CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL VERICA TRSTENJAK prezentate la 24 martie 2010[1]

Cuprins

I — Introducere ..... I - 10913

II — Cadrul juridic ..... I - 10914

A — Dreptul comunitar ..... I - 10914

B — Dreptul național ..... I - 10916

III — Situația de fapt, acțiunea principală și întrebările preliminare ..... I - 10917

IV — Procedura în fața Curții ..... I - 10918

V — Principalele argumente ale părților ..... I - 10919

A — Cu privire la prima întrebare preliminară ..... I - 10919

B — Cu privire la a doua întrebare preliminară ..... I - 10921

VI — Apreciere juridică ..... I - 10922

A — Considerații introductive ..... I - 10922

B — Cu privire la prima întrebare preliminară ..... I - 10923

1. Noțiunea „practici comerciale" prevăzută la articolul 2 litera (d) din Directiva 2005/29 ..... I - 10924

2. Domeniul de aplicare personal al Directivei 2005/29 ..... I - 10924

a) Domeniul acoperit de Directiva 2005/29 ..... I - 10925

1 — Limba originală: germana.

b) Obiectivul de protecție al interdicției prevăzute la articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG ..... I - 10928

i) Cu privire la importanța diferită a fiecărui interes protejat ..... I - 10928

ii) Examinarea dispozițiilor și a jurisprudenței naționale relevante I - 10930

c) Concluzie ..... I - 10932

3. Examinarea structurii ambelor reglementări ..... I - 10932

a) Dispozițiile Directivei 2005/29 ..... I - 10932

i) Obiectivul normativ al armonizării complete și maxime a reglementărilor naționale ..... I - 10933

ii) Structura normativă a Directivei 2005/29 ..... I - 10934

b) Dispozițiile UWG ..... I - 10935

i) Prezentarea structurii normative a interdicției prevăzute la articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG ..... I - 10936

4. Compatibilitatea reglementării în litigiu cu Directiva 2005/29 ..... I - 10937

a) Dreptul național scris ..... I - 10937

i) Inversarea sistemului normativ ..... I - 10937

ii) Insuficiența excepțiilor prevăzute la articolul 9a alineatul (2) din UWG ..... I - 10938

iii) Concluzie intermediară ..... I - 10939

b) Posibilitatea unei interpretări conforme cu directiva ..... I - 10940

i) Examinare în lumina dispozițiilor directivei ..... I - 10941

— Articolul 5 alineatele (4) și (5) din Directiva 2005/29 ..... I - 10941

— Articolul 5 alineatul (2) din Directiva 2005/29 ..... I - 10943

c) Concluzie ..... I - 10950

5. Concluzii ..... I - 10953

C — Cu privire la a doua întrebare preliminară ..... I - 10954

VII — Concluzie ..... I - 10956

I — Introducere

1. În cadrul prezentei proceduri a întrebărilor preliminare în temeiul articolului 234 CE [2], Oberster Gerichtshof din Austria (denumită în continuare „instanța de trimitere") sesizează Curtea cu două întrebări preliminare referitoare la interpretarea Directivei 2005/29/CE [3] (denumită în continuare „Directiva 2005/29"). Este vorba, în esență, despre problema compatibilității cu dreptul comunitar a unei reglementări naționale potrivit căreia anunțarea, oferirea sau acordarea de avantaje gratuite care însoțesc publicații periodice, precum și anunțarea de avantaje gratuite asociate cu alte produse sau servicii sunt interzise fără a trebui să se verifice de la caz la caz caracterul înșelător al acestei practici comerciale.

2 — În conformitate cu Tratatul de la Lisabona de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului de instituire a Comunității Europene din 13 decembrie 2007 (JO C 306, p. 1), procedura întrebărilor preliminare este reglementată în prezent la articolul 267 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

3 — Directiva 2005/29/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 mai 2005 din 11 mai 2005 privind practicile comerciale neloiale ale întreprinderilor de pe piața internă față de consumatori și de modificare a Directivei 84/450/CEE a Consiliului, a Directivelor 97/7/CE, 98/27/CE și 2002/65/CE ale Parlamentului European și ale Consiliului și a Regulamentului (CE) nr. 2006/2004 al Parlamentului European și al Consiliului („Directiva privind practicile comerciale neloiale") (JO L 149, p. 22, Ediție specială, 15/vol. 14, p. 260).

2. Cererea de pronunțare a unei hotărâri preliminare își are originea într-o cerere de măsuri provizorii formulată de Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG (denumită în continuare „reclamanta din acțiunea principală"), prin intermediul căreia aceasta introduce împotriva „Österreich"-Zeitungsverlag GmbH (denumită în continuare „pârâta din acțiunea principală") o acțiune în încetarea utilizării anticoncurențiale a unui avantaj sub forma unui joc promoțional, avantaj care este interzis, în principiu, de dreptul național.

3. După cauzele conexate C-261/07 (VTB-VAB) și C-299/07 (Galatea) [4], precum și după cauza C-304/08 (Plus) [5], prezenta cauză este a treia dintr-o serie de trimiteri preliminare prin intermediul cărora instanțele naționale adresează Curții întrebarea dacă interzicerea de către statele membre a ofertelor comune este compatibilă cu Directiva 2005/29. Una dintre întrebările principale care diferențiază prezenta cauză de cele precedente și care, prin urmare, trebuie examinată cu atenție din punct de vedere juridic este aceea dacă o astfel de examinare a compatibilității este posibilă și atunci când presupusul obiectiv al reglementării constă atât în protecția pluralismului mass-mediei, cât și a concurenților.

4 — Hotărârea din 23 aprilie 2009, VTB-VAB (C-261/07 și C-299/07, Rep., p. I-2949)

5 — Hotărârea din 14 ianuarie 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, Rep., p. I-217).

II — Cadrul juridic

A — *Dreptul comunitar*

4. Articolul 1 din Directiva 2005/29 are următorul cuprins:

„Obiectivul prezentei directive este de a contribui la buna funcționare a pieței interne și de a realiza un nivel ridicat de protecție a consumatorilor prin apropierea actelor cu putere de lege și a actelor administrative ale statelor membre privind practicile comerciale neloiale care aduc atingere intereselor economice ale consumatorilor."

5. Articolul 2 din Directiva 2005/29 dispune:

„În sensul prezentei directive:

[…]

(d) «practici ale întreprinderilor față de consumatori» (denumite în continuare practici comerciale) înseamnă orice acțiune, omisiune, comportament, demers sau

comunicare comercială, inclusiv publicitatea și comercializarea, efectuată de un comerciant, în directă legătură cu promovarea, vânzarea sau furnizarea unui produs către consumatori;

[…]”

6. Articolul 3 alineatul (1) din directivă prevede:

„Prezenta directivă se aplică practicilor comerciale neloiale ale întreprinderilor față de consumatori definite la articolul 5 înainte, în timpul și după o tranzacție comercială în legătură cu un produs.”

7. Articolul 4 din directivă are următorul cuprins:

„Statele membre nu limitează libertatea de a presta servicii, nici nu limitează libera circulație a mărfurilor din motive care se încadrează în domeniul în care prezenta directivă vizează apropierea dispozițiilor în vigoare.”

8. Articolul 5 din directivă, intitulat „Interzicerea practicilor comerciale neloiale”, prevede:

„(1) Se interzic practicile comerciale neloiale.

(2) O practică comercială este neloială în cazul în care:

(a) este contrară cerințelor diligenței profesionale

și

(b) denaturează sau poate denatura semnificativ comportamentul economic cu privire la un produs al consumatorului mediu la care ajunge sau căruia îi este adresat sau al membrului mediu al unui grup în cazul în care o practică comercială este orientată către un grup particular de consumatori.

(3) Practicile comerciale care pot denatura semnificativ comportamentul economic al unui grup de consumatori identificabil în mod clar deoarece aceștia sunt deosebit de vulnerabili la practica utilizată sau la produsul

aferent din cauza unei infirmități mintale sau fizice, vârstei sau credulității, într-o situație pe care comerciantul o poate anticipa cu ușurință, se evaluează din perspectiva membrului mediu al grupului. Această dispoziție nu aduce atingere practicii publicitare curente și legitime care constă în formularea unor afirmații exagerate sau care nu trebuie înțelese în sens literal.

(4) Sunt neloiale în special practicile comerciale care

(a) sunt înșelătoare în sensul articolelor 6 și 7

sau

(b) sunt agresive în sensul articolelor 8 și 9.

(5) Anexa I conține lista practicilor comerciale considerate neloiale în orice situație. Lista unică se aplică în toate statele membre și poate fi modificată numai prin revizuirea prezentei directive."

9. Anunțarea, oferirea sau acordarea de avantaje gratuite care însoțesc publicații periodice nu este menționată în anexa I la directivă ca practică comercială considerată neloială în orice situație.

B — *Dreptul național*

10. Articolul 9a alineatul (1) din Legea austriacă privind combaterea concurenței neloiale (denumită în continuare „UWG")[6] are următorul cuprins:

„Cel care, în cadrul activității comerciale, în scopuri concurențiale,

1. anunță prin intermediul unor avize publice sau al altor comunicări care sunt destinate unui număr mare de persoane că acordă consumatorilor avantaje gratuite (premii) asociate cu produse sau cu servicii ori oferă, anunță sau acordă consumatorilor avantaje gratuite (premii) asociate cu publicații periodice sau

6 — Legea federală împotriva concurenței neloiale (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG), BGBl. nr. 448, modificată prin Legea din 13 noiembrie 2007, BGBl. I nr. 79/2007.

2. oferă, anunță sau acordă întreprinderilor avantaje gratuite (premii) asociate cu produse ori cu servicii

poate face obiectul unei acțiuni în încetare și în daune interese. Aceasta se aplică și atunci când caracterul gratuit al avantajului este disimulat prin prețuri globale pentru produse sau servicii, prin prețuri fictive pentru un avantaj sau în orice alt mod."

III — Situația de fapt, acțiunea principală și întrebările preliminare

11. Potrivit precizărilor instanței de trimitere, aceasta trebuie să soluționeze un litigiu dintre doi concurenți de pe piața austriacă a cotidienelor, litigiu a cărui origine se află în anunțarea de către pârâta din acțiunea principală, în cadrul ziarului său, a alegerii unui „fotbalist al anului". În introducerea la un articol, cu litere aldine, se menționa: „Merită să participați: câștigați o cină cu câștigătorul marii alegeri a fotbalistului anului". În partea stângă a articolului se găsea un „cupon de vot" cu mențiunea „decupați și expediați". În partea dreaptă se indica posibilitatea de a vota pe internet. Articole similare au apărut și în următoarele nouă zile.

12. La cererea reclamantei, instanța sesizată în primă instanță a decis că anunțarea reprezintă un avantaj interzis în sensul articolului 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG și a admis cererea de încetare a publicării anunțului prin intermediul unei ordonanțe privind măsuri provizorii. În schimb, instanța de apel a decis că anunțul nu are efecte relevante asupra pieței, situație în care reclamanta a sesizat instanța de trimitere cu o cerere de restabilire a măsurii provizorii dispuse de instanța competentă în primă instanță. Potrivit aprecierii provizorii a instanței de trimitere, cererea reclamantei ar trebui admisă în temeiul articolului 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG. Totuși, această instanță are îndoieli cu privire la problema dacă directiva se opune aplicării articolului 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG, problemă care depinde de interpretarea domeniului de aplicare al directivei.

13. În aceste condiții, Oberster Gerichtshof a decis să suspende judecarea cauzei și să adreseze Curții următoarele întrebări preliminare:

„1) O normă națională care interzice, în afară de excepțiile enumerate limitativ, anunțarea, oferirea sau acordarea de avantaje gratuite care însoțesc publicații periodice, precum și anunțarea de

avantaje gratuite asociate cu alte produse sau servicii, fără a trebui să se verifice de la caz la caz caracterul înșelător, agresiv sau neloial al unei astfel de practici comerciale, este contrară articolului 3 alineatul (1) și articolului 5 alineatul (5) din Directiva 2005/29/CE sau altor dispoziții din această directivă, chiar și atunci când această normă urmărește nu numai protecția consumatorilor, ci și alte obiective care nu intră în domeniul de aplicare material al directivei, precum menținerea pluralismului mass-mediei sau protecția concurenților mai slabi?

2) În cazul unui răspuns afirmativ la prima întrebare:

Posibilitatea de a participa la un joc promoțional, legată de cumpărarea unui ziar, este o practică comercială neloială în sensul articolului 5 alineatul (2) din Directiva 2005/29/CE pentru simplul motiv că această posibilitate de a participa la un joc promoțional reprezintă, cel puțin pentru o parte din publicul vizat, chiar dacă nu singurul motiv, în mod cert însă motivul decisiv pentru achiziționarea ziarului?"

IV — Procedura în fața Curții

14. Decizia de trimitere din data de 18 noiembrie 2008 a fost primită la grefa Curții la 4 decembrie 2008.

15. Părțile din acțiunea principală, guvernul Republicii Austria și cel al Regatului Belgiei, precum și Comisia Europeană au depus observații scrise în termenul prevăzut la articolul 23 din Statutul Curții.

16. În ședința care a avut loc la 19 ianuarie 2010, reprezentanții părților din acțiunea principală, reprezentantul guvernului Republicii Austria și cel al guvernului Republicii Federale Germania, precum și reprezentantul Comisiei au prezentat observații.

V — Principalele argumente ale părților

A — *Cu privire la prima întrebare preliminară*

17. Prin intermediul primei întrebări, instanța de trimitere solicită, în esență, să se stabilească dacă o reglementare a unui stat membru prin care este interzisă în principiu vânzarea de produse asociată cu utilizarea de avantaje intră în domeniul de aplicare al Directivei 2005/29, cu toate că această reglementare nu urmărește exclusiv protecția consumatorului.

18. *Reclamanta din acțiunea principală*, precum și *guvernele austriac și belgian* sugerează Curții să răspundă negativ la această întrebare.

19. În această privință, acestea indică, pe de o parte, faptul că promovarea vânzărilor a făcut obiectul unei propuneri de regulament în care se distingea clar tratamentul juridic al unor astfel de măsuri de promovare a vânzărilor de tratamentul juridic al acelor practici comerciale neloiale care sunt reglementate în prezent de directivă. Totuși, propunerea respectivă a fost retrasă de către Comisie în anul 2006, și anume după un an de la adoptarea directivei. În consecință, nu se poate afirma că promovarea vânzărilor intră în mod implicit în domeniul de aplicare al directivei. În plus, având în vedere faptul că, în conformitate cu considerentul (6) al directivei, aceasta urmărește protecția directă a intereselor economice ale consumatorilor, directiva nu poate fi aplicată în cazul unor reglementări naționale precum cea din acțiunea principală care urmăresc în mod prioritar alte obiective, și anume protecția concurenților și menținerea pluralismului mass-mediei și numai în mod indirect protecția consumatorilor.

20. În subsidiar, reclamanta din acțiunea principală și guvernul austriac declară că interdicția de vânzare asociată cu utilizarea de avantaje, interdicție prevăzută la articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG, este în orice caz compatibilă cu directiva.

21. Astfel, în conformitate cu articolul 5 alineatul (2) din Directiva 2005/29, se permite statelor membre să clasifice ca neloiale și, în consecință, să interzică practicile comerciale care sunt contrare cerințelor diligenței profesionale și care sunt de natură să denatureze semnificativ comportamentul economic al consumatorului mediu. Totuși, interdicția în litigiu prevăzută de statul membru își găsește aplicare numai în cazul în care instanța națională constată că respectivul consumator a cumpărat publicația din motive subiective, legate de perspectiva de a beneficia de avantaje suplimentare, și în măsura în care astfel de avantaje nu intră în cadrul excepțiilor menționate la articolul 9a alineatul (2) din

UWG. În plus, instanțele naționale trebuie să realizeze o apreciere adecvată în fiecare caz concret.

22. În opinia *reclamantei din acțiunea principală,* reglementarea austriacă se distinge în mod substanțial de cele care au făcut obiectul cauzelor conexate C-261/07 (VTB-VAB) și C-299/07 (Galatea), precum și al cauzei C-304/08 (Plus), în măsura în care acestea conțin interdicții generale și, prin urmare, nu au ținut seama de împrejurările speciale ale fiecărui caz concret.

