

ELEMENTELE CONSTITUTIVE ALE PRACTICILOR COMERCIALE NELOIALE ÎN RELAȚIILE CU CONSUMATORII

Juanita GOICOVICI*

Résumé. *Characterising elements for the unfair commercial practices in relationship with the consumers. **Eléments constitutifs des pratiques commerciales déloyales rapportées aux consommateurs.** La loi roumaine ne définit pas ce qu'est une pratique commerciale ayant le potentiel d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur. Le premier indice est celui de rapporter l'analyse au „consommateur moyen”, car les dispositions de la loi visent „le consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé”. Les pratiques commerciales déloyales peuvent résulter d'une action trompeuse (a) ou d'une omission trompeuse (b) est c'est dans ce contexte qu'on doit apprécier l'altération du comportement économique du consommateur et la validité du consentement de celui-ci.*

La pratique commerciale trompeuse est sanctionnée de peine d'amende; à cette peine principale peuvent s'ajouter à titre de peines complémentaires la publication de la décision et l'affichage du jugement. Les consommateurs victimes des pratiques commerciales trompeuses pourront demander des dommages-intérêts, soit sur le terrain de la responsabilité civile contractuelle, si le consommateur s'était en même temps engagé dans une relation contractuelle avec le professionnel auteur de la pratique commerciale trompeuse (i), soit sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle s'il s'agit d'un consommateur non contractant (ii).

Le respect de la déontologie professionnelle ne représente pas un critère décisif dans l'appréciation sur l'existence des pratiques commerciales déloyales en présence d'un document contractuel ou publicitaire mal réfigé ou contenant des informations inexactes. Il suffit que le message soit trompeur en sens objectif pour que l'existence de la pratique déloyale soit établie, en dépit de l'impossibilité d'établir l'existence d'une intention dolosive. Si le prix et les caractéristiques essentielles des produits ou services sont mentionnés, le caractère trompeur du message publicitaire serait apprécié par rapport aux éléments définitoires. La liste noire des pratiques commerciales interdites en toute hypothèse, annexée à la Loi no. 363/2007 sur le combat des pratiques commerciales déloyales a aussi des conséquences sur le régime probatoire de l'action en justice.

Cuvinte-cheie: *practici comerciale neloiale, comportament economic, omisiuni înșelătoare, consumator.*

Mots-clé: *pratiques commerciales déloyales, comportement économique, omissions trompeuses, consommateur.*

Keywords: *unfair commercial practices, economic choice, misleading behaviour, consumer.*

1. Observații introductive

Identificarea practicilor comerciale incorecte continuă să suscite dificultăți pentru practicienii dreptului, context în care abordarea corectă a elementelor constitutive ale practicilor neloiale se poate dovedi decisivă. În practică, cel mai adesea, este vorba despre anunțuri publicitare inexacte sau susceptibile să inducă în eroare consumatorul, continuând cu situațiile în care un produs este descris ca fiind oferit „gratuit” sau „fără costuri”, iar consumatorul trebuie să suporte costuri suplimentare mascate. Însă tipologia practicilor neloiale este una mult mai vastă, inclusiv din perspectiva faptului că, după cum vom observa în paragrafele de mai jos, legiuitorul european și cel național a operat cu prezumții absolute de incorectitudine în cazul anumitor practici comerciale prezumate de legiuitor ca fiind neloiale în orice context contractual.

În termenii art. 4 din Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii¹, o practică comercială este incorectă dacă sunt îndeplinite, în mod cumulativ, următoarele condiții:

(a) este contrară cerințelor diligenței profesionale;

(b) deformează sau este susceptibilă să deformeze în mod esențial comportamentul economic al consumatorului mediu la care ajunge sau căruia i se adresează ori al membrului d consumatori;

(c) practicile comerciale susceptibile să deformeze în mod esențial comportamentul economic al unui „anumit grup vulnerabil de consumatori, clar identificabil, trebuie evaluate din perspectiva membrului mediu al grupului. Grupul de consumatori este cu precădere vulnerabil la respectiva practică sau la produsul la care aceasta se referă, din motive de infirmitate mentală sau fizică, de vârstă sau de credulitate, comportamentul economic al acestuia putând fi în mod rezonabil prevăzut de comerciant. Această prevedere nu aduce atingere practicilor publicitare obișnuite și legitime ce constau în declarații exagerate sau declarații ce nu sunt destinate a fi luate ca atare” (art. 4, alin. 2 din Legea nr. 363/2007).

Ne vom concentra analiza asupra cerinței încălcării diligenței profesionale (i), având în vedere că, în numeroase situații, nu se poate stabili pentru profesionist intenția de a induce în eroare consumatorul, deși elementele obiective ale înșelăciunii sunt întrunite (acțiuni, omisiuni înșelătoare, informații false). Totodată, vom aborda cele mai importante tendințe în practica CJUE a ultimilor trei ani cu privire la sfera personală de aplicare a interdicției privitoare la practicile incorecte, în contextul în care același tip de serviciu poate fi prestat faptic către consumatori atât de organisme publice, cât și de către comercianți sau operatori economici de drept privat (ii).

2. Acțiuni și omisiuni având potențialul de a induce consumatorii în eroare

Practicile comerciale înșelătoare pot fi acțiuni înșelătoare (a) sau omisiuni înșelătoare (b), după cum reține și legiuitorul român în cuprinsul art. 5 din Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor comerciale incorecte. În terminologia art. 6 din lege, o practică comercială este considerată ca fiind *acțiune înșelătoare* dacă aceasta conține informații false sau, în orice situație, inclusiv în prezentarea generală, induce în eroare sau este susceptibilă să inducă în eroare consumatorul mediu, astfel încât, în ambele ipoteze, fie îl determină, fie este susceptibilă a-l determina pe consumator să ia o decizie comercială pe care altfel nu ar fi luat-o².

