Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
HENRIKA SAUGMANDSGAARDA ØEA
od 29. lipnja 2017.[1]

Predmet C-295/16

Europamur Alimentación SA
protiv
Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 4 de Murcia (Provincijski upravni sud br. 4 u Murciji, Španjolska))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Zaštita potrošača – Direktiva 2005/29/EZ – Nepoštena poslovna praksa poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču – Prodaja trgovaca na veliko trgovcima na malo – Nadležnost Suda – Nacionalno zakonodavstvo kojim se općenito zabranjuje prodaja uz gubitak – Iznimke koje se temelje na kriterijima koji nisu predviđeni Direktivom 2005/29/EZ”

I. Uvod

1. Zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº4 de Murcia (Provincijski upravni sud br. 4 u Murciji, Španjolska) odnosi se na tumačenje Direktive 2005/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. svibnja 2005. o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutarnjem tržištu i o izmjeni Direktive Vijeća 84/450/EEZ, direktiva 97/7/EZ, 98/27/EZ i 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, kao i Uredbe (EZ) br. 2006/2004 Europskog parlamenta i Vijeća („Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi”)[2].

2. Taj je zahtjev podnesen u okviru spora o upravnoj kazni izrečenoj trgovcu koji se bavi trgovinom na veliko zbog povrede zabrane prodaje uz gubitak koja je predviđena, osim u dva posebna slučaja, španjolskim zakonodavstvom o trgovini na malo.

3. Budući da se poslovna praksa koja je predmet spora ne odnosi izravno na potrošače, nego na trgovca na veliko i trgovce na malo, i da stoga nije obuhvaćena područjem primjene Direktive 2005/29, valjalo bi preciznije ispitati može li Sud ipak odlučivati o prethodnim pitanjima.

4. Ako se Sud proglasi nadležnim, kao što predlažem, smatram da odgovor na postavljena pitanja jasno proizlazi iz njegove sudske prakse prema kojoj se Direktivi 2005/29 protive propisi država članica kojima se općenito zabranjuje nepoštena poslovna praksa, kao što je prodaja uz gubitak, čak i ako se tim propisima predviđaju iznimke, u dijelu u kojem se tim iznimkama ne poštuju uvjeti zabrane određeni u navedenoj direktivi.

1 Izvorni jezik: francuski

2 SL 2005., L 149, str. 22. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 15., svezak 8., str. 101.)

II. Pravni okvir

A. Pravo Unije

5. U skladu s uvodnim izjavama 6., 8. i 17. Direktive 2005/29:

„(6) Ovom se Direktivom […] usklađuju zakoni država članica u području nepoštene poslovne prakse, uključujući nepošteno oglašavanje, koja izravno nanosi štetu gospodarskim interesima potrošača i na taj način neizravno šteti gospodarskim interesima legitimnih konkurenata. […] Direktiva ne obuhvaća niti utječe na nacionalne zakone u području nepoštene poslovne prakse koja nanosi štetu jedino interesima konkurenata na tržištu ili se odnosi na poslove između trgovaca; vodeći u potpunosti računa o načelu supsidijarnosti, države članice će, ako tako odluče, i nadalje moći uređivati takvu praksu u skladu s pravom Zajednice. […]

[…]

(8) Ova Direktiva izravno štiti gospodarske interese potrošača od nepoštene poslovne prakse poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču. Pri tome, ona također neizravno štiti legitimne poslovne subjekte od njihovih konkurenata na tržištu koji se ne ponašaju u skladu s pravilima ove Direktive te na taj način jamči pošteno tržišno natjecanje u područjima koja uređuje. […]

[…]

(17) Kako bi se osigurala veća pravna sigurnost, poželjno je utvrditi poslovnu praksu koja se u svim okolnostima smatra nepoštenom. Prilog I. stoga sadrži cjelovit popis postupaka koji predstavljaju takvu praksu. To su jedina poslovna postupanja koja se mogu smatrati nepoštenima a da se ne poduzima ocjenjivanje svakog pojedinog slučaja s obzirom na odredbe članaka 5. do 9. Popis se može izmijeniti jedino revizijom ove Direktive”.

6. U skladu s njezinim člankom 1., svrha je te direktive „da doprinese urednom funkcioniranju unutarnjeg tržišta i postigne visok stupanj zaštite potrošača putem usklađivanja zakona i drugih propisa država članica o nepoštenoj poslovnoj praksi koja šteti gospodarskim interesima potrošača”.

7. Člankom 2. točkom (d) Direktive 2005/29 „poslovna praksa poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču” određuje se, u smislu te direktive, kao „svaka radnja, izostavljanje, tijek postupanja ili zastupanja, tržišno komuniciranje uključujući oglašavanje i stavljanje proizvoda na tržište koje izvrši trgovac, a u izravnoj je vezi s promocijom, prodajom ili dobavljanjem proizvoda potrošačima”.

8. Člankom 3. stavkom 1. navedene direktive predviđa se da ona „primjenjuje na nepoštenu poslovnu praksu poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču, kako je utvrđena u članku 5., prije, tijekom i nakon trgovačkog posla u vezi s proizvodom”.

9. Člankom 4., naslovljenim „Unutarnje tržište”, zahtijeva se da „[d]ržave članice ne ograničavaju slobodu pružanja usluga ni slobodno kretanje robe zbog razloga u okviru područja koje se usklađuje ovom Direktivom”.

10. Članak 5. Direktive 2005/29, naslovljen „Zabrana nepoštene poslovne prakse”, glasi kako slijedi:

„1. Nepoštena poslovna praksa se zabranjuje.

2. Poslovna praksa je nepoštena:

(a) ako je u suprotnosti sa zahtjevima u pogledu profesionalne pažnje;

i

(b) ako bitno narušava ili je vjerojatno da će bitno narušiti gospodarsko ponašanje prosječnog potrošača do kojeg dopire odnosno kojem je namijenjena, u odnosu na proizvod, odnosno gospodarsko ponašanje prosječnog člana skupine ako je poslovna praksa usmjerena određenoj skupini potrošača.

[…]

4. Nepoštenom poslovnom praksom smatra se posebno:

(a) zavaravajuća poslovna praksa kako je određena u člancima 6. i 7.;

ili

(b) agresivna poslovna praksa kako je određena u člancima 8. i 9.

5. Prilog I. sadržava popis postupaka koji predstavljaju takvu praksu, a koji se u svim okolnostima smatraju nepoštenima. Isti jedinstven popis primjenjuje se u svim državama članicama i može se izmijeniti jedino revizijom ove Direktive."

