ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΗΣ ΓΕΝΙΚΗΣ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ VERICA TRSTENJAK της 24ης Μαρτίου 2010[1]

ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ

I — Εισαγωγή ..... I - 10913

II — Το νομικό πλαίσιο ..... I - 10914

A — Το κοινοτικό δίκαιο ..... I - 10914

B — Το εθνικό δίκαιο ..... I - 10916

III — Τα πραγματικά περιστατικά, η κύρια δίκη και το προδικαστικό ερώτημα ..... I - 10917

IV — Η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου ..... I - 10918

V — Κύριοι ισχυρισμοί των διαδίκων ..... I - 10919

A — Επί του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος ..... I - 10919

B — Επί του δευτέρου προδικαστικού ερωτήματος ..... I - 10921

VI — Νομική εκτίμηση ..... I - 10922

A — Εισαγωγικές παρατηρήσεις ..... I - 10922

B — Επί του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος ..... I - 10923

1. Η έννοια του όρου «εμπορικές πρακτικές» του άρθρου 2, στοιχείο δ΄, της οδηγίας 2005/29 ..... I - 10924

2. Προσωπικό πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2005/29 ..... I - 10924

α) Ο τομέας που καλύπτεται από την οδηγία 2005/29 ..... I - 10925

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γερμανική.

β) Ο προστατευτικός σκοπός της κατά το άρθρο 9α, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG απαγορεύσεως ..... I - 10928

i) Επί της διαφορετικής σταθμίσεως των προστατευόμενων αγαθών ..... I - 10928

ii) Εξέταση των κρίσιμων εθνικών διατάξεων και της κρίσιμης εθνικής νομολογίας ..... I - 10930

γ) Συμπέρασμα ..... I - 10932

3. Εξέταση της δομής των δύο νομοθετημάτων ..... I - 10932

α) Οι ρυθμίσεις της οδηγίας 2005/29 ..... I - 10932

i) Πλήρης και κατά το δυνατόν εκτενέστερη προσέγγιση των εθνικών ρυθμίσεων ως ρυθμιστικός στόχος ..... I - 10933

ii) Η ρυθμιστική δομή της οδηγίας 2005/29 ..... I - 10934

β) Οι ρυθμίσεις του UWG ..... I - 10935

Η ρυθμιστική δομή της απαγορεύσεως που θεσπίζεται με το άρθρο 9α, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG ..... I - 10936

4. Το συμβατό της επίμαχης ρυθμίσεως με την οδηγία 2005/29 ..... I - 10937

α) Το γραπτό εθνικό δίκαιο ..... I - 10937

i) Η αντίστροφη οικονομία της ρυθμίσεως ..... I - 10937

ii) Η ανεπάρκεια των εξαιρετικών ρυθμίσεων του άρθρου 9α, παράγραφος 2, UWG ..... I - 10938

iii) Ενδιάμεσο συμπέρασμα ..... I - 10939

β) Δυνατότητα σύμφωνης προς την οδηγία ερμηνείας ..... I - 10940

Εξέταση υπό το πρίσμα των διατάξεων της οδηγίας ..... I - 10941

— Το άρθρο 5, παράγραφοι 4 και 5, της οδηγίας 2005/29 ... I - 10941

— Το άρθρο 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 2005/29 ..... I - 10943

γ) Συμπέρασμα ..... I - 10950

5. Συμπεράσματα ..... I - 10953

Γ — Επί του δευτέρου προδικαστικού ερωτήματος ..... I - 10954

VII — Πρόταση ..... I - 10956

I — Εισαγωγή

1. Στην παρούσα διαδικασία εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως κατά το άρθρο 234 ΕΚ [2], το Oberste Gerichtshof της Αυστρίας (στο εξής: αιτούν δικαστήριο) υποβάλλει στο Δικαστήριο δύο προδικαστικά ερωτήματα σχετικά με την ερμηνεία της οδηγίας 2005/29/ΕΚ για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές στην εσωτερική αγορά [3] (στο εξής: οδηγία 2005/29). Πρόκειται κατ' ουσίαν για το ζήτημα κατά πόσον συμβιβάζεται με το κοινοτικό δίκαιο εθνική νομοθετική ρύθμιση η οποία απαγορεύει την προαναγγελία, προσφορά ή χορήγηση δώρων μαζί με περιοδικώς εκδιδόμενα έντυπα και την προαναγγελία της χορηγήσεως δώρων μαζί με άλλα αγαθά ή υπηρεσίες, χωρίς να πρέπει να εξακριβώνεται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση ο παραπλανητικός χαρακτήρας αυτής της εμπορικής πρακτικής.

2 — Κατά τη Συνθήκη της Λισσαβώνας για την τροποποίηση της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Ένωση και της Συνθήκης περί ιδρύσεως της Ευρωπαϊκής Κοινότητας της 13ης Δεκεμβρίου 2007 (ΕΕ C 306, σ. 1), η διαδικασία εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως ρυθμίζεται πλέον στο άρθρο 267 της Συνθήκης για τη λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

3 — Οδηγία 2005/29/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Μαΐου 2005, για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές στην εσωτερική αγορά και για την τροποποίηση της οδηγίας 84/450/ΕΟΚ του Συμβουλίου, των οδηγιών 97/7/ΕΚ, 98/27/ΕΚ, 2002/65/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου και του κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 2006/2004 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου («Οδηγία για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές») (ΕΕ L 149, σ. 22).

2. Η αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως εδράζεται σε αίτηση ασφαλιστικών μέτρων της Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG (στο εξής: αναιρεσείουσα της κύριας δίκης) κατά της «Österreich»-Zeitungsverlag GmbH (στο εξής: αναιρεσίβλητη της κύριας δίκης), με την οποία ζητείται η παράλειψη της χορηγήσεως, κατά παράβαση των κανόνων του ανταγωνισμού, ενός δώρου το οποίο απαγορεύεται καταρχήν από το εθνικό δίκαιο και έχει τη μορφή διαφημιστικού διαγωνισμού.

3. Η υπό κρίση υπόθεση αποτελεί, μετά τις συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-261/07 (VTB-VAB) και C-299/07 (Galatea) [4] και την υπόθεση C-304/08 (Plus) [5], την τρίτη μιας σειράς προδικαστικών παραπομπών με τις οποίες εθνικά δικαστήρια έθεσαν ενώπιον του Δικαστηρίου το ζήτημα κατά πόσον συμβιβάζεται με την οδηγία 2005/29 η απαγόρευση από κράτος μέλος των συνοδευόμενων με δώρα προσφορών. Ένα από τα κυριότερα ζητήματα το οποίο διαφοροποιεί την υπό κρίση υπόθεση από τις προηγούμενες και πρέπει κατά συνέπεια να υποβληθεί σε προσεκτική νομική εξέταση είναι αν η συμβατότητα αυτή μπορεί να ελεγχθεί ακόμα και στις περιπτώσεις που ο προβαλλόμενος σκοπός της οικείας εθνικής νομοθεσίας συνίσταται στην προστασία τόσο της πολυφωνίας των μέσων μαζικής ενημέρωσης όσο και των ανταγωνιστών.

4 — Απόφαση της 23ης Απριλίου 2009, C-261/07 και C-299/07, VTB-VAB και Galatea (Συλλογή 2009, σ. I-2949).

5 — Απόφαση της 14ης Ιανουαρίου 2010, C-304/08, Plus (Συλλογή 2010, σ. I-217).

II — Το νομικό πλαίσιο

Α — *Το κοινοτικό δίκαιο*

4. Το άρθρο 1 της οδηγίας 2005/29 έχει ως εξής:

«Σκοπός της παρούσας οδηγίας είναι να συμβάλει στην ορθή λειτουργία της εσωτερικής αγοράς και στην επίτευξη υψηλού επιπέδου προστασίας των καταναλωτών με την προσέγγιση των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές που βλάπτουν τα οικονομικά συμφέροντα των καταναλωτών.»

5. Το άρθρο 2 της οδηγίας 2005/29 ορίζει τα εξής:

«Για τους σκοπούς της παρούσας οδηγίας νοούνται ως:

[…]

δ) “εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές” (οι οποίες αναφέρονται στο εξής και ως “εμπορικές πρακτικές”): κάθε πράξη, παράλειψη,

τρόπος συμπεριφοράς ή εκπροσώπησης, εμπορική επικοινωνία, συμπεριλαμβανομένης της διαφήμισης και του μάρκετινγκ, ενός εμπορευομένου, άμεσα συνδεόμενη με την προώθηση, πώληση ή προμήθεια ενός προϊόντος σε καταναλωτές·

[…]»

6. Το άρθρο 3, παράγραφος 1, της οδηγίας προβλέπει τα εξής:

«Η παρούσα οδηγία ισχύει για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές, όπως αυτές θεσπίζονται στο άρθρο 5, πριν, κατά τη διάρκεια και ύστερα από εμπορική συναλλαγή σχετιζομένη με ένα συγκεκριμένο προϊόν.»

7. Το άρθρο 4 της οδηγίας έχει ως εξής:

«Τα κράτη μέλη δεν περιορίζουν ούτε την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών ούτε την ελεύθερη κυκλοφορία αγαθών για λόγους που εμπίπτουν στον τομέα όπου επιδιώκεται η προσέγγιση της νομοθεσίας μέσω της παρούσας οδηγίας.»

8. Το άρθρο 5 της οδηγίας, το οποίο έχει τον τίτλο «Απαγόρευση αθέμιτων εμπορικών πρακτικών», ορίζει τα εξής:

«1) Απαγορεύονται οι αθέμιτες εμπορικές πρακτικές.

2) Μια εμπορική πρακτική είναι αθέμιτη όταν

α) είναι αντίθετη προς τις απαιτήσεις επαγγελματικής ευσυνειδησίας

και

β) στρεβλώνει ουσιωδώς ή ενδέχεται να στρεβλώσει ουσιωδώς την οικονομική συμπεριφορά του μέσου καταναλωτή στον οποίο φθάνει ή στον οποίο απευθύνεται το προϊόν ή του μέσου μέλους της ομάδας, όταν μια εμπορική πρακτική απευθύνεται σε μια συγκεκριμένη ομάδα καταναλωτών.

3) Εμπορικές πρακτικές που ενδέχεται να στρεβλώνουν ουσιωδώς την οικονομική συμπεριφορά μόνο μιας σαφώς προσδιοριζόμενης ομάδας καταναλωτών που είναι ιδιαιτέρως ευάλωτοι ως προς την πρακτική αυτή ή

ως προς το συγκεκριμένο προϊόν λόγω πνευματικής ή σωματικής αναπηρίας, ηλικίας ή ακρισίας, με τέτοιο τρόπο ώστε ο εμπορευόμενος να μπορεί ευλόγως να το προβλέψει, εκτιμώνται υπό το πρίσμα του μέσου μέλους της συγκεκριμένης ομάδας. Αυτό ισχύει υπό την επιφύλαξη της κοινής και θεμιτής διαφημιστικής πρακτικής της διατύπωσης δηλώσεων που ενέχουν υπερβολές ή δηλώσεων οι οποίες δεν αναμένεται να εκληφθούν, ως έχουν, εν τη κυριολεξία τους.

4) Ιδιαιτέρως, εμπορικές πρακτικές είναι αθέμιτες όταν

α) είναι παραπλανητικές όπως καθορίζεται στα άρθρα 6 και 7

ή

β) είναι επιθετικές όπως καθορίζεται στα άρθρα 8 και 9.

5) Το παράρτημα Ι περιέχει τον κατάλογο των εμπορικών πρακτικών που θεωρούνται αθέμιτες υπό οποιεσδήποτε περιστάσεις. Ο ίδιος ενιαίος κατάλογος ισχύει σε όλα τα κράτη μέλη και μπορεί να τροποποιηθεί μόνο με αναθεώρηση της παρούσας οδηγίας.»

9. Η προαναγγελία, προσφορά ή χορήγηση δώρων μαζί με περιοδικώς εκδιδόμενα έντυπα δεν αναφέρεται στο παράρτημα Ι της οδηγίας ως μία από τις εμπορικές πρακτικές οι οποίες, υπό οποιεσδήποτε συνθήκες, κρίνονται αθέμιτες.

Β — *Το εθνικό δίκαιο*

10. Το άρθρο 9a, παράγραφος 1, του αυστριακού Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [νόμου κατά του αθέμιτου ανταγωνισμού, στο εξής: UWG] [6] έχει ως ακολούθως:

«Όποιος, κατά τις εμπορικές συναλλαγές και προς τον σκοπό ανταγωνισμού,

1. προαναγγέλλει με γνωστοποιήσεις διά του Τύπου ή άλλες ανακοινώσεις, οι οποίες προορίζονται για ευρύ κύκλο προσώπων, ότι χορηγεί στους καταναλωτές δώρα μαζί με αγαθά ή υπηρεσίες, ή προσφέρει, προαναγγέλλει ή χορηγεί στους καταναλωτές δώρα μαζί με περιοδικώς εκδιδόμενα έντυπα, ή

6 — Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG, BGBl. αριθ. 448, τροποποιηθείς με τον νόμο της 13ης Νοεμβρίου 2007, BGBl. I αριθ. 79/2007.

2. προσφέρει, προαναγγέλλει ή χορηγεί στους επιχειρηματίες δώρα μαζί με αγαθά ή υπηρεσίες μπορεί να εναχθεί για παράλειψη και αποζημίωση.

Αυτό ισχύει και στην περίπτωση κατά την οποία ο χαριστικός χαρακτήρας του δώρου συγκαλύπτεται με συνολικές τιμές για τα αγαθά ή τις υπηρεσίες, με εικονικές τιμές για το δώρο ή κατ' άλλον τρόπο.»

III — Τα πραγματικά περιστατικά, η κύρια δίκη και το προδικαστικό ερώτημα

11. Το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι ενώπιόν του εκκρεμεί ένδικη διαφορά μεταξύ δύο ανταγωνιστών της αυστριακής αγοράς ημερησίων εφημερίδων, απαρχή της οποίας ήταν το γεγονός ότι η αναιρεσίβλητη της κύριας δίκης προανήγγειλε στην εφημερίδα της ψηφοφορία για τον «ποδοσφαιριστή της χρονιάς». Στην τυπωμένη με έντονους χαρακτήρες εισαγωγή ενός άρθρου αναφέρονταν τα εξής: «Αξίζει να συμμετάσχετε. Κερδίστε ένα δείπνο με τον νικητή της μεγάλης ποδοσφαιρικής ψηφοφορίας.» Στα αριστερά του άρθρου βρισκόταν ένα «κουπόνι ψηφοφορίας» με την επιγραφή «κόψτε το και στείλτε το». Στα δεξιά γινόταν η υπόδειξη ότι υπήρχε δυνατότητα ψηφοφορίας και μέσω του διαδικτύου. Παρόμοια άρθρα δημοσιεύθηκαν κατά τις εννέα επόμενες ημέρες.

12. Κατόπιν αιτήσεως της αναιρεσείουσας κρίθηκε πρωτοδίκως ότι η ως άνω προαναγγελία αποτελούσε απαγορευμένο δώρο κατά την έννοια του άρθρου 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG και έγινε δεκτή η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων με την οποία εζητείτο να διαταχθεί η παράλειψη της εν λόγω προαναγγελίας. Αντιθέτως, κατ' έφεση κρίθηκε ότι η προαναγγελία δεν είχε σημαντικές επιπτώσεις στην αγορά, απόφαση κατά της οποίας η αναιρεσείουσα άσκησε αναίρεση ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου, ζητώντας από το αιτούν δικαστήριο να επαναφέρει σε ισχύ την πρωτόδικη απόφαση ασφαλιστικών μέτρων. Όπως εκτιμά προσωρινώς το αιτούν δικαστήριο, εφόσον εφαρμοστεί το άρθρο 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG, το αίτημα της αναιρεσείουσας θα πρέπει να γίνει δεκτό. Πάντως, το εν λόγω δικαστήριο διατηρεί επιφυλάξεις ως προς το αν η οδηγία απαγορεύει την εφαρμογή του άρθρου 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG, πράγμα που εξαρτάται από την ερμηνεία του ρυθμιστικού πεδίου της οδηγίας.

13. Κατά συνέπεια, το Oberste Gerichtshof ανέστειλε τη διαδικασία και υπέβαλε στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Αντιτίθενται τα άρθρα 3, παράγραφος 1, και 5, παράγραφος 5, της οδηγίας 2005/29/ΕΚ ή άλλες διατάξεις της ως άνω οδηγίας σε εθνική νομοθετική ρύθμιση η οποία απαγορεύει την προαναγγελία,

προσφορά ή χορήγηση δώρων μαζί με περιοδικώς εκδιδόμενα έντυπα και την προαναγγελία της χορηγήσεως δώρων μαζί με άλλα αγαθά ή υπηρεσίες, πλην ορισμένων εξαιρέσεων που απαριθμούνται εξαντλητικά, χωρίς να πρέπει να εξακριβώνεται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση ο παραπλανητικός, επιθετικός ή κατ' άλλον τρόπο αθέμιτος χαρακτήρας αυτής της εμπορικής πρακτικής, ακόμη και όταν η ρύθμιση αυτή δεν υπηρετεί μόνον την προστασία των καταναλωτών, αλλά και άλλους σκοπούς, που δεν εμπίπτουν στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, παραδείγματος χάριν τη διαφύλαξη της πολυφωνίας των μέσων μαζικής ενημέρωσης ή την προστασία ασθενέστερων ανταγωνιστών;

μέρος του ενδιαφερόμενου κοινού, όχι μεν το μοναδικό, αλλά πάντως το αποφασιστικό κίνητρο για την αγορά της εφημερίδας;»

IV — Η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

14. Η από 18 Νοεμβρίου 2008 διάταξη περί παραπομπής περιήλθε στη Γραμματεία του Δικαστηρίου στις 4 Δεκεμβρίου 2008.

15. Οι διάδικοι της κύριας δίκης, η Αυστριακή και η Βελγική Κυβέρνηση, καθώς και η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, κατέθεσαν γραπτές παρατηρήσεις εντός της προθεσμίας που τάσσει το άρθρο 23 του Οργανισμού του Δικαστηρίου.

2) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα:Αποτελεί η δυνατότητα συμμετοχής σε διαφημιστικό παίγνιο η οποία συναρτάται προς την αγορά εφημερίδας αθέμιτη εμπορική πρακτική κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 2005/29/ΕΚ για τον λόγο και μόνον ότι η ως άνω δυνατότητα συμμετοχής συνιστά, τουλάχιστον για

16. Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η οποία έλαβε χώρα στις 19 Ιανουαρίου 2010, αγόρευσαν οι δικαστικοί πληρεξούσιοι των διαδίκων της κύριας δίκης, οι εκπρόσωποι της Αυστριακής και της Γερμανικής Κυβέρνησης και ο εκπρόσωπος της Επιτροπής.

V — Κύριοι ισχυρισμοί των διαδίκων

Α — *Επί του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος*

17. Με το πρώτο ερώτημα, το αιτούν δικαστήριο ζητεί κατ' ουσίαν να πληροφορηθεί αν νομοθετική διάταξη κράτους μέλους η οποία απαγορεύει καταρχήν την πώληση αγαθών με χορήγηση δώρων εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2005/29, έστω και αν η εν λόγω διάταξη δεν αποβλέπει αποκλειστικά στην προστασία των καταναλωτών.

18. Η *αναιρεσείουσα της κύριας δίκης,* καθώς και η *Αυστριακή* και η *Βελγική Κυβέρνηση* προτείνουν στο Δικαστήριο να απαντήσει αρνητικά στο ερώτημα αυτό.

19. Συναφώς, αφενός επισημαίνουν ότι οι πρακτικές προώθησης των πωλήσεων αποτέλεσαν αντικείμενο προτάσεως κανονισμού, η οποία επιφύλασσε σαφώς διαφορετική νομική μεταχείριση στις πρακτικές προώθησης των πωλήσεων έναντι των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών, που ρυθμίζονται πλέον από την οδηγία 2005/29. Εντούτοις, η Επιτροπή απέσυρε την εν λόγω πρόταση το 2006, ένα έτος μετά τη θέσπιση της οδηγίας. Επομένως δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι οι πρακτικές προώθησης των πωλήσεων εμπίπτουν κατά τρόπο έμμεσο στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας. Επιπλέον, δεδομένου ότι η οδηγία, όπως προκύπτει από την έκτη αιτιολογική σκέψη της, αποβλέπει στην άμεση προστασία των οικονομικών συμφερόντων των καταναλωτών, δεν έχει εφαρμογή επί ρυθμίσεων των κρατών μελών όπως η επίμαχη στην κύρια δίκη ρύθμιση, οι οποίες επιδιώκουν πρωτίστως άλλους σκοπούς, και ειδικότερα την προστασία των ανταγωνιστών και τη διαφύλαξη της πολυφωνίας των μέσων μαζικής ενημέρωσης, ενώ εμμέσως μόνον επιδιώκουν να προστατεύσουν τους καταναλωτές.

20. Επικουρικώς, η *αναιρεσείουσα της κύριας δίκης* και η *Αυστριακή Κυβέρνηση* προβάλλουν ότι η απαγόρευση των πωλήσεων με χορήγηση δώρων την οποία προβλέπει το άρθρο 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG είναι εν πάση περιπτώσει σύμφωνη προς την οδηγία.

21. Ειδικότερα, η οδηγία 2005/29 επιτρέπει στα κράτη μέλη, κατά το άρθρο 5, παράγραφος 2, να χαρακτηρίζουν ως αθέμιτες και επομένως να απαγορεύουν τις εμπορικές πρακτικές εκείνες που είναι αντίθετες προς τις απαιτήσεις επαγγελματικής ευσυνειδησίας και ενδέχεται να στρεβλώσουν ουσιωδώς την οικονομική συμπεριφορά του μέσου καταναλωτή. Πάντως, η επίμαχη απαγόρευση στην οποία προέβη το κράτος μέλος έχει εφαρμογή μόνο στην περίπτωση κατά την οποία το εθνικό δικαστήριο διαπιστώνει ότι ο καταναλωτής αγόρασε το έντυπο για υποκειμενικούς λόγους συνδεόμενους με την προσδοκία να τύχει ενδεχομένως και άλλων πλεονεκτημάτων και μόνο κατά το μέτρο που τα πλεονεκτήματα αυτά δεν εμπίπτουν στις εξαιρέσεις του άρθρου 9a, παράγραφος 2,

UWG. Επιπλέον, διενεργείται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση σχετική αξιολόγηση από τα εθνικά δικαστήρια.

22. Κατά την *αναιρεσείουσα της κύριας δίκης*, η αυστριακή ρύθμιση διαφέρει σημαντικά από τις ρυθμίσεις που αποτέλεσαν αντικείμενο των συνεκδικασθεισών υποθέσεων C-261/07 (VTB-VAB) και C-299/07 (Galatea) και της υποθέσεως C-304/08 (Plus), καθόσον οι ρυθμίσεις εκείνες περιείχαν γενικές απαγορεύσεις και έτσι δεν ελάμβαναν υπόψη τις ιδιαίτερες περιστάσεις της κάθε συγκεκριμένης υποθέσεως.