Prima dificultate cu care se confruntă practicienii dreptului consumatorilor este aceea de a stabili la ce se referă sintagma „*practici ale comercianților în relațiile cu consumatorii*”, fiind util de precizat că astfel de practici includ orice acțiune, omisiune, comportament, demers sau prezentare comercială, inclusiv publicitate sau mesaje publicitare, efectuate de un comerciant, în strânsă legătură cu promovarea, vânzarea sau furnizarea unui produs consumatorilor, după cum rezultă din definiția legală (art. 3 din Legea nr. nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii).

Deformarea substanțială a comportamentului economic al consumatorilor implică utilizarea unui criteriu subiectiv centrat pe consumator pentru identificarea existenței unei practici neloiale. Sintagma legală se referă la folosirea de către profesionist unei practici comerciale cu scopul de a afecta în mod considerabil capacitatea consumatorilor de a lua o decizie în cunoștință de cauză, determinându-i astfel să ia o decizie pe care nu ar fi luat-o. Este vorba despre elementul subiectiv al consimțământului avizat al consumatorului la momentul încheierii contractului, la momentul convenirii unui act adițional, al luării deciziei consumatorului de reînnoire pentru o anumită perioadă a raporturilor contractuale, al efectuării unei plăți în baza unei facturi emise de profesionist etc. Faptul că deformarea comportamentului economic al consumatorului trebuie să fie „substanțială” exclude incidența interdicției și a sancțiunilor legale în cazuri de afectare minoră, nesemnificativă sau modică a intenției de contractare a consumatorului, ca și în cazul reverberațiilor patrimoniale modice generate pentru consumator de respectiva practică.

3. Este respectarea diligenței profesionale un criteriu de departajare?

În literatura de specialitate³ s-a opinat că practicile neloiale sancționate prin dispozițiile Legii nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii reprezintă „fapte comise sau omise săvârșite în mod intenționat și care au un scop calificat și urmărit în mod conștient de către agentul economic, respectiv inducerea în eroare a consumatorului” și, respectiv, că este vorba despre „fapte cu caracter repetitiv, care reprezintă o îndeletnicire utilizată constant de către agentul economic”, întrucât am fi în prezența unor „fapte repetate și intenționate, săvârșite de către agentul economic în scopul de a induce în eroare consumatorii, care constituie practici comerciale incorecte numai atunci când prezintă un grad ridicat de pericolozitate (inclusiv prin raportare la frecvența cu care sunt săvârșite)”. Nu împărtășim opinia citată, având în vedere jurisprudența recentă a CJUE, din care rezultă că o practică comercială înșelătoare față de consumator este neloială și, prin urmare, interzisă, fără a fi necesar să se demonstreze ca aceasta este contrară cerințelor diligenței profesionale.

În opinia noastră, în analiza practicilor comerciale înșelătoare primează criteriul obiectiv, al existenței efective a elementelor de natură să inducă în eroare consumatorii (de exemplu, existența unei declarații de exclusivitate teritorială care, deși făcută în baza unor clauze contractuale, nu era conformă realității faptice). Criteriul obiectiv al prezenței unor informații false primează asupra criteriului subiectiv, al existenței sau inexistenței intenției de a induce în eroare consumatorii, respectiv al neglijenței profesionale grave (încălcarea diligenței profesionale).

În speța care a prilejuit trimiterea unei întrebări preliminare către CJUE⁴, Team4 Travel, o agenție de turism cu sediul în Innsbruck, Austria, specializată în vânzarea de bilete pentru vacanțele de iarnă și cursuri de schi în Austria pentru grupuri școlare britanice, indica în broșura sa în limba engleză pentru sezonul de iarnă 2012 că diferite unități de cazare puteau fi rezervate în anumite perioade exclusiv prin intermediul serviciilor oferite de aceasta.

În realitate, respectivele unități de cazare îi garantaseră societății Team4 Travel, prin contract, o astfel de exclusivitate. În fapt, unitățile de cazare în cauză nu respectau această exclusivitate și acordau anumite cote pentru aceleași date către CHS Tour Services, o agenție de voiaj concurentă, de asemenea cu sediul în Innsbruck, aspect pe care Team4 Travel nu îl cunoștea la momentul distribuirii broșurilor sale, astfel încât nu putea fi vorba despre inducerea în eroare cu intenție a consumatorilor prin mesajul publicitar respectiv.

Agenția de turism concurentă, CHS Tour Services, considerând că declarația de exclusivitate cuprinsă în broșurile Team4 Travel încalcă interdicția practicilor neloiale, a solicitat instanțelor austriece să îi interzică societății Team4 Travel să utilizeze pentru viitor respectiva declarație. Primele doua instanțe au respins această cerere, pentru motivul că nu ar exista o practică neloială în absența intenției de inducere în eroare și că, având în vedere garanțiile de exclusivitate care îi fuseseră acordate contractual de către unitățile de cazare, Team4 Travel ar fi respectat cerințele de diligență profesională. Curtea Supremă a Austriei (Oberster Gerichtshof), împuternicită să judece recursul formulat de CHS Tour Services, observa ca informația privind exclusivitatea conținută în broșurile publicate de Team4 Travel este incorectă și înșelătoare în mod obiectiv, chiar dacă nu poate fi verificat criteriul subiectiv, al nerespectării diligenței profesionale. Îndeplinind toate celelalte criterii prevăzute în mod expres de Directiva 2005/29/CE privind practicile comerciale neloiale, această informație ar constitui, în percepția consumatorului mediu, o practică comercială înșelătoare. Având, însă, în vedere economia generală a 2005/29/CE privind practicile comerciale neloiale, instanța națională s-a întrebat în speță dacă, pentru a califica o practică comercială drept înșelătoare și interzisă, trebuie sau nu să se verifice, pe lângă aceste criterii, dacă respectiva practică este contrară cerințelor diligenței profesionale, situație care nu s-ar regăsi în speță, pentru motivul că Team4 Travel ar fi făcut ceea ce era necesar pentru a garanta contractual exclusivitatea de care s-a prevalat în broșurile sale publicitare.

