informazione e, solo in misura minima, la tutela dei consumatori e la lealtà delle pratiche commerciali.

B — *Sulla seconda questione pregiudiziale*

27. Per il caso in cui la Corte dovesse risolvere in senso affermativo la prima questione pregiudiziale, il giudice del rinvio desidera sapere se la vendita mediante l'utilizzo di premi debba essere considerata una pratica commerciale sleale ai sensi dell'art. 5, n. 2, della direttiva 2005/29 per il solo fatto che tale possibilità di partecipare rappresenta, perlomeno per una parte del pubblico destinatario, il motivo determinante, ancorché non l'unico, per l'acquisto della merce principale.

28. Il *governo austriaco* e quello *belga*, avendo fornito una soluzione negativa alla prima questione pregiudiziale, non prendono posizione sulla seconda questione pregiudiziale. La *ricorrente del procedimento principale* e la *Commissione*, invece, formulano osservazioni su di essa in via prudenziale.

29. La *ricorrente del procedimento principale* si limita ad affermare che il comportamento controverso della convenuta del procedimento principale costituisce una pratica commerciale sleale, senza tuttavia fornire elementi a sostegno di tale affermazione.

30. Ad avviso della *Commissione*, il fatto che la possibilità di partecipare ad un gioco a premi rappresenti il motivo determinante per il consumatore per l'acquisto di un giornale, non consente, di per sé, di ritenere che si sia in presenza di una pratica commerciale sleale ai sensi della direttiva 2005/29, ma costituisce solo uno degli elementi che il giudice nazionale potrebbe prendere in considerazione in sede di valutazione del singolo caso.

31. La *convenuta del procedimento principale*, dal suo canto, sottolinea che la nozione di pratica commerciale rinvia al consumatore medio, descritto, nella giurisprudenza della Corte, come «consumatore medio normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto». Un siffatto consumatore sa che, in una libera economia di mercato, la pubblicità e la promozione delle vendite mirano ad attirare clienti, facendo leva non solo sul prezzo e sulla qualità del prodotto, ma anche sulla prospettiva di ulteriori vantaggi. Ne consegue che la vendita mediante l'utilizzo di premi potrebbe costituire una pratica commerciale sleale solo in casi eccezionali, e segnatamente solo quando l'offerta sia configurata in modo tale da risultare idonea a indurre il consumatore ad acquistare il prodotto principale non sulla base di valutazioni oggettive, bensì soltanto in forza della prospettiva di un vantaggio aggiuntivo.

VI — Valutazione

A — *Considerazioni introduttive*

32. La presente causa costituisce già la terza nell'ambito di una serie di rinvii pregiudiziali con i quali i giudici nazionali chiedono alla Corte di chiarire se divieti nazionali di offerte congiunte possano ancora essere considerati conformi al diritto comunitario nel suo attuale stadio evolutivo. La rilevanza di tale questione risulta, non da ultimo, dalla circostanza che l'obiettivo perseguito dalla direttiva 2005/29, adottata l'11 maggio 2005 dal Parlamento europeo e dal Consiglio, consiste nel realizzare un quadro normativo uniforme per la disciplina delle pratiche commerciali sleali nei confronti dei consumatori.

33. Dal momento che si vuole in tal modo perseguire un'armonizzazione completa negli Stati membri della Comunità delle norme relative alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori [7], occorre verificare la conformità al diritto comunitario non solo delle disposizioni che gli Stati membri hanno adottato ex novo per trasporre la direttiva, ma anche di quelle che — come nel caso della controversa disposizione di cui all'art. 9 bis, n. 1, UWG — benché fossero in vigore già prima dell'emanazione della direttiva, nondimeno svolgono, dal punto di vista del singolo Stato membro, la funzione di trasporre la direttiva.

34. Atteso il limitato margine di discrezionalità che un'armonizzazione completa di solito concede agli Stati membri in sede di trasposizione di una direttiva, il mantenimento di tali disposizioni previgenti non sempre si rivela privo di difficoltà sul piano giuridico. Infatti, benché tali disposizioni rientrino alla fine nell'ambito di applicazione della direttiva rilevante, spesso non sono conformi alle previsioni della stessa. Questa ipotesi si è verificata, come hanno dimostrato le cause VTB-VAB e Galatea, nonché la causa Plus, in occasione della trasposizione della direttiva 2005/29 in Belgio [8] e in Germania [9].

7 — V. sentenze VTB-VAB e Galatea (cit. supra alla nota 4, punto 52), e Plus (cit. supra alla nota 5, punto 41).
Nel caso di un'eventuale più ampia armonizzazione all'interno dell'Unione europea della normativa in materia di concorrenza sleale e di contratti, dovrebbero essere adeguatamente prese in considerazione anche le disposizioni del «Draft Common Frame of Reference» (DCFR), dal momento che uno dei suoi obiettivi principali consiste proprio nella tutela dei consumatori, perseguita, tra l'altro, attraverso l'imposizione di particolari doveri di informazione a carico del professionista nei confronti del consumatore in relazione alle principali caratteristiche dei beni o dei servizi acquistati (v., ad esempio, art. II.-3:102 DCFR). Queste «buone pratiche commerciali» costituiscono, in un certo senso, il contrario delle «pratiche commerciali vietate» elencate nell'allegato I della direttiva 2005/29.

8 — Le disposizioni controverse erano quelle di cui agli artt. 54 e segg. della legge belga 14 luglio 1991 sulle pratiche commerciali e sull'informazione e la tutela dei consumatori (traduzione ufficiale in tedesco in *Belgisches Staatsblatt* del 19 gennaio 1994).

9 — Oggetto d'esame erano gli artt. 3 e 4, n. 6, della legge tedesca contro la concorrenza sleale — UWG (BGBl. I, pag. 1414), da ultimo modificata dall'art. 1 della prima legge di modifica del 22 dicembre 2008 (BGBl. I, pag. 2949).

35. La direttiva 2005/29 è entrata in vigore, ai sensi del suo art. 20, già il giorno successivo alla sua pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, quindi il 12 giugno 2005. In base all'art. 19, n. 1, della direttiva, gli Stati membri avevano l'obbligo di trasporla nel diritto interno, mediante l'adozione delle necessarie disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, entro il 12 giugno 2007, con la possibilità, tuttavia, di continuare ad applicare in via transitoria, per un ulteriore periodo di sei anni, determinate disposizioni nazionali più restrittive. D'altro canto, queste disposizioni legislative, regolamentari e amministrative dovevano essere applicate solo a decorrere dal 12 dicembre 2007.

36. La Repubblica d'Austria ha formalmente adempiuto tale obbligo di trasposizione mediante l'adozione della legge federale di modifica della legge federale 1984 contro la concorrenza sleale — UWG, entrata in vigore il 12 dicembre 2007 (UWG-Novelle 2007) [10]. Tuttavia, come già segnalato, la controversa disposizione di cui all'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG non è stata emanata in occasione della trasposizione della direttiva 2005/29, ma risale ad una precedente normativa nazionale [11]. Nella sua ordinanza di rinvio il giudice del rinvio esprime perplessità circa la conformità di tale disposizione con il diritto comunitario [12].

10 — BGBl. I, n. 79/2007.

11 — Il divieto di premi di cui all'art. 9 bis UWG, originariamente contenuto nella legge 20 giugno 1929 in materia di premi (BGBl. 227) e successivamente nella legge 1934 sui premi, è stato integrato nell'UWG per effetto della legge 1992 sulla deregolamentazione della concorrenza (BGBl. 1992/147). Sull'origine storica di questa disposizione, v. Duursma, D., in *UWG — Kommentar* (a cura di Maximilian Gumpoldsberger/Peter Baumann), Vienna 2006, art. 9 bis, punto 1, pag. 276, e Wiltschek, L., *UWG — Kommentar*, II ed., Vienna 2007, art. 9 bis, pag. 44.

12 — V., tra l'altro, pagg. 9 e 10 dell'ordinanza di rinvio.

B — *Sulla prima questione pregiudiziale*

37. In limine, occorre ricordare che, nell'ambito di un procedimento ai sensi dell'art. 234 CE, non spetta alla Corte pronunciarsi sulla compatibilità di norme di diritto interno con il diritto comunitario. Essa è tuttavia competente a fornire al giudice a quo tutti gli elementi d'interpretazione del diritto comunitario atti a consentirgli di valutare tale compatibilità per pronunciarsi nella causa di cui è stato investito [13].

38. La prima questione pregiudiziale è rivolta ad accertare se la direttiva 2005/29 osti ad una disposizione nazionale come l'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG. A tal fine occorre verificare se tale disposizione, considerato il suo oggetto, rientri nell'ambito di applicazione ratione materiae e ratione personae della direttiva 2005/29. Successivamente occorre verificare se la direttiva 2005/29 debba essere interpretata nel senso che le conseguenze giuridiche previste dal diritto austriaco per la violazione della citata disposizione risultano anch'esse coperte da detta direttiva.

13 — V., tra le altre, sentenze 15 luglio 1964, causa 6/64, Costa (Racc. pag. 1127, in particolare pag. 1143); 29 novembre 2001, causa C-17/00, De Coster (Racc. pag. I-9445, punto 23), nonché sentenza 16 gennaio 2003, causa C-265/01, Pansard e. a. (Racc. pag. I-683, punto 18).

1. La nozione di «pratiche commerciali» di cui all'art. 2, lett. d), della direttiva 2005/29

39. In base a quanto riferito dal giudice del rinvio, l'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG vieta agli imprenditori di annunciare nei confronti dei consumatori premi omaggio abbinati a merci o servizi. Siamo in presenza, pertanto, di un divieto di offerte congiunte.

40. Tale divieto dovrebbe inoltre riferirsi a pratiche commerciali ai sensi dell'art. 2, lett. d), della direttiva 2005/29. Tale disposizione definisce, utilizzando una formulazione particolarmente ampia [14], la nozione di pratica commerciale come «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori».

41. Come ho ampiamente esposto nelle mie conclusioni nelle cause riunite C-261/07 (VTB-VAB), e C-299/07 (Galatea) [15], e come la Corte ha confermato nella sentenza relativa a tali cause [16], le offerte congiunte sono attività commerciali univocamente rientranti nella strategia commerciale di un professionista e direttamente connesse alla promozione e alla vendita di un prodotto. Esse, pertanto, costituiscono pratiche commerciali ai sensi dell'art. 2, lett. d), della direttiva 2005/29, sicché il divieto di offerte congiunte di cui all'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG rientra nel suo ambito di applicazione ratione materiae [17].

2. Ambito di applicazione ratione personae della direttiva 2005/29

42. La riconducibilità della disposizione nazionale controversa di cui all'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG nell'ambito di applicazione ratione personae della direttiva dipende dal fatto che essa sia rivolta, al pari della direttiva stessa, alla tutela dei consumatori.

14 — V. sentenze VTB-VAB e Galatea (cit. supra alla nota 4, punto 49), e Plus (cit. supra alla nota 5, punti 36 e 39). V. Keirsbilck, B., «Towards a single regulatory framework of unfair commercial practices?», in *European business law review*, 4/2009, pag. 505, ad avviso del quale la direttiva 2005/29 si contraddistingue per la notevole ampiezza del suo ambito di applicazione.

15 — V. le mie conclusioni presentate il 21 ottobre 2008 nelle cause riunite VTB-VAB e Galatea (paragrafi 68-70; la relativa sentenza è citata supra, alla nota 4).

16 — Sentenza VTB-VAB e Galatea, cit. alla nota 4 (punti 48 e 50). V., in relazione ad una campagna pubblicitaria con la quale si subordinava la partecipazione gratuita ad una lotteria all'acquisto di determinati quantitativi di merci o servizi, sentenza Plus, cit. supra alla nota 5 (punto 37).

17 — In tal senso anche Heidinger, R., «Zugabenverbot, quo vadis?», in *Medien und Recht*, 1/2009, pag. 45, secondo cui risulta coinvolto l'ambito di applicazione della direttiva 2005/29 dal momento che il divieto di premi di cui all'art. 9 bis UWG dovrebbe essere qualificato come una norma in materia di pratiche commerciali sleali nei confronti dei consumatori.

a) Il settore coperto dalla direttiva 2005/29

43. La direttiva disciplina, infatti, in via di principio soltanto il settore B2C (business to consumer), vale a dire i rapporti tra professionisti e consumatori. Ciò risulta in primo luogo dall'art. 3, n. 1, ai sensi del quale la direttiva in parola si applica alle pratiche commerciali sleali *delle imprese nei confronti dei consumatori* poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto. Tale collegamento viene particolarmente sottolineato nell'ottavo «considerando», in base al quale la direttiva tutela *direttamente soltanto gli interessi economici dei consumatori* dalle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori [18].

44. Nondimeno, non ritengo condivisibile la tesi secondo cui la direttiva considererebbe per tal motivo meno degni di tutela gli interessi economici dei concorrenti che agiscono lecitamente [19]. Sul punto mi sono di recente soffermata nelle mie conclusioni presentate il 3 settembre 2009 nella causa C-304/08, Plus, in relazione ad un argomento di tal tenore sostenuto dal governo austriaco [20]. Come, infatti, risulta univocamente dall'ottavo «considerando», la direttiva tutela *indirettamente le attività legittime da quelle dei rispettivi concorrenti* che non rispettano le regole previste dalla direttiva stessa. Ciò trova espressione normativa nell'art. 11, n. 1, della direttiva, il quale impone l'obbligo agli Stati membri di riconoscere la legittimazione ad agire, in caso di condotta incompatibile con la direttiva, anche ai concorrenti, affinché questi possano promuovere un'azione giudiziaria contro le pratiche commerciali sleali.