B. Španjolsko pravo

1. Zakonodavstvo o trgovini na malo

11. U skladu s obrazloženjem Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista (Zakon 7/1996 o trgovini na malo), od 15. siječnja 1996.[3] (u daljnjem tekstu: LOCM), cilj toga zakona je, među ostalim, „ispraviti neravnotežu među trgovačkim poduzetnicima na veliko i malo i, osobito, osigurati pošteno i slobodno tržišno natjecanje. Suvišno je ponavljati da se najneposredniji i najkonkretniji učinci poštenog i slobodnog tržišnog natjecanja iskazuju stalnim poboljšanjem cijena i kvalitete i drugih obilježja ponude i usluge pružene javnosti, što u konačnici predstavlja najučinkovitije djelovanje u korist potrošača."

12. Člankom 14. LOCM-a, naslovljenim „Zabrana prodaje uz gubitak", stavcima 1. i 2. predviđa se:

„1. Ne dovodeći u pitanje odredbe prethodnog članka, [u kojem se utvrđuje načelo slobode određivanja cijena,] zabranjuje se ponuda prodaje ili prodaja uz gubitak, osim u posebnim slučajevima iz glave II. poglavlja IV. [o rasprodaji] i V. [o likvidacijskoj prodaji] ovog zakona, osim ako prodavač želi uskladiti svoje cijene s cijenama jednog ili više konkurenata koje mogu nanijeti znatnu štetu obujmu njegove prodaje ili je riječ o pokvarljivoj robi blizu isteka roka uporabe.

U svakom slučaju, primjenjuju se odredbe zakona o nepoštenom tržišnom natjecanju.

2. U svrhu prethodnog stavka, prodajom uz gubitak smatra se prodaja u kojoj je prodajna cijena proizvoda niža od njegove kupovne cijene navedene na računu, nakon razmjernog oduzimanja sniženja navedenih na računu, ili od zamjenske cijene, ako je ona niža od prve cijene, ili od stvarnih troškova proizvodnje, ako je sam trgovac proizveo artikl, uvećanih za iznos neizravnog poreza na transakciju."

3 BOE br. 15, od 17. siječnja 1996., str. 1243.

13. Ta se zabrana prodaje uz gubitak primjenjuje i „na subjekte, bez obzira na njihovu pravnu prirodu, koji se bave trgovinom na veliko”, na temelju šeste dodatne odredbe LOCM-a koja je 1999. unesena u taj zakon [4].

14. Autonomna zajednica pokrajine Murcije provela je LOCM regionalnim zakonom donesenim 2006. [5]. Člankom 54. tog zakona predviđa se kažnjavanje teških povreda novčanom kaznom u iznosu od 3 001 do 15 000 eura. Kako bi se utvrdilo postojanje „teške povrede”, u navedenom se zakonu upućuje na LOCM, u čijem se članku 65. stavku 1. točki (c) kvalificira prodaja uz gubitak. Čimbenici koje treba uzeti u obzir za izračun iznosa kazne navedeni su u članku 55. tog regionalnog zakona, u kojem se osobito spominje težina štete „nanesene interesima potrošača”.

2. Zakonodavstvo o nepoštenom tržišnom natjecanju

15. U skladu s preambulom Ley 3/1991 de Competencia Desleal (Zakon 3/1991, o nepoštenom tržišnom natjecanju), od 10. siječnja 1991. [6] (u daljnjem tekstu: LCD):

„[Ovim] se zakonom odgovara na potrebu za prilagođavanjem sustava tržišnog natjecanja vrijednostima na kojima se temelji naš gospodarski ustroj. U skladu sa španjolskim Ustavom iz 1978., naš se gospodarski sustav temelji na načelu slobode poduzetništva i, slijedom toga, na institucionalnoj razini, na načelu slobode tržišnog natjecanja. Iz toga proizlazi obveza redovnog zakonodavca da uspostavi mehanizme potrebne za sprječavanje mogućnosti narušavanja tog načela nepoštenim praksama koje mogu, po potrebi, poremetiti konkurentno funkcioniranje tržišta.

Taj je ustavni zahtjev nadopunjen i potvrđen zahtjevom koji proizlazi iz načela zaštite potrošača, kao najslabijih karika u tipičnim tržišnim odnosima, načela navedenog u članku 51. Ustava.

Taj je novi vid problema, koji općenito dosad nije bio poznat u španjolskoj pravnoj tradiciji u području nepoštenog tržišnog natjecanja, stvorio dodatni, iznimno važan poticaj donošenju novih zakona.”

16. U članku 17. LCD-a, naslovljenom „Prodaja uz gubitak”, navodi se:

„1. Ako zakonskim odredbama ili propisima nije utvrđeno drugačije, određivanje cijena je slobodno.

2. Međutim, prodaja uz gubitak ili prodaja po cijeni nižoj od kupovne smatra se nepoštenom u sljedećim slučajevima:

(a) Kada potrošača može dovesti u zabludu u pogledu cijena drugih proizvoda ili usluga iste poslovne jedinice.

(b) Kada narušava ugled drugog proizvoda ili poslovne jedinice.

(c) Kada je dio strategije čiji je cilj uklanjanje jednog ili više konkurenata s tržišta”.

4 Odredba dodana u LOCM člankom 56. stavkom 1. točkom 8. Ley 55/1999 de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (Zakon 55/1999 o uvođenju poreznih, upravnih i socijalnih mjera), od 29. prosinca 1999. (BOE br. 312, od 30. prosinca 1999., str. 46095.), u daljnjem tekstu: Zakon 55/1999.

5 Ley 11/2006 Sobre régimen del comercio minorista de la región de Murcia (Zakon 11/2006 o uređenju trgovine na malo u pokrajini Murciji), od 22. prosinca 2006. (BORM br. 2, od 3. siječnja 2007., str. 141.), u daljnjem tekstu: Regionalni zakon 11/2006.

6 BOE br. 10, od 11. siječnja 1991., str. 959.

3. Zakon 29/2009

17. Direktiva 2005/29 prenesena je u španjolsko pravo zakonom Ley 29/2009 por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (Zakon 29/2009 o izmjeni pravnog sustava nepoštenog tržišnog natjecanja i oglašavanja radi jačanja zaštite potrošača i korisnika), od 30. prosinca 2009.[7] (u daljnjem tekstu: Zakon 29/2009).

18. Tim su zakonom izmijenjeni, među ostalim instrumentima, LOCM i LCD. Gore navedene odredbe potonjih zakona[8] ostaju neizmijenjene.

19. Sud koji je uputio zahtjev ističe da je Zakonom 29/2009 članku 18. LOCM-a dodan treći stavak u skladu s kojim se promicanje prodaje „smatra nepoštenim kada su ispunjeni uvjeti iz članka 5. [LCD-a]"[9].

