

CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL

VERICA TRSTENJAK

prezentate la 3 septembrie 2009<sup>1</sup>

Cuprins

I	—	Introducere . . . . .	I - 220
II	—	Cadrul juridic . . . . .	I - 221
	A	— Dreptul comunitar . . . . .	I - 221
	B	— Dreptul național . . . . .	I - 223
III	—	Situația de fapt, acțiunea principală și întrebarea preliminară . . . . .	I - 224
IV	—	Procedura în fața Curții . . . . .	I - 226
V	—	Principalele argumente ale părților . . . . .	I - 226
VI	—	Apreciere juridică . . . . .	I - 229
	A	— Considerații introductive . . . . .	I - 229
	B	— Admisibilitatea cererii . . . . .	I - 231
		1. Competența Curții . . . . .	I - 231
		2. Pertinența întrebării preliminare . . . . .	I - 233
	C	— Examinarea întrebării preliminare . . . . .	I - 236
		1. Noțiunea „practici comerciale”, prevăzută la articolul 2 litera (d) din Directiva 2005/29 . . . . .	I - 236
		2. Domeniul de aplicare personal al Directivei 2005/29 . . . . .	I - 237

1 — Limba originală: germana.

3. Examinarea structurii celor două reglementări . . . . .	I - 238
a) Prevederile Directivei 2005/29 . . . . .	I - 238
i) Aproximarea completă și maximă a reglementărilor naționale ca obiectiv normativ . . . . .	I - 238
ii) Structura normativă a Directivei 2005/29 . . . . .	I - 240
b) Dispozițiile UWG . . . . .	I - 240
i) Structura normativă a interdicției prevăzute la articolul 3 și la articolul 4 punctul 6 din UWG . . . . .	I - 241
c) Compatibilitatea reglementării în litigiu cu Directiva 2005/29 . . . . .	I - 242
i) Necesitatea unei interpretări conforme cu directiva . . . . .	I - 242
ii) Examinarea în lumina dispozițiilor Directivei 2005/29 . . . . .	I - 244
— Articolul 5 alineatele (4) și (5) din Directiva 2005/29 . . . . .	I - 244
— Articolul 5 alineatul (2) din Directiva 2005/29 . . . . .	I - 244
4. Concluzii . . . . .	I - 252
VII — Concluzie . . . . .	I - 253

## I — Introducere

de trimitere”) a sesizat Curtea cu o întrebare privind interpretarea articolului 5 alineatul (2) din Directiva 2005/29/CE privind practicile comerciale neloiale ale întreprinderilor de pe piața internă<sup>2</sup> (denumită în continuare

1. În prezenta procedură, întemeiată pe articolul 234 CE, Bundesgerichtshof (Germania, denumită în continuare „instanța

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

„Directiva 2005/29”). În esență, se pune problema compatibilității cu dreptul comunitar a unei reglementări naționale care stabilește principiul interzicerii unei practici comerciale prin care participarea consumatorilor la un concurs promoțional sau la un joc promoțional este condiționată de achiziționarea unui bun sau a unui serviciu.

„În sensul prezentei directive:

[...]

2. Cererea de pronunțare a unei hotărâri preliminare a luat naștere ca urmare unei acțiuni având ca obiect încetarea anumitor practici comerciale și rambursarea cheltuielilor de punere în întârziere, în cadrul căreia Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs (asociație germană de combatere a concurenței neloiale, denumită în continuare „reclamanta din acțiunea principală”) afirmă că lanțul comercial de vânzare cu amănuntul Plus Warenhandelsgesellschaft mbH (întreprindere denumită în continuare „pârâta din acțiunea principală”) a încălcat regulile de concurență prin publicitatea acesteia pentru o campanie promoțională.

(d) «practici ale întreprinderilor față de consumatori» (denumite în continuare practici comerciale) înseamnă orice acțiune, omisiune, comportament, demers sau comunicare comercială, inclusiv publicitatea și comercializarea, efectuată de un comerciant, în directă legătură cu promovarea, vânzarea sau furnizarea unui produs către consumatori;

[...]

## II — Cadrul juridic

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

### A — Dreptul comunitar

3. Articolul 2 din Directiva 2005/29 prevede:

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

5. Articolul 4 din directivă prevede:

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

6. Având titlul „Interzicerea practicilor comerciale neloiale”, articolul 5 din directivă prevede:

„(1) Se interzic practicile comerciale neloiale.

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

(a) este contrară cerințelor diligenței profesionale

și

I - 222

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

(3) Practicile comerciale care pot denatura semnificativ comportamentul economic al unui grup de consumatori identificabil în mod clar deoarece aceștia sunt deosebit de vulnerabili la practica utilizată sau la produsul aferent datorită unei infirmități mintale sau fizice, vârstei sau credulității, într-o situație pe care comerciantul o poate anticipa cu ușurință, se evaluează din perspectiva membrului mediu al grupului. Această dispoziție nu aduce atingere practicii publicitare curente și legitime care constă din formularea unor afirmații exagerate sau care nu trebuie înțelese în sens literal.

(4) Sunt neloiale în special practicile comerciale care:

(a) sunt înșelătoare în sensul articolelor 6 și 7

sau

conformitate cu articolul 1 din aceasta, protecția împotriva concurenței neloiale a concurenților, a consumatorilor și a celorlalți operatori de pe piață. Aceasta apără în același timp interesul general referitor la o concurență nedenaturată.

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

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

9. În versiunea sa anterioară, articolul 3 din UWG prevedea:

7. Ofertele care combină concursuri sau jocuri promoționale cu operațiuni comerciale nu sunt citate în lista practicilor comerciale considerate neloiale în orice situație cuprinsă în anexa I la directivă.

„Actele de concurență neloială de natură să afecteze concurența într-un mod care nu este neglijabil, în detrimentul concurenților, al consumatorilor sau al altor operatori de pe piață, sunt ilicite.”

## B — Dreptul național

8. Legea germană privind combaterea concurenței neloiale din 3 iulie 2004<sup>3</sup> (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, denumită în continuare „UWG”), modificată ultima dată prin articolul 1 din prima lege de modificare din 22 decembrie 2008<sup>4</sup>, are ca obiectiv, în

10. Această dispoziție a fost menținută după modificarea legislativă din decembrie 2008, în noua versiune a articolului 3 alineatul 1 din UWG. Pentru a asigura transpunerea Directivei 2005/29, aceasta a fost completată de

<sup>3</sup> — BGBl. I, p. 1414.

<sup>4</sup> — BGBl. I, p. 2949.

două alte alineate. În noua sa versiune, articolul 3 din UWG prevede:

„Acționează în mod neloial în sensul articolului 3 în special o persoană

„(1) Sunt ilicite practicile comerciale neloiale care pot afecta semnificativ interesele concurenților, ale consumatorilor sau ale altor operatori de pe piață.

[...]

(2) Practicile comerciale care se adresează consumatorilor sunt ilicite în orice situație în cazul în care sunt contrare diligenței profesionale la care este obligat operatorul economic și în cazul în care, putând denatura semnificativ capacitatea consumatorului de a lua o decizie în cunoștință de cauză, îl conduc la adoptarea unei decizii comerciale pe care altfel nu ar fi luat-o. Criteriul de evaluare în această privință este consumatorul mediu sau, în cazul în care practica comercială se adresează în mod specific unui grup special de consumatori, un membru mediu din acest grup. Practicile comerciale despre care operatorul economic poate prevedea că se adresează doar unui grup de consumatori, identificabili în mod clar, care sunt deosebit de vulnerabili din cauza unei infirmități mintale sau fizice, vârstei sau credulității, se evaluează din perspectiva membrului mediu al grupului.

6. care condiționează participarea consumatorilor la un concurs promoțional sau la un joc promoțional de achiziționarea unui bun sau a unui serviciu, cu excepția cazului în care concursul sau jocul este legat în mod intrinsec de bunul ori de serviciul respectiv;

[...]”

(3) Practicile comerciale care se adresează consumatorilor enumerați în anexa la prezenta lege sunt ilicite în toate situațiile.”

### III — Situația de fapt, acțiunea principală și întrebarea preliminară

11. Articolul 4 din UWG (în versiunea anterioară), care a rămas în esență neschimbat după modificarea din decembrie 2008, prevede:

12. Potrivit indicațiilor instanței de trimitere, pârâta, care are aproximativ 2 700 de filiale în Germania, a promovat în cursul perioadei cuprinse între 16 septembrie și 13 noiembrie 2004 campania „Ihre Millionenchance”

(„Șansa dumneavoastră de a câștiga milioane!”), invitând oamenii „să cumpere, să strângă puncte și să joace gratis la loto”. În cursul acestei perioade, clienții au putut strânge „puncte-bonus”, câte un punct la fiecare 5 euro cheltuiți pentru cumpărături. Începând de la 20 de puncte, aceștia puteau participa gratuit la tragerea la sorți a societății de loterie „Deutscher Lottoblock” din 6 noiembrie 2004 sau la cea din 27 noiembrie 2004. În acest scop, clienții trebuiau, printre altele, să obțină un bilet de participare de la una dintre filialele pârâtei, să lipească pe acest bilet punctele-bonus și să bifeze șase numere la alegere pe grila loto. Pârâta aduna biletele în filialele sale și le trimitea unei întreprinderi terțe, care asigura participarea respectivilor clienți la tragerea la sorți cu numerele alese de aceștia.

13. Considerând, pe baza articolului 4 punctul 6 din UWG, că această acțiune promoțională asocia în mod ilegal vânzarea cu un joc de noroc, reclamanta din acțiunea principală a sesizat Landgericht Duisburg, care a admis concluziile acesteia și a obligat pârâta să înceteze practica concurențială care consta în promovarea – prin publicitatea adresată consumatorului final sau în alt mod – a vânzării de produse prin intermediul unui joc promoțional în care cumpărătorul primește puncte-bonus care îi permit să participe la tragerea la sorți a Deutscher Lotto- und Totoblock (loteria germană).

14. Apelul pârâtei îndreptat împotriva acestei decizii a fost respins de instanța de apel

Oberlandesgericht Düsseldorf, care a dispus ca partea dispozitivului referitoare la încetarea practicii concurențiale să fie completată prin introducerea termenului „în mod gratuit”, pentru a exprima mai bine forma concretă a încălcării.

15. Prin intermediul recursului său, care a fost declarat admisibil de prima cameră civilă a Bundesgerichtshof, pârâta își reiterează concluziile referitoare la respingerea acțiunii.

16. Având îndoieli cu privire la compatibilitatea articolului 4 punctul 6 din UWG cu Directiva 2005/29, instanța de trimitere a suspendat judecarea cauzei și a adresat Curții următoarea întrebare preliminară:

„Articolul 5 alineatul (2) din Directiva 2005/29/CE privind practicile comerciale neloiale trebuie interpretat în sensul că această dispoziție se opune unei reglementări naționale potrivit căreia o practică comercială prin care participarea consumatorilor la un concurs promoțional sau la un joc promoțional este condiționată de achiziționarea unui bun sau a unui serviciu este în principiu ilicită, independent de aspectul dacă măsura promoțională concretă afectează interesele consumatorilor?”

## IV — Procedura în fața Curții

17. Decizia de trimitere din 5 iunie 2008 a fost primită la grefa Curții la 9 iulie 2008.

18. Părțile din acțiunea principală, guvernele Republicii Federale Germania, Republicii Finlanda, Regatului Spaniei, Republicii Portugheze, Republicii Polone, Republicii Cehe, Regatului Belgiei și Republicii Italiene, precum și Comisia Comunităților Europene au prezentat observații scrise în termenul prevăzut la articolul 23 din Statutul Curții de Justiție.

19. În cadrul măsurilor de organizare a procedurii, Curtea a adresat o întrebare părților și celorlalți intervenienți, la care aceștia au răspuns.

20. În cursul procedurii orale, care s-a desfășurat la 11 iunie 2009, au fost prezentate observații de reprezentantul pârâtei în acțiunea principală, de agenții guvernelor Republicii Federale Germania, Republicii Portugheze, Republicii Polone, Republicii Cehe, Republicii Italiene și Republicii Austria, precum și de agentul Comisiei.

## V — Principalele argumente ale părților

21. *Guvernele spaniol și ceh* exclud aplicabilitatea Directivei 2005/29 în speță.

22. *Guvernul spaniol* contestă în primul rând admisibilitatea cererii de pronunțare a unei hotărâri preliminare, pentru motivul că toate elementele acțiunii principale se limitează la interiorul unui singur stat membru. În această privință, guvernul spaniol face trimitere la jurisprudența Curții aplicată în Hotărârea Jägerskiöld<sup>5</sup>. În subsidiar, acesta invocă inaplicabilitatea directivei, pentru motivul că situația de fapt pe care se întemeiază acțiunile naționale ar fi anterioară nu numai expirării termenului de transpunere al Directivei 2005/29, ci și adoptării acesteia. Curtea nu ar avea calitatea să interpreteze dispozițiile naționale care nu sunt rezultatul unei transpuneri și care, în plus, au fost instituite înainte de adoptarea directivei. Guvernul spaniol observă, pe de altă parte, că niciun element concret nu ar indica faptul că ar putea fi denaturat în mod semnificativ comportamentul economic al unui consumator mediu.

23. *Guvernul ceh* arată că, spre deosebire de Directiva 2005/29, dispozițiile naționale în litigiu nu au ca obiect protejarea consumato-

<sup>5</sup> — Hotărârea din 21 octombrie 1999 (C-97/98, Rec., p. I-7319, punctul 45).



rilor împotriva practicilor comerciale neloiale, ci protejarea concurenței și, prin urmare, a concurenților. În consecință, aceste dispoziții nu se încadrează în domeniul de aplicare al Directivei 2005/29 și nu ar putea încălca prevederile acesteia.