Din hotărârea CJUE rezultă că, în ipoteza în care aceste caracteristici sunt îndeplinite, practica trebuie considerată înșelătoare și, prin urmare, neloială și interzisă, fără a fi necesar să se verifice dacă practica este contrară cerințelor diligenței profesionale. Prin hotărârea pronunțată în 19 septembrie 2013 în cauza C-435/11, CHS Tour Services GmbH vs. Team4 Travel GmbH, CJUE a apreciat că, în cazul în care o practică comercială îndeplinește toate criteriile enunțate în mod expres în cuprinsul Directivei 2005/29/CE care reglementează practicile înșelătoare față de consumatori, nu este necesară verificarea aspectului dacă o astfel de practică este de asemenea contrară cerințelor diligenței profesionale în sensul aceleiași directive, pentru ca aceasta să poată fi considerată ca fiind neloială. Astfel, potrivit dispoziției relevante din Directiva 2005/29/CE, caracterul înșelător al unei practici comerciale depinde numai de împrejurarea ca aceasta conține informații false sau că, în mod general, poate induce în eroare consumatorul mediu cu privire, printre altele, la natura sau la principalele caracteristici ale unui produs sau ale unui serviciu și că, prin urmare, poate să îl determine pe respectivul consumator să ia o decizie comercială pe care nu ar fi luat-o în absența unei astfel de practici.

4. Poate reprezenta o practică neloidală comunicarea publicitară adresată unui singur consumator?

Prin hotărârea pronunțată în 16 aprilie 2015, în cauza C-388/13 UPC Magyarország privind practici comerciale neloidale⁵, CJUE a furnizat un răspuns afirmativ la această întrebare, instanța confruntându-se cu interpretarea dispozițiilor Directivei 2005/29/CE privind practicile comerciale neloidale ale întreprinderilor de pe piața internă față de consumatori, în speță fiind vorba despre o informație eronată, furnizată de o întreprindere de telecomunicații unui abonat, care a generat costuri suplimentare pentru acesta.

Această cerere a fost formulată în cadrul unui litigiu între Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság (Autoritatea Maghiară pentru Protecția Consumatorilor), pe de o parte, și UPC Magyarország Kft. (denumită în continuare „UPC”), pe de altă parte, în legătură cu o informație eronată pe care UPC a furnizat-o unuia dintre abonații săi și care a făcut ca acesta din urmă să suporte costuri suplimentare. În luna aprilie 2010, un consumator, abonat al UPC furnizor de servicii de televiziune prin cablu, care dorea să înceteze raporturile contractuale cu respectiva societate la expirarea termenului contractual, a solicitat acesteia din urmă să îi indice perioada exactă căreia îi corespundea factura emisă în cursul anului 2010, dat fiind că această factură nu cuprindea o mențiune a acestei perioade.

Întrucât a considerat că i-a fost furnizată o informație eronată, în urma căreia consumatorul trebuia să plătească o sumă suplimentară, dl. Szabó a depus o plângere la Inspectoratul pentru Protecția Consumatorilor din cadrul serviciilor guvernamentale deconcentrate din Budapesta. Printr-o decizie din 11 iulie 2011, această autoritate a obligat UPC la plata unei amenzi pentru practică comercială neloidală față de consumatori, decizie confirmată de Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság, în calitate de autoritate de gradul al doilea. Curtea din Budapesta a reformat însă decizia respectivei autorități naționale și a anulat amenda aplicată, pe motiv că adresându-se unui singur abonat, respectiva informație falsă nu putea reprezenta o practică comercială neloidală.

Sesizată în recurs de către Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság, Curtea Supremă din Ungaria a adresat CJUE două întrebări preliminare cu privire la interpretarea Directivei 2005/29/CE privind practicile comerciale neloidale. Cu acest prilej, CJUE a statuat că dispozițiile Directivei 2005/29/CE privind practicile comerciale neloidale trebuie interpretate în sensul în care comunicarea, de către un comerciant către un consumator, a unei informații eronate precum cea în discuție în litigiul principal trebuie calificată drept „practică comercială înșelătoare”, în pofida faptului că această comunicare nu a privit decât un singur consumator.

De asemenea, Directiva 2005/29 trebuie interpretată în sensul în care, dacă o practică comercială întrunește toate criteriile enunțate în articolul 6, alineatul (1) din această directivă pentru a fi calificată drept practică înșelătoare față de consumator, nu mai este necesară verificarea aspectului dacă o astfel de practică este de asemenea contrară cerințelor diligenței profesionale în sensul articolului 5, alineatul (2) litera (a) din directiva menționată.