20. Također ističe da se Zakonom 29/2009 izmijenio članak 4. LCD-a na način da se u LCD-u navode kriteriji prema kojima se poslovna praksa može kvalificirati kao „nepoštena", kako su definirani u članku 5. Direktive 2005/29. Dodaje da se u novom tekstu članaka 5. i 7. LCD-a ponavlja tekst, redom, članka 6. (naslovljenog „Zavaravajuće radnje") i članka 7. (naslovljenog „Zavaravajuća izostavljanja") te direktive[10].

III. Glavni postupak, prethodna pitanja i postupak pred Sudom

21. Europamur Alimentación SA (u daljnjem tekstu: Europamur) trgovac je na veliko koji supermarketima i lokalnim trgovinama prodaje proizvode za domaćinstvo i prehrambene proizvode. Budući da je dio središnjeg tijela za nabavu, Europamur može svojim klijentima, malim trgovcima, ponuditi proizvode s konkurentnim cijenama koje im omogućuju natjecati se sa supermarketima i velikim trgovačkim lancima.

22. Odlukom od 23. veljače 2015., Dirección General de Comercio y Protección del Consumidor de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Glavna uprava za trgovinu i zaštitu potrošača autonomne zajednice pokrajine Murcije, u Španjolskoj), prijašnjeg naziva Dirección General de Consumo, Comercio y Artesanía de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Glavna uprava za potrošnju, trgovinu i obrt autonomne zajednice pokrajine Murcije, u daljnjem tekstu: Regionalna uprava) izrekla je Europamuru novčanu kaznu u iznosu od 3 001 eura jer je povrijedio zabranu iz članka 14. LOCM-a time što je određene proizvode prodavao uz gubitak.

23. Regionalna uprava obrazložila je tu odluku osobito različitim razmatranjima o zaštiti potrošača[11]. Osim toga, prilikom određivanja iznosa kazne, regionalna uprava uzela je u obzir kriterij „teške štete nanesene interesima potrošača", naveden u članku 55. Regionalnog zakona 11/2006. Suprotno tome, nije pojasnila u kojoj je mjeri ponašanje Europamura *in concreto* naštetilo interesima potrošača, s obzirom na to da, prema prevladavajućem tumačenju članka 14. LOCM-a, prodaja uz gubitak sama po sebi može nanijeti štetu potrošačima i klijentima.

7 BOE br. 315, od 31. prosinca 2009., str. 112039.

8 Vidjeti točke 11. do 16. ovog mišljenja.

9 Vidjeti članak 4. Zakona 29/2009. Napominjem da se tim člankom upućuje i na odredbe LCD-a u članku 22. (o prodaji na više razina), članku 23. (o zabrani piramidalne prodaje) i članku 32. (o prodaji koja uključuje poklone ili bonuse) LOCM-a, kako su izmijenjeni.

10 Vidjeti članak 1. Zakona 29/2009.

11 Tako je ta uprava istaknula da sniženja „ne smiju ugroziti pravilno danu suglasnost na štetu potrošača i klijenata u pogledu stvarne razine cijene određenog poduzetnika ili poslovne jedinice". Isto je tako istaknula „društvenu važnost povrede koja utječe na sve trgovce i potrošače pokrajine Murcije […], s obzirom na to da gospodarski ciljevi počinitelja prekršaja uključuju[…], među ostalim, stvoriti ponude proizvoda, poput onih u ovom slučaju, koje djeluju poput mamca kako bi naveli potrošače da kupe proizvode ili usluge iste poslovne jedinice, s prikrivenom namjerom odvraćanja ili uklanjanja konkurenata".

24. Europamur je podnio tužbu protiv navedene odluke navodeći, među ostalim razlozima, da je nužno omogućiti malim trgovcima da svoje cijene usklade s cijenama njihovih konkurenata, da je u njegovu korist trebalo poštovati pravila dokazivanja koja proizlaze iz članka 17. LCD-a i da sankcionirano ponašanje nije nanijelo nikakvu štetu potrošačima. Također je tvrdio da je izrečena kazna protivna pravu Unije zbog nepotpunog prenošenja Direktive 2005/29 u nacionalni pravni poredak Zakonom 29/2009 jer njime nije izmijenjen tekst članka 14. LOCM-a.

25. Regionalna uprava u svojem je odgovoru na tužbu tvrdila, među ostalim, da je sustav sankcija LOCM-a, koji je posebno predviđen za zaštitu interesa potrošača, neovisan o LCD-u, koji je više usmjeren na odnose među gospodarskim subjektima, tako da okolnosti predviđene člankom 17. LCD-a ne moraju biti ispunjene da bi se mogla primijeniti zabrana iz članka 14. LOCM-a. Dodala je da se nacionalno zakonodavstvo ne protivi zakonodavstvu Unije.

26. U tim je okolnostima Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Murcia (Provincijski upravni sud br. 4 u Murciji, Španjolska), odlukom od 27. travnja 2016., koju je Sud zaprimio 25. svibnja 2016., odlučio prekinuti postupak i postaviti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. Treba li Direktivu [2005/29] tumačiti na način da joj se protivi nacionalna odredba kao što je članak 14. [LOCM-a], koji je, s obzirom na to da se njime automatski zabranjuje prodaja uz gubitak, uključujući i trgovce na veliko, stroži od predmetne direktive jer se ta praksa smatra upravnim prekršajem koji se slijedom toga sankcionira, uzimajući pritom u obzir da se španjolskim zakonom, uz uređenje tržišta, želi zaštititi interese potrošača?

2. Treba li Direktivu 2005/29/EZ tumačiti na način da joj se protivi navedeni članak 14. LOCM-a, iako se prema toj nacionalnoj odredbi iz opće zabrane prodaje uz gubitak mogu isključiti slučajevi u kojima (i) počinitelj prekršaja dokaže da je prodajom uz gubitak želio uskladiti svoje cijene s cijenama jednog ili više konkurenata koje mogu nanijeti znatnu štetu obujmu njegove prodaje ili (ii) je riječ o pokvarljivoj robi blizu isteka roka uporabe?”

27. Pisana očitovanja podnijeli su Europamur i Europska komisija. Na raspravi održanoj 6. travnja 2017., Europamur, španjolska vlada i Komisija podnijele su svoja usmena očitovanja.

IV. Analiza

A. Sadržaj nacionalnih propisa u glavnom postupku

28. U obrazloženju svoje odluke kojom se upućuje prethodno pitanje, Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Murcia (Provincijski upravni sud br. 4 u Murciji, Španjolska) navodi da je cilj LOCM-a zaštititi potrošače, uključujući kada, kao u glavnom postupku, trgovac na veliko prodaje robu trgovcu na malo, s obzirom na to da takve transakcije među trgovcima utječu na potrošače. Naime, potrošaču koji kupuje kod trgovca na malo pogoduje zajednička nabava robe preko trgovca na veliko bez koje trgovac na malo ne bi bio konkurentan u odnosu na trgovačke lance i supermarkete koji imaju očito veću kupovnu moć.