23. Η *αναιρεσίβλητη της κύριας δίκης* αντιθέτως προβάλλει ότι, σύμφωνα με την έκτη αιτιολογική σκέψη, εξαιρούνται του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2005/29 μόνον εκείνες οι εθνικές νομοθετικές διατάξεις οι οποίες βλάπτουν μόνο τα οικονομικά συμφέροντα των ανταγωνιστών ή αφορούν εμπορικές συναλλαγές. Ασφαλώς όμως δεν είναι τέτοια η περίπτωση της επίμαχης ρυθμίσεως, δεδομένου ότι το άρθρο 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG έχει ως κύριο και άμεσο σκοπό την προστασία των καταναλωτών.

24. Υποστηρίζει περαιτέρω ότι η απαγόρευση που προβλέπεται στη διάταξη αυτή δεν συμβιβάζεται με τον προσανατολισμό της οδηγίας, διότι, αν και η προώθηση των πωλήσεων μέσω δώρων δεν περιλαμβάνεται στον κατά το παράρτημα Ι της οδηγίας 2005/29 κατάλογο των εμπορικών πρακτικών που πρέπει υπό οποιεσδήποτε συνθήκες να θεωρούνται αθέμιτες, υπόκειται σε γενική απαγόρευση βάσει του αυστριακού δικαίου, όπως διαπίστωσε το Oberste Gerichtshof με τη διάταξη περί παραπομπής.

25. Η *Γερμανική Κυβέρνηση* αναφέρθηκε κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση στην υπόθεση C-304/08 (Plus) και επισήμανε ότι, παρά την πλήρη εναρμόνιση που επιδιώκεται με την οδηγία 2005/29, το περιθώριο χειρισμών που έχουν τα κράτη μέλη κατά τη μεταφορά της παραμένει ανέπαφο. Τούτο ισχύει ιδίως ως προς τη μεταφορά στο εσωτερικό δίκαιο των χρηζόντων περαιτέρω εξειδικεύσεως όρων που περιλαμβάνονται στους νομοθετικούς ορισμούς της οδηγίας 2005/29. Περαιτέρω, η Γερμανική Κυβέρνηση υποστήριξε την άποψη ότι η οδηγία 2005/29 δεν αντιτίθεται σε εθνική νομοθετική ρύθμιση, εφόσον αυτή επιδιώκει διαφορετικό σκοπό από την οδηγία.

26. Η *Επιτροπή* προβαίνει αντιθέτως σε μια δική της νομική εκτίμηση, εκθέτοντας αφενός ότι η οδηγία 2005/29 αντιτίθεται σε μια γενική και αφηρημένη απαγόρευση, όπως αυτή που περιέχεται στην επίμαχη νομοθετική διάταξη, αφετέρου όμως καταλήγει στο συμπέρασμα ότι η εν λόγω νομοθετική διάταξη δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, διότι αποβλέπει πρωτίστως σε άλλους σκοπούς, και ειδικότερα στη διαφύλαξη της πολυφωνίας των μέσων μαζικής ενημέρωσης,

και δεν αποσκοπεί παρά σε μικρότερο βαθμό στην προστασία των καταναλωτών και της εντιμότητας των εμπορικών συναλλαγών.

Β — *Επί του δευτέρου προδικαστικού ερωτήματος*

27. Για την περίπτωση που το Δικαστήριο δώσει καταφατική απάντηση στο πρώτο ερώτημα, το αιτούν δικαστήριο ερωτά αν η πώληση με χορήγηση δώρων πρέπει να θεωρείται ως αθέμιτη εμπορική πρακτική κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 2005/29 για τον λόγο και μόνον ότι αυτή η δυνατότητα συμμετοχής συνιστά, τουλάχιστον για μέρος του ενδιαφερόμενου κοινού, όχι μεν το μοναδικό, αλλά πάντως το αποφασιστικό κίνητρο για την αγορά του κύριου προϊόντος.

28. Επειδή τόσο η *Αυστριακή* όσο και η *Βελγική Κυβέρνηση* έχουν δώσει αρνητική απάντηση στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα, δεν τοποθετούνται σχετικά με το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα, ενώ η *αναιρεσείουσα της κύριας δίκης,* καθώς και η *Επιτροπή* αναπτύσσουν επικουρικώς σχετικούς ισχυρισμούς.

29. Η *αναιρεσείουσα της κύριας δίκης* περιορίζεται στη διαπίστωση ότι οι επίμαχες ενέργειες της αναιρεσίβλητης της κύριας δίκης συνιστούν αθέμιτη εμπορική πρακτική, χωρίς όμως να προβάλλει στοιχεία προς θεμελίωσή της.

30. Κατά την *Επιτροπή,* από το γεγονός και μόνο ότι η δυνατότητα συμμετοχής σε διαφημιστικό παίγνιο αποτελεί το αποφασιστικό κίνητρο του καταναλωτή για την αγορά ενός εντύπου δεν μπορεί να συναχθεί αθέμιτη εμπορική πρακτική κατά την έννοια της οδηγίας 2005/29, το δε γεγονός αυτό συνιστά απεναντίας ένα από τα στοιχεία που μπορεί να λάβει υπόψη το εθνικό δικαστήριο στο πλαίσιο κατά περίπτωση αξιολογήσεως.

31. Η *αναιρεσίβλητη της κύριας δίκης* υπογραμμίζει ότι η έννοια της εμπορικής πρακτικής παραπέμπει στον μέσο καταναλωτή, ο οποίος περιγράφεται στη νομολογία του Δικαστηρίου ως ο «έχων τη συνήθη πληροφόρηση και ευλόγως προσεκτικός και ενημερωμένος μέσος καταναλωτής». Ο καταναλωτής αυτός έχει συνείδηση του γεγονότος ότι η διαφήμιση και οι πρακτικές προώθησης των πωλήσεων στο πλαίσιο μιας ελεύθερης οικονομίας της αγοράς αποσκοπούν στην προσέλκυση πελατών, και μάλιστα όχι μόνο με την τιμή και την ποιότητα του προϊόντος, αλλά και με την υπόσχεση άλλων πλεονεκτημάτων. Επομένως, η πώληση με χορήγηση δώρων μπορεί να συνιστά αθέμιτη εμπορική πρακτική μόνον κατ' εξαίρεση, και ειδικότερα στην περίπτωση κατά την οποία η προσφορά έχει τέτοια μορφή ώστε να μπορεί να οδηγήσει τον καταναλωτή σε αγορά του κυρίου προϊόντος όχι για αντικειμενικούς λόγους, αλλά λόγω της προσδοκίας και μόνο ενός προσθέτου πλεονεκτήματος.

VI — Νομική εκτίμηση

Α — *Εισαγωγικές παρατηρήσεις*

32. Η υπό κρίση υπόθεση αποτελεί την τρίτη μιας σειράς προδικαστικών παραπομπών, με τις οποίες εθνικά δικαστήρια ζητούν από το Δικαστήριο διευκρινίσεις ως προς το κατά πόσον η απαγόρευση από κράτος μέλος των συνοδευόμενων με δώρα προσφορών μπορεί να εξακολουθήσει να θεωρείται συμβατή με το κοινοτικό δίκαιο κατά το παρόν στάδιο εξελίξεώς του. Η σημασία του προβληματισμού αυτού ανάγεται ιδίως στο ότι η εκδοθείσα από το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο και το Συμβούλιο στις 11 Μαΐου 2005 οδηγία 2005/29 αποσκοπεί στη δημιουργία ενός ενιαίου νομικού πλαισίου για τη ρύθμιση των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών σε σχέση με τον καταναλωτή.

33. Δεδομένου ότι με την οδηγία επιχειρείται πλήρης εναρμόνιση των κανόνων για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων έναντι των καταναλωτών [7], στα κράτη μέλη της Κοινότητας αντικείμενο εξετάσεως αποτελεί το κατά πόσον είναι σύμφωνες με το κοινοτικό δίκαιο όχι μόνον οι νέες διατάξεις που έχουν θεσπιστεί από τα κράτη μέλη προς μεταφορά της οδηγίας στο εσωτερικό δίκαιο, αλλά και οι διατάξεις εκείνες οι οποίες –όπως η επίμαχη διάταξη του άρθρου 9a, παράγραφος 1, UWG– ήταν σε ισχύ πριν από την έκδοση της οδηγίας, αλλά κατά την αντίληψη του οικείου κράτους μέλους εκτελούν χρέη διατάξεων μεταφοράς.

34. Λαμβανομένου υπόψη ότι σε περίπτωση πλήρους εναρμονίσεως τα κράτη μέλη έχουν κατά κανόνα στενό περιθώριο εκτιμήσεως στο πλαίσιο της μεταφοράς της οδηγίας, η διατήρηση σε ισχύ των προγενέστερων αυτών διατάξεων θέτει κάποιες φορές νομικά προβλήματα. Ειδικότερα, αν και οι διατάξεις αυτές εν τέλει εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οικείας οδηγίας, συχνά δεν ανταποκρίνονται στις επιταγές της. Αυτό συνέβη, όπως κατέδειξαν οι υποθέσεις VTB-VAB και Galatea καθώς και η υπόθεση Plus, κατά τη μεταφορά της οδηγίας 2005/29 στο Βέλγιο [8] και στη Γερμανία [9].

7 — Βλ. αποφάσεις VTB-VAB και Galatea (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 4, σκέψη 52) και Plus (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 5, σκέψη 41).
Σε περίπτωση περαιτέρω εναρμονίσεως στην Ευρωπαϊκή Ένωση του δικαίου περί αθέμιτων εμπορικών πρακτικών, καθώς και του δικαίου των συμβάσεων, θα πρέπει να ληφθούν προσηκόντως υπόψη και οι επιταγές του «Draft Common Frame of Reference» [σχεδίου κοινού πλαισίου αναφοράς] (DCFR), διότι μία από τις προτεραιότητες του εν λόγω σχεδίου είναι ακριβώς η προστασία των καταναλωτών, παραδείγματος χάριν διά της επιβολής στους εμπορευομένους ιδιαίτερης υποχρέωσης πληροφόρησης έναντι του καταναλωτή όσον αφορά τα κύρια χαρακτηριστικά των αγαθών και των υπηρεσιών που αγοράζει (βλ. π.χ. II.-3:102 DCFR). Αυτές οι «καλές εμπορικές πρακτικές» έρχονται κατά κάποιον τρόπο σε αντίθεση με τις απαριθμούμενες στο παράρτημα Ι της οδηγίας 2005/29 «απαγορευμένες εμπορικές πρακτικές».

8 — Επρόκειτο για τις διατάξεις των άρθρων 54 επ. του βελγικού νόμου της 14ης Ιουλίου 1991 περί εμπορικών πρακτικών και περί πληροφορήσεως και προστασίας του καταναλωτή.

9 — Επρόκειτο για τις διατάξεις των άρθρων 3 και 4, σημείο 6, του γερμανικού νόμου περί αθέμιτου ανταγωνισμού (UWG) (BGBl. I, σ. 1414), όπως έχει τελευταία τροποποιηθεί με το άρθρο 1 του πρώτου τροποποιητικού νόμου της 22ας Δεκεμβρίου 2008 (BGBl. I, σ. 2949).

35. Η οδηγία 2005/29 άρχισε να ισχύει, κατά το άρθρο της 20, την πρώτη ημέρα από τη δημοσίευσή της στην *Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης,* δηλαδή στις 12 Ιουνίου 2005. Κατά το άρθρο 19, παράγραφος 1, αυτής, τα κράτη μέλη υποχρεούνταν να τη μεταφέρουν στο εσωτερικό δίκαιο έως τις 12 Ιουνίου 2007 μέσω εκδόσεως των αναγκαίων νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων, με μία όμως πρόσθετη μεταβατική προθεσμία έξι ετών για ορισμένες αυστηρότερες εθνικές ρυθμίσεις. Ωστόσο, εφαρμογή των ως άνω νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων επιβαλλόταν μόνον από τις 12 Δεκεμβρίου 2007.

36. Η Δημοκρατία της Αυστρίας συμμορφώθηκε τυπικά προς αυτή την υποχρέωση μεταφοράς, θεσπίζοντας τον ομοσπονδιακό νόμο με τον οποίο τροποποιήθηκε ο Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [ομοσπονδιακός νόμος κατά του αθέμιτου ανταγωνισμού – UWG] του 1984 (UWG-Novelle 2007), που άρχισε να ισχύει στις 12 Δεκεμβρίου 2007 [10]. Εντούτοις, όπως προαναφέρθηκε, η επίμαχη διάταξη του άρθρου 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG δεν θεσπίστηκε για να μεταφέρει στο εσωτερικό δίκαιο την οδηγία 2005/29, αλλά προέρχεται από προγενέστερη εθνική νομοθεσία [11]. Στη διάταξη περί παραπομπής το αιτούν δικαστήριο εκφράζει επιφυλάξεις ως προς το κατά πόσον η διάταξη αυτή συμβιβάζεται με το κοινοτικό δίκαιο [12].

10 — BGBl. I αριθ. 79/2007.

11 — Η κατά το άρθρο 9a UWG απαγόρευση των δώρων, η οποία αρχικώς ρυθμιζόταν από τον Prämiengesetz [νόμο περί δώρων] της 20ής Ιουνίου 1929 (BGBl. 227) και εν συνεχεία από τον Zugabengesetz [νόμο περί δώρων] 1934, ενσωματώθηκε στον UWG με τον Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz [νόμο περί απορρυθμίσεως του ανταγωνισμού] 1992 (BGBl. 1992/147). Βλ. για το ιστορικό της θεσπίσεως της διατάξεως αυτής Duursma, D., σε: *UWG – Kommentar* (επιμέλεια Maximilian Gumpoldsberger/Peter Baumann), Βιέννη 2006, άρθρο 9a, σημείο 1, σ. 276, και Wiltschek, L., *UWG – Kommentar,* δεύτερη έκδοση, Βιέννη 2007, άρθρο 9a, σ. 44.

12 — Βλ. μεταξύ άλλων σ. 9 και 10 της διατάξεως περί παραπομπής.

B — *Επί του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος*

37. Εκ προοιμίου, πρέπει να υπομνησθεί ότι στο πλαίσιο της διαδικασίας του άρθρου 234 ΕΚ, το Δικαστήριο δεν είναι αρμόδιο να αποφανθεί επί του συμβατού ενός εθνικού μέτρου με το κοινοτικό δίκαιο. Ωστόσο, είναι αρμόδιο να παράσχει στο εθνικό δικαστήριο όλα τα απτόμενα του κοινοτικού δικαίου ερμηνευτικά στοιχεία που μπορούν να του δώσουν τη δυνατότητα να εκτιμήσει το συμβατό αυτό προκειμένου να αποφανθεί στην υπόθεση την οποία εκδικάζει [13].

38. Το πρώτο προδικαστικό ερώτημα σκοπό έχει να εξακριβωθεί αν η οδηγία 2005/29 εμποδίζει την εφαρμογή μιας εθνικής διατάξεως όπως το άρθρο 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG. Προς τούτο, πρέπει να εξετασθεί αν η διάταξη αυτή εμπίπτει ως εκ του ρυθμιστικού της αντικειμένου στο καθ' ύλην και στο προσωπικό πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2005/29. Εν συνεχεία πρέπει να εξετασθεί αν η οδηγία 2005/29 έχει την έννοια ότι οι έννομες συνέπειες που προβλέπει το αυστριακό δίκαιο για την περίπτωση της παραβάσεως της διατάξεως αυτής επίσης εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της.

13 — Βλ. μεταξύ άλλων αποφάσεις της 15ης Ιουλίου 1964, 6/64, Costa (Συλλογή τόμος 1954-1964, σ. 1191), της 29ης Νοεμβρίου 2001, C-17/00, De Coster (Συλλογή 2001, σ. I-9445, σκέψη 23) και της 16ης Ιανουαρίου 2003, C-265/01, Pansard κ.λπ. (Συλλογή 2003, σ. I-683, σκέψη 18).

1. Η έννοια του όρου «εμπορικές πρακτικές» του άρθρου 2, στοιχείο δ΄, της οδηγίας 2005/29

39. Το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι το άρθρο 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG απαγορεύει στις επιχειρήσεις να προαναγγέλλουν στους καταναλωτές τη χορήγηση δώρων μαζί με αγαθά ή υπηρεσίες. Επομένως, πρέπει να θεωρηθεί ότι υφίσταται απαγόρευση των συνοδευόμενων με δώρα προσφορών.

40. Περαιτέρω, η απαγόρευση αυτή πρέπει να αφορά εμπορικές πρακτικές κατά την έννοια του άρθρου 2, στοιχείο δ΄, της οδηγίας 2005/29. Η εν λόγω διάταξη ορίζει την εμπορική πρακτική, χρησιμοποιώντας ιδιαιτέρως ευρεία διατύπωση [14], ως «κάθε πράξη, παράλειψη, τρόπ[ο] συμπεριφοράς ή εκπροσώπησης, εμπορική επικοινωνία, συμπεριλαμβανομένης της διαφήμισης και του μάρκετινγκ, ενός εμπορευομένου, άμεσα συνδεόμενη με την προώθηση, πώληση ή προμήθεια ενός προϊόντος σε καταναλωτές».

41. Όπως εξέθεσα διεξοδικώς με τις προτάσεις μου στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-261/07 (VTB-VAB) και C-299/07 (Galatea) [15] και όπως επιβεβαίωσε το Δικαστήριο με την απόφασή του επί των υποθέσεων αυτών [16], οι συνοδευόμενες με δώρα προσφορές αποτελούν εμπορικές πράξεις που σαφώς εντάσσονται στο πλαίσιο της εμπορικής στρατηγικής ενός εμπορευόμενου και αφορούν ευθέως την προώθηση των προϊόντων του και τη διοχέτευσή τους στην αγορά. Αποτελούν κατά συνέπεια εμπορικές πρακτικές κατά την έννοια του άρθρου 2, στοιχείο δ΄, της οδηγίας 2005/29, οπότε η κατά το άρθρο 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG απαγόρευση των συνοδευόμενων με δώρα προσφορών εμπίπτει στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας [17].

2. Προσωπικό πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2005/29

42. Το αν η επίμαχη εθνική νομοθετική ρύθμιση του άρθρου 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG εμπίπτει στο προσωπικό πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, εξαρτάται από το αν επιδιώκει, όπως και η οδηγία, την προστασία των καταναλωτών.

14 — Βλ. αποφάσεις VTB-VAB και Galatea (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 4, σκέψη 49) και Plus (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 5, σκέψεις 36 και 39). Βλ. Keirsbilck, B., «Towards a single regulatory framework of unfair commercial practices?», *European business law review,* 4/2009, σ. 505, κατά τον οποίο η οδηγία 2005/29 διακρίνεται για το ευρύτατο πεδίο εφαρμογής της.

15 — Βλ. τις προτάσεις μου της 21ης Οκτωβρίου 2008 στις υποθέσεις VTB-VAB και Galatea (απόφαση προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 4, σημεία 68 έως 70).

16 — Απόφαση VTB-VAB και Galatea (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 4, σκέψεις 48 και 50). Βλ., σε σχέση με διαφημιστική εκστρατεία που εξαρτούσε τη δωρεάν συμμετοχή σε κλήρωση από την αγορά ορισμένης ποσότητας προϊόντων ή υπηρεσιών, απόφαση Plus (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 5, σκέψη 37).

17 — Βλ. επίσης Heidinger, R., «Zugabenverbot, quo vadis?», *Medien und Recht,* 1/2009, σ. 45, που θεωρεί ότι η οδηγία 2005/29 έχει εφαρμογή διότι η κατά το άρθρο 9a UWG απαγόρευση των δώρων πρέπει να θεωρείται ως ρύθμιση των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών έναντι των καταναλωτών.

α) Ο τομέας που καλύπτεται από την οδηγία 2005/29

43. Ειδικότερα, η οδηγία διέπει καταρχήν μόνον τον τομέα B2C (business to consumer), δηλαδή τη σχέση εμπορευόμενων και καταναλωτών. Αυτό προκύπτει αφενός από τη διάταξη του άρθρου 3, παράγραφος 1, κατά την οποία η εν λόγω οδηγία ισχύει για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές *των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές,* πριν, κατά τη διάρκεια και ύστερα από εμπορική συναλλαγή σχετιζομένη με συγκεκριμένο προϊόν. Το εν λόγω πλαίσιο υπογραμμίζει ιδιαιτέρως η όγδοη αιτιολογική σκέψη, σύμφωνα με την οποία η οδηγία προστατεύει *ρητώς μόνο τα οικονομικά συμφέροντα των καταναλωτών* από τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων έναντι των καταναλωτών [18].

44. Εκτιμώ όμως ότι θα ήταν λάθος να υποτεθεί ότι η οδηγία θεωρεί έτσι τα οικονομικά συμφέροντα των ανταγωνιστών που ασκούν τις δραστηριότητές τους με θεμιτό τρόπο ως λιγότερο άξια προστασίας [19]. Τούτο επισήμανα πλέον πρόσφατα με τις προτάσεις μου της 3ης Σεπτεμβρίου 2009 στην υπόθεση C-304/08 (Plus) σε σχέση με συναφή ισχυρισμό της Αυστριακής Κυβερνήσεως [20]. Ειδικότερα, όπως συνάγεται σαφώς από την όγδοη αιτιολογική σκέψη, η οδηγία προστατεύει *εμμέσως τους επιχειρηματίες που ασκούν τις δραστηριότητές τους με θεμιτό τρόπο έναντι των ανταγωνιστών* που δεν τηρούν τους κανόνες της οδηγίας. Κανονιστική έκφραση τούτου αποτελεί το άρθρο 11, παράγραφος 1, της οδηγίας, από το οποίο προκύπτει η υποχρέωση των κρατών μελών να δέχονται, σε περίπτωση μη συνάδουσας προς την οδηγία συμπεριφοράς, ενεργητική νομιμοποίηση και των ανταγωνιστών, προκειμένου αυτοί να μπορούν να προσφύγουν στη δικαιοσύνη κατά των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών.

45. Πρωτεύουσα σημασία έχει η διακήρυξη στην έκτη αιτιολογική σκέψη ότι η οδηγία 2005/29 επιδιώκει την προσέγγιση της

18 — Βλ. επίσης Hoeren, T., «Das neue UWG – der Regierungsentwurf im Überblick», *Betriebs-Berater,* 2008, σ. 1183· Stuyck, J., «The Unfair Commercial Practices Directive and its Consequences for the Regulation of Sales Promotion and the Law of Unfair Competition», *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques,* Norfolk 2007, σ. 166.

19 — Βλ. επίσης Koppensteiner, H.-G., «Grundfragen des UWG im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken», *Wirtschaftsrechtliche Blätter,* 2006, τεύχος 12, σ. 558, κατά τον οποίο θα ήταν εσφαλμένο να θεωρηθεί ότι η οδηγία 2005/29 δεν έχει καμία σημασία για τις σχέσεις μεταξύ των επιχειρήσεων. Ο συγγραφέας στηρίζει την επιχειρηματολογία του τόσο στην έκτη όσο και στην όγδοη αιτιολογική σκέψη, από την οποία προκύπτει ότι τα οικονομικά συμφέροντα των ανταγωνιστών που ασκούν τις δραστηριότητές τους με θεμιτό τρόπο τυγχάνουν έμμεσης προστασίας, καθώς και στο άρθρο 11, παράγραφος 1, της οδηγίας, κατά το οποίο τα κράτη μέλη υποχρεούνται, σε περίπτωση μη συνάδουσας προς την οδηγία συμπεριφοράς, να δέχονται ενεργητική νομιμοποίηση και των ανταγωνιστών. Στο άρθρο του ιδίου συγγραφέα «Das UWG nach der Novelle 2007», *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts,* Tübingen 2009, σ. 86, υποσημείωση 8, επισημαίνεται ότι η οδηγία 2005/29 προστατεύει εμμέσως και τους ανταγωνιστές.