24. *Reclamanta din acțiunea principală, precum și guvernele finlandez, portughez, belgian, german și italian consideră că Directiva 2005/29 nu se opune unei interdicții precum cea prevăzută de UWG.*

25. *Reclamanta din acțiunea principală susține că interdicția privind ofertele comune prevăzută la articolul 4 punctul 6 din UWG nu se poate aplica decât în cazul în care, pe de o parte, practica comercială este, potrivit articolului 3 din UWG, de natură să afecteze concurența într-o măsură care să nu fie doar neglijabilă, în detrimentul concurenților, al consumatorilor sau al altor operatori pe piață și în cazul în care, pe de altă parte, putând denatura semnificativ capacitatea consumatorului de a lua o decizie în cunoștință de cauză, conduce la adoptarea unei decizii comerciale pe care, în alte circumstanțe, acesta nu ar fi luat-o. Instanța de trimitere ar avea în mod nejustificat îndoieli cu privire la compatibilitatea articolului 4 punctul 6 din UWG cu articolul 5 alineatul (2) din Directiva 2005/29.*

26. *Guvernul finlandez arată, în primul rând, că unul dintre obiectivele Directivei 2005/29 este să asigure un nivel ridicat de protecție a*

consumatorilor. Directiva ar conține norme generale care permit identificarea și interzicerea practicilor comerciale neloiale, lăsând în același timp statelor membre posibilitatea de a adopta dispoziții mai stricte referitoare la interzicerea măsurilor de promovare a vânzărilor. Guvernul finlandez consideră că o reglementare națională cum este cea la care se face referire în speță ar concretiza interdicția prevăzută la articolul 5 alineatul (1) din Directiva 2005/29, fără a depăși sfera prevederilor cuprinse în articolul 5 alineatul (2). În consecință, aceasta ar fi conformă cu articolul 5 alineatul (2) din directivă.

27. *Potrivit guvernului portughez, anexa I la Directiva 2005/29 enumeră practicile comerciale considerate neloiale în toate situațiile, interzicând la punctul 16 practica ce constă în „[a] afirma că un produs poate crește șansele de câștig la jocurile de noroc”. Guvernul portughez pare a exclude însă faptul că, în speță, campania de publicitate în litigiu ar fi constituit o astfel de practică, întrucât simpla cumpărare a unui bun sau a unui serviciu nu ar oferi în sine o șansă de câștig. Guvernul portughez concluzionează că dispozițiile germane, în special articolul 3 și articolul 4 punctul 6 din UWG, sunt compatibile cu Directiva 2005/29, întrucât interdicțiile ce rezultă din coroborarea acestor texte nu ar încălca articolul 5 alineatul (2) din directiva menționată.*

28. *Guvernul belgian consideră că norma prevăzută la articolul 4 punctul 6 din UWG, care interzice asocierea unui concurs dotat cu premii cu o tranzacție comercială, nu intră în domeniul de aplicare al Directivei 2005/29. În plus, o astfel de interzicere o ofertelor comune*

ar fi o modalitate de vânzare care, în conformitate cu jurisprudența Keck și Mithouard <sup>6</sup>, nu ar putea constitui un obstacol în calea schimburilor comerciale intracomunitare. Doar comunicările comerciale adresate consumatorilor ar putea constitui practici comerciale neloiale în sensul articolului 2 litera (d) din Directiva 2005/29. În prezenta cauză, este de competența instanțelor naționale să stabilească, ținând cont de împrejurările din speță care le sunt prezentate, dacă au fost respectate dispozițiile și criteriile Directivei 2005/29.

29. *Guvernele german și italian* consideră că, având în vedere modul de redactare și economia Directivei 2005/29, statele membre au dreptul de a interzice alte practici comerciale decât cele enumerate în anexa I, în cazul în care comportamentul comerciantului trebuie să fie considerat neloial în lumina criteriilor enumerate la articolul 5.

30. În ceea ce privește, în concret, practica comercială în litigiu, *guvernul german* consideră că faptul de a condiționa participarea la un joc promoțional sau la un concurs promoțional de achiziționarea unui bun constituie fără nicio îndoială o practică comercială neloială, care îndeplinește criteriile necesare pentru a justifica această calificare. Prin urmare, o interdicție generală a acestei forme de ofertă comună ar fi compatibilă cu sensul și cu scopul Directivei 2005/29.

31. În ceea ce privește considerentul (7) al Directivei 2005/29, potrivit căruia trebuie să se țină seama de contextul cazului individual în cauză atunci când se aplică interdicția anumitor practici comerciale, *guvernul italian* arată că această cerință poate fi îndeplinită dacă i se permite comerciantului să facă dovada contrară, a legalității comportamentului său. În consecință, potrivit guvernului italian, interdicția ofertelor comune prevăzută la articolul 4 punctul 6 din UWG este conformă cu dispozițiile directivei.

32. În schimb, *pârâta din acțiunea principală și Comisia* consideră că este incompatibilă cu directiva o reglementare națională precum articolul 4 punctul 6 din UWG, care interzice în principiu orice practică comercială potrivit căreia participarea consumatorilor la un joc promoțional sau la un concurs promoțional este condiționată de achiziționarea unui bun sau a unui serviciu, fără a conta dacă măsura promoțională concretă afectează interesele consumatorilor. Întrucât această practică nu este prevăzută în lista din anexa I, aceasta nu ar putea fi interzisă decât dacă este calificată drept neloială pe baza unei examinări a cazului concret efectuate în lumina criteriilor prevăzute la articolul 5 alineatul (2) din Directiva 2005/29.

33. *Pârâta din acțiunea principală* susține că proiectul privind o interdicție generală de a asocia participarea la jocuri promoționale cu obligația de a cumpăra în prealabil anumite bunuri a fost deja discutat în cadrul unei propuneri a Comisiei pentru adoptarea unui regulament privind promovarea vânzărilor în cadrul pieței interne, ceea ce ar demonstra că această problematică era perfect cunoscută de

6 — Hotărârea din 24 noiembrie 1993 (C-267/91 și C-268/91, Rec., p. I-6097).

legiuitorului comunitar. În cazul în care acesta din urmă ar fi dorit să includă o astfel de interdicție generală în Directiva 2005/29, ar fi înscris în mod expres această practică comercială în lista din anexa I.

34. Potrivit *guvernului polonez*, răspunsul la întrebarea privind compatibilitatea dispoziției în litigiu din UWG cu Directiva 2005/29 depinde de obiectivul urmărit de legea națională. Întemeindu-se în primul rând pe considerentul (5) al respectivei directive, guvernul polonez arată că legiuitorului comunitar face în mod clar distincție între, pe de o parte, practicile comerciale referitoare la raporturile dintre întreprinderi și consumatori, cu impact negativ pentru aceștia din urmă, pe care directiva urmărește să le reglementeze, și, pe de altă parte, practicile referitoare la raporturile dintre întreprinderi, care dăunează intereselor economice ale concurenților, practici care nu ar fi incluse în domeniul de aplicare al Directivei 2005/29. În consecință, compatibilitatea cu Directiva 2005/29 a unei reglementări naționale care urmărește protejerea concurenților nu ar putea fi pusă sub semnul îndoielii.

35. Referindu-se în parte la cererea de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulată de Oberster Gerichtshof (Austria) în cauza *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag* (C-540/08), care este încă pendinte, *guvernul austriac* a susținut în cadrul ședinței că Directiva 2005/29 urmărește în primul rând obiective privind protecția consumatorilor și nu se aplică, prin urmare, dispozițiilor naționale care urmăresc protejerea intereselor concurenților, care nu ar fi afectate, în opinia sa, de Directiva 2005/29. Guvernul austriac își întemeiază poziția în special pe considerentul (8) al directivei, dar și pe propunerea Comisiei

privind adoptarea unui regulament referitor la promovarea vânzărilor în cadrul pieței interne. În subsidiar, în cazul în care Curtea ar stabili totuși că Directiva 2005/29 este aplicabilă, guvernul austriac solicită acesteia să constate că directiva nu se opune unor dispoziții naționale precum articolul 3 și articolul 4 punctul 6 din UWG.

## VI — *Apreciere juridică*

### A — *Considerații introductive*

36. Prezenta cauză oferă Curții posibilitatea de a-și dezvolta jurisprudența referitoare la compatibilitatea cu dreptul comunitar a interdicțiilor naționale care se aplică ofertelor comune. Indicații utile pentru a răspunde la întrebarea preliminară pot fi furnizate de Hotărârea din 23 aprilie 2009 pronunțată în cauzele conexe C-261/07 (VTB-VAB) și C-299/07 (Galatea)<sup>7</sup>, în care Curții i s-a solicitat de asemenea să interpreteze Directiva 2005/29. Ca și în aceste cauze, în speță se pune întrebarea dacă și în ce măsură statele membre își mențin posibilitatea de a adopta norme care să interzică în mod strict ofertele comune, fără a aprecia de la caz la caz practica comercială în discuție, ținând cont de armonizarea unei părți a dreptului practicilor comerciale neloiale efectuată prin Directiva 2005/29.

<sup>7</sup> — Rep., p. I-2949.

37. După cum am subliniat în concluziile prezentate la 21 octombrie 2008 în cauza citată anterior<sup>8</sup>, Directiva 2005/29, adoptată la 11 mai 2005 de Parlamentul European și de Consiliu, are ca obiectiv să creeze un cadru juridic uniform pentru reglementarea practicilor comerciale neloiale. Potrivit considerentului (5) al directivei, acest obiectiv trebuie să fie atins printr-o armonizare a dispozițiilor legale referitoare la practicile comerciale loiale din statele membre ale Comunității, în interesul eliminării obstacolelor de pe piața internă<sup>9</sup>. Obiectivul său normativ constă,

așadar, într-o armonizare completă a acestui domeniu la nivel comunitar<sup>10</sup>.

8 — A se vedea punctul 48 din Concluziile noastre prezentate în cauzele VTB-VAB și Galatea (C-261/07 și C-299/07, hotărâre citată la nota de subsol 7).

9 — Directiva 2005/29 transpune în plan normativ concepția Comisiei cu privire la viitorul protecției consumatorilor în Uniunea Europeană, astfel cum este analizată aceasta în Cartea verde din 2 octombrie 2001 [COM(2001) 531 final]. În acest document, Comisia regretă faptul că piața internă nici nu și-a realizat potențialul în ceea ce privește consumatorii, nici nu ține pasul cu dezvoltarea progresivă a pieței interne în domeniul tranzacțiilor B2C („B2C” înseamnă „business to consumer”, și anume relațiile de comunicare și relațiile comerciale dintre întreprinderi și particulari, prin opoziție cu relațiile de comunicare și relațiile comerciale dintre întreprinderi sau dintre aceste întreprinderi și autorități, denumite domeniul „B2B”). Numai în foarte puține cazuri consumatorii ar utiliza avantajele directe ale pieței interne prin efectuarea de cumpărături transfrontaliere. În opinia Comisiei, cauza ar fi numărul mare de reglementări disparate din statele membre, precum și măsurile fragmentate de executare, care descurajează consumatorii. În cartea verde menționată, Comisia propune, printre altele, adoptarea unei directive-cadru de armonizare a reglementărilor naționale privind practicile comerciale loiale în domeniul B2C. Concepția sa privind configurarea acestei directive-cadru a fost transpusă în actuala Directivă 2005/29.

Potrivit Wendehorst, C., „Auf dem Weg zu einem zeitgemäßen Verbraucherprivatrecht: Umsetzungskonzepte”, în *Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa?* (editat de Jud, B., și Wendehorst, C.), Viena, 2009, p. 166, armonizarea minimă nu ar fi adus relansarea așteptată a pieței interne în sectorul vânzării cu amănuntul. Aceasta s-ar explica în special prin diferențele considerabile în ceea ce privește transpunerea existente între diferitele ordini juridice. Aceste diferențe ar constitui un obstacol pentru piața internă, întrucât consumatorul mediu nu ar cunoaște normele minime garantate în întreaga Uniune. Pe de altă parte, operatorii economici ar fi împiedicați să facă oferte transfrontaliere pentru motivul costului ridicat al adaptării la o multitudinea de norme de protecție. Acesta este motivul pentru care legiuitorul european ar urmări în prezent includerea în directivele sale nu numai a normelor minime, ci și a normelor maxime în domeniul protecției consumatorilor, prin intermediul așa-numitei armonizări complete.

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

10 — A se vedea de asemenea Henning-Bodewig, F., „Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken”, în *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2005, vol. 8/9, p. 629 și în special p. 630, Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal – La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor, 2006, p. 14, în special p. 51 și 53, Micklitz, H.-W., „Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG”, în *Droit de la consommation/Konsumentenrecht/Consumer law, Liber amicorum Bernd Stauder*, Basel, 2006, p. 299, în special p. 306, Kessler, J., „Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung – Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich”, în *Wettbewerb in Recht und Praxis*, vol. 7, 2007, p. 716, De Cristofaro, G., „La direttiva 2005/29/CE – Contenuti, rationes, caratteristiche”, în *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino, 2007, p. 32 și urm., precum și Di Mauro, L., „L’iter normativo: Dal libro verde sulla tutela dei consumatori alla direttiva sulle pratiche commerciali sleali”, în *Le pratiche commerciali – Direttive comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007, p. 26, potrivit cărora obiectivul Directivei 2005/29 este o armonizare completă a normelor naționale.