29. Taj sud ne navodi konkretne razloge iz kojih se članak 14. LOCM-a, kojim se zabranjuje prodaja uz gubitak, počeo primjenjivati i na subjekte koji se bave trgovinom na veliko, na temelju šeste dodatne odredbe unesene u LOCM Zakonom 55/1999 i, prema mojim saznanjima, u obrazloženju potonjeg zakona nema nikakve naznake u tom pogledu. U odluci kojom se upućuje prethodno pitanje jednostavno se navodi da je „cilj zaštite potrošača, koji nastoji ostvariti [LOCM], opravdan u dijelu u kojem prodaja uz gubitak trgovca na veliko utječe na potrošača i njegovo ponašanje u odnosu na predmetni proizvod ili robu široke potrošnje”.

30. U odluci se navodi da se člankom 14. LOCM-a zabranjuje sama prodaja uz gubitak, a da se pritom ne zahtijeva da uprava, koja nalaže sankcije, dokaže da je poslovna praksa počinitelja prekršaja naštetila interesima potrošača u smislu članka 5. Direktive 2005/29, nego da se navedenom nacionalnom odredbom zainteresiranoj osobi ipak dopusti da opravda svoja postupanja dvama posebnim razlozima, odnosno ciljem usklađivanja svojih cijena s cijenama konkurenata, koje mogu nanijeti znatnu štetu obujmu njegove prodaje, ili pokvarljivošću proizvoda prodanim uz gubitak.

31. Tužitelj u glavnom postupku tvrdi da takva izmjena tereta dokazivanja, iz koje proizlazi da je navodni počinitelj prekršaja dužan dokazati da je postupanje koje mu se stavlja na teret bilo pošteno, nije u skladu s Direktivom 2005/29, s obzirom na to da se prodaja uz gubitak ne nalazi na popisu postupaka koji predstavljaju takvu praksu, a koji se u svim okolnostima smatraju nepoštenima koji sadržava Prilog I. toj direktivi.

32. U tom pogledu, sud koji je uputio zahtjev ističe da bi ta prodaja ipak ostala zabranjena člankom 14. LOCM-s i stoga sankcionirana čak i da dotični trgovac dokaže da predmetna prodaja uz gubitak ne ispunjava nijedan od kriterija za utvrđivanje nepoštenog karaktera poslovne prakse predviđenih Direktivom 2005/29[12], osim ako trgovac može dokazati postojanje jednog od dvaju razloga za opravdanje navedenih u potonjem članku.

33. Naposljetku, taj sud navodi da članak 14. LOCM-a, koji prilikom prijenosa Direktive 2005/29 nije izmijenjen, „sadržava dvosmislenu napomenu da se, [u] svakom slučaju, odredbe [LCD-a] primjenjuju'" iako je sustav zabrane prodaje uz gubitak predviđen člankom 17. LCD-a protivan sustavu zabrane LOCM-a[13].

B. Dopuštenost zahtjeva za prethodnu odluku

34. S obzirom na činjenični i pravni okvir spora u glavnom postupku, španjolska vlada i Komisija podnijele su prigovore u pogledu primjenjivosti Direktive 2005/29 u takvim okolnostima.

35. Najprije napominjem da je, prema mojem mišljenju, ovaj zahtjev za prethodnu odluku koji sadržava novi aspekt posebne kombinacije nacionalnih pravila[14] dopušten, s obzirom na navode suda koji je uputio zahtjev iz kojih proizlazi da mu je zatraženo tumačenje potrebno za rješavanje spora, čak i ako se spor odnosi na prodaju uz gubitak među trgovcima, koja stoga nije obuhvaćena područjem primjene te direktive, uzimajući u obzir da je na temelju relevantnih odredbi španjolskog prava takva prodaja istovjetna prodaji trgovca potrošaču, koja jest obuhvaćena navedenim područjem primjene.

36. U tom pogledu, napominjem, *kao prvo*, da je nesporno da je Sud opetovano presudio da radnje *prodaje uz gubitak*, kao što je onaj u glavnom postupku, predstavljaju „poslovnu praksu" u smislu članka 2. točke (d) Direktive 2005/29 te stoga podliježu pravilima utvrđenim tom direktivom[15].

12 Konkretnije, nedostatak profesionalne pažnje, narušavanje ponašanja potrošača i zavaravajuća ili agresivna poslovna praksa u skladu s člankom 5. stavcima 1. i 4. te direktive.

13 Sud koji je uputio zahtjev navodi da se na temelju članka 17. LCD-a ne smatra svaka prodaja uz gubitak nepoštenom, kao u skladu s člankom 14. LOCM-a, nego isključivo prodaja koja ispunjava uvjete iz navedenog članka 17. (odnosno, dovođenje potrošača u zabludu, narušavanje ugleda proizvoda ili poslovne jedinice ili pokušaj uklanjanja konkurenata) te da je stoga nužno dokazati nepošten karakter takve prodaje da bi je se moglo sankcionirati.

14 Naime, u ovom se predmetu postavlja novo pravno pitanje u pogledu dopuštenosti zahtjeva kojim se želi odrediti treba li Sud odgovoriti na pitanje protivi li se pravu Unije nacionalna odredba (odnosno članak 14. LOCM-a) koja je očito obuhvaćena područjem primjene Direktive 2005/29, ali koja se putem druge nacionalne odredbe (odnosno šeste dodatne odredbe LOCM-a) počela primjenjivati u slučajevima koji nisu obuhvaćeni područjem primjene navedene direktive. U tom pogledu vidjeti točku 41. i sljedeće točke ovog mišljenja.

15 Vidjeti rješenje od 7. ožujka 2013., Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154, t. 20. do 22. i navedenu sudsku praksu), u kojem se navodi da je takva prodaja, koja „ima za cilj privući potrošače u poslovne prostore trgovca te ih potaknuti na kupnju", „dio poslovne strategije gospodarskog subjekta te izravno namijenjena promicanju i unapređenju njegove -prodaje". U presudi od 4. svibnja 2017., Vanderborght (C-339/15, EU:C:2017:335, t. 23.), Sud je podsjetio da se u članku 2. točki (d) pojam „poslovna praksa" definira „osobito širok[om] formulacij[om]".

37. *Kao drugo*, unatoč suprotnom mišljenju koje je španjolska vlada iznijela na raspravi, smatram da je svrha nacionalnih odredbi primjenjivih u glavnom postupku, i osobito onih iz članka 14. LOCM-a, očito *zaštita potrošača* tako da te odredbe mogu biti obuhvaćene područjem primjene Direktive 2005/29 u skladu sa sudskom praksom Suda u tom području [16].