23. În schimb, *pârâta din acțiunea principală* arată că, în conformitate cu considerentul (6), sunt excluse din domeniul de aplicare al Directivei 2005/29 numai acele prevederi naționale care dăunează „doar" intereselor economice ale concurenților sau care au legătură cu o tranzacție între comercianți. Or, este clar că nu aceasta este situația în ceea ce privește reglementarea în litigiu, deoarece articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG urmărește în mod prioritar și direct protecția consumatorilor.

24. În plus, pârâta consideră că interdicția prevăzută în această dispoziție nu este compatibilă cu concepția normativă a directivei, deoarece, cu toate că promovarea vânzărilor prin intermediul avantajelor nu este menționată în lista acelor practici comerciale din cuprinsul anexei I la Directiva 2005/29 care trebuie considerate neloiale în orice situație, aceasta este supusă interdicției generale prevăzute de dreptul austriac, astfel cum a constatat Oberster Gerichtshof în decizia de trimitere.

25. În ședință, *guvernul german* a făcut referire la cauza C-304/08 (Plus) și a indicat faptul că, independent de armonizarea completă urmărită prin intermediul Directivei 2005/29, marja de apreciere a statelor membre cu privire la transpunerea directivei rămâne intactă. Acest lucru este valabil în special în ceea ce privește transpunerea în dreptul național a noțiunilor care necesită să fie conturate, astfel cum sunt prevăzute în definițiile legale din Directiva 2005/29. În plus, guvernul german și-a exprimat opinia potrivit căreia Directiva 2005/29 nu se opune unei reglementări naționale atunci când aceasta urmărește un alt obiectiv decât directiva.

26. Contrar celor susținute de guvernul german, *Comisia* exprimă o opinie juridică proprie, arătând, pe de o parte, că Directiva 2005/29 se opune unei interdicții generale și abstracte, precum cea prevăzută de reglementarea în litigiu, dar ajungând, pe de altă parte, la concluzia că această reglementare nu intră în domeniul de aplicare al directivei deoarece aceasta urmărește în mod prioritar alte obiective, și anume menținerea pluralismului

mass-mediei, și numai într-o măsură redusă protecția consumatorilor, precum și caracterul loial al practicilor comerciale.

29. *Reclamanta din acțiunea principală* se limitează să afirme că modul în care a acționat pârâtul din acțiunea principală și care este în litigiu reprezintă o practică comercială neloială, însă nu prezintă argumente în susținerea acestei afirmații.

B — *Cu privire la a doua întrebare preliminară*

30. În opinia Comisiei, simpla împrejurare că posibilitatea de participare la un joc promoțional reprezintă motivul determinant pentru ca un consumator să cumpere o publicație nu permite să se concluzioneze că este vorba despre o practică comercială neloială în sensul Directivei 2005/29, ci constituie numai unul dintre elementele pe care le poate lua în considerare instanța națională în cadrul unei aprecieri de la caz la caz.

27. În cazul în care Curtea ar răspunde afirmativ la prima întrebare preliminară, instanța de trimitere solicită să se stabilească dacă vânzarea asociată cu utilizarea unor avantaje trebuie considerată o practică comercială neloială în sensul articolului 5 alineatul (2) din Directiva 2005/29/CE pentru simplul motiv că această posibilitate de a participa la un joc promoțional reprezintă, cel puțin pentru o parte din publicul vizat, chiar dacă nu singurul motiv, în mod cert însă motivul determinant pentru achiziționarea produsului principal.

31. *Pârâta din acțiunea principală* subliniază la rândul său că noțiunea de practică comercială face trimitere la consumatorul mediu care este descris în jurisprudența Curții ca „normal informat și suficient de atent și avizat". Consumatorul astfel descris este conștient de faptul că, într-o economie de piață liberă, publicitatea și promovarea vânzărilor au drept scop câștigarea clienților nu numai prin intermediul prețului și al calității unui produs, ci și prin perspectiva obținerii altor avantaje. Din acest motiv, vânzarea asociată cu utilizarea de avantaje poate reprezenta numai în mod excepțional o practică comercială neloială, și anume atunci când oferta este concepută astfel încât să fie de natură să determine consumatorul să achiziționeze produsul principal nu din motive obiective, ci numai datorită perspectivei de a obține un avantaj suplimentar.

28. Întrucât atât *guvernul austriac*, cât și *guvernul belgian* au considerat că trebuie să se dea un răspuns negativ la prima întrebare, acestea nu își exprimă opinia cu privire la a doua întrebare preliminară, în timp ce *reclamanta din acțiunea principală*, precum și *Comisia* prezintă fiecare, cu titlu subsidiar, observații în această privință.

VI — Apreciere juridică

A — *Considerații introductive*

32. Prezenta cauză este deja a treia dintr-o serie de trimiteri preliminare prin care instanțele naționale solicită Curții să clarifice problema referitoare la măsura în care interzicerea ofertelor comune de către statele membre încă poate fi considerată compatibilă cu dreptul comunitar în stadiul său de dezvoltare actual. Relevanța acestei întrebări rezultă, nu în ultimul rând, din împrejurarea că Directiva 2005/29 adoptată de Parlamentul European și de Consiliu la 11 mai 2005 are ca obiectiv crearea unui cadru juridic uniform pentru reglementarea practicilor comerciale neloiale în raport cu consumatorul.

33. Având în vedere armonizarea completă a normelor privind practicile comerciale neloiale dintre întreprinderi și consumatori [7], armonizare urmărită de directivă în statele membre ale Comunității, apreciem că, în ceea ce privește conformitatea cu dreptul comunitar, trebuie examinate nu numai acele dispoziții pe care statele membre le-au adoptat în vederea transpunerii directivei, ci și acele dispoziții care – precum dispoziția în litigiu, prevăzută la articolul 9a alineatul (1) din UWG – deși erau deja în vigoare înainte de adoptarea directivei, au totuși, din punctul de vedere al statului membru respectiv, o funcție de transpunere.

34. Dată fiind marja redusă de apreciere pe care o armonizare completă o acordă de regulă statelor membre în ceea ce privește transpunerea unei directive, menținerea unor astfel de dispoziții mai vechi nu se dovedește întotdeauna lipsită de probleme din punct de vedere juridic. Astfel, cu toate că aceste dispoziții intră în final în domeniul de aplicare al directivei respective, adeseori nu corespund normelor directivei. Aceasta a fost situația în ceea ce privește transpunerea Directivei 2005/29 în Belgia [8] și în Germania [9], astfel cum au demonstrat cauzele VTB-VAB și Galatea, precum și cauza Plus.

7 — A se vedea Hotărârea din 23 aprilie 2009, VTB-VAB (citată la nota de subsol 4, punctul 52), și Hotărârea Plus (citată la nota de subsol 5, punctul 41). În cazul unei eventuale armonizări mai ample a legislației privind practicile comerciale loiale și a dreptului contractelor în Uniunea Europeană, ar trebui să fie luate în considerare în mod adecvat și normele cuprinse în „Draft Common Frame of Reference" (DCFR), deoarece unul dintre aspectele sale esențiale este chiar protecția consumatorilor, de exemplu prin faptul că se impun comercianților obligații de informare speciale în raport cu consumatorii în ceea ce privește caracteristicile principale ale bunurilor și serviciilor achiziționate (a se vedea, de exemplu II.-3:102 DCFR). Aceste „bune practici comerciale" se află, într-o anumită măsură, în opoziție cu „practicile comerciale interzise" enumerate în anexa I la Directiva 2005/29.

8 — Dispozițiile în discuție sunt articolul 54 și următoarele din Legea belgiană din 14 iulie 1991 privind practicile comerciale și informarea și protecția consumatorului (traducerea oficială în limba germană este publicată în *Belgisches Staatsblatt* din 19 ianuarie 1994).

9 — În această cauză era vorba despre articolul 3 și despre articolul 4 punctul 6 din Legea germană privind combaterea concurenței neloiale (UWG) (BGBl. I, p. 1414), astfel cum a fost modificată ultima dată prin articolul 1 din Erstes Änderungsgesetz (Prima lege de modificare) din 22 decembrie 2008 (BGBl. I, p. 2949).

35. În conformitate cu articolul 20, Directiva 2005/29 a intrat în vigoare în ziua următoare datei publicării în *Jurnalul Oficial al Uniunii Europene*, și anume la 12 iunie 2005. Conform articolului 19 alineatul (1), statele membre erau obligate să transpună directiva în dreptul național până la 12 iunie 2007, prin adoptarea actelor cu putere de lege și a actelor administrative necesare, însă cu un termen tranzitoriu suplimentar de șase ani pentru anumite reglementări naționale mai severe. Totuși, aceste acte cu putere de lege și acte administrative trebuiau să fie aplicate numai de la 12 decembrie 2007.

36. Republica Austria și-a îndeplinit formal această obligație de transpunere prin adoptarea legii federale prin care este modificată Legea federală privind combaterea concurenței neloiale din 1984 (UWG) (Legea din 2007 de modificare a UWG, UWG-Novelle 2007), care a intrat în vigoare la 12 decembrie 2007 [10]. Dispoziția în litigiu prevăzută la articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG nu a fost însă adoptată, precum s-a indicat deja, în cadrul transpunerii Directivei 2005/29, ci își are originea într-o legislație națională anterioară [11]. În decizia de trimitere, instanța de trimitere exprimă rezerve cu privire la compatibilitatea acestei dispoziții cu dreptul comunitar [12].

10 — BGBl. I nr. 79/2007.

11 — Interzicerea avantajelor prevăzută la articolul 9a din UWG, care fusese reglementată inițial prin Prämiengesetz (Legea premiilor) din 20 iunie 1929 (BGBl. 227) și ulterior prin Zugabengesetz (Legea avantajelor) din 1934, a fost integrată în UWG prin Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz (Legea privind reforma normelor privind concurența) din 1992 (BGBl. 1992/147). Cu privire la geneza acestei dispoziții, a se vedea Duursma, D., în: *UWG – Kommentar* (editat de Maximilian Gumpoldsberger/Peter Baumann), Viena, 2006, articolul 9a, punctul 1, p. 276 și Wiltschek, L., *UWG – Kommentar*, ediția a doua, Viena, 2007, articolul 9a, p. 44.

12 — A se vedea, printre altele, p. 9 și 10 din decizia de trimitere.

B — *Cu privire la prima întrebare preliminară*

37. Cu titlu introductiv, trebuie amintit că, în cadrul unei proceduri inițiate în conformitate cu articolul 234 CE, Curtea nu este competentă să se pronunțe cu privire la compatibilitatea unei măsuri naționale cu dreptul comunitar. Curtea este totuși competentă să furnizeze instanței naționale toate elementele de interpretare proprii acestui drept care îi pot permite să aprecieze această compatibilitate în vederea judecării cauzei cu care este sesizată [13].

38. Prima întrebare preliminară urmărește să se stabilească dacă Directiva 2005/29 se opune unei dispoziții naționale, precum articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG. În acest scop, trebuie să se analizeze dacă, din punct de vedere al obiectului său normativ, o astfel de dispoziție intră în domeniul de aplicare material și personal al Directivei 2005/29. Ulterior, trebuie să se examineze dacă Directiva 2005/29 trebuie interpretată în sensul că efectele juridice prevăzute de dreptul austriac în cazul încălcării acestei dispoziții sunt de asemenea acoperite de directiva menționată.

13 — A se vedea printre altele Hotărârea din 15 iulie 1964, Costa (6/64, Rec., p. 1141), Hotărârea din 29 noiembrie 2001, De Coster (C-17/00, Rec., p. I-9445, punctul 23), și Hotărârea din 16 ianuarie 2003, Pansard și alții (C-265/01, Rec., p. I-683, punctul 18).

1. Noțiunea „practici comerciale” prevăzută la articolul 2 litera (d) din Directiva 2005/29

39. Potrivit precizărilor instanței de trimitere, articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG interzice anunțarea, în atenția consumatorilor, a unor avantaje gratuite asociate cu produse sau servicii. Prin urmare, trebuie să se prezume că există o interdicție a ofertelor comune.

40. În plus, această interdicție trebuie să vizeze practici comerciale în sensul articolului 2 litera (d) din Directiva 2005/29. Această dispoziție definește noțiunea „practică comercială” prin intermediul unei formulări deosebit de largi [14], ca „orice acțiune, omisiune, comportament, demers sau comunicare comercială, inclusiv publicitatea și comercializarea, efectuată de un comerciant, în directă legătură cu promovarea, vânzarea sau furnizarea unui produs către consumatori”.

41. Astfel cum am prezentat în mod detaliat în cauzele conexate C-261/07 (VTB-VAB) și C-299/07 (Galatea) [15] și astfel cum a confirmat Curtea în hotărârea pronunțată în aceste cauze [16], ofertele comune constituie acte comerciale care se înscriu în mod clar în cadrul strategiei comerciale a unui operator și urmăresc în mod direct promovarea și derularea vânzărilor acestuia. Prin urmare, ofertele comune reprezintă practici comerciale în sensul articolului 2 litera (d) din Directiva 2005/29, astfel încât interdicția ofertelor comune prevăzută la articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG intră în domeniul material de aplicare al acestora [17].

2. Domeniul de aplicare personal al Directivei 2005/29

42. Răspunsul la întrebarea dacă articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG intră în domeniul de aplicare personal al directivei depinde de împrejurarea dacă, la fel ca și directiva, acesta are drept obiectiv protecția consumatorilor.

14 — A se vedea Hotărârea din 23 aprilie 2009, VTB-VAB (citată la nota de subsol 4, punctul 49), și Hotărârea din 14 ianuarie 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft (citată la nota de subsol 5, punctele 36 și 39). A se vedea Keirsbilck, B., „Towards a single regulatory framework of unfair commercial practices?”, *European business law review*, 4/2009, p. 505, în opinia căruia Directiva 2005/29 se caracterizează prin domeniul său de aplicare foarte larg.

15 — A se vedea concluziile prezentate de noi la 21 octombrie 2008 în cauzele VTB-VAB și Galatea (hotărâre citată la nota de subsol 4, punctele 68-70).

16 — Hotărârea VTB-VAB (citată la nota de subsol 4, punctele 48 și 50). În legătură cu o campanie publicitară prin care participarea gratuită la o loterie a fost condiționată de achiziționarea, respectiv de utilizarea de produse și servicii într-o anumită cantitate, a se vedea Hotărârea Plus Warenhandelsgesellschaft (citată la nota de subsol 5, punctul 37).

17 — În acest sens, de asemenea, Heidinger, R., „Zugabenverbot, quo vadis?”, *Medien und Recht*, 1/2009, p. 45, care consideră că articolul 9a din UWG intră în domeniul de aplicare al Directivei 2005/29 deoarece interzicerea avantajelor prevăzută de această dispoziție trebuie calificată ca o reglementare a practicilor comerciale neloiale în raport cu consumatorii.

a) Domeniul acoperit de Directiva 2005/29

43. Astfel, directiva reglementează în principiu numai relațiile B2C („business to consumer"), cu alte cuvinte, relațiile dintre comercianți și consumatori. Aceasta rezultă, pe de o parte, din articolul 3 alineatul (1), potrivit căruia această directivă se aplică practicilor comerciale neloiale ale *întreprinderilor față de consumatori* înainte, în timpul și după o tranzacție comercială în legătură cu un produs. Această legătură este subliniată în special în considerentul (8) al directivei, potrivit căruia directiva protejează *în mod direct numai interesele economice ale consumatorilor* împotriva practicilor comerciale neloiale ale întreprinderilor față de consumatori [18].

44. Cu toate acestea, considerăm eronată presupunerea potrivit căreia, pentru acest motiv, în concepția directivei, interesele economice ale concurenților legitimi sunt considerate mai puțin demne de protecție [19]. La acest aspect ne-am referit recent în Concluziile prezentate la 3 septembrie 2009 în cauza C-304/08 (Plus) cu privire la un argument în acest sens invocat de guvernul austriac [20]. Astfel, așa cum reiese cu claritate din considerentul (8), directiva protejează de asemenea în mod indirect și întreprinderile legitime împotriva concurenților care nu respectă regulile stabilite de aceasta. Expresia normativă a acestui aspect se regăsește în articolul 11 alineatul (1) din directivă, din care rezultă obligația statelor membre de a acorda calitate procesuală activă și concurenților pentru ca aceștia să poată acționa în instanță împotriva practicilor comerciale neloiale.