45. Di fondamentale importanza risulta l'affermazione contenuta nel sesto «considerando», secondo cui la direttiva 2005/29

18 — Così anche Hoeren, T., «Das neue UWG — der Regierungsentwurf im Überblick», in *Betriebs-Berater*, 2008, pag. 1183; Stuyck, J., «The Unfair Commercial Practices Directive and its Consequences for the Regulation of Sales Promotion and the Law of Unfair Competition», in *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 — New rules and new techniques*, Norfolk 2007, pag. 166.

19 — In tal senso anche Koppensteiner, H.-G., «Grundfragen des UWG im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken», in *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2006, quaderno 12, pag. 558, ad avviso del quale sarebbe errato negare qualsiasi rilevanza alla direttiva 2005/29 in materia di rapporti tra imprese. L'Autore fonda tale tesi sul sesto e sull'ottavo «considerando», da cui risulta che sono indirettamente tutelati gli interessi economici dei concorrenti che agiscono legittimamente, nonché sull'art. 11, n. 1, della direttiva, in base al quale gli Stati membri, nel caso di condotte incompatibili con la direttiva, sono obbligati a riconoscere la legittimazione ad agire anche ai concorrenti. Dello stesso Autore, v. «Das UWG nach der Novelle 2007», in *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, Tubinga 2009, pag. 86, nota 8, ove si rileva che anche i concorrenti sono tutelati indirettamente con la direttiva 2005/29.

20 — V. paragrafi 35 e 64 delle mie conclusioni presentate il 3 settembre 2009 nella causa C-304/08, Plus.

ravvicina le legislazioni degli Stati membri sulle pratiche commerciali sleali che ledono *direttamente* gli interessi economici dei consumatori e, quindi, *indirettamente* gli interessi economici dei concorrenti legittimi. La direttiva tiene in tal modo conto del fatto che gli interessi dei consumatori e quelli dei concorrenti non sempre sono agevolmente distinguibili, dal momento che molto spesso si sovrappongono [21]. Una pluralità di pratiche commerciali imprenditoriali produce effetti sia sugli interessi dei consumatori che su quelli dei concorrenti. Consapevole di tale stretto legame, il legislatore comunitario ha scelto di tener conto degli interessi di tutela dei consumatori attraverso una normativa in realtà concernente la politica della concorrenza, come quella contenuta nella direttiva 2005/29 [22]. Tra l'impostazione di politica della concorrenza della direttiva, rivolta alle condizioni di funzionamento del mercato interno, e l'impostazione normativa, rivolta a tutelare gli interessi tipici del consumatore europeo, non sussiste alcuna contraddizione metodologica [23]. Così, ad esempio, il riconoscimento,

21 — Marsland, V., «Unfair Commercial Practices: Stamping out Misleading Packaging», in The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 — New rules and new techniques, Norfolk 2007, pag. 194, rileva esattamente che la direttiva 2005/29, pur essendo rivolta a tutelare i consumatori, riconosce il dato di fatto che gli interessi dei consumatori e dei concorrenti coincidono in relazione alle pratiche commerciali sleali, e che risiede nel comune interesse di consumatori e concorrenti che tutti i professionisti si attengano alle regole. Büllesbach, E., Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, Monaco 2008, pag. 16, rileva che una pluralità di pratiche commerciali imprenditoriali produce effetti sia sugli interessi dei consumatori che su quelli dei concorrenti. Per pervenire a risultati adeguati in sede di valutazione della conformità di una pratica commerciale alla legislazione in materia di lealtà, occorrerebbe pertanto adottare un punto di vista pluridimensionale che tenga conto unitariamente degli interessi di tutti i soggetti coinvolti. Che la tutela dei concorrenti e quella dei consumatori rappresentino nella maggior parte delle ipotesi «due facce della stessa medaglia» risulta, ad esempio, nel caso della pubblicità ingannevole, la quale lede non solo gli interessi economici del consumatore, ma anche quelli dei concorrenti, pregiudicando le loro opportunità commerciali. Lo stesso vale per la pubblicità denigratoria che, da un lato, danneggia il soggetto ingiustamente criticato e, dall'altro, falsa la base di giudizio del consumatore male informato. Bargelli, E., «L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: La nozione di pratica commerciale», in Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, Torino 2007, pag. 80, segnala le difficoltà di delimitazione degli interessi dei consumatori da quelli dei concorrenti. Secondo Schuhmacher, W., «The Unfair Commercial Practices Directive», in Law Against Unfair Competition — Towards a New Paradigm in Europe (a cura di Reto M. Hilty/Frauke Henning Bodewig), Berlino/Heidelberg 2007, pag. 132, la direttiva 2005/29 dimostra univocamente che nel diritto in materia di concorrenza vi sono ipotesi in cui la tutela dei concorrenti non può essere tenuta distinta da quella dei consumatori.

22 — Gamerith, H., «Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: bisherige rechtspolitische Überlegungen zu einer Neugestaltung des österreichischen UWG», in *Lauterkeitsrecht im Umbruch*, 2005, pag. 157, sostiene addirittura la tesi che la direttiva 2005/29 nel suo ambito normativo in realtà non separa gli interessi dei consumatori da quelli dei concorrenti, ma contiene un «sistema imperfetto B2B + B2C», il che deporrebbe a favore della trasposizione della direttiva nell'UWG austriaco.

23 — In tal senso anche Kessler, J., «Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung — Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich», in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2007, quaderno 7, pag. 716. V. anche Falce, V./Ghidini, G., «The new regime on unfair commercial practices at the intersection of consumer protection», in *Competition law and unfair competition, Antitrust between EC law and national law*, 2009, pag. 374, secondo i quali con la direttiva 2005/29 il legislatore comunitario muove dal presupposto che solo una libera concorrenza nel mercato interno potrebbe garantire la libertà di scelta del consumatore.

previsto dall'art. 11, n. 1, della direttiva, della legittimazione ad agire che consente ai concorrenti danneggiati di agire in giudizio in via inibitoria contro i concorrenti che mettono in atto pratiche commerciali sleali, può senz'altro contribuire alla tutela dei consumatori [24].

46. Ciò nondimeno, la direttiva, al fine di meglio delimitare il proprio ambito di applicazione, distingue chiaramente le pratiche commerciali che ledono sia i consumatori che i concorrenti da quelle che possono ledere gli interessi soltanto di uno dei due suddetti gruppi di persone. Ed infatti l'ottavo «considerando» ricorda che resta inteso che possono esistere altre pratiche commerciali che, per quanto non lesive per i consumatori, possono danneggiare i concorrenti e i clienti professionisti.

47. Questa seconda serie di ipotesi, come ha stabilito la Corte nella sentenza 14 gennaio 2010 di cui alla causa Plus, non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva [25], in quanto, ai sensi del sesto «considerando», essa non riguarda e lascia impregiudicate le legislazioni nazionali sulle pratiche commerciali sleali che ledono *unicamente* gli interessi economici dei concorrenti o che sono connesse ad un'operazione tra professionisti. Sul piano semantico, come risulta anche da un confronto di alcune versioni linguistiche della direttiva 2005/29 [26], la parola «unicamente» esprime tipicamente il significato di

24 — Così anche Gamerith, H., op. cit. alla nota 22, pag. 157, ad avviso del quale la possibilità dei concorrenti danneggiati di agire in giudizio in via inibitoria contro i loro concorrenti che mettono in atto pratiche commerciali sleali rafforza la tutela dei consumatori dal momento che vengono in rilievo divieti rivolti contro qualsiasi illecito condizionamento della libertà di scelta del consumatore esercitato attraverso inganni, raggiri, allettamenti, molestie, ecc.

25 — V. sentenza Plus (cit. supra alla nota 5, punto 39). V. Micklitz, H.-W., «Full Harmonization of Unfair Commercial Practices Under Directive 2005/29», in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2009, quaderno 4, pag. 373, secondo il quale la direttiva 2005/29 è applicabile ai rapporti B2B qualora ricorrano due presupposti: la pratica commerciale in questione coinvolge direttamente gli interessi dei consumatori, e indirettamente gli interessi dei concorrenti. L'Autore teme che tale delimitazione dell'ambito di applicazione della direttiva possa dare adito a nuove strategie difensive. Le imprese potrebbero ad esempio essere tentate di affermare che le loro pratiche commerciali riguardano unicamente i rapporti B2B.

26 — Tedesco: «lediglich»; danese: «udelukkende»; inglese: «only»; francese: «uniquement»; italiano: «unicamente»; olandese: «alleen»; portoghese: «apenas»; sloveno: «samo»; spagnolo: «sólo».

esclusione. Di conseguenza, il sesto «considerando» prevede altresì che ove lo desiderino gli Stati membri, tenuto pienamente conto del principio di sussidiarietà, continueranno a poter disciplinare tali pratiche, conformemente alla normativa comunitaria.

b) Lo scopo di tutela del divieto di cui all'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG

i) Sulla diversa rilevanza dei singoli beni protetti

48. Occorre, pertanto, chiedersi se il controverso divieto di offerte congiunte di cui all'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG costituisca una legislazione nazionale che intende vietare una pratica commerciale lesiva *unicamente* degli interessi economici dei concorrenti. Il giudice del rinvio [27] e il governo austriaco [28] rilevano a tal proposito che il controverso divieto di offerte congiunte di cui all'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG ha un obiettivo normativo ulteriore, che va al di là della tutela dei consumatori, perseguita dalla direttiva.

49. Il divieto sarebbe, infatti, rivolto, oltre che alla tutela dei consumatori, tanto al mantenimento delle condizioni di funzionamento della concorrenza, quanto alla tutela della pluralità dei mezzi di informazione. Impedendo la reciproca rincorsa tra concorrenti a chi offre più prestazioni accessorie, si vorrebbero tutelare soprattutto quei concorrenti che, a causa dei loro limitati mezzi economici, non sono in grado di promuovere la vendita dei loro prodotti attraverso premi omaggio. Tale tutela sarebbe giustificata in considerazione dell'importanza dei mezzi di informazione in una società democratica quale fattore per la formazione delle opinioni. Questo argomento era già stato sostenuto dal governo austriaco nella causa C-368/95, Familiapress [29], concernente la compatibilità di tale divieto con la libertà di circolazione delle merci, senza che la Corte ne contestasse la natura di legittima finalità normativa, idonea a giustificare in via di principio una limitazione di tale libertà fondamentale.

50. Occorre, tuttavia, segnalare che vi sono divergenze in ordine alla valutazione della rilevanza dei singoli beni protetti dall'UWG.

27 — V. pagg. 10-12 dell'ordinanza di rinvio.
28 — V. pagg. 4 e 5 della memoria del governo austriaco.
29 — Sentenza 26 giugno 1997, causa C-368/95, Familiapress (Racc. pag. I-3689).

51. Secondo il giudice del rinvio l'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG, stando alla presumibile valutazione del legislatore austriaco, non è rivolto in maniera prevalente alla tutela dei consumatori, bensì «in misura perlomeno uguale» anche alla tutela dei concorrenti e al mantenimento delle condizioni di funzionamento dei rapporti di mercato [30]. Ciò viene, tuttavia, espressamente contestato dal governo austriaco che, dal suo canto, sostiene che il divieto di offerte congiunte è «prioritariamente» rivolto a tutelare le condizioni di funzionamento della concorrenza nel settore dei mezzi di informazione [31] senza, però, fornire alcun convincente argomento a sostegno di tale tesi, tanto più che nelle proprie osservazioni relative all'abbinamento, di cui si discute nel caso principale, di una rivista con un gioco a premi, esso sottolinea ripetutamente il pericolo di un indebito condizionamento delle decisioni del consumatore mediante lo sfruttamento del suo desiderio di giocare [32]. A mio avviso non si può seriamente dubitare che la preoccupazione a tal proposito espressa dal governo austriaco si colloca principalmente sul piano della normativa a tutela dei consumatori.

52. In merito a queste differenti opinioni sull'interpretazione della normativa nazionale, occorre rilevare quanto segue.

53. Per un verso, occorre rammentare che il procedimento di cui all'art. 234 CE si basa su una collaborazione tra la Corte e i giudici nazionali, tale per cui non spetta alla Corte pronunciarsi sull'interpretazione delle disposizioni nazionali né giudicare se l'interpretazione di esse fornita dal giudice del rinvio è corretta [33]. La Corte è, invece, tenuta, sul piano processuale, in via di principio a prendere in considerazione, nell'ambito della ripartizione delle competenze tra i giudici comunitari e i giudici nazionali, il contesto fattuale e normativo nel quale si inseriscono le questioni pregiudiziali, come definito dal provvedimento di rinvio [34].

54. Per altro verso, questa divergenza di valutazioni sul piano del diritto sostanziale risulta, a ben guardare, irrilevante, dal momento che in ogni caso non è controverso che la disposizione di cui all'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG, non è intesa a vietare pratiche commerciali sleali che, ai sensi del sesto «considerando» della direttiva, ledono *unicamente* gli interessi economici dei concorrenti o che sono connesse ad un'operazione tra professionisti. Vi è, invece, unanimità nel ritenere che l'art. 9 bis, n. 1, primo comma,

30 — V. pagg. 10-12 dell'ordinanza di rinvio.

31 — V. punto 11, a pag. 4, della memoria del governo austriaco.

32 — Per tale profilo sussiste un'analogia con gli argomenti dedotti dal governo tedesco nella causa C-304/08, Plus, in cui era controversa la compatibilità di una normativa nazionale (l'art. 4, n. 6, dell'UWG tedesco), la quale vietava offerte congiunte correlate a concorsi o giochi a premi. Alla base di tale divieto vi erano principalmente considerazioni inerenti alla tutela dei consumatori. Sugli argomenti dedotti dal governo tedesco nella causa Plus, v. mie conclusioni presentate il 3 settembre 2009 in detta causa, in particolare paragrafi 93 e 107.

33 — V. in tal senso sentenze 3 ottobre 2000, causa C-58/98, Corsten (Racc. pag. I-7919, punto 24), e 29 aprile 2004, cause riunite C-482/01 e C-493/01, Orfanopoulos e Oliveri (Racc. pag. I-5257, punto 42).