39. Republica Federală Germania și-a îndeplinit în mod formal obligația de transpunere prin adoptarea primei legi de modificare a UWG din 22 decembrie 2008, care a intrat în vigoare la 30 decembrie 2008<sup>11</sup>. Totuși, dispoziția în litigiu de la articolul 4 punctul 6 din UWG nu a fost adoptată pentru transpunerea Directivei 2005/29, ci face parte dintr-o legislație națională anterioară. În decizia de trimitere, instanța de trimitere își exprimă îndoielile cu privire la compatibilitatea acestei dispoziții cu dreptul comunitar. După cum a arătat instanța de trimitere pe baza lucrărilor pregătitoare de care dispunea<sup>12</sup>, transpunerea Directivei 2005/29 în dreptul național nu a condus nici la modificarea, nici la abrogarea articolului 4 punctul 6 din UWG.

## B — Admisibilitatea cererii

### 1. Competența Curții

40. Guvernul spaniol își întemeiază excepția de inadmisibilitate în primul rând pe absența

dimensiunii comunitare a întrebării preliminare. Acesta invocă Hotărârea Jägerskiöld<sup>13</sup>, care stabilește la punctul 45 că „dispozițiile din tratat referitoare la libera prestare a serviciilor nu se aplică unei situații, precum cea din acțiunea principală, în care toate elementele se limitează la interiorul unui singur stat membru”. În măsura în care guvernul spaniol se referă, în această privință, la absența oricărui element transfrontalier, argumentul acestuia înseamnă, din punct de vedere procedural, că acesta contestă în fapt competența Curții.

41. În primul rând, trebuie să se arate că cererea de pronunțare a unei hotărâri preliminare în discuție în cauza menționată se referă în mod exclusiv la interpretarea dispozițiilor de drept primar referitoare la libera circulație a mărfurilor și la libera prestare a serviciilor. Or, este adevărat că, pentru ca aceste dispoziții să fie aplicabile, trebuie să existe un element transfrontalier<sup>14</sup>. În speță însă, se solicită Curții să interpreteze un act de drept comunitar derivat, și anume o directivă în sensul articolului 249 al treilea paragraf CE, ceea ce reprezintă deja o diferență între cele două cauze.

11 — Având în vedere întârzierea în ceea ce privește transpunerea Directivei 2005/29, Comisia a inițiat o procedură în constatarea neîndeplinirii obligațiilor împotriva Republicii Federale Germania (numărul 2007/0890); acțiunea a fost introdusă la 16 iulie 2008 în temeiul articolului 226 al doilea paragraf CE. Memorium în apărare al guvernului german din 6 octombrie 2008 a fost depus la grefa Curții la 13 octombrie 2008. Prin scrisoarea primită la grefă la 24 februarie 2009, Comisia a declarat, în temeiul articolului 78 din Regulamentul de procedură, că își retrage acțiunea. Prin Ordonanța din 20 martie 2009, președintele Curții a dispus radierea cauzei C-326/08 (Comisia/Germania) din registru și obligarea Republicii Federale Germania la suportarea cheltuielilor de judecată.

12 — A se vedea considerațiile dezvoltate de instanța de trimitere la punctul 8 din decizia de trimitere.

13 — Hotărâre citată la nota de subsol 5, punctul 45.

14 — În acest sens, a se vedea Becker, U., *EU-Kommentar* (Schwarze, J., editor), prima ediție, Baden-Baden, 2000, articolul 28, punctul 19, p. 437. Lenaerts, K., Arts, D., și Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, Sweet & Maxwell, ediția a doua, Londra, 2006, punctul 6-024, p. 191, arată că, în cazul în care i se solicită să examineze compatibilitatea unei reglementări naționale cu dispozițiile dreptului primar referitoare la libera circulație a persoanelor, a mărfurilor și a capitalurilor, Curtea începe prin a verifica dacă situația de fapt prezintă o dimensiune comunitară. Astfel, în cazul în care situația de fapt se referă la un singur stat membru, dispozițiile citate anterior din Tratatul CE nu sunt aplicabile.

42. În această privință, trebuie amintit că, în cadrul cooperării dintre Curtea de Justiție și instanțele naționale, astfel cum este prevăzută la articolul 234 CE, numai instanța națională, care este sesizată cu acțiunea principală și care trebuie să își asume responsabilitatea pentru hotărârea judecătorească ce urmează a fi pronunțată, are competența să aprecieze, luând în considerare particularitățile cauzei, atât necesitatea unei hotărâri preliminare pentru a fi în măsură să pronunțe propria hotărâre, cât și pertinenta întrebărilor pe care le adresează Curții<sup>15</sup>.

43. În consecință, dacă întrebările adresate au ca obiect interpretarea dreptului comunitar, Curtea este, în principiu, obligată să se pronunțe<sup>16</sup>, cu excepția cazului în care este evident că cererea de pronunțare a unei hotărâri preliminare urmărește, în realitate, să o pună în situația de a se pronunța asupra unui litigiu fictiv sau să formuleze opinii consultative cu privire la întrebări generale sau ipotetice, atunci când interpretarea unei norme de drept comunitar nu are nicio legătură cu realitatea sau cu obiectul acțiunii principale ori în cazul în care Curtea nu

dispune de elementele de fapt sau de drept necesare pentru a răspunde în mod util întrebărilor care i-au fost adresate<sup>17</sup>.

44. Prin urmare, trebuie să se răspundă la argumentul guvernului spaniol că întrebarea dacă suntem în prezența unei situații „pur interne” privește interpretarea dreptului comunitar, și nu admisibilitatea cererii<sup>18</sup>. În plus, trebuie să se amintească faptul că, până în prezent, Curtea și-a afirmat competența având în vedere interesul evident ca, pentru evitarea unor viitoare divergențe de interpretare, dispozițiile sau noțiunile preluate din dreptul comunitar să primească o interpretare uniformă, oricare ar fi condițiile în care acestea urmează să fie aplicate<sup>19</sup>.

45. Prin urmare, argumentarea guvernului spaniol trebuie respinsă.

15 — A se vedea în special Hotărârea din 18 octombrie 1990, Dzodzi (C-297/88 și C-197/89, Rec., p. I-3763, punctele 33 și 34), Hotărârea din 8 noiembrie 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Rec., p. I-4003, punctele 18 și 19), Hotărârea din 17 iulie 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Rec., p. I-4161, punctul 24), și Hotărârea din 29 ianuarie 2008, Promusicae (C-275/06, Rep., p. I-271, punctul 36).

16 — A se vedea în special Hotărârea din 13 martie 2001, PreussenElektra (C-379/98, Rec., p. I-2099, punctul 38), Hotărârea din 22 mai 2003, Korhonen și alții (C-18/01, Rec., p. I-5321, punctul 19), Hotărârea din 5 februarie 2004, Schneider (C-380/01, Rec., p. I-1389, punctul 21), Hotărârea din 19 aprilie 2007, Asemfo (C-295/05, Rep., p. I-2999, punctul 30), și Hotărârea VTB-VAB și Galatea (citată la nota de subsol 7, punctul 32).

17 — A se vedea în special Hotărârea din 16 decembrie 1981, Foglia (244/80, Rec., p. 3045, punctul 18), Hotărârea din 15 iunie 1995, Zabala Erasun și alții (C-422/93-C-424/93, Rec., p. I-1567, punctul 29), Hotărârea din 15 decembrie 1995, Bosman (C-415/93, Rec., p. I-4921, punctul 61), Hotărârea din 12 martie 1998, Djabali (C-314/96, Rec., p. I-1149, punctul 19), Hotărârea PreussenElektra (citată la nota de subsol 16, punctul 39), Hotărârea Schneider (citată la nota de subsol 16, punctul 22), Hotărârea din 1 aprilie 2008, Gouvernement de la Communauté française și Gouvernement wallon (C-212/06, Rep., p. I-1683, punctul 29), și Hotărârea VTB-VAB și Galatea (citată la nota de subsol 7, punctul 33).

18 — A se vedea Concluziile noastre prezentate la 11 septembrie 2008 în cauza CEPAV DUE și alții (C-351/07, punctul 43).

19 — A se vedea Hotărârea Dzodzi (citată la nota de subsol 15, punctul 37), Hotărârea Leur-Bloem (citată la nota de subsol 15, punctul 32), Hotărârea din 11 ianuarie 2001, Kofisa Italia (C-1/99, Rec., p. I-207, punctul 32), Hotărârea din 29 aprilie 2004, British American Tobacco (C-222/01, Rec., p. I-4683, punctul 40), Hotărârea din 16 martie 2006, Poseidon Chartering (C-3/04, Rec., p. I-2505, punctul 16), și Hotărârea din 11 decembrie 2007, ETI și alții (C-280/06, Rep., p. I-10893, punctul 21).

## 2. Pertinența întrebării preliminare

46. În raport cu procedura, argumentul inaplicabilității Directivei 2005/29 susținut de guvernul spaniol echivalează cu contestația pertinentă a întrebării preliminare pentru soluționarea acțiunii principale.

47. După cum am arătat, prezumția de pertinență a întrebărilor adresate cu titlu preliminar de instanțele naționale nu poate fi înlăturată decât în cazuri excepționale, printre altele atunci când este evident că interpretarea solicitată a dispozițiilor dreptului comunitar vizate de aceste întrebări nu are nicio legătură cu realitatea ori cu obiectul acțiunii principale<sup>20</sup>.

48. În speță, întrebarea preliminară nu este total lipsită de pertinență pentru decizia care trebuie adoptată în acțiunea principală, întrucât, după cum se arată în decizia de trimitere, modul de soluționare a recursului depinde, în ceea ce privește obligația de încetare a practicii în litigiu, de compatibilitatea articolului 3 și a articolului 4 punctul 6 din UWG cu Directiva 2005/29<sup>21</sup>. În cazul în care aceste dispoziții sunt compatibile cu directiva, recursul ar trebui să fie respins. Dacă, în schimb, interzicerea asocierii concurenților sau a jocurilor promoționale cu

operațiunile comerciale prevăzută la articolul 4 punctul 6 din UWG ar depăși protecția prevăzută de Directiva 2005/29, hotărârea atacată ar trebui anulată și acțiunea ar trebui respinsă, în măsura în care are ca obiect dispunerea încetării practicii în litigiu.

49. În ceea ce privește problema aplicabilității în speță a Directivei 2005/29, în măsura în care aceasta este pertinentă pentru admisibilitatea întrebării preliminare, considerăm că nu este relevant argumentul guvernului spaniol potrivit căruia faptele care au dat naștere acțiunii principale ar fi anterioare intrării în vigoare și chiar adoptării Directivei 2005/29; astfel, dreptul de a solicita încetarea încălcării, în temeiul căruia reclamanta din acțiunea principală a obținut câștig de cauză în primă instanță, are, după cum se indică în decizia de trimitere<sup>22</sup>, rolul de a preveni încălcări viitoare. Dacă analizăm în mod corect observațiile instanței de trimitere cu privire la dreptul intern aplicabil, reiese că dreptul de a solicita încetarea încălcării continuă să producă și în prezent efecte juridice în ceea ce privește părâta. Întrucât acest drept continuă să producă efecte<sup>23</sup>,

<sup>22</sup> — A se vedea punctul 9 din decizia de trimitere.

<sup>23</sup> — Dreptul de a solicita încetarea încălcării prevăzută la articolul 8 alineatul 1 din UWG corespunde unui drept material cu caracter patrimonial, și nu unei simple căi procedurale de atac. În calitate de drept la încetarea încălcării în cazul în care există riscul unei repetări a încălcării (articolul 8 alineatul 1 prima teză din UWG) și în calitate de drept la încetare preventiv în cazul în care există riscul unei prime încălcări (articolul 8 alineatul 1 a doua teză din UWG), acesta este un drept de apărare, care se naște în momentul în care există o amenințare iminentă a unei încălcări comise de persoana împotriva căreia este invocat dreptul. Aceasta nu presupune ca interesele celorlalte persoane să fi fost deja în mod efectiv prejudiciate și să existe amenințarea unei noi perturbări (risc de repetare a încălcării). Pentru nașterea dreptului este suficientă iminența unei prime perturbări (riscul primei încălcări). Baza juridică pentru exercitarea dreptului la încetarea încălcării, cu alte cuvinte pentru eliminarea perturbării, este articolul 3 coroborat cu cazurile exemplificative din articolul 4 și cu dispozițiile speciale din articolele 5-7 din UWG [Piper, H., *Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, (Piper, H., și Ohly, A., editori), ediția a patra, München, 2006, articolul 8 punctele 3 și 5].

<sup>20</sup> — A se vedea în special Hotărârile citate anterior Foglia (punctul 18), Zabala Erasun și alții (punctul 29), Bosman (punctul 61), Djabali (punctul 19), Schneider (punctul 22), Gouvernement de la Communauté française și Gouvernement wallon (punctul 29) și VTB-VAB și Galatea (punctul 33).

<sup>21</sup> — A se vedea punctul 7 din decizia de trimitere.

întrebarea privind compatibilitatea unei dispoziții precum articolul 4 punctul 6 din UWG cu Directiva 2005/29 își păstrează în întregime actualitatea și relevanța pentru părțile din procedura principală, precum și pentru instanța națională care trebuie să se pronunțe cu privire la litigiul.

50. Această întrebare este în special importantă în măsura în care, la data deciziei de trimitere, 5 iunie 2008, atât termenul de transpunere, stabilit la 12 iunie 2007, cât și termenul-limită de aplicare, stabilit la 12 decembrie 2007, expiraseră de mult timp. La acel moment, dreptul național nu fusese adaptat, iar legiuitorul german nu părea să preconizeze eliminarea interdicției referitoare la ofertele comune prevăzute la articolul 4 punctul 6 din UWG, aspect de care și instanța națională era conștientă, astfel cum rezultă din decizia de trimitere.