45. O importanță centrală prezintă declarația din considerentul (6), potrivit căreia Directiva 2005/29 are ca obiectiv apropierea

18 — În același sens, de asemenea, Hoeren, T., „Das neue UWG – der Regierungsentwurf im Überblick", *Betriebs-Berater*, 2008, p. 1183, și Stuyck, J., „The Unfair Commercial Practices Directive and its Consequences for the Regulation of Sales Promotion and the Law of Unfair Competition", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, p. 166.

19 — În acest sens, de asemenea, Koppensteiner, H.-G., „Grundfragen des UWG im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken", *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2006, Heft 12, p. 558, în opinia căruia ar fi greșit să se nege orice relevanță a Directivei 2005/29 în raportul dintre întreprinderi. Autorul își întemeiază argumentarea atât pe considerentul (6), cât și pe considerentul (8) al directivei, din care rezultă că ar fi protejate în mod indirect interesele economice ale concurenților legitimi, precum și pe articolul 11 alineatul (1) din directivă, potrivit căruia statele membre sunt obligate să acorde și concurenților calitate procesuală activă în cazul conduitelor incompatibile cu directiva. Același autor indică în „Das UWG nach der Novelle 2007", *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, Tübingen, 2009, p. 86, nota de subsol 8, faptul că prin Directiva 2005/29 ar fi protejați în mod indirect și concurenții.

20 — A se vedea punctele 35 și 64 din concluziile prezentate de noi la 3 septembrie 2009 în cauza C-304/08 (Plus).

legislațiilor statelor membre privind practicile comerciale neloiale care dăunează *direct* intereselor economice ale consumatorilor și, prin urmare, dăunează *indirect* intereselor economice ale concurenților legitimi. Astfel, directiva ține seama de împrejurarea că interesele consumatorilor și ale concurenților nu sunt întotdeauna clar delimitate unele de celelalte, deoarece adeseori se suprapun [21]. Un mare număr de practici comerciale ale întreprinderilor se repercutează atât asupra intereselor consumatorilor, cât și asupra celor ale concurenților. Conștient de această legătură strânsă, legiuitorul comunitar a decis să țină seama de interesele consumatorilor prin intermediul unei norme care este de fapt o normă de politică a concurenței, precum cea din Directiva 2005/29 [22]. Nu există o contradicție metodologică între concepția directivei de politică a concurenței, orientată spre condițiile de funcționare a pieței interne, și concepția de protecție normativă, orientată spre interesele tipice ale consumatorului european [23]. Astfel, de exemplu, faptul că articolul 11 alineatul (1) din directivă acordă calitate

21 — Marsland, V., „Unfair Commercial Practices: Stamping out Misleading Packaging", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, p. 194, indică în mod corect faptul că, independent de obiectivul de protecție a consumatorilor, Directiva 2005/29 recunoaște că interesele consumatorilor și ale concurenților cu privire la practicile comerciale neloiale coincid și că este în interesul comun al consumatorilor și al concurenților ca toți comercianții să respecte regulile. Büllesbach, E., *Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, München, 2008, p. 16, se referă la faptul că un mare număr de practici comerciale ale întreprinderilor se repercutează atât asupra intereselor consumatorilor, cât și asupra celor ale concurenților. Prin urmare, pentru a ajunge la rezultate adecvate în ceea ce privește aprecierea tranzacțiilor comerciale în raport cu legislația privind practicile comerciale loiale, este necesară o perspectivă pluridimensională care să ia în considerare în mod unitar interesele tuturor celor vizați. Faptul că protecția consumatorilor și protecția concurenților reprezintă de regulă „două fețe ale aceleiași medalii" poate fi observat, de exemplu, în cazul publicității înșelătoare care privește nu numai interesele economice ale consumatorului, ci și pe cele ale concurenților, în măsura în care oportunitățile lor comerciale ar fi afectate. Aceleași principii se aplică în ceea ce privește denigrarea care, pe de o parte, dăunează celor care sunt criticați pe nedrept și, pe de altă parte, denaturează temeiul decizional al consumatorului prost informat. În opinia lui Bargelli, E., „L'ambito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: La nozione di pratica commerciale", *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino, 2007, p. 80, semnalează dificultatea delimitării intereselor consumatorilor de cele ale concurenților. În opinia exprimată de Schuhmacher, W., „The Unfair Commercial Practices Directive", *Law Against Unfair Competition – Towards a New Paradigm in Europe* (editor Reto M. Hilty/Frauke Henning-Bodewig), Berlin/Heidelberg, 2007, p. 132, Directiva 2005/29 arată în mod clar că în dreptul concurenței există cazuri în care protecția concurenților și protecția consumatorilor nu pot fi separate una de cealaltă.

22 — Gamerith, H., „Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: bisherige rechtspolitische Überlegungen zu einer Neugestaltung des österreichischen UWG", *Lauterkeitsrecht im Umbruch*, 2005, p. 157, exprimă chiar opinia că, în cadrul domeniului său de aplicare, Directiva 2005/29 nu delimitează în realitate interesele consumatorilor de cele ale concurenților, ci conține un „sistem incomplet B2B + B2C", ceea ce pledează pentru o transpunere a directivei prin intermediul UWG în Austria.

23 — În acest sens, de asemenea, Kessler, J., „Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung – Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2007, nr. 7, p. 716. A se vedea de asemenea Falce, V., Ghidini, G., „The new regime on unfair commercial practices at the intersection of consumer protection", *Competition law and unfair competition, Antitrust between EC law and national law*, 2009, p. 374, potrivit cărora, prin Directiva 2005/29, legiuitorul comunitar pornește de la ideea că numai o concurență liberă pe piața internă poate garanta libertatea decizională a consumatorului.

procesuală activă concurenților afectați, abilitându-i astfel să introducă acțiuni în încetare împotriva concurenților care acționează neloial, poate contribui fără îndoială la protecția consumatorului [24].

46. Independent de aceasta, directiva face diferența în mod clar, în scopul unei delimitări mai bune a domeniului său de aplicare, pe de o parte, între astfel de practici comerciale, care prejudiciază atât consumatorii, cât și concurenții, și, pe de altă parte, acele practici comerciale care pot afecta numai interesele unuia dintre cele două grupuri de persoane. Astfel, potrivit considerentului (8) al directivei, se înțelege de la sine că există alte practici comerciale care, deși nu aduc prejudicii consumatorilor, pot afecta concurenții și clienții întreprinderilor.

47. Astfel cum a constatat Curtea prin hotărârea pronunțată la 14 ianuarie 2010 în cauza Plus, această a doua categorie de cazuri nu intră în domeniul de aplicare al directivei [25], deoarece, conform considerentului (6), directiva nu reglementează și nu aduce atingere legislațiilor interne privind practicile comerciale neloiale care dăunează doar intereselor economice ale concurenților sau care au legătură cu o tranzacție între comercianți. Cuvântul „doar" semnifică în mod tipic, astfel cum rezultă dintr-o comparație a câtorva versiuni lingvistice ale Directivei 2005/29 [26], sensul de „exclusivitate". Pentru acest motiv, prin considerentul (6) al directivei se

24 — În același sens și Gamerith, H., op. cit. (nota de subsol 22), p. 157, în opinia căruia dreptul concurenților afectați de a acționa în justiție pe calea unei acțiuni în încetare împotriva concurenților lor care acționează în mod neloial mărește gradul de protecție a consumatorului, în măsura în care este vorba despre astfel de interdicții care se îndreaptă împotriva oricărei influențe neloiale asupra libertății decizionale a consumatorului prin înșelare, prin luare prin surprindere, prin ademenire, prin exercitarea de presiuni etc.

25 — A se vedea Hotărârea Plus Warenhandelsgesellschaft (citată la nota de subsol 5, punctul 39). A se vedea Micklitz, H.-W., „Full Harmonization of Unfair Commercial Practices Under Directive 2005/29", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2009, nr. 4, p. 373, potrivit căruia Directiva 2009/25 este aplicabilă raporturilor B2B, în măsura în care sunt îndeplinite două condiții: practica comercială în discuție afectează în mod direct interesele consumatorilor și în mod indirect interesele concurenților. Autorul își exprimă temerea că această limitare a domeniului de aplicare al directivei ar putea da naștere la noi strategii de apărare. Astfel, întreprinderile ar putea fi tentate să susțină că practicile lor comerciale privesc numai raporturile B2B.

26 — Germană: „lediglich"; daneză: „udelukkende"; engleză: „only"; franceză: „uniquement"; italiană: „unicamente"; olandeză: „alleen"; portugheză: „apenas"; slovenă: „samo"; spaniolă: „sólo".

afirmă de asemenea că, pentru a ține seama pe deplin de principiul subsidiarității, statele membre vor păstra, dacă doresc acest lucru, posibilitatea de a reglementa astfel de practici, în conformitate cu dispozițiile legislației comunitare.

obiectiv suplimentar care depășește protecția consumatorilor urmărită prin directivă.

b) Obiectivul de protecție al interdicției prevăzute la articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG

49. Astfel, interdicția sprijină, pe lângă protecția consumatorului, atât menținerea unei concurențe funcționale, cât și protecția pluralismului mass-mediei. Pentru a împiedica o competiție reciprocă a concurenților cu privire la prestații accesorii suplimentare, ar trebui protejați în special acei concurenți care, din cauza mijloacelor economice reduse, nu sunt în măsură să își promoveze vânzările prin intermediul unor avantaje gratuite. Această protecție este justificată având în vedere importanța mass-mediei ca factor de formare a opiniei într-o societate democratică. Acest argument a fost invocat deja de guvernul austriac în cauza C-368/95, Familiapress [29], având ca obiect compatibilitatea acestei interdicții cu libertatea de circulație a mărfurilor, iar Curtea nu a contestat că era vorba despre un obiectiv normativ legitim care poate justifica limitarea acestei libertăți fundamentale.

i) Cu privire la importanța diferită a fiecărui interes protejat

48. Prin urmare, se pune întrebarea dacă în cazul interdicției ofertelor comune, prevăzută la articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG, este vorba despre o astfel de prevedere națională care intenționează să interzică doar o practică comercială care dăunează intereselor economice ale concurenților. În această privință, instanța de trimitere [27] și guvernul austriac [28] indică faptul că interdicția în litigiu a ofertelor comune prevăzută la articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG are un

50. Totuși, trebuie să se stabilească faptul că aprecierile referitoare la importanța fiecăruia dintre interesele protejate prin UWG diferă în detaliu.

27 — A se vedea p. 10-12 din decizia de trimitere.

28 — A se vedea p. 4 și 5 din memoriul guvernului austriac.

29 — Hotărârea din 26 iunie 1997, Familiapress (C-368/95, Rec., p. I-3689).

51. Din punctul de vedere al instanței de trimitere, care are în vedere evaluarea probabilă a legiuitorului austriac, articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG nu urmărește în principal obiectivul protecției consumatorului, ci „cel puțin în aceeași măsură" protecția concurenților și menținerea unor raporturi concurențiale funcționale [30]. Pe de altă parte, acest aspect este contestat în mod expres de către guvernul austriac, care arată, la rândul său, că interdicția ofertelor comune este destinată să asigure „în primul rând" protecția concurenței funcționale în sectorul massmediei [31], însă fără a prezenta dovezi convingătoare în susținerea acestei teze, cu atât mai mult cu cât observațiile sale cu privire la asocierea unei reviste cu un joc promoțional în litigiul principal avertizează în mod repetat asupra pericolului influențării consumatorului prin intermediul exploatării dependenței sale de joc [32]. Apreciem că nu există aproape nicio îndoială că temerea exprimată în aceste observații de către guvernul austriac se situează în primul rând în cadrul protecției consumatorului.

52. În ceea ce privește afirmațiile divergente referitoare la interpretarea dreptului național, trebuie să se precizeze următoarele.

53. Pe de o parte, trebuie să se amintească faptul că procedura întemeiată pe articolul 234 CE are la bază cooperarea dintre Curte și instanțele naționale, în cadrul căreia nu este de competența Curții să se pronunțe asupra interpretării dispozițiilor naționale și nici să hotărască dacă interpretarea acestora de către instanța de trimitere este corectă [33]. În schimb, în cadrul repartizării competențelor între instanțele comunitare și cele naționale, Curtea are obligația, din punct de vedere procesual, de a lua considerare, în principiu, cadrul factual și juridic în care în care se încadrează întrebările preliminare, astfel cum acesta este definit de instanța de trimitere [34].

54. Pe de altă parte, această apreciere diferită din punctul de vedere al dreptului material se dovedește în final lipsită de importanță, deoarece este în orice caz necontestat faptul că dispoziția de la articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG nu urmărește interzicerea practicilor comerciale neloiale care, în sensul considerentului (6) al directivei, dăunează *doar* intereselor economice ale concurenților sau care au legătură cu o tranzacție între comercianți. Dimpotrivă, există unanimitate

30 — A se vedea p. 10-12 din decizia de trimitere.

31 — A se vedea punctul 11, p. 4, din memoriul guvernului austriac.

32 — În această privință, există o similitudine cu argumentele invocate de guvernul german în cauza C-304/08 (Plus), în care era vorba despre compatibilitatea unei reglementări naționale (articolul 4 punctul 6 din UWG din Germania) care interzicea ofertele comune asociate cu concursuri și jocuri promoționale. La originea acestei interdicții se aflau în primul rând considerații de protecție a consumatorilor. Cu privire la argumentarea guvernului german în această cauză, a se vedea concluziile prezentate de noi la 3 septembrie 2009, în special punctele 93 și 107.

33 — A se vedea în acest sens Hotărârea din 3 octombrie 2000, Corsten (C-58/98, Rec., p. I-7919, punctul 24), și Hotărârea din 29 aprilie 2004, Orfanopoulos și Oliveri (C-482/01și C-493/01,Rec., p. I-5257, punctul 42).

34 — A se vedea Hotărârea din 25 octombrie 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Rec., p. I-8089, punctul 10), Hotărârea din 13 noiembrie 2003, Neri (C-153/02, Rec., p. I-13555, punctele 34 și 35), Hotărârea Orfanopoulos și Oliveri (citată la nota de subsol 33, punctul 42), și Hotărârea din 21 aprilie 2005, Lindberg (C-267/03, Rec., p. I-3247, punctele 41 și 42).

cu privire la faptul că, prin obiectivul său normativ, articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG interzice practicile comerciale neloiale care produc efecte întotdeauna asupra domeniului B2C. Prin urmare dispoziția cuprinsă la articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG intră, în orice caz, în domeniul de aplicare al Directivei 2005/29, fiind irelevant dacă această interdicție a ofertelor comune servește în mod prioritar protecției unui anumit drept, protecției intereselor consumatorilor, ale concurenților sau ale colectivității, de exemplu sub forma menținerii pluralismului mass-mediei. În această privință, în vederea prezentei proceduri a întrebărilor preliminare, este lipsit de importanță din punct de vedere juridic dacă și în ce măsură reglementarea națională în litigiu urmărește în plus, astfel cum a susținut guvernul austriac, obiectivul menținerii pluralismului mass-mediei.

ii) Examinarea dispozițiilor și a jurisprudenței naționale relevante

55. Având în vedere necesitatea de a da instanței de trimitere un răspuns util la întrebările preliminare adresate [35] și ținând seama, în același timp, de obligația ce revine avocaților generali în temeiul articolului 222 al doilea paragraf CE de a prezenta, cu deplină imparțialitate și în deplină independență, concluzii motivate [36], indicăm cu titlu subsidiar faptul că o examinare a normelor respective, inclusiv a lucrărilor pregătitoare referitoare la UWG, relevă faptul că protecția consumatorilor trebuie să fi fost pentru legiuitorul austriac cel puțin la fel de importantă ca și protecția concurenților. Astfel, din explicațiile cu privire la proiectul de lege al guvernului din anul 2007 pentru modificarea UWG (UWG-Novelle 2007) [37] trebuie să se deducă faptul că, în esență, UWG nu reglementează domeniul B2B în alt mod decât domeniul B2C, deoarece din punctul de vedere al legiuitorului austriac protecția consumatorilor și protecția concurenților „nu sunt separabile".

35 — În Hotărârea din 12 iulie 1979, Union laitière normande (244/78, Rec., p. 2663, punctul 5), Curtea a precizat că, deși articolul 234 CE nu îi permite să aprecieze motivele unei cereri de pronunțare a unei hotărâri preliminare, „totuși, necesitatea de a ajunge la o interpretare utilă a dreptului comunitar impune definirea cadrului juridic în care trebuie plasată interpretarea solicitată". Potrivit Lenaerts, K., Arts, A., Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, ediția a doua, p. 188, punctul 6-021, nu există nimic care să împiedice Curtea să prezinte modul în care înțelege faptele din acțiunea principală și anumite aspecte ale dreptului național ca punct de pornire pentru o interpretare utilă a dispozițiilor și a principiilor de drept comunitar aplicabile.