34 — V. sentenze 25 ottobre 2001, causa C-475/99, Ambulanz Glöckner (Racc. pag. I-8089, punto 10); 13 novembre 2003, causa C-153/02, Neri (Racc. pag. I-3555, punti 34 e 35); Orfanopoulos e Oliveri, cit. supra alla nota 33 (punto 42), nonché sentenza 21 aprile 2005, causa C-267/03, Lindberg (Racc. pag. I-3247, punti 41 e 42).

UWG, se si ha riguardo alla sua finalità, vieta pratiche commerciali sleali che producono sempre effetti sul settore B2C. La disposizione di cui all'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG rientra, pertanto, in ogni caso nell'ambito normativo della direttiva 2005/29, senza che a tal fine rilevi che tale divieto di offerte congiunte sia rivolto prioritariamente alla tutela di un determinato bene giuridico, sia esso la tutela degli interessi dei consumatori, degli interessi dei concorrenti o dell'interesse della collettività alla salvaguardia della pluralità dei mezzi di informazione. Ciò considerato, ai fini del presente procedimento pregiudiziale, sul piano giuridico non occorre verificare se, ed eventualmente in quale misura, la controversa normativa nazionale sia rivolta anche alla salvaguardia della pluralità dei mezzi di informazione, come sostenuto dal governo austriaco.

ii) Analisi delle disposizioni e della giurisprudenza austriache pertinenti

55. Considerata la necessità di fornire una soluzione utile alle questioni pregiudiziali sollevate dal giudice del rinvio [35], e nel rispetto, altresì, dell'obbligo posto dall'art. 222 CE a carico degli avvocati generali di presentare, con assoluta imparzialità e in piena indipendenza, conclusioni motivate [36], in via prudenziale segnalo che dall'analisi delle disposizioni rilevanti, compresi i lavori preparatori dell'UWG, risulta che per il legislatore austriaco la tutela dei consumatori deve aver costituito un obiettivo perlomeno altrettanto importante della tutela dei concorrenti. Dalle annotazioni sul progetto governativo della UWG-Novelle 2007 [37] risulta, infatti, che l'UWG in sostanza disciplina il settore B2B non diversamente dal settore B2C, in quanto,

35 — Nella sentenza 12 luglio 1979, causa 244/78, Union Laitière Normande (Racc. pag. 2663, punto 5), la Corte ha precisato che, sebbene l'art. 234 CE non le consenta di valutare le ragioni della domanda di pronuncia pregiudiziale, tuttavia la necessità di pervenire ad un'interpretazione utile del diritto comunitario può esigere che si definisca il contesto giuridico nel quale deve collocarsi l'interpretazione richiesta. Secondo Lenaerts, K./Arts, A./Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, II ed., pag. 188, punto 6-021, nulla impedisce alla Corte di basarsi sulla propria comprensione dei fatti del procedimento principale e di alcuni aspetti della normativa nazionale per pervenire ad un'interpretazione utile delle disposizioni e dei principi di diritto comunitario applicabili.

36 — Secondo l'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, «La función del Abogado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», in *Problèmes d'interprétation*, Bruxelles 2004, pagg. 334 e segg., le conclusioni devono servire ai giudici quale base per le loro valutazioni. Esse devono, di regola, fornire una soluzione a tutte le questioni giuridiche sollevate durante un procedimento, tenendo ampiamente conto della precedente giurisprudenza della Corte. L'avvocato generale sottolinea altresì la crescente importanza della dottrina in sede di esame di dette questioni.

37 — Nelle «Erläuterungen zur Regierungsvorlage für ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 — UWG geändert wird (UWG-Novelle 2007) [(Annotazioni sul progetto governativo di una legge federale di modifica della legge federale 1984 contro la concorrenza sleale — UWG (UWG-Novelle 2007)]», pubblicate nella rivista *Recht und Wettbewerb*, 53° anno, n. 170, dicembre 2007, pag. 13, si afferma quanto segue: «Il progetto, al pari dell'UWG vigente, in sostanza disciplina il settore B2B non diversamente dal settore B2C, in quanto la tutela dei concorrenti e la tutela dei consumatori non sono separabili».

dal punto di vista del legislatore austriaco, la tutela dei concorrenti e la tutela dei consumatori «non sono separabili».

56. Ciò è conforme alla prevalente opinione della dottrina giuridica che non da ultimo, proprio per tal motivo, vede in pari misura tutelati nell'UWG, accanto agli interessi dei concorrenti e della collettività, gli interessi dei consumatori, e che pertanto parla di una «triade di scopi di tutela» [38]. Ciò vale anche per la disposizione al centro della presente causa, l'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG, il cui carattere protettivo dei consumatori non è contestato dalla dottrina giuridica [39].

57. Occorre inoltre rilevare che, anche in base alla giurisprudenza dell'Oberster Gerichtshof [40] — che in parte richiama le opinioni sostenute in dottrina —, lo scopo del divieto di premi di cui all'art. 9 bis, n. 1, UWG viene principalmente individuato nella tutela dei

38 — Secondo Prunbauer, M., «Kommentar zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarkt-internen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern — ein missglückter Ansatz der Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU», in *Recht und Wettbewerb*, 49° anno, n. 161, settembre 2003, pag. 3, in via di principio l'UWG riguarda i comportamenti concorrenziali non soltanto nei loro profili inerenti ai consumatori, ma, in pari misura, anche in quelli inerenti ai concorrenti e alla collettività. Sarebbe impossibile considerare o valutare una misura pubblicitaria solo dal punto di vista dei consumatori. La tutela dei concorrenti e degli interessi collettivi ad un'effettiva concorrenza fondata sui meriti serve, almeno indirettamente, anche a tutelare i consumatori, perché in tal modo viene assicurata, anche nell'interesse dei consumatori, la capacità di funzionamento della concorrenza. Ne consegue, secondo la citata Autrice, che una condotta concorrenziale non può essere ragionevolmente suddivisa — né nella realtà della vita economica, né sul piano dottrinale — in una «parte inerente alla concorrenza rispetto ai consumatori», e in una «parte inerente alla concorrenza tra imprese». Secondo Wiebe, A., «Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform», in *Juristische Blätter*, 129° anno, quaderno 2, febbraio 2007, pag. 71, per l'Austria e la Germania è da tempo pacifico che l'UWG è rivolto a tutelare i concorrenti, i consumatori e gli interessi collettivi, come esplicitamente stabilito all'art.1 del nuovo UWG tedesco. L'intimo intreccio di tali obiettivi di tutela renderebbe, per sua natura, impossibile una divisione delle norme giuridiche tra operazioni commerciali B2B e operazioni commerciali B2C. Analogamente, anche Büllesbach, E., op. cit. alla nota 21, pag. 15, sottolinea la triade di scopi di tutela (consumatori, concorrenti, collettività) che sta alla base delle normative tedesca e austriaca in materia di concorrenza sleale. Lettner, H., «Die Umsetzung der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken — Eine Bilanz des UWG-Neu in Österreich und Deutschland», in *European Law Reporter*, 2009, n. 9, pag. 313, rileva parimenti che l'UWG austriaco mira complessivamente alla tutela degli interessi degli imprenditori, degli interessi della collettività e degli interessi dei consumatori.

39 — Così Duursma-Kepplinger, D., op. cit. alla nota 11, art. 16, punto 24, pag. 808, segnala che l'art. 9 bis UWG è rivolto anche a tutelare i consumatori. Lo scopo della limitazione legislativa dei premi consisterebbe, tra l'altro, nel tutelare gli acquirenti da una pubblicità mediante omaggi scorretta ed ingannevole, nonché nell'evitare una reciproca rincorsa tra concorrenti a chi offre (più) prestazioni accessorie (ivi, art. 9 bis, punto 2, pag. 276). Secondo la citata Autrice la vera finalità dell'UWG consiste nel fornire una tutela generalpreventiva all'interesse generale dei consumatori alla trasparenza della concorrenza contro pratiche sleali (ivi, art. 16, punto 26, pag. 810). Horak, M., «Naht das Ende des Zugabenverbots?», in *Ecolex*, 2008, pag. 1138, individua l'obiettivo del divieto di premi di cui all'art. 9 bis UWG principalmente nella tutela dei consumatori. A tal proposito l'Autore rinvia alla sentenza dell'Oberster Gerichtshof cit. alla nota 40 delle presenti conclusioni. V. anche Kucsko, G., «Zur rechtspolitischen Begründung des Zugabenverbots», in *Ecolex*, 1992, pag. 709, che ricostruisce l'origine storica del divieto di premi in Austria dall'inizio del XX secolo. L'Autore sostiene che lo scopo primario del «divieto di premi» austriaco consiste, fin dalla sua origine, nell'evitare che la decisione di acquisto dei consumatori sia falsata attraverso i premi, nonché nell'evitare che attraverso i premi il vero prezzo della merce principale sia dissimulato ed il cliente sia in tal modo ingannato. Tale divieto intende inoltre impedire una reciproca rincorsa tra imprenditori a chi offre di più.

40 — V. sentenza dell'Oberster Gerichtshof 9 marzo 1999, Fini's Feinstes (numero di ruolo 4 Ob 28/99t). Ivi si afferma che «lo scopo del divieto di premi risiede principalmente nella tutela dei consumatori: il giudizio dei consumatori — ad esempio quando viene offerta la possibilità di partecipare ad un gioco a premi — non deve essere offuscato dal desiderio di giocare e dalla smania di vincere. La decisione di acquisto deve essere presa tenendo conto della qualità e della convenienza di una merce e sulla base di un corretto confronto tra merci, e non più o meno inavvedutamente per vincere il premio esposto come esca».

consumatori. In base a tale giurisprudenza il giudizio dei consumatori — ad esempio, di fronte all'offerta della possibilità di partecipare ad un gioco a premi — non deve essere offuscato dal desiderio di giocare e dalla smania di vincere.

58. Pertanto, anche dall'analisi delle disposizioni e della giurisprudenza austriache pertinenti risulta che il divieto di premi di cui all'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG è rivolto, perlomeno in pari misura, a tutelare i consumatori.

c) Conclusione

59. Sulla base delle considerazioni sopra svolte si può concludere nel senso che la disposizione nazionale contenuta nell'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 2005/29. Essa deve, quindi, essere valutata alla luce delle disposizioni della direttiva stessa [41].

3. Analisi della struttura delle due normative

a) Le disposizioni della direttiva 2005/29

60. Per poter accertare se la direttiva 2005/29 osti ad una disposizione nazionale come l'art. 9 bis, n. 1, UWG, è necessario procedere

41 — V. Horak, M., «Zugabenverbot gemeinschaftsrechtswidrig?», in *Ecolex*, 2009/123, pag. 341, secondo il quale con la prima questione pregiudiziale si chiede di accertare se un divieto assoluto di premi, rivolto a tutelare tanto i consumatori quanto gli imprenditori, sia conforme alla direttiva 2005/29. Secondo tale Autore un siffatto divieto assoluto è in contrasto con il diritto comunitario fin tanto che il suo ambito di applicazione non possa essere delimitato in modo netto, circoscrivendolo alle offerte che sono rivolte esclusivamente agli imprenditori e che non incidono sugli interessi dei consumatori. Tali presupposti non risulterebbero soddisfatti nel caso dell'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG. Secondo Lettner, H., op. cit. alla nota 35, n. 9, pag. 317, il fatto che il divieto di offerte congiunte di cui all'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG sia rivolto non solo alla tutela dei consumatori, ma anche ad altri scopi che non rientrano nell'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva, quali la salvaguardia della pluralità dei mezzi di informazione o la tutela dei concorrenti più deboli, non può giustificare il mantenimento di un divieto assoluto per il settore B2C in aggiunta alle liste nere. Entrambi gli Autori ritengono, pertanto, che la controversa disposizione nazionale rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 2005/29.

ad un'analisi delle due normative con riguardo ai loro obiettivi e alla loro struttura, e poi confrontarle.

i) Ravvicinamento completo e massimo delle disposizioni nazionali quale obiettivo della direttiva

61. Come esposto all'inizio [42], la direttiva 2005/29 persegue l'obiettivo di una completa armonizzazione delle disposizioni degli Stati membri nel settore delle pratiche commerciali sleali. La direttiva mira inoltre — diversamente da quanto finora avvenuto negli strumenti giuridici rivolti all'armonizzazione della normativa in materia di tutela dei consumatori in specifici settori — non tanto ad un'armonizzazione minima quanto al ravvicinamento massimo delle legislazioni nazionali, che impedisce agli Stati membri, a parte alcune eccezioni, di conservare o di introdurre disposizioni più restrittive, a prescindere dal fatto che con esse si intenda raggiungere un più elevato livello di tutela dei consumatori [43]. Quanto sopra risulta sia dal preambolo che dalle disposizioni generali della direttiva in esame.

62. Da un lato ciò si ricava dall'undicesimo «considerando» della direttiva, in base al quale il *ravvicinamento* delle disposizioni nazionali perseguito dalla direttiva è rivolto a realizzare un elevato livello comune di tutela dei consumatori. Dall'altro lato, il dodicesimo «considerando» sottolinea la necessità che i consumatori e gli imprenditori possano contare su un *unico quadro normativo* fondato su nozioni giuridiche chiaramente definite che disciplinano tutti gli aspetti inerenti alle pratiche commerciali sleali nell'Unione europea. Al metodo del *ravvicinamento normativo* fa inoltre riferimento anche l'art. 1 della direttiva, da cui risulta che tale ravvicinamento deve servire a migliorare la tutela dei consumatori e a perfezionare il mercato interno.

63. L'obiettivo di disciplinare in modo pieno e completo a livello comunitario il settore rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva viene chiaramente ribadito nelle affermazioni contenute al quattordicesimo e al quindicesimo «considerando», in cui si parla espressamente di un *ravvicinamento completo*. Ciò risulta, inoltre, anche dalla clausola del mercato interno di cui all'art. 4 della direttiva, in base alla quale gli Stati membri non possono limitare la libertà di prestazione dei servizi né la libera circolazione delle merci per ragioni afferenti al settore *armonizzato* dalla direttiva in parola.