51. În cazul în care articolul 4 punctul 6 din UWG nu ar fi conform cu Directiva 2005/29, situație ce nu poate fi exclusă întrucât dreptul de a solicita încetarea încălcării prevăzută de normele naționale privind concurența este orientat spre viitor, instanța națională, în calitate de instanță funcțională a Comunității, ar fi obligată, în cazul în care acest lucru este necesar, să excludă aplicarea dispozițiilor naționale respective chiar înainte de expirarea termenului de transpunere. Aceasta rezultă din supremația dreptului comunitar în raport cu dreptul național<sup>24</sup> și în special din obligația statelor membre, recunoscută în jurispru-

dența Curții, de a lua, în conformitate cu articolul 10 al doilea paragraf CE și cu articolul 249 al treilea paragraf CE, toate măsurile care sunt necesare pentru atingerea rezultatului prevăzut de directiva respectivă.

52. După cum am subliniat în Concluziile noastre prezentate în cauzele conexe C-261/07 (VTB-VAB) și C-299/07 (Galatea)<sup>25</sup>, aceasta include obligația de a se abține de la tot ce ar putea împiedica atingerea obiectivului unei directive. Potrivit jurisprudenței Curții, din dispozițiile din tratat menționate mai sus coroborate cu prevederile directivei respective rezultă că, în cursul termenului de transpunere a unei directive, statele membre destinate ale acesteia trebuie să se abțină de la adoptarea unor dispoziții de natură să compromită grav realizarea obiectivului urmărit prin această directivă<sup>26</sup>. Această obligație de abținere se extinde asupra tuturor autorităților statelor membre, inclusiv, în limitele competențelor acestora, autorităților jurisdicționale<sup>27</sup>. Revine acestora din urmă obligația să analizeze, în speță, dacă acte juridice naționale adoptate înainte de expirarea termenului de transpunere afectează atingerea obiectivului directivei<sup>28</sup>.

25 — Citate la nota de subsol 8, punctul 60.

26 — Hotărârea din 18 decembrie 1997, Inter-Environnement Wallonie (C-129/96, Rec., p. I-7411, punctul 45), Hotărârea din 8 mai 2003, ATRAL (C-14/02, Rec., p. I-4431, punctul 58), Hotărârea din 22 noiembrie 2005, Mangold (C-144/04, Rec., p. I-9981, punctul 67), și Hotărârea din 4 iulie 2006, Adeneler și alții (C-212/04, Rec., p. I-6057, punctul 121).

27 — Hotărârea din 13 noiembrie 1990, Marleasing (C-106/89, Rec., p. I-4135, punctul 8), Hotărârea din 14 iulie 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec., p. I-3325, punctul 26), Hotărârea Inter-Environnement Wallonie (citată la nota de subsol 26, punctul 40), Hotărârea din 25 februarie 1999, Carbonari și alții (C-131/97, Rec., p. I-1103, punctul 48), și Hotărârea din 5 octombrie 2004, Pfeiffer și alții (C-397/01-C-403/01, Rec., p. I-8835, punctul 110).

28 — Hotărârea Inter-Environnement Wallonie (citată la nota de subsol 26, punctul 46). În același sens, a se vedea Vclouch, P., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (Mayer, H., editor), Viena, 2004, articolul 249, punctul 45, p. 16.

24 — A se vedea printre altele Hotărârea din 5 februarie 1963, Van Gend & Loos (26/62, Rec., p. 1), Hotărârea din 15 iulie 1964, Costa (6/64, Rec., p. 1141), Hotărârea din 17 decembrie 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Rec., p. 1125), și Hotărârea din 9 martie 1978, Simmenthal (106/77, Rec., p. 629).



53. Astfel, în Hotărârea Adeleners și alții<sup>29</sup>, Curtea a hotărât că, începând cu data la care o directivă a intrat în vigoare, instanțele statelor membre trebuie să se abțină, în măsura posibilului, să interpreteze dreptul intern într-un mod care, după expirarea termenului de transpunere, ar risca să compromită grav realizarea obiectivului urmărit prin această directivă.

54. Trebuie de asemenea să se țină seama de faptul că, potrivit jurisprudenței Curții, întră în domeniul de aplicare al unei directive nu numai dispozițiile naționale al căror obiectiv expres este transpunerea acestei directive, ci de asemenea, începând de la data intrării în vigoare a directivei respective, dispozițiile naționale preexistente susceptibile să asigure conformitatea dreptului național cu aceasta<sup>30</sup>. În speță, acestea includ și dispozițiile UWG, inclusiv articolul 3 și articolul 4 punctul 6, care sunt anterioare intrării în vigoare a Directivei 2005/29.

55. Astfel, dacă instanța națională consideră că o legislație națională este de natură să compromită obiectivul urmărit de o directivă

care trebuie transpusă în mod iminent după expirarea termenului de transpunere<sup>31</sup>, aceasta este ținută să ia măsurile necesare pentru realizarea obiectivului urmărit prin această directivă încă în timpul etapei de transpunere.

56. În consecință, întrucât dreptul de a solicita încetarea încălcării este orientat spre viitor, instanțele germane aveau, încă de la data intrării în vigoare a Directivei 2005/29, dreptul de a examina compatibilitatea articolului 4 punctul 6 din UWG cu directiva și, în cazul existenței unor îndoieli, de a adresa Curții o întrebare privind interpretarea directivei, în temeiul articolului 234 primul paragraf litera (b) CE.

57. Având în vedere considerațiile de mai sus, relevanța întrebării preliminare pentru soluționarea acțiunii principale nu poate fi negată. Astfel, cererea de pronunțare a unei hotărâri preliminare trebuie considerată admisibilă.

29 — Hotărârea Adeleners și alții (citată la nota de subsol 26, punctul 123).

30 — Hotărârea din 7 septembrie 2006, Cordero Alonso (C-81/05, Rec., p. I-7569, punctul 29), și Hotărârea VTB-VAB și Galatea (citată la nota de subsol 7, punctul 35).

31 — Condiția necesară pentru intervenția instanței naționale este existența riscului ca obiectivele directivei să fie afectate după expirarea termenului de transpunere (în acest sens, a se vedea de asemenea Hoffmann, C., „Die zeitliche Dimension der richtlinienkonformen Auslegung”, în *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2006, vol. 46, p. 2216). În același sens, a se vedea și Schroeder, W., *EU/EGV Kommentar* (editor Streinz, R.), München, 2003, articolul 249 CE, punctul 139, p. 2197, potrivit căruia obligația autorităților și a instanțelor de a efectua o interpretare a legislației naționale conformă cu directiva poate fi luată în considerare numai în mod excepțional, atunci când măsurile legislative de transpunere permit să se prezume că realizarea obiectivelor directivei va fi definitiv compromisă.

## C — Examinarea întrebării preliminare

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

58. Cu titlu introductiv, trebuie amintit că, în cadrul unei proceduri inițiate în conformitate cu articolul 234 CE, Curtea nu este competentă să se pronunțe cu privire la compatibilitatea unei măsuri naționale cu dreptul comunitar. Totuși, aceasta este competentă să furnizeze instanței naționale toate elementele de interpretare proprii dreptului comunitar care să îi permită acesteia să aprecieze această compatibilitate în vederea judecării cauzei cu care este sesizată<sup>32</sup>.

59. Prin intermediul întrebării preliminare se urmărește să se stabilească dacă Directiva 2005/29 se opune unei dispoziții naționale precum articolul 4 punctul 6 din UWG. În acest scop, trebuie să se analizeze în primul rând dacă, din punctul de vedere al obiectului său normativ, această dispoziție intră în domeniul de aplicare material și în cel personal al Directivei 2005/29. În continuare, este necesar să se examineze dacă această directivă trebuie să fie interpretată în sensul că permite interzicerea practicii comerciale în litigiu, astfel cum rezultă din articolul 3 și din articolul 4 punctul 6 din UWG.

60. Dispozițiile articolului 4 punctul 6 din UWG coroborate cu dispozițiile articolului 3 din UWG interzic oricărui comerciant să condiționeze participarea consumatorilor la un concurs promoțional sau la un joc promoțional de achiziționarea unui bun sau a unui serviciu, cu excepția cazului în care respectivul concurs sau respectivul joc sunt prin natura lor legate de acel bun sau serviciu. Cu alte cuvinte, acestea interzic asocierea a două mărfuri sau prestații diferite în scopul promovării vânzării și prevăd astfel o interzicere de principiu a ofertelor comune<sup>33</sup>.

61. După cum am arătat în mod detaliat în Concluziile noastre prezentate în cauzele conexe C-261/07 (VTB-VAB) și C-299/07 (Galatea)<sup>34</sup> și după cum a confirmat Curtea în hotărârea pe care a pronunțat-o în această cauză<sup>35</sup>, ofertele comune constituie acte comerciale care se înscriu în mod clar în cadrul strategiei comerciale a unui operator și care urmăresc în mod direct promovarea și derularea vânzărilor acestuia.

32 — A se vedea printre altele Hotărârea Costa (citată la nota de subsol 24), Hotărârea din 29 noiembrie 2001, De Coster (C-17/00, Rec., p. I-9445, punctul 23), și Hotărârea din 16 ianuarie 2003, Pansard și alții (C-265/01, Rec., p. I-683, punctul 18).

33 — În acest sens, Köhler, H., *Wettbewerbsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, München, 2007, § 4, punctul 6.6, p. 308, și Seichter, D., „Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken”, în *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, p. 1095, se referă în mod expres la interzicerea ofertelor comune în ceea ce privește articolul 4 punctul 6 din UWG.

34 — Citate la nota de subsol 8, punctele 68-70.

35 — Hotărârea VTB-VAB și Galatea (citată la nota de subsol 6, punctele 48 și 50).

62. Rezultă că acestea constituie practici comerciale în sensul articolului 2 litera (d) din Directiva 2005/29 și, în consecință, intră în domeniul de aplicare material al acesteia.

## 2. Domeniul de aplicare personal al Directivei 2005/29

63. După cum a arătat în mod întemeiat guvernul polonez, răspunsul la întrebarea dacă articolul 4 punctul 6 din UWG intră în domeniul de aplicare personal al Directivei 2005/29 depinde de stabilirea faptului dacă acesta, ca și directiva, urmărește protecția consumatorilor.

64. Astfel, respectiva directivă guvernează doar relațiile B2C („business to consumer”), cu alte cuvinte, relațiile dintre comercianți și consumatori. Acest aspect este în special subliniat în considerentul (8) al acesteia, potrivit căruia directiva protejează în mod direct numai interesele economice ale consumatorilor<sup>36</sup>. Totuși, după cum reiese din considerentul (6) și în special din considerentul (8) al directivei, interesele economice ale concurenților care acționează în mod licit

nu sunt considerate mai puțin demne de protecție<sup>37</sup>.

65. Spre deosebire de guvernul ceh<sup>38</sup>, nu avem nicio îndoială cu privire la faptul că finalitatea articolului 4 punctul 6 din UWG este reprezentată de protecția consumatorilor.

66. În primul rând, articolul 1 din UWG stabilește în mod expres că această lege protejează împotriva concurenței neloiale nu numai concurenții și alți operatori de pe piață, ci și consumatorii<sup>39</sup>. În al doilea rând, atât geneza, cât și finalitatea articolului 4 punctul 6 din UWG reprezintă argumente în favoarea unei astfel de interpretări. Această dispoziție codifică astfel jurisprudența precedentă a Bundesgerichtshof<sup>40</sup> referitoare la fosta versiune a articolului 1 din UWG, potrivit căreia era contrar dreptului concurenței ca participarea la concursuri sau la jocuri promoționale să fie condiționată de cumpă-

36 — În acest sens, a se vedea Hoeren, T., „Das neue UWG – der Regierungsentwurf im Überblick”, în *Betriebs-Berater*, 2008, p. 1183, și Stuyck, J., „The Unfair Commercial Practices Directive and its Consequences for the Regulation of Sales Promotion and the Law of Unfair Competition”, în *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29 – New Rules and New Techniques*, Norfolk, 2007, p. 166.

37 — A se vedea punctele 71 și 72 din Concluziile noastre prezentate în cauzele VTB-VAB și Galatea (citate la nota de subsol 8).

38 — A se vedea punctul 73 din memoriul guvernului ceh.

39 — Lutz, R., „Veränderungen des Wettbewerbsrechts im Zuge der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken”, în *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2006, vol. 11, p. 909, arată că UWG protejează nu numai interesele economice ale consumatorilor, precum Directiva 2005/29, ci și pe cele ale concurenților, ale consumatorilor și ale altor operatori de pe piață, în conformitate cu articolul 1. Prin urmare, UWG cuprinde atât domeniul B2C, cât și domeniul B2B.

40 — A se vedea între altele Hotărârea din 17 noiembrie 1972 a Bundesgerichtshof, I ZR 71/71 (concurș promoțional), Hotărârea din 17 februarie 2000, I ZR 239/97 (Space Fidelity Peep-Show), Hotărârea din 13 iunie 2002, I ZR 173/01 (ofertă comună I), și Hotărârea din 13 noiembrie 2003, I ZR 40/01 (adjudecare inversată II).

rarea unui bun sau de comandarea unei prestații. Potrivit lucrărilor pregătitoare<sup>41</sup>, obiectivul urmărit de legiuitor este protecția consumatorilor împotriva oricărei atingeri excesive aduse libertății de decizie a acestora prin intermediul exploatarei pasiunii jocului. Ideea de bază este că oferta care combină participarea la un joc promoțional și vânzarea de bunuri poate influența semnificativ decizia de cumpărare chiar a unui consumator mediu rezonabil, astfel încât această decizie nu va mai fi întemeiată pe considerații raționale, ci pe dorința de a câștiga premiul oferit. Pe de altă parte, aceasta reflectă sentimentul unanim al doctrinei<sup>42</sup>.