36 — În opinia avocatului general Ruiz-Jarabo Colomer, „La función del Abogado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Problèmes d'interprétation*, Bruxelles, 2004, p. 334 și 335, concluziile trebuie să servească judecătorilor ca bază pentru deliberări. De regulă, acestea trebuie ofere un răspuns la problemele de drept care se ridică în cadrul unei proceduri, jurisprudența anterioară a Curții trebuind să facă obiectul unei examinări aprofundate. Avocatul general subliniază de asemenea importanța din ce în ce mai mare a doctrinei în ceea ce privește examinarea problemei de drept respective.

37 — În „Erläuterungen zur Regierungsvorlage für ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG geändert wird (UWG-Novelle 2007)", publicate în revista *Recht und Wettbewerb*, anul 53, nr. 170, decembrie 2007, p. 13, se menționează: „la fel ca și în UWG în vigoare, în esență, proiectul nu reglementează domeniul B2B altfel decât domeniul B2C, deoarece protecția consumatorilor și protecția concurenților nu sunt separabile".

56. Aceasta corespunde opiniei dominante din literatura juridică potrivit căreia, nu în ultimul rând pentru acest motiv, prin UWG sunt protejate în egală măsură, pe lângă interesele concurenților și ale colectivității, și interesele consumatorilor și, prin urmare, se pornește de la existența unui „obiectiv de protecție triplu” [38]. Aceeași este situația și în cazul dispoziției cuprinse la articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG, care constituie obiectul central al prezentei cauze și al cărui caracter de protecție a consumatorilor nu este pus la îndoială în literatura juridică [39].

57. În plus, trebuie să se constate că și potrivit jurisprudenței Oberster Gerichtshof [40] – în parte cu trimitere la opiniile exprimate în doctrină – scopul interdicției avantajelor cuprinse la articolul 9a alineatul (1) din UWG, este reprezentat, în principal, de protecția

38 — Potrivit opiniei exprimate de Prunbauer, M., în „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”, Recht und Wettbewerb, anul 49, nr. 161, septembrie 2003, p. 3, UWG privește în principiu nu numai aspecte referitoare la consumatori în contextul conduitei concurențiale, ci și, în aceeași măsură, aspecte referitoare la concurenți și la colectivitate. O măsură de publicitate nu poate fi privită sau apreciată în mod unilateral numai în legătură cu consumatorii. Protecția concurenților și interesul colectivității în ceea ce privește o concurență funcțională servește cel puțin în mod indirect și protecției consumatorilor, deoarece asigură o concurență efectivă, ceea ce este și în interesul consumatorilor. Autoarea deduce de aici faptul că o acțiune concurențială nu poate fi separată nici în viața economică reală, nici pe plan doctrinar între o „parte a concurenței privind consumatorii” și o „parte a concurenței privind întreprinderile”. Potrivit Wiebe, A., „Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform”, *Juristische Blätter*, anul 129, nr. 2, februarie 2007, p. 71, în ceea ce privește Austria și Germania, este de mult timp necontestat faptul că UWG servește protecției concurenților, a consumatorilor și intereselor generale, astfel cum este stabilit în mod expres în articolul 1 din noua UWG germană. De fapt, suprapunerea imanentă a obiectivelor de protecție determină prin natura sa ca o separare a normelor juridice între tranzacții B2B și tranzacții B2C să fie imposibilă. A se vedea, în mod similar, și Büllesbach, E., op.cit. (nota de subsol 21), p. 15, care se referă la obiectivul de protecție triplu (consumator, concurent, colectivitate) care stă la baza reglementărilor privind practicile comerciale loiale în Germania și Austria. Lettner, H., „Die Umsetzung der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – Eine Bilanz des UWG-Neu in Österreich und Deutschland”, *European Law Reporter*, 2009, nr. 9, p. 313, indică de asemenea faptul că UWG austriacă urmărește în general protecția intereselor întreprinderilor, a intereselor colectivității și a intereselor consumatorilor.

39 — Astfel, Duursma-Kepplinger, D., op. cit. (nota de subsol 11), indică faptul că articolul 9a din UWG servește și protecției consumatorilor (articolul 16, punctul 24, p. 808). Scopul limitării legale a avantajelor constă printre altele în protecția cumpărătorului față de publicitatea subiectivă și înșelătoare și în evitarea unei competiții reciproce a concurenților cu privire la prestații accesorii (suplimentare) (articolul 9a, punctul 2, p. 276). Autoarea exprimă opinia că obiectivul real al UWG constă în oferirea unei protecții preventive a intereselor generale ale consumatorilor cu privire la o concurență lipsită de practici neloiale (articolul 16, punctul 26, p. 810). Potrivit Horak, M., „Naht das Ende des Zugabenverbots?”, *Ecolex*, 2008, p. 1138, scopul interdicției primelor cuprinse la articolul 9a alineatul (1) din UWG este reprezentat în principal de protecția consumatorilor. În această privință, autorul face trimitere la hotărârea pronunțată de Oberster Gerichtshof, citată la nota de subsol 40 din prezentele concluzii. A se vedea de asemenea Kucsko, G., „Zur rechtspolitischen Begründung des Zugabenverbots”, *Ecolex*, 1992, p. 709, care reconstituie geneza istorică a interdicției avantajelor în Austria de la începutul secolului 20. Autorul semnalează faptul că scopul primar al „interdicției austriece a avantajelor” de la geneza sa constă în a împiedica situația în care consumatorii sunt influențați în mod subiectiv prin intermediul primelor în ceea ce privește decizia de cumpărare și disimularea adevăratului preț al produsului principal și, astfel, inducerea în eroare a clientului. În plus, aceasta urmărește să acționeze împotriva unei competiții reciproce a întreprinderilor aflate în concurență.

40 — A se vedea hotărârea Oberster Gerichtshof din 9 martie, Fini's Feinstes (dosarul nr. 4 Ob 28/99t). Se precizează în cuprinsul acesteia: „scopul interdicției avantajelor este reprezentat în principal de protecția consumatorilor: raționamentul consumatorilor – de exemplu atunci când li se dă posibilitatea de a participa la un joc promoțional – nu trebuie să fie tulburat de plăcerea de a juca sau de dorința de obține un câștig. Decizia de cumpărare trebuie să intervină având în vedere calitatea și prețul unui produs, precum și pe baza unei comparări obiective a produselor, iar nu mai mult sau puțin în lipsa unei verificări, pentru a câștiga premiul pus în joc ca momeală”.

consumatorilor. Potrivit acestei jurisprudențe, raționamentul consumatorilor – de exemplu în ceea ce privește oferirea unei posibilități de participare la un joc promoțional – nu trebuie să fie tulburat de plăcerea de a juca sau de dorința de a obține un câștig.

58. În consecință și în urma unei examinări a dispozițiilor și a jurisprudenței austriece relevante, trebuie să se presupună că interdicția avantajelor prevăzută la articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG servește cel puțin în același mod protecției consumatorilor.

c) Concluzie

59. Având în vedere considerațiile precedente, concluzionăm că dispoziția națională cuprinsă la articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG intră în domeniul de aplicare al Directivei 2005/29. În consecință, aceasta trebuie apreciată în raport cu normele din directivă [41].

3. Examinarea structurii ambelor reglementări

a) Dispozițiile Directivei 2005/29

60. Pentru a putea stabili dacă Directiva 2005/29 se opune unei dispoziții naționale precum articolul 9a alineatul (1) din UWG,

41 — A se vedea Horak, M., „Zugabenverbot gemeinschaftsrechtswidrig?", *Ecolex*, 2009/123, p. 341, în opinia căruia prima întrebare preliminară se referă la problema dacă o interdicție *per se* a avantajelor, care urmărește să protejeze atât consumatorii, cât și întreprinderile, este compatibilă cu Directiva 2005/29. În opinia autorului, o astfel de interdicție *per se* este contrară dreptului comunitar, de vreme ce domeniul său de aplicare nu poate fi delimitat cu claritate și nu poate fi limitat la oferte care sunt adresate întreprinderilor și nu aduc atingere intereselor consumatorilor. Aceste condiții nu sunt îndeplinite în cazul articolului 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG. În opinia exprimată de Lettner, H., op. cit. (nota de subsol 38), nr. 9, p. 317, împrejurarea că interdicția ofertelor comune, prevăzută la articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG servește nu numai protecției consumatorilor, ci și altor scopuri care nu sunt cuprinse în domeniul de aplicare material al directivei, de exemplu menținerea pluralismului mass-mediei sau protecția concurenților mai slabi, nu justifică menținerea, pe lângă listele negre, a unei interdicții *per se* pentru domeniul B2C. Ambii autori presupun, așadar, că reglementarea națională în litigiu intră în domeniul de aplicare al Directivei 2005/29.

este necesar să se examineze și, ulterior, să se compare cele două reglementări din punctul de vedere al obiectivului și al structurii lor normative.

i) Obiectivul normativ al armonizării complete și maxime a reglementărilor naționale

61. Astfel cum am expus la început [42], Directiva 2005/29 urmărește o armonizare completă a prevederilor legale din statele membre cu privire la practicile comerciale neloiale. În plus, spre deosebire de situația anterioară în ceea ce privește instrumentele legale specific sectoriale de armonizare a dreptului protecției consumatorilor, se urmărește nu numai o armonizare minimă, ci o armonizare maximă a prevederilor legale naționale, care, cu anumite excepții, nu permit statelor membre să mențină sau să introducă reglementări mai severe, independent de aspectul dacă în acest mod se urmărește un nivel mai ridicat de protecție a consumatorilor [43]. Ambele concluzii rezultă atât din interpretarea preambulului directivei, cât și din interpretarea dispozițiilor generale ale acesteia.

62. Aceasta rezultă, pe de o parte, din considerentul (11) al Directivei 2005/29, potrivit căruia *apropierea* dispozițiilor de drept intern pe baza acestei directive creează un nivel comun ridicat de protecție a consumatorilor. Pe de altă parte, considerentul (12) al directivei menționează că întreprinderile și consumatorii vor putea să se sprijine pe un *cadru de reglementare unic*, bazat pe concepte juridice clar definite, care să reglementeze toate aspectele practicilor comerciale neloiale în cadrul Uniunii Europene. La metoda *apropierii* legislațiilor se face din nou referire la articolul 1 din Directiva 2005/29, din care rezultă că aceasta servește scopului de a îmbunătăți protecția consumatorilor și de a perfecționa piața internă.

63. Obiectivul unei reglementări ample și maxime la nivel comunitar în aria acoperită de domeniul de aplicare al directivei devine din nou clar în considerentele (14) și (15) ale directivei, în care este vorba despre o *armonizare completă*. În plus, aceasta rezultă din clauza privind piața internă de la articolul 4 din directivă, potrivit căruia statele membre nu limitează libertatea de a presta servicii, nici nu limitează libera circulație a mărfurilor din motive care se încadrează în domeniul în care prezenta directivă vizează *apropierea* dispozițiilor în vigoare.

42 — A se vedea punctul 33 din prezentele concluzii.

43 — A se vedea Hotărârea VTB-VAB (citată la nota de subsol 4, punctul 52).

64. Cu titlu de excepție, articolul 3 alineatul (5) din directivă prevede că, pentru o perioadă de șase ani începând de la 12 iunie 2007, statele membre pot continua să aplice dispoziții de drept intern a căror apropiere este reglementată de prezenta directivă, mai restrictive sau mai riguroase decât directiva. Totuși, această excepție se limitează la acele reglementări naționale care au fost adoptate pentru transpunerea directivelor care conțin clauze de armonizare minimă [44]. În sfârșit, o altă excepție de la armonizarea completă se regăsește la articolul 3 alineatul (9) în legătură cu serviciile financiare, în sensul Directivei 2002/65/CE, și în legătură cu bunurile imobile.

ii) Structura normativă a Directivei 2005/29

65. Nucleul Directivei 2005/29 este clauza generală din articolul 5 alineatul (1), care prevede interzicerea practicilor comerciale neloiale. Articolul 5 alineatul (2) precizează ce trebuie să se înțeleagă prin „neloial". Potrivit acestei dispoziții, o practică comercială este neloială dacă, pe de o parte, este contrară cerințelor „diligenței profesionale", iar pe de altă parte, poate să „denatureze în mod semnificativ" comportamentul economic al consumatorului. În conformitate cu alineatul (4) al acestui articol, sunt neloiale în special practicile comerciale care sunt înșelătoare (articolele 6 și 7) sau agresive (articolele 8 și 9). Alineatul (5) face trimitere la anexa I și la practicile comerciale menționate în aceasta, care sunt „considerate neloiale în orice situație". Această listă este aplicabilă unitar în toate statele membre și poate fi modificată numai printr-o modificare a directivei.

66. În ceea ce privește aplicarea dreptului de către instanțele naționale și de către autoritățile administrative, rezultă de aici că, în primul rând, trebuie să ne referim la lista de 31 de cazuri de practici comerciale neloiale care sunt menționate în anexa I. Dacă o practică comercială se încadrează în unul dintre aceste cazuri, atunci trebuie să fie interzisă. Interzicerea nu depinde de o altă analiză, de exemplu de o analiză a efectelor practicii comerciale respective. Dacă situația de fapt concretă nu intră în unul din cazurile prevăzute de această listă, atunci trebuie să se analizeze dacă există unul dintre cazurile

44 — Printre directivele care conțin clauze de armonizare minimă în sensul articolului 3 alineatul (5) din Directiva 2005/29 se numără următoarele: Directiva 85/577/CEE a Consiliului din 20 decembrie 1985 privind protecția consumatorilor în cazul contractelor negociate în afara spațiilor comerciale (JO L 372, p. 31, Ediție specială, 15/vol. 1, p. 188), Directiva 94/47/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 octombrie 1994 privind protecția dobânditorilor în ceea ce privește anumite aspecte ale contractelor privind dobândirea dreptului de folosință pe durată limitată a bunurilor imobile (JO L 280, p. 83, Ediție specială, 13/vol. 14, p. 204), Directiva 97/7/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 20 mai 1997 privind protecția consumatorilor cu privire la contractele la distanță (JO L 144, p. 19, Ediție specială, 15/vol. 4, p. 160), Directiva 98/6/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 februarie 1998 privind protecția consumatorului prin indicarea prețurilor produselor oferite consumatorilor (JO L 80, p. 27, Ediție specială, 15/vol. 4, p. 206), Directiva 89/552/CEE a Parlamentului European și a Consiliului din 3 octombrie 1989 privind coordonarea anumitor acte cu putere de lege și acte administrative ale statelor membre cu privire la desfășurarea activităților de difuzare a programelor de televiziune (JO L 298, p. 23, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 215).

exemplificative prevăzute de clauza generală – practicile comerciale înșelătoare sau agresive. Numai în cazul care nu aceasta este situația își găsește aplicare în mod direct clauza generală prevăzută la articolul 5 alineatul (1) din directivă [45].

b) Dispozițiile UWG

67. Potrivit unei jurisprudențe constante, fiecare dintre statele membre destinatare ale unei directive are obligația de a lua, în cadrul ordinii juridice naționale, toate măsurile necesare în vederea asigurării efectului deplin al directivei, conform obiectivului urmărit [46]. Aceasta implică obligația legiuitorului național de a transpune în mod corect directiva respectivă în dreptul național [47]. Potrivit modului său de redactare, articolul 249 al treilea paragraf CE lasă totuși autorităților naționale competența în ceea ce privește forma și mijloacele. Această libertate de alegere este recunoscută în special legiuitorului național.

68. Pentru acest motiv, jurisprudența recunoaște că transpunerea unei directive în dreptul intern nu impune în mod necesar o preluare textuală a dispozițiilor sale într-o normă juridică expresă și specifică [48]. Este important ca textele adoptate în vederea transpunerii să îndeplinească cerințele privind claritatea și securitatea juridică, pentru ca programul urmărit de directivă să fie în totalitate realizat prin aplicarea dreptului național de către instanțele și autoritățile statului membru în discuție [49].

45 — În același sens, de asemenea, schema analizei utilizate de De Cristofaro, G., „La direttiva 2005/29/CE – Contenuti, rationes, caratteristiche", *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino, 2007, p. 12, și de Henning-Bodewig, F., „Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2005, nr. 8/9, p. 631.

