



Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M^{ME} VERICA TRSTENJAK
présentées le 6 septembre 2012¹

Affaire C-206/11

Georg Köck
contre
Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb

[demande de décision préjudicielle formée par l'Oberster Gerichtshof (Autriche)]

«Directive 2005/29/CE — Harmonisation — Protection des consommateurs — Pratiques commerciales déloyales des entreprises — Organisation procédurale des instruments de lutte contre les pratiques commerciales déloyales — Réglementation d'un État membre en vertu de laquelle une autorisation administrative préalable est nécessaire pour annoncer des liquidations»

Table des matières

I	– Introduction	3
II	– Cadre juridique	4
1.	Droit de l'Union	4
2.	Droit national	6
III	– Les faits, la procédure au principal et la question préjudicielle	8
IV	– Procédure devant la Cour	9
V	– Principaux arguments des parties	9
VI	– En droit	11
A	– Remarques introductives	11
B	– Analyse des questions de droit	12
1.	Applicabilité de la directive 2005/29	13

¹ — Langue originale: l'allemand.

a) Champ d'application matériel	13
b) Champ d'application personnel	13
c) Absence d'exception	14
d) Résultat intermédiaire	14
2. Aspects procéduraux de la question préjudicielle	15
a) Compétence de contrôle des autorités administratives nationales	15
b) Compétence des autorités pour procéder à un contrôle ex-ante.....	15
c) Compatibilité avec la directive d'une interdiction légale sanctionnée dotée d'une réserve d'autorisation	17
d) Contrôle juridictionnel de la décision de l'administration	19
i) Présentation du problème	19
ii) Marge de manœuvre des États membres dans les questions procédurales	19
iii) Interdiction d'ignorer l'obligation de procéder à une appréciation du cas individuel	20
e) Résultat intermédiaire	22
3. Aspects de droit matériel de la question préjudicielle	22
a) Considérations générales	22
b) Examen de la structure des deux réglementations	23
i) Structure réglementaire de la directive 2005/29	23
ii) Les règles matérielles de la loi sur la concurrence déloyale relatives à l'annonce de liquidations	23
c) Compatibilité des règles matérielles et de la directive 2005/29	24
i) Imposition d'interdictions générales.....	24
ii) Exigence de motifs pour l'annonce d'une liquidation	25
– Annonce de la cessation ou du transfert de l'activité commerciale	26
– Autres motifs cités à l'article 33 b, point 4, de la loi sur la concurrence déloyale	26
d) Résultat intermédiaire	27
4. En résumé	28
VII – Conclusion	29

I – Introduction

1. Le commerce et la question qui y est liée de la protection des parties participant à l'échange de prestations et que l'on désignerait aujourd'hui d'entrepreneurs et de consommateurs faisaient déjà l'objet d'une attention toute particulière dans la mythologie grecque et romaine. On invoquait même les dieux lorsqu'il fallait protéger les commerçants et leurs clients. Ainsi, dans la mythologie grecque, Hermès (Mercure dans la mythologie romaine) était le dieu protecteur des commerçants et du commerce, des voyageurs et des bergers. De nos jours, les consommateurs et les commerçants ne sont plus protégés à titre premier par les dieux, mais au contraire par les lois et les juridictions de ce monde. Elles sont supposées tenir compte de manière adéquate des intérêts des consommateurs et des commerçants et les mettre en harmonie.

2. Dans le cadre de la présente procédure préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, l'Oberster Gerichtshof (Autriche, ci-après la «juridiction de renvoi») demande à la Cour de justice de l'Union européenne d'interpréter la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales dans le marché intérieur². Il en va à cet égard essentiellement de la question de savoir si les dispositions de cette directive font obstacle à une réglementation nationale en vertu de laquelle l'annonce de liquidations requiert une autorisation préalable d'une autorité administrative.

3. Ce renvoi préjudiciel a été opéré dans le cadre d'un litige entre M. Georg Köck, qui exploite une entreprise unipersonnelle, et l'Union de protection contre la concurrence déloyale (Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb, ci-après le «Schutzverband»), un organisme qui, en vertu du droit national, jouit d'un droit légitime à lutter contre les pratiques commerciales déloyales. Les deux parties s'opposent sur le point de savoir si M. Köck avait le droit d'annoncer une liquidation sans disposer de l'autorisation de l'autorité administrative régionale nécessaire en vertu du droit national. Cela soulève, entre autres, la question de savoir si la directive 2005/29 autorise un État membre, dans le cadre de la transposition de cette directive dans son ordre juridique national, à soumettre l'annonce d'une liquidation à une condition générale d'autorisation, les violations de cette obligation étant poursuivies sans qu'il n'y ait d'examen au fond du caractère loyal (ou non) d'une telle pratique commerciale.

4. La présente affaire se distingue sur un point essentiel des autres affaires dans lesquelles la Cour était également appelée à prendre position sur la transposition conforme au droit de l'Union de la directive 2005/29, et ce en ce que la présente affaire ne concerne pas seulement la transposition des prescriptions matérielles de la directive, mais avant tout l'organisation procédurale des instruments de lutte contre les pratiques commerciales déloyales dans les différents ordres juridiques des États membres. Il conviendra ainsi d'examiner si le législateur de l'Union s'est écarté de l'approche de l'harmonisation complète qui s'applique en principe pour les prescriptions matérielles des directives afin d'accorder aux États membres une certaine marge de manœuvre procédurale.

2 — Directive du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («directive sur les pratiques commerciales déloyales») (JO L 149, p. 22).

II – Cadre juridique

1. Droit de l'Union

5. L'article 1^{er} de la directive 2005/29 dispose:

«L'objectif de la présente directive est de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs en rapprochant les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte aux intérêts économiques des consommateurs.»

6. En vertu de l'article 2 de la directive 2005/29:

«Aux fins de la présente directive, on entend par:

[...]

- d) 'pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs' (ci-après également dénommées 'pratiques commerciales'): toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs;

[...]»

7. Aux termes de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2005/29:

«La présente directive s'applique aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, telles que définies à l'article 5, avant, pendant et après une transaction commerciale portant sur un produit.»

8. L'article 5 de la directive 2005/29, intitulé «Interdiction des pratiques commerciales déloyales», dispose:

«1. Les pratiques commerciales déloyales sont interdites.

2. Une pratique commerciale est déloyale si:

- a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle,
- et
- b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs.

[...]

5. L'annexe I contient la liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances. Cette liste unique s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée qu'au travers d'une révision de la présente directive.»

9. L'article 11 de la directive 2005/29, intitulé «Application de la législation», dispose:

«1. Les États membres veillent à ce qu'il existe des moyens adéquats et efficaces pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales afin de faire respecter les dispositions de la présente directive dans l'intérêt des consommateurs.

Ces moyens doivent inclure des dispositions juridiques aux termes desquelles les personnes ou organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à lutter contre les pratiques commerciales déloyales, y compris les concurrents, peuvent:

- a) intenter une action en justice contre ces pratiques commerciales déloyales,
et/ou
- b) porter ces pratiques commerciales déloyales devant une autorité administrative compétente soit pour statuer sur les plaintes, soit pour engager les poursuites judiciaires appropriées.

[...]

2. Dans le cadre des dispositions visées aux paragraphes 1 et 2, les États membres confèrent aux tribunaux ou aux organes administratifs des compétences les habilitant, dans les cas où ceux-ci estiment que ces mesures sont nécessaires compte tenu de tous les intérêts en jeu, et notamment de l'intérêt général:

- a) à ordonner la cessation de pratiques commerciales déloyales ou à engager les poursuites appropriées en vue de faire ordonner la cessation desdites pratiques,
ou
- b) si la pratique commerciale déloyale n'a pas encore été mise en œuvre mais est imminente, à interdire cette pratique ou à engager les poursuites appropriées en vue de faire ordonner son interdiction,

même en l'absence de preuve d'une perte ou d'un préjudice réels, ou d'une intention ou d'une négligence de la part du professionnel.

Les États membres prévoient en outre que les mesures visées au premier alinéa peuvent être prises dans le cadre d'une procédure accélérée:

- soit avec effet provisoire,
- soit avec effet définitif,

étant entendu qu'il appartient à chaque État membre de déterminer laquelle de ces deux options sera retenue.

En outre, les États membres peuvent conférer aux tribunaux ou aux autorités administratives des compétences les habilitant, en vue d'éliminer les effets persistants de pratiques commerciales déloyales dont la cessation a été ordonnée par une décision définitive:

- a) à exiger la publication de ladite décision [...]
- b) à exiger, en outre, la publication d'un communiqué rectificatif.

[...]

Lorsque les compétences visées aux paragraphes 3 et 4 sont exercées uniquement par un organe administratif, les décisions doivent être motivées dans tous les cas. Dans ce cas, des procédures doivent être prévues par lesquelles tout exercice impropre ou injustifié des pouvoirs de l'organe administratif ou tout manquement impropre ou injustifié à l'exercice desdits pouvoirs peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel.»

10. L'annexe I de la directive («Pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances») cite en particulier les pratiques commerciales trompeuses suivantes:

«4) Affirmer qu'un professionnel (y compris ses pratiques commerciales) ou qu'un produit a été agréé, approuvé ou autorisé par un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas ou sans respecter les conditions de l'agrément, de l'approbation ou de l'autorisation reçue.

[...]

7) Déclarer faussement qu'un produit ne sera disponible que pendant une période très limitée ou qu'il ne sera disponible que sous des conditions particulières pendant une période très limitée afin d'obtenir une décision immédiate et priver les consommateurs d'une possibilité ou d'un délai suffisant pour opérer un choix en connaissance de cause.

[...]

15) Déclarer que le professionnel est sur le point de cesser ses activités ou de les établir ailleurs alors que tel n'est pas le cas.»

2. Droit national

11. La directive 2005/29 a été transposée en Autriche avec effet au 12 décembre 2007 par une modification³ de la loi fédérale sur la concurrence déloyale de 1984⁴ (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, ci-après la «loi sur la concurrence déloyale»).

12. Le point 7 de l'annexe I de la directive 2005/29 a été repris mot pour mot dans le cadre de la réforme de la loi sur la concurrence déloyale de 2007 dans le point 7 de l'annexe de cette loi.

La sous-section 4 a de la loi sur la concurrence déloyale (articles 33 a à 33 f), qui avait déjà été intégrée dans la loi en 1992, contient la disposition suivante sur l'«annonce des liquidations»:

«Article 33 a

(1) Sont considérées comme l'annonce d'une liquidation, au sens de la présente loi fédérale, toutes annonces publiques ou toutes communications adressées à un grand nombre de personnes, faisant croire en l'intention de vendre au détail et de façon accélérée une grande quantité de produits, lorsqu'elles sont de nature à faire croire que des circonstances exceptionnelles forcent le professionnel à vendre rapidement et que c'est pour cette raison qu'il propose ses produits à des conditions ou à des prix particulièrement avantageux. Les annonces ou communications dans lesquelles apparaissent les termes 'liquidation', 'vente de liquidation', 'vente de cessation d'activité', 'vente rapide', 'vente à prix sacrifiés', 'nous vidons nos stocks' ou des termes ayant une signification similaire sont en tout cas considérées comme une annonce d'une liquidation.

3 — BGBl. I, 79/2007.

4 — BGBl. I, 448/1984.

(2) N'entrent cependant pas dans le champ d'applications des articles 33 a à 33 e les annonces et communications relatives à des soldes de fin de saison, des soldes d'épuisement des stocks saisonniers, des liquidations pour cause de fermeture et assimilées, ainsi qu'à des ventes spéciales usuelles pour une branche d'activité ou pour une période de l'année (telles la 'semaine blanche' ou la 'semaine des manteaux').

(3) Le point 7 de l'annexe n'en n'est pas affecté.

Article 33 b.

L'annonce d'une liquidation n'est licite que sur autorisation de l'administration de district du lieu de la vente. La demande de cette autorisation doit être présentée par écrit et doit comporter les informations suivantes:

1. les quantité, nature et prix de vente des produits à céder;
2. le lieu précis de la liquidation;
3. la période durant laquelle la vente est prévue;
4. les motifs pour lesquels la liquidation doit avoir lieu, tels que le décès du professionnel, la cessation d'activité ou la suppression d'une certaine gamme de produits, le transfert du commerce, un sinistre, etc.;
5. [...]

Article 33 c

(1) Avant de se prononcer sur la demande d'autorisation, l'administration de district doit inviter la chambre des métiers du Land du lieu de la vente à rendre un rapport dans un délai de deux semaines.

(2) L'administration du district doit se prononcer sur la demande dans le délai d'un mois à compter de sa réception.