5. Cerințele evitării practicilor neloiale față de consumatori se aplică și organismelor publice?

După ce, cu repetate prilejuri, CJUE a optat pentru o abordare flexibilă a condițiilor de existență a practicilor comerciale neloiale, centrată nu atât pe criteriul subiectiv al intenției dolosive în sine, cât pe criteriul obiectiv, al existenței unui mesaj / comunicări / acțiuni / omisiuni susceptibile să genereze pentru consumator o percepție eronată asupra condițiilor de contractare, CJUE a abordat în același spirit și întrebarea privitoare la sfera personală de aplicare a dispozițiilor Directivei 2005/29/CE, fără a exclude aplicarea acestora în cazul organismelor publice în relațiile cu consumatorii de servicii.

Prin hotărârea pronunțată în 3 octombrie 2013, în cauza C-59/12 BKK Mobil Oil Korperschaft des Offentlichen Rechts/ Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV, CJUE a reținut că dispozițiile Directivei 2005/29/CE referitoare la combaterea practicilor comerciale incorecte în relațiile cu consumatorii se aplică inclusiv în cazul unui organism de drept public însărcinat cu o misiune de interes general, precum gestionarea unui sistem obligatoriu de asigurări de sănătate⁶.

După cum rezultă din hotărârea citată, în pofida caracterului său public și a misiunii sale de interes general, un astfel de organism trebuie considerat „comerciant” în sensul Directivei 2005/29/CE, în privința serviciilor prestate consumatorilor, astfel încât i se aplică interdicția practicilor comerciale neloiale. Putem sublinia, prin urmare, că Directiva 2005/29/CE referitoare la combaterea practicilor comerciale incorecte nu exclude în mod expres asemenea organisme din domeniul său de aplicare. De altfel, obiectivul directivei menționate, de a asigura un nivel ridicat de protecție a consumatorilor împotriva practicilor comerciale neloiale, îndeosebi împotriva mesajelor publicitare înșelătoare, presupune ca această protecție să fie asigurată independent de caracterul public sau privat al organismului în cauză, pentru același tip de serviciu (în speță, asigurări de sănătate).

În speță, CJUE a răspuns unei întrebări preliminare formulate de Bundesgerichtshof (Curtea Federală de Justiție, Germania), în contextul unui litigiu între Wettbewerbszentrale, o asociație germană de combatere a concurenței neloiale și BKK, o casă de asigurări de sănătate din sistemul public de asigurări sociale german, constituită sub forma unui organism de drept public. Informația pe care BKK o difuzase pe pagina sa de internet, în anul 2008, potrivit căreia afiliații săi ar risca dezavantaje financiare în cazul trecerii la altă casă de asigurări de sănătate constituia, după cum susținea asociația Wettbewerbszentrale, o practică înșelătoare în sensul Directivei 2005/29/CE.

6. Există dispense probatorii privind întrunirea elementelor, în cazul anumitor practici neloiale?

Transpunând prevederile Directivei 2005/29/CE, legiuitorul român a enunțat în cuprinsul Anexei nr. 1 la Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii, în mod exemplificativ, iar nu exhaustiv, o serie de practici comerciale incorecte în orice situație. Faptul că practicile enumerate în Anexa nr. 1 la lege sunt considerate a fi interzise în orice context generează consecințe directe în plan probatoriu, întrucât pentru fiecare din practicile enumerate de legiuitorul european și, respectiv, de către cel național, nu

mai este necesară verificarea întrunirii elementelor caracteristice ale practicilor neloiale, a căror existență în aceste cazuri este prezumată. Ca atare, vorbim despre dispense de probațiune în ceea ce privește: (i) elementul intențional, (ii) încălcarea diligenței profesionale (ca indicator supletiv), (iii) potențialul de a deforma în mod substanțial comportamentul economic al consumatorului mediu etc.

În celelalte situații, în afara celor enumerate în Anexa nr. 1 la Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii, instanța de judecată se va servi de criteriile enumerate de legiuitor pentru a stabili caracterul neloial al unei practici comerciale. Respectarea diligenței profesionale se poate dovedi un indicator al loialității comerciantului, însă nu este decisivă, astfel cum am observat în paragrafele de mai sus în legătură cu jurisprudența recentă a CJUE, întrucât va prima criteriul obiectiv, al existenței informațiilor false ori al comportamentului de natură a induce în eroare consumatorii. Atunci când se ia în calcul diligența profesională, este util de precizat că aceasta se referă la competența și grija așteptate, în mod rezonabil, de un consumator din partea comercianților, în conformitate cu practicile corecte de piață și cu principiul general al bunei-credințe, în domeniul de activitate al acestora [conform definiției din art. 3, lit. h) din Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii⁷].

În jurisprudența recentă a CJUE s-a pus problema dacă o comunicare comercială adresată exclusiv altor profesioniști și care conținea informații eronate, susceptibilă să inducă destinatarul în eroare, ar putea fi calificată drept practică incorectă în termenii Directivei 2005/29/CE, în contextul în care destinatarul imediat nu este consumatorul final. Prin hotărârea pronunțată în 14 iulie 2016, în cauza C 19/15 Verband Sozialer Wettbewerb eV vs. Innova Vital GmbH⁸, CJUE a apreciat că este vorba despre o practică incorectă, cât timp respectiva comunicare comercială adresată altor profesioniști din domeniul sănătății nu urma să facă obiectul unor corecturi ori alterări din partea profesioniștilor destinatari, ci ar fi sfârșit prin a fi livrată consumatorilor finali ca atare, fără alte mențiuni. În speță, a fost vorba despre mențiuni nutriționale înscrise pe produsele alimentare, fiind incidente și dispozițiile Regulamentului (CE) nr. 1924/2006.