20 — Βλ. τα σημεία 35 και 64 των προτάσεών μου της 3ης Σεπτεμβρίου 2009 στην υπόθεση C-304/08 (Plus).

νομοθεσίας των κρατών μελών για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές, οι οποίες βλάπτουν *άμεσα* τα οικονομικά συμφέροντα των καταναλωτών και, συνεπώς, *εμμέσως* τα οικονομικά συμφέροντα των ανταγωνιστών που ασκούν τις δραστηριότητές τους με θεμιτό τρόπο. Στο πλαίσιο της οδηγίας συνεκτιμάται έτσι το γεγονός ότι δεν είναι πάντοτε δυνατή η σαφής διάκριση μεταξύ των συμφερόντων των καταναλωτών και των συμφερόντων των ανταγωνιστών, διότι πολύ συχνά αλληλοεπικαλύπτονται [21]. Πολλές εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων έχουν επιπτώσεις τόσο στα συμφέροντα των καταναλωτών όσο και στα συμφέροντα των ανταγωνιστών. Έχοντας συνείδηση αυτής της στενής σχέσης, ο κοινοτικός νομοθέτης αποφάσισε να λάβει υπόψη του τα συμφέροντα της προστασίας των καταναλωτών στο πλαίσιο ρυθμίσεως η οποία στην πραγματικότητα εντάσσεται στην πολιτική του ανταγωνισμού, όπως είναι η ρύθμιση της οδηγίας 2005/29 [22]. Ο προσανατολισμός της οδηγίας στη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς, ο οποίος την εντάσσει στο πλαίσιο της πολιτικής του ανταγωνισμού, δεν έρχεται μεθοδολογικώς σε αντίθεση με τον προσανατολισμό, στο πλαίσιο του κανονιστικού προστατευτικού σκοπού της, στα τυπικά συμφέροντα του ευρωπαίου καταναλωτή [23]. Έτσι, παραδείγματος χάριν, η προβλεπόμενη στο άρθρο 11, παράγραφος 1,

21 — Ο Marsland, V., «Unfair Commercial Practices: Stamping out Misleading Packaging», *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk 2007, σ. 194, επισημαίνει ορθώς ότι η οδηγία 2005/29, παρά τον προσανατολισμό της στην προστασία των καταναλωτών, αναγνωρίζει ότι τα συμφέροντα των καταναλωτών και των ανταγωνιστών συμπίπτουν όσον αφορά τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές και ότι αποτελεί κοινό συμφέρον των καταναλωτών και των ανταγωνιστών να τηρούνται οι κανόνες από όλους τους εμπορευόμενους. Ο Büllesbach, E., *Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken,* Μόναχο 2008, σ. 16, επισημαίνει ότι πολλές εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων έχουν επιπτώσεις τόσο στα συμφέροντα των καταναλωτών όσο και στα συμφέροντα των ανταγωνιστών. Κατά συνέπεια, προκειμένου να συναχθούν ορθά συμπεράσματα κατά τη νομική εκτίμηση του θεμιτού χαρακτήρα των εμπορικών πρακτικών, απαιτείται θεώρησή τους κατά πολυδιάστατο τρόπο που να λαμβάνει υπόψη κατά τρόπο ενιαίο τα συμφέροντα όλων των ενδιαφερομένων. Έτσι, το ότι η προστασία των ανταγωνιστών και η προστασία των καταναλωτών κατά γενικό κανόνα αποτελούν «τις δύο όψεις του ίδιου νομίσματος», δείχνει παραδείγματος χάριν η περίπτωση της παραπλανητικής διαφήμισης, η οποία θίγει όχι μόνο τα οικονομικά συμφέροντα του καταναλωτή, αλλά και των ανταγωνιστών, καθόσον βλάπτει τις εμπορικές ευκαιρίες τους. Τα ίδια ισχύουν ως προς τη δυσφήμιση, η οποία αφενός βλάπτει εκείνον που δέχεται τις άδικες επικρίσεις και αφετέρου αλλοιώνει τα θεμέλια της αποφάσεως του καταναλωτή που λαμβάνει εσφαλμένη πληροφόρηση. Ο Bargelli, E., «L'àmbito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: La nozione di pratica commerciale», *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori,* Τορίνο 2007, σ. 80, επισημαίνει τη δυσχέρεια οριοθετήσεως μεταξύ των συμφερόντων των καταναλωτών και των συμφερόντων των ανταγωνιστών. Κατά τον Schuhmacher, W., «The Unfair Commercial Practices Directive», *Law Against Unfair Competition – Towards a New Paradigm in Europe* (επιμέλεια Reto M. Hilty/Frauke Henning-Bodewig), Βερολίνο/Χαϊδελβέργη 2007, σ. 132, η οδηγία 2005/29 δείχνει σαφώς ότι στο δίκαιο ανταγωνισμού υπάρχουν περιπτώσεις στις οποίες δεν μπορεί να γίνει διαχωρισμός μεταξύ της προστασίας των ανταγωνιστών και της προστασίας των καταναλωτών.

22 — Ο Gamerith, H., «Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: bisherige rechtspolitische Überlegungen zu einer Neugestaltung des österreichischen UWG», *Lauterkeitsrecht im Umbruch,* 2005, σ. 157, υποστηρίζει μάλιστα την άποψη ότι, στο πλαίσιο του ρυθμιστικού πεδίου της, η οδηγία 2005/29 δεν προβαίνει πράγματι σε διάκριση μεταξύ των συμφερόντων των καταναλωτών και των ανταγωνιστών, αλλά περιέχει ένα «ατελές σύστημα B2B + B2C» πράγμα που συνηγορεί υπέρ της απόψεως περί μεταφοράς της οδηγίας με τον αυστριακό UWG.

23 — Βλ. επίσης Kessler, J., «Lauterkeitsschutz und Wettbewerbsordnung – Zur Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland und Österreich», *Wettbewerb in Recht und Praxis,* 2007, τεύχος 7, σ. 716. Βλ. επίσης Falce, V./Ghidini, G., «The new regime on unfair commercial practices at the intersection of consumer protection», *Competition law and unfair competition, Antitrust between EC law and national law,* 2009, σ. 374, οι οποίοι εκθέτουν ότι με την οδηγία 2005/29 ο κοινοτικός νομοθέτης στηρίζεται στην υπόθεση ότι μόνον ο ελεύθερος ανταγωνισμός στην εσωτερική αγορά μπορεί να εξασφαλίσει την ελευθερία αποφάσεως του καταναλωτή.

της οδηγίας αναγνώριση στους ενδιαφερόμενους ανταγωνιστές της ενεργητικής νομιμοποιήσεως για να ασκήσουν αγωγές επί παραλείψει κατά των ανταγωνιστών τους που ενεργούν κατά τρόπο αθέμιτο, ασφαλώς μπορεί να αποβεί εις όφελος της προστασίας των καταναλωτών [24].

ανταγωνιστές και αφετέρου των εμπορικών πρακτικών που μπορούν να βλάψουν τα συμφέροντα μόνον μίας εκ των δύο κατηγοριών προσώπων. Έτσι, στην όγδοη αιτιολογική σκέψη αναφέρεται ότι φυσικά μπορούν να υπάρχουν άλλες εμπορικές πρακτικές οι οποίες, μολονότι δεν βλάπτουν τους καταναλωτές, ενδέχεται να βλάψουν τους ανταγωνιστές και τους πελάτες των επιχειρήσεων.

47. Όπως διαπίστωσε το Δικαστήριο με την απόφαση της 14ης Ιανουαρίου 2010 στην υπόθεση Plus, η δεύτερη αυτή περίπτωση δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας [25], διότι, όπως προκύπτει από την έκτη αιτιολογική σκέψη της, δεν καλύπτει ούτε θίγει τους εθνικούς νόμους για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές που βλάπτουν *μόνο* τα οικονομικά συμφέροντα των ανταγωνιστών ή τις πρακτικές που αφορούν εμπορικές συναλλαγές. Η λέξη «μόνο» έχει, όπως προκύπτει από τη σύγκριση ορισμένων γλωσσικών αποδόσεων της οδηγίας 2005/29 [26], συνήθως την έννοια

46. Παρά ταύτα, η οδηγία προβαίνει σε σαφή διάκριση, προκειμένου να οριοθετήσει καλύτερα το πεδίο εφαρμογής της μεταξύ αφενός των εμπορικών πρακτικών που βλάπτουν τόσο τους καταναλωτές όσο και τους

24 — Βλ. επίσης Gamerith, H., όπ.π. (υποσημείωση 22), σ. 157, κατά τον οποίο οι αξιώσεις επί παραλείψει των ενδιαφερόμενων εμπορευομένων κατά των ανταγωνιστών τους που ενεργούν κατά τρόπο αθέμιτο αυξάνουν την προστασία των καταναλωτών, κατά το μέτρο που ανάγονται στην απαγόρευση οποιασδήποτε αθέμιτης επιρροής στην ελευθερία αποφάσεως του καταναλωτή μέσω απάτης, αιφνιδιασμού, δελεασμού, ασκήσεως πίεσης κ.λπ.

25 — Βλ. απόφαση Plus (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 5, σκέψη 39). Βλ. Micklitz, H.-W., «Full Harmonization of Unfair Commercial Practices Under Directive 2005/29», *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2009, τεύχος 4, σ. 373, κατά τον οποίο η οδηγία 2009/25 έχει εφαρμογή σε σχέσεις του τομέα B2B εφόσον πληρούνται δύο προϋποθέσεις: η επίμαχη εμπορική πρακτική θίγει άμεσα τα συμφέροντα των καταναλωτών και εμμέσως τα συμφέροντα των ανταγωνιστών. Ο συγγραφέας εκφράζει τον φόβο ότι ο περιορισμός αυτός του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας θα μπορούσε να επιτρέψει νέες στρατηγικές άμυνας. Έτσι, οι επιχειρήσεις θα μπορούσαν να μπουν στον πειρασμό να ισχυριστούν ότι οι εμπορικές πρακτικές τους αφορούν μόνο σχέσεις του τομέα B2B.

26 — Στα γερμανικά: «lediglich»· στα δανικά: «udelukkende»· στα αγγλικά: «only»· στα γαλλικά: «uniquement»· στα ιταλικά: «unicamente»· στα ολλανδικά: «alleen»· στα πορτογαλικά: «apenas»· στα σλοβενικά: «samo»· στα ισπανικά: «sólo».

της αποκλειστικότητας. Αντιστοίχως, στην έκτη αιτιολογική σκέψη αναφέρεται επίσης ότι τα κράτη μέλη, λαμβάνοντας πλήρως υπόψη τους την αρχή της επικουρικότητας, θα συνεχίσουν να είναι σε θέση να ρυθμίζουν τέτοιου είδους πρακτικές, σύμφωνα με το κοινοτικό δίκαιο, εφόσον επιλέξουν να το πράττουν.

Ο προστατευτικός σκοπός της κατά το άρθρο 9α, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG απαγορεύσεως

i) Επί της διαφορετικής σταθμίσεως των προστατευόμενων αγαθών

48. Ανακύπτει κατά συνέπεια το ερώτημα αν η επίμαχη απαγόρευση των συνοδευόμενων με δώρα προσφορών που θεσπίζεται με το άρθρο 9α, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG συνιστά τέτοια εθνική νομοθετική διάταξη η οποία σκοπεί στην απαγόρευση μιας εμπορικής πρακτικής που βλάπτει *μόνο* τα οικονομικά συμφέροντα των ανταγωνιστών. Το αιτούν δικαστήριο [27] και η Αυστριακή Κυβέρνηση [28] επισημαίνουν συναφώς ότι η επίμαχη απαγόρευση των συνοδευόμενων με δώρα προσφορών που θεσπίζεται με το άρθρο 9α, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG έχει άλλο νομοθετικό σκοπό, υπερβαίνοντα την προστασία των καταναλωτών που επιδιώκεται από την οδηγία.

49. Ειδικότερα, η εν λόγω απαγόρευση σκοπεί, εκτός από την προστασία των καταναλωτών, τόσο στη διαφύλαξη της καλής λειτουργίας του ανταγωνισμού όσο και στην προστασία της πολυφωνίας των μέσων μαζικής ενημέρωσης. Με το να εμποδίζονται οι ανταγωνιστές να πλειοδοτούν σε επιπλέον πρόσθετες παροχές, επιδιώκεται προπαντός να προστατευθούν οι ανταγωνιστές εκείνοι που λόγω περιορισμένων οικονομικών μέσων δεν είναι σε θέση να προωθήσουν τις πωλήσεις των προϊόντων τους με την προσφορά δώρων. Η προστασία αυτή είναι δικαιολογημένη, δεδομένης της σημασίας των μέσων μαζικής ενημέρωσης ως παράγοντα διαμόρφωσης της κοινής γνώμης σε μια δημοκρατική κοινωνία. Τούτο προβλήθηκε από την Αυστριακή Κυβέρνηση ήδη στην υπόθεση C-368/95, Familiapress [29], που αφορούσε το συμβατό της απαγορεύσεως αυτής με την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, το δε Δικαστήριο δεν αμφισβήτησε ότι πρόκειται για θεμιτό νομοθετικό σκοπό, ο οποίος καταρχήν δικαιολογεί τον περιορισμό της εν λόγω θεμελιώδους ελευθερίας.

50. Διαπιστώνεται όμως ότι οι εκτιμήσεις όσον αφορά τη στάθμιση των κατά τον UWG προστατευόμενων αγαθών αποκλίνουν ως προς επιμέρους σημεία.

27 — Βλ. σ. 10 έως 12 της διατάξεως περί παραπομπής.

28 — Βλ. σ. 4 και 5 του υπομνήματος της Αυστριακής Κυβερνήσεως.

29 — Απόφαση της 26ης Ιουνίου 1997, C-368/95, Familiapress (Συλλογή 1997, σ. I-3689).

51. Κατά το αιτούν δικαστήριο, το άρθρο 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG δεν υπηρετεί, σύμφωνα με την εικαζόμενη αξιολόγηση του αυστριακού νομοθέτη, κυρίως τους σκοπούς της προστασίας του καταναλωτή, αλλά «τουλάχιστον εξίσου» και την προστασία των ανταγωνιστών και τη διαφύλαξη της καλής λειτουργίας της αγοράς [30]. Τούτο αμφισβητείται όμως ρητώς από την Αυστριακή Κυβέρνηση, η οποία προβάλλει ότι η απαγόρευση των συνοδευόμενων με δώρα προσφορών χρησιμεύει «πρωτίστως» για την προστασία της καλής λειτουργίας του ανταγωνισμού στον τομέα των μέσων μαζικής ενημέρωσης [31], χωρίς όμως να υποβάλλει πειστικές αποδείξεις προς θεμελίωση της νομικής αυτής εκτιμήσεως, καθόσον μάλιστα στις παρατηρήσεις της όσον αφορά την προσφορά περιοδικού σε συνδυασμό με διαφημιστικό παίγνιο στην υπόθεση της κύριας δίκης επανειλημμένως προειδοποιεί για τον κίνδυνο να επηρεαστεί ανεπίτρεπτα ο καταναλωτής μέσω της εκμεταλλεύσεως του πάθους του για τα παίγνια [32]. Κατ' εμέ, δεν χωρεί αμφιβολία ότι η μέριμνα που εκφράζει με τις παρατηρήσεις της η Αυστριακή Κυβέρνηση ανάγεται προπαντός στην προστασία των καταναλωτών.

52. Όσον αφορά τις διαφορετικές αυτές τοποθετήσεις σχετικά με την ερμηνεία του εθνικού δικαίου πρέπει να επισημάνω τα εξής.

53. Πρέπει αφενός να υπομνησθεί ότι η διαδικασία του άρθρου 234 ΕΚ βασίζεται στη συνεργασία του Δικαστηρίου με τα εθνικά δικαστήρια, κατά την οποία δεν εναπόκειται στο Δικαστήριο να αποφαίνεται επί της ερμηνείας εθνικών διατάξεων ούτε να κρίνει αν η ερμηνεία τους από το αιτούν δικαστήριο είναι ορθή [33]. Αντιθέτως, το Δικαστήριο καταρχήν έχει τη δικονομική υποχρέωση, στο πλαίσιο της κατανομής αρμοδιοτήτων μεταξύ των κοινοτικών δικαστηρίων και των δικαστηρίων των κρατών μελών, να λαμβάνει υπόψη το πραγματικό και νομοθετικό πλαίσιο εντός του οποίου εντάσσονται τα προδικαστικά ερωτήματα όπως ακριβώς εξειδικεύεται από την απόφαση περί παραπομπής [34].

54. Αφετέρου, αυτή η διαφορά στις εκτιμήσεις αποδεικνύεται εν τέλει ασήμαντη από απόψεως ουσιαστικού δικαίου, διότι εν πάση περιπτώσει ουδόλως αμφισβητείται ότι η ρύθμιση του άρθρου 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG δεν στοχεύει στην απαγόρευση των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών οι οποίες, κατά την έννοια της έκτης αιτιολογικής σκέψεως της οδηγίας, βλάπτουν *μόνο* τα οικονομικά συμφέροντα των ανταγωνιστών ή των πρακτικών που αφορούν εμπορικές

30 — Βλ. σ. 10 έως 12 της διατάξεως περί παραπομπής.

31 — Βλ. σημείο 11, σ. 4, του υπομνήματος της Αυστριακής Κυβερνήσεως.

32 — Κατά το μέτρο αυτό, η επιχειρηματολογία της ομοιάζει προς τους ισχυρισμούς της Γερμανικής Κυβερνήσεως στην υπόθεση C-304/08 (Plus), που αφορούσε το συμβατό μιας εθνικής νομοθετικής ρυθμίσεως (άρθρο 4, σημείο 6, του γερμανικού UWG), η οποία απαγόρευε τις προσφορές που συνοδεύονταν με διαφημιστικούς διαγωνισμούς ή παίγνια. Η απαγόρευση αυτή οφειλόταν προπαντός σε λόγους προστασίας των καταναλωτών. Βλ. σχετικά με την επιχειρηματολογία της Γερμανικής Κυβερνήσεως στην υπόθεση εκείνη τις προτάσεις μου της 3ης Σεπτεμβρίου 2009 και ειδικότερα τα σημεία 93, 107.

33 — Βλ. συναφώς αποφάσεις της 3ης Οκτωβρίου 2000, C-58/98, Corsten (Συλλογή 2000, σ. I-7919, σκέψη 24), και της 29ης Απριλίου 2004, C-482/01 και C-493/01, Ορφανόπουλος και Oliveri (Συλλογή 2004, σ. I-5257, σκέψη 42).

34 — Βλ. αποφάσεις της 25ης Οκτωβρίου 2001, C-475/99, Ambulanz Glöckner (Συλλογή 2001, σ. I-8089, σκέψη 10), της 13ης Νοεμβρίου 2003, C-153/02, Neri (Συλλογή 2003, σ. I-13555, σκέψεις 34 και 35), Ορφανόπουλος και Oliveri (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 33, σκέψη 42) και της 21ης Απριλίου 2005, C-267/03, Lindberg (Συλλογή 2005, σ. I-3247, σκέψεις 41 και 42).

συναλλαγές. Αντιθέτως, γίνεται ομόφωνα δεκτό ότι το άρθρο 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG, ως εκ του ρυθμιστικού σκοπού του, απαγορεύει αθέμιτες εμπορικές πρακτικές οι οποίες έχουν πάντοτε επιπτώσεις στον τομέα B2C. Επομένως, εν πάση περιπτώσει η ρύθμιση του άρθρου 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG εμπίπτει στο ρυθμιστικό πεδίο της οδηγίας 2005/29, χωρίς να ενδιαφέρει το αν η απαγόρευση αυτή των συνοδευόμενων με δώρα προσφορών αποσκοπεί πρωτίστως στην προστασία ορισμένου εννόμου αγαθού, στην προστασία των συμφερόντων των καταναλωτών, των ανταγωνιστών ή του κοινού, παραδείγματος χάριν διά της διαφυλάξεως της πολυφωνίας των μέσων μαζικής ενημέρωσης. Επομένως, δεν χρειάζεται από νομικής απόψεως να κριθεί, για τους σκοπούς της παρούσας διαδικασίας εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως, αν και σε ποιον βαθμό η επίμαχη εθνική νομοθετική ρύθμιση επιδιώκει, όπως προέβαλε η Αυστριακή Κυβέρνηση, και τον σκοπό της διαφυλάξεως της πολυφωνίας των μέσων μαζικής ενημέρωσης.

ii) Εξέταση των κρίσιμων εθνικών διατάξεων και της κρίσιμης εθνικής νομολογίας

55. Λαμβάνοντας υπόψη την ανάγκη να δοθεί χρήσιμη απάντηση στα προδικαστικά ερωτήματα του αιτούντος δικαστηρίου [35], και εκπληρώνοντας ταυτοχρόνως το καθήκον που υπέχουν οι γενικοί εισαγγελείς από το άρθρο 222 ΕΚ να διατυπώνουν δημοσία, με πλήρη αμεροληψία και ανεξαρτησία, αιτιολογημένες προτάσεις [36], επισημαίνω εν πάση περιπτώσει ότι η εξέταση των οικείων ρυθμίσεων, καθώς και των στοιχείων των προπαρασκευαστικών εργασιών για τη θέσπιση του UWG, αποκαλύπτει ότι ο αυστριακός νομοθέτης προσέδωσε στην προστασία των καταναλωτών τουλάχιστον εξίσου μεγάλη σημασία με την προστασία των ανταγωνιστών. Έτσι, από την αιτιολογική έκθεση του νομοσχεδίου της UWG-Novelle 2007 [37] πρέπει να συναχθεί ότι ο UWG κατ' ουσίαν δεν ρυθμίζει τον τομέα B2B διαφορετικά απ' ό,τι τον τομέα B2C, δεδομένου ότι, κατά τον

35 — Με την απόφαση της 12ης Ιουλίου 1979, 244/78, Union Laitière Normande (Συλλογή τόμος 1979/II, σ. 307, σκέψη 5), το Δικαστήριο διακήρυξε ότι το άρθρο 234 ΕΚ δεν του επιτρέπει να κρίνει τους λόγους της παραπομπής, όμως η ανάγκη λυσιτελούς ερμηνείας του κοινοτικού δικαίου μπορεί να απαιτεί να καθορίζεται το νομικό πλαίσιο εντός του οποίου πρέπει να τοποθετείται η αιτούμενη ερμηνεία. Κατά τους Lenaerts, K./Arts, A./Maselis, I., *Procedural Law of the European Union,* 2η έκδοση, σ. 188, σημεία 6-021, τίποτε δεν εμποδίζει το Δικαστήριο να εκθέσει τον τρόπο με τον οποίο αντιλαμβάνεται τα πραγματικά περιστατικά της κύριας δίκης, και ορισμένες πτυχές του εθνικού δικαίου, ως αφετηρία για τη λυσιτελή ερμηνεία των εφαρμοστέων κοινοτικών διατάξεων και αρχών του κοινοτικού δικαίου.