(3) L'autorisation est refusée en l'absence de motifs, au sens de l'article 33 b, point 4, ou lorsqu'il n'est pas prévu que la vente soit annoncée pour une période continue. L'autorisation est en outre refusée lorsque la vente a lieu durant la période du début de l'avant-dernière semaine avant Pâques jusqu'à la Pentecôte, du 15 novembre jusqu'à Noël ou dure plus de six mois à moins qu'il ne s'agisse des cas de décès du professionnel, de sinistres ou d'autres cas qui doivent être pris en compte. Si l'entreprise n'existe pas depuis plus de trois années pleines, l'autorisation n'est accordée qu'en cas de décès du professionnel, en cas de sinistre ou d'autres cas également pertinents.

(4) [...]

Article 33 d

(1) Toute annonce de la liquidation doit mentionner les motifs de la vente accélérée, la période durant laquelle la vente doit avoir lieu, ainsi qu'une désignation générale des produits mis en vente. Ces indications doivent correspondre à celles de l'autorisation administrative.

(2) Aucune annonce de la liquidation ne doit intervenir après l'expiration de la durée de vente indiquée dans l'autorisation administrative.

(3) Pendant la durée de vente inscrite dans l'autorisation administrative, la vente des produits visés dans l'annonce n'est permise que dans la limite des quantités prévues par l'autorisation. Tout réapprovisionnement en produits de ces catégories est interdit.

(4) [...]»

13. L'article 34, paragraphe 3, de la loi sur la concurrence déloyale contient la disposition suivante relative, entre autres, à la sous-section 4 a:

«Tout contrevenant aux dispositions de la présente section s'expose, sans préjudice de poursuites pénales, à une action en cessation et en dommages-intérêts. Cette action ne peut être intentée que par la voie judiciaire régulière. [...]»

III – Les faits, la procédure au principal et la question préjudicielle

14. M. Köck exploite une entreprise unipersonnelle à Innsbruck. Il a annoncé dans un encart publicitaire la «liquidation totale» de ses produits, dont il a également fait la publicité devant son magasin au moyen de panneaux et d'autocollants. Outre le terme «liquidation totale», il a également employé des expressions telles que «Tout doit partir» et «jusqu'à 90 % de soldes». M. Köck n'avait pas sollicité d'autorisation de l'administration de district (Bezirksverwaltungsbehörde) pour annoncer ladite liquidation.

15. Le Schutzverband défend le point de vue que l'annonce violerait les articles 33 a et suivants de la loi sur la concurrence déloyale. En vertu de ces dispositions, l'annonce par M. Köck d'une liquidation ne serait légale qu'après autorisation préalable par les autorités administratives régionales. Cette réglementation serait conforme à la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales et demeurerait donc applicable.

16. Le Schutzverband a donc demandé devant le Landesgericht Innsbruck à ce qu'il soit interdit à M. Köck, par voie de référé, d'annoncer une liquidation sans disposer de l'autorisation nécessaire de l'autorité administrative du district. M. Köck conteste toute violation des dispositions relatives à la liquidation. Il affirme avoir simplement effectué une vente soldée d'une partie du stock au sens de l'article 33 a, paragraphe 2, de la loi sur la concurrence déloyale, laquelle ne nécessiterait aucune autorisation. Le Landesgericht Innsbruck a, dans son ordonnance du 15 juin 2010, abondé dans le sens de l'opinion en droit de M. Köck.

17. Sur recours du Schutzverband, l'Oberlandesgericht Innsbruck a adopté, par décision du 6 août 2010, l'ordonnance en référé telle que demandée. Selon la juridiction de deuxième instance, le défendeur a annoncé une liquidation soumise à une obligation d'autorisation au sens de l'article 33 a, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence déloyale. Puisqu'il ne disposait d'aucune autorisation en vertu de l'article 33 b, il y avait lieu de faire droit à l'action en cessation, conformément à l'article 34, paragraphe 3, de cette loi.

18. M. Köck a formé recours contre cette décision auprès de l'Oberster Gerichtshof. D'après l'appréciation provisoire de l'Oberster Gerichtshof, ce pourvoi devrait, en application des articles 33 a et suivants, échouer. L'Oberster Gerichtshof a cependant des doutes si ces dispositions sont compatibles avec la directive 2005/29. Il a donc sursis à statuer et a déferé à la Cour la question préjudicielle suivante:

«L'article 3, paragraphe 1, et l'article 5, paragraphe 5, de la directive 2005/29 ou toute autre disposition de cette directive s'opposent-ils à une réglementation nationale en vertu de laquelle l'annonce d'une liquidation n'ayant pas été autorisée par l'administration compétente est illicite et doit donc être interdite dans le cadre d'une procédure judiciaire, sans que la juridiction saisie de cette procédure n'ait à vérifier le caractère trompeur, agressif ou autrement déloyal de ladite pratique commerciale?»

IV – Procédure devant la Cour

19. La décision de renvoi en date du 12 avril 2011 est parvenue au greffe de la Cour le 2 mai 2011.

20. Les parties au principal, les gouvernements autrichien et belge, ainsi que la Commission européenne, ont déposé des observations écrites dans le délai prescrit par l'article 23 du statut de la Cour de justice.

21. Lors de l'audience du 21 mai 2012, les représentants des parties au principal, les représentants des gouvernements autrichien et belge, ainsi que les représentants de la Commission, sont venus présenter leurs observations orales.

V – Principaux arguments des parties

22. M. Köck suggère à la Cour de répondre à la question préjudicielle par l'affirmative. Selon lui, une législation comme celle objet du présent litige, qui autorise les autorités administratives à refuser une autorisation pour l'annonce d'une liquidation même lorsque la pratique commerciale en question n'est ni trompeuse ni agressive ou déloyale sous une forme quelconque, est incompatible avec la directive 2005/29.

23. Il estime que la directive 2005/29 est applicable dans le cas d'espèce dans la mesure où, d'une part, l'annonce d'une liquidation correspondrait à la définition d'une pratique commerciale et que, d'autre part, les dispositions nationales litigieuses viseraient à protéger non seulement les concurrents, mais aussi les consommateurs. Il fait valoir à titre préventif que ses annonces n'étaient pas des annonces de liquidation nécessitant une autorisation au sens de l'article 33 a, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence déloyale, mais au contraire des annonces d'une vente soldée d'une partie du stock au titre de l'article 33 a, paragraphe 2, de la loi sur la concurrence déloyale.

24. Il affirme en outre que le point 7 de l'annexe I de la directive 2005/29 ne serait pas applicable dans l'affaire au principal, puisqu'il n'aurait pas fait d'allégation expresse quant à la durée de la liquidation qui serait en réalité une vente soldée d'une partie du stock. Il fait de plus valoir que la protection juridique de l'individu ne serait pas garantie par le droit national, parce que la mise en œuvre, par le biais de la procédure administrative, de la non-application de l'article 33 c, paragraphe 3, de la loi sur la concurrence déloyale en raison de l'incompatibilité avec le droit de l'Union serait inacceptable pour les entreprises concernées.

25. Tant le Schutzverband que le gouvernement autrichien défendent le point de vue que les dispositions nationales litigieuses relatives à l'autorisation par les autorités des liquidations ne relèvent pas du champ d'application de la directive 2005/29. Cette opinion serait confirmée tant par le neuvième considérant que par l'article 3, paragraphe 8, de ladite directive, en vertu duquel la directive «s'applique sans préjudice des conditions d'établissement ou des régimes d'autorisation». La non-applicabilité de la directive 2005/29 découlerait selon le gouvernement autrichien du fait que celle-ci ne réglerait pas les rapports juridiques entre entreprises et administrations.

26. Les deux parties à la procédure présentent préventivement des observations pour le cas où la Cour devrait tout de même confirmer l'applicabilité de la directive 2005/29. Elles signalent ainsi, entre autres, que la plupart des liquidations comme les soldes de fin de saison, les ventes avant inventaire ne seraient en Autriche ni interdites ni soumises à une autorisation. Seule l'annonce de certaines ventes spéciales nécessiterait une autorisation. La réglementation nationale litigieuse ne constituerait donc pas une interdiction générale de principe de certaines pratiques commerciales. L'article 11 de la directive 2005/29 autoriserait en outre les États membres à introduire des mesures adéquates et efficaces en vue de la lutte contre les pratiques commerciales déloyales. En ferait aussi partie, selon le gouvernement autrichien, un examen ex-ante de pratiques commerciales déloyales qui présenterait des avantages vis-à-vis d'un simple examen ex-post. Ce dernier ne satisferait pas, du moins dans le cas de l'annonce de liquidations, aux objectifs inscrits à l'article 13 de la directive de fixer des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives pour poursuivre les violations du droit national de transposition.

27. Les deux parties à la procédure ont pris position sur l'organisation de la procédure administrative et de la procédure juridictionnelle en droit autrichien, le Schutzverband soulignant l'obligation des autorités autrichiennes, dans le cadre de la procédure d'examen d'une demande d'autorisation, d'interpréter les dispositions nationales à la lumière de l'objectif de la directive 2005/29 afin d'atteindre l'objectif poursuivi par celle-ci. Il signale de plus que la juridiction saisie d'une procédure de recours en cessation examinera en général si une annonce au sens de l'article 33 a de la loi sur la concurrence déloyale a été faite. L'annonce d'une vente soumise à obligation d'autorisation sans autorisation administrative correspondante irait en tout cas à l'encontre des exigences de diligence professionnelle au sens de l'article 5, paragraphe 2, sous a), de la directive 2005/29. Le gouvernement autrichien signale quant à lui que ses autorités administratives doivent autoriser l'annonce d'une liquidation pour autant que cette annonce n'est pas trompeuse et ne va pas à l'encontre des dispositions des articles 8 et 9 de la directive 2005/29.

28. Le Schutzverband propose à la Cour de répondre à la question préjudicielle par la négative. Le gouvernement autrichien propose quant à lui de répondre à la question préjudicielle en ce sens que la directive 2005/29 ne fait pas obstacle à une réglementation nationale en vertu de laquelle l'annonce de certaines ventes spéciales nécessite une autorisation de l'administration.

29. Le gouvernement belge propose à la Cour de répondre à la question préjudicielle en ce sens que la directive 2005/29 ne fait pas obstacle à une réglementation nationale qui fait dépendre l'annonce d'une liquidation d'une autorisation préalable, pour autant que cette autorisation sert uniquement à protéger les intérêts des concurrents. Il appartiendrait cependant aux juridictions nationales de juger ce dernier point. Le gouvernement belge signale en outre que la pratique commerciale suscitée n'est pas reprise dans la liste de l'annexe I de la directive.

30. La Commission propose à la Cour de répondre par l'affirmative à la question préjudicielle. Elle signale, en ce qui concerne l'applicabilité de la directive 2005/29 à l'affaire au principal, que les annonces de liquidations devraient être qualifiées de pratique commerciale. Les dispositions litigieuses ne serviraient d'ailleurs pas seulement à la protection des consommateurs. Une interdiction générale avec une réserve d'autorisation telle que prévue par la réglementation nationale en cause ne serait cependant pas compatible avec l'article 5, paragraphes 2, 4 et 5, de la directive 2005/29 ainsi qu'avec les points 7 et 15 de son annexe I. Un tel mécanisme ne serait en outre pas compatible avec l'approche de

l'harmonisation complète poursuivie par la directive. L'article 11 de la directive, en vertu duquel les États membres doivent introduire des mesures appropriées et efficaces de lutte contre les pratiques commerciales déloyales, ne prévoirait en outre pas de tel examen ex-ante de toutes les pratiques commerciales concernées par les autorités administratives nationales. Les dispositions nationales litigieuses ne pourraient de même pas être justifiées par l'article 3, paragraphe 8, de la directive dans la mesure où ces dispositions de la directive ne s'appliqueraient qu'aux professions réglementées, ce qui ne vaut pas pour l'affaire au principal. Selon la Commission, on ne pourrait pas non plus déduire du point 4 de l'annexe I de la directive le moindre argument pour la légalité d'une interdiction générale avec réserve d'autorisation.

VI – En droit

A – Remarques introductives

31. Le législateur de l'Union a fixé aux États membres un délai jusqu'au 12 juin 2007 pour transposer la directive 2005/29, le texte devant être définitivement applicable à compter du 12 décembre 2007. Puisque entre-temps tous les États membres ont rempli cette obligation de transposition et d'application dans les délais⁵, il convient désormais de se pencher sur la question de sa mise en œuvre correcte dans les ordres juridiques des États membres. En effet, seule une mise en œuvre optimale peut garantir que l'objectif de la directive sera atteint: contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et assurer un niveau élevé de protection des consommateurs en rapprochant les dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres sur les pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte aux intérêts économiques des consommateurs⁶.