67. În consecință, această dispoziție națională intră de asemenea în domeniul de aplicare personal al Directivei 2005/29.

### 3. Examinarea structurii celor două reglementări

68. Pentru a putea stabili dacă Directiva 2005/29 se opune unei dispoziții naționale precum articolul 4 punctul 6 din UWG, trebuie să se examineze și apoi să se compare cele două reglementări din punctul de vedere al obiectivului normativ și al structurii lor de reglementare.

41 — A se vedea proiectul de lege al guvernului german (BT-Drucksache 15/1487, p. 17).

42 — A se vedea Piper, H., *op. cit.* (nota de subsol 23), articolul 4.6, punctul 1, p. 348, Hecker, M., *Lauterkeitsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (Fezer, K.-H., editor), München, 2005, vol. 1, articolul 4-6, punctul 33, p. 707.

a) Prevederile Directivei 2005/29

i) Aproximarea completă și maximă a reglementărilor naționale ca obiectiv normativ

69. Astfel cum am expus la început<sup>43</sup>, Directiva 2005/29 urmărește o armonizare completă a prevederilor legale din statele membre cu privire la practicile comerciale neloiale. În plus, spre deosebire de situația anterioară în ceea ce privește instrumentele legale specific sectoriale de armonizare a dreptului protecției consumatorilor, Directiva 2005/29 urmărește nu numai o armonizare minimă, ci și o apropiere maximă a prevederilor legale naționale, care, cu anumite excepții, nu permite statelor membre să mențină sau să introducă reglementări mai severe, chiar pentru a asigura un nivel mai ridicat al protecției consumatorilor<sup>44</sup>. Ambele

43 — A se vedea punctul 37 din prezentele concluzii.

44 — A se vedea Hotărârea VTB-VAB și Galatea (citată la nota de subsol 7, punctul 52). În acest sens, Massaguer, J., *op. cit.* (nota de subsol 10), p. 15, Abbamonte, G., „The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition”, în *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29 – New Rules and New Techniques*, Norfolk, 2007, p. 19, precum și De Brouwer, L., „Droit de la Consommation – La directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales”, în *Revue de droit commercial belge*, vol. 7, septembrie 2005, p. 796, care, din armonizarea maximă urmărită prin Directiva 2005/29, trag concluzia că statele membre nu sunt autorizate să adopte reglementări mai severe, chiar dacă acestea urmăresc chiar asigurarea unui nivel mai ridicat de protecție a consumatorilor. De Cristofaro, G., *op. cit.* (nota de subsol 10), p. 32, consideră că statele membre nu pot nici să deroge de la dispozițiile directivei, nici să instituie un nivel mai ridicat de protecție a consumatorilor. Potrivit opiniei lui Kessler, J., *op. cit.* (nota de subsol 10), p. 716, directiva nu numai că impune standarde minime, ci împiedică în același timp statele membre să mențină reglementări care, în interesul unei pretinse orientări în favoarea consumatorilor, depășesc prevederile materiale ale directivei și, prin urmare, conțin cerințe mai severe.

concluzii rezultă atât din interpretarea preambulului directivei, cât și din interpretarea dispozițiilor generale ale acesteia.

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

71. Obiectivul unei reglementări ample și maxime la nivel comunitar în aria acoperită de domeniul de aplicare al Directivei 2005/29 devine din nou clar în considerentele (14) și (15) ale directivei, în care este vorba despre o *armonizare completă*. În plus, aceasta rezultă din clauza privind piața internă de la articolul 4 din Directiva 2005/29, potrivit căreia statele membre nu limitează libera prestare a serviciilor, nici nu limitează libera circulație a mărfurilor din motive care se încadrează în

domeniul în care prezenta directivă vizează apropierea dispozițiilor în vigoare.

72. Ca excepție, articolul 3 alineatul (5) din directivă prevede că, pentru o perioadă de șase ani începând de la 12 iunie 2007, statele membre pot continua să aplice dispoziții de drept intern, a căror apropiere este reglementată de prezenta directivă, mai restrictive sau mai riguroase decât directiva. Această excepție este limitată însă la acele reglementări naționale care au fost adoptate pentru transpunerea directivelor care conțin clauze de armonizare minimă<sup>45</sup>. În sfârșit, o altă excepție de la armonizarea completă se regăsește la articolul 3 alineatul (9) din directivă în legătură cu serviciile financiare în sensul Directivei 2002/65/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 23 septembrie 2002 privind comercializarea la distanță a serviciilor financiare de consum și de modificare a Directivei 90/619/CEE a Consiliului și a Directivelor 97/7 și 98/27/CE (JO L 271, p. 16, Ediție specială, 06/vol. 4, p. 183) și cu bunurile imobile.

45 — Printre directivele care conțin clauze de armonizare minimă în sensul articolului 3 alineatul (5) din Directiva 2005/29 se numără următoarele: Directiva 85/577/CEE a Consiliului din 20 decembrie 1985 privind protecția consumatorilor în cazul contractelor negociate în afara spațiilor comerciale (JO L 372, p. 31, Ediție specială, 15/vol. 1, p. 188), Directiva 90/314/CEE a Consiliului din 13 iunie 1990 privind pachetele de servicii pentru călătorii, vacanțe și circuite (JO L 158, p. 59, Ediție specială, 13/vol. 9, p. 248), Directiva 94/47/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 octombrie 1994 privind protecția dobânditorilor în ceea ce privește anumite aspecte ale contractelor privind dobândirea dreptului de folosință pe durată limitată a bunurilor imobile (JO L 280, p. 83, Ediție specială, 13/vol. 14, p. 204), Directiva 97/7/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 20 mai 1997 privind protecția consumatorilor cu privire la contractele la distanță (JO L 144, p. 19, Ediție specială, 15/vol. 4, p. 160), Directiva 98/6/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 februarie 1998 privind protecția consumatorului prin indicarea prețurilor produselor oferite consumatorilor (JO L 80, p. 27, Ediție specială, 15/vol. 4, p. 206), și Directiva 89/552/CEE a Consiliului din 3 octombrie 1989 privind coordonarea anumitor acte cu putere de lege și acte administrative ale statelor membre cu privire la desfășurarea activităților de difuzare a programelor de televiziune (JO L 298, p. 23, Ediție specială, 06/vol. 1, p. 215).

## ii) Structura normativă a Directivei 2005/29

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

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

prevăzute de clauza generală referitoare la practicile comerciale înșelătoare sau agresive. Numai în cazul care nu aceasta este situația, își găsește aplicare în mod direct clauza generală prevăzută la articolul 5 alineatul (1) din Directiva 2005/29<sup>46</sup>.

## b) Dispozițiile UWG

75. Potrivit unei jurisprudențe constante, fiecare dintre statele membre destinate ale unei directive are obligația de a lua, în cadrul ordinii juridice naționale, toate măsurile necesare în vederea asigurării efectului deplin al directivei, conform obiectivului urmărit<sup>47</sup>. Aceasta implică obligația legiuitorului național de a transpune în mod corect directiva respectivă în dreptul național<sup>48</sup>. Potrivit modului său de redactare, articolul

46 — În același sens este de asemenea schema analizei utilizate de De Cristofaro, G., *op. cit.* (nota de subsol 10), p. 12, și Henning-Bodewig, F., *op. cit.* (nota de subsol 10), p. 631.

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

48 — Transpunerea directivei este parte componentă a unui proces legislativ în două etape, a doua etapă fiind realizată la nivelul dreptului național. Prin transpunerea materială la nivelul dreptului național se concretizează conținutul normativ al directivelor [a se vedea în această privință *Vclouch, P.*, *op. cit.* (nota de subsol 28), articolul 249, punctele 48 și 50, p. 17 și 18].

249 paragraful al treilea CE lasă totuși autorităților naționale competența în ceea ce privește forma și mijloacele. Această libertate de alegere este recunoscută în special legiutorului național.

76. Pentru acest motiv, jurisprudența recunoaște că transpunerea unei directive în dreptul intern nu impune în mod necesar o preluare textuală a dispozițiilor sale într-o normă juridică expresă și specifică<sup>49</sup>. Este important ca textele adoptate în vederea transunerii să îndeplinească cerințele privind claritatea și securitatea juridică, pentru ca programul urmărit de directivă să fie în totalitate realizat prin aplicarea dreptului național de către instanțele și autoritățile statului membru în discuție<sup>50</sup>.

77. Pentru a stabili dacă și în ce măsură articolul 4 punctul 6 din UWG îndeplinește cerințele directivei, trebuie să se analizeze în primul rând pe scurt principalele elemente ale acestei dispoziții.

49 — A se vedea Hotărârea din 28 februarie 1991, Comisia/Germania (C-131/88, Rec., p. I-825, punctul 6), Hotărârea din 20 martie 1997, Comisia/Germania (C-96/95, Rec., p. I-1653, punctul 35), Hotărârea din 15 noiembrie 2001, Comisia/Italia (C-49/00, Rec., p. I-8575, punctele 21 și 22), și Hotărârea din 28 aprilie 2005, Comisia/Italia (C-410/03, Rec., p. I-3507, punctul 60). Acest principiu este evocat în mod corect de Seichter, D., *op. cit.* (nota de subsol 33), p. 1088, cu privire la transpunerea necesară a Directivei 2005/29 în dreptul german.

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

i) Structura normativă a interdicției prevăzute la articolul 3 și la articolul 4 punctul 6 din UWG

78. În versiunea din 3 iulie 2004, care era în vigoare la data cererii de pronunțare a unei hotărâri preliminare și care trebuie, așadar, să se aplice în speță, articolul 3 din UWG prevede interzicerea concurenței neloiale. Această normă fundamentală din dreptul practicilor comerciale loiale este formulată ca o clauză generală, cu o largă aplicabilitate pentru sancționarea oricărei forme de încălcare a dreptului concurenței. Sub rezerva câtorva amendamente nesemnificative aduse modului de redactare, această clauză generală s-a menținut, chiar după modificarea legislativă din 2008, în noua versiune a articolului 3 alineatul 1 din UWG.

79. Dreptul material al încălcărilor din domeniul concurenței este definit prin recurgerea la noțiunea de „lipsă de loialitate în concurență”. Potrivit economiei UWG, dispozițiile generale din capitolul 1 (articolele 1-7) cuprind, pe lângă clauza de protecție de la articolul 1 și definițiile de la articolul 2, norme de interdicție (articolele 3-7); consecințele juridice (articolele 8-10) ale încălcării unei norme de interdicție și prescripția (articolul 11) sunt guvernate de capitolul 2, în timp ce dreptul procedural formal face obiectul capitolului 3. Capitolul 4 (articolele 16-19) conține dispozițiile penale de sancționare a infracțiunilor în domeniul concurenței, iar capitolul 5 (articolele 20-22) cuprinde dispozițiile finale.

80. Articolul 4 din UWG menționează o listă de exemple – printre care participarea consumatorilor la jocuri sau la concursuri promoționale, în litigiu în speță – care concretizează interdicția generală a actelor de concurență neloială ce rezultă din clauza generală de la articolul 3 din UWG<sup>51</sup>. Această listă reia categoriile de situații recunoscute în esență de jurisprudența și de doctrina germană. Stabilirea unei liste de exemple reflectă voința legiuitorului de a scuti instanțele de obligația de a concretiza criteriul „lipsei de loialitate”<sup>52</sup> și de a consolida transparența<sup>53</sup>. Întrucât articolul 4 punctul 6 din UWG se limitează să concretizeze criteriul „lipsei de loialitate”, pe lângă condițiile de aplicare a acestei dispoziții trebuie să fie îndeplinite întotdeauna și condițiile articolului 3 din UWG – astfel cum se cere și pentru celelalte exemple – pentru ca o măsură să poată fi calificată drept contrară concurenței<sup>54</sup>. Acestea impun ca actele de concurență neloială [sau practicile comerciale, potrivit terminologiei noii versiuni a articolului 3 alineatul (1) din UWG] să poată denatura concurența în defavoarea concurenților, a consumatorilor sau a altor operatori de pe piață, într-o măsură care să nu fie neglijabilă. În consecință, actul de concurență [sau practica comercială, potrivit terminologiei noii versiuni a articolului 3 alineatul (1) din UWG] care face obiectul litigiului trebuie nu numai să aibă loc în cadrul unui raport concret de concurență, ci trebuie în plus să depășească un prag determinat, cu alte cuvinte, să aibă un

anumit impact asupra concurenței și să afecteze semnificativ interesele categoriilor de persoane protejate.

81. Instituirea unui „prag *de minimis*” sau a unei „cerințe de perceptibilitate” ușurează sarcina instanțelor naționale, prin faptul că acestea nu mai sunt nevoite să se ocupe de practicile abuzive nesemnificative<sup>55</sup>. Criteriul determinant pentru a analiza compatibilitatea reglementării în litigiu cu Directiva 2005/29 este, în opinia noastră, nivelul la care instanțele naționale însărcinate cu cauze din domeniul concurenței stabilesc acest prag.

c) Compatibilitatea reglementării în litigiu cu Directiva 2005/29

i) Necesitatea unei interpretări conforme cu directiva

51 — Potrivit Köhler, H., „Die UWG-Novelle”, în *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2009, p. 112, noțiunea de loialitate de la articolul 3 din UWG trebuie să fie concretizată prin referire la cazurile exemplificative de comportamente neloiale prevăzute la articolele 4-6 din UWG.

52 — A se vedea în acest sens Köhler, H., *Wettbewerbsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, op. cit. (nota de subsol 33), § 3, punctul 6, p. 152, și Piper, H., op. cit. (nota de subsol 23), articolul 4, punctul 2, p. 243.