36 — Κατά τον γενικό εισαγγελέα Ruiz-Jarabo Colomer, «La función del Abogado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Problèmes d'interprétation,* Βρυξέλλες 2004, σ. 334 επ., οι προτάσεις του γενικού εισαγγελέα πρέπει να χρησιμεύουν στους δικαστές ως βάση για τις διασκέψεις. Πρέπει κατά κανόνα να δίνουν απάντηση σε όλα τα νομικά ζητήματα που ανακύπτουν στο πλαίσιο της διαδικασίας, εξετάζοντας εκτενώς τη μέχρι τούδε υφιστάμενη νομολογία του Δικαστηρίου. Ο γενικός εισαγγελέας υπογραμμίζει και την αυξανόμενη σημασία της νομικής θεωρίας κατά την εξέταση των εν λόγω ζητημάτων.

37 — Στις «Erläuterungen zur Regierungsvorlage für ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG geändert wird [αιτιολογική έκθεση του νομοσχεδίου για την τροποποίηση του Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG](UWG-Novelle 2007)», που δημοσιεύθηκαν στο περιοδικό *Recht und Wettbewerb,* 53ο έτος, αριθ. 170, Δεκέμβριος 2007, σ. 13, αναφέρονται τα εξής: «όπως και ο ισχύων UWG, το σχέδιο δεν ρυθμίζει κατ' ουσίαν τον τομέα B2B διαφορετικά απ' ό,τι τον τομέα B2C, διότι η προστασία των ανταγωνιστών και η προστασία των καταναλωτών δεν μπορούν να διαχωριστούν».

αυστριακό νομοθέτη, η προστασία των ανταγωνιστών και η προστασία των καταναλωτών «δεν μπορούν να διαχωριστούν».

56. Η εκτίμηση αυτή συμφωνεί με την κρατούσα στη νομική θεωρία γνώμη, κατά την οποία, ιδίως για τον λόγο που προαναφέρθηκε, ο UWG, εκτός από τα συμφέροντα των ανταγωνιστών και του κοινού, προστατεύει εξίσου και τα συμφέροντα των καταναλωτών και κατά συνέπεια δέχεται την ύπαρξη «τριπλού προστατευτικού σκοπού» [38]. Το ίδιο ισχύει και για την επίμαχη εν προκειμένω ρύθμιση του άρθρου 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG, της οποίας ο προστατευτικός για τους καταναλωτές χαρακτήρας δεν αμφισβητείται στη νομική θεωρία [39].

57. Διαπιστώνεται επιπλέον ότι και κατά τη νομολογία του Oberste Gerichtshof [40] – η οποία εν μέρει παραπέμπει στις υποστηριζόμενες στη νομική θεωρία απόψεις – ο σκοπός της κατά το άρθρο 9a, παράγραφος 1,

38 — Κατά την Prunbauer, M., «Kommentar zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarkt-internen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern – ein missglückter Ansatz der Harmonisierung des Lauterkeitsrechts in der EU», *Recht und Wettbewerb,* 49ο έτος, αριθ. 161, Σεπτέμβριος 2003, σ. 3, ο UWG δεν αφορά καταρχήν μόνον τις σχετικές με το δίκαιο προστασίας των καταναλωτών πτυχές των ανταγωνιστικών πρακτικών, αλλά εξίσου και τις πτυχές που αφορούν τους ανταγωνιστές και το κοινό. Μια μέθοδος διαφημίσεως δεν είναι δυνατόν να εξετάζεται ή να κρίνεται μονομερώς υπό το πρίσμα και μόνο των καταναλωτών. Η προστασία των ανταγωνιστών και των συμφερόντων του κοινού σε έναν καλώς λειτουργούντα ανταγωνισμό καλύτερης προσφοράς υπηρετεί, εμμέσως τουλάχιστον, και την προστασία των καταναλωτών, διότι έτσι διασφαλίζεται, και προς το συμφέρον των καταναλωτών, η λειτουργικότητα του ανταγωνισμού. Από τα ανωτέρω η συγγραφέας συνάγει ότι μια ανταγωνιστική πράξη δεν είναι εύλογο να διαχωρίζεται, ούτε στην πράξη της οικονομικής ζωής ούτε στη θεωρία, σε «τμήμα που αφορά τον ανταγωνισμό υπό το πρίσμα των καταναλωτών» και σε «τμήμα που αφορά τον ανταγωνισμό υπό το πρίσμα των επιχειρηματιών». Κατά τον Wiebe, A., «Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform», *Juristische Blätter,* 129ο έτος, τεύχος 2, Φεβρουάριος 2007, σ. 71, από μακρού δεν αμφισβητείται, όσον αφορά την Αυστρία και τη Γερμανία, ότι ο UWG υπηρετεί την προστασία των ανταγωνιστών, των καταναλωτών και του γενικού συμφέροντος, όπως προβλέπεται ρητώς στο άρθρο 1 του νέου γερμανικού UWG. Ο εγγενής σύνδεσμος μεταξύ των προστατευτικών σκοπών καθιστά στην πραγματικότητα φύσει αδύνατο τον διαχωρισμό των νομικών ρυθμίσεων μεταξύ των πράξεων του τομέα B2B και του τομέα B2C. Ομοίως και ο Büllesbach, E., όπ.π. (υποσημείωση 21), σ. 15, ο οποίος αναφέρεται στον τριπλό προστατευτικό σκοπό (καταναλωτές, ανταγωνιστές, κοινό) που αποτελεί τη βάση του νομικού καθεστώτος το οποίο διέπει τον αθέμιτο ανταγωνισμό στη Γερμανία και στην Αυστρία. Ο Lettner, H., «Die Umsetzung der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – Eine Bilanz des UWG-Neu in Österreich und Deutschland», *European Law Reporter,* 2009, αριθ. 9, σ. 313, επισημαίνει και αυτός ότι ο αυστριακός UWG αποβλέπει συνολικά στην προστασία των συμφερόντων των επιχειρηματιών, του κοινού και των καταναλωτών.

39 — Έτσι, η Duursma-Kepplinger, D., όπ.π. (υποσημείωση 11), επισημαίνει ότι το άρθρο 9a UWG υπηρετεί και την προστασία των καταναλωτών (παράγραφος 16, σημείο 24, σ. 808). Ο σκοπός του νομοθετικού περιορισμού της προσφοράς δώρων έγκειται μεταξύ άλλων στην προστασία των αγοραστών από μη αντικειμενική και παραπλανητική διαφήμιση μέσω δώρων, καθώς και στο να αποφευχθεί η πλειοδοσία των ανταγωνιστών σε (επιπλέον) πρόσθετες παροχές (άρθρο 9a, σημείο 2, σ. 276). Η συγγραφέας υποστηρίζει ότι η πραγματική επιδίωξη του UWG είναι η συνολική προληπτική προστασία των γενικών συμφερόντων των ανταγωνιστών προς διαφύλαξη του ανταγωνισμού από αθέμιτες πρακτικές (παράγραφος 16, σημείο 26, σ. 810). Κατά τον Horak, M., «Naht das Ende des Zugabenverbots?», *Ecolex,* 2008, σ. 1138, σκοπός της απαγορεύσεως των δώρων κατά το άρθρο 9a UWG είναι κυρίως η προστασία των καταναλωτών. Ο συγγραφέας παραπέμπει συναφώς στην παρατιθέμενη στην υποσημείωση 40 των ανά χείρας προτάσεων απόφαση του Oberste Gerichtshof. Βλ. επίσης Kucsko, G., «Zur rechtspolitischen Begründung des Zugabenverbots», *Ecolex,* 1992, σ. 709, που αφηγείται το ιστορικό της θεσπίσεως της απαγορεύσεως των δώρων στην Αυστρία από τις απαρχές του εικοστού αιώνα. Ο συγγραφέας επισημαίνει ότι ο πρωταρχικός σκοπός της αυστριακής «Zugabenverbot» [απαγόρευση των δώρων] από τότε που θεσπίστηκε είναι να μην επηρεάζουν τα δώρα κατά μη αντικειμενικό τρόπο την απόφαση αγοράς του καταναλωτή και να μη συγκαλύπτουν την πραγματική τιμή του κύριου προϊόντος, παραπλανώντας έτσι τον πελάτη. Εξάλλου, η απαγόρευση αυτή έχει ως σκοπό να εμποδίσει την πλειοδοσία μεταξύ ανταγωνιστικών επιχειρήσεων.

40 — Βλ. απόφαση του Oberste Gerichtshof της 9ης Μαρτίου 1999, Fini's Feinstes (αριθμός αναφοράς 4 Ob 28/99t). Η απόφαση αυτή αναφέρει τα εξής: «Ο σκοπός της απαγορεύσεως των δώρων έγκειται κυρίως στην προστασία των καταναλωτών: η κρίση των καταναλωτών – παραδείγματος χάριν σε περίπτωση που παρέχεται δυνατότητα συμμετοχής σε διαφημιστικό παίγνιο – δεν επιτρέπεται να συσκοτίζεται από την έξη του παιγνίου και τη γοητεία του κέρδους. Η απόφαση της αγοράς πρέπει να λαμβάνεται ενόψει της ποιότητας και της τιμής του προϊόντος και επί τη βάσει προσήκουσας συγκρίσεως των προϊόντων και όχι περισσότερο ή λιγότερο απερίσκεπτα, προς απόκτηση του βραβείου που προσφέρεται ως δέλεαρ.»

UWG απαγορεύσεως των δώρων έγκειται κυρίως στην προστασία των καταναλωτών. Κατά τη νομολογία αυτή, η κρίση των καταναλωτών – παραδείγματος χάριν σε περίπτωση που παρέχεται δυνατότητα συμμετοχής σε διαφημιστικό παίγνιο – δεν επιτρέπεται να συσκοτίζεται από την έξη του παιγνίου και τη γοητεία του κέρδους.

γ) Συμπέρασμα

59. Κατόπιν των προεκτεθέντων καταλήγω στο συμπέρασμα ότι η εθνική νομοθετική ρύθμιση του άρθρου 9α, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2005/29. Έτσι, πρέπει να εκτιμηθεί υπό το πρίσμα των επιταγών της οδηγίας [41].

3. Εξέταση της δομής των δύο νομοθετημάτων

58. Έτσι, και μετά την εξέταση των κρίσιμων αυστριακών διατάξεων και της κρίσιμης αυστριακής νομολογίας πρέπει να θεωρηθεί ότι η κατά το άρθρο 9α, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG απαγόρευση των δώρων υπηρετεί τουλάχιστον εξίσου την προστασία των καταναλωτών.

α) Οι ρυθμίσεις της οδηγίας 2005/29

60. Για να καταστεί δυνατό να εξακριβωθεί αν η οδηγία 2005/29 απαγορεύει διάταξη όπως αυτή του άρθρου 9α, παράγραφος 1,

41 — Βλ. Horak, M., «Zugabenverbot **gemeinschaftsrechtswidrig**?», *Ecolex,* 2009/123, σ. 341, κατά τον οποίο το πρώτο προδικαστικό ερώτημα αφορά το κατά πόσον η απαγόρευση των δώρων αυτών καθεαυτών, η οποία αποσκοπεί στην προστασία τόσο των καταναλωτών όσο και των επιχειρηματιών, συμβιβάζεται με την οδηγία 2005/29. Κατά τη γνώμη του συγγραφέως, μια τέτοια απαγόρευση αντιβαίνει στο κοινοτικό δίκαιο εφόσον το πεδίο εφαρμογής της δεν μπορεί να οριοθετηθεί με ακρίβεια και να περιοριστεί στις προσφορές που απευθύνονται αποκλειστικά στους επιχειρηματίες και δεν επηρεάζουν τα συμφέροντα των καταναλωτών. Το άρθρο 9α, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG δεν πληροί τις προϋποθέσεις αυτές. Κατά τον Lettner, H., όπ.π. (υποσημείωση 38), σημείο 9, σ. 317, το γεγονός ότι η κατά το άρθρο 9α, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG απαγόρευση των συνοδευόμενων με δώρα προσφορών δεν υπηρετεί μόνον την προστασία του καταναλωτή, αλλά και άλλους σκοπούς μη εμπίπτοντες στο στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, όπως παραδείγματος χάριν τη διαφύλαξη της πολυφωνίας των μέσων μαζικής ενημέρωσης ή την προστασία ασθενέστερων ανταγωνιστών, δεν δικαιολογεί τη διατήρηση της εν λόγω απαγορεύσεως για τον τομέα B2C, επιπλέον της μαύρης λίστας. Και οι δύο συγγραφείς δέχονται έτσι ότι η επίμαχη εθνική νομοθετική ρύθμιση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2005/29.

UWG, είναι αναγκαίο να εξετασθούν, και κατόπιν να συγκριθούν, τα δύο νομοθετήματα ως προς τον σκοπό τους και τη δομή τους.

i) Πλήρης και κατά το δυνατόν εκτενέστερη προσέγγιση των εθνικών ρυθμίσεων ως ρυθμιστικός στόχος

61. Όπως εξέθεσα στην εισαγωγή [42], η οδηγία 2005/29 αποσκοπεί στην πλήρη εναρμόνιση των διατάξεων των κρατών μελών για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές. Επιπλέον, σε αντιδιαστολή προς αυτό που συνέβαινε μέχρι τώρα με τα νομοθετήματα που αφορούσαν ειδικούς τομείς και σκοπούσαν στην εναρμόνιση του δικαίου προστασίας του καταναλωτή, επιδιώκεται όχι μόνο μια ελάχιστη εναρμόνιση, αλλά η κατά το δυνατόν εκτενέστερη προσέγγιση των εθνικών διατάξεων, η οποία, πλην ορισμένων εξαιρέσεων, δεν επιτρέπει στα κράτη μέλη να διατηρούν ή να θεσπίζουν αυστηρότερες ρυθμίσεις, ανεξαρτήτως μάλιστα του αν με αυτές επιδιώκεται υψηλότερο επίπεδο προστασίας των καταναλωτών [43]. Αμφότερα προκύπτουν τόσο από το προοίμιο όσο και από τις γενικές διατάξεις της οδηγίας.

62. Αφενός, τούτο συνάγεται από την ενδέκατη αιτιολογική σκέψη της, κατά την οποία η *προσέγγιση* των εθνικών διατάξεων μέσω της εν λόγω οδηγίας θα δημιουργήσει ένα κοινό υψηλό επίπεδο προστασίας των καταναλωτών. Αφετέρου, κατά τη δωδέκατη αιτιολογική σκέψη της, οι καταναλωτές και οι επιχειρήσεις θα μπορούν να στηρίζονται σε ένα *ενιαίο ρυθμιστικό πλαίσιο* βασιζόμενο, με τη σειρά του, σε σαφώς καθορισμένες νομικές έννοιες που θα ρυθμίζουν όλες τις πτυχές των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών σε όλη την Ευρωπαϊκή Ένωση. Η *προσέγγιση των νομοθεσιών* μνημονεύεται εκ νέου στο άρθρο 1 της οδηγίας, από το οποίο συνάγεται ότι αυτή έχει ως σκοπό τη βελτίωση της προστασίας των καταναλωτών και την τελειοποίηση της λειτουργίας της εσωτερικής αγοράς.

63. Ο σκοπός μιας σφαιρικής και κατά το δυνατόν εκτενέστερης ρυθμίσεως σε κοινοτικό επίπεδο στον καταλαμβανόμενο από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας βιοτικό τομέα καθίσταται πάλι εμφανής με τα εκτιθέμενα στη δέκατη τέταρτη και στη δέκατη πέμπτη αιτιολογική σκέψη, στις οποίες γίνεται ρητώς λόγος για *πλήρη εναρμόνιση*. Αυτό προκύπτει επιπλέον από τη ρήτρα εσωτερικής αγοράς στο άρθρο 4 της οδηγίας, κατά το οποίο τα κράτη μέλη δεν περιορίζουν ούτε την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών ούτε την ελεύθερη κυκλοφορία αγαθών για λόγους που εμπίπτουν στον τομέα όπου επιδιώκεται η *προσέγγιση της νομοθεσίας* μέσω της οδηγίας.

42 — Βλ. σημείο 33 των ανά χείρας προτάσεων.

43 — Βλ. απόφαση VTB-VAB και Galatea (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 4, σκέψη 52).

64. Το άρθρο 3, παράγραφος 5, της οδηγίας προβλέπει ως εξαίρεση ότι, για διάστημα έξι ετών από τις 12 Ιουνίου 2007, τα κράτη μέλη μπορούν να εξακολουθούν να εφαρμόζουν εθνικούς κανόνες στο πεδίο των νομοθεσιών που προσεγγίζονται με την οδηγία, περιοριστικότερους και λεπτομερέστερους αυτών της οδηγίας. Η εξαίρεση αυτή περιορίζεται πάντως σε εθνικές διατάξεις με τις οποίες μεταφέρονται στο εθνικό δίκαιο οδηγίες που περιλαμβάνουν ρήτρες ελάχιστης εναρμόνισης[44]. Μια ακόμη εξαίρεση από την πλήρη εναρμόνιση περιέχεται τέλος στο άρθρο 3, παράγραφος 9, ως προς τις «χρηματοοικονομικές υπηρεσίες», όπως ορίζονται στην οδηγία 2002/65/ΕΚ, και την ακίνητη περιουσία.

ii) Η ρυθμιστική δομή της οδηγίας 2005/29

65. Η βασική διάταξη της οδηγίας 2005/29 είναι η γενική ρήτρα του άρθρου 5, παράγραφος 1, που θεσπίζει την απαγόρευση των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών. Το τι πρέπει ειδικότερα να νοείται ως «αθέμιτο» διευκρινίζεται στο άρθρο 5, παράγραφος 2. Κατά τη διάταξη αυτή, μια εμπορική πρακτική είναι αθέμιτη όταν αφενός είναι αντίθετη προς τις απαιτήσεις «επαγγελματικής ευσυνειδησίας» και αφετέρου ενδέχεται να «στρεβλώσει ουσιωδώς» την οικονομική συμπεριφορά του καταναλωτή. Κατά την παράγραφο 4, είναι αθέμιτες ιδιαιτέρως οι εμπορικές πρακτικές που είναι παραπλανητικές (άρθρα 6 και 7) ή επιθετικές (άρθρα 8 και 9). Η παράγραφος 5 παραπέμπει στο παράρτημα Ι και τις κατονομαζόμενες σ' αυτό εμπορικές πρακτικές που «θεωρούνται αθέμιτες υπό οποιεσδήποτε περιστάσεις». Ο κατάλογος αυτός ισχύει για όλα τα κράτη μέλη και μπορεί να τροποποιηθεί μόνο με αναθεώρηση της οδηγίας 2005/29.

66. Κατά συνέπεια, ως σημείο αναφοράς για την εφαρμογή του δικαίου από τα εθνικά δικαστήρια και τις εθνικές αρχές πρέπει καταρχάς να λαμβάνεται ο περιεχόμενος στο παράρτημα Ι κατάλογος των 31 περιπτώσεων αθέμιτων εμπορικών πρακτικών. Όταν μια εμπορική πρακτική εμπίπτει σε μια από αυτές τις περιπτώσεις, πρέπει να απαγορεύεται· δεν απαιτείται περαιτέρω εξέταση, π.χ. των επιπτώσεών της. Αν τα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά δεν εμπίπτουν στις απαγορεύσεις αυτού του καταλόγου, πρέπει

44 — Στις οδηγίες κατά την έννοια του άρθρου 3, παράγραφος 5, της οδηγίας 2005/29, οι οποίες περιλαμβάνουν ρήτρες ελάχιστης εναρμόνισης, συγκαταλέγονται οι εξής: η οδηγία 85/577/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 20ής Δεκεμβρίου 1985, για την προστασία των καταναλωτών κατά τη σύναψη συμβάσεων εκτός εμπορικού καταστήματος (ΕΕ L 372, σ. 31), η οδηγία 90/314/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 13ης Ιουνίου 1990, για τα οργανωμένα ταξίδια και τις οργανωμένες διακοπές και περιηγήσεις (ΕΕ L 158, σ. 59), η οδηγία 94/47/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Οκτωβρίου 1994, περί της προστασίας των αγοραστών ως προς ορισμένες πλευρές των συμβάσεων που αφορούν την απόκτηση δικαιώματος χρήσης ακινήτων υπό καθεστώς χρονομεριστικής μίσθωσης (ΕΕ L 280, σ. 83), η οδηγία 97/7/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 20ής Μαΐου 1997, για την προστασία των καταναλωτών κατά τις εξ αποστάσεως συμβάσεις (ΕΕ L 144, σ. 19), η οδηγία 98/6/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 16ης Φεβρουαρίου 1998, περί της προστασίας των καταναλωτών όσον αφορά την αναγραφή των τιμών των προϊόντων που προσφέρονται στους καταναλωτές (ΕΕ L 80, σ. 27), και η οδηγία 89/552/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 3ης Οκτωβρίου 1989, για τον συντονισμό ορισμένων νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών σχετικά με την άσκηση τηλεοπτικών δραστηριοτήτων (ΕΕ L 298, σ. 23).

να εξετάζεται αν συντρέχει κάποια από τις ενδεικτικές περιπτώσεις που διέπει η γενική ρήτρα – παραπλανητικές και επιθετικές εμπορικές πρακτικές. Μόνον όταν αυτό δεν συμβαίνει έχει άμεσα εφαρμογή η γενική ρήτρα του άρθρου 5, παράγραφος 1, της οδηγίας [45].

β) Οι ρυθμίσεις του UWG

67. Κατά πάγια νομολογία, καθένα από τα κράτη μέλη προς τα οποία απευθύνεται μια οδηγία οφείλει να λάβει, στο πλαίσιο της εσωτερικής έννομης τάξεως, όλα τα αναγκαία μέτρα προκειμένου να εξασφαλίσει την πλήρη εφαρμογή της οδηγίας σύμφωνα με τον επιδιωκόμενο σκοπό της [46]. Συναφής είναι η υποχρέωση του εθνικού νομοθέτη να μεταφέρει προσηκόντως την οικεία οδηγία στο εθνικό δίκαιο [47]. Πάντως, κατά το γράμμα του, το άρθρο 249, τρίτο εδάφιο, ΕΚ αφήνει την επιλογή του τύπου και των μέσων στην αρμοδιότητα των εθνικών αρχών. Αυτή την ελευθερία επιλογής διαθέτει ιδίως ο εθνικός νομοθέτης.

68. Γι' αυτόν τον λόγο, η νομολογία δέχεται ότι η προσήκουσα μεταφορά οδηγίας στο εσωτερικό δίκαιο δεν προϋποθέτει κατ' ανάγκην κατά γράμμα επανάληψη των διατάξεών της σε ρητή και ειδική διάταξη νόμου [48]. Αντιθέτως, σημασία έχει ότι το εσωτερικό δίκαιο που τίθεται σε ισχύ για τη μεταφορά της οδηγίας πληροί τους όρους της σαφήνειας και ασφάλειας δικαίου, προκειμένου να διασφαλίζεται η υλοποίηση του συνολικού προγράμματος της οδηγίας κατά την εφαρμογή του εσωτερικού δικαίου από τα δικαστήρια και τις αρχές του οικείου κράτους μέλους [49].