32. La Cour a eu l'occasion, dans plusieurs décisions préjudicielles, de prendre indirectement position⁷ sur la question de la transposition conforme à la directive, notamment en Belgique⁸, en Allemagne⁹, en Pologne¹⁰, en Autriche¹¹ et en Suède¹². En effet, bien que sa compétence dans le cadre des demandes de décisions préjudicielles au titre de l'article 267 TFUE consiste dans l'interprétation de la directive et non dans le fait de se prononcer sur la compatibilité d'une réglementation nationale avec le droit

5 — Voir, sur l'état de la transposition dans les différents États membres, Henning-Bodewig, F., «Die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs in den EU-Mitgliedstaaten: eine Bestandsaufnahme», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil*, 2010, p. 273 et suivantes.

6 — Le rapprochement des législations sur la concurrence déloyale par des directives participe à l'objectif de création du marché commun en garantissant un niveau élevé de protection des consommateurs. Cette méthode a l'avantage qu'il n'y a ainsi pratiquement plus de conflits entre les libertés fondamentales en cause et les mesures nationales de protection des consommateurs, puisque le législateur de l'Union a déjà mis en accord les deux intérêts (voir simplement sur le problème des modalités de vente dans le domaine du droit du transport de marchandises, Picod, F., «La jurisprudence Keck et Mithouard, a-t-elle un avenir?», *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, 2011, p. 47).

7 — Pour un aperçu de la jurisprudence, voir Namysłowska, M., «Trifft die Schwarze Liste der unlauteren Geschäftspraktiken ins Schwarze? Bewertung im Lichte der EuGH-Rechtsprechung», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil*, 2010, p. 1033.

8 — Arrêt du 23 avril 2009, VTB-VAB et Galatea (C-261/07 et C-299/07, Rec. p. I-2949).

9 — Arrêt du 14 janvier 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, Rec. p. I-217).

10 — Arrêt du 11 mars 2010, Telekomunikacja Polska (C-522/08, Rec. p. I-2079).

11 — Arrêt du 9 novembre 2010, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, Rec. p. I-10909). Voir, en liaison avec l'obligation des États membres à la transposition correcte, Griller, S., «Direktwirkung und richtlinienkonforme Auslegung», *10 Jahre Anwendung des Gemeinschaftsrechts in Österreich*, Vienne/Graz, 2006, p. 91, qui a examiné de manière approfondie les effets des directives au sein de l'ordre juridique autrichien.

12 — Arrêt du 12 mai 2011, Ving Sverige (C-122/10, Rec. p. I-3903).

de l'Union¹³, c'est précisément cette activité d'interprétation qui a contribué à mieux comprendre l'importance et la portée des différentes dispositions de la directive. Cela a à son tour permis aux États membres d'adapter a posteriori leur réglementation de transposition afin de satisfaire aux prescriptions du droit de l'Union¹⁴.

33. Jusqu'à maintenant, les demandes de décisions préjudicielles des juridictions nationales concernaient uniquement les dispositions de la directive sur la base desquelles le caractère déloyal de pratiques commerciales pouvait être jugé. Il a pu être constaté à cet égard que l'incompatibilité des dispositions nationales en cause reposait pour l'essentiel sur le fait qu'elles allaient à l'encontre de l'objectif de l'harmonisation complète poursuivi dans le domaine du droit de la concurrence déloyale¹⁵. Par l'adoption d'interdictions générales pour des pratiques commerciales individuelles, les États membres avaient voulu étendre de manière illégale la liste exhaustive, contenue dans l'annexe I de la directive 2005/29, des pratiques commerciales interdites¹⁶. C'était là l'objet de l'affaire *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*, qui concernait l'interdiction des ventes avec primes ancrée dans la loi autrichienne sur la concurrence déloyale. La Cour a alors constaté que la directive fait obstacle à une telle réglementation nationale formulée comme une interdiction générale¹⁷.

B – Analyse des questions de droit

34. Il existe certains parallèles entre l'affaire susmentionnée et la présente affaire dans la mesure où la présente demande de décision préjudicielle vise à faire constater par la Cour si la réglementation nationale litigieuse relative à l'annonce de liquidations est également conçue comme une interdiction générale, contraire à la directive 2005/29. Il ne faut, à cet égard, pas ignorer que le problème soulevé a en outre aussi une composante de droit procédural: la juridiction de renvoi souhaiterait en effet savoir si une interdiction avec une réserve d'autorisation, telle que prévue par le droit autrichien, respecte les prescriptions de la directive. Y est liée la question de l'aménagement procédural des instruments de lutte contre les pratiques commerciales déloyales, étant entendu qu'il conviendra d'examiner si la directive permet un contrôle ex-ante par les autorités administratives de telles pratiques commerciales. Compte tenu du fait que cette question n'a jusqu'à maintenant pas fait l'objet de la jurisprudence de la Cour, elle mérite une analyse spéciale.

35. Afin de fournir une réponse utile à la juridiction de renvoi et dans l'intérêt de la clarté, mon examen de la question préjudicielle sera organisé autour de trois thématiques: j'examinerai tout d'abord si la directive 2005/29 est applicable à l'affaire au principal et si elle entre donc en ligne de compte en tant que critère de mesure pour apprécier si le droit de l'Union a été correctement transposé en droit national. Je me pencherai ensuite sur le problème de droit procédural cité plus haut. J'examinerai enfin si les dispositions nationales sur l'autorisation de l'annonce des liquidations correspondent aux prescriptions de droit matériel de la directive.

13 — Voir, entre autres, arrêts du 15 juillet 1964, *Costa* (6/64, Rec. p. 1141), du 29 novembre 2001, *De Coster* (C-17/00, Rec. p. I-9445, point 23), et du 16 janvier 2003, *Pansard e.a.* (C-265/01, Rec. p. I-683, point 18).

14 — Bernitz, U., «The unfair commercial practices directive: its scope, ambitions and relation to the law of unfair competition», *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and techniques* (éditeurs S. Weatherill et U. Bernitz), part du principe qu'un nombre important de demandes de décisions préjudicielles serait nécessaire pour garantir que la directive 2005/29 sera correctement transposée dans les États membres. Selon l'auteur, ce processus devrait également intégrer les recours en manquement de la Commission contre les États membres qui cherchent à conserver des dispositions nationales spécifiques contraires à la directive.

15 — Selon Zimmermann, R., «The present state of European private law», *American Journal of comparative law*, 2009, p. 479, le passage de l'harmonisation minimale à l'harmonisation complète dans certains domaines du droit de l'Union posera des problèmes aux États membres. Basedow, J., «Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht», *Archiv für die civilistische Praxis*, 2010, p. 190, estime que cette transition conduira à de nombreuses demandes de décisions préjudicielles devant la Cour. Cette prévision semble se réaliser en ce qui concerne la directive 2005/29.

16 — Ainsi que Micklitz, H.-W., «Full Harmonisation of Unfair Commercial Practices under Directive 2005/29», *International review of intellectual property and competition law*, vol. 40 (2009), n° 4, p. 371, l'explique à juste titre, les États membres n'étaient probablement, lors de l'adoption de la directive 2005/29, pas tout à fait conscients de l'influence importante qu'aurait l'approche de l'harmonisation complète sur leur droit national.

17 — Arrêt précité à la note 11, point 38.

1. Applicabilité de la directive 2005/29

a) Champ d'application matériel

36. Pour être couverte par le champ d'application matériel de la directive 2005/29, la réglementation nationale litigieuse devrait avoir pour objet une pratique commerciale entre entreprises et consommateurs. À ce sujet, il convient de signaler que l'article 2, sous d), de ladite directive définit la notion de pratique commerciale par une formulation particulièrement large comme étant «toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs»¹⁸. Les mesures publicitaires comme celles en cause dans l'affaire au principal, qui concernent la vente de marchandises aux consommateurs à des prix réduits pour une raison particulière s'inscrivent clairement dans le cadre de la stratégie commerciale d'un entrepreneur et sont directement liées à la promotion commerciale et à la vente. Elles constituent, par conséquent, des pratiques commerciales au sens de la définition susmentionnée, de sorte que des dispositions nationales comme celles en cause, qui règlent dans le détail l'exercice de ces activités, relèvent du champ d'application matériel de la directive.

b) Champ d'application personnel

37. Pour relever du champ d'application personnel de la directive 2005/29, la réglementation nationale litigieuse doit, tout comme la directive, avoir pour objectif de protéger les consommateurs. Dans l'arrêt *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*¹⁹, la Cour a constaté qu'une réglementation nationale relative à des pratiques commerciales déloyales relève du champ d'application de la directive même lorsqu'elle n'a pas seulement pour objet de protéger les consommateurs, mais poursuit aussi d'autres objectifs. Ainsi qu'il ressort en effet du sixième considérant de la directive 2005/29, seules sont exclues du champ d'application de la directive les dispositions juridiques nationales qui portent atteinte *uniquement* aux intérêts économiques des concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels. Par conséquent, même si la réglementation relative à l'annonce de liquidations aux articles 33 a et suivants de la loi sur la concurrence déloyale est supposée protéger non seulement les consommateurs, mais aussi les concurrents, voire avant tout les concurrents, cela n'exclurait pas l'applicabilité de la directive.

38. Ainsi que la Cour l'a expliqué à de multiples reprises dans sa jurisprudence²⁰, il appartient à la juridiction de renvoi, qui doit aussi interpréter le droit national, de clarifier si la disposition nationale en question sert effectivement à la protection des consommateurs afin de pouvoir déterminer si une telle disposition relève du champ d'application de la directive. Il faut retenir à ce sujet que la juridiction de renvoi dans sa décision²¹ se contente pour l'essentiel de constater que l'annonce d'une liquidation en vertu de la définition à l'article 33 a, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence déloyale constitue «sans aucun doute une pratique commerciale au sens de la directive [2005/29]», ce qui manifestement devrait sous-entendre que la réglementation litigieuse relève de son champ d'application. Il est ainsi admis implicitement que la réglementation litigieuse sert en tout cas aussi à la protection des consommateurs.

18 — Voir arrêts *VTB-VAB et Galatea* (précité à la note 8, point 50), *Plus Warenhandelsgesellschaft* (précité à la note 9, point 36) et *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag* (précité à la note 11, point 17), ainsi qu'ordonnance du 30 juin 2011, *Wamo* (C-288/10, Rec. p. I-5835, point 30).

19 — Arrêt précité à la note 11, points 21 à 24.

20 — Voir ordonnance *Wamo* (précitée à la note 18, point 28).

21 — Voir p. 7 de ladite décision.

39. Plusieurs indices plaident pour une telle conclusion. Ainsi que l'on peut le déduire des développements du gouvernement autrichien²² et du Schutzverband²³, de la jurisprudence des juridictions autrichiennes²⁴ et de la doctrine²⁵, l'objet de la réglementation sur les liquidations à l'article 33 a, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence déloyale est de contrer l'abus des (pseudo)liquidations qui utilisent la couverture de l'attractivité d'annonces publiques qu'un entrepreneur est contraint par des circonstances exceptionnelles de liquider sa marchandise à des conditions ou des prix particulièrement avantageux. Cette réglementation ne couvre que les liquidations annoncées, d'autant que celles-ci éveillent l'impression d'avantages particuliers à l'achat. De telles annonces peuvent aisément être utilisées abusivement pour influencer psychologiquement les acheteurs au détriment des concurrents. Afin d'y parer, l'article 33 a, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence déloyale a attaché la légalité d'une telle annonce à la demande d'une autorisation administrative. De cette manière, il est tenu compte de la protection, d'une part, des professionnels et des concurrents contre la concurrence déloyale et, d'autre part, des clients contre l'exercice d'une influence psychologique.

40. Il convient donc, en tout cas aux fins de la présente procédure, de partir du principe que cette réglementation relève aussi du champ d'application personnel de la directive 2005/29, ce qui toutefois doit encore être confirmé par la juridiction de renvoi.

c) Absence d'exception

41. L'applicabilité de la directive 2005/29 ne pourrait être reconnue que si, dans le cas à l'origine de l'affaire, aucune exception n'entre en ligne de compte. Dans ses observations, le Schutzverband met en doute l'applicabilité de la directive en invoquant l'article 3, paragraphe 8. D'après cette disposition, qui exclut certains objets du champ d'application matériel, la «directive s'applique sans préjudice [...] des régimes d'autorisation [...] ou de toute autre disposition spécifique régissant les professions réglementées». Le Schutzverband en déduit que les règles d'autorisation comme les réserves de contrôles des autorités, y compris les règles aux articles 33 a, paragraphe 1, et suivants de la loi sur la concurrence déloyale, relatives à la procédure d'autorisation qui doit être conduite par les autorités, y compris le contenu de la décision, ne sont pas couvertes par le champ d'application. Il faut opposer à cet argument que l'affaire au principal ne concerne pas une réglementation nationale spécifique pour une «profession réglementée» au sens de cette disposition. Cette exception n'est donc pas pertinente ici.

d) Résultat intermédiaire

42. Eu égard à ce qui précède, il faut retenir que rien dans l'affaire au principal ne laisse penser que la directive 2005/29 ne pourrait pas s'appliquer en l'espèce. La vérification de ce point appartient cependant à la juridiction de renvoi.