46 — A se vedea printre altele Hotărârea din 1 februarie 1977, Verbond van Nederlandse Ondernemingen (51/76, Rec., p. 113, punctul 22), Hotărârea din 26 februarie 1986, Marshall (152/84, Rec., p. 723, punctul 48), Hotărârea din 24 octombrie 1996, Kraaijeveld și alții (C-72/95, Rec., p. I-5403, punctul 55), Hotărârea din 17 iunie 1999, Comisia/Italia (C-336/97, Rec., p. I-3771, punctul 19), Hotărârea din 8 martie 2001, Comisia/Franța (C-97/00, Rec., p. I-2053, punctul 9), Hotărârea din 7 mai 2002, Comisia/Suedia (C-478/99, Rec., p. I-4147, punctul 15), și Hotărârea din 26 iunie 2003, Comisia/Franța (C-233/00, Rec., p. I-6625, punctul 75).

47 — Transpunerea directivei este parte componentă a unui proces legislativ în două etape, a doua etapă fiind realizată la nivelul dreptului național. Prin transpunerea materială la nivelul dreptului național se concretizează conținutul normativ al directivelor [a se vedea în această privință Vcelouch, P., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (editată de Heinz Mayer), Viena, 2004, articolul 249, punctele 48 și 50, p. 17 și 18].

48 — A se vedea Hotărârea din 28 februarie 1991, Comisia/Germania (C-131/88, Rec., p. I-825, punctul 6), Hotărârea din 20 martie 1997, Comisia/Germania (C-96/95, Rec., p. I-1653, punctul 35), Hotărârea din 15 noiembrie 2001, Comisia/Italia (C-49/00, Rec., p. I-8575, punctele 21 și 22), Hotărârea din 28 aprilie 2005, Comisia/Italia (C-410/03, Rec., p. I-3507, punctul 60). Acest aspect este semnalat în mod corect de Seichter, D., „Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, p. 1088, în legătură cu cerința transpunerii Directivei 2005/29 în dreptul german.

49 — În acest sens, Ruffert, M., în Calliess/Ruffert (editori), *Kommentar zu EUV/EGV*, ediția a treia, 2007, articolul 249, punctul 49, p. 2135. Potrivit unei jurisprudențe constante, transpunerea unei directive trebuie să asigure efectiv deplina aplicare a acesteia (a se vedea printre altele Hotărârea din 9 septembrie 1999, Comisia/Germania, C-217/97, Rec., p. I-5087, punctul 31, Hotărârea din 16 noiembrie 2000, Comisia/Grecia, C-214/98, Rec., p. I-9601, punctul 49, și Hotărârea din 11 iulie 2002, Marks & Spencer, C-62/00, Rec., p. I-6325, punctul 26).

i) Prezentarea structurii normative a interdicției prevăzute la articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG

69. Potrivit precizărilor instanței de trimitere, articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG interzice anunțarea, în atenția consumatorilor, a unor avantaje gratuite asociate cu produse sau servicii. În cazul în care produsul principal constă într-o publicație periodică (ziar, revistă), interdicția se extinde și asupra simplei oferiri sau acordări de avantaje. Potrivit jurisprudenței Oberster Gerichtshof [50], se consideră un avantaj în special posibilitatea de a participa la un joc promoțional asociată cu achiziționarea produsului principal.

70. După cum rezultă din decizia de trimitere [51], această dispoziție este însă interpretată restrictiv în jurisprudență, așa încât nu orice avantaj gratuit este considerat nelegal. Astfel, potrivit unei jurisprudențe constante a Oberster Gerichtshof, aplicarea articolului 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG presupune că, într-un caz concret, conduita contestată (a) a fost în mod obiectiv de natură să influențeze consumatorii în ceea ce privește decizia acestora de a achiziționa produsul principal (prestația principală) [52] și, prin urmare, această conduită (b) a putut conduce la o deplasare a cererii, care nu este nesemnificativă [53]. Pentru acest motiv, într-o anumită măsură lipsește chiar elementul constitutiv prevăzut la alineatul (1), întrucât lipsește „avantajul” nelegal în sensul acestei dispoziții, deoarece condițiile menționate mai sus, dezvoltate în jurisprudență, nu sunt îndeplinite [54].

71. Independent de această interpretare restrictivă din jurisprudența austriacă, trebuie să se constate că norma prevăzută la articolul 9a din UWG se bazează pe un principiu regulă-excepție, astfel încât asocierea a două produse sau servicii diferite în vederea promovării vânzării rămâne interzisă conform alineatului (1), în măsura în care nu sunt aplicabile excepțiile menționate la alineatul (2). Cu alte cuvinte, această dispoziție interzice

50 — A se vedea p. 10 din decizia de trimitere.

51 — La pagina 8 din decizia de trimitere, instanța de trimitere menționează decizia Oberster Gerichtshof din 20 octombrie 1992, Welt des Wohnens (dosar nr. 4 Ob 87/92), decizia din 30 ianuarie 2008, ORF-Teletext (dosar nr. 3 Ob 273/07d), și decizia din 14 februarie 2008, (dosar nr. 4 Ob 17/08s).

52 — La pagina 8 din decizia de trimitere, instanța de trimitere menționează hotărârea Welt des Wohnens, citată la nota de subsol 51.

53 — La pagina 8 din decizia de trimitere, instanța de trimitere menționează hotărârea Oberster Gerichtshof din 14 decembrie 1999, Tipp des Tages III (dosar nr. 4 Ob 290/99x).

54 — A se vedea de asemenea p. 4 din memoriul reclamantei din acțiunea principală.

asocierea a două mărfuri sau prestații diferite în scopul promovării vânzării și prevede, așadar, o interzicere de principiu a ofertelor comune [55].

a) Dreptul național scris

i) Inversarea sistemului normativ

4. Compatibilitatea reglementării în litigiu cu Directiva 2005/29

72. În plus, trebuie să se analizeze problema compatibilității reglementării în litigiu cu Directiva 2005/29, urmând a fi examinată în primul rând structura reglementării naționale. În cazul în care s-ar constata o incompatibilitate a dreptului național, astfel cum reiese din formularea legii, trebuie să se examineze ulterior dacă, prin utilizarea interpretării restrictive a Oberster Gerichtshof, menționată mai sus, această reglementare poate fi totuși considerată conformă cu directiva.

73. În ceea ce privește problema compatibilității reglementării în litigiu cu Directiva 2005/29, trebuie să se constate că interdicția în litigiu a ofertelor comune prevăzută la articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG reprezintă o normă specială în cadrul UWG, care nu își găsește pentru moment un corespondent în Directiva 2005/29. Articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG impune o interdicție de principiu a ofertelor comune care nu este prevăzută de directivă.

74. În plus, din cauza principiului regulă-excepție pe care se întemeiază, această reglementare națională prezintă o altă structură normativă decât Directiva 2005/29. Această inversare a sistemului normativ este cea care, în primul rând, ridică îndoieli cu privire la compatibilitatea cu directiva menționată, factorul important fiind nu atât configurarea formală a reglementării – întrucât legiuitorului național i se acordă totuși o anumită marjă de apreciere în ceea ce privește transpunerea –, cât conținutul normativ a acestei dispoziții naționale. Acesta nu corespunde conținutului Directivei 2005/29. Astfel cum am expus deja în concluziile prezentate în cauzele conexate

55 — A se vedea Horak, M., op. cit. (nota de subsol 39), p. 1137, care compară dispoziția articolului 9a din UWG cu așanumitele „interdicții *per se*". Prin intermediul interdicțiilor *per se*, anumite practici comerciale descrise în mod abstract sunt interzise în principiu fără ca o instanță să poată examina de la caz la caz efectele asupra consumatorilor sau asupra concurenților. Pentru a compensa în mod adecvat cerințele practicii, astfel de interdicții sunt însoțite adeseori de o listă de excepții. În opinia autorului, prin reglementarea, la alineatul (1), a unei interdicții de principiu a avantajelor și a unei liste de excepții, articolul 9a din UWG urmează acest sistem. Heidinger, R., op. cit. (nota de subsol 17), p. 45, exprimă opinia potrivit căreia dispoziția prevăzută la articolul 9a din UWG este concepută ca o interdicție *per se* prin care sunt interzise anumite practici comerciale fără să fie necesară examinarea de la caz a caz a efectelor asupra consumatorilor.

C-261/07 (VTB-VAB) și C-299/07 (Galatea), Directiva 2005/29 urmează o concepție care este în favoarea libertății antreprenoriale a comercianților și care corespunde, în esență, principiului de drept *in dubio pro libertate* [56]. Prin urmare, contrar dispoziției de la articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG, directiva prezumă caracterul loial al practicilor comerciale atât timp cât condițiile juridice detaliat definite ale unei interdicții nu sunt îndeplinite [57].

măsura necesară pentru buna funcționare a pieței interne și pentru asigurarea unui nivel ridicat de protecție a consumatorului [58].

ii) Insuficiența excepțiilor prevăzute la articolul 9a alineatul (2) din UWG

75. Această concepție liberală se inserează într-un cadru concret de reglementare care constă în a asigura atingerea obiectivului legiuitorului comunitar, consacrat în considerentele (4) și (5) ale directivei, precum și la articolul 1 din aceasta, de eliminare a obstacolelor din calea liberei circulații transfrontaliere a serviciilor și mărfurilor sau a libertății de stabilire, care rezultă din numărul mare de dispoziții naționale referitoare la practicile comerciale neloiale, prin intermediul unor norme uniforme la nivel comunitar, în

76. În plus, excepțiile de la interdicțiile de principiu, precum excepția prevăzută la articolul 9a alineatul (2) din UWG, nu sunt de natură să acopere toate categoriile de cazuri în care trebuie să se presupună existența unei practici comerciale legale potrivit dispozițiilor Directivei 2005/29 deoarece acestea nu permit o apreciere de la caz la caz de către instanțele și de către autoritățile

56 — A se vedea concluziile prezentate de noi în cauzele VTB-VAB și Galatea (citată la nota de subsol 15, punctul 81). În sens evident aprobator, Micklitz, H.-W., op. cit. (punctul 25), p. 374.

57 — Pentru acest motiv, Abbamonte, G., „The unfair commercial practices Directive and its general prohibition", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, p. 15, descrie concepția directivei ca liberală. Potrivit acesteia, tot ceea ce nu este interzis este permis. De Cristofaro, G., op. cit. (nota de subsol 45), p. 11, notează în mod corect că urmează o concepție punctuală prin stabilirea criteriilor de apreciere a caracterului neloial al unei practici comerciale, renunțând totodată în totalitate la descrierea caracteristicilor unei practici comerciale loiale.

58 — A se vedea 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", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, p. 47 și 48, care subliniază efectul de armonizare al Directivei 2005/29, ce are ca obiectiv surmontarea diferențelor considerabile existente până la intrarea sa în vigoare între reglementările privind practicile comerciale loiale din statele membre. În sens similar, de asemenea, Bargelli, E., op. cit. (nota de subsol 21), p. 79. Weatherill, S., „Who is the «Average Consumer»", *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk, 2007, p. 137, califică această concepție a Directivei 2005/29 drept dereglementare însoțită de o reglementare simultană. Armonizarea legislațiilor naționale reduce controlul pieței prin suprimarea diversității legislative din statele membre în favoarea unei reglementări uniforme. În opinia exprimată de Falce, V., Ghidini, G., op. cit. (nota de subsol 20), p. 372, directiva are ca obiectiv să restabilească, pe de o parte, echilibrul concurenței în interiorul unei piețe interne fără frontiere și, pe de altă parte, echilibrul protecției consumatorilor.

naționale competente [59]. Acest aspect a fost confirmat de către Curte și în Hotărârea VTB-VAB și Galatea [60].

77. Având în vedere că ofertele comune nu sunt enumerate printre practicile comerciale menționate în anexa I, care trebuie considerate neloiale în orice situație, aceste oferte pot fi interzise în principiu numai atunci când constituie practici comerciale neloiale, de exemplu pentru că sunt înșelătoare sau agresive în sensul directivei. În afară de aceasta, potrivit Directivei 2005/29, o interdicție poate fi luată în considerare numai atunci când o practică comercială trebuie apreciată ca neloială deoarece este contrară cerințelor diligenței profesionale sau deoarece denaturează sau poate denatura semnificativ comportamentul economic al consumatorului mediu cu privire la un produs.

78. Nu se poate afirma cu caracter de generală valabilitate dacă aceasta este situația în ceea ce privește ofertele comune, ci, dimpotrivă, este nevoie de o apreciere de la caz la caz a practicii comerciale concrete. Aceasta rezultă cu claritate din considerentul (7) al directivei, potrivit căruia ar trebui să se țină seama de contextul cazului individual în cauză atunci când se aplică prezenta directivă, în special clauzele generale. Cuvântul „în special" arată de asemenea că respectiva apreciere de la caz la caz nu se limitează la aplicarea clauzei generale a articolului 5 alineatul (1), ci se întinde și la aplicarea dispozițiilor articolelor 5-9 din directivă, care o concretizează. Potrivit considerentului (17) al directivei, și legiuitorul comunitar pornește de la ideea că, în cazul în care o practică comercială nu intră în categoria practicilor comerciale menționate în anexa I, este necesară o apreciere de la caz la caz în temeiul dispozițiilor articolelor 5-9 din directivă. Aceasta rezultă dintr-o interpretare *a contrario* a celei de a treia teze a considerentului (17) al directivei, care prevede astfel că practicile comerciale enumerate în anexa I sunt singurele practici comerciale care „pot fi considerate neloiale fără o evaluare de la caz la caz în conformitate cu dispozițiile articolelor 5-9".

iii) Concluzie intermediară

79. Astfel cum rezultă din textul legii, reglementarea în litigiu nu este compatibilă cu Directiva 2005/29.

59 — A se vedea în acest sens, de asemenea, Heidinger, R., op. cit. (nota de subsol 17), p. 46.

60 — Citată la nota de subsol 4, punctele 64 și 65.

b) Posibilitatea unei interpretări conforme cu directiva

80. Astfel cum am expus în concluziile prezentate în cauza Plus [61], pentru a aprecia dacă o dispoziție națională contravine dreptului comunitar, se ține cont nu numai de formularea acestei dispoziții, ci și de interpretarea conferită acestei prevederi de instanțele naționale [62]. Deoarece jurisprudența unui stat membru reproduce interpretarea legii, cu efect obligatoriu pentru toate subiectele de drept, aceasta constituie un criteriu esențial pentru aprecierea transpunerii și a interpretării conforme cu dreptul comunitar a dreptului național [63].

81. Prin urmare, împrejurarea că Oberster Gerichtshof dă, în general, o interpretare restrictivă interdicției de principiu a ofertelor comune pledează în favoarea unei compatibilități cu directiva. Nu se poate exclude faptul că, prin interpretarea restrictivă dată de instanța națională, o astfel de interdicție este atât de fragilizată încât devine compatibilă cu directiva. În plus, trebuie să se amintească faptul că, în conformitate cu jurisprudența Curții, indiferent dacă este vorba despre prevederi anterioare sau ulterioare adoptării directivei, o instanță națională este obligată să interpreteze dreptul național în lumina literei și a spiritului directivei [64] pentru a obține rezultatul urmărit prin aceasta și pentru a se conforma astfel articolului 249 al treilea paragraf CE, instanța trebuind, în măsura în care dispune de o marjă de apreciere în dreptul intern, să efectueze această interpretare în conformitate cu cerințele dreptului comunitar [65]. În legătură cu aceasta se află posibilitatea de a reduce norma națională respectivă în conformitate cu directiva sau chiar de a dezvolta dreptul pe cale jurisprudențială,

61 — Citată la nota de subsol 20, punctul 82.

62 — Lenaerts, K., Arts, D., Maselis, I., op. cit. (nota de subsol 35), punctul 5-056, p. 162, arată că domeniul de aplicare al legilor, regulamentelor sau actelor administrative trebuie apreciat în funcție de interpretarea dată de instanțele naționale. Interpretarea conformă a dreptului național a făcut obiectul unei cereri de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulate de Bundesgerichtshof (Germania) în cauza Siemens (Hotărârea din 19 noiembrie 1996, C-42/95, Rec., p. I-6017), precum și de Hof van beroep te Gent (Belgia) în cauza Gysbrechts și Santurel Inter (Hotărârea din 16 decembrie 2008, C-205/07, Rep., p. I-9947).