45 — Βλ. επίσης το σχέδιο αναλύσεως του De Cristofaro, G., «La direttiva 2005/29/CE – Contenuti, rationes, caratteristiche», *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori,* Τορίνο 2007, σ. 12, και Henning-Bodewig, F., «Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil,* 2005, τεύχος 8/9, σ. 631.

46 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 1ης Φεβρουαρίου 1977, 51/76, Verbond van Nederlandse Ondernemingen (Συλλογή τόμος 1977, σ. 55, σκέψη 22), της 26ης Φεβρουαρίου 1986, 152/84, Marshall (Συλλογή 1986, σ. 723, σκέψη 48), της 24ης Οκτωβρίου 1996, C-72/95, Kraaijeveld κ.λπ. (Συλλογή 1996, σ. I-5403, σκέψη 55), της 17ης Ιουνίου 1999, C-336/97, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 1999, σ. I-3771, σκέψη 19), της 8ης Μαρτίου 2001, C-97/00, Επιτροπή κατά Γαλλίας (Συλλογή 2001, σ. I-2053, σκέψη 9), της 7ης Μαΐου 2002, C-478/99, Επιτροπή κατά Σουηδίας (Συλλογή 2002, σ. I-4147, σκέψη 15), και της 26ης Ιουνίου 2003, C-233/00, Επιτροπή κατά Γαλλίας (Συλλογή 2003, σ. I-6625, σκέψη 75).

47 — Η μεταφορά οδηγίας στο εσωτερικό δίκαιο αποτελεί συστατικό στοιχείο μιας νομοθετικής διαδικασίας σε δύο στάδια, εκ των οποίων το δεύτερο πρέπει να συντελεσθεί στο επίπεδο του εθνικού δικαίου. Με την ουσιαστική μεταφορά στο επίπεδο του εθνικού δικαίου συγκεκριμενοποιείται το δίκαιο που πηγάζει από την οδηγία (βλ. συναφώς Vcelouch, P., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* [επιμέλεια Heinz Mayer], Βιέννη 2004, άρθρο 249, σημεία 48 και 50, σ. 17 και 18).

48 — Βλ. αποφάσεις της 28ης Φεβρουαρίου 1991, C-131/88, Επιτροπή κατά Γερμανίας (Συλλογή 1991, σ. I-825, σκέψη 6), της 20ής Μαρτίου 1997, C-96/95, Επιτροπή κατά Γερμανίας (Συλλογή 1997, σ. I-1653, σκέψη 35), της 15ης Νοεμβρίου 2001, C-49/00, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 2001, σ. I-8575, σκέψεις 21 και 22), και της 28ης Απριλίου 2005, C-410/03, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 2005, σ. I-3507, σκέψη 60). Τούτο επισημαίνει ορθώς ο Seichter, D., «Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken», *Wettbewerb in Recht und Praxis,* 2005, σ. 1088, ως προς την επιταγή περί μεταφοράς της οδηγίας 2005/29 στο γερμανικό δίκαιο.

49 — Βλ. Ruffert, M., σε Calliess/Ruffert (επιμέλεια), *Kommentar zu EUV/EGV,* 3η έκδοση, 2007, άρθρο 249, σημείο 49, σ. 2135. Κατά πάγια νομολογία, η μεταφορά στο εσωτερικό δίκαιο μιας οδηγίας πρέπει να διασφαλίζει πράγματι την πλήρη εφαρμογή της. Βλ. μεταξύ άλλων αποφάσεις της 9ης Σεπτεμβρίου 1999, C-217/97, Επιτροπή κατά Γερμανίας (Συλλογή 1999, σ. I-5087, σκέψη 31), της 16ης Νοεμβρίου 2000, C-214/98, Επιτροπή κατά Ελλάδας (Συλλογή 2000, σ. I-9601, σκέψη 49) και της 11ης Ιουλίου 2002, C-62/00, Marks & Spencer (Συλλογή 2002, σ. I-6325, σκέψη 26).

Η ρυθμιστική δομή της απαγορεύσεως που θεσπίζεται με το άρθρο 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG

69. Σύμφωνα με τις πληροφορίες που παρέχει το αιτούν δικαστήριο, το άρθρο 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG απαγορεύει στους επιχειρηματίες να προαναγγέλλουν στους καταναλωτές τη χορήγηση δώρων μαζί με αγαθά ή υπηρεσίες. Αν το κύριο προϊόν είναι περιοδικώς εκδιδόμενο έντυπο (εφημερίδα, περιοδικό), η απαγόρευση εκτείνεται και στην απλή προσφορά και χορήγηση δώρων. Ως δώρο θεωρείται, κατά τη νομολογία του Oberste Gerichtshof [50], μεταξύ άλλων, η συνδεόμενη με την αγορά του κυρίου προϊόντος παροχή δυνατότητας συμμετοχής σε διαφημιστικό παίγνιο.

70. Πάντως, όπως προκύπτει από τη διάταξη περί παραπομπής [51], η ως άνω διάταξη ερμηνεύεται συσταλτικά από τη νομολογία, με αποτέλεσμα να μη θεωρούνται όλα τα δώρα παράνομα. Έτσι, η εφαρμογή του άρθρου 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG προϋποθέτει κατά πάγια νομολογία του Oberste Gerichtshof ότι η επικρινόμενη συμπεριφορά στη συγκεκριμένη περίπτωση α) ήταν αντικειμενικώς πρόσφορη να επηρεάσει τους καταναλωτές στην απόφασή τους για την αγορά του κυρίου προϊόντος (κύρια παροχή) [52] και ότι η συμπεριφορά αυτή κατά συνέπεια β) μπορούσε να προκαλέσει μια μη αμελητέα μετατόπιση της ζήτησης [53]. Ως εκ τούτου, κατά το μέτρο που δεν συντρέχουν οι ανωτέρω νομολογιακώς τεθείσες προϋποθέσεις, κατά κάποιον τρόπο δεν πληρούνται ούτε καν οι όροι του πραγματικού της παραγράφου 1, διότι δεν υφίσταται απαγορευμένο «δώρο» κατά την έννοια της διατάξεως αυτής [54].

71. Παρά την ως άνω συσταλτική ερμηνεία στην οποία προβαίνει η αυστριακή νομολογία, διαπιστώνεται ότι η επίμαχη ρύθμιση του άρθρου 9a UWG θέτει ένα βασικό κανόνα ο οποίος προβλέπει εξαιρέσεις, καθόσον η παράγραφος 1 απαγορεύει τη σύζευξη δύο διαφορετικών προϊόντων ή υπηρεσιών με σκοπό την προώθηση των πωλήσεων, εκτός αν έχουν εφαρμογή οι εξαιρέσεις της παραγράφου 2. Η διάταξη αυτή απαγορεύει δηλαδή τη σύζευξη δύο διαφορετικών προϊόντων ή υπηρεσιών με σκοπό την προώθηση των πωλήσεων και κατά συνέπεια πρέπει να

50 — Βλ. σ. 10 της διατάξεως περί παραπομπής.

51 — Το αιτούν δικαστήριο παραθέτει στη σ. 8 της διατάξεως περί παραπομπής τις αποφάσεις του Oberste Gerichtshof της 20ής Οκτωβρίου 1992, Welt des Wohnens (αριθμός αναφοράς 4 Ob 87/92), της 30ής Ιανουαρίου 2008, ORF-Teletext (αριθμός αναφοράς 3 Ob 273/07d), και της 14ης Φεβρουαρίου 2008 (αριθμός αναφοράς 4 Ob 17/08s).

52 — Το αιτούν δικαστήριο μνημονεύει στη σ. 8 της διατάξεως περί παραπομπής την απόφαση Welt des Wohnens, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 51.

53 — Το αιτούν δικαστήριο παραθέτει στη σ. 8 της διατάξεως περί παραπομπής την απόφαση του Oberste Gerichtshof της 14ης Δεκεμβρίου 1999, Tipp des Tages III (αριθμός αναφοράς 4 Ob 290/99x).

54 — Βλ. επίσης σ. 4 του υπομνήματος της αναιρεσείουσας της κύριας δίκης.

νοείται ως κατ' αρχήν απαγόρευση των συνοδευομένων με δώρα προσφορών, η οποία όμως επιτρέπει παρεκκλίσεις σε ορισμένες περιπτώσεις [55].

4. Το συμβατό της επίμαχης ρυθμίσεως με την οδηγία 2005/29

72. Ακόμη, πρέπει να εξετάσω το ζήτημα του συμβατού της επίμαχης ρυθμίσεως με την οδηγία 2005/29, διερευνώντας προπαντός τη δομή της εν λόγω ρυθμίσεως. Εφόσον διαπιστωθεί ασυμβίβαστο του εθνικού δικαίου, όπως αυτό συνάγεται από το γράμμα της ρυθμίσεως, πρέπει εν συνεχεία να εξετασθεί αν παρά ταύτα η εν λόγω ρύθμιση μπορεί να θεωρηθεί σύμφωνη με την οδηγία, λαμβανομένης υπόψη της ανωτέρω συσταλτικής ερμηνείας του Oberste Gerichtshof.

55 — Βλ. Horak, M., όπ.π. (υποσημείωση 39), σ. 1137, ο οποίος συγκρίνει τη ρύθμιση του άρθρου 9a UWG με τις «απαγορεύσεις εμπορικών πρακτικών αυτών καθεαυτών». Οι τελευταίες απαγορεύουν καταρχήν ορισμένες αφηρημένα καθοριζόμενες εμπορικές πρακτικές, χωρίς να υπάρχει δυνατότητα εξετάσεως από δικαστήριο των επιπτώσεων στους καταναλωτές ή στους ανταγωνιστές σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση. Προκειμένου να επιτευχθεί εξισορρόπηση η οποία να ανταποκρίνεται στις πραγματικές απαιτήσεις, οι απαγορεύσεις αυτές συνοδεύονται συνήθως από κατάλογο εξαιρέσεων. Κατά τον ως άνω συγγραφέα, το άρθρο 9a UWG, απαγορεύοντας καταρχήν τα δώρα στην παράγραφο 1 και θέτοντας κατάλογο εξαιρέσεων στην παράγραφο 2, ακολουθεί το σύστημα αυτό. Ο Heidinger, R., όπ.π. (υποσημείωση 17), σ. 45, υποστηρίζει ότι η ρύθμιση του άρθρου 9a UWG έχει σχεδιαστεί ως μια απαγόρευση εμπορικών πρακτικών αυτών καθεαυτών, βάσει της οποίας δεν επιτρέπονται ορισμένες εμπορικές πρακτικές, χωρίς να πρέπει να εξετάζονται συγκεκριμένα οι επιπτώσεις στους καταναλωτές.

α) Το γραπτό εθνικό δίκαιο

i) Η αντίστροφη οικονομία της ρυθμίσεως

73. Σε σχέση με το ζήτημα του συμβατού της επίμαχης ρυθμίσεως με την οδηγία 2005/29, διαπιστώνεται ότι η επίμαχη απαγόρευση των συνοδευόμενων με δώρα προσφορών την οποία θεσπίζει το άρθρο 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG συνιστά εξαιρετική ρύθμιση στο πλαίσιο του UWG, η οποία, εν πρώτοις, δεν αντιστοιχεί σε καμία ρύθμιση της οδηγίας 2005/29. Το άρθρο 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG επιβάλλει καταρχήν μια μη προβλεπόμενη στην οδηγία απαγόρευση των συνοδευόμενων με δώρα προσφορών.

74. Επιπλέον, η εν λόγω εθνική νομοθετική ρύθμιση εμφανίζει, λόγω της φύσεώς της ως βασικός κανόνας ο οποίος προβλέπει εξαιρέσεις, διαφορετική ρυθμιστική δομή από την οδηγία 2005/29. Αμφιβολίες όσον αφορά τη συμφωνία με την ως άνω οδηγία δημιουργεί προπαντός αυτή η αντίστροφη οικονομία της ρυθμίσεως, ενώ δεν έχει σημασία τόσο η τυπική διαμόρφωση της ρυθμίσεως – αφού άλλωστε κατά τη μεταφορά της οδηγίας καταλείπεται στον εθνικό νομοθέτη κάποιο περιθώριο χειρισμών – όσο το κανονιστικό περιεχόμενό της. Τούτο δεν είναι σύμφωνο προς το κανονιστικό περιεχόμενο της οδηγίας 2005/29. Ειδικότερα, όπως εξέθεσα στις

προτάσεις μου στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-261/07 (VTB-VAB) και C-299/07 (Galatea), η οδηγία 2005/29 υιοθετεί μια προσέγγιση η οποία ευνοεί την επιχειρηματική ελευθερία και αντιστοιχεί κατ' ουσίαν στην αρχή in dubio pro libertate [56]. Συνεπώς, η οδηγία, σε αντίθεση με τη ρύθμιση του άρθρου 9α, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG, θεωρεί θεμιτές τις εμπορικές πρακτικές, εφόσον δεν συντρέχουν οι λεπτομερώς καθοριζόμενες προϋποθέσεις απαγορεύσεως [57].

75. Αυτή η φιλελεύθερη προσέγγιση ανάγεται στη συγκεκριμένη νομοθετική σκοπιμότητα να διασφαλισθεί η υλοποίηση του σκοπού του κοινοτικού νομοθέτη, ο οποίος κατοχυρώνεται στην τέταρτη και στην πέμπτη αιτιολογική σκέψη, καθώς και στο άρθρο 1 της οδηγίας, να άρει, με τη βοήθεια ενιαίων κανόνων σε κοινοτικό επίπεδο, τα εμπόδια στην ελεύθερη κυκλοφορία υπηρεσιών και αγαθών διά μέσου των συνόρων, ή στην ελευθερία εγκατάστασης, τα προκύπτοντα από τους πολλαπλούς εθνικούς κανόνες για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές, στον βαθμό που αυτό είναι αναγκαίο για την ορθή λειτουργία της εσωτερικής αγοράς και για τη διασφάλιση υψηλού επιπέδου προστασίας των καταναλωτών [58].

ii) Η ανεπάρκεια των εξαιρετικών ρυθμίσεων του άρθρου 9α, παράγραφος 2, UWG

76. Επιπλέον, οι εξαιρέσεις από μια καταρχήν απαγόρευση, όπως είναι το άρθρο 9α, παράγραφος 2, UWG, δεν είναι ικανές να καλύψουν όλες τις περιπτώσεις στις οποίες πρέπει να γίνει δεκτό, κατά τις διατάξεις της οδηγίας 2005/29, ότι μια εμπορική πρακτική είναι θεμιτή, δεδομένου ότι δεν επιτρέπουν την κατά περίπτωση αξιολόγηση από

56 — Βλ. τις προτάσεις μου στις υποθέσεις VTB-VAB και Galatea (προπαρατεθείσες στην υποσημείωση 15, σημείο 81). Συμφωνεί πλήρως ο Micklitz, H.-W., όπ.π. (υποσημείωση 25), σ. 374.

57 — Ο Abbamonte, G., «The unfair commercial practices Directive and its general prohibition», *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk 2007, σ. 15, περιγράφει έτσι την προσέγγιση που υιοθετεί η οδηγία ως φιλελεύθερη. Σύμφωνα με την προσέγγιση αυτή, επιτρέπεται οτιδήποτε δεν απαγορεύεται ρητώς. Ο De Cristofaro, G., όπ.π. (υποσημείωση 45), σ. 11, παρατηρεί ορθώς ότι η οδηγία υιοθετεί μια περιπτωσιολογική προσέγγιση, καθορίζοντας τα κριτήρια για τον χαρακτηρισμό μιας εμπορικής πρακτικής ως αθέμιτης και αποφεύγοντας πλήρως τον καθορισμό των χαρακτηριστικών της θεμιτής εμπορικής πρακτικής.

58 — Βλ. Bakardjieva Engelbrekt, A., «An End to Fragmentation? The Unfair Commercial Practices Directive from the Perspective of the New Member States from Central and Eastern Europe», *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk 2007, σ. 47 επ., η οποία υπογραμμίζει την εναρμόνιση που επέρχεται με την οδηγία 2005/29, ο σκοπός της οποίας έγκειται στην άρση των αξιοσημείωτων διαφορών που υφίσταντο μέχρι την έναρξη ισχύος της μεταξύ των ρυθμίσεων των κρατών μελών για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές. Ομοίως και Bargelli, E., όπ.π. (υποσημείωση 21), σ. 79. Η Weatherill, S., «Who is the "Average Consumer"», *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk 2007, σ. 137, περιγράφει την προσέγγιση της οδηγίας 2005/29 ως απορρύθμιση με ταυτόχρονη ρύθμιση. Η εναρμόνιση των εθνικών νομοθεσιών απορρυθμίζει την αγορά, καταργώντας τις πολλαπλές νομοθεσίες των κρατών μελών χάριν μιας ενιαίας ρυθμίσεως. Κατά τους Falce, V./Ghidini, G., όπ.π. (υποσημείωση 23), σ. 372, η οδηγία 2005/29 σκοπεί στην αποκατάσταση της ισορροπίας μεταξύ αφενός του ανταγωνισμού σε μια εσωτερική αγορά χωρίς σύνορα και αφετέρου της προστασίας των καταναλωτών.

τα αρμόδια εθνικά δικαστήρια και αρχές [59]. Τούτο επιβεβαίωσε το Δικαστήριο και με την απόφαση VTB-VAB και Galatea [60].

77. Επειδή οι συνοδευόμενες με δώρα προσφορές δεν περιλαμβάνονται στις εμπορικές πρακτικές που απαριθμούνται στο παράρτημα Ι, οι οποίες πρέπει να θεωρούνται αθέμιτες υπό οποιεσδήποτε συνθήκες, μπορούν καταρχήν να απαγορευθούν μόνον εάν συνιστούν αθέμιτες εμπορικές πρακτικές, παραδείγματος χάριν επειδή είναι παραπλανητικές ή επιθετικές υπό την έννοια της οδηγίας. Ανεξαρτήτως αυτού, ζήτημα απαγορεύσεως κατά την οδηγία 2005/29 τίθεται μόνον εάν μια εμπορική πρακτική πρέπει να θεωρηθεί αθέμιτη επειδή αντιβαίνει προς τις επιταγές της επαγγελματικής ευσυνειδησίας ή στρεβλώνει ουσιωδώς ή ενδέχεται να στρεβλώσει ουσιωδώς την οικονομική συμπεριφορά του μέσου καταναλωτή όσον αφορά το προϊόν.

78. Στο ερώτημα αν αυτό συμβαίνει στην περίπτωση των συνοδευόμενων με δώρα προσφορών δεν μπορεί να δοθεί γενική απάντηση, αλλά είναι αναγκαία η αξιολόγηση της συγκεκριμένης εμπορικής πρακτικής σε κάθε μεμονωμένη περίπτωση. Τούτο προκύπτει σαφώς από την έβδομη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας, σύμφωνα με την οποία κατά την εφαρμογή της οδηγίας, και ιδίως των γενικών ρητρών της, θα πρέπει να λαμβάνονται πλήρως υπόψη οι περιστάσεις της οικείας μεμονωμένης περιπτώσεως. Ο όρος «ιδίως» δείχνει ακόμη ότι η κατά περίπτωση αξιολόγηση δεν περιορίζεται στην εφαρμογή της γενικής ρήτρας του άρθρου 5, παράγραφος 1, αλλά επεκτείνεται και στην εφαρμογή των εξειδικευουσών αυτήν διατάξεων των άρθρων 5 έως 9 της οδηγίας. Άλλωστε, όπως προκύπτει από τη δέκατη έβδομη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας, ο κοινοτικός νομοθέτης θεωρεί αναγκαία την κατά περίπτωση αξιολόγηση βάσει των διατάξεων των άρθρων 5 έως 9 της οδηγίας εφόσον μια εμπορική πρακτική δεν εμπίπτει στις απαριθμούμενες στο παράρτημα Ι εμπορικές πρακτικές. Τούτο συνάγεται εξ αντιδιαστολής από την τρίτη περίοδο της δέκατης έβδομης αιτιολογικής σκέψεως, στην οποία αναφέρεται ειδικότερα ότι οι απαριθμούμενες στο παράρτημα Ι εμπορικές πρακτικές είναι οι μόνες που «μπορούν να θεωρηθούν αθέμιτες, χωρίς κατά περίπτωση αξιολόγηση [βάσει των διατάξεων] των άρθρων 5 έως 9».

iii) Ενδιάμεσο συμπέρασμα

79. Το γράμμα της επίμαχης ρυθμίσεως δεν συμβιβάζεται με την οδηγία 2005/29.

59 — Βλ. επίσης Heidinger, R., όπ.π. (υποσημείωση 17), σ. 46.
60 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 4, σκέψεις 64 και 65.

β) Δυνατότητα σύμφωνης προς την οδηγία ερμηνείας

80. Όπως εξέθεσα με τις προτάσεις μου στην υπόθεση Plus [61], κατά την εξέταση του ζητήματος αν μια διάταξη του εθνικού δικαίου είναι αντίθετη προς το κοινοτικό δίκαιο, καθοριστικής σημασίας δεν είναι μόνο το γράμμα της διατάξεως αυτής, αλλά πρέπει επιπλέον να λαμβάνεται υπόψη η ερμηνεία που δίνουν τα εθνικά δικαστήρια σ' αυτήν τη διάταξη [62]. Λόγω του ότι αντανακλά τη δεσμευτική για όλα τα υποκείμενα δικαίου ερμηνεία του νόμου, η νομολογία ενός κράτους μέλους αποτελεί απαραίτητο κριτήριο για την εκτίμηση της σύμφωνης προς το κοινοτικό δίκαιο μεταφοράς στην εσωτερική έννομη τάξη και ερμηνείας του εθνικού δικαίου [63].

81. Υπέρ του συμβατού με την οδηγία θα μπορούσε κατά συνέπεια να συνηγορεί το ότι το Oberste Gerichtshof προβαίνει κατά κανόνα σε συσταλτική ερμηνεία της καταρχήν απαγορεύσεως των συνοδευόμενων με δώρα προσφορών. Δεν αποκλείεται μια τέτοια απαγόρευση να αμβλύνεται τόσο με τη συσταλτική ερμηνεία του εθνικού δικαστηρίου ώστε να καθίσταται εν τέλει σύμφωνη με την οδηγία. Ανεξαρτήτως αυτού, πρέπει να υπομνησθεί ότι το δικαστήριο κράτους μέλους υποχρεούται κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου να ερμηνεύει το εθνικό δίκαιο, είτε πρόκειται για προγενέστερες είτε για μεταγενέστερες της οδηγίας διατάξεις, υπό το πρίσμα του γράμματος και του σκοπού της οδηγίας [64], ώστε να επιτευχθεί το αποτέλεσμα που αυτή επιδιώκει, συμμορφούμενο έτσι προς το άρθρο 249, τρίτο εδάφιο, ΕΚ, οφείλει δε να προβεί στην ερμηνεία αυτή σύμφωνα με τις επιταγές του κοινοτικού δικαίου, εξαντλώντας τα περιθώρια εκτιμήσεως που του παρέχει το εθνικό του δίκαιο [65]. Τούτο περιλαμβάνει δυνατότητα μιας σύμφωνης προς την οδηγία περιστολής του εύρους του οικείου εθνικού κανόνα ή ακόμη και περαιτέρω

61 — Προπαρατεθείσες στην υποσημείωση 20, σημείο 82.