38. Naime, kao što navodi sud koji je uputio zahtjev, iz obrazloženja LOCM-a proizlazi da je izričit cilj tog zakona, među ostalim, osigurati zaštitu potrošača [17]. Čini se da je u većini španjolske sudske prakse potvrđen taj cilj, koji se konkretnije tiče članka 14. LOCM-a, o zabrani prodaje uz gubitak, na koji se odnose prethodna pitanja [18]. Štoviše, upravna odluka koja je predmet glavnog postupka izričito se temelji na toj istoj svrsi [19].

39. Čak i pod pretpostavkom da, kao što je tvrdila španjolska vlada na raspravi, zaštita potrošača nije bio glavni cilj španjolskog zakonodavca prilikom donošenja LOCM-a, prema mojem mišljenju, takvo razmatranje nije relevantno za utvrđivanje je li nacionalna odredba obuhvaćena područjem primjene Direktive 2005/29. Sud je osim toga presudio da, s obzirom na to da se tim instrumentom u potpunosti usklađuju pravila o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču, vlada ne može valjano tvrditi da nacionalna odredba nije obuhvaćena navedenim područjem primjene jer se njezini ciljevi uglavnom ne odnose na zaštitu potrošača [20]. Također je već priznao da nacionalno zakonodavstvo može utjecati na odnose među gospodarskim subjektima, iako mu je svrha zaštititi potrošače, i tako biti obuhvaćeno Direktivom 2005/29 [21]. Smatram da je to slučaj i u ovom predmetu.

40. U svakom slučaju, sud koji je uputio zahtjev, a ne Sud, dužan je odrediti sadržaj i svrhu odredbi nacionalnog prava primjenjivih u glavnom postupku [22], tako da je Sud vezan za stajalište koje su u tom pogledu iznijeli nacionalni sudovi, a ne za pred njim podnesena očitovanja [23].

41. Međutim, *kao treće*, smatram da prethodna razmatranja nisu dostatna da bi se Sud mogao proglasiti nadležnim da odgovori na postavljena pitanja u ovom predmetu [24], imajući na umu činjenicu da je posebnost poslovne prakse u glavnom postupku da se neposredno ne odnosi na prodaju potrošačima, nego na *prodaju trgovca na veliko trgovcima na malo*, koji sami preprodavaju robu potrošačima.

16 Vidjeti osobito presudu od 17. siječnja 2013., Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, t. 28. do 33.) kao i rješenje od 7. ožujka 2013., Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154, t. 17.) i od 8. rujna 2015., Cdiscount (C-13/15, EU:C:2015:560, t. 29.).

17 Nakon što je citirao odlomak iz navedenog obrazloženja, sud koji je uputio zahtjev navodi da je „*očita svrha* LOCM-a, među ostalim, zaštita potrošača" (moje isticanje) i ponovno potvrđuje tu analizu na kraju prvog prethodnog pitanja. Vidjeti točke 11. i 28. ovog mišljenja.

18 Prema odluci kojom se upućuje prethodno pitanje, Tribunales Superiores de Justicia (Vrhovni sudovi) španjolskih autonomnih zajednica gotovo su jednoglasno zauzeli stajalište i time pokazali da je „[LOCM, i osobito njegov članak 14.,] restriktivniji od [LCD-a, i osobito njegova članka 17.,] što se tiče poslovne prakse prodaje uz gubitak, radi djelotvornije zaštite potrošača i klijenata u svojem materijalnom području primjene".

19 Vidjeti t. 23. i bilješku 11. ovog mišljenja.

20 Vidjeti presudu od 9. studenoga 2010., Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, EU:C:2010:660, t. 25. do 28.), o tvrdnjama austrijske vlade u skladu s kojima se ciljevi nacionalnih odredbi iz glavnog postupka prije svega odnose na održavanje pluralizma tiska.

21 Vidjeti rješenje od 7. ožujka 2013., Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154, t. 18.). U tom pogledu, vidjeti i uvodnu izjavu 8. Direktive 2005/29 u skladu s kojom ta direktiva neizravno štiti legitimne poslovne subjekte od njihovih konkurenata na tržištu koji se ne ponašaju u skladu s pravilima tog instrumenta.

22 Naime, u okviru zahtjeva za prethodnu odluku, nije na Sudu da odlučuje o tumačenju nacionalnog prava države članice ni da ocjenjuje je li ih sud koji je uputio zahtjev pravilno protumačio (osobito, rješenje od 30. lipnja 2011., Wamo, C-288/10, EU:C:2011:443, t. 26. i sljedeće točke; presude od 13. lipnja 2013., Kostov, C-62/12, EU:C:2013:391, t. 24. i 25.; od 21. rujna 2016., Etablissements Fr. Colruyt, C-221/15, EU:C:2016:704, t. 15., kao i od 4. svibnja 2017., HanseYachts, C-29/16, EU:C:2017:343, t. 34.).

23 Vidjeti osobito presude od 8. lipnja 2016., Hünnebeck (C-479/14, EU:C:2016:412, t. 36.), kao i od 21. lipnja 2016., New Valmar (C-15/15, EU:C:2016:464, t. 25.).

24 Vidjeti po analogiji presudu od 17. listopada 2013., RLvS (C-391/12, EU:C:2013:669, t. 34. i 35.).

42. Međutim, kao i španjolska vlada i Komisija, tvrdim da je područje primjene Direktive 2005/29 ograničeno na nepoštenu poslovnu praksu poslovnog subjekta koja izravno šteti gospodarskim interesima potrošača, kao što je navedeno i u naslovu te direktive i u više njezinih odredbi [25]. Stoga, direktiva kao takva nije primjenjiva na nepoštenu poslovnu praksu koja nanosi štetu „jedino" gospodarskim interesima konkurenata ili koja se, kao u ovom glavnom postupku, odnosi na poslove između trgovaca [26].

43. Međutim, prema ustaljenoj sudskoj praksi, Sud se može proglasiti nadležnim da odgovori na prethodna pitanja koja su mu postavljena u ovom predmetu, čak i kada se odredbe prava Unije, čije se tumačenje traži, ne mogu primijeniti na činjenice u glavnom postupku, ako su navedene odredbe u skladu s nacionalnim pravom postale izravno i bezuvjetno primjenjive. Naime, kada se nacionalno zakonodavstvo, prilikom rješavanja situacija koje se ne nalaze u području primjene dotičnog akta Unije, ravna prema rješenjima koje sadržava taj akt, postoji određeni interes Unije da se, radi izbjegavanja različitih tumačenja u budućnosti, odredbe preuzete iz tog akta tumače na jednak način. Sud je stoga pozvan provjeriti postoje li dovoljno precizne naznake da omoguće to upućivanje na pravo Unije, s obzirom na informacije koje su u tom pogledu navedene u zahtjevu za prethodnu odluku [27].