22 — Voir points 7 et 8 des observations du gouvernement autrichien.

23 — Voir point 6 des observations du Schutzverband.

24 — Voir arrêts du Verwaltungsgerichtshof du 25 février 1993 (dossier 93/04/0011) et du 14 avril 1999 (dossier 98/04/0159 – n° de recueil 15123 A/1999), ainsi que de l'Oberster Gerichtshof du 25 mars 2003 (dossier 4 Ob 48/03t).

25 — Voir Duursma, D., dans *UWG – Kommentar* (éditeurs M. Gumpoldsberger et P. Baumann), Vienne, 2006, § 33 a, point 1, p. 1185; Wiltchek, L., *UWG – Kommentar*, 2^e édition, Vienne, 2007, § 33 a-f, point 1, p. 1034, et Feik, R., *Öffentliches Wirtschaftsrecht* (éditeurs M. Holoubek et M. Potacs), Vienne, 2002, p. 177.

2. Aspects procéduraux de la question préjudicielle

43. L'applicabilité de la directive 2005/29 ayant été en principe admise, il convient maintenant d'examiner si le législateur autrichien a aussi respecté au niveau national, lors de la création des moyens procéduraux destinés à mettre en œuvre la directive, les prescriptions du droit de l'Union contenues dans ce texte. Compte tenu des questions juridiques variées soulevées par la demande de décision préjudicielle, dans l'intérêt de la clarté, je traiterai ces questions juridiques dans l'ordre.

a) Compétence de contrôle des autorités administratives nationales

44. La première question d'ordre administratif soulevée par la demande de décision préjudicielle est celle de savoir si la directive 2005/29 autorise les autorités administratives à contrôler les pratiques commerciales quant à leur caractère loyal. La réponse à cette question dépend, selon moi, des dispositions des articles 11 et 12 de la directive, dont il découle que les États membres sont habilités à introduire des procédures juridictionnelles et des procédures auprès des autorités administratives pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales afin d'imposer le respect de la directive. Le caractère alternatif des deux types de procédures qui s'exprime clairement dans les termes («tribunaux ou autorités administratives») des différentes dispositions montre que le choix de la procédure appropriée a par principe été laissé à l'appréciation des États membres²⁶. Dans ce contexte, il faut retenir que la directive 2005/29 permet tout à fait que les autorités administratives se voient confier la mission de contrôler les pratiques commerciales quant à leur caractère loyal.

b) Compétence des autorités pour procéder à un contrôle ex-ante

45. Une autre question d'ordre administratif qui se pose ici est, comme il a déjà été évoqué, de savoir si la directive 2005/29 autorise un contrôle ex-ante de telles pratiques commerciales par les autorités administratives. Il faut retenir à ce sujet, ainsi que la juridiction de renvoi l'a affirmé à juste titre dans sa décision²⁷, que la directive ne l'interdit pas expressément. Aucune disposition de la directive ne dispose que celle-ci admettrait uniquement des contrôles ex-post et, partant, exclurait que l'on puisse prévoir pour certaines pratiques commerciales une autorisation administrative préalable. Comme je l'exposerai ci-après, on peut même avancer par le biais de l'interprétation, en tenant compte des termes et de l'économie des dispositions pertinentes, des arguments en faveur de la compatibilité d'un tel contrôle ex-ante avec la directive.

46. Il découle tout d'abord de la disposition centrale de la directive 2005/29 à l'article 11, paragraphe 1, premier alinéa, que les États membres ont l'obligation au titre du droit de l'Union de «veille[r] à ce qu'il existe des moyens adéquats et efficaces pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales afin de faire respecter les dispositions de la présente directive dans l'intérêt des consommateurs». Cela signifie que la compatibilité d'une mesure d'un État membre avec la directive est toujours soumise à la

26 — Voir Holzmayr-Schrenk, T., *Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken*, Munich, 2010, p. 68, selon lequel la directive 2005/29 vise certes à une harmonisation complète, mais ne prescrit pas de système déterminé pour le domaine de la lutte contre les pratiques commerciales déloyales. Stolze, C., *Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU – Unter besonderer Berücksichtigung der Sanktionssysteme*, Hambourg, 2010, p. 159, renvoie aux articles 11 et 12 de la directive 2005/29, dont il découlerait que les États membres sont libres d'organiser la protection contre les pratiques commerciales déloyales, soit par le droit administratif, soit par le droit civil. Alexander, C., «Die Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt – Umsetzungsbedarf in Deutschland?», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2005, p. 810, signale que le droit de l'Union n'aurait uniformisé jusqu'à maintenant que de manière ponctuelle les règles de sanction et de procédure et ne prescrirait pas de système déterminé de lutte contre les pratiques commerciales déloyales. La directive 2005/29 ne changerait rien à cette acception par le droit de l'Union des différents systèmes législatifs. Il appartient toujours au législateur national de décider si la lutte contre les pratiques commerciales déloyales doit avoir lieu par la voie du droit administratif, du droit pénal ou du droit civil. Ciatti, A., «La tutela amministrativa e giurisdizionale», *La pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori* (éditeur G. De Cristofaro), Turin, 2007, p. 267, explique que, tandis que la directive 2005/29 présenterait un degré élevé de précision et de détail en ce qui concerne les exigences matérielles posées au droit de transposition national, ce ne serait pas le cas pour les mécanismes d'application et de sanction, d'autant que le législateur national se verrait reconnaître une large marge de manœuvre dans l'organisation.

27 — Voir point 3 de la décision de renvoi.

réserve que celle-ci soit «adéquante» et «efficace» afin de mettre un terme aux pratiques commerciales déloyales. Ainsi que je l'ai déjà exposé dans mes conclusions dans l'affaire *Banco Español de Crédito*²⁸, les États membres se voient ainsi reconnaître une large marge de manœuvre²⁹, d'autant que théoriquement diverses mesures qui répondent aux deux conditions entrent en ligne de compte. En définitive, seules les mesures manifestement inadéquates et inefficaces devraient être exclues. Cette disposition, comme on peut le constater avec d'autres instruments juridiques dans le domaine de la protection des consommateurs³⁰, tient compte des différentes traditions juridiques des États membres.

47. La directive pose à l'article 11, paragraphes 1 et 2, de quelles mesures concrètes il peut s'agir en prévoyant, par exemple, le droit d'une personne ou d'une organisation, qui a d'après le droit national un intérêt légitime à lutter contre les pratiques commerciales déloyales, à agir en justice contre de telles pratiques commerciales³¹ et/ou à introduire une procédure auprès d'une autorité administrative. L'article 11, paragraphe 2, prévoit en outre une série de pouvoirs dont les juridictions et les administrations nationales doivent être dotées afin d'interdire les pratiques commerciales déloyales. Vient s'y ajouter l'octroi de la protection juridique en référé ainsi que l'imposition de mesures afin d'écarter les effets qui accompagnent ce type de pratiques commerciales. La disposition centrale de l'article 11, paragraphe 1, premier alinéa, qui parle de manière générale de «moyens» sans se pencher dans le détail sur des mesures individuelles montre que la liste de telles mesures n'est en rien exhaustive³², mais constitue tout au plus un standard minimal à respecter par les États membres³³. Cette liste est précisée par la disposition du deuxième alinéa, dans laquelle on peut lire que les moyens en question «recouvrent» de manière exhaustive les mesures citées. Les termes de cette disposition signalent que les États membres doivent en tout cas introduire dans leur ordre juridique les mesures expressément citées. Ils ne permettent cependant pas de conclure qu'il leur serait juridiquement interdit d'introduire d'autres procédures ou recours éventuellement tout aussi adéquats et efficaces.

28 — Voir point 105 de mes conclusions du 14 février 2012 dans cette affaire (arrêt du 14 juin 2012, C-618/10).

29 — Voir Stolze, C., op. cit. (note 26), selon lequel la souplesse du libellé de la directive 2005/29 laisse aux États membres une grande liberté d'aménagement lorsqu'ils transposent les règles de mise en œuvre du droit au sens des articles 11 et suivants. De manière similaire Koch, E., *Die Richtlinie gegen unlautere Geschäftspraktiken – Aggressives Geschäftsgehaben in Deutschland und England und die Auswirkungen der Richtlinie*, Hambourg, 2006, p. 55. Voir Henning-Bodewig, F., «Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2005, p. 633, qui signale que la directive 2005/29 pour l'essentiel reitère les règles de la directive 84/450/CEE du Conseil, du 10 septembre 1984, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse (JO L 250, p. 17). Ces règles laisseraient une grande marge de manœuvre pour tous les types de systèmes de droit civil, pénal et administratif tant qu'ils ne luttent que contre la concurrence déloyale de manière adéquate et efficace. La directive ne permettrait pas d'atteindre une harmonisation plus poussée des systèmes très différents précisément dans le domaine de l'application du droit. De Cristofaro, G., «Die zivilrechtlichen Folgen des Verstoßes gegen das Verbot unlauterer Geschäftspraktiken: eine vergleichende Analyse der Lösungen der EU-Mitgliedstaaten», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2010, p. 1023, déplore les différentes réglementations qui ont été adoptées sur la base de l'article 11 de la directive 2005/29 et il en conclut que la tentative ambitieuse d'harmoniser complètement les ordres juridiques des États membres en ce qui concerne les pratiques commerciales déloyales aurait échoué.

30 — Les termes des articles 11 et 12 de la directive 2005/29 sont identiques à ceux des articles 4 à 6 de la directive 84/450. L'article 11, paragraphe 1, de la directive 2005/29 présente quant à lui une certaine similitude avec l'article 7, paragraphe 1, de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JO L 95, p. 29), en vertu duquel «[l]es États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel». Voir, à ce sujet, mes développements au point 38 des conclusions du 6 décembre 2011 dans l'affaire *Invitel* (arrêt du 26 avril 2012, C-472/10).

31 — Voir, sur la signification de l'action collective dans le domaine du droit de la protection des consommateurs, points 36 et suiv. de mes conclusions dans l'affaire *Invitel* (précitée).

32 — Voir Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal – La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Madrid, 2006, p. 144.

33 — Voir point 105 de mes conclusions du 14 février 2012 dans l'affaire *Banco Español de Crédito* (précitée à la note 28). Voir Stuyck, J., «Enforcement of consumer rights and legal redress for consumers in the EU: An institutional model», *New frontiers of consumer protection* (éditeurs F. Cafaggi et H.-W. Micklitz), Oxford, 2009, p. 72 et suiv., qui souligne, d'une part, la liberté dont disposent les États membres lorsqu'ils aménagent les possibilités d'obtenir justice au niveau national et, d'autre part, le fait que la directive 2005/29 fixe certaines normes minimales que les États membres doivent impérativement respecter.

48. Par ailleurs, l'article 11, paragraphe 2, sous b), prévoit expressément le pouvoir des autorités administratives d'interdire les pratiques commerciales déloyales, même «si la pratique commerciale déloyale n'a pas encore été mise en œuvre mais est imminente». Une interdiction administrative préventive est ainsi visée. Tant la similitude avec ce mécanisme d'interdiction préventive que l'énumération non exhaustive des mesures de lutte contre les pratiques commerciales déloyales suggèrent déjà la compatibilité d'un mécanisme de contrôle ex-ante avec la directive 2005/29. Il en va de même en ce qui concerne les critères d'adéquation et d'efficacité à l'article 11, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive, d'autant qu'il ne saurait y avoir de doute qu'une identification aussi rapide que possible des pratiques commerciales déloyales dans les affaires contribue à y faire obstacle avant qu'elles ne puissent produire leurs effets de distorsion de la concurrence.

49. Les observations du gouvernement autrichien³⁴ sur l'objectif législatif des règles relatives à l'annonce des liquidations me semblent dans ce contexte pertinentes. Le gouvernement autrichien signale que, pour les liquidations qui relèvent de l'obligation d'autorisation des articles 33 a et suivants de la loi sur la concurrence déloyale, une appréciation ex-post de pratiques commerciales déloyales ne serait pas efficace, puisque dans la plupart des cas l'entreprise n'existerait plus au terme de la liquidation. Sont ainsi visées, en vertu de l'article 33 a de la loi sur la concurrence déloyale, «toutes annonces publiques ou toutes communications adressées à un grand nombre de personnes, faisant croire en l'intention de vendre au détail et de façon accélérée une grande quantité de produits, lorsqu'elles sont de nature à faire croire que des circonstances exceptionnelles forcent le professionnel à vendre rapidement et que c'est pour cette raison qu'il propose ses produits à des conditions ou à des prix particulièrement avantageux. Les annonces ou communications dans lesquelles apparaissent les termes 'soldes', 'liquidation', 'vente de liquidation', 'vente expresse', 'vente à prix bradés', 'nous vidons nos stocks' ou des termes de signification similaire sont considérées comme des annonces d'une liquidation».