62 — Οι Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., όπ.π. (υποσημείωση 35), σημείο 5-056, σ. 162, επισημαίνουν ότι το εύρος των εθνικών νομοθετικών, κανονιστικών ή διοικητικών διατάξεων πρέπει να εκτιμάται υπό το πρίσμα της ερμηνείας που τους δίνουν τα εθνικά δικαστήρια. Η σύμφωνη προς το κοινοτικό δίκαιο ερμηνεία του εθνικού δικαίου ήταν αντικείμενο αιτήσεως εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως του γερμανικού Bundesgerichtshof στην υπόθεση C-42/95, Siemens κατά Nold (απόφαση της 19ης Νοεμβρίου 1996, Συλλογή 1996, σ. I-6017), καθώς και του βελγικού Hof van beroep te Gent στην υπόθεση C-205/07, Gysbrechts (απόφαση της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Συλλογή 2008, σ. I-9947).

63 — Βλ. συναφώς τις προτάσεις μου της 4ης Σεπτεμβρίου 2008, C-338/06, Επιτροπή κατά Ισπανίας (απόφαση της 18ης Δεκεμβρίου 2008, Συλλογή 2008, σ. I-10139, σημείο 89).

64 — Αποφάσεις της 10ης Απριλίου 1984, 14/83, von Colson και Kamann (Συλλογή 1984, σ. 1891, σκέψη 26) και 79/83, Harz (Συλλογή 1984, σ. 1921, σκέψη 26), της 15ης Μαΐου 1986, 222/84, Johnston (Συλλογή 1986, σ. 1651, σκέψη 53), της 8ης Οκτωβρίου 1987, 80/86, Kolpinghuis Nijmegen (Συλλογή 1987, σ. 3969, σκέψη 12), της 20ής Σεπτεμβρίου 1988, 31/87, Beentjes (Συλλογή 1988, σ. 4635, σκέψη 39), της 14ης Ιουλίου 1994, C-91/92, Faccini Dori (Συλλογή 1994, σ. I-3325, σκέψη 24), της 25ης Φεβρουαρίου 1999, C-131/97, Carbonari κ.λπ. (Συλλογή 1999, σ. I-1103, σκέψη 48), της 15ης Ιουνίου 2000, C-365/98, Brinkmann Tabakfabriken (Συλλογή 2000, σ. I-4619, σκέψη 40), της 27ης Ιουνίου 2000, C-240/98 έως C-244/98, Océano Grupo Editorial και Salvat Editores (Συλλογή 2000, σ. I-4941, σκέψη 30), της 13ης Ιουλίου 2000, C-456/98, Centrosteel (Συλλογή 2000, σ. I-6007, σκέψη 16), της 3ης Οκτωβρίου 2000, C-371/97, Gozza κ.λπ. (Συλλογή 2000, σ. I-7881, σκέψη 37). Ομοίως αποφάσεις της 13ης Νοεμβρίου 1990, C-106/89, Marleasing (Συλλογή 1990, σ. I-4135, σκέψη 8), της 15ης Μαΐου 2003, C-160/01, Mau (Συλλογή 2003, σ. I-4791, σκέψη 36), της 22ας Μαΐου 2003, C-462/99, Connect Austria (Συλλογή 2003, σ. I-5197, σκέψη 38), της 23ης Οκτωβρίου 2003, C-408/01, Adidas-Salomon και Adidas Benelux (Συλλογή 2003, σ. I-12537, σκέψη 21) και της 9ης Μαρτίου 2004, C-397/01 έως C-403/01, Pfeiffer κ.λπ. (Συλλογή 2004, σ. I-8835, σκέψη 113). Βλ. συναφώς Schweitzer, M./Hummer, W./Obwexer, W., *Europarecht*, Βιέννη 2007, σ. 82 επ.

65 — Αποφάσεις von Colson και Kamann (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 64, σκέψη 28), και Harz (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 64, σκέψη 28).

διαπλάσεως του δικαίου, εφόσον τα εθνικά δικαστήρια έχουν την εξουσία αυτή [66].

— Το άρθρο 5, παράγραφοι 4 και 5, της οδηγίας 2005/29

82. Πάντως, η συσταλτική ερμηνεία την οποία υπερασπίζεται το Oberste Gerichtshof πρέπει να οδηγεί σε πλήρη συμφωνία του κανονιστικού περιεχομένου του άρθρου 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG με τις διατάξεις της οδηγίας.

Ο κατάλογος των αθέμιτων εμπορικών πρακτικών που περιέχεται στο παράρτημα Ι της οδηγίας

Εξέταση υπό το πρίσμα των διατάξεων της οδηγίας

84. Καταρχάς διαπιστώνεται ότι η εμπορική πρακτική την οποία απαγορεύει το άρθρο 9a, παράγραφος 1, UWG δεν αντιστοιχεί σε καμία από τις περιπτώσεις αθέμιτων εμπορικών πρακτικών που απαριθμούνται στο παράρτημα Ι της οδηγίας. Ειδικότερα, δεν έχει εφαρμογή η δέκατη έκτη περίπτωση, που αφορά τον διαφημιστικό ισχυρισμό ότι ορισμένα προϊόντα μπορούν να διευκολύνουν το κέρδος σε τυχερά παιχνίδια. Η περίπτωση αυτή αφορά μια ιδιαίτερη μορφή διαφήμισης [67], όχι όμως τις συνοδευόμενες με δώρα προσφορές αυτές καθεαυτές [68]. Ανεξαρτήτως αυτού, η αναιρεσίβλητη της κύριας δίκης ουδόλως προβαίνει σε διαφήμιση με τον ισχυρισμό ότι η αγορά και μόνο του προϊόντος δημιουργεί πιθανότητα κέρδους. Προσφέρει μόνο τη δυνατότητα συμμετοχής σε διαφημιστικό

83. Στη συνέχεια, πρέπει να εξετασθεί αν η επίμαχη απαγόρευση των συνοδευόμενων με δώρα προσφορών, υπό τη συσταλτική ερμηνεία της από την αυστριακή νομολογία, μπορεί να θεωρηθεί σύμφωνη προς την οδηγία. Η εξέταση αυτή θα πρέπει να βασιστεί στο σχέδιο αναλύσεως που παρουσίασα στο σημείο 66 των ανά χείρας προτάσεων.

66 — Κατά τον Streinz, R., *Europarecht,* 8η έκδοση, Χαϊδελβέργη 2008, σ. 161, σκέψη 456, το όριο της υποχρεώσεως για σύμφωνη προς την οδηγία ερμηνεία καθορίζεται από τη δυνατότητα του εθνικού δικαίου να αποτελέσει αντικείμενο ερμηνείας. Κατά το μέτρο που τα εθνικά δικαστήρια διαθέτουν και την εξουσία περαιτέρω διαπλάσεως του δικαίου, πρέπει, εφόσον χρειάζεται, να προβαίνουν και σε σύμφωνη προς την οδηγία διάπλαση του εθνικού δικαίου.

67 — Ως προς τον σκοπό της απαγορεύσεως αυτής βλ. Büllesbach, E., όπ.π. (υποσημείωση 21), σ. 114. Εφόσον ο εμπορευόμενος ισχυρίζεται ότι ένα προϊόν μπορεί να διευκολύνει το κέρδος σε τυχερά παιχνίδια, υποβάλλεται στον καταναλωτή η εντύπωση ότι η αγορά του προϊόντος μπορεί να επηρεάσει το αποτέλεσμα του παιχνιδιού ευνοϊκά για τον ίδιο. Εντούτοις, το χαρακτηριστικό των τυχερών παιχνιδιών είναι ότι το αποτέλεσμα καθορίζεται κυρίως από την τύχη. Λόγω αυτού του απρόβλεπτου στοιχείου, η άσκηση επιρροής στο αποτέλεσμα είναι καταρχήν αδιανόητη. Υπάρχει επομένως εξαπάτηση όσον αφορά την καταλληλότητα του προϊόντος. Επειδή ο ισχυρισμός απευθύνεται έμμεσα στην έξη του παιγνίου, υποβάλλει τον καταναλωτή σε ιδιαίτερο κίνδυνο, διότι η ελπίδα ευκολότερου κέρδους μπορεί να μειώσει σοβαρά τον ορθολογικό χαρακτήρα της αποφάσεώς του.

68 — Βλ. σημείο 85 των προτάσεών μου στην υπόθεση Plus, προπαρατεθείσες στην υποσημείωση 20.

παίγνιο στο οποίο ούτως ή άλλως μπορεί ο καθένας να συμμετάσχει μέσω του διαδικτύου, χωρίς να υπόσχεται αυξημένη πιθανότητα κέρδους για τον αγοραστή. Ο καταναλωτής που προτίθεται να συμμετάσχει στην ψηφοφορία για τον «ποδοσφαιριστή της χρονιάς», δεν χρειάζεται έτσι να αγοράσει οπωσδήποτε την επίμαχη εφημερίδα, αλλά μπορεί να επιλέξει μεταξύ διαφόρων δυνατοτήτων συμμετοχής. Ούτε υποβάλλεται η εντύπωση ούτε προκύπτει από αντικειμενική εξέταση ότι ο καταναλωτής θα είχε ενδεχομένως λιγότερες πιθανότητες κέρδους αν συμμετείχε κατ' άλλον τρόπο εκτός της αγοράς της επίμαχης εφημερίδας.

— Παραπλανητικές και επιθετικές εμπορικές πρακτικές κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 4, της οδηγίας

85. Τίθεται το ζήτημα αν η εμπορική πρακτική την οποία απαγορεύει το άρθρο 9a, παράγραφος 1, UWG μπορεί να χαρακτηριστεί ως παραπλανητική ή επιθετική κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 4, της οδηγίας. Τούτο ισχυρίζεται η Αυστριακή Κυβέρνηση, η οποία επίσης θεωρεί την επίμαχη ρύθμιση ως μεταφορά στο εσωτερικό δίκαιο του άρθρου 6, παράγραφος 1, στοιχείο δ΄, και των άρθρων 8 και 9 της οδηγίας [69].

— Παραπλανητικές εμπορικές πρακτικές κατά την έννοια των άρθρων 6 και 7 της οδηγίας

86. Οι παραπλανητικές εμπορικές πρακτικές χαρακτηρίζονται προπαντός, όπως αποδεικνύει η ερμηνεία των άρθρων 6 και 7 της οδηγίας, από το στοιχείο της εξαπάτησης ως προς τα κύρια χαρακτηριστικά ενός προϊόντος. Στα κύρια χαρακτηριστικά του προϊόντος συγκαταλέγεται κατά το άρθρο 6, παράγραφος 1, στοιχείο δ΄, της οδηγίας η τιμή.

87. Με την απόφαση Oosthoek's Uitgeversmaatschappij [70], την οποία επικαλείται η Αυστριακή Κυβέρνηση με τις παρατηρήσεις της, το Δικαστήριο διαπίστωσε, σε σχέση με το συμβατό μιας προβλεπόμενης στην ολλανδική νομοθεσία απαγορεύσεως της χορηγήσεως δώρων με την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων, ότι «η προσφορά δώρων εις είδος ως μέσο προωθήσεως των πωλήσεων είναι δυνατόν να παραπλανήσει τους καταναλωτές όσον αφορά τις πραγματικές τιμές των προϊόντων και να στρεβλώσει τους όρους του ανταγωνισμού που στηρίζεται στην ανταγωνιστικότητα των προϊόντων». Από τα ανωτέρω το Δικαστήριο συνήγαγε ότι «νομοθεσία που, για τον λόγο αυτό, περιορίζει ή ακόμα και απαγορεύει την εμπορική πρακτική αυτού του είδους δύναται να συμβάλει στην προστασία των καταναλωτών και στην εντιμότητα των εμπορικών συναλλαγών».

88. Οι διαπιστώσεις αυτές, που πραγματοποιήθηκαν σε χρόνο κατά πολύ προγενέστερο της εκδόσεως της οδηγίας 2005/29, παραμένουν επίκαιρες, διότι, κατ' ορθή ερμηνεία των προπαρατεθέντων χωρίων της

69 — Βλ. σημείο 55, σ. 21, του υπομνήματος της Αυστριακής Κυβερνήσεως.

70 — Απόφαση της 15ης Δεκεμβρίου 1982, 286/81, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij (Συλλογή 1982, σ. 4575, σκέψη 18).

αποφάσεως, αναφέρονται στην πραγματικότητα στον αφηρημένο κίνδυνο που απορρέει από μια σύζευξη προσφορών η οποία ενδεχομένως δεν αφήνει να διαφαίνεται επαρκώς η αξία των επιμέρους προϊόντων. Τούτο δείχνει η φράση «είναι δυνατόν» της πρώτης περιόδου. Το Δικαστήριο κατά συνέπεια δέχθηκε εμμέσως ότι είναι αναγκαία η κατά περίπτωση αξιολόγηση την οποία επιτάσσει και ο κοινοτικός νομοθέτης με την οδηγία 2005/29.

89. Ανεξαρτήτως τούτου, από την εν λόγω απόφαση προκύπτει σαφώς ότι το Δικαστήριο εξέφρασε γνώμη αποκλειστικά ως προς το ζήτημα του συμβατού με την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων της επίμαχης απαγορεύσεως της χορηγήσεως δώρων που προβλεπόταν στην ολλανδική νομοθεσία, λαμβάνοντας υπόψη τη συγκεκριμένη διαμόρφωσή της. Κατά συνέπεια, τα συμπεράσματα του Δικαστηρίου δεν είναι δυνατόν να μεταφερθούν άνευ ετέρου στην υπόθεση της κύριας δίκης. Βάσει των δεδομένων αυτών, το επιχείρημα ότι, ανεξαρτήτως της μορφής της, κάθε προσφορά δώρων είναι δυνητικώς παραπλανητική, στερείται παντελώς βάσεως.

90. Συνεπώς, η επίμαχη ρύθμιση, υπό τη συσταλτική ερμηνεία της από την αυστριακή νομολογία, δεν μπορεί να θεωρηθεί σύμφωνη προς το άρθρο 6, παράγραφος 1, στοιχείο δ΄, της οδηγίας.

— Επιθετικές εμπορικές πρακτικές κατά την έννοια του άρθρου 8 της οδηγίας

91. Αποκλείεται επίσης η υπαγωγή γενικώς των συνοδευόμενων με δώρα προσφορών στην κατηγορία των επιθετικών εμπορικών πρακτικών, διότι το άρθρο 8 της οδηγίας απαιτεί συναφώς να θίγεται η ελευθερία επιλογής ή συμπεριφοράς του μέσου καταναλωτή ως προς το προϊόν, μεταξύ άλλων μέσω παρενοχλήσεως, καταναγκασμού ή χρήσεως βίας.

92. Εντούτοις, το χαρακτηριστικό αυτό ούτε είναι σύνηθες στις συνοδευόμενες με δώρα προσφορές ούτε υφίσταται στην υπόθεση της κύριας δίκης. Επομένως, η επίμαχη ρύθμιση, παρά τη συσταλτική ερμηνεία της, δεν είναι σύμφωνη προς το άρθρο 8 της οδηγίας.

— Το άρθρο 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 2005/29

93. Περαιτέρω, κατά την οδηγία, απαγόρευση μπορεί να υπάρξει μόνον εάν μια εμπορική πρακτική πρέπει να χαρακτηρισθεί ως αθέμιτη λόγω του ότι είναι αντίθετη προς τις απαιτήσεις επαγγελματικής ευσυνειδησίας και στρεβλώνει ουσιωδώς ή ενδέχεται να στρεβλώσει ουσιωδώς την οικονομική συμπεριφορά του μέσου καταναλωτή σε σχέση με το προϊόν. Προς τούτο, πρέπει να πληρούνται

σωρευτικώς οι προϋποθέσεις εφαρμογής του άρθρου 5, παράγραφος 2, στοιχεία α΄ και β΄ [71].

94. Η εξέταση του συμβατού του άρθρου 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG με το άρθρο 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 2005/29 πραγματοποιείται σε δύο στάδια. Καταρχάς πρέπει να εξετασθεί αν η ρύθμιση του άρθρου 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG, λαμβανομένης υπόψη της προαναφερθείσας συσταλτικής ερμηνείας, εξαρτά την απαγόρευση από τις ίδιες προϋποθέσεις όπως η οδηγία. Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως, πρέπει να εξετασθεί αν στην εν λόγω εθνική ρύθμιση εμπίπτουν μόνον οι εμπορικές πρακτικές που πρέπει να θεωρούνται ως αθέμιτες κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 2.

Ικανότητα ουσιώδους στρέβλωσης της συμπεριφοράς του μέσου καταναλωτή

— Σύμπτωση των νομικών προϋποθέσεων

95. Εν πάση περιπτώσει, το περιεχόμενο της επίμαχης ρυθμίσεως συμφωνεί σε μεγάλο βαθμό με τις επιταγές της οδηγίας 2005/29 σε ό,τι αφορά την προβλεπόμενη στο άρθρο 5, παράγραφος 2, στοιχείο β΄, προϋπόθεση, διότι, σύμφωνα και με τη συσταλτική ερμηνεία των αυστριακών δικαστηρίων, για να υπάρξει απαγορευμένο δώρο κατά την έννοια του άρθρου 9a, παράγραφος 1, UWG, η προαναγγελία, προσφορά ή η χορήγησή του «πρέπει να είναι αντικειμενικώς πρόσφορη να επηρεάσει τη συμπεριφορά των καταναλωτών στους οποίους απευθύνεται». Εξάλλου, και το ίδιο το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει τη δυνατότητα μεθερμηνείας αυτής της νομολογιακώς τεθείσας προϋποθέσεως υπό την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 2, στοιχείο β΄ [72]. Ως προς τούτο δεν υπάρχουν επιφυλάξεις, εφόσον προσδοθεί στην εν λόγω κατ' ουσίαν πανομοιότυπα διατυπωμένη προϋπόθεση του εθνικού δικαίου η ίδια σημασία όπως στο πλαίσιο του κοινοτικού δικαίου.

— Σύμπτωση του πεδίου εφαρμογής

96. Ως «ουσιώδης στρέβλωση της οικονομικής συμπεριφοράς των καταναλωτών» κατά την έννοια του άρθρου 2, στοιχείο ε΄, πρέπει να νοείται ειδικότερα, κατά την περιεχόμενη στην εν λόγω διάταξη αυθεντική ερμηνεία, «η χρήση μιας εμπορικής πρακτικής με σκοπό τη σημαντική μείωση της ικανότητας του καταναλωτή να λάβει τεκμηριωμένη απόφαση,

71 — Βλ. Abbamonte, G., όπ.π. (υποσημείωση 57), σ. 21· Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal – La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales,* Cizur Menor 2006, σ. 58· Maione, N., «Le pratiche commerciali sleali nella direttiva 2005/29/CE», *Lezioni di diritto privato europeo,* 2007, σ. 1068.

72 — Βλ. σ. 10 της διατάξεως περί παραπομπής.

με επακόλουθο ο καταναλωτής να λάβει μια απόφαση συναλλαγής που διαφορετικά δεν θα ελάμβανε». Προστατευόμενο αγαθό αυτής της ρυθμίσεως είναι η ελευθερία αποφάσεως του καταναλωτή [73].

97. Καίτοι το αιτούν δικαστήριο ζητεί με το προδικαστικό ερώτημά του διευκρινίσεις γενικώς ως προς το συμβατό του άρθρου 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG με την οδηγία, εντούτοις κρίσιμο για την απόφαση στην κύρια δίκη δεν είναι το ζήτημα του συμβατού του άρθρου 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG ως προς όλες τις περιπτώσεις που καλύπτει (περιοδικές εκδόσεις και δώρα), αλλά μόνον ως προς τη σύζευξη περιοδικών εκδόσεων και διαφημιστικών παιγνίων. Και οι μετέχοντες στη διαδικασία αναφέρονται με τις παρατηρήσεις τους προπαντός σε αυτήν την πολύ ειδική μορφή συνοδευόμενων με δώρα προσφορών, που δεν είναι πλήρως απαλλαγμένη προβλημάτων από απόψεως προστασίας των καταναλωτών. Ως εκ τούτου στο εξής θα χρειαστεί να εξεταστούν περαιτέρω μόνο οι επιπτώσεις αυτής της συγκεκριμένης εμπορικής πρακτικής στη συμπεριφορά του καταναλωτή.

98. Η Αυστριακή Κυβέρνηση φρονεί ότι η ανωτέρω προϋπόθεση πληρούται όσον αφορά τη σύζευξη προϊόντων και διαφημιστικών παιγνίων [74]. Δηλώνει ότι ακριβώς στην περίπτωση των περιοδικώς εκδιδομένων εντύπων που πωλούνται σε σχετικά χαμηλή τιμή, όπως στην υπόθεση της κύριας δίκης, ο καταναλωτής θα αποφασίσει λόγω της πιθανότητας κέρδους να αγοράσει το κύριο προϊόν για μη αντικειμενικούς λόγους. Ακριβώς στην περίπτωση αυτή, η προοπτική δωρεάν συμμετοχής σε διαφημιστικό παίγνιο που παρέχει πιθανότητα δυσανάλογα μεγάλου κέρδους μπορεί να στρεβλώσει ουσιωδώς την αγοραστική συμπεριφορά του καταναλωτή στον τομέα των μέσων μαζικής ενημέρωσης.

99. Συμφωνώ με την Αυστριακή Κυβέρνηση ότι η χρήση κερδοφόρων τυχηρών παιγνίων στον κλάδο της διαφημίσεως είναι απολύτως ικανή να αφυπνίσει την έξη του ανθρώπου στο παίγνιο. Όπως εξέθεσα με τις προτάσεις μου στην υπόθεση Plus [75], λόγω ιδίως της προοπτικής ενδεχομένως πολύ μεγάλων κερδών, τα παίγνια αυτά ασκούν κάποια έλξη στον άνθρωπο. Η χρησιμοποίησή τους μπορεί να προκαλέσει την προσοχή εν δυνάμει πελατών και, στο πλαίσιο της επιλεγείσας διαφημιστικής στρατηγικής, να την κατευθύνει προς ορισμένους στόχους. Επομένως, κατά γενική θεώρηση, δεν μπορεί να αγνοηθεί το προβληθέν επιχείρημα ότι μια τέτοια

73 — Όχι όμως το οικονομικό συμφέρον του καταναλωτή. Κατά τον Abbamonte, G., όπ.π. (υποσημείωση 57), σ. 23, η ρύθμιση αυτή στηρίζεται στη βασική εκτίμηση ότι οι αθέμιτες εμπορικές πρακτικές αλλοιώνουν κατά κανόνα τις προτιμήσεις του καταναλωτή, καθόσον μειώνουν την ελευθερία ή την ικανότητά του να αποφασίζει. Ως εκ τούτου οι καταναλωτές αγοράζουν προϊόντα που δεν χρειάζονται ή προϊόντα που διαφορετικά – χωρίς αυτή τη μείωση ικανότητας – θα θεωρούσαν ως χαμηλότερης αξίας. Το άρθρο 5, παράγραφος 2, στοιχείο β΄, της οδηγίας 2005/29 δεν προϋποθέτει πάντως καμία οικονομική ζημία του καταναλωτή. Η απαίτηση υπάρξεως ενός τέτοιου στοιχείου θα ήταν, κατά την άποψη του συγγραφέα, υπερβολική, διότι αυτό θα υποβίβαζε ουσιωδώς το επίπεδο προστασίας του καταναλωτή εντός της Ευρωπαϊκής Ενώσεως.