7. Practici comerciale înșelătoare raportate la elementele de preț

Având o frecvență notorie în practică, practicile comerciale incorecte relative la elementele de preț au reținut atenția CJUE în jurisprudența recentă, instanța europeană apreciind în hotărârea pronunțată în 7 iulie 2016 în cauza C-476/14, că revine distribuitorilor de automobile, în raporturile cu consumatorii, obligația de a include în prețul de vânzare a unui autovehicul costurile suplimentare obligatorii legate de transportul respectivului autovehicul⁹.

În cauza C-476/14 Citroën Commerce GmbH împotriva Zentralvereinigung des Kraftfahrzeuggewerbes zur Aufrechterhaltung lauterer Wettbewerbs eV (ZLW), o asociație pentru apărarea concurenței loiale în sectorul automobilelor a formulat o plângere într-o instanță germană, în legătură cu un anunț publicitar pentru autovehiculele oferite spre vânzare, emis de Citroën Commerce¹⁰, în contextul în care în textul publicitar, prețul total, pe care clientul trebuia să îl plătească pentru achiziționarea unui astfel de autovehicul, nu includea și cheltuielile aferente transportului autovehiculului de la producător la vânzător.

Pornind de la percepția legitimă a consumatorului, care înțelegea în mod eronat din respectivul anunț publicitar că prețul total al autovehiculului este cel indicat ca atare, fără a anticipa că ulterior urma să se adauge un cost suplimentar de transport de la producător la distribuitor, CJUE a reținut că o astfel de practică comercială este vizibil incorectă. Astfel a fost considerată a fi nelioială maniera în care distribuitorul de autoturisme a înțeles să-și promoveze produsele prin indicarea unui „preț total” care, în realitate, nu includea *toate* elementele de preț (în speță, costurile suplimentare de transport).

Se cuvine subliniat, totodată, că o practică comercială este considerată ca fiind omisiune înșelătoare și atunci când un comerciant ascunde față de consumator sau oferă într-un mod neclar, neinteligibil, ambiguu ori în contratimp o informație esențială, de natură a influența decisiv intenția consumatorului de acceptare a ofertei (art. 7, alin. 2 din Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii).

Următoarele informații sunt considerate esențiale, după cum menționează legiuitorul în cuprinsul art. 7, alin. (3) din Legea nr. 363/2007: (a) caracteristicile principale ale produsului sau serviciului; (b) datele de identificare ale comerciantului și, în cazul în care acționează ca intermediar al altui comerciant, datele de identificare ale acestuia din urmă; (c) prețul cu toate taxele incluse, respectiv dacă prețul nu poate fi în mod rezonabil calculat în avans, ținând cont de natura produsului, modalitatea de calcul al acestuia; de asemenea, toate costurile adiționale pentru transport, livrare sau taxele poștale; (d) modalitățile de plată, livrare, executare și soluționare a reclamațiilor; (e) pentru produsele și serviciile ce implică un drept potestativ de renunțare stabilit prin dispoziții legale, menționarea existenței acestui drept și a modalității concrete de exercitare (durată, destinația la care consumatorul poate returna produsul în intervalul legal etc.).

Este important de reținut că, în cazul acuzațiilor de inexactitate, sarcina probei incumbă comercianților, care trebuie să furnizeze dovezi privind corectitudinea afirmațiilor în legătură cu practica comercială întreprinsă și care sunt obligați, la solicitarea ANPC sau a instanțelor judecătorești, să le pună acestora la dispoziție documente care să probeze cele afirmate în mesaje publicitare incriminate. În cazul în care documentele nu sunt furnizate în termenul stabilit de autoritățile competente sau dacă probele furnizate de profesionist sunt considerate insuficiente, afirmațiile în cauză vor fi calificate juridic drept inexacte, iar fapta săvârșită va reprezenta o practică nelioială, după cum rezultă din cuprinsul art. 11 din Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii).

8. Deformarea comportamentului economic al consumatorilor prin intermediul afirmațiilor dolosive

Pot fi menționate ca reprezentând practici comerciale (invariabil) înșelătoare, în cazul cărora operează dispensa verificării celorlalte condiții (deformare substanțială a comportamentului economic al consumatorului, încălcarea diligenței profesionale etc.), următoarele comportamente: (a) afirmarea de către comerciant că este semnatar al unui cod de conduită, în cazul în care nu este¹¹; (b) afișarea unui certificat, a unei mărci de calitate sau a unui echivalent fără a fi obținut autorizația necesară; (c) afirmarea că un cod de conduită a primit aprobarea unui organism public sau a unui alt organism, în cazul în care aceasta nu a fost primită; (d) afirmația falsă că un comerciant, inclusiv practicile sale comerciale, sau că un produs a fost agreat, aprobat

ori autorizat de un organism public sau privat. De asemenea, pot fi încadrate în rândul practicilor absolut dolosive, situații precum: (1) lansarea unei invitații de a cumpăra produse la un anumit preț, în cazul în care comerciantul ar putea anticipa în mod rezonabil că nu va putea să furnizeze, el însuși sau prin intermediul altui comerciant, respectivele produse la același preț, pentru perioada anunțată; (2) lansarea unei oferte de vânzare menționând un anumit preț, pentru ca ulterior, comerciantul să recurgă la fapte precum refuzul prezentării produsului care a făcut obiectul publicității, refuzul preluării comenzii privind respectivul produs sau al livrării în cadrul unui termen rezonabil¹².