50. Indépendamment de la question de savoir si de telles annonces publiques doivent être considérées comme des «pratiques commerciales déloyales» au sens de la directive 2005/29, ce qui en définitive relève d'une appréciation du cas individuel, une intervention précoce des autorités semble justifiée par les circonstances exposées d'une liquidation qui motivent une urgence particulière. Une réglementation qui accorde aux autorités administratives la compétence pour le contrôle ex-ante des pratiques commerciales répond ainsi aux exigences d'adéquation et d'efficacité au titre de l'article 11, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2005/29.

51. La directive 2005/29 permet ainsi en principe aux États membres d'accorder à leurs autorités administratives une compétence pour procéder à un contrôle ex-ante des pratiques commerciales.

c) Compatibilité avec la directive d'une interdiction légale sanctionnée dotée d'une réserve d'autorisation

52. Si on reconnaît aux États membres une compétence en ce sens, il faudrait logiquement dans le même temps leur reconnaître aussi la compétence de principe d'aménager leur droit procédural national de telle sorte que l'application de certaines pratiques commerciales éventuellement à qualifier de déloyales serait soumise à une interdiction légale avec réserve d'autorisation. Il n'est pas fondamentalement contraire à la directive 2005/29 que les professionnels soient contraints par la loi de se procurer une autorisation de l'administration avant de procéder à une liquidation publique, d'autant que cette exigence constitue seulement une modalité procédurale qui sert à permettre le contrôle ex-ante par les autorités administratives. Ainsi qu'il a déjà été évoqué³⁵, si l'intention d'un

34 — Voir point 18 du mémoire du gouvernement autrichien.

35 — Voir point 49 des présentes conclusions.

professionnel d'annoncer une liquidation n'est pas connue, la réalisation d'un tel contrôle serait en effet très probablement sans objet. En ce sens, un tel aménagement légal des modalités procédurales nationales satisfait aux critères d'adéquation et d'efficacité fixés à l'article 11, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive pour lutter contre les pratiques commerciales déloyales.

53. En outre, rien dans la directive 2005/29 ne plaide contre le fait que, dans l'aménagement procédural d'une telle interdiction légale avec réserve d'autorisation, les États membres puissent prévoir dans leurs dispositions juridiques que les autorités administratives, en cas de violation de cette interdiction, devraient se limiter à constater l'absence d'autorisation sans décider elles-mêmes au fond à ce stade de la procédure. Il n'en va cependant ainsi qu'à la condition que le professionnel ait la possibilité de suivre par la suite la procédure administrative correcte et de faire une demande de délivrance d'une autorisation afin qu'il soit statué au fond, ce qu'il conviendra d'admettre pour la suite.

54. Ce n'est en effet que dans un tel cas que l'instrument légal d'une interdiction avec réserve d'autorisation aurait une fonction en tant que partie intégrante d'un mécanisme procédural de garantie d'un contrôle ex-ante. Si le professionnel se voyait retirer une telle possibilité – hypothèse pour laquelle il n'y a cependant aucun indice dans l'affaire au principal –, un tel instrument aurait l'effet d'une interdiction définitive équivalente à une interdiction générale de l'exercice de pratiques commerciales, ce qui n'a aucune base dans la directive 2005/29. Une telle interdiction définitive a posteriori irait à l'encontre non seulement de l'orientation libérale de la directive au profit de la liberté d'entreprendre³⁶, mais également de la structure réglementaire de la directive en vertu de laquelle les pratiques commerciales sont fondamentalement autorisées pour autant qu'elles ne remplissent pas les critères du caractère déloyal. Ainsi que la Cour l'a en effet déclaré dans l'arrêt *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag*, une pratique commerciale qui relève du champ d'application de la directive, lorsqu'elle n'est pas reprise dans son annexe I, ne peut être considérée comme déloyale et donc interdite qu'après une appréciation concrète, notamment à la lumière des critères cités dans les articles 5 à 9 de la directive³⁷. Il s'agirait là en outre d'une sanction qui serait disproportionnée par rapport à l'objectif de garantir l'application de la directive. Je me pencherai plus avant sur ce point dans le cadre de l'examen des questions de droit matériel.

55. La circonstance que les infractions sont poursuivies en vertu de l'article 33 f de la loi sur la concurrence déloyale par une amende ne plaide pas en soi et à elle seule pour une incompatibilité avec la directive 2005/29, d'autant que l'article 13 de la directive oblige expressément les États membres à prévoir le «régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales prises en application de la présente directive». Cette disposition de la directive prévoit en outre que les États membres «mettent tout en œuvre» pour assurer l'exécution de la directive. Ces sanctions doivent être effectives, proportionnées et dissuasives³⁸. Compte tenu du fait que la menace d'une amende est en principe de nature à conduire les professionnels à agir dans le cadre de la légalité et à déclarer aux autorités toute annonce d'une liquidation – remplissant éventuellement les conditions d'une pratique commerciale déloyale au sens de la directive –, il n'y a pas de doute qu'une telle sanction est efficace et dans le même temps dissuasive. Il n'y a pas d'indices qu'une telle amende serait disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi de lutter contre les pratiques commerciales déloyales.

36 — Voir mes conclusions du 21 octobre 2008 dans l'affaire *VTB-VAB et Galatea* (précitée à la note 8), point 81, et du 24 mars 2010 dans l'affaire *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag* (précitée à la note 11), point 74.

37 — Arrêt précité à la note 11, point 43.

38 — Si on ne veut pas suggérer que le législateur de l'Union a procédé à une double réglementation superflue, on doit voir dans l'article 13 de la directive 2005/29 une prescription spéciale pour les conséquences juridiques prévues en droit national d'une violation des règles de la concurrence loyale (sanctions), tandis que l'article 11, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive concerne plutôt les questions d'application et de procédure. Une délimitation franche entre les deux domaines n'est cependant pas maintenue dans le texte de la directive, mais elle n'a qu'une signification moindre pour la transposition en droit national. En ce sens Alexander, C., «Die Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt – Umsetzungsbedarf in Deutschland?», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2005, p. 811.

d) Contrôle juridictionnel de la décision de l'administration

i) Présentation du problème

56. Un aspect procédural supplémentaire, soulevé par la juridiction de renvoi par sa demande de décision préjudicielle, concerne l'étendue du pouvoir d'appréciation des juridictions nationales dans le cadre des recours en cessation d'agir des concurrents en vertu de l'article 34, paragraphe 3, de la loi sur la concurrence déloyale. La juridiction de renvoi souhaiterait essentiellement savoir si une juridiction nationale peut être légalement contrainte à interdire l'annonce d'une liquidation uniquement parce que le professionnel n'était pas en possession d'une autorisation sans que la juridiction dans cette procédure ait dû examiner le caractère trompeur, agressif ou autrement déloyal de cette pratique commerciale.

57. Il convient selon moi, en répondant à cette question, de tenir compte en premier lieu des effets de droit qu'une telle interdiction prononcée par une juridiction produit au sein de l'ordre juridique national. Une réglementation procédurale, comme celle en cause en l'espèce, ne satisfait en tout cas pas aux prescriptions de la directive lorsqu'elle conduit à faire interdire avec effet définitif une pratique commerciale déterminée sans que son caractère déloyal ait été auparavant constaté dans le cadre d'une appréciation du cas individuel. J'ai déjà signalé la nécessité obligatoire d'une appréciation du cas individuel pour pouvoir imposer une interdiction correspondante³⁹.

58. Ainsi que je l'expliquerai dans le cadre de mes observations, certains cas dans lesquels la réalisation d'une telle appréciation ne peut pas être assurée sans restrictions sont envisageables. En ce sens, la directive 2005/29 interdirait aux États membres de prescrire légalement à leurs juridictions de se limiter dans de tels cas à un contrôle du respect de l'obligation d'obtenir une autorisation.

ii) Marge de manœuvre des États membres dans les questions procédurales

59. Avant d'examiner ces circonstances particulières, il semble cependant approprié de clarifier certains aspects de la compétence des États membres dans l'aménagement des recours en cessation. Il faut à cette occasion examiner avant tout quel type de contrôle juridique doit être exercé par les juridictions nationales compétentes pour de tels recours. En d'autres termes: les juridictions saisies d'un recours en cessation peuvent-elles se limiter à l'examen du respect d'une formalité comme la délivrance d'une autorisation ou sont-elles au contraire tenues de contrôler si la pratique commerciale en question est effectivement déloyale au sens de la directive 2005/29?

60. Ainsi qu'il a déjà été exposé, les États membres ont en principe un large pouvoir d'appréciation lors de l'aménagement procédural des instruments de lutte contre les pratiques commerciales déloyales⁴⁰. Si l'on reconnaît aux États membres – ainsi que je le défends ici – le pouvoir au titre du droit de l'Union de surveiller la loyauté dans les relations commerciales par le biais d'une compétence en vue des contrôles ex-ante, il est logique de leur reconnaître également le pouvoir de prévoir dans leur ordre juridique que les juridictions, dans le cadre des recours en cessation, doivent appliquer les mêmes critères juridiques que les autorités administratives. Il en va a fortiori ainsi dans la mesure où l'interdiction par les tribunaux de l'annonce des liquidations à la suite d'une plainte d'un concurrent en application de l'article 34, paragraphe 3, de la loi sur la concurrence déloyale sert essentiellement à garantir l'efficacité d'un instrument légal comme celui en cause en l'espèce avec les moyens de la

39 — Voir point 53 des présentes conclusions.

40 — Voir point 46 des présentes conclusions.

justice ordinaire⁴¹. Les recours en cessation ne sont rien d'autre qu'un moyen au sens de l'article 11 de la directive 2005/29 auquel les concurrents peuvent recourir afin de se plaindre de violations de l'obligation d'autorisation. La menace légale d'un arrêté d'interdiction sert en définitive, ainsi que le Schutzverband l'a exposé de manière convaincante dans ses observations orales, à forcer les professionnels à respecter la procédure d'autorisation au titre de l'article 33 b de la loi sur la concurrence déloyale.

61. Afin d'organiser de manière cohérente la protection juridique au niveau national, il faut que les autorités administratives et les juridictions appliquent, en examinant si le professionnel a agi légalement, le même critère juridique. Si le professionnel a violé l'obligation d'autorisation ancrée à l'article 33 b de la loi sur la concurrence déloyale, il est fondamentalement légitime de prévoir en droit national que l'examen juridictionnel dans le cadre d'une procédure au titre de l'article 34, paragraphe 3, de la loi sur la concurrence déloyale doit se limiter à la question de savoir si l'annonce prévue était soumise à une obligation d'annonce en vertu du droit national et si une telle autorisation a été demandée sans que la juridiction ait déjà à se prononcer de manière définitive sur le caractère déloyal de la pratique commerciale en question.

62. Il faut ainsi retenir que la directive 2005/29 autorise en principe les États membres à prévoir par la loi que les juridictions nationales, dans le cadre de recours en cessation, doivent limiter leur contrôle juridique à l'examen du respect de l'obligation d'autorisation.

iii) Interdiction d'ignorer l'obligation de procéder à une appréciation du cas individuel

63. La marge de manœuvre qui est reconnue aux États membres pour l'aménagement de tels «moyens» n'est cependant pas illimitée. Elle ne peut être exercée que dans les limites fixées par la directive 2005/29. Cela signifie, pour la question à traiter ici, que les recours en cessation ne sauraient nullement être aménagés de telle sorte que l'obligation au titre du droit de l'Union de procéder à un examen du cas particulier – que ce soit dans le cadre de la procédure judiciaire ou a posteriori – pourrait être mise en échec.

64. Conformément aux développements qui précèdent en ce qui concerne la procédure administrative⁴², l'interdiction prononcée par les tribunaux ne doit pas conduire à ce que le professionnel se voie, par exemple, refuser le droit de suivre par la suite la procédure administrative correcte et à former une demande de délivrance d'une autorisation. Ce n'est qu'alors que l'interdiction prononcée par les tribunaux n'aurait plus la fonction de garantir au titre du droit procédural le respect de la compétence des autorités administratives pour procéder aux contrôles ex-ante. Il s'agirait, au contraire, d'une interdiction judiciaire définitive qui équivaldrait à une interdiction générale de l'exercice de certaines pratiques commerciales.