74 — Βλ. σημείο 51, σ. 20, του υπομνήματος της Αυστριακής Κυβερνήσεως.

75 — Προπαρατεθείσες στην υποσημείωση 20, σημείο 93.

εμπορική πρακτική μπορεί υπό προϋποθέσεις να στρεβλώσει ουσιωδώς την αγοραστική συμπεριφορά του καταναλωτή στον τομέα των μέσων μαζικής ενημέρωσης.

100. Εντούτοις, είναι αμφίβολο αν μια τέτοια γενικευτική θεώρηση συμβιβάζεται άνευ ετέρου με τις επιταγές του κοινοτικού δικαίου, διότι αφενός η οδηγία 2005/29 απαιτεί, όπως προεκτέθηκε, να λαμβάνονται πλήρως υπόψη οι περιστάσεις της οικείας μεμονωμένης περιπτώσεως από τα εθνικά δικαστήρια και τις εθνικές αρχές προκειμένου να συναχθεί αθέμιτος χαρακτήρας μιας συγκεκριμένης εμπορικής πρακτικής [76], αφετέρου βασίζει την εξέταση του αποτελέσματος της κάθε διαφημιστικής μεθόδου στην αντίληψη του μέσου καταναλωτή ή του μέσου μέλους μιας ομάδας καταναλωτών.

101. Όπως συνάγεται από τη δέκατη όγδοη αιτιολογική σκέψη, ο όρος μέσος καταναλωτής που χρησιμοποιείται στην οδηγία 2005/29 αντιστοιχεί ακριβώς στην έννοια του καταναλωτή που έχει διαμορφώσει με τη νομολογία του το Δικαστήριο [77], ο οποίος «έχει τη συνήθη πληροφόρηση και είναι ευλόγως προσεκτικός και ενημερωμένος», ενώ πρέπει να ληφθούν υπόψη «κοινωνικοί, πολιτιστικοί και γλωσσικοί παράγοντες». Στην τελευταία περίοδο της δέκατης όγδοης αιτιολογικής σκέψεως αποσαφηνίζεται περαιτέρω η έννοια του μέσου καταναλωτή, υπογραμμίζεται δε ότι «δεν αποτελεί στατιστική [έννοια]». Επιπλέον επιτάσσεται όπως «τα εθνικά δικαστήρια και οι εθνικές αρχές […] χρησιμοποιούν τη δική τους κρίση, λαμβάνοντας υπόψη τη νομολογία του Δικαστηρίου για να προσδιορίζουν την τυπική αντίδραση του μέσου καταναλωτή σε δεδομένη περίπτωση».

102. Η μέθοδος που έχει αναπτύξει το Δικαστήριο για να εξετάζει τα αποτελέσματα μιας διαφημιστικής μεθόδου στον μέσο καταναλωτή έχει ως θεμέλιό της την αρχή της αναλογικότητας. Αποσκοπεί στην προσήκουσα εξισορρόπηση μεταξύ αφενός του σκοπού της προστασίας των καταναλωτών και αφετέρου της ανάγκης να προαχθεί η κυκλοφορία των εμπορευμάτων σε μια χαρακτηριζόμενη από τον ελεύθερο ανταγωνισμό εσωτερική αγορά. Με την οδηγία 2005/29 ο κοινοτικός νομοθέτης κωδικοποιεί πλέον τη μέθοδο αυτή, αναθέτοντας το καθήκον

76 — Βλ. σημεία 76 έως 78 των ανά χείρας προτάσεων.

77 — Βλ. για την έννοια του καταναλωτή στη νομολογία του Δικαστηρίου τις αποφάσεις της 16ης Ιανουαρίου 1992, C-373/90, X (Συλλογή 1992, σ. I-131, σκέψεις 15 και 16), της 16ης Ιουλίου 1998, C-210/96, Gut Springenheide και Tusky (Συλλογή 1998, σ. I-4657, σκέψη 31), της 4ης Μαΐου 1999, C-108/97 και C-109/97, Windsurfing Chiemsee (Συλλογή 1999, σ. I-2779, σκέψη 29), της 13ης Ιανουαρίου 2000, C-220/98, Estée Lauder (Συλλογή 2000, σ. I-117, σκέψη 27), της 21ης Ιουνίου 2001, C-30/99, Επιτροπή κατά Ιρλανδίας (Συλλογή 2001, σ. I-4619, σκέψη 32), της 24ης Οκτωβρίου 2002, C-99/01, Linhart και Biffl (Συλλογή 2002, σ. I-9375, σκέψη 31), της 8ης Απριλίου 2003, C-44/01, Pippig Augenoptik (Συλλογή 2003, σ. I-3095, σκέψη 55), της 12ης Φεβρουαρίου 2004, C-363/99, Koninklijke KPN Nederland (Συλλογή 2004, σ. I-1619, σκέψη 77) και C-218/01, Henkel (Συλλογή 2004, σ. I-1725, σκέψη 50), της 9ης Μαρτίου 2006, C-421/04, Matratzen Concord (Συλλογή 2006, σ. I-2303, σκέψη 24), και της 19ης Σεπτεμβρίου 2006, C-356/04, Lidl Belgium (Συλλογή 2006, σ. I-8501, σκέψη 78).

εξετάσεως – σε συμφωνία με τη νομολογία του Δικαστηρίου – στα εθνικά δικαστήρια και αρχές. Έτσι επιδιώκεται να αποσοβηθεί ο κίνδυνος διαφορετικής εκτιμήσεως των ίδιων εμπορικών πρακτικών στα διάφορα κράτη μέλη προκειμένου να επιτευχθεί υψηλότερος βαθμός ασφάλειας δικαίου για τους καταναλωτές και τους ανταγωνιστές [78].

103. Η αναφορά στον «έχοντα τη συνήθη πληροφόρηση και ευλόγως προσεκτικό και ενημερωμένο μέσο καταναλωτή» σημαίνει από νομικής απόψεως ότι, προκειμένου να διατηρηθεί μια εύλογη σχέση μεταξύ των δύο σκοπών, οι προϋποθέσεις του πραγματικού του άρθρου 5, παράγραφος 2, στοιχείο β΄, πρέπει να είναι αντιστοίχως αυστηρές. Έτσι δεν επιτρέπεται να θεωρηθεί ότι οποιαδήποτε εμπορική πρακτική πληροί τις προϋποθέσεις του πραγματικού απλώς και μόνο λόγω της ικανότητας της να επηρεάσει την απόφαση αγοράς. Αντιθέτως, κατά το κοινοτικό δίκαιο ο καταναλωτής είναι ικανός να αντιλαμβάνεται την επικινδυνότητα ορισμένων εμπορικών πρακτικών και να πράττει αντίστοιχα κατά έλλογο τρόπο [79]. Τούτο είναι συνεπές και από απόψεως νομοθετικής σκοπιμότητας, εφόσον δεν επιδιώκεται να θεωρηθεί κάθε προκλητική ενδεχομένως, αλλά κατά γενική παραδοχή ακίνδυνη, μορφή διαφήμισης ως αθέμιτη και κατά συνέπεια άξια απαγορεύσεως [80].

104. Όπως εκθέτει η αναιρεσίβλητη της κύριας δίκης, ορθώς κατ' εμέ [81], στις μέρες μας ο μέσος καταναλωτής έχει κατά κανόνα συνείδηση του γεγονότος ότι η διαφήμιση και οι πρακτικές προώθησης των πωλήσεων, στο πλαίσιο μιας ελεύθερης οικονομίας της αγοράς, δεν επιδιώκουν να προσελκύσουν πελάτες μόνο μέσω της τιμής και της ποιότητας ενός προϊόντος, αλλά υπόσχονται και πληθώρα πρόσθετων ωφελειών. Αυτές μπορεί να είναι συναισθηματικής φύσεως, παραδείγματος χάριν στην περίπτωση της διαφημίσεως που παραπέμπει στο συναίσθημα της ελευθερίας και της ανεξαρτησίας ή στην αίσθηση ότι το άτομο ανήκει σε συγκεκριμένη κοινωνική ομάδα, ή πρόσθετες ωφέλειες καθαρά οικονομικού χαρακτήρα, όπως τα δώρα. Είναι κατά συνέπεια εύλογο να παρέχεται στον έχοντα τη συνήθη πληροφόρηση και ευλόγως προσεκτικό και ενημερωμένο καταναλωτή, εντός του καθοριζόμενου από

78 — Ο Abbamonte, G., όπ.π. (υποσημείωση 57), σ. 25, επισημαίνει ότι με την οδηγία 2005/29 ο κοινοτικός νομοθέτης κωδικοποιεί πλέον την εν λόγω μέθοδο, η οποία δεν είχε εφαρμοστεί από τα δικαστήρια ορισμένων κρατών μελών. Ο συγγραφέας αυτός φρονεί ότι κατά τον τρόπο αυτό περιορίζεται ο κίνδυνος διαφορετικής αξιολογήσεως των ίδιων εμπορικών πρακτικών εντός της Ευρωπαϊκής Ενώσεως και αυξάνεται η ασφάλεια δικαίου. Ομοίως και Wiebe, A., όπ.π. (υποσημείωση 38), σ. 75, και Micklitz, H. W., «Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG», *Droit de la consommation/Konsumentenrecht/Consumer law, Liber amicorum Bernd Stauder,* Βασιλεία 2006, σ. 311. Η Weatherill, S., όπ.π. (υποσημείωση 58), σ. 135, εκθέτει ότι ο μέσος καταναλωτής αποτελεί βάση αναφοράς τεχνητή μεν, ενόψει των διαφορετικών συμπεριφορών των καταναλωτών, πλην όμως απαραίτητη για ένα λειτουργικό καθεστώς εναρμόνισης.

79 — Ο Lecheler, H., «Verbraucherschutz», σε: *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (επιμέλεια Manfred Dauses), τόμος 2, Μόναχο 2004, τεύχος V, σημείο 27, σ. 11, ερμηνεύει τη νομολογία του Δικαστηρίου (που παρατέθηκε στην υποσημείωση 77 των ανά χείρας προτάσεων), υπό την έννοια ότι βάση αναφοράς αποτελεί ένας καταρχήν λογικός και προσεκτικός καταναλωτής, έχων ικανότητα προσανατολισμού και αυτοδιαθέσεως.

80 — Ετσι ο Maione, N., όπ.π. (υποσημείωση 71), σ. 1068, επισημαίνει ότι κατά τη βούληση του κοινοτικού νομοθέτη δεν πρέπει να απαγορεύεται κάθε εμπορική πρακτική που επηρεάζει την αγοραστική συμπεριφορά του καταναλωτή, αλλά μόνο οι πρακτικές εκείνες που αντιβαίνουν στην επαγγελματική ευσυνειδησία, περιορίζοντας την ελευθερία αποφάσεως του καταναλωτή.

81 — Βλ. σ. 10 του υπομνήματος της αναιρεσίβλητης της κύριας δίκης.

το κοινοτικό δίκαιο ρυθμιστικού πλαισίου, η δυνατότητα να αποφασίζει αν θα αγοράσει ένα προϊόν λόγω των διαφημιζόμενων πλεονεκτημάτων του ή λόγω της ποιότητάς του ή και της χαμηλής τιμής του [82].

του καταναλωτή [83]. Ταυτοχρόνως θα περιόριζε δυσανάλογα την ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων και των υπηρεσιών. Ειδικότερα, μια τέτοια απαγόρευση θα υπερέβαινε το μέτρο που είναι αναγκαίο προκειμένου να γίνουν σεβαστά τόσο τα συμφέροντα των καταναλωτών όσο και η ελεύθερη κυκλοφορία των εμπορευμάτων και των υπηρεσιών.

— Ενδιάμεσο συμπέρασμα

105. Η παραδοχή, την οποία ενέχει κάθε νομοθετική καταρχήν απαγόρευση, ότι κάθε σύζευξη προϊόντος με διαφημιστικό παίγνιο, ανεξαρτήτως της πραγματικής επικινδυνότητάς της καθώς και των ιδιαιτεροτήτων του κοινού στο οποίο απευθύνεται, είναι επικίνδυνη και πρέπει κατά συνέπεια να απαγορευθεί δεν θα ανταποκρινόταν στην κατά το κοινοτικό δίκαιο έννοια του καταναλωτή. Θα έπρεπε τελικώς να θεωρηθεί ως κηδεμονία

106. Συνοπτικώς, διαπιστώνεται ότι η κατά το άρθρο 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG απαγόρευση των συνοδευόμενων με δώρα προσφορών, υπό τη συσταλτική ερμηνεία της από την αυστριακή νομολογία, ανάγεται σε νομοθετική στάθμιση μη ανταποκρινόμενη στις επιταγές της οδηγίας 2005/29.

107. Αν και το συμπέρασμα αυτό αρκεί για να δοθεί καταφατική απάντηση στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα, θα εξετάσω στο εξής επικουρικώς, σε απάντηση των εκτιθεμένων από το αιτούν δικαστήριο και την Αυστριακή

82 — Βλ. επίσης Kucsko, G., όπ.π. (υποσημείωση 39), σ. 709, ο οποίος αμφιβάλλει ότι τα επιχειρήματα στα οποία βασίστηκε η αιτιολογική έκθεση του σχεδίου του Prämiengesetz του 1929 (στην οποία εν τέλει ανάγεται η κατά το άρθρο 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG απαγόρευση των δώρων) εξακολουθούν να έχουν σημασία στις μέρες μας. Ο καταναλωτής έχει σήμερα πολύ μεγαλύτερη κριτική ικανότητα και ενημέρωση. Ο διαφημιστικός τομέας έχει και αυτός υποστεί μεγάλες μεταβολές κατά τις τελευταίες δεκαετίες. Ο καταναλωτής εκτίθεται σε πολύ μεγαλύτερο βαθμό στην – σαφώς όχι πάντοτε αντικειμενική – διαφήμιση και έχει συνηθίσει σε αυτήν. Το «image» ορισμένων σημάτων φορτίζεται με συνειρμούς οι οποίοι ήδη από μακρού δεν έχουν καμία σχέση με τις πραγματικές ιδιότητες του προϊόντος. Αφετέρου όμως, η κριτική ικανότητα των καταναλωτών έχει οξυνθεί μέσω της συνεχούς δημοσιεύσεως αντικειμενικών συγκριτικών δοκιμών, μέσω των σημάτων έγκρισης, μέσω των κριτικού χαρακτήρα περιοδικών για καταναλωτές κ.λπ., όχι μόνον ως προς τα προϊόντα που υποβάλλονται σε δοκιμή, αλλά και γενικώς. Ο καταναλωτής έχει σήμερα κατά συνέπεια πολύ μεγαλύτερη δυνατότητα να αποφασίσει ο ίδιος αν θέλει να «δελεαστεί από μη αντικειμενικές υποσχέσεις» ή αν θεωρεί την τιμή του κυρίου προϊόντος υπερβολικά υψηλή. Εξάλλου, με το δώρο αποκτά κάτι περισσότερο από το άυλο «image», αποκτά ένα πραγματικό προϊόν ή υπηρεσία. Το επιχείρημα περί προστασίας του καταναλωτή, το οποίο ενέχει κηδεμονία αυτού, έχει παύσει να είναι πειστικό σήμερα.

83 — Οι Heidinger, R., όπ.π. (υποσημείωση 17), σ. 46, και Wittmann, H., «EuGH: Zugabenverbot vor dem Fall?», *Medien und Recht*, 6/2008, σ. 284, αναφέρονται στις επιφυλάξεις που εξέφρασε το αιτούν δικαστήριο με τη διάταξη περί παραπομπής. Επισημαίνουν ότι η έννοια του υπεύθυνου καταναλωτή στην οποία ερείδεται το άρθρο 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 2005/29 δεν επιτρέπει να θεωρηθεί ότι στην υπόθεση της κύριας δίκης υπάρχει αθέμιτη εμπορική πρακτική. Μια τόσο διευρυμένη προστασία των καταναλωτών αντιβαίνει στο σύγχρονο πρότυπο του υπεύθυνου καταναλωτή, ο οποίος πρέπει καταρχήν να είναι ελεύθερος να λαμβάνει τις οικονομικές αποφάσεις του και βάσει μη αντικειμενικών λόγων.

Κυβέρνηση, το συμβατό της επίμαχης ρυθμίσεως με τις λοιπές προϋποθέσεις του άρθρου 5, παράγραφος 2, της οδηγίας.

Παραβίαση της υποχρεώσεως επαγγελματικής ευσυνειδησίας

— Σύμπτωση των νομικών προϋποθέσεων

108. Μια προφανής διαφορά σε σχέση με τις επιταγές της οδηγίας έγκειται στο ότι η επίμαχη διάταξη, ακόμη και μετά τη συσταλτική ερμηνεία της, ουδόλως περιέχει την ουσιώδη προϋπόθεση της παραβιάσεως της υποχρεώσεως επαγγελματικής ευσυνειδησίας, την οποία θέτει το άρθρο 5, παράγραφος 2, στοιχείο α΄, της οδηγίας.

109. Η Αυστριακή Κυβέρνηση προβάλλει στο πλαίσιο αυτό ότι η απαίτηση επαγγελματικής ευσυνειδησίας είναι στην πραγματικότητα εγγενής στην επίμαχη ρύθμιση, διότι η ρύθμιση αυτή αποβλέπει στην προστασία του ανταγωνισμού από τους κινδύνους εκμεταλλεύσεως της έξεως των καταναλωτών στο παίγνιο. Η τήρηση της υποχρεώσεως επαγγελματικής ευσυνειδησίας εξετάζεται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση από τα δικαστήρια, αναλόγως των ειδικών απαιτήσεων του επαγγέλματος [84]. Ο ισχυρισμός αυτός πρέπει να νοείται υπό την έννοια ότι η επίμαχη εθνική νομοθετική ρύθμιση σκοπεί στη μεταφορά και της απαιτήσεως αυτής στην εσωτερική έννομη τάξη, έστω και μέσω διορθωτικής ερμηνείας από το αρμόδιο δικαστήριο.

110. Εντούτοις, οι παρατηρήσεις αυτές σχετικά με το εθνικό δίκαιο δεν είναι πειστικές, αφού το αιτούν δικαστήριο ρητώς επισημαίνει συναφώς ότι τα αυστριακά δικαστήρια, σε αντίθεση με ό,τι ισχύει για την προμνησθείσα προϋπόθεση της ουσιώδους στρεβλώσεως της συμπεριφοράς των καταναλωτών [85], δεν είναι σε θέση να εξετάσουν αν η προαναγγελία, προσφορά ή χορήγηση ενός δώρου είναι και επί της ουσίας αθέμιτη, διότι είναι αντίθετη προς τις απαιτήσεις επαγγελματικής ευσυνειδησίας [86]. Το αιτούν δικαστήριο αμφιβάλλει κατά συνέπεια για το κατά πόσον η γενική απαγόρευση των δώρων, υπό τη μορφή με την οποία ισχύει σήμερα, συμβιβάζεται με την οδηγία 2005/29.

— Ενδιάμεσο συμπέρασμα

111. Τα εκτιθέμενα από το αιτούν δικαστήριο επιβεβαιώνουν έτσι την άποψή μου ότι η κατά το άρθρο 9a, παράγραφος 1, σημείο 1,

84 — Βλ. σημείο 47, σ. 19, του υπομνήματος της Αυστριακής Κυβερνήσεως.

85 — Βλ. σημείο 95 των ανά χείρας προτάσεων.

86 — Βλ. σ. 10 της διατάξεως περί παραπομπής.

UWG απαγόρευση των συνοδευόμενων με δώρα προσφορών δεν ανταποκρίνεται στις επιταγές της οδηγίας ούτε και ως προς την απαίτηση που τίθεται με το άρθρο 5, παράγραφος 2, στοιχείο α΄. Επομένως, ουδόλως διαπιστώνεται συμφωνία της επίμαχης ρυθμίσεως προς τις νομικές προϋποθέσεις του άρθρου 5, παράγραφος 2, στοιχείο α΄. Δεν έχει επίσης αποδειχθεί ότι στο αυστριακό δίκαιο περί αθέμιτου ανταγωνισμού υφίσταται άλλη απαίτηση που να ανταποκρίνεται κάπως στις νομικές προϋποθέσεις του άρθρου 5, παράγραφος 2, στοιχείο α΄.

112. Λαμβανομένου υπόψη του γεγονότος ότι τα ανωτέρω αρκούν για να συναχθεί έλλειψη συμφωνίας της επίμαχης ρυθμίσεως με το άρθρο 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 2005/29, παρέλκει η περαιτέρω εξέταση υπό το πρίσμα της ως άνω διατάξεως της οδηγίας.

γ) Συμπέρασμα

113. Κατά συνέπεια, εθνική νομοθετική ρύθμιση όπως αυτή του άρθρου 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG, υπό την ερμηνεία που της προσδίδεται, η οποία επιβάλλει καταρχήν απαγόρευση των συνοδευόμενων με δώρα προσφορών, χωρίς να προβλέπει δυνατότητα να ληφθούν επαρκώς υπόψη όλες οι παράμετροι της κάθε συγκεκριμένης περιπτώσεως, είναι εκ φύσεως περιοριστικότερη και αυστηρότερη από τις ρυθμίσεις της οδηγίας 2005/29.

114. Στο πλαίσιο αυτό επιβάλλεται η διαπίστωση ότι το άρθρο 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG αφορά τομέα ο οποίος υπόκειται σε πλήρη εναρμόνιση και για τον οποίο δεν ισχύουν οι μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 3, παράγραφος 5, της οδηγίας 2005/29. Επιπλέον, κανείς από τους μετέχοντες στη διαδικασία δεν προέβαλε ότι η επίμαχη εθνική νομοθετική ρύθμιση πρέπει να υπαχθεί σε έναν από τους τομείς που απαριθμούνται στην ένατη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας [87]. Δεν έχει εφαρμογή ούτε η προβλεπόμενη στο άρθρο 3, παράγραφος 9, της οδηγίας 2005/29 εξαίρεση.

115. Η καταρχήν απαγόρευση των συνοδευόμενων με δώρα προσφορών την οποία προβλέπει το άρθρο 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG, υπό την προεκτεθείσα συσταλτική ερμηνεία του, οδηγεί τελικά σε διεύρυνση του εξαντλητικού καταλόγου απαγορευμένων εμπορικών πρακτικών που περιέχεται στο παράρτημα I της οδηγίας, στην οποία όμως δεν έχουν την εξουσία να προβούν τα κράτη μέλη λόγω της πλήρους και κατά το δυνατόν εκτενέστερης εναρμονίσεως που επέρχεται

87 — Όπως παρατηρεί ορθώς ο Schuhmacher, W., όπ.π. (υποσημείωση 21), σ. 131, στην ένατη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2005/29 απαριθμούνται ορισμένοι περιορισμοί της πλήρους εναρμονίσεως. Εντούτοις, κατά την παρούσα διαδικασία εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως, κανείς από τους μετέχοντες στη διαδικασία δεν ισχυρίστηκε ρητώς ότι οι περιορισμοί αυτοί έχουν εφαρμογή στην υπόθεση της κύριας δίκης. Κάτι τέτοιο δεν φαίνεται να προκύπτει ούτε από την αντικειμενική εξέταση της υποθέσεως.