Totodată, caracterul neloial raportat la așteptările legitime ale consumatorilor poate fi reținut în cazul unor practici precum: (a) afirmarea falsă că un produs nu va fi disponibil decât pentru o perioadă foarte limitată de timp sau că nu va fi disponibil decât în anumite condiții, pentru o perioadă foarte limitată, în scopul obținerii unei decizii imediate și al lipirii consumatorilor de un interval de timp suficient pentru a putea face o alegere în cunoștință de cauză¹³; (b) prezentarea drepturilor oferite consumatorilor prin lege ca o caracteristică distinctă a ofertei comerciantului¹⁴ (de exemplu, invocarea ca atu comercial în cuprinsul ofertei a faptului că, potrivit dispozițiilor legale incidente, consumatorul beneficiază de un interval de 14 zile pentru returnarea produselor achiziționate *online*); (c) utilizarea unui context editorial în *mass-media*, în vederea promovării unui produs contra cost, fără a menționa expres caracterul publicitar al prezentării¹⁵ (crearea falsei impresii a consumatorului că lecturează ori vizionează / audiază o abordare științifică, iar nu publicitară).

9. Practici comerciale agresive

Una dintre multiplele delimitări necesare este cea între practicile comerciale dolosive (i) și cele agresive (ii). O practică comercială este considerată *agresivă* dacă, ținând cont de toate circumstanțele, limitează sau este susceptibilă să limiteze în mod semnificativ libertatea de alegere sau comportamentul consumatorului mediu cu privire la decizia de contractare, prin hărțuire, constrângere, inclusiv prin utilizarea forței fizice sau prin influența nejustificată exercitată de profesionist și, prin urmare, determină sau este susceptibilă să determine consumatorul să ia o decizie de contractare pe care altfel nu ar fi luat-o, în termenii art. 8 din Legea 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii.

De remarcat că, în practică, poate fi vorba despre un caz de *influență nejustificată*, ceea ce implică pentru profesionist „folosirea unei poziții de forță față de consumator, de manieră să exercite presiune asupra acestuia, chiar fără a recurge sau a amenința cu recurgerea la forță fizică, într-un mod care limitează semnificativ capacitatea consumatorului de a lua o decizie în cunoștință de cauză” [art. 3, lit. j) din Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii].

Pentru a determina dacă o practică comercială recurge la hărțuire, constrângere, inclusiv la forță fizică sau la influența nejustificată, se iau în considerare următoarele elemente, enumerate de legiuitor în cuprinsul art. 9 din Legea nr. 363/2007: (a) momentul, locul desfășurării, natura și / sau durata constrângerii; (b) recurgerea la amenințare, la un limbaj sau la un comportament abuziv; (c) exploatarea de către comerciant a unei situații nefericite sau a unei circumstanțe speciale, de o asemenea gravitate încât afectează raționamentul consumatorului mediu și de care comerciantul este conștient, în scopul influențării deciziei consumatorului cu

privire la respectivul produs; (d) orice obstacol oneros sau disproportionat, neprevăzut în contract, impus de comerciant, atunci când consumatorul dorește să își exercite drepturile contractuale, inclusiv dreptul de a înceta contractul sau de a schimba produsul ori de a se adresa unui alt comerciant (de exemplu, refuzul de a consemna opțiunea consumatorului de a se prevala de împlinirea termenului extinctiv pentru un contract de furnizare de servicii pe bază de abonament în respectivul punct de lucru al comerciantului, sub pretextul că încheierea contractului a avut loc într-unul din celelalte sedii ale aceluși comerciant); (e) orice amenințare cu luarea de măsuri penalizatoare, în situația în care acestea nu pot fi luate în mod legal împotriva consumatorului.

O practică comercială agresivă este considerată și aceea constând în refuzul unui comerciant *online* de a lua act de exercitarea dreptului consumatorului de retractare și returnare a produsului în termen de 14 zile, sub pretextul că ar fi posibilă doar varianta înlocuirii produsului cu un altul similar dintr-o anumită gamă (de exemplu, situația în care comerciantul *online* impune consumatorului să accepte schimbarea produsului cu o altă mărime, culoare etc., în locul rambursării prețului).

În ceea ce privește sancțiunile aplicabile, instanța de judecată, ca urmare a constatării existenței unei practici comerciale dolosive sau agresive, poate dispune, ca sancțiune principală: (a) încetarea practicilor comerciale incorecte; (b) interzicerea practicilor comerciale incorecte, dacă acestea nu au fost încă puse în practică; respectiv, ca sancțiuni complementare, (i) publicarea deciziei, integral sau parțial, în forma pe care o consideră adecvată; (ii) publicarea unui comunicat rectificator, pe cheltuiala comerciantului, cu menționarea sediului și a celorlalte date de identificare ale comerciantului, practica incorectă săvârșită, data la care a fost săvârșită, precum și măsurile sancționatorii dispuse; (iii) suspendarea activității profesionistului până la încetarea practicii comerciale incorecte.

În practică, alte cazuri de comportament comercial agresiv constau în solicitarea persistentă și nedorită a acceptării ofertei, prin intermediul telefonului, faxului, e-mailului sau al altor mijloace de comunicare la distanță adresate consumatorului, cu excepția situațiilor legitime și al măsurilor justificate, conform legislației incidente. Dispozițiile legale vizate se referă la cazurile de hărțuire comercială prin mesaje de tip *spam*, atunci când consumatorul a refuzat explicit astfel de comunicări, respectiv solicitarea persistentă și nedorită, prin intermediul telefonului, faxului, *e-mail* a răspunsului consumatorului cu privire la oferta de vânzare adresată acestuia.