65. Compte tenu de ces considérations, une réglementation nationale comme celle en cause en l'espèce ne serait en tout cas pas compatible avec la directive en question si la circonstance qu'une autorisation ex-ante n'a pas été demandée conduisait nécessairement à une interdiction de la pratique en cause sans que son caractère loyal ne fasse l'objet d'un examen au fond – au niveau juridictionnel ou administratif. En d'autres termes, l'entrepreneur doit conserver la possibilité d'obtenir une appréciation du cas individuel, dans le cadre soit d'une procédure juridictionnelle, soit d'une procédure administrative, même s'il s'est au départ comporté en contrariété avec la procédure et qu'il n'a pas

41 — Ainsi qu'il ressort de l'article 34, paragraphe 3, de la loi sur la concurrence déloyale, le recours en cessation ne peut être invoqué que par la voie de droit ordinaire et donc devant les juridictions civiles. Le recours en cessation d'après cette disposition dépend aussi peu d'une faute que de l'intention d'obtenir grâce à l'infraction un avantage par rapport aux concurrents respectant la loi. Il en va de même pour le recours en annulation au titre de l'article 15 de la loi sur la concurrence déloyale. En outre, même pour les violations des dispositions administratives réglées dans la section II et dont les dispositions ici litigieuses font partie, la protection juridique en référé de l'article 24 de la loi sur la concurrence déloyale entre en ligne de compte (voir Duursma, D., dans *UWG – Kommentar*, éditeurs M. Gumpoldsberger et P. Baumann, Vienne, 2006, § 34, point 4, p. 1203).

42 — Voir point 53 des présentes conclusions.

demandé l'autorisation ex-ante. Cela ne devrait pas nécessairement avoir pour conséquence l'interdiction d'une pratique commerciale en soi loyale. Il faut distinguer de cela la question de savoir s'il est légal d'imposer à l'entrepreneur une sanction déjà parce qu'il a violé les dispositions procédurales nationales. Ce dernier point ne saurait en principe être critiqué dans le cadre de l'autonomie de la procédure que la directive 2005/29 reconnaît aux États membres⁴³. Il conviendrait cependant d'être critiqué si les dispositions procédurales nationales faisaient juridiquement ou en pratique obstacle à une pratique commerciale en soi sans danger parce que loyale⁴⁴.

66. Un risque aggravé d'obstacle à une pratique commerciale donnée existerait, par exemple, dans les situations dans lesquelles le facteur temps aurait une importance particulière pour le professionnel. Ce serait le cas, par exemple, lors de la liquidation d'articles de saison⁴⁵, qui par nature ne peuvent être vendus qu'à certaines périodes de l'année. Une interdiction prononcée par les tribunaux de l'annonce de la liquidation pour la période en cause au seul motif qu'une autorisation ferait défaut aurait de facto l'effet d'une interdiction absolue. Le professionnel pourrait certes en principe demander une autorisation a posteriori. La réalisation de la liquidation en dehors de la période pertinente n'aurait cependant, de son point de vue, plus de sens. Par conséquent, toute décision judiciaire constatant exclusivement la violation de l'obligation d'autorisation conduirait en définitive à une interdiction durable d'une mesure en soi sans danger. Il faut noter, à cet égard, que l'imposition d'une interdiction durable sur la base d'une irrégularité simplement procédurale va à l'encontre de l'objectif de la directive 2005/29 de n'interdire que les pratiques commerciales qui sont effectivement agressives, trompeuses ou autrement déloyales.

67. Le législateur autrichien semble avoir tenu compte de cette situation particulière en excluant dès le départ les «ventes saisonnières» de l'obligation d'autorisation à l'article 33 a, paragraphe 2, de la loi sur la concurrence déloyale. L'objet de ces ventes de fin de saison, nées de la tradition commerciale, est de permettre aux commerçants de se débarrasser des restes de leurs stocks, en particulier d'articles typiquement de saison et de mode. Elles servent ainsi à libérer les entrepôts, à prévenir une dépréciation des marchandises et à augmenter les liquidités⁴⁶. Ainsi qu'on peut le déduire des observations du gouvernement autrichien lors de l'audience et de la jurisprudence des juridictions autrichiennes⁴⁷, ces ventes de fin de saison concernent les articles de saison susmentionnés, mais aussi d'autres marchandises qui ne relèvent pas nécessairement de cette catégorie⁴⁸, de sorte qu'il convient d'admettre une interprétation large de cette réglementation d'exception au sein de l'ordre juridique autrichien. En admettant que cette affirmation est correcte, l'article 33 a, paragraphe 2, de la loi sur la concurrence déloyale participerait en définitive à désamorcer le risque que l'exercice d'une pratique commerciale loyale soit en pratique mise en échec. L'activité professionnelle du commerçant ne serait en effet dès le départ pas soumise à une obligation d'autorisation, ce qui aurait pour conséquence

43 — Voir point 55 des présentes conclusions.

44 — Le droit de la procédure civile des États membres n'est nullement soustrait aux prescriptions du droit de l'Union. Il ne saurait avant tout rendre pratiquement impossible ou mettre en échec l'exercice des droits accordés par le droit de l'Union. Il doit prévoir des recours qui permettent l'application effective du droit de l'Union (Voir Hess, B., *Europäisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg, 2010, § 11, p. 621, point 7). En ce qui concerne la présente affaire, l'objectif de la directive 2005/29 serait mis en échec s'il était permis qu'une pratique commerciale en elle-même loyale soit définitivement interdite pour la seule raison qu'une exigence procédurale (ici l'obligation d'autorisation) n'a pas été respectée. Il convient, lors de l'établissement des procédures, de mettre en conformité les intérêts du législateur national (ici l'information en temps utile des autorités quant à une pratique commerciale potentiellement déloyale) et l'intérêt du législateur de l'Union, que seules soient interdites les pratiques effectivement déloyales. Afin de garantir qu'il ne soit pas irrémédiablement porté atteinte à une position juridique (ici le libre exercice d'une pratique commerciale loyale), le législateur national doit prévoir les recours nécessaires.

45 — En font, entre autres, partie les articles qui sont typiquement utilisés à l'occasion de fêtes traditionnelles comme Noël, le nouvel an, carnaval ou Pâques (décorations, costumes, produits alimentaires, feux d'artifices).

46 — Voir Duursma, D., dans *UWG – Kommentar* (éditeurs M. Gumpoldsberger et P. Baumann), Vienne, 2006, § 33 a, point 11, p. 1189, et Wiltschek, L., *UWG – Kommentar*, 2^e édition, Vienne, 2007, § 33 a-f, point 59, p. 1039.

47 — Voir arrêts de l'Oberster Gerichtshof du 16 juin 1987 (dossier 4 Ob 342/87) et du 29 juin 1993 (dossier 4 Ob 54/93), ainsi que du Verwaltungsgerichtshof du 16 décembre 1998 (dossier 97/04/0090).

48 — Voir arrêts de l'Oberster Gerichtshof du 29 juin 1993 (dossier 4 Ob 54/93), dans lequel la vente de tapis d'Orient dans le cadre d'une vente de saison a été considérée comme légale, bien que ce type de produits ne constitue pas des produits typiquement de saison.

qu'elle ne serait soumise à aucune exigence procédurale et donc à aucune restriction tant que ses pratiques commerciales ne sont pas déclarées déloyales au sens juridique du terme. Ainsi, la réglementation nationale en cause, du moins en ce qui concerne la situation évoquée ici, satisferait en principe aux prescriptions de la directive 2005/29.

68. Il convient de retenir, en définitive, que la réglementation nationale en cause ne saurait conduire à ce que le professionnel se voie interdire de manière définitive et durable l'exercice d'une pratique commerciale en soi loyale. Le professionnel doit au contraire recevoir la possibilité d'obtenir une décision au fond des organismes compétents sur la base de l'annexe I ainsi que des critères ancrés dans les articles 5 à 9 de la directive 2005/29. Il appartient à la juridiction de renvoi qui est en prise directe avec les circonstances sur place et qui a la compétence exclusive pour l'interprétation du droit national d'établir si le droit procédural national prévoit suffisamment de garanties à cet effet.

e) Résultat intermédiaire

69. L'examen qui précède des aspects procéduraux de la question préjudicielle a permis d'établir que la directive 2005/29 ne fait, en principe, pas obstacle à une réglementation nationale comme celle en cause au principal, en vertu de laquelle l'annonce d'une liquidation sans autorisation de l'autorité administrative compétente est illégale et doit donc être interdite dans le cadre d'une procédure juridictionnelle sans que la juridiction saisie n'ait à examiner dans cette procédure le caractère trompeur, agressif ou autrement déloyal de cette pratique commerciale pour autant qu'il est garanti qu'une pratique commerciale en soi loyale ne demeure pas définitivement interdite. Le professionnel doit conserver la possibilité d'obtenir un examen individuel du caractère loyal de la pratique commerciale en cause dans le cadre, soit d'une procédure juridictionnelle, soit d'une procédure administrative⁴⁹.

3. Aspects de droit matériel de la question préjudicielle

a) Considérations générales

70. La transposition correcte en droit autrichien des dispositions de droit matériel de la directive 2005/29 – du moins en ce qui concerne le domaine spécifique de l'annonce des liquidations – constitue l'une des questions centrales de la présente affaire. La question de la compatibilité avec la directive des dispositions contenues aux articles 33 a et suivants de la loi sur la concurrence déloyale se pose parce que ces dispositions constituent les bases juridiques sur le fondement desquelles les autorités administratives doivent en définitive décider si elles accordent ou non une autorisation au professionnel. Le refus d'une autorisation sur le fondement d'une base juridique contraire à la directive serait une décision administrative qui serait, elle aussi, contraire à la directive. La juridiction de renvoi ne souhaite pas exclure que certaines de ces bases juridiques ne sont pas conformes à la directive⁵⁰.

71. L'incompatibilité des dispositions nationales en question pourrait découler du fait qu'elles prescrivent aux autorités administratives un processus décisionnel qui ne correspond pas à celui de la directive 2005/29. Pourraient également faire partie de ce processus décisionnel les critères à l'aide desquels les autorités administratives doivent apprécier le caractère déloyal de pratiques commerciales.

49 — Au vu des prescriptions procédurales contenues dans la directive 2005/29 aux fins de son application dans les différents États membres, on distingue clairement le lien étroit entre les niveaux réglementaires supranationaux et nationaux. Le législateur de l'Union, auteur de la directive, se contente de fixer des règles générales et des conditions minimales et confie au législateur national le soin d'élaborer dans le détail les moyens d'application. Les deux niveaux réglementaires font partie d'un système à deux niveaux interconnectés ainsi que le décrit Grundmann, S., «Systemdenken und Systembildung», dans *Europäische Methodenlehre* (éditeur K. Riesenhuber), 2^e édition, Berlin, 2010, § 10, point 2, p. 287.

50 — Voir point 5 de l'ordonnance de renvoi.

Si l'on tient compte du fait que la directive vise à une harmonisation complète des dispositions de droit matériel du droit de la concurrence déloyale, tout écart par rapport aux prescriptions du droit de l'Union devrait être considéré comme une violation de celui-ci. Du fait de la primauté du droit de l'Union, ainsi que la juridiction de renvoi l'a expliqué à juste titre en renvoyant à la jurisprudence constante de la Cour⁵¹, dans un tel cas, les dispositions nationales contraires ne devraient pas être appliquées par les autorités administratives vis-à-vis des citoyens.

b) Examen de la structure des deux réglementations

72. Pour pouvoir établir si la directive 2005/29 fait obstacle aux dispositions, contenues aux articles 33 a et suivants de la loi sur la concurrence déloyale, relatives à l'annonce de liquidations, il faut examiner et ensuite comparer la structure des dispositions essentielles des deux réglementations.

i) Structure réglementaire de la directive 2005/29

73. La pièce maîtresse de la directive 2005/29 est la clause générale de l'article 5, paragraphe 1, interdisant les pratiques commerciales déloyales. Ce qu'il faut entendre par «déloyal» est précisé à l'article 5, paragraphe 2. En vertu de cette disposition, une pratique commerciale est déloyale si elle est contraire aux exigences de la «diligence professionnelle», et si elle est susceptible d'altérer «de manière substantielle» le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen. D'après le paragraphe 4 sont en particulier déloyales les pratiques commerciales qui sont trompeuses (articles 6 et 7) ou agressives (articles 8 et 9). Le paragraphe 5 renvoie à l'annexe I, qui énumère les pratiques commerciales «réputées déloyales en toutes circonstances». Cette liste unique s'applique dans tous les États membres et ne peut être modifiée qu'au travers d'une révision de la présente directive.