63 — În această privință, a se vedea concluziile prezentate de noi la 4 septembrie 2008 în cauza Comisia/Spania (C-338/06, Hotărârea din 18 decembrie 2008, Rep., p. I-10139, punctul 89).

64 — Hotărârile din 10 aprilie 1984, von Colson și Kamann (14/83, Rec., p. 1891, punctul 26) și Harz (79/83, Rec., p. 1921, punctul 26), Hotărârea din 15 mai 1986, Johnston (222/84, Rec., p. 1651, punctul 53), Hotărârea din 8 octombrie 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Rec., p. 3969, punctul 12), Hotărârea din 20 septembrie 1988, Beentjes (31/87, Rec., p. 4635, punctul 39), Hotărârea din 14 iulie 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec., p. I-3325, punctul 24), Hotărârea din 25 februarie 1999, Carbonari și alții (C-131/97, Rec., p. I-1103, punctul 48), Hotărârea din 15 iunie 2000, Brinkmann Tabakfabriken (365/98, Rec., 2000, I-4619, punctul 40), Hotărârea din 27 iunie 2000, Océano Grupo Editorial und Salvat Editores (C-240/98-C-244/98, Rec., p. I-4941, punctul 30), Hotărârea din 13 iulie 2000, Centrosteel (C-456/98, Rec., p. I-6007, punctul 16), Hotărârea din 3 octombrie 2000, Gozza și alții (C-371/97, Rec., p. I-7881, punctul 37). În mod similar, Hotărârea din 13 noiembrie 1990, Marleasing (C-106/89, Rec., p. I-4135, punctul 8), Hotărârea din 15 mai 2003, Mau (C-160/01, Rec., p. I-4791, punctul 36), Hotărârea din 22 mai 2003, Connect Austria (C-462/99, Rec., p. I-5197, punctul 38), Hotărârea din 23 octombrie 2003, Adidas-Salomon și Adidas Benelux (C-408/01, Rec., p. I-12 537, punctul 21), și Hotărârea din 9 martie 2004, Pfeiffer (C-397/01-C-403/01, Rec., p. I-8835, punctul 113). A se vedea în această privință Schweitzer, M., Hummer, W., Obwexer, W., *Europarecht*, Viena, 2007, p. 82 și 83.

65 — Hotărârile von Colson și Kamann (citată la nota de subsol 64), punctul 28, și Harz (citată la nota de subsol 61), punctul 28.

în măsura în care instanțele naționale au dreptul de a proceda astfel [66].

— Articolul 5 alineatele (4) și (5) din Directiva 2005/29

Lista practicilor comerciale neloiale cuprinsă în anexa I la directivă

82. Totuși, interpretarea restrictivă dată de Oberster Gerichtshof ar trebui să conducă la o concordanță amplă a conținutului normativ al articolului 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG cu cel al dispozițiilor din directivă.

i) Examinare în lumina dispozițiilor directivei

84. În primul rând, trebuie să se constate că practica comercială interzisă de articolul 9a alineatul (1) din UWG nu corespunde niciunuia dintre cazurile de practici comerciale neloiale menționate în anexa I la directivă. În special, nu este relevantă categoria de cazuri menționată la punctul 16, în care se face publicitate afirmându-se că anumite produse pot crește șansele de câștig la jocurile de noroc. Aceasta privește o formă specială de publicitate [67], însă nu utilizarea ca atare a ofertelor comune [68]. Pe de altă parte, pârâta din acțiunea principală nu face publicitate în sensul că simpla cumpărare a unui produs oferă șanse de câștig. Se oferă numai posibilitatea de participare la un joc promoțional care este oricum accesibil tuturor pe internet,

83. În continuare, trebuie să se examineze dacă interdicția în litigiu a ofertelor comune în interpretarea restrictivă dată de jurisprudența austriacă poate fi considerată compatibilă cu directiva. În acest scop, trebuie urmată schema de examinare descrisă la punctul 66 din prezentele concluzii.

66 — În opinia exprimată de Streinz, R., *Europarecht*, ediția a opta., Heidelberg, 2008, p. 161, punctul 456, obligația de a efectua o interpretare conformă cu directiva își găsește limitele în capacitatea de a interpreta dreptul național. În măsura în care instanțele naționale sunt competente de asemenea să dezvolte dreptul pe cale jurisprudențială, acestea trebuie, dacă este cazul, să dezvolte dreptul național în conformitate cu directivele.

67 — Cu privire la obiectivul normativ al acestei interdicții, a se vedea Büllesbach, E., op. cit. (nota de subsol 21), p. 114. Potrivit acestuia, dacă un comerciant susține că un produs poate mări șansele de câștig la jocurile de noroc, atunci se sugerează consumatorului că obținerea acestui câștig ar putea fi influențată în favoarea sa prin achiziționarea produsului. Totuși, jocurile de noroc se caracterizează prin faptul că obținerea câștigului este determinată în mod considerabil de hazard. Datorită acestui element aleatoriu, o influențare a obținerii câștigului este, în principiu, de neconceput. În consecință, este vorba despre o înșelare cu privire la caracterul adecvat al produsului. Având în vedere că afirmația este legată în mod indirect de plăcerea de a juca, consumatorul este pus în pericol, deoarece caracterul rațional al deciziei sale poate fi puternic afectat de speranța unui câștig ușor.

68 — A se vedea punctul 85 din concluziile prezentate de noi în cauza Plus, citată la nota de subsol 20.

fără a se promite cumpărătorului o șansă de câștig mai mare. Prin urmare, consumatorul care vrea să participe la alegerea „fotbalistului anului" nu trebuie să cumpere neapărat ziarul în discuție, ci se poate decide să aleagă una dintre diferitele posibilități de participare. Faptul că printr-o altă modalitate de participare decât cumpărarea ziarului în discuție șansele sale de câștig ar fi mai reduse decât cele ale altor participanți nu este nici sugerat și nici nu rezultă dintr-o apreciere obiectivă.

Practici comerciale înșelătoare sau agresive în sensul articolului 5 alineatul (4) din directivă

85. Nu este sigur dacă practica comercială pe care o interzice articolul 9a alineatul (1) din UWG poate fi considerată înșelătoare sau agresivă în sensul articolului 5 alineatul (4) din directivă. Acest lucru este afirmat de către guvernul austriac, care consideră că dispoziția în litigiu reprezintă de asemenea o transpunere a articolului 6 alineatul (1) litera (d), respectiv a articolelor 8 și 9 din directivă [69].

Practici comerciale înșelătoare în sensul articolelor 6 și 7 din directivă

86. Astfel cum demonstrează o interpretare a articolelor 6 și 7 din directivă, practicile comerciale înșelătoare se caracterizează în special prin înșelarea cu privire la caracteristicile esențiale ale unui produs. În conformitate cu articolul 6 alineatul (1) litera (d) din directivă, printre caracteristicile esențiale ale unui produs se numără și prețul.

87. În Hotărârea Oosthoek's Uitgeversmaatschappij [70], pe care guvernul austriac o invocă în observațiile sale, Curtea a constatat în legătură cu compatibilitatea cu libera circulație a mărfurilor a unei interdicții olandeze a avantajelor că „oferirea de cadouri ca mijloc de promovare a vânzărilor are ca efect inducerea în eroare a consumatorilor cu privire la prețurile reale ale produselor și poate denatura condițiile unei concurențe bazate pe performanță". De aici, Curtea a concluzionat că „o reglementare care, pentru acest motiv, restrânge sau chiar interzice astfel de practici comerciale este de natură să contribuie la protecția consumatorilor și la caracterul loial al circuitului comercial".

88. Aceste constatări, care au fost făcute cu mult timp înainte de adoptarea Directivei 2005/29, rămân de actualitate deoarece, înțelegând în mod corect pasajul din hotărâre reprodus mai sus, se observă că acestea se

69 — A se vedea punctul 55, p. 21, din memoriul guvernului austriac.

70 — Hotărârea din 15 decembrie 1982, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij (286/81, Rec., p. 4575, punctul 18).

referă de fapt la pericolul abstract care provine de la o asociere de oferte care, în anumite împrejurări, nu permite în mod suficient o recunoaștere a valorii fiecărui produs privit individual. Acest aspect este indicat de utilizarea verbului „poate" în prima frază. Pentru acest motiv, Curtea a presupus în mod implicit că este necesară o apreciere de la caz la caz, astfel cum impune și legiuitorul comunitar prin Directiva 2005/29.

89. Pe de altă parte, din hotărârea menționată rezultă cu claritate că Curtea s-a pronunțat exclusiv cu privire la problema compatibilității cu libera circulație a mărfurilor a interdicției în discuție a avantajelor în Țările de Jos, luând în considerare forma legislativă specifică a acesteia. Prin urmare, nu este posibilă o simplă transpunere a concluziilor Curții la speța din acțiunea principală. În aceste condiții, argumentul potrivit căruia orice utilizare a primelor, indiferent de modul concret în care este concepută, prezintă un potențial de inducere în eroare este lipsit de orice temei.

90. În consecință, dispoziția în litigiu, în interpretarea restrictivă dată de jurisprudența austriacă, nu poate fi considerată conformă cu articolul 6 alineatul (1) litera (d) din directivă.

Practici comerciale agresive în sensul articolului 8 din directivă

91. O clasificare generală a ofertelor comune în categoria practicilor comerciale agresive intră la fel de puțin în discuție, deoarece, conform articolului 8 din directivă, pentru aceasta este necesară o influențare a libertății de alegere sau de conduită a consumatorului mediu cu privire la un produs, printre altele prin hărțuire, prin constrângere sau prin forță.

92. Or, acest criteriu nici nu este caracteristic pentru ofertele comune și nici nu există în acțiunea principală. În consecință, în pofida unei interpretări restrictive, dispoziția în litigiu nu este compatibilă cu articolul 8 din directivă.

— Articolul 5 alineatul (2) din Directiva 2005/29

93. În plus, potrivit directivei, o interdicție poate fi luată în considerare numai atunci când o practică comercială trebuie apreciată ca neloială deoarece este contrară cerințelor diligenței profesionale sau deoarece denaturează sau poate denatura semnificativ comportamentul economic al consumatorului mediu cu privire la un produs. Pentru aceasta, trebuie să fie îndeplinite cumulativ

condițiile prevăzute la articolul 5 alineatul (2) literele (a) și (b) [71].

94. Examinarea compatibilității articolului 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG cu articolul 5 alineatul (2) din Directiva 2005/29 se realizează, la rândul său, în două etape. În primul rând, trebuie să se analizeze dacă, având în vedere interpretarea restrictivă menționată deja, dispoziția cuprinsă în articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG prevede aceleași condiții legale pentru o interdicție ca și directiva. În cazul unui răspuns afirmativ, trebuie să se examineze dacă această dispoziție națională acoperă exclusiv acele cazuri care trebuie să fie considerate neloiale în sensul articolului 5 alineatul (2).

Capacitatea de a denatura în mod considerabil comportamentul consumatorului mediu

Concordanța condițiilor legale

95. O concordanță amplă de fond a dispoziției în litigiu cu normele Directivei 2005/29 există în mod cert în ceea ce privește condiția prevăzută la articolul 5 alineatul (2) litera (b), deoarece, potrivit interpretării restrictive a instanțelor austriece, pentru ca un avantaj să fie nelegal în sensul articolului 9a alineatul (1) din UWG, este necesar ca anunțarea, oferirea sau acordarea acestuia „să fie de natură să influențeze în mod obiectiv comportamentul consumatorului vizat". De altfel, chiar instanța de trimitere indică în decizia de trimitere posibilitatea de a interpreta această cerință dezvoltată de jurisprudența austriacă în sensul articolului 5 alineatul (2) litera (b) [72]. În această privință, nu există rezerve cu privire la aspectul dacă acestei cerințe de drept național, a cărei formulare este în esență identică, i se dă aceeași semnificație ca și în dreptul comunitar.

Concordanța domeniului de aplicare

96. Astfel, prin „a denatura în mod semnificativ comportamentul economic [al] consumator[ului]", în sensul articolului 2 litera (e), trebuie să se înțeleagă, în conformitate cu definiția legală cuprinsă în acest articol, „a folosi o practică comercială pentru a afecta

71 — În acest sens, Abbamonte, G., op. cit. (nota de subsol 57), p. 21, Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal – La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor, 2006, p. 58, Maione, N., „Le pratiche commerciali sleali nella direttiva 2005/29/CE", *Lezioni di diritto privato europeo*, 2007, p. 1068.

72 — A se vedea p. 10 din decizia de trimitere.

apreciabil abilitatea consumatorului de a lua o decizie în cunoștință de cauză, determinându-l astfel să ia o decizie comercială pe care nu ar fi luat-o altfel". Această dispoziție protejează libertatea de decizie a consumatorului [73].

97. Chiar dacă întrebarea preliminară a instanței de trimitere privește în general compatibilitatea articolului 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG cu directiva, în vederea deciziei din acțiunea principală nu este importantă compatibilitatea articolului 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG pentru toate cazurile acoperite de acesta (reviste și avantaje), ci numai în ceea ce privește asocierea de reviste și jocuri promoționale. În observațiile prezentate, părțile la procedură se referă de asemenea în primul rând la această formă foarte specifică a ofertelor comune, care nu este lipsită de probleme din perspectiva protecției consumatorilor. Pentru acest motiv, este necesară în continuare o examinare mai atentă numai cu privire la efectele acestei practici comerciale asupra comportamentului consumatorului.

98. Guvernul austriac consideră că cerința menționată mai sus este îndeplinită în ceea ce privește asocierea de produse și jocuri promoționale [74]. Acesta afirmă că tocmai în cazul publicațiilor periodice al căror preț cu amănuntul este relativ redus, precum în acțiunea principală, consumatorul se decide să achiziționeze produsul principal din motive subiective întemeiate pe existența șansei de câștig. Exact în acest caz, perspectiva participării gratuite la un joc promoțional care oferă șansa unui câștig cu o valoare disproporționat de mare poate influența în mod esențial comportamentul consumatorului în domeniul mass-mediei.

99. Guvernul austriac observă în mod corect că recurgerea la jocuri promoționale în publicitate este într-o mare măsură capabilă să trezească pasiunea jocului. Astfel cum am precizat deja în concluziile prezentate de noi în cauza Plus [75], având în vedere în special perspectiva câștigurilor – care pot fi foarte ridicate –, astfel de jocuri exercită o anumită putere de atracție. Acestea pot atrage atenția potențialilor clienți și îi pot orienta spre anumite obiective, în cadrul strategiei publicitare alese. Prin urmare, argumentul potrivit căruia o astfel de practică comercială ar putea

73 — Dar nu protejează interesul economic al consumatorului. Potrivit opiniei exprimate de Abbamonte, G., op. cit. (nota de subsol 57), p. 23, această dispoziție pornește de la prezumția de bază potrivit căreia, de regulă, practicile comerciale neloiale denaturează preferințele consumatorului prin afectarea libertății sale de decizie, respectiv a capacității sale de decizie. În consecință, consumatorii cumpără produse de care nu au nevoie sau pe care în altă situație – în lipsa influențării – le-ar considera de calitate redusă. Totuși, articolul 5 alineatul (2) litera (b) din directivă nu presupune un prejudiciu economic al consumatorului. În opinia autorului, o astfel de cerință ar fi neadecvată deoarece s-ar reduce considerabil nivelul protecției consumatorului în cadrul Uniunii Europene.

74 — A se vedea punctul 51, p. 20, din memoriul guvernului austriac.

75 — Citată la nota de subsol 20, punctul 93.

denatura, în anumite împrejurări, în mod semnificativ comportamentul consumatorului în domeniul mass-mediei nu poate fi, în general, respins cu ușurință.

100. Totuși, este îndoielnic că o astfel de abordare generalizată este pur și simplu compatibilă cu normele dreptului comunitar deoarece, pe de o parte, Directiva 2005/29 impune, cum am văzut deja, ca instanțele și autoritățile naționale să realizeze o apreciere aprofundată a împrejurărilor speței pentru a putea concluziona că o practică comercială concretă are caracter neloial [76], iar pe de altă parte, în scopul examinării efectelor măsurii publicitare respective, directiva are în vedere percepția unui consumator mediu sau a membrului mediu al unui grup de consumatori.