53 — A se vedea proiectul de lege al guvernului german (BT-Drucksache 15/1487, p. 18).

54 — A se vedea proiectul de lege al guvernului german (BT-Drucksache 15/1487, p. 17). În același sens, Hecker, M., op. cit. (nota de subsol 42), articolele 4-6, punctul 25, p. 704, Köhler, H., *Wettbewerbsrecht – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, op. cit. (nota de subsol 33), § 4, punctul 6.4, p. 309.

82. Pentru a aprecia dacă o dispoziție națională contravine dreptului comunitar, se ține cont nu numai de formularea acestei dispo-

55 — În acest sens, Charaktiniotis, S., *Die lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeitschranken der Kopplungsangebote nach der Aufhebung der Zugabenverordnung*, Frankfurt am Main, 2006, p. 164. Potrivit Köhler, H., „Die Bagatellklausel in § 3 UWG”, în *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1/2005, p. 1, condițiile de aplicare a articolului 3 din UWG prezentate mai sus au ca scop evitarea continuării practicilor al căror impact este neglijabil.



ziții, ci și de interpretarea conferită acestei prevederi de instanțele naționale<sup>56</sup>. Deoarece jurisprudența unui stat membru reflectă modul în care este interpretată legea, cu efect obligatoriu pentru toate subiectele de drept, aceasta constituie un criteriu esențial pentru a aprecia dacă transpunerea și interpretarea dreptului național sunt conforme cu dreptul comunitar<sup>57</sup>.

83. Astfel, în pofida faptului că, în cadrul verificării condițiilor articolului 4 punctul 6 din UWG, este îndeplinit doar criteriul „lipsei de loialitate”, astfel încât o practică nu va putea fi considerată interzisă de dreptul național decât în cazul în care sunt de asemenea îndeplinite condițiile din articolul 3 din UWG, din argumentele instanței de trimitere<sup>58</sup> rezultă că jurisprudența celor mai înalte instanțe germane consideră în mod vădit că, în cazul articolului 4 punctul 6 din UWG, caracterul semnificativ al restricției aduse concurenței trebuie mereu să fie prezumat<sup>59</sup>. Aceasta rezultă din referința la

opiniile în acest sens din doctrină<sup>60</sup>, din expunerea referitoare la dispozițiile naționale din decizia de trimitere, dar și din modul de redactare a întrebării preliminare însăși, potrivit căreia reglementarea în litigiu interzice ofertele comune „independent de aspectul dacă măsura promoțională concretă afectează interesele consumatorilor”. Această formulare pare să indice faptul că articolul 4 punctul 6 din UWG este interpretat în sensul că instanța națională nu ar avea nicio marjă de apreciere în cazul concret. Se pare că și guvernul german, în primele sale observații scrise, s-a întemeiat pe acest postulat, evocând o interdicție „generală” sau „absolută” referitor la această reglementare națională<sup>61</sup>.

56 — Lenaerts, K., Arts, D., și Maselis, I., *op. cit.* (nota de subsol 14), punctul 5-056, p. 162, arată că domeniul de aplicare al actelor cu putere de lege sau al normelor administrative naționale trebuie să fie examinat în lumina interpretării care le este dată de instanțele naționale. Interpretarea conformă cu dreptul comunitar a dreptului național a făcut obiectul unei cereri de pronunțare a unei hotărâri preliminare formulate de Bundesgerichtshof în cauza Siemens (Hotărârea din 19 noiembrie 1996, C-42/95, Rec., p. I-6017), precum și a unei cereri formulate de Hof van beroep te Gent (Belgia) în cauza Gysbrechts și Santurel Inter (Hotărârea din 16 decembrie 2008, C-205/07, Rep., p. I-9947).

57 — A se vedea punctul 89 din Concluziile noastre prezentate la 4 septembrie 2008 în cauza Comisia/Spania (Hotărârea din 18 decembrie 2008, C-338/06, Rep., p. I-10139).

58 — A se vedea punctele 10, 15, 20 și 21 din decizia de trimitere.

59 — A se vedea, de exemplu, Hotărârea din 10 ianuarie 2008 pronunțată de Oberlandesgericht Celle (Az: 13 U 118/07). În această hotărâre, Oberlandesgericht arată că, spre deosebire de articolul 4 punctul 1 din UWG, modul de redactare a articolului 4 punctul 6 din UWG nu implică în mod expres ca libertatea de decizie a consumatorului să poată fi influențată. Potrivit Oberlandesgericht, legiuitorul a prezumat, dimpotrivă, existența în principiu a unei asemenea restricții în cazul în care sunt îndeplinite condițiile de aplicare de la articolul 4 punctul 6 din UWG.

60 — Potrivit Köhler, H., „Die Bagatellklausel in § 3 UWG”, *op. cit.* (nota de subsol 55), p. 6, la care se referă instanța de trimitere, faptul de a condiționa participarea la un concurs promoțional sau la un joc promoțional de achiziționarea unui bun sau a unui serviciu constituie mereu o atingere care nu este doar neglijabilă a intereselor destinatarilor publicității, întrucât aceștia sunt obligați să facă o achiziție pe care nu o prevăzuseră pentru a putea participa. Autorul deduce din aceasta că orice examinare ulterioară a caracterului semnificativ al atingerii aduse concurenței, în defavoarea concurenților, a consumatorilor sau a altor operatori în sensul articolului 3 din UWG ar fi superfluă.

61 — A se vedea punctele 9 și 14 din memoriul guvernului german din 14 octombrie 2008, potrivit cărora „interdicții absolute suplimentare ale practicilor comerciale neloiale sunt compatibile cu economia directivei” și „o reglementare națională care prevede o interdicție generală a unei astfel de oferte comune este compatibilă cu finalitatea directivei”. Se impune constatarea că aceste considerații intră parțial în contradicție cu cele prezentate ulterior de guvernul german în memoriul său din 19 mai 2009, în care acesta susține că „articolul 3 din UWG în versiunea din 3 iulie 2004 și articolul 3 alineatele 1 și 2 din UWG în versiunea din 22 decembrie 2008 garantează, prin urmare, faptul că legalitatea ofertelor comune în sensul articolului 4 punctul 6 din UWG în versiunea corespunzătoare este apreciată în lumina împrejurărilor cazului concret” (a se vedea punctele 15-17). Acesta concluzionează de asemenea că interzicerea practicilor promoționale prevăzută la articolul 4 din UWG în versiunea din 3 iulie 2004 nu este o interdicție generală, care se aplică automat. Aplicarea acesteia intervine, dimpotrivă, în condițiile articolului 3 din UWG. Aceste condiții presupun o examinare a actului de concurență în lumina împrejurărilor cazului individual. La fel stau lucrurile în ceea ce privește noua versiune a articolului 3 din UWG după transpunerea directivei.

ii) Examinarea în lumina dispozițiilor Directivei 2005/29

care este în orice caz accesibilă tuturor, fără a promite însă cumpărătorului că șansele sale de câștig vor fi mai mari.

84. În continuare, vom examina dacă această interpretare a articolului 4 punctul 6 din UWG este compatibilă cu Directiva 2005/29 în măsura în care conduce la interzicerea oricărei oferte comune care include o participare la jocuri sau la concursuri promoționale. În acest sens, vom urma schema de analiză descrisă la punctul 74 din prezentele concluzii.

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

85. În primul rând, trebuie să se constate că practica comercială interzisă de articolul 4 punctul 6 din UWG nu corespunde niciuneia dintre practicile neloiale enumerate în anexa I la directivă<sup>62</sup>. Această concluzie este valabilă în special în ceea ce privește practica prevăzută la punctul 16 din această anexă, și anume a afirma că un produs poate crește șansele de câștig la jocurile de noroc. Aceasta este o formă specială de publicitate, însă nu o ofertă comună propriu-zisă. Independent de aceasta și după cum a subliniat în mod întemeiat guvernul portughez, pârâta din acțiunea principală nu pretinde în niciun caz că ar fi suficientă cumpărarea unui bun pentru a garanta o șansă de câștig. Aceasta doar oferă posibilitatea de a participa la un joc de noroc,

62 — Lutz, R., *op. cit.* (nota de subsol 39), p. 910, constată de asemenea că articolul 4 punctul 6 din UWG nu corespunde niciunuia dintre exemplele din directivă. Prin urmare, autorul se întreabă dacă această normă poate fi menținută în vigoare.

86. Având în vedere că ofertele comune nu sunt enumerate printre practicile comerciale menționate în anexa I, care trebuie considerate neloiale în orice situație, aceste oferte pot fi interzise în principiu numai atunci când constituie practici comerciale neloiale, de exemplu pentru că sunt înșelătoare sau agresive în sensul directivei<sup>63</sup>. Or, practica interzisă la articolul 4 punctul 6 din UWG nu poate fi calificată drept înșelătoare sau agresivă în sensul articolului 5 alineatul (4) din directivă.

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

87. Potrivit directivei, o interdicție poate fi luată în considerare numai atunci când o practică comercială trebuie apreciată ca fiind neloială deoarece este contrară cerințelor diligenței profesionale sau deoarece denaturează sau poate denatura semnificativ comportamentul economic al consumato-

63 — A se vedea punctul 82 din Concluziile noastre prezentate în cauza VTB-VAB și Galatea (citată la nota de subsol 8).

rului mediu cu privire la un produs. Pentru aceasta, trebuie să se concluzioneze că sunt îndeplinite cumulativ condițiile de aplicare a articolului 5 alineatul (2) literele (a) și (b) <sup>64</sup>.

88. Întemeindu-se în esență pe pericolul de manipulare rezultat din atracția exercitată de joc asupra consumatorilor, guvernul german consideră că acest pericol există și în cazul practicii comerciale interzise de articolul 4 punctul 6 din UWG.

90. Această definiție, care se referă în special la noțiunea juridică nedeterminată „practică comercială loială”, implică o judecată de valoare care poate varia de la un stat membru la altul, în funcție de particularitățile culturale și de moravuri <sup>65</sup>. Acest fapt nu este contrazis de împrejurarea că, în conformitate cu considerentul (13) al acesteia, Directiva 2005/29 urmărește, printr-o apropiere a legislațiilor, să elimine barierele de pe piața internă rezultate din aplicarea clauzelor generale și din principiile juridice divergente, cu atât mai mult cu cât statele membre dispun în mod vădit de o anumită libertate de reglementare într-un cadru strict delimitat <sup>66</sup>. Pe de altă parte, Directiva 2005/29 recunoaște acest lucru în considerentul (7), potrivit căruia aceasta „nu se adresează cerințelor legale privind bunul-gust și decența, care variază foarte mult între statele membre”. Aceasta dă ca exemplu campania de publicitate directă pe stradă, care poate fi neavenită în anumite state membre. Potrivit aceluiași considerent, statele membre ar trebui, în consecință, „să aibă posibilitatea de a interzice în continuare anumite practici comerciale pe teritoriul lor,

### Încălcarea obligației de diligență profesională

89. Noțiunea „diligență profesională” este definită la articolul 2 litera (h) din directivă ca fiind „nivelul de competență specializată și de considerație pe care comerciantul poate să îl exercite în mod rezonabil față consumatori, în conformitate cu practica comercială loială și/sau principiul general al bunei-credințe în domeniul de activitate al comerciantului”.

65 — În același sens, Micklitz, H.-W., *op. cit.* (nota de subsol 10), p. 308, și Massaguer, J., *op. cit.* (nota de subsol 10), p. 69; potrivit acestuia din urmă, definiția „diligenței profesionale” de la articolul 2 litera (h) din Directiva 2005/29 poate conduce la divergențe de interpretare, întrucât aceasta folosește concepte juridice vagi precum „practici comerciale loiale” și „bună-credință”.

66 — Glöckner, J., și Henning-Bodewig, F., „EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem «neuen» UWG?”, în *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 11/2005, p. 1323, subliniază existența unei marje de apreciere a statelor membre în transpunerea directivei și faptul că această marjă este cu atât mai mare cu cât dreptul comunitar este mai imprecis. Datorită caracterului vag al noțiunii de lipsă de loialitate, legiuitorii naționali ar fi păstrat libertatea de a transpune clauza generală prin sancționarea practicilor comerciale contrare bunelor moravuri, bunei-credințe sau practicilor comerciale loiale, cu respectarea tradițiilor naționale ale acestora, atât timp cât concretizarea acestor noțiuni nu se îndepărtează de conceptul de lipsă de loialitate ce rezultă din dispozițiile coroborate ale articolului 5 alineatul (2) și ale articolului 2 litera (h) din Directiva 2005/29. În mod similar, cu privire la noțiunea „practici comerciale loiale”, a se vedea Micklitz, H.-W., *op. cit.* (nota de subsol 10), p. 309 și urm. Autorul se referă la o marjă de apreciere a statelor membre în ceea ce privește definirea bunului-gust și a loialității.

64 — În acest sens, Abbamonte, G., *op. cit.* (nota de subsol 44), p. 21, și Massaguer, J., *op. cit.* (nota de subsol 10), p. 58.

în conformitate cu dispozițiile legislației comunitare, din motive de bun-gust și decență, chiar și în cazul în care aceste practici nu limitează libertatea consumatorilor de a alege”.