42 — V. paragrafo 33 delle presenti conclusioni.

43 — V. sentenza VTB-VAB e Galatea (cit. supra alla nota 4, punto 52).

64. In deroga a tale clausola, l'art. 3, n. 5, della direttiva prevede che, per un periodo di sei anni a decorrere dal 12 giugno 2007, gli Stati membri possano continuare ad applicare disposizioni nazionali più dettagliate o vincolanti di quelle previste dalla direttiva nel settore da essa armonizzato. Tuttavia, tale deroga è limitata a quelle disposizioni nazionali che sono state emanate in attuazione di direttive contenenti clausole minime di armonizzazione [44]. Un'ulteriore deroga all'armonizzazione completa si trova, infine, all'art. 3, n. 9, in relazione ai servizi finanziari definiti alla direttiva 2002/65/CE e ai beni immobili.

ii) Struttura della direttiva 2005/29

65. Il fulcro della direttiva 2005/29 è costituito dalla clausola generale di cui all'art. 5, n. 1, che pone il divieto delle pratiche commerciali sleali. Che cosa debba intendersi in dettaglio per «sleale» è precisato all'art. 5, n. 2. In base a tale disposizione, una pratica commerciale è sleale se, da un lato, è contraria alle norme di «diligenza professionale» e, dall'altro, è idonea a «falsare in misura rilevante» il comportamento economico del consumatore. Ai sensi del n. 4 sono sleali, in particolare, le pratiche commerciali ingannevoli (artt. 6 e 7) o aggressive (artt. 8 e 9). Il n. 5 rinvia all'allegato I e alle pratiche commerciali ivi elencate, le quali «sono considerate in ogni caso sleali». Tale elenco si applica in modo uniforme in tutti gli Stati membri e può essere modificato solo mediante revisione della direttiva.

66. Da ciò consegue, ai fini dell'applicazione della normativa da parte degli organi giurisdizionali ed amministrativi nazionali, che occorre prima di tutto fare riferimento all'elenco dei trentuno casi di pratiche commerciali sleali, contenuto nell'allegato I. Se una pratica commerciale rientra in una di queste fattispecie, essa deve essere vietata, senza che si proceda ad ulteriori verifiche, ad esempio sui suoi effetti. Se il caso di specie non rientra in questo elenco di divieti, occorre verificare

44 — Tra le direttive che contengono clausole minime di armonizzazione, richiamate dall'art. 3, n. 5, della direttiva 2005/29, rientrano le seguenti direttive: direttiva del Consiglio 20 dicembre 1985, 85/577/CEE, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali (GU L 372, pag. 31); direttiva del Consiglio 13 giugno 1990, 90/314/CEE, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso» (GU L 158, pag. 59); direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 26 ottobre 1994, 94/47/CE, concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili (GU L 280, pag. 83); direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 20 maggio 1997, 97/7/CE, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza (GU L 144, pag. 19); direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 febbraio 1998, 98/6/CE, relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori (GU L 80, pag. 27), nonché direttiva del Consiglio 3 ottobre 1989, 89/552/CEE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive (GU L 298, pag. 23).

se sussiste una delle ipotesi esemplificative previste dalla clausola generale (pratiche commerciali ingannevoli o aggressive). Solo in caso contrario viene in rilievo direttamente la clausola generale di cui all'art. 5, n. 1, della direttiva 2005/29 [45].

b) Le disposizioni dell'UWG

67. Secondo costante giurisprudenza, ciascuno degli Stati membri destinatari di una direttiva ha l'obbligo di adottare, nell'ambito del proprio ordinamento giuridico, tutti i provvedimenti necessari a garantire la piena efficacia della direttiva, conformemente allo scopo che essa persegue [46]. Connesso a tale obbligo, vi è quello del legislatore nazionale di trasporre correttamente la direttiva interessata nel proprio diritto nazionale [47]. In base al suo tenore letterale, tuttavia, l'art. 249, terzo comma, CE fa salva la competenza degli organi degli Stati membri in merito alla forma e ai mezzi. Tale competenza spetta in particolare al legislatore nazionale.

68. Per tale motivo la giurisprudenza riconosce che la corretta trasposizione di una direttiva non esige necessariamente che le sue disposizioni siano riprese alla lettera in una norma di legge espressa e specifica [48]. Piuttosto è importante che il diritto nazionale emanato per trasporre la direttiva soddisfi i requisiti di precisione e certezza del diritto al fine di garantire che, in fase di applicazione del diritto nazionale da parte degli organi giurisdizionali e amministrativi di ogni Stato membro, sia realizzato il complessivo disegno avuto di mira dalla direttiva [49].

45 — Così pure lo schema di analisi proposto da De Cristofaro, G., «La direttiva 2005/29/CE — Contenuti, rationes, caratteristiche», in *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino 2007, pag. 12, e Henning-Bodewig, F., «Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken», in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2005, quaderno 8/9, pag. 631.

46 — V., tra le altre, sentenze 1° febbraio 1977, causa 51/76, Verbond van Nederlandse Ondernemingen (Racc. pag. 113, punto 22); 26 febbraio 1986, causa 152/84, Marshall (Racc. pag. 723, punto 48); 24 ottobre 1996, causa C-72/95, Kraaijeveld e a. (Racc. pag. I-5403, punto 55); 17 giugno 1999, causa C-336/97, Commissione/Italia (Racc. pag. I-3771, punto 19); 8 marzo 2001, causa C-97/00, Commissione/Francia (Racc. pag. I-2053, punto 9); 7 maggio 2002, causa C-478/99, Commissione/Svezia (Racc. pag. I-4147, punto 15), nonché sentenza 26 giugno 2003, causa C-233/00, Commissione/Francia (Racc. pag. I-6625, punto 75).

47 — La trasposizione della direttiva fa parte di un procedimento legislativo articolato su due livelli, all'interno del quale il secondo livello si colloca sul piano del diritto nazionale. Attraverso la materiale trasposizione sul piano del diritto nazionale trova concretizzazione la disciplina contenuta nella direttiva [in argomento, v. Vcelouch, P., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (a cura di Heinz Mayer), Vienna 2004, art. 249, paragrafi 48 e 50, pagg. 17 e 18].

48 — V. sentenze 28 febbraio 1991, causa C-131/88, Commissione/Germania (Racc. pag. I-825, punto 6); 20 marzo 1997, causa C-96/95, Commissione/Germania (Racc. pag. I-1653, punto 35); 15 novembre 2001, causa C-49/00, Commissione/Italia (Racc. pag. I-8575, punti 21 e 22), nonché sentenza 28 aprile 2005, causa C-410/03, Commissione/Italia (Racc. pag. I-3507, punto 60). Sul punto v. le corrette osservazioni di Seichter, D., «Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken», in *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, p. 1088, in relazione all'esigenza di trasporre la direttiva 2005/29 nel diritto tedesco.

49 — In tal senso Ruffert, M., in Calliess/Ruffert (a cura di), *Kommentar zu EUV/EGV*, III ed., 2007, art. 249, punto 49, pag. 2135. In base ad una costante giurisprudenza la trasposizione di una direttiva deve assicurare effettivamente la sua piena applicazione. V., tra le altre, sentenze 9 settembre 1999, causa C-217/97, Commissione/Germania (Racc. pag. I-5087, punto 31); 16 novembre 2000, causa C-214/98, Commissione/Grecia (Racc. pag. I-9601, punto 49), nonché sentenza 11 luglio 2002, causa C-62/00, Marks & Spencer (Racc. pag. I-6325, punto 26).

i) Esposizione della struttura del divieto di cui all'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG

69. In base a quanto riferito dal giudice del rinvio, l'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG vieta agli imprenditori di annunciare nei confronti dei consumatori premi omaggio abbinati a merci o servizi. Se la merce principale consiste in un periodico (giornale o rivista), allora il divieto si estende anche alla mera offerta e assegnazione di premi. In base alla giurisprudenza dell'Oberster Gerichtshof [50], per premio si intende, tra l'altro, la possibilità, collegata all'acquisto della merce principale, di partecipare ad un gioco a premi.

70. Come risulta dall'ordinanza di rinvio [51], tuttavia, tale disposizione viene interpretata restrittivamente dalla giurisprudenza, sicché non ogni premio gratuito è considerato illecito. L'applicazione dell'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG, esige infatti, secondo la costante giurisprudenza dell'Oberster Gerichtshof, che il comportamento contestato, nel caso concreto (a) sia stato obiettivamente idoneo a falsare la decisione del consumatore di acquistare la merce principale (o il servizio principale) [52], e che tale comportamento (b) abbia pertanto potuto determinare uno spostamento non irrilevante della domanda [53]. Per tal motivo, qualora non sussistano i suddetti requisiti di elaborazione giurisprudenziale, viene meno, in un certo senso, la stessa conformità del fatto concreto alla previsione normativa di cui al n. 1, per difetto di un «premio» illecito ai sensi di detta disposizione [54].

71. Al di là di questa interpretazione restrittiva fornita dalla giurisprudenza austriaca, occorre constatare che la disposizione controversa di cui all'art. 9 bis UWG poggia su un principio regola-eccezione, nel senso che l'abbinamento di due merci o servizi diversi a fini di promozione delle vendite è vietato ai sensi del n. 1, a meno che non si rientri in una delle deroghe di cui al n. 2. In altre parole, tale disposizione vieta l'abbinamento di due merci o servizi diversi a fini di promozione delle

50 — V. pag. 10 dell'ordinanza di rinvio.

51 — Il giudice del rinvio a pag. 8 dell'ordinanza di rinvio cita le sentenze dell'Oberster Gerichtshof 20 ottobre 1992, Welt des Wohnens (numero di ruolo 4 Ob 87/92); 30 gennaio 2008, ORF-Teletext (numero di ruolo 3 Ob 273/07d), nonché sentenza 14 febbraio 2008 (numero di ruolo 4 Ob 17/08s).

52 — Il giudice del rinvio a pag. 8 dell'ordinanza di rinvio richiama la sentenza Welt des Wohnens, cit. supra alla nota 51.

53 — Il giudice del rinvio a pag. 8 dell'ordinanza di rinvio cita la sentenza dell'Oberster Gerichtshof 14 dicembre 1999, Tipp des Tages III (numero di ruolo 4 Ob 290/99x).

54 — V. anche pag. 4 della memoria della ricorrente del procedimento principale.

vendite, ed è pertanto da intendere come un divieto di principio di offerte congiunte, il quale, tuttavia, in determinati casi ammette eccezioni [55].

a) Tenore letterale della normativa nazionale

i) Inversione della sistematica normativa

4. Conformità della normativa controversa alla direttiva 2005/29

72. Occorre ora verificare la conformità della normativa controversa alla direttiva 2005/29, partendo da un'analisi della struttura della normativa nazionale. Nel caso in cui si dovesse constatare che il diritto nazionale, nel suo tenore letterale, non è conforme alla direttiva, occorrerebbe altresì verificare se tale normativa possa comunque essere ritenuta conforme alla direttiva prendendo in considerazione la suddetta interpretazione restrittiva fornita dall'Oberster Gerichtshof.

73. In merito alla conformità della normativa controversa alla direttiva 2005/29, occorre rilevare che il controverso divieto di offerte congiunte di cui all'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG costituisce una norma speciale all'interno dell'UWG che prima di tutto non trova alcuna corrispondenza nella direttiva 2005/29. L'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG pone un divieto di principio di offerte congiunte, non previsto, invece, dalla direttiva.

74. Tale normativa nazionale, inoltre, poiché si basa sul principio regola-eccezione, presenta una struttura normativa diversa rispetto alla direttiva 2005/29. È proprio questa inversione della sistematica normativa a sollevare dubbi in ordine alla conformità alla suddetta direttiva, tenendo presente che non rileva tanto la struttura formale della normativa stessa — al legislatore nazionale spetta pur sempre un certo margine di discrezionalità in sede di trasposizione delle direttive — quanto il precetto normativo espresso da questa disposizione nazionale. Il suo contenuto non corrisponde a quello della direttiva

55 — V. Horak, M. (op. cit. alla nota 39), pag. 1137, il quale paragona la disposizione di cui all'art. 9 bis UWG ai cosiddetti «divieti assoluti». Secondo tale Autore, attraverso i divieti assoluti si vietano in via di principio determinate pratiche commerciali astrattamente descritte, senza che alcun giudice possa verificarne nel singolo caso gli effetti su consumatori o concorrenti. Per compensare adeguatamente le esigenze della prassi, tali divieti il più delle volte sono affiancati da un catalogo di deroghe. Secondo il citato Autore, l'art. 9 bis UWG — prevedendo al n. 1 un divieto di principio di premi, e al n. 2 un catalogo di deroghe — segue tale sistema. Ad avviso di Heidinger, R., op. cit. alla nota 17, pag. 45, la disposizione di cui all'art. 9 bis UWG è concepita come un divieto assoluto attraverso il quale vengono vietate determinate pratiche commerciali senza che se ne accertino nel singolo caso gli effetti sui consumatori.

2005/29. Come, infatti, ho già esposto nelle mie conclusioni nelle cause riunite C-261/07 (VTB-VAB) e C-299/07 (Galatea), la direttiva 2005/29 segue un'impostazione che favorisce la libertà imprenditoriale del professionista e che corrisponde sostanzialmente all'idea secondo cui *in dubio pro libertate* [56]. Pertanto, a differenza della disposizione di cui all'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG, la direttiva presume la lealtà delle pratiche commerciali, a meno che non sussistano i presupposti, ivi specificamente previsti, per vietarle [57].