10. Concluzii

În raporturile cu consumatorii, putem concluziona că o practică comercială este incorectă dacă sunt îndeplinite, în mod cumulativ, următoarele condiții: (a) este contrară cerințelor diligenței profesionale; (b) deformează sau este susceptibilă să deformeze în mod esențial comportamentul economic al consumatorului mediu la care ajunge sau căruia i se adresează ori al membrului mediu al unui grup, atunci când o practică comercială este adresată unui anumit grup de consumatori; (c) practicile comerciale susceptibile să deformeze în mod esențial comportamentul economic al unui „anumit grup vulnerabil de consumatori, clar identificabil, trebuie evaluate din perspectiva membrului mediu al grupului.

În situațiile enumerate în Anexa nr. 1 la Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii, legiuitorul a prezumat caracterul neloyal independent de contextul comercial concret, dată fiind prezența elementelor obiective cu caracter dolosiv sau agresiv, raportat la opțiunea consumatorului de a contracta. În aceste cazuri, pentru fiecare din practicile enumerate de legiuitorul european și, respectiv, de către cel național, nu mai este necesară verificarea întrunirii elementelor caracteristice ale practicilor neloyale, a căror existență în aceste cazuri este prezumată. În celelalte cazuri, instanța de judecată se va servi de criteriile enumerate de legiuitor pentru a stabili caracterul neloyal al unei practici comerciale.

Respectarea diligenței profesionale se poate dovedi un indicator al loialității comerciantului, însă nu este decisivă, astfel cum am observat în paragrafele de mai sus în legătură cu jurisprudența recentă a CJUE, întrucât va prima criteriul obiectiv, al existenței informațiilor false ori al comportamentului de natură a induce în eroare consumatorii. Atunci când se ia în calcul diligența profesională, este util de precizat că aceasta se referă la competența și grija așteptate, în mod rezonabil, de un consumator din partea comercianților, în conformitate cu practicile corecte de piață și cu principiul general al bunei-credințe.

În analiza practicilor comerciale înșelătoare primează criteriul obiectiv, al existenței efective a elementelor de natură să inducă în eroare consumatorii (de exemplu, existența unei declarații de exclusivitate teritorială care, deși făcută în baza unor clauze contractuale, nu era conformă realității faptice). Criteriul obiectiv al prezenței unor informații false prevalează asupra criteriului subiectiv, al existenței sau inexistenței intenției de a induce în eroare consumatorii, respectiv al neglijenței profesionale grave (încălcarea diligenței profesionale).

Putem sublinia, totodată, că Directiva 2005/29/CE referitoare la combaterea practicilor comerciale incorecte nu exclude în mod expres organismele publice prestatoare de servicii din domeniul său de aplicare. De altfel, obiectivul directivei menționate, de a asigura un nivel ridicat de protecție a consumatorilor împotriva practicilor comerciale neloyale, îndeosebi împotriva mesajelor publicitare înșelătoare, presupune ca această protecție să fie asigurată independent de caracterul public sau privat al organismului în cauză, pentru același tip de serviciu.

În fine, se cuvine menționat că, în cazul acuzațiilor de inexactitate, sarcina probei incumbă comercianților, care trebuie să furnizeze dovezi privind corectitudinea afirmațiilor în legătură cu practica comercială întreprinsă și care sunt obligați, la solicitarea ANPC sau a instanțelor judecătorești, să le pună acestora la dispoziție documente care să probeze cele afirmate în mesajele publicitare incriminate. În cazul în care documentele nu sunt furnizate în termenul stabilit de autoritățile competente sau dacă probele furnizate de profesionist sunt considerate insuficiente, afirmațiile în cauză vor fi calificate juridic drept inexacte, iar fapta săvârșită va reprezenta o practică neloyală.

* Lect.univ.dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Babeș-Bolyai” Cluj-Napoca, jgoicovici@yahoo.com.