91. Faptul că jocurile de noroc reprezintă un risc pentru societățile din statele membre<sup>67</sup>, care trebuie în consecință să poată adopta măsurile necesare pentru a limita pericolele presupuse de dependența de joc, este confirmat de jurisprudența Curții în materie. În centrul acestei jurisprudențe se află găsirea unui just echilibru între libertatea de stabilire și libertatea de a presta servicii, pe de o parte, și protecția intereselor generale imperative precum protecția consumatorilor, prevenirea fraudei și a incitării cetățenilor la o cheltuială excesivă legată de joc, precum și prevenirea tulburărilor ordinii sociale în general, pe de altă parte<sup>68</sup>. Curtea a recunoscut astfel competența statelor membre „de a fixa obiectivele politicii lor în materie de jocuri de noroc și, eventual, de a defini cu precizie

nivelul de protecție urmărit”. În opinia acesteia, „particularitățile de ordin moral, religios sau cultural, precum și consecințele prejudiciabile din punct de vedere moral și financiar pentru individ și societate care sunt asociate cu jocurile de noroc și pariurile pot fi de natură a justifica existența, în beneficiul autorităților naționale, a unei puteri de apreciere suficientă pentru a determina cerințele pe care le presupune protecția consumatorului și a ordinii sociale”, cu condiția ca măsurile adoptate să respecte principiul proporționalității<sup>69</sup>.

92. În opinia noastră, cerința privind coerența jurisprudenței impune extinderea principiilor citate anterior și în ceea ce privește interpretarea articolului 5 alineatul (2) litera (a) din Directiva 2005/29 și, în special, în ceea ce privește interpretarea criteriului „practici comerciale loiale”, lăsând statelor membre, în limitele stabilite de dreptul comunitar, o marjă de apreciere suficientă pentru a adopta măsuri de combatere a pericolelor pe care le prezintă dependența de jocuri.

67 — În Concluziile prezentate la 14 octombrie 2008 în cauza Liga Portuguesa de Futebol Profissional și Baw International (C-42/07, Rep., p. I-7633, punctele 28-33), avocatul general Bot subliniază riscurile generate pentru societate de jocurile de noroc. Acestea pot, în opinia avocatului general, conduce jucătorii la compromiterea situației economice și familiale a acestora și chiar a sănătății lor. Pe de altă parte, jocurile de noroc, datorită mizei foarte importante pe care o au, se pot preta la manipulări din partea organizatorului, care poate dori să intervină pentru ca rezultatul tragerii la sorți sau al competiției sportive să fie cel mai favorabil pentru acesta. În sfârșit, jocurile de noroc pot constitui un mijloc de spălare a unor sume de bani obținute în condiții ilegale.

68 — A se vedea Hotărârea din 24 martie 1994, Schindler (C-275/92, Rec., p. I-1039, punctele 57-60), Hotărârea din 21 septembrie 1999, Läärä și alții (C-124/97, Rec., p. I-6067, punctele 32 și 33), Hotărârea din 21 octombrie 1999, Zenatti (C-67/98, Rec., p. I-7289, punctele 30 și 31), Hotărârea din 6 noiembrie 2003, Gambelli și alții (C-243/01, Rec., p. I-13031, punctele 60-67), și Hotărârea din 6 martie 2007, Placanica și alții (C-338/04, C-359/04 și C-360/04, Rep., p. I-1891, punctele 45-49). A se vedea de asemenea Hotărârea Curții AELS din 14 martie 2007, EFTA Surveillance Authority/Norway (E-1/06, *EFTA Court Report*, punctul 34), și Hotărârea Curții AELS din 30 mai 2007, Ladbrokes Ltd/The Government of Norway, Ministry of Culture and Church Affairs and Ministry of Agriculture and Food (E-3/06, *EFTA Court Report*, punctul 44).

93. Criticile de ordin general exprimate de guvernul german împotriva acestei practici comerciale care se întemeiază pe atracția jocului pot fi incluse în această categorie de rezerve de ordin moral. După cum arată în

69 — A se vedea Hotărârile citate la nota de subsol 68 Schindler (punctul 61), Läärä și alții (punctul 35), Zenatti (punctul 33), Gambelli (punctul 63), Placanica și alții (punctul 47). A se vedea de asemenea Hotărârile citate anterior ale Curții AELS, EFTA Surveillance Authority/Norway (punctul 29) și Ladbrokes Ltd/The Government of Norway, Ministry of Culture and Church Affairs and Ministry of Agriculture and Food (punctul 42).

mod întemeiat guvernul german, recurgerea la jocuri promoționale în publicitate este într-o mare măsură capabilă să trezească pasiunea jocului. Având în vedere în special perspectiva câștigurilor – care pot fi foarte ridicate –, aceste jocuri exercită o anumită putere de atracție. Acestea pot atrage atenția potențialilor clienți și îi pot orienta spre anumite obiective, în cadrul strategiei publicitare alese. Prin urmare, argumentul potrivit căruia o astfel de practică comercială ar putea reprezenta într-o anumită privință o formă de manipulare și ar putea reprezenta, în anumite împrejurări, o încălcare a diligenței profesionale nu ar putea fi, în general, respins cu ușurință.

94. În consecință, o practică comercială prin care participarea consumatorilor la un concurs promoțional sau la un joc promoțional este condiționată de achiziționarea unui bun sau a unui serviciu poate fi contrară, în anumite împrejurări, cerințelor privind diligența profesională în sensul articolului 5 alineatul (2) litera (a) din Directiva 2005/29.

Capacitatea de a denatura semnificativ comportamentul consumatorului mediu

95. Prin a „denatura în mod semnificativ comportamentul economic [...] al consumatorului”, în sensul articolului 5 alineatul (2) litera (b), trebuie să se înțeleagă, în conformitate cu definiția legală cuprinsă în articolul 2 litera (e), „a folosi o practică comercială pentru a afecta apreciabil abilitatea consumatorului de a lua o decizie în cunoștință de

cauză, determinându-l astfel să ia o decizie comercială pe care nu ar fi luat-o altfel”. Această dispoziție protejează libertatea de decizie a consumatorului<sup>70</sup>.

96. Ținând cont de riscurile prezentate mai sus<sup>71</sup> și pornind de la existența unei marje de apreciere adecvate a statelor membre, faptul de a condiționa participarea la concursuri și la jocuri promoționale de anumite tranzacții comerciale poate în principiu denatura semnificativ comportamentul comercial al consumatorului. După cum arată în mod întemeiat guvernul german<sup>72</sup>, nu se poate exclude faptul că perspectiva unei participări gratuite la un joc promoțional stimulează consumatorul să cheltuiască mai mult decât a prevăzut pentru a-și asigura participarea. Aceasta îl poate stimula de asemenea, în principiu, să facă noi cumpărături de la comerciantul care recurge la această formă de publicitate, pentru a continua această participare la concursul promoțional.

97. Astfel, într-o abordare globală, condițiile de aplicare a articolului 5 alineatul (2) litera (b) din Directiva 2005/29 ar fi în principiu îndeplinite.

70 — Nu însă și interesul economic al consumatorilor. Potrivit Abbamonte, G., *op. cit.* (nota de subsol 44), p. 23, această dispoziție se întemeiază pe postulatul că practicile comerciale neeloiale deformează în general preferințele consumatorului, afectându-i libertatea și/sau capacitatea de decizie. Acestea ar conduce astfel consumatorii să cumpere produse de care nu au nevoie sau pe care le-ar fi considerat mai puțin valoroase fără influența acestei practici. Cu toate acestea, articolul 5 alineatul (2) litera (b) din Directiva 2005/29 nu necesită existența unui prejudiciu economic pentru consumator. Potrivit autorului, o astfel de cerință ar fi inadmisibilă, întrucât ar fi redus în mod considerabil nivelul de protecție a consumatorilor în Uniunea Europeană.

71 — A se vedea punctul 93 din prezentele concluzii.

72 — A se vedea punctul 23 din memoriul guvernului german.

Necesitatea de a lua în considerare ansamblul împrejurărilor din speță

98. Totuși, pot exista îndoieli cu privire la faptul că această abordare globală corespunde cu adevărat finalității și scopului directivei, precum și voinței legiuitorului comunitar. După cum am subliniat deja în Concluziile noastre prezentate în cauzele C-261/07 (VTB-VAB) și C-299/07 (Galatea)<sup>73</sup>, nu se poate răspunde la modul general la întrebarea dacă ofertele comune sunt neloiale întrucât acestea îndeplinesc condițiile de aplicare a articolului 5 alineatul (2) din Directiva 2005/29; este nevoie de o apreciere de la caz la caz a practicii comerciale concrete.

99. Aceasta rezultă foarte clar din considerentul (7) al directivei, potrivit căruia ar trebui să se țină seama de contextul fiecărui caz individual atunci când se aplică directiva menționată, în special clauzele generale. Expresia „în special” confirmă că aprecierea cazului din speță nu se limitează la aplicarea clauzei generale de la articolul 5 alineatul (1), ci se extinde și la aplicarea dispozițiilor cuprinse în articolele 5-9 care o concretizează. Potrivit considerentului (17) al Directivei 2005/29, și legiuitorul comunitar pornește de la ideea că, în cazul în care o practică

comercială nu intră în categoria practicilor comerciale menționate în anexa I, este necesară o apreciere de la caz la caz în temeiul dispozițiilor articolelor 5-9 din directivă. Aceasta rezultă *a contrario* din a treia teză a considerentului (17) al directivei, care menționează că practicile comerciale enumerate în anexa I sunt singurele practici comerciale care „pot fi considerate neloiale fără o evaluare de la caz la caz în conformitate cu dispozițiile articolelor 5-9”.

100. Interdicția oricărei oferte comune prevăzută la articolul 4 punctul 6 din UWG, în interpretarea de mai sus, are drept consecință o extindere semnificativă a sferei practicilor comerciale cuprinse în lista din anexa I, fapt ce reprezintă însă exact obiectul interdicției impuse statelor membre, având în vedere armonizarea completă și maximă urmărită de Directiva 2005/29<sup>74</sup>. Interdicția impusă statelor membre de a extinde în mod unilateral această listă se coroborează cu faptul că, în conformitate cu articolul 5 alineatul (5), o astfel de modificare implică o revizuire a directivei, realizată prin intermediul procedurii codeciziei prevăzute la articolul 251 CE.

73 — Citate la nota de subsol 8, punctul 83.

74 — Abbamonte, G., *op. cit.* (nota de subsol 44), p. 21, indică faptul că statelor membre nu le este permis să extindă ele însele lista exhaustivă a practicilor comerciale neloiale interzise, care este cuprinsă în anexa I la Directiva 2005/29. Dacă le-ar fi permis să extindă această listă, s-ar ajunge la eludarea armonizării maxime urmărite de directivă, ceea ce ar compromite obiectivul securității juridice. Potrivit Seichter, D., *op. cit.* (nota de subsol 33), p. 1095, interdicția aplicată ofertelor comune care figurează în articolul 4 punctul 6 din UWG trebuie să fie eliminată, întrucât depășește sfera categoriilor prevăzute în anexa I.

101. Legiuitorului comunitar atribuie instanțelor naționale, respectiv autorităților administrative, sarcina aprecierii caracterului loial al unei practici comerciale având în vedere împrejurările concrete și, în special, efectul acesteia asupra comportamentului economic al unui consumator mediu. Acest aspect este indicat în mod expres de formularea considerentului (18) al Directivei 2005/29<sup>75</sup>. În conformitate cu articolele 11 și 12 din directivă, acestora le revine sarcina să asigure respectarea directivei în cadrul sistemelor de sancțiuni care trebuie create la nivel național<sup>76</sup>. Cu toate acestea, în cazul în care legiuitorul german stabilește interdicții de principiu care se adaugă celor care figurează

în anexa I, iar autorităților publice competente în ceea ce privește interpretarea și aplicarea legii, care sunt în aceeași măsură destinatari ai Directivei 2005/29, nu le lasă nicio marjă de apreciere, obiectivul unei transpuneri efective a acestei directive la nivelul statelor membre este compromis<sup>77</sup>.

75 — În același sens a se vedea Bernitz, U., „The Unfair Commercial Practices Directive: Scope, Ambition and Relation to the Law of Unfair Competition”, în *The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29 – New Rules and New Techniques*, Norfolk, 2007, p. 39, care se întemeiază și pe considerentul (18) al directivei. Acest considerent prevede că „[i]nstanțele judecătorești și autoritățile naționale vor trebui să își exercite propria capacitate de a judeca, având în vedere jurisprudența Curții de Justiție, pentru a stabili reacția tipică a consumatorului mediu într-o situație dată”. În plus, considerentul (20) al Directivei 2005/29 prevede recurgerea la o acțiune administrativă sau judiciară.

76 — În statele membre ale Comunității se întâlnesc diverse sisteme de sancțiuni referitoare la practicile comerciale loiale, determinate de evoluții istorice și de structurile diferite ale ordinilor juridice. Până în prezent, dreptul comunitar a armonizat numai punctual prevederile statelor membre în domeniul sancțiunilor și al procedurii și nu prevede un sistem determinat de combatere a practicilor comerciale neloiale. Directiva 2005/29 nu schimbă nimic în ceea ce privește această acceptare de către dreptul comunitar a diferitelor sisteme naționale de aplicare. Rămâne la latitudinea legiuitorilor naționali să realizeze combaterea practicilor comerciale neloiale prin mijloace de drept administrativ, de drept penal sau de drept civil, astfel cum confirmă articolul 11 alineatul (1) al treilea paragraf din directivă. În această privință, sunt admisibile combinările diferitelor sisteme de sancțiuni. Acestor legiuitori le aparține de asemenea competența de a stabili dacă se va recurge la o procedură judiciară și/sau la o procedură administrativă [a se vedea în această privință Alexander, C., „Die Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/CE über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt – Umsetzungsbedarf in Deutschland?”, în *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2005, vol. 10, p. 810, și Massaguer, J., *op. cit.* (nota de subsol 10), p. 144].