44. Iz sudske prakse Suda također proizlazi da, čak i ako u zakonodavstvu kojim je direktiva prenesena u nacionalno pravo nisu doslovno preuzete odredbe prava Unije na koje se odnose prethodna pitanja, Sud može biti nadležan za odlučivanje u prethodnom postupku, kada se u odluci kojom se upućuje prethodno pitanje priznaje da je svako tumačenje tih odredbi koje je dao Sud obvezujuće za sud koji je uputio zahtjev i njegovo rješavanje glavnog predmeta [28].

45. U ovom predmetu, smatram da postoji stvaran interes da Sud tumači odredbe Direktive 2005/29, uzimajući u obzir činjenicu da iz dovoljno preciznih naznaka suda koji je uputio zahtjev proizlazi da su odredbe navedene direktive u skladu s nacionalnim pravom postale primjenjive, iako je to prema mojem mišljenju [29] pogrešno, na situacije, kao što su one u glavnom postupku, koje nisu obuhvaćene područjem primjene te direktive [30].

46. Točno je da iz rješenja suda koji je uputio zahtjev proizlazi da nacionalne odredbe koje su se primijenile u pobijanoj odluci u glavnom postupku, odnosno članak 14. LOCM-a, kojim se zabranjuje prodaja uz gubitak u trgovini na malo, i šesta dodatna odredba LOCM-a, kojom se ta zabrana širi na trgovce na veliko, bez izričitih razloga nisu bile izmijenjene Zakonom 29/2009 kojim se Direktiva 2005/29 prenijela u španjolski pravni poredak [31].

25 Vidjeti osobito uvodne izjave 6. do 8., članak 1., članak 2. točku (d) i članak 3. stavak 1. Direktive 2005/29.

26 Vidjeti osobito mišljenje nezavisne odvjetnice V. Trstenjak u predmetu Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, EU:C:2010:161, t. 43. i sljedeće točke); rješenje od 30. lipnja 2011., Wamo (C-288/10, EU:C:2011:443, t. 22.); presuda od 17. siječnja 2013., Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, t. 30.); i rješenje od 8. rujna 2015., Cdiscount (C-13/15, EU:C:2015:560, t. 26.).

27 Vidjeti osobito presude od 18. listopada 2012., Nolan (C-583/10, EU:C:2012:638, t. 45. i sljedeće točke), od 7. studenoga 2013., Romeo (C-313/12, EU:C:2013:718, t. 21. i sljedeće točke); rješenje od 12. svibnja 2016., Sahyouni (C-281/15, EU:C:2016:343, t. 27. i sljedeće točke), i presudu od 15. studenoga 2016., Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874, t. 53. i sljedeće točke).

28 Vidjeti u tom smislu presudu od 7. siječnja 2003., BIAO (C-306/99, EU:C:2003:3, t. 90. i sljedeće točke).

29 Vidjeti točku 53. i sljedeće točke ovog mišljenja.

30 Suprotno tome, Komisija je na raspravi navela da nije pronašla dovoljno precizne naznake da bi smatrala da je španjolski zakonodavac namjeravao proširiti sustav zaštite predviđen Direktivom 2005/29 na poslove između trgovaca.

31 Razlozi iz kojih navedene odredbe nisu izmijenjene nisu vidljivi iz odluke kojom se upućuje prethodno pitanje te smatram da preambula Zakona 29/2009 ne sadržava predmetna razmatranja, osobito, pravni sustav prodaje uz gubitak. U svojim usmenim očitovanjima, španjolska je vlada potvrdila, a da nije navela nijedan relevantni izvor, da zakonodavac nije izmijenio članak 14. LOCM-a prilikom prijenosa Direktive 2005/29 jer je smatrao da taj članak ne obuhvaća zaštitu potrošača.

47. Međutim, druge su odredbe LOCM-a bile izmijenjene Zakonom 29/2009 iz čega proizlazi da je nacionalni zakonodavac prilikom tog prenošenja svjesno odlučio zadržati tekst navedenog članka 14. i navedene šeste dodatne odredbe, vrlo vjerojatno zato što je smatrao da su u skladu s Direktivom 2005/29. Prema mojem mišljenju, odluka o zadržavanju nacionalnih odredbi jest čin prenošenja direktive jednako kao i značajne izmjene, kao što su preoblikovanje ili ukidanje odredbi nacionalnog prava.

48. Osim toga, napominjem da se osporavana kazna temelji na članku 14. LOCM-a, na koji se izričito odnose prethodna pitanja, i da, ako se glavni postupak ne odnosi na prodaju trgovca na veliko trgovcima na malo, nego izravno na prodaju između trgovca i potrošača, nema sumnje da je Sud nadležan odgovoriti na ta pitanja. U ovom je predmetu došlo do dvojbi isključivo zato što je na temelju šeste dodatne odredbe LOCM-a područje primjene navedenog članka 14. prošireno na prodaju među trgovcima. Međutim, iz odluke kojom se upućuje prethodno pitanje proizlazi da su posljedice ovdje zatraženog tumačenja Direktive 2005/29 pravno jednake u oba slučaja, s obzirom na to da, ako Sud presudi da su navedenoj direktivi protivna nacionalna pravila, kao što su ona predviđena člankom 14. LOCM-a, izravna posljedica toga bila bi da pobijana odluka i stoga izrečena kazna nisu pravilno utemeljene u skladu sa španjolskim pravom.

49. Nadalje, sud koji je uputio zahtjev ističe da se člankom 14. stavkom 1. drugim podstavkom LOCM-a izričito upućuje na odredbe LCD-a [32] kao i, među ostalim, člankom 18. stavkom 3. LOCM-a, kako je izmijenjen Zakonom 29/2009 [33]. Međutim, tim se potonjim zakonom preoblikovalo više članaka LCD-a kako bi sadržavao kriterije kojima se omogućuje poslovnu praksu kvalificirati kao „nepoštenu" u smislu Direktive 2005/29 [34] te tužitelj u glavnom postupku preciznije tvrdi da je nadležna regionalna uprava trebala poštovati te kriterije [35].

50. U tim posebnim okolnostima, sud koji je uputio zahtjev smatra da se „[u ovom slučaju postavlja] pitanje treba li Direktivu 2005/29 [tumačiti na način da] joj se protivi tumačenje članka 14. LOCM-a, [koje prevladava u španjolskoj sudskoj praksi], na temelju kojeg je sama prodaja uz gubitak zabranjena i može biti sankcionirana, a da pritom nije potrebno utvrditi konkretno postojanje zavaravajućih izostavljanja ili općenito nepoštene ili agresivne poslovne prakse", dok „u Direktivi [2005/29] prodaja uz gubitak nije na popisu postupaka koji predstavljaju takvu praksu, a koji se u svim okolnostima smatraju nepoštenima" [36].