75. Questa impostazione liberale rispecchia uno specifico orientamento di politica legislativa rivolto ad assicurare la realizzazione dell'obiettivo del legislatore comunitario, previsto nel quarto e nel quinto «considerando» nonché nell'art. 1 della direttiva, di rimuovere, attraverso norme uniformi a livello comunitario, gli ostacoli alla circolazione transfrontaliera di servizi e di merci o alla libertà di stabilimento, che risultano dalla molteplicità delle norme nazionali in materia di pratiche commerciali sleali, e ciò nella misura necessaria ad un corretto funzionamento del mercato interno e al raggiungimento di un livello elevato di tutela dei consumatori [58].

ii) Insufficienza delle disposizioni derogatorie di cui all'art. 9 bis, n. 2, UWG

76. D'altro canto, deroghe ai divieti di principio, come quelle previste nell'art. 9 bis, n. 2, UWG, non sono idonee a ricomprendere tutti i casi in cui, in base alle disposizioni della direttiva 2005/29, deve ravvisarsi una pratica commerciale lecita, dal momento che tali deroghe non consentono una valutazione del singolo caso da parte delle competenti autorità nazionali giudiziarie ed

56 — V. le mie conclusioni nelle cause VTB-VAB e Galatea (cit. supra alla nota 15, paragrafo 81). Esattamente nello stesso senso, Micklitz, H.-W. (op. cit. alla nota 25), pag. 374.

57 — In considerazione di ciò Abbamonte, G., «The unfair commercial practices Directive and its general prohibition», in *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 — New rules and new techniques*, Norfolk 2007, pag. 15, ritiene che la direttiva segua un'impostazione liberale, in virtù della quale tutto quello che non è espressamente vietato è lecito. De Cristofaro, G., op. cit. alla nota 42, pag. 11, correttamente sottolinea che la direttiva segue un approccio puntuale, in quanto stabilisce i criteri in base ai quali valutare se una pratica commerciale è sleale, ma si astiene del tutto dal descrivere le caratteristiche di una pratica commerciale leale.

58 — V. Bakardjieva Engelbrekt, A., «An End to Fragmentation? The Unfair Commercial Practices Directive from the Perspective of the New Member States from Central and Eastern Europe», in *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 — New rules and new techniques*, Norfolk 2007, pagg. 47 e segg., la quale sottolinea l'effetto di armonizzazione esplicato dalla direttiva 2005/29, il cui obiettivo consiste nel superare le consistenti differenze esistenti fino alla sua entrata in vigore tra le normative degli Stati membri in materia di concorrenza sleale. Nello stesso senso anche Bargelli, E. (op. cit. alla nota 21), pag. 79. Weatherill, S., «Who is the "Average Consumer"», in *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 — New rules and new techniques*, Norfolk 2007, pag. 137, descrive l'impostazione della direttiva 2005/29 in termini di una deregolamentazione con contestuale regolamentazione: l'armonizzazione delle legislazioni nazionali deregolamenta il mercato, rimuovendo la varietà legislativa esistente tra gli Stati membri per far posto ad un sistema normativo uniforme. Secondo Falce, V./Ghidini, G. (op. cit. alla nota 23), pag. 372, la direttiva 2005/29 mira a ripristinare l'equilibrio tra la concorrenza in un mercato interno senza frontiere, da un lato, e la tutela dei consumatori, dall'altro.

amministrative [59]. In tal senso si è espressa anche la Corte nella sentenza VTB-VAB e Galatea [60].

77. Poiché le offerte congiunte non rientrano tra le pratiche commerciali, elencate nell'allegato I, che sono considerate in ogni caso sleali, in via di principio esse possono essere vietate solo se costituiscono pratiche commerciali sleali, ad esempio perché sono ingannevoli o aggressive in base alle definizioni della direttiva. A parte tale ipotesi, ai sensi della direttiva 2005/29 un divieto può intervenire solo qualora una pratica commerciale debba essere ritenuta sleale in quanto risulti contraria alle norme di diligenza professionale oppure in quanto falsi o sia idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio.

78. Se questo sia il caso delle offerte congiunte, non può essere stabilito in via generale, risultando, invece, a tal fine necessaria una valutazione della specifica pratica commerciale nel singolo caso. Ciò risulta inequivocabilmente dal settimo «considerando» della direttiva, ai sensi del quale, in sede di applicazione della direttiva stessa, in particolare delle clausole generali, è opportuno tenere ampiamente conto delle circostanze del singolo caso in questione. La formula «in particolare» dimostra altresì che la valutazione caso per caso non si limita all'applicazione della clausola generale di cui all'art. 5, n. 1, ma si estende anche all'applicazione delle disposizioni che la specificano, contenute negli artt. 5-9 della direttiva. Anche il legislatore comunitario, come risulta dal diciassettesimo «considerando», ritiene necessaria, nell'ipotesi in cui una pratica commerciale non rientri tra le pratiche commerciali elencate nell'allegato I, una valutazione da effettuarsi caso per caso sulla scorta delle disposizioni degli artt. 5-9 della direttiva. Ciò si ricava da un ragionamento a contrario basato sulla terza frase del diciassettesimo «considerando», ove infatti si afferma che le pratiche commerciali elencate nell'allegato I sono le uniche pratiche commerciali che «si possono considerare sleali senza una valutazione caso per caso in deroga alle disposizioni degli articoli da 5 a 9».

iii) Conclusione parziale

79. La disposizione controversa, per come risulta dal tenore letterale della legge, non è conforme alla direttiva 2005/29.

59 — In tal senso anche Heidinger, R., op. cit. alla nota 17, pag. 46.
60 — Cit. supra alla nota 4 (punti 64 e 65).

b) Possibilità di un'interpretazione conforme alla direttiva

80. Come ho esposto nelle mie conclusioni nella causa Plus [61], per verificare se una disposizione del diritto nazionale sia in contrasto con il diritto comunitario non è determinante soltanto la lettera di tale disposizione, dovendo essere parimenti tenuta in considerazione l'interpretazione che i giudici nazionali ne forniscono [62]. La giurisprudenza di uno Stato membro, in quanto espressione dell'interpretazione vincolante della legge per tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico, risulta essere un parametro indefettibile ai fini della valutazione della conformità con il diritto comunitario della trasposizione e dell'interpretazione del diritto nazionale [63].

81. A favore della conformità con la direttiva potrebbe, pertanto, militare la circostanza che di regola l'Oberster Gerichtshof fornisce un'interpretazione restrittiva del divieto di principio di offerte congiunte. Non può escludersi che, attraverso un'interpretazione restrittiva da parte del giudice nazionale, un siffatto divieto venga a tal punto stemperato da essere alla fine riportato in linea con la direttiva. Occorre inoltre ricordare che un giudice nazionale, in base alla giurisprudenza della Corte, è tenuto ad interpretare il diritto nazionale — indipendentemente dal fatto che si tratti di disposizioni emanate prima o dopo la direttiva — alla luce della lettera e dello scopo della direttiva [64], al fine di conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi così all'art. 249, terzo comma, CE. Nel far ciò il giudice deve fornire una siffatta interpretazione sfruttando integralmente il margine di discrezionalità che il diritto nazionale gli concede, in conformità alle esigenze del diritto comunitario [65]. A ciò si collega anche la possibilità di una riduzione della disposizione nazionale in questione per renderla conforme alla direttiva o, addirittura, di un'evoluzione del diritto in via giurisprudenziale,

61 — Cit. supra alla nota 20 (paragrafo 82).

62 — Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., op. cit. alla nota 35, punto 5-056, pag. 162, osservano che la portata di leggi, regolamenti o disposizioni amministrative nazionali deve essere valutata alla luce dell'interpretazione di tali atti operata dai giudici nazionali. L'interpretazione conforme al diritto comunitario del diritto nazionale ha costituito oggetto di una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesgerichtshof tedesco nella causa C-42/95, Siemens/Nold (sentenza 19 novembre 1996, Racc. pag. I-6017), nonché dall'Hof van beroep te Gent belga nella causa C-205/07, Gysbrechts (sentenza 16 dicembre 2008, Racc. pag. I-9947).

63 — V. in proposito le mie conclusioni presentate il 4 settembre 2008 nella causa C-338/06, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-10139, paragrafo 89).

64 — Sentenze 10 aprile 1984, causa 14/83, von Colson e Kamann/Nordrhein-Westfalen (Racc. pag. 1891, punto 26); 10 aprile 1984, causa 79/83, Harz/Deutsche Tradax (Racc. pag. 1921, punto 26); 15 maggio 1986, causa 222/84, Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (Racc. pag. 1651, punto 53); 8 ottobre 1987, causa 80/86, Kolpinghuis Nijmegen (Racc. pag. 3969, punto 12); 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes (Racc. pag. 4635, punto 39); 14 luglio 1994, causa C-91/92, Faccini Dori (Racc. pag. I-3325, punto 24); 25 febbraio 1999, causa C-131/97, Carbonari (Racc. pag. I-1103, punto 48); 15 giugno 2000, causa 365/98, Brinkmann Tabakfabriken (Racc. pag. I-4619, punto 40); 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, Océano Grupo Editorial e Salvat Editores (Racc. pag. I-4941, punto 30); 13 luglio 2000, causa C-456/98, Centrosteel (Racc. pag. I-6007, punto 16), nonché sentenza 3 ottobre 2000, causa C-371/97, Gozza (Racc. pag. I-7881, punto 37). In senso analogo, sentenze 13 novembre 1990, causa C-106/89, Marleasing (Racc. pag. I-4135, punto 8); 15 maggio 2003, causa C-160/01, Mau (Racc. pag. I-4791, punto 36); 22 maggio 2003, causa C-462/99, Connect Austria (Racc. pag. I-5197, punto 38); 23 ottobre 2003, causa C-408/01, Adidas-Salomon e Adidas Benelux (Racc. pag. I-12537, punto 21), nonché sentenza 9 marzo 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer (Racc. pag. I-8835, punto 113). Sul punto, v. Schweitzer, M./Hummer, W./Obwexer, W., *Europarecht*, Vienna 2007, pagg. 82 e segg.

65 — Sentenze Von Colson e Kamann/Nordrhein-Westfalen (cit. supra alla nota 64, punto 28) e Harz/Deutsche Tradax (cit. supra alla nota 64, punto 28).

sempre che i giudici nazionali siano a ciò autorizzati [66].

— Art. 5, nn. 4 e 5, della direttiva 2005/29

82. L'interpretazione restrittiva fornita dall'Oberster Gerichtshof dovrebbe, tuttavia, condurre ad un'ampia concordanza del precetto normativo espresso dall'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG, con quello espresso dalle disposizioni della direttiva.

L'elenco delle pratiche commerciali sleali contenuto nell'allegato I della direttiva

i) Esame alla luce delle disposizioni della direttiva

84. Occorre prima di tutto constatare che la pratica commerciale vietata dall'art. 9 bis, n. 1, UWG non corrisponde a nessuna delle ipotesi di pratiche commerciali sleali elencate nell'allegato I della direttiva. Non è pertinente, in particolare, l'ipotesi riportata al punto 16 concernente la pubblicità con cui si afferma che determinati prodotti possono facilitare la vincita in giochi d'azzardo. Tale ipotesi riguarda una particolare forma di pubblicità [67], ma non l'utilizzo delle offerte congiunte di per sé [68]. D'altra parte, la convenuta del procedimento principale non fa pubblicità affermando che il mero acquisto di una merce offre in quanto tale una possibilità di vincita. Essa offre solo l'opportunità di partecipare ad un gioco a premi al quale chiunque

83. Qui di seguito occorre verificare se il controverso divieto di offerte congiunte, così come restrittivamente interpretato dalla giurisprudenza austriaca, possa essere considerato conforme alla direttiva. A tal fine si deve utilizzare lo schema d'analisi illustrato al paragrafo 66 delle presenti conclusioni.

66 — Secondo Streinz, R., *Europarecht*, VIII ed., Heidelberg 2008, pag. 161, punto 456, l'obbligo di interpretazione conforme alle direttive trova il suo limite nelle possibilità di interpretazione del diritto nazionale. Se i giudici nazionali sono autorizzati altresì ad un'interpretazione evolutiva del diritto, all'occorrenza essi dovrebbero procedere anche ad una siffatta interpretazione per rendere il diritto nazionale conforme alle direttive.

67 — Sulla finalità normativa di tale divieto, v. Büllesbach, E. (op. cit. alla nota 21), pag. 114. Secondo tale Autore, quando un professionista afferma che un prodotto può facilitare la vincita in giochi d'azzardo, si manda il messaggio al consumatore che la vincita potrebbe essere influenzata in senso a lui favorevole dall'acquisto del prodotto. I giochi d'azzardo, tuttavia, si caratterizzano per il fatto che la vincita è determinata in modo significativo dal caso. A causa di questo elemento aleatorio, non è, in via di principio, pensabile che si possa influenzare l'esito del gioco. Si produce quindi un inganno sulla idoneità del prodotto a raggiungere lo scopo. Poiché tale affermazione del professionista fa indirettamente leva sul desiderio di gioco, sussiste una situazione di particolare pericolo per il consumatore, giacché la razionalità della sua scelta può essere pesantemente pregiudicata dalla speranza di una vincita più facile.

68 — V. paragrafo 85 delle mie conclusioni nella causa Plus, cit. supra alla nota 20.

potrebbe comunque accedere tramite Internet, senza promettere al compratore di facilitargli in tal modo la vincita. Il consumatore che desidera partecipare all'elezione del «calciatore dell'anno» non deve, pertanto, necessariamente comprare il giornale in questione, ma può scegliere tra diverse possibilità di partecipazione. Non gli viene suggerito, né risulta ad una valutazione oggettiva, che le sue possibilità di vincita, in caso di scelta di una modalità di partecipazione diversa dall'acquisto del giornale in questione, siano minori di quelle di altri partecipanti.