- ¹ Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor a fost publicată în M.Of. nr. 899 din 28 decembrie 2007 și reprezintă instrumentul normativ de transpunere în dreptul intern a prevederilor Directivei 2005/29/CE. Legea nr. 363/2007 a fost modificată prin Legea nr. 130/2010 pentru modificarea art. 15 alin. (1) și (2) din Legea nr. 363/2007 (M.Of. nr. 453 din 2 iulie 2010), Legea nr. 33/2015 pentru modificarea Legii nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte ale comercianților în relația cu consumatorii și armonizarea reglementărilor cu legislația europeană privind protecția consumatorilor, precum și pentru completarea art. 32 alin. (1) din O.U.G. nr. 97/2001 privind reglementarea producției, circulației și comercializării alimentelor (M.Of. nr. 170 din 11 martie 2015) și prin Legea nr. 33/2015, respectiv prin O.G. nr. 37/2015 pentru modificarea unor acte normative din domeniul protecției consumatorilor (M.Of. nr. 654 din 28 august 2015).
- ² A se consulta, cu privire la caracteristicile practicilor comerciale incorecte, J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 2015, p. 185-208 ; Y. Picod, *Droit de la consommation*, Ed. Sirey, Paris, 2015, p. 139-156; S. Piedelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, Paris, 2014, p. 118 și urm; G. Raymond, *Droit de la consommation*, Litec, Paris, 2015, p. 96 și urm, J. Julien, *Droit de la consommation*, L.G.D.J., Paris, 2015, p. 211 și urm.; E. Terry, D. Voinot (coord.), *Droit européen des pratiques commerciales déloyales*, Ed. Larcier, Bruxelles, 2012, îndeosebi p. 34-89 și 115-123; N. Thirion (coord.), *Actualités en matière de pratiques du marché et protection du consommateur*, Ed. Anthemis, Bruxelles, 2011, p. 154-167.
- ³ A se vedea, în acest sens, S. Horneț, “Observații cu privire la trăsăturile caracteristice ale practicilor comerciale incorecte și domeniul de aplicare al Legii nr. 363/2007”, publicat online, la data de 3 mai 2012, la adresa www.juridice.ro/199011/observatii-cu-privire-la-trasaturile-caracteristice-ale-practicilor-comerciale-incorecte-si-domeniul-de-aplicare-al-legii-nr-363-2007.html, adresă consultată în data de 30.08.2016.
- ⁴ Textul integral al hotărârii CJUE poate fi consultat la adresa www.curia.europa.eu-juris-liste.jsf?&num=C-435/11.
- ⁵ Textul integral al hotărârii CJUE poate fi consultat la adresa www.curia.europa.eu-juris-liste.jsf?&num=C-388/13.
- ⁶ Textul integral al hotărârii CJUE poate fi consultat la adresa www.curia.europa.eu-juris-liste.jsf?&num=C-59-12.
- ⁷ Din cuprinsul art. 6 din Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii rezultă că existența caracterului neloyal al unei practici comerciale se apreciază raportat la unul sau mai multe dintre următoarele elemente: (a) existența sau natura produsului; (b) principalele caracteristici ale produsului, cum ar fi: disponibilitatea, avantajele, riscurile, fabricarea, compoziția, accesoriile, asistența acordată după vânzare și instrumentarea reclamațiilor, modul și data fabricației sau prestării, livrarea, capacitatea de a corespunde scopului, utilizarea, cantitatea, specificațiile, originea geografică sau comercială, rezultatele care se pot obține din utilizarea sa, rezultatele și caracteristicile esențiale ale testelor sau controalelor efectuate asupra produsului; (c) perioada pentru care comerciantul se angajează, motivele utilizării practicii comerciale și natura desfășurării vânzării, precum și toate declarațiile sau toate simbolurile care ar induce o legătură între produs sau comerciant și o sponsorizare sau o aprobare, direct ori indirect; (d) prețul sau modul de calcul al prețului ori existența unui avantaj specific al prețului; (e) necesitatea service-ului, a unei piese separate, a înlocuirii sau a reparării; (f) natura, competențele și drepturile comerciantului sau ale reprezentantului său, cum ar fi: identitatea și patrimoniul, calificările sale, statutul, autorizarea, afilierea sau legăturile sale, drepturile de proprietate industrială, de autor sau comercială ori recompense și distincții primite; (g) drepturile consumatorului, inclusiv dreptul de a beneficia de reparare, de înlocuire sau de restituire a contravalorii ca urmare a rezoluțiunii contractului, astfel cum sunt prevăzute de Legea nr. 449/2003 privind vânzarea produselor și garanțiile asociate acestora, sau riscurile pe care consumatorul le poate întâmpina.

- ⁸ În esență, CJUE a reținut prin hotărârea pronunțată în 14 iulie 2016, în cauza C 19/15 că dispozițiile art. 1, alin. (2) din Regulamentul (CE) nr. 1924/2006 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 decembrie 2006 privind mențiunile nutriționale și de sănătate înscrise pe produsele alimentare, astfel cum a fost modificat prin Regulamentul (UE) nr. 1047/2012 al Comisiei Europene din 8 noiembrie 2012, trebuie interpretate în sensul că intră în domeniul de aplicare al acestui regulament mențiunile nutriționale sau de sănătate formulate într-o comunicare comercială cu privire la un produs alimentar care urmează să fie livrat ca atare consumatorului final, în cazul în care comunicarea respectivă este adresată nu consumatorului final, ci exclusiv unor profesioniști din domeniul sănătății. Textul integral al hotărârii CJUE poate fi consultat la adresa www.curia.europa.eu-juris-liste.jsf?&num=C-19-15.
- ⁹ Textul integral al hotărârii CJUE poate fi consultat la adresa www.curia.europa.eu-juris-liste.jsf?&num=C-476-14.
- ¹⁰ În speță, Citroën Commerce a comandat publicarea, în ediția din 30 martie 2011 a ziarului Nürnberger Nachrichten, a unui anunț publicitar referitor la un autovehicul marca Citroën care conținea următoarele mențiuni: „de exemplu, Citroën C4 VTI 120 Exclusive: 21 800 [euro]1” și „reducere de preț maximă: 6 170 [de euro]1”. Exponentul „1” făcea trimitere la următoarele indicații situate în partea de jos a acestui anunț: „preț la care se adaugă 790 [de euro] cheltuieli de transport. Ofertă destinată persoanelor fizice, valabilă pentru toate tipurile de Citroën C4 [...] comandate până la 10 aprilie 2011 [...]”. Prețul total, care includea aceste cheltuieli aferente transportului vehiculului de la producător la vânzător („Überführungskosten”) și pe care clientul trebuia să îl plătească pentru achiziționarea unui astfel de autovehicul, nu era indicat în respectivul anunț publicitar.
- ¹¹ O astfel de practică este încadrată de legiuitor în rândul practicilor comerciale înșelătoare în orice circumstanță, conform pct. 1 din Anexa la Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii.
- ¹² De exemplu, preluarea de comenzi pentru produse vestimentare care urmează să fie importate din afara spațiului U.E., ascunzând consumatorului în momentul încheierii contractului *online* faptul că produsele nu se află pe stoc și că formalitățile vamale, respectiv durata previzibilă a transportului ar putea altera grav durata medie de livrare (termenul real, ignorat de consumator, fiind de până la 40 zile).
- ¹³ Conform pct. 7 din Anexa la Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii.
- ¹⁴ Conform pct. 10 din Anexa la Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii.
- ¹⁵ A se vedea pct. 11 din Anexa la Legea nr. 363/2007 privind combaterea practicilor incorecte în relația cu consumatorii.