51. Stoga, prema mojem mišljenju, Sud treba ujednačeno tumačiti odredbe Direktive 2005/29 koje su, barem djelomično, preuzete u relevantnim pravilima španjolskog prava, kako bi se izbjegla različita tumačenja u tom pogledu i s obzirom na to da se odgovor na postavljena pitanja čini odlučujućim za rješavanje spora u glavnom postupku.

52. S obzirom na sva prethodna razmatranja, smatram da je zahtjev za prethodnu odluku dopušten i da se Sud treba proglasiti nadležnim odgovoriti na pitanja koja su mu postavljena u ovom predmetu.

32 Budući da je cilj LCD-a, s obzirom na njegovu preambulu, također zaštita potrošača (vidjeti točku 15. ovog mišljenja).

33 Vidjeti točku 19. i bilješku 9. kao i točku 33. ovog mišljenja.

34 Vidjeti točku 20. ovog mišljenja.

35 U skladu s preambulom Zakona 29/2009, Europamur je na raspravi naveo da je cilj tog zakona ujednačiti pravne sustave primjenjive u području nepoštene poslovne prakse bez obzira na to je li primatelj predmetne robe trgovac ili potrošač i da stoga odredbe LOCM-a i LCD-a valja tumačiti zajedno.

36 Vidjeti i točku 32. ovog mišljenja.

C. Dopuštenost nacionalnih propisa kao što je onaj u glavnom postupku u pogledu Direktive 2005/29

53. Svojim dvama prethodnim pitanjima, koja, prema mojem mišljenju, valja zajedno analizirati, sud koji je uputio zahtjev u biti pita protivi li se Direktivi 2005/29 nacionalni propis, kao što je onaj u glavnom postupku, kojim se općenito zabranjuje prodaja uz gubitak, uključujući u poslovima među trgovcima na veliko i malo, osim ako počinitelj prekršaja dokaže da je prodajom uz gubitak želio uskladiti svoje cijene s cijenama jednog ili više konkurenata koje mogu nanijeti znatnu štetu obujmu njegove prodaje ili da je riječ o pokvarljivoj robi blizu isteka roka uporabe.

54. U tom pogledu, moja će razmatranja biti relativno sažeta jer, prema mojem mišljenju, iz sudske prakse Suda u tom području jasno proizlazi da na postavljena pitanja valja odgovoriti potvrdno.

55. Naime, Sud je već presudio da Direktivu 2005/29 treba tumačiti na način da joj se protivi svaka nacionalna odredba kojom se općenito zabranjuje ponuda na prodaju ili prodaja uz gubitak, a da pritom nije potrebno utvrditi, imajući na umu činjenični okvir svakog slučaja, je li predmetna poslovna praksa „nepoštenog" karaktera u odnosu na kriterije navedene u člancima 5. do 9. te direktive i da se pritom nadležnim sudovima ne priznaje određena margina prosudbe u tom pogledu, s obzirom na to da je svrha te odredbe zaštita potrošača [37].

56. U vezi s time, jednostavno ću podsjetiti da u ovom predmetu sud koji je uputio zahtjev smatra, za razliku od španjolske vlade u svojim usmenim očitovanjima, da je svrha LOCM-a, među ostalim, zaštita potrošača, a to smatram da zapravo proizlazi iz obrazloženja tog zakona [38].

57. Kako bi odlučio kao što je prethodno navedeno, Sud je najprije podsjetio na to da, s obzirom na to da Direktiva 2005/29 uvodi potpuno usklađivanje pravila o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnih subjekata prema potrošačima, države članice ne mogu usvojiti, kao što se izričito predviđa člankom 4. te direktive, strože mjere od onih koje su predviđene navedenom direktivom, čak ni u svrhu osiguranja više razine zaštite potrošača [39].

58. Sud je zatim istaknuo da se u članku 5. navedene direktive navode kriteriji prema kojima se mogu odrediti okolnosti u kojima se poslovna praksa treba smatrati nepoštenom i, posljedično, zabranjenom. Dodao je da Direktiva 2005/29 u svojem Prilogu I. sadržava taksativan popis 31 poslovne prakse, koje se u skladu s člankom 5. stavkom 5. te direktive smatraju nepoštenima „u svim okolnostima", iz čega proizlazi, kao što je navedeno u uvodnoj izjavi 17. [40], da se jedino navedena postupanja mogu smatrati nepoštenima, a da se ne poduzima ocjenjivanje svakog pojedinog slučaja s obzirom na odredbe članaka 5. do 9. te direktive [41].

59. Naposljetku, istaknuo je da se poslovna praksa koja se sastoji od ponude na prodaju ili prodaje robe uz gubitak ne nalazi u Prilogu I. Direktivi 2005/29 i da se stoga ta praksa ne može zabraniti „u svim okolnostima", nego samo nakon posebne analize koja omogućuje da se ustanovi njezin nepošten karakter [42].

37 Vidjeti rješenje od 7. ožujka 2013., Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154, t. 30. i 31.).

38 Vidjeti i točke 11. i 38. ovog mišljenja.

39 Vidjeti osobito presudu od 9. studenoga 2010., Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, EU:C:2010:660, t. 30.); rješenje od 7. ožujka 2013., Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154, t. 24.), i presudu od 10. srpnja 2014., Komisija/Belgija (C-421/12, EU:C:2014:2064, t. 61.).

40 U skladu s tom uvodnom izjavom, sastavljanjem, u tom prilogu, „cjelovit[og] popis[a]" „poslovn[e] praks[e] koja se u svim okolnostima smatra nepoštenom" „osigura[va] [se] veća pravna sigurnost".

41 Vidjeti presude od 23. travnja 2009., VTB-VAB i Galatea (C-261/07 i C-299/07, EU:C:2009:244, t. 56. i sljedeće točke), od 17. siječnja 2013., Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, t. 35. i sljedeće točke) rješenje od 7. ožujka 2013., Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154, t. 25. do 28.); presudu od 3. travnja 2014., 4finance (C-515/12, EU:C:2014:211, t. 30. i sljedeće točke), i rješenje od 8. rujna 2015., Cdiscount (C-13/15, EU:C:2015:560, t. 38. i sljedeće točke).