74. Dès lors, aux fins de l'application du droit par les juridictions et les autorités administratives nationales, il convient tout d'abord de se référer aux 31 cas de pratiques commerciales déloyales figurant à l'annexe I. Si une pratique commerciale peut relever d'un de ces cas, elle doit être interdite: il n'y a alors pas lieu de procéder à une plus ample analyse, par exemple quant aux effets de la pratique concernée. Si le cas de figure concerné ne relève pas de cette liste, il convient d'examiner s'il correspond à l'un des exemples régis par la clause générale, relative aux pratiques commerciales trompeuses ou agressives. Ce n'est que dans la négative que l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2005/29 s'applique.

ii) Les règles matérielles de la loi sur la concurrence déloyale relatives à l'annonce de liquidations

75. En vertu de l'article 33 b de la loi sur la concurrence déloyale, l'annonce d'une liquidation n'est licite que sur autorisation de l'administration compétente du district du lieu de la vente. L'article 33 a, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence déloyale définit ce qu'il convient d'entendre par une «annonce de liquidations». La disposition énumère en outre une série de mots clés qui sont en règle générale utilisés à l'occasion de telles annonces. Ainsi qu'il ressort des développements du gouvernement autrichien⁵² et du Schutzverband⁵³, toutes les annonces ne sont cependant pas soumises à l'obligation d'autorisation. En sont exclues les annonces et communications citées à l'article 33, paragraphe 2, de la loi sur la concurrence déloyale et relatives aux ventes de fin de saison, aux ventes de liquidation de fin de saison, aux ventes pour inventaire et aux ventes similaires ainsi que les ventes exceptionnelles habituelles à certaines saisons dans le secteur commercial concerné.

51 — Voir point 6 de l'ordonnance de renvoi.

52 — Voir point 2 des observations du gouvernement autrichien.

53 — Voir points 4 et suiv. des observations du Schutzverband.

76. En vertu de l'article 33 b, point 4, la demande d'autorisation en cause doit contenir les motifs justifiant la liquidation comme le décès du propriétaire du commerce, la cession de l'activité ou la suppression d'une certaine gamme de produits, le transfert de l'activité, les sinistres et motifs similaires.

77. En vertu de l'article 33 c, paragraphe 3, l'autorisation est refusée en l'absence des motifs susmentionnés ou lorsqu'il n'est pas prévu que la vente soit annoncée pour une période continue. L'autorisation est également refusée si la vente est programmée durant la période s'écoulant du début de l'avant-dernière semaine avant Pâques jusqu'à la Pentecôte, du 15 novembre jusqu'à Noël ou est supposée durer plus de six mois, à moins qu'il ne s'agisse du cas du décès du professionnel, de sinistres ou d'autres cas qui devraient être pris en compte. Si l'entreprise n'existe pas depuis plus de trois années pleines, l'autorisation n'est accordée qu'en cas de décès du professionnel, en cas de sinistre ou d'autres cas également pertinents.

c) Compatibilité des règles matérielles et de la directive 2005/29

i) Imposition d'interdictions générales

78. Si on compare la structure des deux instruments réglementaires, il apparaît tout d'abord que la loi sur la concurrence déloyale énumère une série d'interdictions générales qui ne trouvent aucune correspondance dans la directive 2005/29.

79. Cela ne devient apparent que lorsque l'on compare entre elles les dispositions nationales correspondantes. Il convient, à cet égard, d'interpréter la disposition légale de l'article 33 b de la loi sur la concurrence déloyale qui pose l'obligation d'autorisation des annonces de liquidations en combinaison avec l'article 33 c, paragraphe 3, de cette même loi. Le caractère d'interdiction s'exprime dans l'ordre légal adressé aux autorités administratives, à l'article 33 c, paragraphe 3, de la loi sur la concurrence déloyale, de refuser l'autorisation lorsque la vente présente les caractéristiques précisées dans cette disposition. En vertu de cette disposition, l'autorisation doit être refusée lorsque la vente n'est pas annoncée pour une période continue, lorsque la vente doit avoir lieu à certaines périodes de l'année (à l'occasion de fêtes religieuses comme Pâques, la Pentecôte et Noël) ou lorsque le professionnel n'a pas exercé son activité pour une période minimale de trois ans⁵⁴. Les critères contenus dans cette disposition légale ne sont pas cités dans la liste des pratiques commerciales déloyales à l'annexe I de la directive 2005/29, et ils ne se rattachent pas au caractère concrètement trompeur, agressif ou autrement déloyal de cette pratique commerciale ainsi qu'il ressort des développements de la juridiction de renvoi⁵⁵.

80. Vue de manière objective, cette réglementation doit être comprise comme une interdiction générale de certaines pratiques commerciales, d'autant que le professionnel ne peut compter sur une autorisation qu'en cas de circonstances particulières. Ces circonstances sont elles-mêmes décrites, d'une part, de manière très restrictive («décès du professionnel») et, d'autre part, comme une clause générale («sinistres»; «autres cas également à prendre en compte»), de sorte qu'il serait à peine possible pour le citoyen de discerner les cas dans lesquels une autorisation peut exceptionnellement être accordée. Ainsi que la Cour l'a déclaré de manière répétée, les États membres doivent, pour garantir la pleine application du droit communautaire, non seulement mettre leur droit national en conformité avec le droit communautaire, mais en outre créer une situation suffisamment précise, claire et transparente pour permettre aux particuliers de connaître pleinement leurs droits et de s'en

54 — Voir Seidelberg, H., «Überblick über das aktuelle Ausverkaufsrecht», *Recht und Wettbewerb*, point 162, 2003, p. 2, qui en liaison avec cette réglementation existante dans l'ordre juridique autrichien avant même la transposition de la directive 2005/29 parle de «période légale de blocage» pour les annonces de liquidations. Cette désignation repose manifestement sur l'idée que la réglementation en question constitue une interdiction de principe.

55 — Voir point 5 de l'ordonnance de renvoi.

prévaloir devant les juridictions nationales⁵⁶. Il convient de rappeler dans ce contexte que l'amélioration de la sécurité juridique, tant pour les consommateurs que pour les entreprises, était l'un des objectifs poursuivis par l'adoption de la directive 2005/29, ainsi qu'il ressort de son douzième considérant. Ils devraient pouvoir s'appuyer sur un cadre réglementaire unique basé sur des concepts juridiques clairement définis réglementant tous les aspects des pratiques commerciales déloyales au sein de l'Union européenne. Les obstacles au commerce résultant de la fragmentation des dispositions des États membres sur les pratiques commerciales déloyales devraient ainsi être écartés. Ainsi que la Commission l'explique à juste titre⁵⁷, la réglementation litigieuse ne tient pas suffisamment compte de ces objectifs.

81. Le défaut de sécurité juridique agit au détriment du consommateur, mais surtout au détriment du professionnel. Si l'autorité administrative refuse en effet l'autorisation demandée en conformité avec ce principe de règle et d'exception, un professionnel ne peut pas annoncer une liquidation sans violer la loi et risquer une amende. De son point de vue, cette réglementation constitue donc une interdiction générale de l'annonce des liquidations du type défini à l'article 33 a, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence déloyale.

82. Il découle des considérations qui précèdent que la réglementation de l'article 33 c, paragraphe 3, de la loi sur la concurrence déloyale recouvre des situations qui vont au-delà de ce que l'annexe I de la directive 2005/29 définit comme étant, en toutes circonstances, des pratiques commerciales déloyales. Si l'on examine tout simplement l'économie de la loi sur la concurrence déloyale, cela transparaît, par exemple, du fait que le législateur autrichien a certes incorporé presque mot pour mot la liste de l'annexe I dans la loi sur la concurrence déloyale, mais a dans le même temps conservé la réglementation antérieure de l'article 33 c, paragraphe 3, de la loi sur la concurrence déloyale. Ainsi, les deux réglementations coexistent actuellement l'une à côté de l'autre sans qu'elles aient été coordonnées entre elles. Puisque cela conduit en définitive à un élargissement unilatéral de la liste exhaustive des cas, contenue à l'annexe I de la directive 2005/29, la réglementation nationale doit être considérée comme étant contraire aux prescriptions de la directive.

ii) Exigence de motifs pour l'annonce d'une liquidation

83. Il faut en outre retenir que la loi sur la concurrence déloyale fait dépendre l'octroi de l'autorisation de ce que certaines conditions soient remplies. Une condition formelle essentielle pour la décision de l'autorité compétente quant à la demande réside, en vertu de l'article 33 b, point 4, de la loi sur la concurrence déloyale, dans l'indication de «motifs» justifiant la liquidation. Cette disposition cite certaines des raisons qui justifient l'octroi d'une autorisation. On peut déduire de ses termes («ou similaires») que l'énumération qui y est contenue n'est pas exhaustive, de sorte que les autorités administratives ont manifestement une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne d'autres motifs entrant en ligne de compte⁵⁸.

56 — Voir en ce sens, en ce qui concerne les directives, arrêts du 28 février 1991, Commission/Italie (C-360/87, Rec. p. I-791, point 12), et du 15 juin 1995, Commission/Luxembourg (C-220/94, Rec. p. I-1589, point 10). Voir, de plus, arrêts du 18 janvier 2001, Commission/Italie (C-162/99, Rec. p. I-541, points 22 à 25), et du 6 mars 2003, Commission/Luxembourg (C-478/01, Rec. p. I-2351, point 20). Voir en détail sur les exigences quant à une transposition correcte des directives en droit national Schweitzer, M., Hummer, W., et Obwexer, W., *Europarecht*, Vienne, 2007, p. 73, point 268.

57 — Voir point 45 des observations de la Commission.

58 — Voir Duursma, D., dans *UWG – Kommentar* (éditeurs M. Gumpoldsberger et P. Baumann), Vienne, 2006, § 33 b, point 3, p. 1191; l'auteur signale que, outre les motifs d'autorisation expressément cités, seules entrent en ligne de compte en tant que motifs d'autorisation des circonstances qui sont comparables aux éléments cités à l'article 33 b, point 4, de la loi sur la concurrence déloyale et qui donc créent pour le demandeur une situation particulière différente vis-à-vis de la situation concurrentielle de ses concurrents. Des circonstances, par contre, qui touchent tous les collaborateurs du demandeur de la même manière ne permettent pas de justifier l'autorisation de l'annonce d'une liquidation pour le demandeur individuel, même lorsqu'il s'agit d'événements qui portent en eux les caractéristiques de la «force majeure».

84. L'obligation d'indiquer les motifs ne soulève, en tant qu'exigence formelle, aucun doute en ce qui concerne une compatibilité avec la directive 2005/29, d'autant qu'elle sert uniquement à informer à l'avance l'autorité administrative quant à l'annonce prévue d'une liquidation. Elle constitue ainsi une nécessité procédurale afin d'informer les autorités de la situation de départ et de leur permettre de prendre une décision au fond. En d'autres termes, elle sert simplement à permettre aux autorités de procéder à un examen ex-ante de la pratique commerciale en cause.

85. Du point de vue du droit matériel, les «motifs» légaux cités à titre d'exemple sont cependant pertinents, puisqu'ils constituent des critères grâce auxquels les autorités peuvent conclure au caractère éventuellement déloyal de l'annonce. Si ces critères sont remplis dans le cas concret, l'autorisation doit être accordée. Ces critères n'ont certes pas de correspondance exacte dans les pratiques commerciales contenues dans l'annexe I de la directive, mais on ne saurait néanmoins exclure qu'ils puissent être rattachés aux critères cités dans les points 7 et 15 de cette annexe, ce qu'il conviendra d'examiner dans le détail.

– Annonce de la cessation ou du transfert de l'activité commerciale

86. D'après le point 15 de l'annexe I de la directive, «[d]éclarer que le professionnel est sur le point de cesser ses activités ou de les établir ailleurs alors que tel n'est pas le cas» constitue une pratique commerciale qui est déloyale en toutes circonstances. L'article 33 b, point 4, de la loi sur la concurrence déloyale transpose ce cas général en droit national en ce sens qu'un demandeur peut justifier l'annonce prévue d'une liquidation, entre autres, par le fait qu'il prévoit de cesser ou de transférer son activité. L'autorité administrative serait autorisée lors de l'examen de la demande à vérifier la véracité de cette déclaration et de refuser le cas échéant l'autorisation si cette déclaration ne correspond pas aux faits. L'existence d'une compétence matérielle de contrôle des autorités semble d'autant plus obligatoire que le législateur autrichien a repris cette situation presque mot pour mot dans le point 15 de la loi sur la concurrence déloyale. Dans de telles circonstances, la transposition correcte des prescriptions de la directive semble assurée. Il n'y a ainsi pas de doutes quant à la compatibilité de cette réglementation avec la directive 2005/29.