102. În cadrul aplicării articolului 5 alineatul (2) din directivă, o apreciere a tuturor împrejurărilor speței este cu atât mai necesară cu cât nu se poate prezuma că orice legătură între o tranzacție comercială și participarea la un joc promoțional va produce în principiu *per se* efectul de manipulare la care se referă guvernul german. Criteriul „caracterului semnificativ” prevăzut

77 — Stuyck, J., *op. cit.* (nota de subsol 36), p. 170, semnaleză că Directiva 2005/29 impune o analiză de la caz la caz a caracterului neloial al unei practici comerciale. Prin urmare, acesta apreciază că o reglementare națională care instituie o interdicție de principiu a anumitor forme de promovare a vânzărilor, precum vânzarea în pierdere, ofertele de premii, cupoanele, vânzările în scop de lichidare etc., respectiv care prevede norme abstracte, fără a acorda instanței competența de a aprecia într-un caz concret dacă practica comercială respectivă trebuie considerată neloială față de consumatori, nu mai poate fi menținută în vigoare având în vedere Directiva 2005/29.

la articolul 5 alineatul (2) litera (b) implică prin definiție o examinare a cazului concret<sup>78</sup>. Totuși, pot fi concepute cazuri în care atracția participării la un joc sau la un concurs promoțional nu ar avea nicio incidență sau ar avea doar o incidență redusă asupra comportamentului comercial al consumatorului.

103. Astfel, fără a dori să anticipăm aprecierea instanțelor naționale care au misiunea de a aplica dreptul comunitar în acțiunea principală<sup>79</sup>, este posibil să se afirme, privitor la cauza principală, că perspectiva de a juca la loto nu este deloc în măsură să incite consumatorul mediu să facă în toate cazurile cumpărături în valoare de 100 de euro, cu atât mai mult cu cât, în primul rând, această sumă este relativ ridicată și, în al doilea rând, jocul în

discuție este în fond accesibil tuturor. În această privință, trebuie să ne alăturăm argumentului guvernului spaniol, potrivit căruia consumatorul mediu care dorește să joace la loto nu va aștepta în mod normal să facă cumpărături în valoare de 100 de euro pentru a participa la joc<sup>80</sup>. Prin urmare, într-un caz precum cel din speță, acest consumator va fi mereu în măsură să înțeleagă că avantajul se limitează la o participare gratuită la o tragere la loto, în schimbul căreia acesta trebuie să facă cumpărături în valoare de cel puțin 100 de euro. În acest context, acesta va putea decide în mod liber dacă dorește să participe la acțiunea promoțională sau dacă preferă să recurgă la serviciile unui concurent<sup>81</sup>.

104. Rezumând, trebuie să se constate că o normă națională precum articolul 4 punctul 6 din UWG, potrivit interpretării care i-a fost dată, care instituie o interdicție de principiu privind ofertele comune fără să prevadă posibilitatea de a lua în considerare împrejurările fiecărui caz concret, este prin însăși natura sa mai restrictivă și mai severă decât prevederile Directivei 2005/29.

105. În acest context, trebuie să se constate că articolul 4 punctul 6 din UWG privește un domeniu care este supus armonizării

78 — În acest sens a se vedea Bloß, A., „Zum Kopplungsverbot für Preisausschreiben und Gewinnspielen”, în *Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht*, vol. 5, 2008, p. 487. Potrivit autoarei, directiva impune o examinare de la caz la caz, în special pe baza criteriului caracterului substanțial. Dacă legiuitorul comunitar ar fi dorit să reglementeze practica ce condiționează participarea la un joc promoțional de o obligație de cumpărare, acesta ar fi putut să o includă în mod expres în anexa I la directivă. Însăși legătura dintre cumpărături și jocuri nu poate în principiu și *per se* denatura semnificativ comportamentul comercial al consumatorului. Articolul 4 punctul 6 din UWG ar exclude totuși orice examinare de la caz la caz, care ar fi totuși autorizată de elementele constitutive ale unei practici neloiale indicate în directivă. În această privință, ar fi improbabil ca interdicția generală a ofertelor comune prevăzută la articolul 4 punctul 6 din UWG să poată fi menținută în vigoare. Potrivit Leible, S., „BGH: Vereinbarkeit des deutschen Gewinnspiel-Kopplungsverbots mit der EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken”, în *Lindennaier-Möhrling Kommentierte BGH-Rechtsprechung*, 2008, 269263, dacă legiuitorul ar fi dorit să stabilească o interdicție *per se* a jocurilor și a concursurilor promoționale condiționate de o obligație de cumpărare, independent dacă această practică poate denatura în mod necorespunzător comportamentul consumatorului, acesta ar fi putut să includă respectivele concursuri și jocuri în lista practicilor comerciale considerate neloiale în toate situațiile prevăzută în anexa I la Directiva 2005/29.

79 — Potrivit Craig, P., și De Búrca, G., *EU Law*, ediția a patra, Oxford, 2008, p. 492, articolul 234 CE permite Curții să interpreteze tratatul, nu însă să îl și aplice la un caz concret. Diferența dintre interpretare și aplicare ar reprezenta linia de delimitare între competența Curții și cea a instanțelor naționale. Interpretarea este de competența Curții, în timp ce aplicarea acestei interpretări la litigiul concret este de competența instanțelor naționale.

80 — A se vedea punctul 10 din memoriul guvernului spaniol.

81 — În același sens, Seichter, D., „EuGH-Vorlage zum Kopplungsverbot (Millionen-Chance)”, în *juris Praxis Report Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht*, 8/2008, nota 2.



complete și pentru care nu sunt aplicabile prevederile tranzitorii cuprinse în articolul 3 alineatul (5) din Directiva 2005/29. Excepția prevăzută la articolul 3 alineatul (9) din Directiva 2005/29 este de asemenea inaplicabilă.

meiat pe propunerea modificată a Comisiei și a motivat adoptarea articolului 4 punctul 6 reluând argumentarea Parlamentului European. Potrivit acesteia, afectarea concurenței este cauzată de faptul că măsura urmărește să exploateze pasiunea jocului și să perturbe astfel judecata consumatorului.

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

106. Se pune întrebarea ce consecințe are retragerea Propunerii de regulament al Comisiei privind promovarea vânzărilor pe piața internă în ceea ce privește această interpretare<sup>82</sup>. Guvernul german invocă diferitele modificări aduse acestei propuneri în cadrul procedurii legislative<sup>83</sup> pentru a deduce din aceasta existența unui consens amplu între statele membre și în cadrul Parlamentului European pe tema necesității unei interziceri de principiu a ofertelor comune<sup>84</sup>.

108. Totuși, contrar punctului de vedere al guvernului german, nici Propunerea de regulament a Comisiei privind promovarea vânzărilor, nici modificările preconizate în cadrul procedurii legislative nu permit să se ajungă la vreo concluzie cu privire la interpretarea Directivei 2005/29, întrucât guvernul german invocă aici o propunere de reglementare comunitară care, în final, nu a intrat niciodată în vigoare. Prin urmare, guvernul german nu poate să invoce cu succes principiul încrederii legitime<sup>85</sup>. Astfel cum declară chiar guvernul german, procedurile legislative cu privire la regulamentul și cu privire la Directiva 2005/29 s-au desfășurat, în parte, în același timp. În calitate de reprezentant constituțional al unui stat reprezentat în Consiliu, guvernul german participase în mod decisiv la ambele procese legislative și, prin urmare, a fost permanent informat cu privire la desfășurarea acestora<sup>86</sup>. În conse-

107. Guvernul german invocă faptul că, în cadrul adoptării UWG, care a intrat în vigoare la 8 iulie 2004, legiuitorul german s-a între-

82 — Propunere de regulament al Parlamentului European și al Consiliului privind promovarea vânzărilor în cadrul pieței interne din 15 ianuarie 2002 [COM(2001) 546 final].

83 — Propunere modificată de regulament al Parlamentului European și al Consiliului privind promovarea vânzărilor în cadrul pieței interne din 25 octombrie 2002 [COM(2002) 585 final].

84 — A se vedea punctele 18-21 din memoriul guvernului german.

85 — A se vedea considerațiile pe care le-am dezvoltat la punctul 91 din Concluziile prezentate în cauzele VTB-VAB și Galatea (citate la nota de subsol 8) cu privire la argumentele, parțial identice, ale guvernelor belgian și francez.

86 — Din proiectul de lege al acestuia (BT-Drucksache 15/1487, p. 12) rezultă că guvernul german avea cunoștință de faptul că la acea dată în cadrul instituțiilor Comunității Europene se dezbăteau două proiecte în materia dreptului practicilor comerciale neloiale. Era vorba, pe de o parte, despre Propunerea de regulament privind promovarea vânzărilor în cadrul pieței interne, modificată după consultarea Parlamentului și respinsă, potrivit guvernului german, „de guvernul german și de majoritatea celorlalte state membre”. Pe de altă parte, guvernul german se referă la un proiect de directivă-cadru care, în opinia acestuia, „răspunde mai bine concepțiilor guvernului german”.

cință, acesta nu poate să invoce eficient din punct de vedere juridic faptul că nu a avut cunoștință despre modul în care s-au desfășurat cele două proceduri legislative<sup>87</sup>.

109. Curtea a subliniat responsabilitatea deosebită a guvernelor statelor membre reprezentate în Consiliu în ceea ce privește transpunerea directivelor. Întrucât guvernele statelor membre participă la lucrările pregătitoare ale directivelor, Curtea a concluzionat că acestea trebuie să fie în măsură să elaboreze, în cadrul termenului stabilit, dispozițiile legislative necesare pentru punerea în aplicare a acestora<sup>88</sup>.

110. Prin urmare, cel târziu la momentul retragerii propunerii Comisiei<sup>89</sup>, guvernul german ar fi trebuit să verifice, dacă era cazul, în ce măsură domeniul de aplicare al Directivei 2005/29 s-ar extinde și asupra domeniilor acoperite până la acel moment de propunerea de regulament. Necesitatea unei astfel de operațiuni era evidentă cu atât mai mult cu cât, potrivit modului în care a fost concepută inițial, Directiva 2005/29 era destinată, pe de o parte, să introducă norme generale și subsidiare în domeniul dreptului comunitar al protecției consumatorilor și, pe de altă parte, să realizeze o armonizare

completă a reglementărilor statelor membre cu privire la practicile comerciale neloiale<sup>90</sup>. Având în vedere că retragerea s-a produs într-un moment în care termenul de transpunere a Directivei 2005/29 încă nu expirase, legiuitorului german îi revenea obligația să ia în considerare aceste aspecte la adaptarea dreptului național.

111. În consecință, acest argument trebuie respins.

#### 4. Concluzii

112. Având în vedere considerațiile de mai sus, considerăm că nu este conformă cu Directiva 2005/29 o interpretare a articolului 3 și a articolului 4 punctul 6 din UWG precum cea susținută de cele mai înalte instanțe germane, potrivit căreia aceste dispoziții instituie o interdicție absolută a oricărei oferte comune care prevede o participare la jocuri sau la concursuri promoționale<sup>91</sup>.

113. Pentru aceste motive, articolul 5 alineatul (2) din Directiva 2005/29 trebuie interpretat în sensul că se opune unei reglementări naționale potrivit căreia o practică comercială prin care participarea consu-

87 — A se vedea punctul 45 din Concluziile noastre prezentate în cauza Comisia/Luxemburg (Hotărârea din 19 iunie 2008, C-319/06, Rep., p. I-4323), în care am expus punctul de vedere că, în calitate de reprezentant constituțional al unui stat membru reprezentat în Consiliu, un guvern trebuie să admită faptul că avea cunoștință de declarația interpretativă formulată de această instituție în cadrul procedurii legislative.

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

89 — Decizia Comisiei de a-și retrage propunerea de regulament a fost publicată în JO 2006, C 64, p. 3. Cu toate acestea, Comisia anunțase deja această decizie în Comunicarea „Rezultatul analizei propunerilor care se află în prezent în procedura legislativă”, COM(2005) 462 final, p. 10, din 27 septembrie 2005.

90 — În același sens a se vedea Stuyck, J., *op. cit.* (nota de subsol 36), p. 161, care presupune că, în mod evident, mai multe state membre nu cunoșteau faptul că prevederile propunerii de regulament retrase, care priveau raportul dintre operatorul economic și consumator, au fost totuși în final incluse în Directiva 2005/29 (având în vedere obiectivul acesteia de armonizare completă).

91 — A se vedea punctele 81-83 din prezentele concluzii.

matorilor la un concurs promoțional sau la un joc promoțional este condiționată de achiziționarea unui bun sau a unui serviciu este în principiu ilicită, independent de aspectul dacă măsura promoțională concretă afectează interesele consumatorilor.

## VII — Concluzie

114. Având în vedere considerațiile de mai sus, propunem Curții să răspundă la întrebarea preliminară adresată de Bundesgerichtshof după cum urmează:

„Articolul 5 alineatul (2) din Directiva 2005/29/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 11 mai 2005 privind practicile comerciale neloiale ale întreprinderilor de pe piața internă față de consumatori și de modificare a Directivei 84/450/CEE a Consiliului, a Directivelor 97/7/CE, 98/27/CE și 2002/65/CE ale Parlamentului European și ale Consiliului și a Regulamentului (CE) nr. 2006/2004 al Parlamentului European și a Consiliului («Directiva privind practicile comerciale neloiale») trebuie interpretat în sensul că se opune unei reglementări naționale potrivit căreia o practică comercială prin care participarea consumatorilor la un concurs promoțional sau la un joc promoțional este condiționată de achiziționarea unui bun sau a unui serviciu este în principiu ilicită, independent de aspectul dacă măsura promoțională concretă afectează interesele consumatorilor.”