42 Vidjeti rješenje od 7. ožujka 2013., Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154, t. 29.).

60. Kao i Europamur i Komisija, smatram da je to rasuđivanje i zaključak koji iz njega proizlazi u cijelosti moguće primijeniti i na ovaj predmet. Što se tiče nacionalne odredbe iz glavnog postupka, odnosno članka 14. LOCM-a, iz odluke kojom se upućuje prethodno pitanje proizlazi da je njezin cilj općenito zabraniti prodaju uz gubitak, a da pritom tijelo nadležno za sankcioniranje počinitelja prekršaja ne treba ustanoviti „nepošten" karakter ciljane poslovne prakse s obzirom na kriterije navedene u člancima 5. do 9. Direktive 2005/29[43]. Međutim, prema gore navedenoj sudskoj praksi Suda[44], takva je zabrana protivna zahtjevima iz te direktive.

61. Što se tiče eventualnog utjecaja iznimaka te zabrane, predviđenih spornom nacionalnom odredbom, na koji se odnosi drugo prethodno pitanje[45], dovoljno je utvrditi da se dva razloga odstupanja, koji se nalaze u članku 14. *in fine* LOCM-a[46], i koje nadležna tijela i španjolski sudovi mogu uzeti u obzir kako ne bi kaznili osobu koja je prodavala robu uz gubitak iz tih razloga, temelje na kriterijima koji nisu navedeni među kriterijima iz navedenih članaka 5. do 9.[47], iako se Direktivom 2005/29 provodi iscrpno usklađivanje u tom području[48].

62. Štoviše, smatram da prebacivanje tereta dokazivanja koje proizlazi iz te nacionalne odredbe[49] nije u skladu sa sustavom uvedenim Direktivom 2005/29 u kojoj se utvrđuje niz poslovnih praksi koje se u svim okolnostima smatraju „nepoštenima" i uvjeti koji se trebaju ispuniti da bi nadležna tijela mogla tako kvalificirati i sankcionirati praksu koja nije obuhvaćena tim popisom[50].

63. Naime, kao što je to istaknula Komisija, Sud je već presudio da posebne iznimke, koje omogućuju izbjegavanje općenite zabrane poslovne prakse i koje su predviđene zakonodavstvom države članice, „ne mogu, jer su ograničene i unaprijed određene, zamijeniti analizu, koja se nužno mora provesti u pogledu činjeničnog okvira svakog slučaja, „nepoštenog" karaktera poslovne prakse s obzirom na kriterije navedene u člancima 5. do 9. Direktive [2005/29], kada je riječ […] o poslovnoj praksi koja nije obuhvaćena Prilogom I. toj direktivi"[51].

64. Slično tome, Sud je utvrdio da sustav uveden Direktivom 2005/29 nije u skladu s nacionalnim propisom, na temelju kojeg se „nepošten" karakter predmetne poslovne prakse ispituje tek poslije zabrane predviđene u slučaju neispunjavanja obveze dobivanja prethodnog odobrenja jer ta praksa, zbog svoje naravi i osobito vremenskog čimbenika koji joj je svojstven, za trgovca nije imala ekonomskog smisla[52]. Zbog toga je od izuzetne važnosti da se ispitivanje *in concreto* „nepoštenog" karaktera poslovne prakse provede prije eventualnog izricanja kazne, osim u slučajevima izričito navedenima u Prilogu I. toj direktivi.

65. Slijedom toga, smatram da Direktivu 2005/29 treba tumačiti na način da joj se protivi nacionalno zakonodavstvo kao što je ono u glavnom postupku.

43 U tekstu svojeg prvog pitanja, sud koji je uputio zahtjev ističe automatski karakter te zabrane. Vidjeti i točke 30. do 32. i 50. ovog mišljenja.

44 Vidjeti točke 55. do 59. ovog mišljenja.

45 Sud koji je uputio zahtjev napominje da takvi uzroci odstupanja od zabrane prodaje uz gubitak, naprotiv, nisu bili predviđeni predmetnim belgijskim zakonodavstvom u predmetu u kojem je doneseno rješenje od 7. ožujka 2013., Euronics Belgium (C-343/12, EU:C:2013:154).

46 Podsjećam da na temelju te odredbe trgovac optužen da je povrijedio zabranu prodaje uz gubitak može izbjeći izrečenu kaznu ili ako dokaže da je prodajom uz gubitak želio uskladiti svoje cijene s cijenama jednog ili više konkurenata koje mogu nanijeti znatnu štetu obujmu njegove prodaje ili ako navede da je riječ o pokvarljivoj robi blizu isteka roka uporabe.

47 Naime, u tim člancima Direktive 2005/29 nisu navedeni ni potreba za dostizanjem cijene konkurenata ni pokvarljivost proizvoda koji se odnose na predmetnu prodaju.

48 O naravi usklađivanja provedenog u toj direktivi, vidjeti osobito mišljenje nezavisne odvjetnice V. Trstenjak u spojenim predmetima VTB-VAB i Galatea (C-261/07 i C-299/07, EU:C:2008:581, t. 74. i sljedeće točke).

49 Vidjeti točke 30. do 32. ovog mišljenja.

50 U tom pogledu, Europamur pravilno ističe da teret dokazivanja u skladu s kojim treba ustanoviti nepošten karakter spornog ponašanja, odnosno negativnu činjenicu, nije predviđen Direktivom 2005/29 i predstavlja restriktivniju mjeru od onih navedenih u toj direktivi te stoga protivnu članku 4.

51 Presuda od 23. travnja 2009., VTB-VAB i Galatea (C-261/07 i C-299/07, EU:C:2009:244, t. 64. i sljedeće točke), i mišljenje nezavisne odvjetnice V. Trstenjak u spojenim predmetima VTB-VAB i Galatea (C-261/07 i C-299/07, EU:C:2008:581, t. 84. i sljedeće točke) Vidjeti u tom smislu presudu od 11. ožujka 2010., Telekomunikacja Polska (C-522/08, EU:C:2010:135, t. 31. i 33.).

52 Vidjeti presudu od 17. siječnja 2013., Köck (C-206/11, EU:C:2013:14, t. 48. i sljedeće točke).

V. Zaključak

66. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na prethodna pitanja koja je uputio Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Murcia (Provincijski upravni sud br. 4 u Murciji, Španjolska) odgovori na sljedeći način:

Direktivu 2005/29/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 11. svibnja 2005. o nepoštenoj poslovnoj praksi poslovnog subjekta u odnosu prema potrošaču na unutarnjem tržištu i o izmjeni Direktive Vijeća 84/450/EEZ, direktiva 97/7/EZ, 98/27/EZ i 2002/65/EZ Europskog parlamenta i Vijeća te Uredbe (EZ) br. 2006/2004 Europskog parlamenta i Vijeća („Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi”) treba tumačiti na način da joj se protivi nacionalno zakonodavstvo kao što je ono u glavnom postupku, kojim se općenito zabranjuje ponuda ili prodaja uz gubitak i kojim se predviđaju razlozi odstupanja od tog načela, utemeljeni na kriterijima koji se ne nalaze u toj direktivi.