— Pratiche commerciali ingannevoli e aggressive ai sensi dell'art. 5, n. 4, della direttiva

85. Occorre domandarsi se la pratica commerciale vietata dall'art. 9 bis, n. 1, UWG, possa essere considerata ingannevole o aggressiva ai sensi dell'art. 5, n. 4, della direttiva. Tale tesi viene sostenuta dal governo austriaco, il quale, nella controversa disposizione, ravvisa anche un recepimento dell'art. 6, n. 1, lett. d), nonché degli artt. 8 e 9 della direttiva [69].

— Pratiche commerciali ingannevoli ai sensi degli artt. 6 e 7 della direttiva

86. Le pratiche commerciali ingannevoli si caratterizzano, come risulta dall'interpretazione degli artt. 6 e 7 della direttiva, soprattutto per l'elemento dell'inganno su elementi essenziali del prodotto. Tra gli elementi essenziali del prodotto figura, ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. d), della direttiva, anche il prezzo.

87. Nella sentenza Oosthoek's Uitgeversmaatschappij [70], richiamata dal governo austriaco nelle proprie osservazioni, la Corte, pronunciandosi sulla conformità con la libera circolazione delle merci di un divieto olandese di premi, ha statuito che «l'offerta di prodotti in omaggio come mezzo di promozione delle vendite può indurre in errore i consumatori sui prezzi reali dei prodotti in vendita e falsare le condizioni di una concorrenza basata sulla competitività». La Corte ne ha tratto la conclusione che «una normativa che, per questo motivo, limiti o addirittura vieti siffatte pratiche commerciali è quindi atta a contribuire alla tutela dei consumatori ed alla lealtà dei negozi commerciali».

88. Queste affermazioni, risalenti ad un periodo di molto precedente l'emanazione della direttiva 2005/29, non hanno perso la loro attualità, giacché esse, se si intendono correttamente i passaggi della sentenza sopra

69 — V. punto 55, pag. 21 della memoria del governo austriaco.

70 — Sentenza 15 dicembre 1982, causa 286/81, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij (Racc. pag. 4575, punto 18).

riportati, si riferiscono in realtà all'astratto pericolo che scaturisce da un abbinamento di offerte il quale, a determinate condizioni, non consenta di riconoscere adeguatamente il valore dei singoli prodotti. A ciò fa riferimento l'impiego del verbo «può» nella prima frase. La Corte ha quindi implicitamente riconosciuto la necessità di una valutazione caso per caso, come richiesto anche dal legislatore comunitario con la direttiva 2005/29.

89. Dalla citata sentenza risulta, inoltre, in modo univoco che la Corte si è pronunciata esclusivamente in merito alla conformità con la libera circolazione delle merci del controverso divieto olandese di premi, previa valutazione della specifica configurazione legislativa dello stesso. Non è pertanto possibile trasferire de plano le conclusioni della Corte al presente caso principale. È, quindi, priva di qualsiasi fondamento la tesi secondo cui ogni utilizzo di premi comporterebbe il pericolo di un inganno, qualunque sia la sua concreta configurazione.

90. Ne consegue che la disposizione controversa, nell'interpretazione restrittiva di essa fornita dalla giurisprudenza austriaca, non può essere ritenuta conforme all'art. 6, n. 1, lett. d), della direttiva.

Pratiche commerciali aggressive ai sensi dell'art. 8 della direttiva

91. Deve essere parimenti escluso un generale inquadramento delle offerte congiunte nella categoria delle pratiche commerciali aggressive, dal momento che a tal fine è richiesto, ai sensi dell'art. 8 della direttiva, un condizionamento della libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto mediante, tra l'altro, molestie, coercizione, o ricorso alla forza.

92. Tale presupposto, tuttavia, non ricorre né in generale per le offerte congiunte, né in concreto nel caso principale. La controversa disposizione, pur restrittivamente interpretata, non è pertanto conforme all'art. 8 della direttiva.

— Art. 5, n. 2, della direttiva 2005/29

93. In base alla direttiva, infine, può essere previsto un divieto quando una pratica commerciale deve essere ritenuta sleale in quanto è contraria alle norme di diligenza professionale ed in quanto falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico del consumatore medio in relazione al prodotto. In tal caso i presupposti di cui

all'art. 5, n. 2, lett. a) e b), devono ricorrere congiuntamente [71].

94. L'accertamento della conformità dell'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG con l'art. 5, n. 2, della direttiva 2005/29 va a sua volta compiuto in due passaggi. Prima di tutto occorre verificare se la disposizione di cui all'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG, tenuto conto dell'interpretazione restrittiva sopra riferita, subordini il divieto ai medesimi requisiti giuridici previsti dalla direttiva. In caso affermativo, occorre accertare se tale disposizione nazionale ricomprenda esclusivamente quelle ipotesi che devono essere considerate sleali ai sensi dell'art. 5, n. 2.

Idoneità a falsare in misura determinante il comportamento del consumatore medio

— Coincidenza dei requisiti giuridici

95. Un'ampia coincidenza contenutistica della normativa controversa con le previsioni della direttiva 2005/29 sussiste in ogni caso in relazione al requisito di cui all'art. 5, n. 2, lett. b), dal momento che, anche in base all'interpretazione restrittiva dei giudici austriaci, per ritenere illecito il premio ai sensi dell'art. 9 bis, n. 1, UWG si richiede che l'annuncio, l'offerta o l'assegnazione dello stesso «debba essere obiettivamente idoneo a falsare il comportamento dei consumatori coinvolti». Alla possibilità di interpretare questo requisito elaborato dalla giurisprudenza austriaca nel senso dell'art. 5, n. 2, lett. b), fa del resto riferimento anche lo stesso giudice del rinvio nella sua ordinanza [72]. Tale opzione interpretativa non solleva alcuna riserva fin tanto che a questo requisito posto dal diritto nazionale, alla lettera sostanzialmente uguale, venga attribuito il medesimo significato che ha nel diritto comunitario.

— Coincidenza dell'ambito di applicazione

96. In base alla definizione legale fornita dall'art. 2, lett. e), per «falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori», deve infatti intendersi «l'impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole,

71 — In tal senso Abbamonte, G. (op. cit. alla nota 57), pag. 21; Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal — La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor 2006, pag. 58; Maione, N., «Le pratiche commerciali sleali nella direttiva 2005/29/CE», in *Lezioni di diritto privato europeo*, 2007, pag. 1068.

72 — V. pag. 10 dell'ordinanza di rinvio.

inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso». Il bene protetto da tale disposizione è la libertà di decisione del consumatore [73].

97. Benché il giudice del rinvio nella sua questione pregiudiziale sollevi in termini generali il dubbio sulla conformità dell'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG con la direttiva, ai fini della decisione del procedimento principale non è rilevante la conformità dell'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG rispetto a tutti i casi da esso ricompresi (riviste e premi), ma solo in relazione all'abbinamento di riviste e giochi a premi. Anche i soggetti che hanno presentato osservazioni alla Corte fanno riferimento principalmente a questa ben specifica forma di operazioni congiunte, non priva di aspetti problematici nella prospettiva della tutela dei consumatori. Per tale motivo nel prosieguo è necessario soffermarsi soltanto sugli effetti di questa specifica pratica commerciale sul comportamento dei consumatori.

98. Il governo austriaco ritiene integrato il requisito sopra menzionato in relazione all'abbinamento di merci e giochi a premi [74]. A suo avviso, proprio nell'ipotesi di periodici venduti ad un prezzo relativamente modesto come nella causa principale, il consumatore, attratto dalla possibilità di vincere, si risolverebbe ad acquistare la merce principale per motivi non oggettivi. Proprio in quest'ipotesi la prospettiva di una partecipazione a zero spese ad un gioco a premi con la possibilità di una vincita smisuratamente grande potrebbe falsare in misura rilevante il comportamento d'acquisto del consumatore nel settore dei mezzi di informazione.

99. Si deve concordare con il governo austriaco che l'utilizzo di giochi a premi a fini pubblicitari è senz'altro idoneo a risvegliare il desiderio di giocare delle persone. Come ho già esposto nelle mie conclusioni nella causa Plus [75], tali giochi — non da ultimo per effetto della prospettiva di vincite in alcuni casi molto elevate — esercitano una certa attrattiva sulle persone. Il loro impiego è in grado di risvegliare l'attenzione di potenziali clienti e, in base alla strategia pubblicitaria prescelta, di orientarla verso determinati obiettivi. Pertanto la tesi sostenuta, secondo cui una siffatta pratica commerciale, a determinate

73 — Non, invece, l'interesse economico del consumatore. Secondo Abbamonte, G., op. cit. alla nota 57, pag. 23, questa normativa si basa sull'idea di fondo che di regola le pratiche commerciali sleali stravolgono le preferenze del consumatore in quanto ne alterano la libertà e la capacità di decisione. I consumatori comprerebbero quindi merci di cui non hanno bisogno oppure merci che altrimenti — senza, cioè, la predetta alterazione — avrebbero considerato di minor valore. L'art. 5, n. 2, lett. b), della direttiva 2005/29, tuttavia, non richiederebbe un danno economico del consumatore. Un siffatto requisito sarebbe stato sproporzionato secondo il citato Autore, poiché avrebbe comportato una drastica riduzione del livello di tutela dei consumatori all'interno dell'Unione europea.

74 — V. punto 51, a pag. 20, della memoria del governo austriaco.

75 — Cit. supra alla nota 20 (paragrafo 93).

condizioni, potrebbe falsare in misura rilevante il comportamento d'acquisto del consumatore nel settore dei mezzi di informazione, in linea generale non può essere respinta.

100. Dubito, tuttavia, che una siffatta considerazione in termini generali sia senz'altro conforme alle indicazioni del diritto comunitario, dal momento che la direttiva 2005/29, da un lato, come già visto, richiede alle autorità giudiziarie ed amministrative nazionali di tenere ampiamente conto delle circostanze del singolo caso per stabilire se una specifica pratica commerciale sia sleale [76], e, dall'altro lato, impone di far riferimento, per accertare gli effetti della misura pubblicitaria controversa, alla percezione di un consumatore medio o di un membro medio di un gruppo di consumatori.

101. Come si evince dal diciottesimo «considerando», la nozione di consumatore medio, utilizzata nella direttiva 2005/29, corrisponde esattamente al modello di consumatore, elaborato nella giurisprudenza della Corte [77], «normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto», tenuto conto di «fattori sociali, culturali e linguistici». Nell'ultima frase del diciottesimo «considerando» la nozione di consumatore medio viene meglio precisata attraverso la sottolineatura che essa «non è statistica». Si afferma, inoltre, che «gli organi giurisdizionali e le autorità nazionali dovranno esercitare la loro facoltà di giudizio tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia, per determinare la reazione tipica del consumatore medio nella fattispecie».

102. Il metodo elaborato dalla Corte di saggiare gli effetti di una misura pubblicitaria su un consumatore medio si fonda sul principio di proporzionalità. Esso mira a realizzare un adeguato equilibrio tra l'obiettivo della tutela dei consumatori, da un lato, e la necessità, dall'altro, di promuovere la circolazione delle merci in un mercato interno impostato sulla libera concorrenza. Con la direttiva 2005/29 il legislatore comunitario ha ora codificato tale metodo ed ha affidato il compito di effettuare tale esame — in linea con la giurisprudenza

76 — V. paragrafi 76-78 delle presenti conclusioni.

77 — V., sul modello di consumatore nella giurisprudenza della Corte, sentenze 16 gennaio 1992, causa C-373/90, X (Racc. pag. I-131, punti 15 e 16); 16 luglio 1998, causa C-210/96, Gut Springenheide e Tusky (Racc. pag. I-4657, punto 31); 4 maggio 1999, cause riunite C-108/97 e C-109/97, Windsurfing Chiemsee (Racc. pag. I-2779, punto 29); 13 gennaio 2000, causa C-220/98, Estée Lauder (Racc. pag. I-117, punto 27); 21 giugno 2001, causa C-30/99, Commissione/Irlanda (Racc. pag. I-4619, punto 32); 24 ottobre 2002, causa C-99/01, Linhart e Biffl (Racc. pag. I-9375, punto 31); 8 aprile 2003, causa C-44/01, Pippig Augenoptik (Racc. pag. I-3095, punto 55); 12 febbraio 2004, causa C-363/99, Koninklijke KPN Nederland (Racc. pag. I-1619, punto 77); 12 febbraio 2004, causa C-218/01, Henkel (Racc. pag. I-1725, punto 50); 9 marzo 2006, causa C-421/04, Matratzen Concord (Racc. pag. I-2303, punto 24), nonché sentenza 19 settembre 2006, causa C-356/04, Lidl Belgium (Racc. pag. I-8501, punto 78).

della Corte — alle autorità giudiziarie ed amministrative nazionali. In tal modo si vuole evitare il pericolo di valutazioni differenti delle medesime pratiche commerciali da uno Stato membro all'altro, assicurando un elevato grado di certezza del diritto per i consumatori e i concorrenti [78].

103. Il riferimento ad un «consumatore medio normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto» deve essere inteso, in termini giuridici, nel senso che per assicurare un corretto rapporto tra i due obiettivi suddetti si deve subordinare l'integrazione della fattispecie di cui all'art. 5, n. 2, lett. b), a requisiti adeguatamente elevati. Non può pertanto ritenersi che ogni pratica commerciale integri tale fattispecie normativa solo a causa della sua mera idoneità ad influire sulla decisione d'acquisto. Nell'ottica del diritto comunitario il consumatore è, invece, ritenuto capace di riconoscere la potenziale pericolosità di determinate pratiche commerciali e di comportarsi razionalmente di conseguenza [79]. Ciò è conforme anche ad una corretta politica legislativa, se non si vuole che qualsivoglia forma di pubblicità, pur provocatoria in determinate circostanze ma generalmente riconosciuta come innocua, sia considerata sleale e, quindi, da vietare [80].