– Autres motifs cités à l'article 33 b, point 4, de la loi sur la concurrence déloyale

87. En ce qui concerne les autres critères cités à l'article 33 b, point 4, de la loi sur la concurrence déloyale («décès du professionnel», «suppression d'une certaine gamme de produits», «sinistres ou événements similaires»), il convient de retenir qu'il s'agit là, du point de vue de la technique réglementaire, d'exceptions en présence desquelles l'annonce d'une liquidation est exceptionnellement autorisée. La réglementation nationale en cause ici n'est donc pas simplement l'organisation procédurale d'une réserve de contrôle des autorités dans le cadre d'un contrôle ex-ante, mais une véritable interdiction générale de droit matériel à laquelle il ne peut être dérogé que dans des cas bien déterminés. En ce sens, une construction légale en vertu de laquelle une pratique commerciale donnée est en principe interdite et autorisée uniquement dans des cas exceptionnels – comme je l'ai déjà longuement exposé dans mes conclusions dans les affaires VTB-VAB et Galatea⁵⁹ ainsi que Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag⁶⁰ – va à l'encontre tant de la structure réglementaire que de l'orientation libérale de la directive 2005/29. Ce point a aussi été confirmé dans les arrêts rendus par la Cour dans ces affaires⁶¹.

59 — Voir points 84 à 89 de mes conclusions du 21 octobre 2008 dans cette affaire.

60 — Voir point 76 de mes conclusions du 24 mars 2010 dans cette affaire.

61 — Arrêts VTB-VAB et Galatea (précité à la note 8, points 64 et 65) et Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (précité à la note 11, points 39 et 40).

88. La directive considère en effet, contrairement à la réglementation nationale en cause ici, que des pratiques commerciales sont licites tant que les conditions, bien définies, d'une interdiction ne sont pas réunies. Cette différence essentielle dans la structure réglementaire⁶² n'est, par exemple, pas compensée par le fait que l'article 33 b, point 4, de la loi sur la concurrence déloyale prévoit une série d'exceptions typiques, qui pourraient même le cas échéant être étendues par le biais de la pratique administrative, d'autant que des exceptions à des interdictions de principe comme celle en cause ici ne sont pas susceptibles de couvrir toutes les situations dans lesquelles, d'après les dispositions de la directive 2005/29, il conviendrait d'admettre une pratique commerciale légale, puisqu'elle ne permet pas une appréciation du cas particulier par les juridictions et administrations nationales compétentes.

89. L'approche libérale qui s'exprime dans la directive correspond à une préoccupation réglementaire précise qui est de veiller à atteindre l'objectif du législateur communautaire consacré aux quatrième et cinquième considérants, ainsi qu'à l'article 1^{er} de la directive 2005/29, à savoir supprimer, grâce à des règles communes au niveau de l'Union, les entraves à la libre circulation des services et des marchandises ou à la liberté d'établissement qui résultent du grand nombre de dispositions nationales en matière de pratiques commerciales déloyales, et ce dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur et pour assurer un niveau élevé de protection des consommateurs.

90. Il faut, en définitive, constater que la réglementation à l'article 33 b, point 4, de la directive 2005/29 va au-delà des prescriptions de la directive 2005/29 dans la mesure où elle pose des critères qui pourraient aussi couvrir, entre autres, des annonces de liquidations, qui ne devraient éventuellement pas être considérées comme des pratiques commerciales déloyales.

d) Résultat intermédiaire

91. Une réglementation nationale comme celle objet du litige au principal, qui impose une interdiction de principe des annonces des liquidations et qui fait dépendre ces dernières de l'existence de certaines exceptions sans prévoir la possibilité de tenir suffisamment compte de l'ensemble des circonstances du cas individuel concret, est de par sa nature plus restrictive et stricte que les règles de la directive 2005/29.

92. Il convient de noter, à cet égard, que la réglementation des articles 33 a et suivants concerne un domaine soumis à l'harmonisation complète et auquel les dispositions transitoires de l'article 3, paragraphe 5, de la directive ne s'appliquent pas.

93. Aucune des exceptions expressément réglées dans la directive 2005/29 n'est applicable. Ainsi, ni le gouvernement autrichien ni le Schutzverband n'ont, par exemple, exposé de manière convaincante que la réglementation nationale litigieuse appartiendrait à l'un des domaines cités dans le neuvième considérant de la directive («Conditions d'établissement et régimes d'autorisation»). On ne saurait en tout cas accorder à ce considérant, du point de vue de la méthode juridique, une signification juridique divergente de la disposition de l'article 3, paragraphe 8, d'autant que cet article reprend, dans le dispositif de la directive, les indications essentielles de ce considérant et fait à cette occasion apparaître d'autant plus clairement l'objectif réglementaire de l'auteur de la directive. Il a déjà été constaté que cette disposition d'exception ne s'applique pas à l'affaire au principal⁶³. Contrairement à

62 — Voir Wiebe, A., «Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform», *Juristische Blätter*, 2/2007, p. 79, qui parvient à la conclusion que la directive 2005/29 présente une autre structure systématique que celle de la loi sur la concurrence déloyale actuellement en vigueur. Selon lui, le législateur autrichien ne pourrait pas ignorer cette structure différente lors de la transposition. Il faudrait faire face à la mission de la transposition et s'attaquer aux différents problèmes qui se posent pour le législateur du fait du champ d'application restreint, du contenu et de la structure de la directive. Selon l'auteur, quelques ajouts ne suffiraient pas, mais il faudrait au contraire une grande réforme structurelle. La pression libérale exercée au niveau européen, déjà reprise aussi par l'Oberster Gerichtshof, pourrait être utilisée par le législateur pour une réforme complète et dont le résultat non seulement satisferait aux exigences de la clarté juridique et de la transparence, mais serait aussi d'une certaine durée.

63 — Voir point 41 des présentes conclusions.

ce qu'a indiqué le gouvernement autrichien lors de l'audience, un État membre ne saurait invoquer de manière générale l'interdiction inscrite au point 4 de l'annexe I de la directive afin de soumettre de manière générale des pratiques commerciales à la réserve d'une autorisation administrative comme dans l'affaire au principal. Les réglementations nationales devraient au contraire toujours et entièrement satisfaire aux prescriptions de la directive. Indépendamment de cela, il faut signaler que ladite interdiction recouvre d'autres situations que celles envisagées par le gouvernement autrichien, et notamment les procédures par lesquelles la qualité d'un commerçant (par exemple le sérieux ou la capacité à exercer le métier) ou de ses produits (par exemple les sceaux de qualité, les attestations de conformité) est reconnue par un organisme public ou privé. Cette interdiction vise, d'après son objectif réglementaire, à protéger le consommateur contre les allégations mensongères et ainsi trompeuses du commerçant qu'une telle reconnaissance aurait été accordée à sa personne ou aux produits qu'il offre⁶⁴. Le gouvernement autrichien n'a pas avancé, dans ses observations orales, que la procédure d'autorisation au titre des dispositions de la loi sur la concurrence déloyale poursuivrait cet objectif.

94. La réglementation autrichienne relative à l'annonce des liquidations contenue aux articles 33 a et suivants, dans sa forme concrète en tant qu'interdiction générale avec réserve d'autorisation, conduit en définitive à étendre la liste exhaustive, contenue à l'annexe I de la directive 2005/29, des pratiques commerciales interdites, ce qui est cependant interdit aux États membres compte tenu de l'harmonisation complète et maximale réalisée avec la directive 2005/29. Les extensions unilatérales de cette liste par les États membres sont interdites eu égard au fait que cette liste ne peut en vertu de l'article 5, paragraphe 5, être modifiée que par une révision de la directive elle-même.

95. Eu égard aux considérations qui précèdent, je parviens à la conclusion qu'une réglementation nationale comme celle en cause en l'espèce ne respecte pas les prescriptions de droit matériel de la directive 2005/29⁶⁵.

4. En résumé

96. L'examen qui précède a révélé que la directive 2005/29 ne fait pas obstacle à une réglementation nationale comme celle en cause, qui confie aux autorités administratives la compétence pour contrôler les pratiques commerciales – en l'espèce l'annonce de liquidations – quant à leur caractère loyal⁶⁶.

97. De la même manière, la directive ne fait pas obstacle à une réglementation qui exige d'un professionnel qu'il demande une autorisation administrative avant de recourir à des pratiques commerciales déterminées soupçonnées d'être déloyales. Cette construction procédurale doit cependant être justifiée par des circonstances particulières. Elle doit servir l'objectif de permettre aux autorités administratives d'exercer un contrôle ex-ante dans des situations dans lesquelles on doit s'attendre à des distorsions de la concurrence loyale auxquelles il sera pratiquement impossible de remédier a posteriori⁶⁷.

98. La directive ne fait en principe pas obstacle aux dispositions juridiques des États membres qui poursuivent les violations de l'obligation légale d'autorisation⁶⁸.

64 — Voir Büllsbach, E., *Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, Munich, 2008, p. 53 et suiv.

65 — Voir Schuhmacher, W., «Das Ende der österreichischen per-se-Verbote von Geschäftspraktiken gegenüber Verbrauchern», *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2010, point 12, p. 615 et suiv., qui défend le point de vue que les dispositions aux articles 33 a et suiv. de la loi sur la concurrence déloyale contiennent une interdiction en soi très large des annonces couvertes. Compte tenu du fait que l'article 33 b de la loi sur la concurrence déloyale interdirait aussi l'annonce publique, conforme à la vérité, de véritables liquidations sans autorisation préalable, la réglementation irait au-delà des dispositions applicables de l'annexe à la loi sur la concurrence déloyale et serait ainsi inapplicable. L'auteur parvient à la conclusion que l'obligation d'autorisation devrait ainsi, dans l'ensemble, disparaître.

66 — Voir point 44 des présentes conclusions.

67 — Op. cit., point 51.

68 — Op. cit., point 55.

99. En vertu de la directive 2005/29, les États membres peuvent aussi en principe prévoir que les autorités et juridictions compétentes contrôlent uniquement le respect de l'obligation d'autorisation sans apprécier à cette occasion la question du caractère loyal ou non de la pratique commerciale en cause⁶⁹. Cela ne saurait cependant conduire à ce que le professionnel se voie définitivement interdire l'exercice d'une pratique commerciale en soi loyale. Le professionnel doit, au contraire, toujours avoir la possibilité d'obtenir une décision au fond des autorités ou des juridictions compétentes sur la base des critères ancrés dans l'annexe I ainsi que dans les articles 5 à 9 de la directive⁷⁰. Il appartient à la juridiction de renvoi, qui est en prise directe avec les circonstances sur place et qui est exclusivement compétente pour interpréter le droit national, de déterminer si le droit procédural national prévoit suffisamment de garanties⁷¹. Afin de satisfaire aux prescriptions de la directive, il devrait être garanti que le caractère loyal de la pratique commerciale en cause peut être apprécié, soit dans le cadre de la procédure elle-même, soit a posteriori.

100. La directive 2005/29 fait, par contre, obstacle à des dispositions de droit matériel national comme celles en cause ici, qui interdisent de manière générale l'annonce de liquidations et ne les autorisent que dans certains cas exceptionnels⁷².

VII – Conclusion

101. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre comme suit à la question préjudicielle de l'Oberster Gerichtshof:

«Les articles 3, paragraphe 1, et 5, paragraphe 5, de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, ne font en principe pas obstacle à une réglementation procédurale de droit national comme celle en cause dans l'affaire au principal, en vertu de laquelle l'annonce d'une liquidation sans autorisation de l'autorité administrative compétente est illégale et doit donc être interdite dans le cadre d'une procédure juridictionnelle sans que la juridiction ne doive contrôler, dans le cadre de cette procédure, le caractère trompeur, agressif ou autrement déloyal de cette pratique commerciale, pour autant qu'il est garanti qu'une pratique commerciale en soi loyale ne demeure pas définitivement interdite. Le professionnel doit avoir la possibilité d'obtenir un examen individuel du caractère loyal de la pratique commerciale en cause dans le cadre soit d'une procédure juridictionnelle, soit d'une procédure administrative.

Les articles 3, paragraphe 1, et 5, paragraphe 5, de la directive 2005/29 font obstacle à une réglementation de droit matériel national comme celle en cause dans la procédure au principal, qui impose une interdiction de principe des annonces des liquidations et les fait dépendre exclusivement de l'existence de certaines exceptions sans prévoir la possibilité de tenir suffisamment compte de l'ensemble des circonstances du cas individuel concret.»

69 — Op. cit., points 53 et 61.

70 — Op. cit., points 53 et suiv. ainsi que 63 et suiv.

71 — Op. cit., point 68.

72 — Op. cit., point 95.