101. Astfel cum rezultă din considerentul (18), noțiunea de consumator mediu utilizată în Directiva 2005/29 corespunde exact modelului dezvoltat în jurisprudența Curții al unui consumator [77] care „este suficient de bine informat și de atent", ținând seama de „factori sociali, culturali și lingvistici". Noțiunea de consumator mediu este explicată mai detaliat în ultima frază a considerentului (18), subliniindu-se faptul că aceasta „nu este o noțiune statistică". În plus, se menționează că „instanțele judecătorești și autoritățile naționale vor trebui să își exercite propria capacitate de a judeca, având în vedere jurisprudența Curții de Justiție, pentru a stabili reacția tipică a consumatorului mediu într-o situație dată".

102. Metoda examinării efectelor unei măsuri promoționale asupra unui consumator mediu, metodă dezvoltată de Curte, se întemeiază pe principiul proporționalității. Aceasta urmărește să creeze un echilibru adecvat între, pe de o parte, obiectivul de protecție a consumatorilor și, pe de altă parte, necesitatea de a promova circulația mărfurilor în cadrul unei piețe interne caracterizate de concurența liberă. Legiuitorul comunitar codifică în prezent această metodă prin intermediul Directivei 2005/29, încredințând sarcina examinării – în conformitate cu jurisprudența Curții – instanțelor

76 — A se vedea punctele 76-78 din prezentele concluzii.

77 — Cu privire la modelul de consumator în jurisprudența Curții, a se vedea Hotărârea din 16 ianuarie 1992 (C-373/90, X (Rec., p. I-131, punctele 15 și 16), Hotărârea din 16 iulie 1998, Gut Springenheide și Tusky (C-210/96, Rec., p. I-4657, punctul 31), Hotărârea din 4 mai 1999, Windsurfing Chiemsee (C-108/97 și C-109/97, Rec., p. I-2779, punctul 29), Hotărârea din 13 ianuarie 2000, Estée Lauder (C-220/98, Rec., p. I-117, punctul 27), Hotărârea din 21 iunie 2001, Comisia/Irlanda (C-30/99, Rec., p. I-4619, punctul 32), Hotărârea din 24 octombrie 2002, Linhart și Biffl (C-99/01, Rec., p. I-9375, punctul 31), Hotărârea din 8 aprilie 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, Rec., p. I-3095, punctul 55), Hotărârile din 12 februarie 2004, Koninklijke KPN Nederland (C-363/99, Rec., p. I-1619, punctul 77) și Henkel (C-218/01, Rec., p. I-1725, punctul 50), Hotărârea din 9 martie 2006, Matratzen Concord (C-421/04, Rec., p. I-2303, punctul 24), și Hotărârea din 19 septembrie 2006, Lidl Belgium (C-356/04, Rec., p. I-8501, punctul 78).

și autorităților naționale. În acest mod, se urmărește evitarea pericolului ca aceleași practici comerciale să facă obiectul unor aprecieri diferite de la un stat membru la altul, în vederea asigurării unui nivel mai ridicat de securitate juridică pentru consumatori și concurenți [78].

103. Referirea la „un consumator mediu suficient de bine informat și de atent" trebuie interpretată din punct de vedere juridic în sensul că, în vederea menținerii unui raport adecvat între cele două obiective, trebuie impuse cerințe corespunzător de ridicate pentru îndeplinirea condițiilor de la articolul 5 alineatul (2) litera (b). Potrivit acestei interpretări, nu se poate considera că orice practică comercială îndeplinește condițiile de la acest articol numai pentru faptul că este de natură să influențeze decizia de cumpărare. În schimb, din punctul de vedere al dreptului comunitar, consumatorul este considerat în măsură să recunoască riscul potențial al anumitor practici comerciale și să acționeze rațional în mod corespunzător [79]. Acest aspect este logic și din punctul de vedere al politicii legislative, în condițiile în care nu se dorește ca orice formă de publicitate – care în anumite împrejurări este provocantă, însă este recunoscută în general ca inofensivă – să fie considerată neloială și, prin urmare, să merite să fie interzisă [80].

104. Astfel cum afirmă, în mod corect în opinia noastră, pârâta din acțiunea principală [81], în prezent, un consumator mediu este conștient, de regulă, de faptul că publicitatea și promovarea vânzărilor într-o economie de piață liberă urmărește să câștige clienți nu numai prin prețul și prin calitatea unui produs, ci și promițând un mare număr de avantaje suplimentare. Acestea pot fi de natură emoțională, ca de exemplu în cazul publicității legate de sentimentul libertății și al independenței sau al apartenenței la un anumit grup social, ori avantaje suplimentare cu caracter vădit economic, precum premiile. Prin urmare, este logic ca, în cadrul normativ stabilit de dreptul comunitar, să fie lăsat

78 — Abbamonte, G., op. cit. (nota de subsol 57), p. 25, indică faptul că, prin Directiva 2005/29, legiuitorul comunitar codifică în prezent această metodă care nu a fost aplicată de instanțele unora dintre statele membre. Autorul consideră că, în acest mod, pericolul unor aprecieri diferite ale acelorași practici comerciale în cadrul Uniunii Europene este limitat, iar securitatea juridică este mărită. A se vedea în mod similar Wiebe, A., op. cit. (nota de subsol 38), p. 75, și Micklitz, H.-W., „Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG", *Droit de la consommation/ Konsumentenrecht/Consumer law, Liber amicorum Bernd Stauder*, Basel, 2006, p. 311. Weatherill, S., op. cit., p. 135, afirmă că, deși, având în vedere comportamentele diferite ale consumatorilor, luarea în considerare a noțiunii de consumator mediu poate părea artificială, aceasta este totuși indispensabilă pentru buna funcționare a unui sistem normativ armonizat.

79 — Lecheler, H., „Verbraucherschutz", în: *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (editată de Manfred Dauses), volumul 2, München, 2004, H.V, punctul 27, p. 11, interpretează jurisprudența Curții (menționată la nota de subsol 77 din prezentele concluzii) în sensul că presupune existența unui consumator care acționează, în principiu, rezonabil și atent și care este capabil de orientare și de autodeterminare.

80 — Astfel, Maione, N., op. cit. (nota de subsol 68), p. 1068, indică faptul că, potrivit intenției legiuitorului comunitar, nu trebuie interzisă orice practică comercială care influențează comportamentul consumatorului, ci numai acele practici care încalcă cerințele diligenței profesionale prin afectarea libertății de decizie a consumatorului.

81 — A se vedea p. 10 din memoriul pârâtei din acțiunea principală.

consumatorul suficient de bine informat și de atent să decidă dacă achiziționează un produs pe baza meritelor acestuia cărora li se face publicitate, a calității ori chiar a prețului său redus [82].

perceput ca o punere sub tutelă a consumatorului [83]. În același timp, aceasta ar restrânge în mod disproporționat libera circulație a mărfurilor și libera prestare a serviciilor. Astfel, o asemenea interdicție ar depăși ceea ce este necesar pentru a se ține seama atât de interesele consumatorilor, cât și de libera circulație a mărfurilor și de libera prestare a serviciilor.

Concluzie intermediară

105. Prezumția inerentă oricărei interdicții de principiu potrivit căreia orice asociere între un produs și un joc promoțional este periculoasă independent de riscul potențial pe care îl prezintă, precum și de specificitățile destinatarilor respectivi și, prin urmare, trebuie să fie interzisă nu ar fi totuși compatibilă cu modelul consumatorului din dreptul comunitar. În definitiv, aceasta ar trebui să fie

106. Sintetizând, trebuie să se constate că interdicția ofertelor comune prevăzută la articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG, în interpretarea restrictivă dată de jurisprudența austriacă, se întemeiază pe o ponderare legislativă a intereselor existente care nu corespunde normelor stipulate de Directiva 2005/29.

107. Cu toate că aceste concluzii sunt suficiente pentru a se răspunde afirmativ la prima întrebare preliminară, vom analiza în continuare, cu titlu subsidiar, în replică la precizările instanței de trimitere și ale guvernului austriac, compatibilitatea dispoziției în litigiu

82 — În acest sens, a se vedea de asemenea Kucsko, G., op. cit. (nota de subsol 36), p. 709, care se îndoiește de faptul că argumentarea pe care s-au întemeiat lucrările pregătitoare ale Prämiengesetz din anul 1929 [în care interdicția prevăzută la articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG își are în definitiv originea] mai are în prezent o importanță decisivă. În zilele noastre, consumatorul este mult mai circumspect și mai informat. Mediul publicității s-a schimbat de asemenea în mod semnificativ în ultimele decenii. Consumatorul este supus într-o măsură mult mai mare publicității – nu întotdeauna obiectivă – și este obișnuit cu aceasta. „Imaginea" anumitor mărci este întemeiată pe asociații care deja de mult nu mai au nimic în comun cu caracteristicile reale ale produsului. Pe de altă parte însă, prin publicarea regulată a testelor comparative obiective, prin mărcile oficial certificate, prin reviste critice pentru consumatori etc., capacitatea de apreciere critică a consumatorului s-a mărit nu numai pentru produsele testate, ci în general. Prin urmare, consumatorul este în prezent în măsură să aprecieze el însuși dacă vrea să se lase „tentat în mod subiectiv" sau dacă prețul pentru produsul principal este prea ridicat pentru el. De altfel, în ceea ce privește avantajele, acesta primește mai mult decât o „imagine" imaterială, primește un produs sau un serviciu real. În prezent, argumentul paternalist al protecției consumatorilor nu mai este convingător.

83 — Heidinger, R., op. cit. (nota de subsol 17), p. 46, și Wittmann, H., „EuGH: Zugabenverbot vor dem Fall?", *Medien und Recht*, nr. 6/2008, p. 284, examinează rezervele exprimate de instanța de trimitere. Aceștia indică faptul că modelul unui consumator responsabil, care stă la baza articolului 5 alineatul (2) din Directiva 2005/29, este un argument împotriva presupunerii că în acțiunea principală există o practică comercială neloială. O protecție atât de extinsă a consumatorilor se află în contradicție cu imaginea actuală a unui consumator responsabil care, în principiu, trebuie să aibă libertatea de a adopta deciziile economice chiar și pe baza unor considerații subiective.

cu celelalte condiții de la articolul 5 alineatul (2) din directivă.

Încălcarea cerințelor diligenței profesionale

Concordanța cerințelor legale

108. O diferență evidentă în raport cu normele prevăzute de directivă trebuie recunoscută în faptul că dispoziția în litigiu, chiar și potrivit unei interpretări restrictive, renunță în totalitate la condiția esențială a unei încălcări a cerințelor diligenței profesionale, astfel cum aceasta este impusă prin articolul 5 alineatul (2) litera (a) din directivă.

109. În acest context, guvernul austriac susține că, de fapt, cerințele diligenței profesionale sunt inerente dispoziției în litigiu, deoarece aceasta urmărește să protejeze concurența împotriva pericolelor unei exploatări a dependenței de joc a consumatorilor. Respectarea cerințelor diligenței profesionale trebuie verificată de instanță de la caz la caz, în funcție de cerințele specifice fiecărei profesii [84]. Acest argument trebuie înțeles în sensul că dispoziția națională în litigiu trebuie să transpună și această cerință, fie chiar pe calea unei interpretări corectoare efectuate de instanța competentă.

110. Cu toate că aceste precizări cu privire la dreptul național nu sunt convingătoare, instanța de trimitere se referă în această privință în mod expres la faptul că, spre deosebire de condiția unei denaturări semnificative a comportamentului consumatorului [85], pe care am menționat-o deja, instanțele austriece nu sunt în măsură să verifice dacă anunțarea, oferirea sau acordarea unei prime este de asemenea neloială ca atare deoarece este contrară cerințelor diligenței profesionale [86]. Pentru acest motiv, instanța de trimitere are îndoieli cu privire la problema dacă, în versiunea actuală, o interdicție generală a avantajelor poate fi compatibilă cu Directiva 2005/29.

Concluzie intermediară

111. În consecință, precizările instanței de trimitere confirmă opinia noastră în sensul că interdicția ofertelor comune prevăzută la

84 — A se vedea punctul 47, p. 19, din memoriul guvernului austriac.

85 — A se vedea punctul 95 din prezentele concluzii.

86 — A se vedea p. 10 din decizia de trimitere.

articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG nu corespunde cerințelor directivei nici în ceea ce privește condiția prevăzută la articolul 5 alineatul (2) litera (a). Prin urmare, nu se poate constata o concordanță a dispoziției în litigiu cu condițiile prevăzute la articolul 5 alineatul (2) litera (a). De asemenea, nu s-a dovedit nici că există în legislația austriacă referitoare la practicile comerciale loiale o altă cerință care să corespundă în mod aproximativ condițiilor legale prevăzute la articolul 5 alineatul (2) litera (a).

112. Având în vedere faptul că acest aspect este suficient pentru a concluziona că dispoziția în litigiu este incompatibilă cu articolul 5 alineatul (2) din Directiva 2005/29, considerăm că nu este necesar să continuăm analiza în raport cu această dispoziție a directivei.

c) Concluzie

113. O normă națională, precum articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG, în interpretarea dată de instanțele naționale, care instituie o interdicție de principiu privind ofertele comune fără să prevadă posibilitatea de a lua în considerare în mod suficient toate împrejurările fiecărui caz concret, este, prin urmare, prin însăși natura sa mai restrictivă și mai severă decât prevederile Directivei 2005/29.

114. În acest context, trebuie să se constate că articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG privește un domeniu care este supus armonizării complete și pentru care nu sunt aplicabile prevederile tranzitorii ale articolului 3 alineatul (5) din Directiva 2005/29. De asemenea, nu s-a dovedit de către niciuna dintre părți că dispoziția națională în litigiu trebuie să fie clasificată în unul dintre domeniile menționate în considerentul (9) al directivei [87]. Excepția prevăzută la articolul 3 alineatul (9) din Directiva 2005/29 este, de asemenea, la fel de puțin aplicabilă.

115. Interzicerea de principiu a ofertelor comune prevăzută la articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG, în interpretarea restrictivă menționată mai sus, conduce în final la o extindere a listei limitative a practicilor comerciale interzise cuprinse în anexa I la directivă, și anume exact ceea ce nu este permis statelor membre, având în vedere

87 — Astfel cum observă în mod corect Schuhmacher, W., op. cit. (nota de subsol 21), p. 131, în considerentul (9) al Directivei 2005/29 sunt enumerate anumite limite ale armonizării complete. Cu toate acestea, în prezenta procedură a întrebărilor preliminare nu s-a dovedit în mod explicit de niciuna dintre părți că aceste limite sunt aplicabile acțiunii principale. În urma unei examinări obiective, situația nici nu pare să fie aceasta.

armonizarea completă și maximă urmărită de Directiva 2005/29 [88]. Dat fiind că, în temeiul articolului 5 alineatul (5), această listă poate fi modificată numai printr-o modificare a directivei, și anume potrivit procedurii de codecizie prevăzute la articolul 251 CE, statele membre nu pot extinde în mod unilateral această listă.

116. Având în vedere considerațiile precedente, concluzionăm că, în pofida unei interpretări restrictive, o dispoziție națională precum cea prevăzută la articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG nu este compatibilă cu normele din Directiva 2005/29.

Cu privire la retragerea Propunerii de Regulament al Comisiei privind promovarea vânzărilor pe piața internă

117. Guvernul austriac își întemeiază o parte din argumentare pe diferite dispoziții ale Propunerii de Regulament privind promovarea vânzărilor pe piața internă, pe care Comisia a retras-o în final [89]. Aceste dispoziții conțineau, printre altele, norme privind oferirea de avantaje gratuite, de premii sau privind posibilitatea de participare la jocuri promoționale. Guvernul austriac consideră că din retragerea acestui proiect se poate concluziona că domeniul de aplicare care ar fi trebuit să fie acoperit de Propunerea de Regulament privind promovarea vânzărilor este în continuare nereglementat și nu este acoperit, de exemplu, de Directiva 2005/29.

118. În ceea ce privește consecințele retragerii acestei propuneri a Comisiei asupra tratamentului juridic al ofertelor comune, am expus deja considerații detaliate în concluziile prezentate în cauzele VTB-VAB și Galatea [90] și în cauza Plus [91]. Aceste considerații au fost ocazionate de argumentarea în esență identică a guvernelor german și austriac din cauzele respective. Am precizat cu acea ocazie motivele pentru care, în opinia noastră, nici Propunerea de Regulament al Comisiei privind promovarea vânzărilor pe piața internă, nici propunerile de modificare prezentate în cadrul procedurii legislative nu permiteau să se tragă concluzii în vederea interpretării Directivei 2005/29.