104. Come rileva la convenuta del procedimento principale, a mio avviso correttamente [81], il consumatore medio al giorno d'oggi è di regola consapevole del fatto che la pubblicità e la promozione delle vendite in una libera economia di mercato non cercano di attirare i clienti solo con il prezzo e la qualità della merce, ma promettono una pluralità di vantaggi ulteriori. Tali vantaggi possono avere natura emozionale, come ad esempio nel caso di una pubblicità che faccia leva sul sentimento di libertà e di indipendenza o di appartenenza ad un determinato gruppo sociale, oppure avere un'utilità meramente economica, come i premi. È, pertanto, corretto riservare, all'interno del contesto normativo predisposto dal diritto comunitario, ad un consumatore

78 — Abbamonte, G., op. cit. alla nota 54, pag. 25, segnala che, con la direttiva 2005/29, il legislatore comunitario ha ora codificato tale metodo, che non era stato applicato dai giudici di taluni Stati membri. Secondo il citato Autore, in tal modo si limita il pericolo di valutazioni differenti delle medesime pratiche commerciali all'interno dell'Unione europea e si aumenta la certezza del diritto. In senso analogo, anche Wiebe, A., op. cit. alla nota 38, pag. 75, e Micklitz, H. W., «Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG», in Droit de la consommation/Konsumentenrecht/Consumer law, Liber amicorum Bernd Stauder, Basilea 2006, pag. 311. Weatherill, S., «Who is the "Average Consumer",» in The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 — New rules and new techniques, Norfolk 2007, pag. 135, rileva che il riferimento ad un consumatore medio, per quanto possa apparire artificiale se si ha riguardo alla varietà di comportamenti dei consumatori, risulta tuttavia indispensabile per un sistema normativo funzionale e armonizzato.

79 — Secondo Lecheler, H., «Verbraucherschutz», in *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (a cura di Manfred Dauses), vol. 2, Monaco 2004, H.V, punto 27, pag. 11, la giurisprudenza della Corte (cit. alla nota 77 delle presenti conclusioni) fa riferimento ad un consumatore che in via di principio si comporta in modo razionale ed avveduto, ed è capace di orientarsi e di autodeterminarsi.

80 — Rileva infatti Maione, N. (op. cit. alla nota 71), pag. 1068, che, in base all'intenzione del legislatore comunitario, non deve essere vietata ogni pratica commerciale che influenza la condotta d'acquisto del consumatore, ma solo quelle pratiche contrarie alla diligenza professionale in quanto lesive della libertà di scelta del consumatore.

81 — V. pag. 10 della memoria della convenuta del procedimento principale.

normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto la decisione se acquistare un prodotto per i pregi attribuitigli dalla pubblicità, o per la sua qualità, o semplicemente per il suo basso prezzo [82].

consumatore [83]. Al tempo stesso essa limiterebbe in modo sproporzionato la libertà di circolazione delle merci e di prestazione dei servizi. Un divieto di tal tipo andrebbe infatti al di là di quanto è necessario per tener conto sia degli interessi dei consumatori che della libertà di circolazione delle merci e di prestazione dei servizi.

— Conclusione parziale

105. Non sarebbe, invece, coerente con il modello di consumatore cui fa riferimento il diritto comunitario la presunzione, implicita in ogni divieto di principio previsto in via legislativa, che qualsiasi abbinamento tra una merce e un gioco a premi, a prescindere dalla sua effettiva carica di pericolosità e dalle caratteristiche della cerchia dei suoi destinatari, sia pericoloso e debba pertanto essere vietato. Tale presunzione finirebbe per essere percepita come una sorta di messa sotto tutela del

106. Si deve, in conclusione, constatare che il divieto di offerte congiunte, previsto dall'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG, nell'interpretazione restrittiva fornitane dalla giurisprudenza austriaca, si fonda su una valutazione legislativa non conforme alle disposizioni della direttiva 2005/29.

107. Benché tale conclusione sia di per sé sufficiente per risolvere in senso affermativo la prima questione pregiudiziale, nel prosieguo, in replica alle osservazioni del giudice del rinvio e del governo austriaco, procederò ad esaminare in subordine la conformità

82 — In tal senso anche Kucsko, G. (op. cit. alla nota 39), pag. 709, il quale dubita che oggi si possa ancora attribuire un peso decisivo all'opinione che era alla base dei lavori preparatori della legge 1929 sui premi (cui in definitiva risale il divieto di premi di cui all'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG). Secondo tale Autore, oggi il consumatore è sostanzialmente più critico ed informato. Anche il mondo della pubblicità è significativamente cambiato negli ultimi decenni. Il consumatore, molto più di prima, è esposto alla pubblicità, invero non sempre oggettiva, ed è abituato ad essa. L'«immagine» di determinati marchi si è caricata di associazioni che da tempo non hanno più nulla a che vedere con le effettive caratteristiche del prodotto. D'altro canto, tuttavia, la capacità di giudizio critico dei consumatori — grazie alla costante pubblicazione di test comparativi obiettivi, grazie a marchi di omologazione, grazie a riviste dei consumatori di segno critico, ecc. — si è andata affinando non solo in relazione ai prodotti sottoposti a test nel caso di specie, ma in termini del tutto generali. Il consumatore è quindi oggi molto meglio in grado di giudicare da solo se vuol lasciarsi «allettare senza basi oggettive», o se il prezzo della merce principale è troppo alto per lui. Nel caso del premio, peraltro, egli riceve qualcosa di più di un'«immagine» immateriale, in quanto riceve una merce o una prestazione reali. La tesi paternalistica di voler tutelare i consumatori oggi non convince più.

83 — Heidinger, R., op. cit. alla nota 17, pag. 46, e Wittmann, H., «EuGH: Zugabenverbot vor dem Fall?», in *Medien und Recht*, 6/2008, pag. 284, condividono le perplessità espresse dal giudice del rinvio nella sua ordinanza. Essi rilevano che il modello di consumatore maturo, che sta alla base dell'art. 5, n. 2, della direttiva 2005/29, impedisce di ritenere sussistente, nel caso principale, una pratica commerciale sleale. Una tutela così ampia dei consumatori è in contrasto con il modello di un consumatore maturo cui deve essere in via di principio riconosciuta la libertà di prendere le sue decisioni economiche anche sulla base di valutazioni non oggettive.

della normativa controversa con gli ulteriori requisiti previsti dall'art. 5, n. 2, della direttiva.

Violazione della diligenza professionale

— Coincidenza dei presupposti giuridici

108. Una evidente differenza rispetto alle previsioni della direttiva deve essere ravvisata nel fatto che la disposizione controversa, anche se restrittivamente interpretata, prescinde del tutto dal fondamentale requisito, previsto nell'art. 5, n. 2, lett. a), della direttiva, della violazione della diligenza professionale.

109. A tal proposito il governo austriaco sostiene che il requisito relativo alla diligenza professionale sia in realtà implicitamente alla base della disposizione controversa, dal momento che questa intende tutelare la concorrenza dai pericoli derivanti dallo sfruttamento del desiderio di gioco dei consumatori. Il rispetto della diligenza professionale andrebbe verificato caso per caso dal giudice in base agli specifici requisiti professionali [84]. Tale affermazione è da intendersi nel senso che la normativa nazionale controversa deve recepire anche questo requisito, sia pur per tramite di un'interpretazione correttiva da parte del giudice competente.

110. Siffatte osservazioni sul diritto nazionale, tuttavia, non convincono, in quanto è lo stesso giudice del rinvio a rilevare espressamente sul punto che i giudici austriaci, diversamente da quanto avviene in relazione al già menzionato requisito della idoneità a falsare in misura rilevante il comportamento del consumatore [85], non sono in grado di verificare se l'annuncio, l'offerta o l'assegnazione di premi siano sleali anche in ragione di una loro contrarietà alle norme di diligenza professionale [86]. Il giudice del rinvio, pertanto, dubita che il divieto generale di premi nella sua attuale formulazione possa essere conforme alla direttiva 2005/29.

— Conclusione parziale

111. I rilievi del giudice del rinvio confermano, quindi, la mia opinione che il divieto di offerte congiunte di cui all'art. 9 bis, n. 1, primo

84 — V. punto 47, a pag. 19, della memoria del governo austriaco.
85 — V. paragrafo 95 delle presenti conclusioni.
86 — V. pag. 10 dell'ordinanza di rinvio.

comma, UWG, non è conforme alle disposizioni della direttiva nemmeno in relazione al requisito previsto dall'art. 5, n. 2, lett. a). Pertanto non è possibile rilevare, nella normativa controversa, alcuna coincidenza dei presupposti giuridici richiesti dall'art. 5, n. 2, lett. a). Né è stato sostenuto che nel diritto austriaco in materia di concorrenza sleale esista un altro requisito che corrisponda ai presupposti giuridici richiesti dall'art. 5, n. 2, lett. a).

112. Poiché ciò già basta per affermare l'incompatibilità della normativa controversa con l'art. 5, n. 2, della direttiva 2005/29, non ritengo necessario proseguire l'indagine alla luce di tale disposizione della direttiva.

c) Conclusione

113. Una normativa nazionale, quale l'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG, come finora interpretato, che stabilisce un divieto di principio di offerte congiunte senza prevedere la possibilità di prendere adeguatamente in considerazione tutte le circostanze del singolo caso in questione, risulta pertanto concepita in termini più restrittivi e rigorosi della normativa contenuta nella direttiva 2005/29.

114. Occorre a tal proposito rilevare che l'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG concerne un settore che sottostà all'armonizzazione completa e al quale non si applicano le disposizioni transitorie di cui all'art. 3, n. 5, della direttiva. Né alcuno dei soggetti che hanno presentato osservazioni alla Corte ha sostenuto che la normativa nazionale controversa debba essere inquadrata in uno dei settori elencati nel nono «considerando» della direttiva [87]. Altrettanto inapplicabile è la deroga di cui all'art. 3, n. 9, della direttiva.

115. Il divieto di principio di offerte congiunte di cui all'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG nell'interpretazione restrittiva sopra riferita, comporta, in definitiva, un'estensione dell'elenco tassativo, contenuto nell'allegato I della direttiva, delle pratiche commerciali vietate, mentre proprio una siffatta estensione è preclusa agli Stati membri in considerazione dell'armonizzazione completa e massima

87 — Come giustamente rileva Schuhmacher, W. (op. cit. alla nota 21), pag. 131, nel nono «considerando» della direttiva 2005/29 sono elencati alcuni limiti all'armonizzazione completa. Nondimeno, nel presente procedimento pregiudiziale nessuno dei soggetti che hanno presentato osservazioni alla Corte ha esplicitamente sostenuto che tali limiti sono applicabili nel caso principale. Anche ad un esame oggettivo una siffatta ipotesi non sembra ricorrere.

attuata con la direttiva 2005/29 [88]. Estensioni arbitrarie di tale elenco da parte degli Stati membri sono vietate dal momento che tale elenco, ai sensi dell'art. 5, n. 5, può essere modificato solo mediante revisione della direttiva stessa, quindi solo mediante il procedimento di codecisione di cui all'art. 251 CE.

116. Alla luce delle considerazioni sopra svolte, è possibile concludere nel senso che una normativa nazionale, come quella contenuta nell'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG, nonostante la sua interpretazione restrittiva, non è conforme alle previsioni della direttiva 2005/29.

Sul ritiro della proposta della Commissione di un regolamento sulla promozione delle vendite nel mercato interno

117. Il governo austriaco fonda una parte dei suoi rilievi su talune disposizioni della proposta di un regolamento sulla promozione delle vendite nel mercato interno, alla fine ritirata dalla Commissione [89]. Queste contenevano, tra l'altro, regole relative all'offerta di regali e premi omaggio, o all'offerta della possibilità di partecipare a concorsi e giochi a premi. Il governo austriaco dal ritiro di tale progetto ritiene di poter desumere la conclusione che l'ambito normativo, che sarebbe stato coperto dal progetto di regolamento sulla promozione delle vendite, sia tuttora privo di una disciplina e non sia ricompreso nella direttiva 2005/29.

118. Sulle ricadute del ritiro di questa proposta della Commissione sulla disciplina giuridica delle offerte congiunte mi sono già ampiamente soffermata nelle mie conclusioni nelle cause VTB-VAB e Galatea [90], e nella causa Plus [91], a ciò sollecitata dai rilievi, sostanzialmente analoghi, sollevati in quelle cause dai governi belga e tedesco. In tali conclusioni ho spiegato perché, a mio avviso, né dalla proposta della Commissione di un regolamento sulla promozione delle vendite nel mercato interno né dalle proposte di modifiche intervenute durante il relativo procedimento legislativo possano desumersi elementi utili per l'interpretazione della direttiva 2005/29.

88 — Abbamonte, G. (op. cit. alla nota 57), pag. 21, rileva che gli Stati membri non possono estendere autonomamente l'elenco, contenuto nell'allegato I della direttiva 2005/29, delle pratiche commerciali vietate. Se potessero farlo, l'armonizzazione massima cui punta la direttiva verrebbe in tal modo elusa, con conseguente vanificazione dell'obiettivo della certezza del diritto. Keirsbilck, B. (op. cit. alla nota 14), pag. 522, ritiene che l'elenco delle pratiche commerciali vietate contenuto nell'allegato I sia un elenco tassativo.

89 — Proposta della Commissione di un regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla promozione delle vendite nel mercato interno, presentata il 15 gennaio 2002, COM(2001) 546 def.

90 — Cit. supra alla nota 15, paragrafi 90-94.

91 — Cit. supra alla nota 20, paragrafi 106-111.

119. La suddetta proposta concerne infatti una normativa comunitaria che, tuttavia, alla fine non è mai entrata in vigore e che pertanto non è mai diventata parte dell'ordinamento giuridico comunitario. Essa, pertanto, non può essere de plano invocata come elemento utile a fini interpretativi. Ciò vale a maggior ragione qualora la Commissione, come avvenuto nel caso del suddetto progetto di regolamento, ritiri una tale proposta di propria iniziativa. Occorre ricordare che la Commissione dispone di un diritto di iniziativa e può pertanto ritirare le proprie proposte. Deve altresì considerarsi che tali proposte possono subire numerose modifiche da parte del Consiglio e del Parlamento durante il procedimento legislativo, cosicché esse possono essere utilizzate solo limitatamente come ausilio interpretativo [92]. Sulla versione definitiva di un siffatto regolamento si possono quindi fare solo supposizioni. Una proposta di tal tipo non è pertanto idonea a giustificare la tutela dell'affidamento.