88 — Abbamonte, G., op. cit. (nota de subsol 54), p. 21, indică faptul că statele membre nu pot să extindă ele însele lista limitativă a practicilor comerciale neloiale cuprinsă în anexa I la Directiva 2005/29. Dacă s-ar permite statelor membre să extindă această listă, consecința ar fi o eludare a armonizării complete urmărite de directivă, ceea ce ar împiedica atingerea obiectivului securității juridice. Keirsbilck, B., op. cit. (nota de subsol 11), p. 522, califică drept limitativă lista practicilor comerciale interzise cuprinsă în anexa I.

89 — Propunerea de Regulament al Parlamentului European și al Comisiei privind promovarea vânzărilor pe piața internă din 15 ianuarie 2002, COM(2001) 546 final.

90 — Citată la nota de subsol 12, punctele 90-94.

91 — Citată la nota de subsol 20, punctele 106-111.

119. Astfel, propunerea menționată mai sus privește o normă de drept comunitar care însă, în final, nu a intrat niciodată în vigoare și, prin urmare, nu a devenit niciodată parte componentă a ordinii juridice comunitare. În consecință, nu poate fi invocată pur si simplu ca instrument util pentru interpretare. Această constatare este valabilă cu atât mai mult atunci când Comisia retrage din proprie inițiativă propunerea, precum în cazul propunerii de regulament menționate. Trebuie să se amintească faptul că, întrucât Comisia dispune de un drept de inițiativă legislativă, are posibilitatea de a-și retrage propunerile. Independent de acest aspect, trebuie să se țină seama de faptul că, în cadrul unei proceduri legislative, aceste propuneri pot face obiectul unor modificări numeroase din partea Consiliului și a Parlamentului, astfel încât pot fi utilizate numai într-o măsură limitată ca instrumente auxiliare de interpretare [92]. Prin urmare, cu privire la versiunea definitivă a unui astfel de regulament se pot face numai presupuneri. În consecință, o astfel de propunere nu este de natură să creeze o încredere legitimă.

120. Cu atât mai puțin un stat membru poate să invoce cu succes încrederea legitimă atunci când a participat în mod decisiv la ambele proceduri legislative. Procedurile legislative referitoare la regulament și la Directiva 2005/29 s-au desfășurat, în parte, în același timp. În calitate de reprezentant constituțional al unui stat membru în Consiliu, guvernul austriac a avut o participare decisivă în cadrul ambelor proceduri legislative și, prin urmare, a fost permanent informat cu privire la evoluția acestora. În consecință, acesta nu poate să invoce eficient din punct de vedere juridic faptul că nu a avut cunoștință despre modul în care s-au desfășurat cele două proceduri legislative.

121. Curtea a subliniat responsabilitatea deosebită a guvernelor statelor membre reprezentate în Consiliu în ceea ce privește transpunerea directivelor. Din împrejurarea că guvernele statelor membre participă la lucrările pregătitoare ale directivelor, Curtea a concluzionat că acestea trebuie să fie în măsură să elaboreze, în cadrul termenului stabilit, dispozițiile legislative necesare pentru punerea în aplicare a acestora [93].

122. Prin urmare, cel târziu la momentul retragerii propunerii Comisiei [94], guvernul austriac ar fi trebuit să verifice, dacă era cazul,

92 — A se vedea punctul 83 din concluziile prezentate de noi la 29 octombrie 2009 în cauza pendinte, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid/Ausbanc. În acest sens, Riesenhuber, K., „Die Auslegung", în *Europäische Methodenlehre*, Berlin, 2006, p. 257, punctul 31. Autorul precizează că în dreptul privat european interpretarea istorică, ce are ca obiect antecedentele istorice și lucrările pregătitoare, joacă un rol central. Dacă interpretarea urmărește obiectivul de a cerceta voința legiuitorului, trebuie mai întâi să se stabilească ce voință este decisivă. Legiuitorul legitimat în mod democratic este reprezentat numai de organele legislative care au aprobat actul normativ într-un caz concret. În schimb, diferite organe sunt numai ascultate, iar Comisia are de asemenea numai un drept de inițiativă legislativă și posibilitatea de a retrage propunerile; în cadrul procesului legislativ, propunerile acesteia pot fi modificate în mod discreționar. Din faptul că anumite propuneri sau dorințe ale Comisiei nu au fost preluate poate rezulta cel mult (dar nu în mod obligatoriu) un argument *a contrario*.

93 — Hotărârea din 1 martie 1983, Comisia/Belgia (301/81, Rec., p. 467, punctul 11), și Hotărârea din 23 noiembrie 2000, Comisia/Franța (C-319/99, Rec., p. I-10439, punctul 10).

94 — Decizia Comisiei de a retrage propunerea de regulament a fost publicată în JO C 64, p. 3. Cu toate acestea, Comisia anunțase deja această decizie în Comunicarea „Rezultatul analizării propunerilor care se află în prezent în procedura legislativă", COM(2005) 462 final, din 27 septembrie 2005, p. 10.

în ce măsură domeniul de aplicare al Directivei 2005/29 s-ar extinde și asupra domeniilor acoperite până la acel moment de regulamentul propus. Necesitatea unei astfel de operațiuni era evidentă, cu atât mai mult cu cât, potrivit modului în care a fost concepută inițial, directiva era destinată, pe de o parte, să introducă norme generale și subsidiare în domeniul dreptului comunitar al protecției consumatorilor și, pe de altă parte, să realizeze o armonizare completă a reglementărilor statelor membre cu privire la practicile comerciale neloiale [95]. Având în vedere că retragerea s-a produs într-un moment în care termenul de transpunere a directivei încă nu expirase, legiuitorului austriac îi revenea obligația să ia în considerare aceste aspecte la adaptarea dreptului național.

123. În sfârșit, trebuie remarcat faptul că, în Hotărârea VTB-VAB și Galatea, Curtea nu a examinat argumentarea în esență identică a guvernului belgian, indicând astfel în mod implicit că nu urmează acest raționament. Această orientare a fost confirmată în final prin Hotărârea Plus [96].

124. În consecință, acest argument trebuie respins.

5. Concluzii

125. Sintetizând, se poate constata că împotriva compatibilității dispoziției naționale în litigiu cu normele din Directiva 2005/29 pledează în primul rând împrejurarea că, fiind concepută ca interdicție de principiu, dispoziția națională menționată prezintă o structură normativă care nu permite, în aceeași măsură ca și directiva, o apreciere de la caz la caz a caracterului loial al practicii comerciale concrete [97].

126. În plus, trebuie să se constate că dispoziția națională în litigiu – chiar și într-o interpretare restrictivă, precum cea efectuată de jurisprudența austriacă – nu poate fi considerată o transpunere corectă a normelor prevăzute la articolul 5 alineatele (2), (3) și (4) din directivă. Această constatare rezultă din faptul că cerințele legale din dreptul național fie nu corespund condițiilor prevăzute de directivă pentru calificarea unei practici comerciale ca neloiale, fie nu pot fi interpretate în conformitate cu directiva.

95 — În acest sens, de asemenea, Stuyck, J., op. cit. (nota de subsol 41), p. 161, care prezumă că, în mod evident, mai multe state membre nu cunoșteau faptul că prevederile din propunerea de regulament retrasă care priveau raportul dintre operatorul economic și consumator au fost totuși în final incluse în Directiva 2005/29 (având în vedere obiectivul acesteia de armonizare completă).

96 — Hotărârea Plus Warenhandelsgesellschaft (citată la nota de subsol 5, punctul 33).

97 — A se vedea punctele 76-79 din prezentele concluzii.

127. Întrucât Directiva 2005/29 se opune unei interdicții a ofertelor comune, precum cea prevăzută la articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG, nu este necesar să se examineze o eventuală încălcare a libertăților fundamentale [98].

128. În acest context, la prima întrebare preliminară trebuie să se răspundă că dispozițiile Directivei 2005/29 se opun unei norme naționale care interzice, în afară de excepțiile enumerate limitativ, anunțarea, oferirea sau acordarea de avantaje gratuite care însoțesc publicații periodice, precum și anunțarea de avantaje gratuite asociate cu alte produse sau servicii, fără a trebui să se verifice de la caz la caz caracterul înșelător, agresiv sau neloial al unei astfel de practici comerciale, chiar și atunci când norma națională în discuție urmărește nu numai protecția consumatorilor, ci și alte obiective care nu intră în domeniul de aplicare material al directivei, precum menținerea pluralismului mass-mediei sau protecția concurenților mai slabi.

129. În sfârșit, în acest context, trebuie să se amintească faptul că – spre deosebire de ceea ce pare să presupună instanța de trimitere [99] –, în conformitate cu jurisprudența Curții [100], dreptul comunitar nu impune instanțelor naționale să nu aplice, într-un litigiu între particulari, dreptul național incompatibil cu directiva.

C — *Cu privire la a doua întrebare preliminară*

130. Interpretată în mod rezonabil, a doua întrebare preliminară urmărește, în esență, să se stabilească de către Curte dacă, în anumite condiții considerate în mod evident îndeplinite de către instanța de trimitere, o practică comercială determinată poate fi considerată „neloială", în sensul articolului 5 alineatul (2) din Directiva 2005/29. În mod concret, instanța de trimitere pornește în observațiile sale de la premisa că „posibilitatea de a participa la un joc promoțional, legată de cumpărarea unui ziar […] reprezintă, cel puțin pentru o parte din publicul vizat chiar dacă nu singurul motiv, în mod cert însă motivul decisiv pentru achiziționarea ziarului". Această caracteristică este relevantă în primul rând

98 — A se vedea Hotărârea VTB-VAB (citată la nota de subsol 4, punctul 67).

99 — A se vedea punctul 2.2 de la p. 13 din decizia de trimitere. La acest punct, instanța de trimitere pornește, potrivit propriilor precizări, de la premisa că, în cazul în care Curtea ar răspunde afirmativ la prima întrebare preliminară, articolul 9a alineatul (1) punctul 1 din UWG ar rămâne fără obiect.

100 — În ceea ce privește efectul orizontal direct al directivelor, a se vedea Hotărârea Marleasing (citată la nota de subsol 64), punctul 6, Hotărârea Faccini Dori (citată la nota de subsol 64), punctele 24 și 25, și Hotărârea din 26 septembrie 2000, Unilever (C-443/93, Rec., p. I-7535, punctul 50). Cu privire la posibilitatea angajării răspunderii statului în temeiul dreptului comunitar, atunci când dispozițiile naționale nu pot fi interpretate într-un mod compatibil cu directiva, a se vedea Hotărârea din 8 octombrie 1996, Dillenkofer și alții (C-178/94, C-179/94 și C-188/94-C-190/94, Rec., p. I-4845), Hotărârea din 24 septembrie 1998, EvoBus Austria (C-111/97, Rec., p. I-5411, punctele 27 și 28), Hotărârea din 28 octombrie 1999, Alcatel Austria și alții (C-81/98, Rec., p. I-7671, punctele 49 și 50).

pentru a clarifica dacă într-un caz concret există o denaturare semnificativă a comportamentului economic al consumatorului mediu, în conformitate cu articolul 5 alineatul (2) litera (b) din directivă.

131. Articolul 5 alineatul (2) litera (b) din directivă stabilește cu claritate că aspectul important este reprezentat în primul rând de efectul unei anumite practici comerciale asupra comportamentului unui consumator mediu la care ajunge sau căruia îi este adresată. Totuși, această dispoziție a directivei nu numai că preia metoda de examinare elaborată de Curte, ci o și îmbunătățește, adaptând-o la situațiile în care sunt afectate interesele unor grupuri specifice [101]. Dacă o anumită practică comercială este orientată către un grup determinat de consumatori, este important să se stabilească dacă această practică comercială denaturează sau poate denatura semnificativ comportamentul economic al unui membru mediu al acestui grup. În cursul acestei examinări, trebuie să se țină seama de perspectiva acestui consumator mediu, luându-se în considerare, printre altele, așteptările și reacțiile probabile ale acestuia [102].

132. Având în vedere că invitația de participare la jocul promoțional, publicată de pârâta din acțiunea principală în ziarul său, a apărut în mod evident într-un ziar general, iar nu, de exemplu, într-un ziar sportiv, este de competența instanței să examineze în ce măsură această ofertă se adresează, eventual, unui grup specific de cititori și, prin urmare, trebuie aplicat acest al doilea criteriu de apreciere.

133. Independent de aceasta, trebuie amintit că, pentru a se putea concluziona că o practică comercială are caracter neloial în sensul articolului 5 alineatul (2), trebuie îndeplinite cumulativ condițiile prevăzute la literele (a) și (b) [103]. Prin urmare, ar trebui să existe în plus și o încălcare a cerințelor diligenței profesionale. Noțiunea „diligență profesională" este definită la articolul 2 litera (h) din directivă ca „nivelul de competență specializată și de considerație pe care comerciantul poate să îl exercite în mod rezonabil față consumatori, în conformitate cu practica comercială loială și/sau cu principiul general al bunei-credințe în domeniul de activitate al comerciantului". Este de competența instanței naționale să examineze în detaliu dacă în acțiunea principală există o astfel de încălcare.

134. În consecință, la a doua întrebare preliminară trebuie să se răspundă că posibilitatea de a participa la un joc promoțional, legată de cumpărarea unui ziar, nu este o practică comercială neloială în sensul articolului 5 alineatul (2) din Directiva 2005/29 numai pentru simplul motiv că această posibilitate de a participa la un joc promoțional reprezintă, cel puțin pentru o parte din publicul vizat, chiar dacă nu singurul motiv, în mod cert însă motivul decisiv pentru achiziționarea ziarului.

101 — A se vedea în acest sens, de asemenea, Abbamonte, G., op. cit. (nota de subsol 57), p. 25, care vorbește despre o ameliorare a acestei metode de examinare prin adaptarea sa atunci când sunt afectate interesele unor grupuri specifice.

102 — Abbamonte, G., op. cit. (nota de subsol 57), p. 25, dă exemple pentru aplicarea acestei norme. În cazul în care o practică comercială este orientată către un grup determinat de consumatori, de exemplu către copii sau către tehnicieni de rachete, trebuie să se țină seama de perspectiva unui membru mediu al acestui grup. În opinia autorului, în cazul unei publicități cu privire la jucării, efectuată în cadrul unei emisiuni pentru copii, se ține seama de așteptările și de reacțiile eventuale ale unui copil mediu din grupul vizat și nu se vor lua în considerare astfel de așteptări și de reacții care sunt proprii unui copil care este în mod excepțional imatur.

103 — A se vedea punctul 93 din prezentele concluzii.

VII — Concluzie

135. Având în vedere considerațiile de mai sus, propunem Curții să răspundă la întrebările preliminare adresate de Oberster Gerichtshof după cum urmează:

„1) Dispozițiile Directivei 2005/29/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 mai 2005 privind practicile comerciale neloiale ale întreprinderilor de pe piața internă față de consumatori și de modificare a Directivei 84/450/CEE a Consiliului, a Directivelor 97/7/CE, 98/27/CE și 2002/65/CE ale Parlamentului European și ale Consiliului și a Regulamentului (CE) nr. 2006/2004 al Parlamentului European și al Consiliului («Directiva privind practicile comerciale neloiale») trebuie interpretate în sensul că se opun unei norme naționale care interzice, în afară de excepțiile enumerate limitativ, anunțarea, oferirea sau acordarea de avantaje gratuite care însoțesc publicații periodice, precum și anunțarea de avantaje gratuite asociate cu alte produse sau servicii, fără a trebui să se verifice de la caz la caz caracterul înșelător, agresiv sau neloial al unei astfel de practici comerciale, chiar și atunci când norma națională în discuție urmărește nu numai protecția consumatorilor, ci și alte obiective care nu intră în domeniul de aplicare material al directivei, precum menținerea pluralismului mass-mediei sau protecția concurenților mai slabi.

2) Posibilitatea de a participa la un joc promoțional, legată de cumpărarea unui ziar, nu este o practică comercială neloială în sensul articolului 5 alineatul (2) din Directiva 2005/29/CE numai pentru simplul motiv că această posibilitate de a participa la un joc promoțional reprezintă, cel puțin pentru o parte din publicul vizat, chiar dacă nu singurul motiv, în mod cert însă motivul decisiv pentru achiziționarea ziarului."