120. Tanto meno uno Stato membro può invocare efficacemente la tutela dell'affidamento nel caso in cui esso abbia preso parte in modo determinante ad entrambi i procedimenti legislativi. I procedimenti legislativi relativi al regolamento e alla direttiva 2005/29 si sono svolti in parte nello stesso arco di tempo. Il governo austriaco, quale rappresentante istituzionale di uno Stato membro presente in Consiglio, aveva preso parte, in modo determinante, ad entrambi i procedimenti legislativi, e pertanto era costantemente informato sulla loro evoluzione. Sul piano giuridico, pertanto, non può efficacemente invocare la propria ignoranza dell'andamento dei due procedimenti legislativi.

121. La Corte ha sottolineato la particolare responsabilità, per quanto riguarda la trasposizione delle direttive, dei governi degli Stati membri presenti in Consiglio. Ad esempio, dalla circostanza che tali governi partecipano ai lavori preparatori delle direttive ha dedotto che essi devono essere in grado di predisporre, nel termine stabilito, i provvedimenti di legge necessari per la loro attuazione [93].

122. Pertanto, il governo austriaco, al più tardi al momento del ritiro della proposta della Commissione [94], avrebbe dovuto

92 — V. paragrafo 83 delle mie conclusioni presentate il 29 ottobre 2009 nella causa ancora pendente C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid. In tal senso Riesenhuber, K., «Die Auslegung», in *Europäische Methodenlehre*, Berlino 2006, pag. 257, punto 31. L'Autore chiarisce che l'esegesi storica, la quale si occupa degli antefatti e della genesi storica, riveste un ruolo centrale nel diritto privato europeo. Qualora l'interpretazione persegua l'obiettivo di indagare la volontà del legislatore, occorrerebbe innanzitutto stabilire quale volontà sia determinante. Il legislatore legittimato democraticamente coinciderebbe solo con gli organi legislativi il cui consenso sosterrebbe l'atto giuridico nel caso concreto. Diversi organi dovrebbero invece essere unicamente sentiti ed anche la Commissione avrebbe solo un diritto di iniziativa e la possibilità di ritirare le proposte, le quali potrebbero essere modificate liberamente in sede legislativa. Qualora proposte ovvero desideri della Commissione non vengano accolti, si potrebbe ricavarne tutt'al più (ma non necessariamente) un argomento *a contrario*.

93 — Sentenze 1° marzo 1983, causa 301/81, Commissione/Belgio (Racc. pag. 467, punto 11), e 23 novembre 2000, causa C-319/99, Commissione/Francia (Racc. pag. I-10439, punto 10).

94 — La decisione della Commissione di ritirare la propria proposta di regolamento è stata pubblicata nella GU 2006, C 64, pag. 3. Tuttavia, la Commissione aveva già annunciato tale decisione nella sua comunicazione del 27 settembre 2005 «Esito dello screening delle proposte legislative pendenti dinnanzi al legislatore», COM(2005) 462 def., pag. 10.

eventualmente verificare se l'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva 2005/29 si estendesse anche ai settori fino ad allora coperti dal progettato regolamento. La necessità di una siffatta verifica era evidente, tanto più che la direttiva era destinata, in base alla sua concezione originaria, da un lato ad introdurre disposizioni generali sussidiarie nel settore del diritto comunitario in materia di tutela dei consumatori, e dall'altro a realizzare una piena armonizzazione delle normative degli Stati membri concernenti le pratiche commerciali sleali [95]. Considerato che il ritiro è intervenuto in un momento in cui il termine per la trasposizione della direttiva non era ancora scaduto, il legislatore austriaco aveva l'obbligo di tener conto di questi elementi a lui noti in sede di adeguamento del diritto nazionale.

123. Occorre, infine, rilevare che la Corte nella sentenza VTB-VAB e Galatea non ha preso in considerazione l'argomentazione, sostanzialmente analoga, sostenuta dal governo belga, in tal modo lasciando implicitamente intendere di non condividere tale linea argomentativa. Analogo atteggiamento, infine, la Corte ha assunto nella sentenza Plus [96].

124. Questo argomento deve pertanto essere respinto.

5. Conclusioni

125. In conclusione si può constatare che in senso contrario alla compatibilità della normativa nazionale controversa con le previsioni della direttiva 2005/29 depone, in primo luogo, la circostanza che tale disciplina, essendo concepita come un divieto di principio, presenta una struttura normativa che non consente una valutazione caso per caso della lealtà della concreta pratica commerciale nella stessa misura consentita dalla direttiva [97].

126. Occorre, inoltre, constatare che nella normativa nazionale controversa — anche qualora la si interpreti restrittivamente come fa la giurisprudenza austriaca — non è possibile rilevare una corretta trasposizione delle disposizioni contenute nell'art. 5, nn. 2, 4 e 5, della direttiva. Ciò è dovuto al fatto che i presupposti legislativi previsti dal diritto nazionale o non coincidono con i presupposti previsti dalla direttiva per qualificare una pratica commerciale come sleale, oppure non possono essere interpretati in conformità alla direttiva stessa.

95 — In tal senso anche Stuyck, J., op. cit. alla nota 18, pag. 161, il quale suppone che alcuni Stati membri non si fossero evidentemente resi conto del fatto che le disposizioni contenute nella proposta di regolamento ritirata, che concernevano i rapporti tra professionista e consumatore, erano nuovamente confluite, alla fine, nella direttiva 2005/29 (in considerazione della finalità di detta direttiva di realizzare una piena armonizzazione).

96 — Sentenza Plus (cit. supra alla nota 5, punto 33).

97 — V. paragrafi 76-79 delle presenti conclusioni.

127. Poiché la direttiva 2005/29 osta ad un divieto di offerte congiunte come quello previsto dall'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG, non è necessario soffermarsi sull'eventuale violazione delle libertà fondamentali [98].

128. Ciò considerato, la prima questione pregiudiziale deve essere risolta nel senso che le disposizioni della direttiva 2005/29 ostano ad una normativa nazionale che, a parte alcune deroghe tassativamente previste, vieta l'annuncio, l'offerta o l'assegnazione di premi omaggio abbinati a periodici, nonché l'annuncio di premi omaggio abbinati ad altre merci o servizi, a prescindere dalla necessità di una verifica caso per caso del carattere ingannevole, aggressivo o altrimenti sleale di tale pratica commerciale, anche nell'ipotesi in cui la normativa in questione sia rivolta non solo alla tutela dei consumatori, ma anche al conseguimento di altri obiettivi che esulano dall'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva, quali la salvaguardia della pluralità dei mezzi di informazione o la tutela di concorrenti più deboli.

129. Occorre, infine, ricordare a questo proposito che — diversamente da quanto sembra ritenere il giudice del rinvio [99] — in base alla giurisprudenza della Corte [100] il diritto comunitario non pretende in ogni caso che i giudici nazionali disapplichino, in una controversia tra privati, il diritto nazionale non conforme ad una direttiva.

C — *Sulla seconda questione pregiudiziale*

130. La seconda questione pregiudiziale, se correttamente intesa, è sostanzialmente rivolta ad ottenere un accertamento, da parte della Corte, del fatto che una determinata pratica commerciale possa essere considerata a certe condizioni, che il giudice del rinvio ritiene evidentemente sussistenti, «sleale» ai sensi dell'art. 5, n. 2, della direttiva 2005/29. Nella specie, le osservazioni del giudice del rinvio partono dalla premessa che «la possibilità di partecipare ad un gioco a premi, legata all'acquisto di un giornale, rappresenta, perlomeno per una parte del pubblico destinatario, il motivo determinante, ancorché non l'unico, per l'acquisto del giornale». Tale profilo

98 — V. sentenza VTB-VAB e Galatea (cit. supra alla nota 4, punto 67).

99 — V. pag. 13, punto 2.2, dell'ordinanza di rinvio, ove il giudice del rinvio afferma di ritenere «privo di oggetto» l'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG, nel caso in cui la Corte dovesse risolvere affermativamente la prima questione pregiudiziale.

100 — Sull'effetto diretto orizzontale delle direttive, v. sentenze Marleasing (cit. supra alla nota 64, punto 6); Faccini Dori (cit. supra alla nota 64, punti 24 e segg.), nonché sentenza 26 settembre 2000, causa C-443/93, Unilever Italia (Racc. pag. I-7535, punto 50). Sulla possibilità di far valere, sulla base del diritto comunitario, un diritto al risarcimento nei confronti dello Stato, nel caso in cui le disposizioni nazionali non possano essere interpretate in termini conformi alla direttiva, v. sentenze 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94, Dillenkofer e a. (Racc. pag. I-4845); 24 settembre 1998, causa C-111/97, EvoBus Austria (Racc. pag. I-5411, punti 27 e 28), nonché sentenza 28 ottobre 1999, causa C-81/98, Alcatel Austria (Racc. pag. I-7671, punti 49 e 50).

assume rilevanza soprattutto al fine di verificare se nel caso concreto il comportamento economico del consumatore medio sia stato falsato in misura rilevante ai sensi dell'art. 5, n. 2, lett. b), della direttiva.

131. L'art. 5, n. 2, lett. b), della direttiva stabilisce che si deve fare prima di tutto riferimento all'effetto di una determinata pratica commerciale sul comportamento del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta. Questa disposizione della direttiva non si limita a recepire il metodo di analisi elaborato dalla Corte, ma lo affina anche, in quanto lo adegua a situazioni in cui siano coinvolti gli interessi di specifici gruppi [101]. Qualora, infatti, una determinata pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori, diventa determinante stabilire se tale pratica falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico del membro medio di tale gruppo. Nell'effettuare tale accertamento si deve fare riferimento al punto di vista di questo consumatore medio, tenendo conto, tra l'altro, delle sue aspettative e delle sue prevedibili reazioni [102].

132. Considerato che l'invito a partecipare al gioco a premi, pubblicato dalla convenuta del procedimento principale nel suo giornale, è evidentemente apparso in un giornale generico e non, ad esempio, in un giornale sportivo, spetta al giudice nazionale verificare se tale offerta sia diretta, a determinate circostanze, ad uno specifico gruppo di lettori così da rendere necessaria l'adozione di questo secondo parametro di valutazione.

133. Occorre, altresì, ricordare che, per poter affermare la slealtà di una pratica commerciale ai sensi dell'art. 5, n. 2, i presupposti di cui alle lett. a) e b) devono ricorrere congiuntamente [103]. Nel caso principale, pertanto, dovrebbe essere affermata anche una violazione delle norme di diligenza professionale. La nozione di «diligenza professionale» è definita all'art. 2, lett. h), della direttiva come segue: «rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista, il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori». Spetta al giudice nazionale verificare in dettaglio se nel caso principale ricorra una siffatta violazione.

134. Conseguentemente, la seconda questione pregiudiziale deve essere risolta nel senso che la possibilità di partecipare ad un gioco a premi legata all'acquisto di un giornale non costituisce una pratica commerciale sleale ai sensi dell'art. 5, n. 2, della direttiva 2005/29 per il solo fatto che tale possibilità di partecipare rappresenta, perlomeno per una parte del pubblico destinatario, il motivo determinante, ancorché non l'unico, per l'acquisto del giornale.

101 — In tal senso anche Abbamonte, G. (op. cit. alla nota 57), pag. 25, che parla di un affinamento di questo metodo di analisi attraverso una sua rimodulazione, qualora siano coinvolti gli interessi di specifici gruppi.

102 — Abbamonte, G. (op. cit. alla nota 57), pag. 25, formula alcuni esempi di applicazione di tale normativa. Qualora una pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori, ad esempio a bambini o a esperti di missilistica, si deve fare riferimento al punto di vista di un membro medio di questo gruppo. Nel caso della pubblicità di un giocattolo durante una trasmissione per bambini, si dovrà fare riferimento, secondo il citato Autore, alle aspettative e alle prevedibili reazioni di un bambino rientrante nella media del gruppo destinatario, mentre si dovranno trascurare le aspettative e le reazioni proprie di un bambino eccezionalmente immaturo.

103 — V. paragrafo 93 delle presenti conclusioni.

VII — Conclusione

135. Sulla base delle considerazioni sopra svolte, propongo alla Corte di risolvere le questioni pregiudiziali sottoposte dall'Oberster Gerichtshof come segue:

1) Le disposizioni della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 maggio 2005, 2005/29/CE, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»), devono essere interpretate nel senso che esse ostano ad una normativa nazionale, come l'art. 9 bis, n. 1, primo comma, UWG, che, a parte alcune deroghe tassativamente previste, vieta l'annuncio, l'offerta o l'assegnazione di premi omaggio abbinati a periodici, nonché l'annuncio di premi omaggio abbinati ad altre merci o servizi, a prescindere dalla necessità di una verifica caso per caso del carattere ingannevole, aggressivo o altrimenti sleale di tale pratica commerciale, anche nell'ipotesi in cui la normativa in questione sia rivolta non solo alla tutela dei consumatori, ma anche al conseguimento di altri obiettivi che esulano dall'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva, quali la salvaguardia della pluralità dei mezzi di informazione o la tutela di concorrenti più deboli.

2) La possibilità di partecipare ad un gioco a premi legata all'acquisto di un giornale non costituisce una pratica commerciale sleale ai sensi dell'art. 5, n. 2, della direttiva 2005/29 per il solo fatto che tale possibilità di partecipare rappresenta, perlomeno per una parte del pubblico destinatario, il motivo determinante, ancorché non l'unico, per l'acquisto del giornale.