με την οδηγία 2005/29 [88]. Η μονομερής διεύρυνση του καταλόγου από τα κράτη μέλη απαγορεύεται, δεδομένου ότι κατά το άρθρο 5, παράγραφος 5, ο κατάλογος αυτός μπορεί να τροποποιηθεί μόνο με αναθεώρηση της οδηγίας, ήτοι κατά τη διαδικασία συναπόφασης του άρθρου 251 ΕΚ.

116. Κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, καταλήγω στο συμπέρασμα ότι ρύθμιση κράτους μέλους όπως αυτή του άρθρου 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG δεν ανταποκρίνεται, παρά τη συσταλτική ερμηνεία της, στις επιταγές της οδηγίας 2005/29.

Επί της αποσύρσεως της υποβληθείσας από την Επιτροπή προτάσεως κανονισμού σχετικά με τις πρακτικές προώθησης των πωλήσεων στην εσωτερική αγορά

117. Η Αυστριακή Κυβέρνηση στηρίζει μέρος της επιχειρηματολογίας της σε διάφορες διατάξεις της τελικώς αποσυρθείσας από την Επιτροπή προτάσεως κανονισμού σχετικά με τις πρακτικές προώθησης των πωλήσεων στην εσωτερική αγορά [89]. Οι διατάξεις αυτές περιελάμβαναν μεταξύ άλλων ρυθμίσεις για τη χορήγηση δώρων και προσφορών ή την παροχή ευκαιρίας συμμετοχής σε διαφημιστικούς διαγωνισμούς και παίγνια. Η Αυστριακή Κυβέρνηση φρονεί ότι από την απόσυρση του σχεδίου αυτού μπορεί να συναχθεί ότι το ρυθμιστικό πεδίο που θα κάλυπτε το σχέδιο του κανονισμού σχετικά με τις πρακτικές προώθησης των πωλήσεων παραμένει αρρύθμιστο και δεν καλύπτεται από την οδηγία 2005/29.

118. Έχω εκφράσει αναλυτικά την άποψή μου ως προς τις συνέπειες της αποσύρσεως της προτάσεως αυτής της Επιτροπής για τη νομική μεταχείριση των συνοδευόμενων με δώρα προσφορών με τις προτάσεις μου επί των υποθέσεων VTB-VAB και Galatea [90] και της υποθέσεως Plus [91]. Αφορμή ήταν η κατ' ουσίαν ίδια επιχειρηματολογία της Βελγικής και της Γερμανικής Κυβερνήσεως στις υποθέσεις εκείνες. Στις εν λόγω προτάσεις μου εξέθεσα τον λόγο για τον οποίο, κατ' εμέ, δεν μπορούν να συναχθούν ούτε από την υποβληθείσα από την Επιτροπή πρόταση κανονισμού σχετικά με τις πρακτικές προώθησης των πωλήσεων στην εσωτερική αγορά ούτε από τις κατατεθείσες στο πλαίσιο της νομοθετικής διαδικασίας τροποποιητικές προτάσεις συμπεράσματα για την ερμηνεία της οδηγίας 2005/29.

88 — Ο Abbamonte, G., όπ.π. (υποσημείωση 57), σ. 21, επισημαίνει ότι τα κράτη μέλη δεν επιτρέπεται να διευρύνουν τα ίδια τον εξαντλητικό κατάλογο απαγορευμένων εμπορικών πρακτικών του παραρτήματος Ι της οδηγίας 2005/29. Αν τους επιτρεπόταν να το πράξουν, τούτο θα οδηγούσε σε καταστρατήγηση της επιδιωκόμενης με την οδηγία κατά το δυνατόν εκτενέστερης εναρμονίσεως, πράγμα που θα εμπόδιζε την επίτευξη του σκοπού της ασφάλειας δικαίου. Ο Keirsbilck, B., όπ.π. (υποσημείωση 14), σ. 522, χαρακτηρίζει τον κατάλογο απαγορευμένων εμπορικών πρακτικών του παραρτήματος Ι ως εξαντλητικό.

89 — Πρόταση κανονισμού του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου σχετικά με τις πρακτικές προώθησης των πωλήσεων στην εσωτερική αγορά της 15ης Ιανουαρίου 2002, COM(2001) 546 τελικό.

90 — Προπαρατεθείσες στην υποσημείωση 15, σημεία 90 έως 94.

91 — Προπαρατεθείσες στην υποσημείωση 20, σημεία 106 έως 111.

119. Η ανωτέρω πρόταση αφορά ειδικότερα κανόνα του κοινοτικού δικαίου ο οποίος όμως εν τέλει ουδέποτε τέθηκε σε ισχύ και κατά συνέπεια ουδέποτε αποτέλεσε μέρος της κοινοτικής εννόμου τάξεως. Κατά συνέπεια, η πρόταση αυτή δεν μπορεί να αποτελέσει άνευ ετέρου αντικείμενο ερμηνείας. Τούτο ισχύει κατά μείζονα λόγο όταν η Επιτροπή αποσύρει την πρόταση, όπως στην περίπτωση του εν λόγω σχεδίου κανονισμού, με δική της πρωτοβουλία. Πρέπει να υπομνησθεί ότι η Επιτροπή έχει δικαίωμα πρωτοβουλίας και κατά συνέπεια έχει τη δυνατότητα να αποσύρει τις προτάσεις της. Ανεξαρτήτως αυτού, πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι οι προτάσεις αυτές ενδέχεται να υποστούν στο πλαίσιο της νομοθετικής διαδικασίας πολλές τροποποιήσεις από το Συμβούλιο και το Κοινοβούλιο, οπότε μπορούν να χρησιμοποιηθούν ως ερμηνευτικό βοήθημα μόνο υπό όρους [92]. Το τελικό κείμενο του κανονισμού μπορεί κατά συνέπεια μόνο να εικάζεται. Επομένως μια τέτοια πρόταση δεν προσφέρεται για τη θεμελίωση δικαιολογημένης εμπιστοσύνης.

120. Ακόμη δε λιγότερο μπορεί το κράτος μέλος να επικαλεσθεί την προστασία της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης στην περίπτωση που είχε ουσιαστική συμμετοχή και στις δύο νομοθετικές διαδικασίες. Οι νομοθετικές διαδικασίες για τον κανονισμό και για την οδηγία 2005/29 εν μέρει συνέπεσαν χρονικά. Ως συνταγματικός εκπρόσωπος κράτους μέλους που εκπροσωπείται στο Συμβούλιο, η Αυστριακή Κυβέρνηση είχε ουσιαστική συμμετοχή και στις δύο νομοθετικές διαδικασίες και, κατά συνέπεια, ήταν διαρκώς ενήμερη για την εξέλιξή τους. Επομένως δεν μπορεί να επικαλεσθεί λυσιτελώς ότι αγνοούσε τα όσα διεμείφθησαν στις εν λόγω νομοθετικές διαδικασίες.

121. Το Δικαστήριο έχει τονίσει την ιδιαίτερη ευθύνη των εκπροσωπουμένων στο Συμβούλιο κυβερνήσεων των κρατών μελών κατά τη μεταφορά των οδηγιών στο εσωτερικό δίκαιο. Έτσι, έχει κρίνει ότι, εφόσον τα κράτη μέλη συμμετέχουν στις προπαρασκευαστικές εργασίες των οδηγιών, είναι σε θέση να εκπονήσουν εντός της ταχθείσης προθεσμίας τις αναγκαίες για την εφαρμογή τους νομοθετικές διατάξεις [93].

122. Κατά συνέπεια, το αργότερο μέχρι τον χρόνο της αποσύρσεως της προτάσεως της Επιτροπής [94], η Αυστριακή Κυβέρνηση θα

92 — Βλ. σημείο 83 των προτάσεών μου της 29ης Οκτωβρίου 2009 στην εκκρεμή υπόθεση C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid. Βλ. Riesenhuber, K., «Die Auslegung», σε: *Europäische Methodenlehre,* Βερολίνο 2006, σ. 257, σημείο 31. Ο συγγραφέας εκθέτει ότι στο πλαίσιο του ευρωπαϊκού ιδιωτικού δικαίου διαδραματίζει κεντρικό ρόλο η ιστορική ερμηνεία, η οποία επικεντρώνεται στα όσα προηγήθηκαν της ρυθμίσεως, καθώς και στο ιστορικό της θεσπίσεώς της. Εφόσον η ερμηνεία αποσκοπεί στην εξακρίβωση της βουλήσεως του νομοθέτη, πρέπει καταρχάς να προσδιοριστεί τίνος βούληση είναι κρίσιμη. Δημοκρατικώς νομιμοποιούμενο νομοθέτη αποτελούν μόνο τα νομοθετικά όργανα των οποίων την έγκριση φέρει εν προκειμένω η πράξη. Αντιθέτως, διάφορα όργανα απαιτείται μόνο να τύχουν ακροάσεως, η δε Επιτροπή έχει επίσης μόνο δικαίωμα πρωτοβουλίας και τη δυνατότητα να αποσύρει προτάσεις· οι προτάσεις της μπορούν να τροποποιούνται κατά βούληση στο πλαίσιο της νομοθετικής διαδικασίας. Εφόσον οι προτάσεις ή οι επιθυμίες της Επιτροπής δεν υιοθετήθηκαν, εξ αυτών μπορεί, στην καλύτερη περίπτωση (αλλά όχι υποχρεωτικά), να συναχθεί επιχείρημα εξ αντιδιαστολής.

93 — Αποφάσεις της 1ης Μαρτίου 1983, 301/81, Επιτροπή κατά Βελγίου (Συλλογή 1983, σ. 467, σκέψη 11), και της 23ης Νοεμβρίου 2000, C-319/99, Επιτροπή κατά Γαλλίας (Συλλογή 2000, σ. I-10439, σκέψη 10).

94 — Η απόφαση της Επιτροπής να αποσύρει την πρόταση κανονισμού που υπέβαλε δημοσιεύθηκε στην ΕΕ 2006, C 64, σ. 3. Πάντως, η Επιτροπή είχε προαναγγείλει την απόφαση αυτή με την ανακοίνωσή της «Αποτέλεσμα της αναλυτικής εξέτασης νομοθετικών προτάσεων που εκκρεμούν ενώπιον του νομοθετικού οργάνου», COM(2005) 462 τελικό, της 27ης Σεπτεμβρίου 2005, σ. 10.

έπρεπε ενδεχομένως να εξετάσει κατά πόσον οι τομείς που καλύπτονταν μέχρι τότε από την πρόταση κανονισμού θα ενέπιπταν στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2005/29. Ο αναγκαίος χαρακτήρας της ενέργειας αυτής ήταν προφανής, κατά μείζονα λόγο καθόσον η οδηγία, ως είχε αρχικώς σχεδιασθεί, αποσκοπούσε αφενός στη θέσπιση γενικών, επικουρικών κανόνων στον τομέα του δικαίου της προστασίας των καταναλωτών στην Κοινότητα και αφετέρου στην επίτευξη πλήρους εναρμονίσεως των κανόνων των κρατών μελών για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές [95]. Στο μέτρο που η απόσυρση αυτή έγινε σε χρόνο κατά τον οποίο δεν είχε ακόμη εκπνεύσει η προθεσμία μεταφοράς της οδηγίας στο εσωτερικό δίκαιο, ο Αυστριακός νομοθέτης όφειλε να λάβει υπόψη τις σκέψεις αυτές κατά την προσαρμογή του εθνικού δικαίου.

123. Τέλος, θα ήθελα να παρατηρήσω ότι το Δικαστήριο δεν δέχθηκε με την απόφαση VTB-VAB και Galatea την κατ' ουσίαν ίδια επιχειρηματολογία της Βελγικής Κυβερνήσεως, υποδηλώνοντας έτσι ότι δεν υιοθετεί την επιχειρηματολογία αυτή. Τούτο επιβεβαίωσε άλλωστε η απόφαση Plus [96].

124. Επομένως, ο ισχυρισμός αυτός πρέπει να απορριφθεί.

5. Συμπεράσματα

125. Συνοπτικώς διαπιστώνεται ότι κατά του συμβατού της επίμαχης εθνικής νομοθετικής ρυθμίσεως με τις επιταγές της οδηγίας 2005/29 συνηγορεί εν πρώτοις το γεγονός ότι η εν λόγω ρύθμιση, που έχει διαμορφωθεί ως καταρχήν απαγόρευση, παρουσιάζει ρυθμιστική δομή η οποία δεν επιτρέπει την κατά περίπτωση αξιολόγηση του θεμιτού χαρακτήρα της συγκεκριμένης εμπορικής πρακτικής στον ίδιο βαθμό με την οδηγία [97].

126. Περαιτέρω διαπιστώνεται ότι η επίμαχη εθνική νομοθετική ρύθμιση – και υπό τη συσταλτική ερμηνεία της από την αυστριακή νομολογία – δεν μπορεί να θεωρηθεί ως προσήκουσα μεταφορά στο εσωτερικό δίκαιο των ρυθμίσεων του άρθρου 5, παράγραφοι 2, 4 και 5, της οδηγίας. Αυτό οφείλεται στο γεγονός ότι οι νομοθετικές προϋποθέσεις του εθνικού δικαίου είτε δεν αντιστοιχούν στις προϋποθέσεις της οδηγίας για τον χαρακτηρισμό μιας εμπορικής πρακτικής ως αθέμιτης είτε δεν μπορούν να τύχουν σύμφωνης προς την οδηγία ερμηνείας.

95 — Βλ. επίσης Stuyck, J., όπ.π. (υποσημείωση 18), σ. 161, ο οποίος εκφράζει την υπόνοια ότι κάποια κράτη μέλη προφανώς δεν αντιλήφθηκαν ότι οι ρυθμίσεις της προτάσεως κανονισμού που αποσύρθηκε, οι οποίες αφορούσαν τη σχέση μεταξύ των εμπορευομένων και των καταναλωτών, συμπεριλήφθηκαν τελικά στην οδηγία 2005/29 (λαμβανομένου υπόψη του σκοπού της που συνίστατο στην πλήρη εναρμόνιση).

96 — Απόφαση Plus (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 5, σκέψη 33).

97 — Βλ. σημεία 76 έως 79 των ανά χείρας προτάσεων.

127. Επειδή η οδηγία 2005/29 αντιτίθεται σε απαγόρευση των συνοδευόμενων με δώρα προσφορών όπως αυτή που επιβάλλει το άρθρο 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG, παρέλκει η εξέταση όσον αφορά τυχόν προσβολή των θεμελιωδών ελευθεριών [98].

128. Βάσει των δεδομένων αυτών, στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι οι διατάξεις της οδηγίας 2005/29 αντιτίθενται σε εθνική νομοθετική ρύθμιση η οποία απαγορεύει την προαναγγελία, προσφορά ή χορήγηση δώρων μαζί με περιοδικώς εκδιδόμενα έντυπα και την προαναγγελία της χορηγήσεως δώρων μαζί με άλλα αγαθά ή υπηρεσίες, πλην ορισμένων εξαιρέσεων που απαριθμούνται εξαντλητικά, χωρίς να πρέπει να εξακριβώνεται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση ο παραπλανητικός, επιθετικός ή κατ' άλλον τρόπο αθέμιτος χαρακτήρας αυτής της εμπορικής πρακτικής, ακόμη και όταν η ρύθμιση αυτή δεν υπηρετεί μόνον την προστασία των καταναλωτών, αλλά και άλλους σκοπούς, που δεν εμπίπτουν στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, παραδείγματος χάριν τη διαφύλαξη της πολυφωνίας των μέσων μαζικής ενημέρωσης ή την προστασία ασθενέστερων ανταγωνιστών.

129. Τέλος ας υπενθυμίσω στο πλαίσιο αυτό ότι – διαφορετικά απ' ό,τι προφανώς εκτιμά το αιτούν δικαστήριο [99] – κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου [100] το κοινοτικό δίκαιο εν πάση περιπτώσει δεν επιτάσσει όπως, επί διαφοράς μεταξύ ιδιωτών, τα εθνικά δικαστήρια απέχουν από την εφαρμογή εθνικού δικαίου το οποίο δεν συμβιβάζεται με μια οδηγία.

Γ — *Επί του δευτέρου προδικαστικού ερωτήματος*

130. Το δεύτερο προδικαστικό ερώτημα, κατά εύλογη ερμηνεία, αποβλέπει στη διαπίστωση από το Δικαστήριο του κατά πόσον μια συγκεκριμένη εμπορική πρακτική, υπό προϋποθέσεις τις οποίες το αιτούν δικαστήριο προφανώς θεωρεί πληρωθείσες, μπορεί να κριθεί ως «αθέμιτη» κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 2005/29. Ειδικότερα, το αιτούν δικαστήριο στις αναπτύξεις του βασίζεται στην παραδοχή ότι «η δυνατότητα συμμετοχής σε διαφημιστικό παίγνιο η οποία συναρτάται προς την αγορά εφημερίδας συνιστά, τουλάχιστον για μέρος του ενδιαφερόμενου κοινού, όχι μεν το μοναδικό, αλλά πάντως το αποφασιστικό κίνητρο για την αγορά της εφημερίδας». Το

98 — Βλ. απόφαση VTB-VAB και Galatea (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 4, σκέψη 67).

99 — Βλ. σημείο 2.2 στη σ. 13 της διατάξεως περί παραπομπής. Στο σημείο αυτό, το αιτούν δικαστήριο αναφέρει ότι το άρθρο 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG θα καταστεί «ανίσχυρο» σε περίπτωση που το Δικαστήριο απαντήσει καταφατικά στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα.

100 — Βλ. για το άμεσο οριζόντιο αποτέλεσμα των οδηγιών τις αποφάσεις Marleasing (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 64), σκέψη 6, Faccini Dori (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 64), σκέψεις 24 επ., της 26ης Σεπτεμβρίου 2000, C-443/93, Unilever Italia (Συλλογή 2000, σ. I-7535, σκέψη 50). Βλ. ως προς τη δυνατότητα προβολής αξιώσεως αποζημιώσεως λόγω αστικής ευθύνης του Δημοσίου βάσει του κοινοτικού δικαίου, σε περίπτωση που οι εθνικές διατάξεις δεν μπορούν να ερμηνευθούν κατά τρόπο συμβατό προς την οδηγία, τις αποφάσεις της 8ης Οκτωβρίου 1996, C-178/94, C-179/94 και C-188/94 έως C-190/94, Dillenkofer κ.λπ. (Συλλογή 1996, σ. I-4845), της 24ης Σεπτεμβρίου 1998, C-111/97, EvoBus Austria (Συλλογή 1998, σ. I-5411, σκέψεις 27 και 28) και της 28ης Οκτωβρίου 1999, C-81/98, Alcatel Austria κ.λπ. (Συλλογή 1999, σ. I-7671, σκέψεις 49 και 50).

στοιχείο αυτό είναι προπαντός κρίσιμο για την απάντηση στο ερώτημα αν εν προκειμένω υφίσταται ουσιώδης στρέβλωση της οικονομικής συμπεριφοράς του μέσου καταναλωτή κατά το άρθρο 5, παράγραφος 2, στοιχείο β΄, της οδηγίας.

131. Το άρθρο 5, παράγραφος 2, στοιχείο β΄, της οδηγίας αποσαφηνίζει ότι κρίσιμο είναι προπαντός το αποτέλεσμα συγκεκριμένης εμπορικής πρακτικής στη συμπεριφορά ενός μέσου καταναλωτή στον οποίο φθάνει ή στον οποίο απευθύνεται. Ταυτοχρόνως, η εν λόγω διάταξη της οδηγίας δεν υιοθετεί μόνο τη μέθοδο ελέγχου που έχει αναπτύξει το Δικαστήριο, αλλά και τη βελτιώνει, προσαρμόζοντάς την σε περιπτώσεις κατά τις οποίες πρόκειται για τα συμφέροντα επιμέρους ομάδων [101]. Εφόσον ορισμένη εμπορική πρακτική απευθύνεται σε ορισμένη ομάδα καταναλωτών, ενδιαφέρει το κατά πόσον η εν λόγω εμπορική πρακτική στρεβλώνει ουσιωδώς ή ενδέχεται να στρεβλώσει ουσιωδώς την οικονομική συμπεριφορά του μέσου μέλους της ομάδας αυτής. Ο έλεγχος αυτός πρέπει να διενεργείται υπό το πρίσμα αυτού του μέσου καταναλωτή, ενώ πρέπει μεταξύ άλλων να λαμβάνονται υπόψη οι προσδοκίες του και οι αναμενόμενες αντιδράσεις του [102].

132. Λαμβανομένου υπόψη του γεγονότος ότι η πρόσκληση συμμετοχής στο διαφημιστικό παίγνιο την οποία δημοσίευσε η αναιρεσίβλητη της κύριας δίκης στην εφημερίδα της προφανώς δημοσιεύθηκε σε εφημερίδα γενικού περιεχομένου και όχι, παραδείγματος χάριν, σε αθλητική εφημερίδα, εναπόκειται στο εθνικό δικαστήριο να εξετάσει κατά πόσον η προσφορά αυτή απευθύνεται ενδεχομένως σε ιδιαίτερη ομάδα αναγνωστών, οπότε έχει εφαρμογή το δεύτερο αυτό κριτήριο ελέγχου.

133. Παρά ταύτα πρέπει να υπομνησθεί ότι προκειμένου να συναχθεί αθέμιτος χαρακτήρας μιας εμπορικής πρακτικής κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 2, πρέπει να πληρούνται σωρευτικά οι προϋποθέσεις των στοιχείων α΄ και β΄ [103]. Κατά συνέπεια, στην υπόθεση της κύριας δίκης θα έπρεπε να γίνει δεκτή και η παραβίαση των απαιτήσεων επαγγελματικής ευσυνειδησίας. Η έννοια της «επαγγελματικής ευσυνειδησίας» ορίζεται στο άρθρο 2, στοιχείο η΄, της οδηγίας ως «το μέτρο της ειδικής τεχνικής ικανότητας και μέριμνας που ευλόγως αναμένεται να επιδεικνύει ένας εμπορευόμενος προς τους καταναλωτές, κατ' αναλογία προς την έντιμη πρακτική της αγοράς και/ή τη γενική αρχή της καλής πίστης, στον τομέα δραστηριοτήτων του εμπορευόμενου». Το αν υφίσταται τέτοια παράβαση στην υπόθεση της κύριας δίκης πρέπει να εξετασθεί από το εθνικό δικαστήριο ενόψει της συγκεκριμένης περιπτώσεως.

134. Συνεπώς, στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι η δυνατότητα συμμετοχής σε διαφημιστικό παίγνιο η οποία συναρτάται προς την αγορά εφημερίδας δεν αποτελεί αθέμιτη εμπορική πρακτική κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 2005/29 για τον λόγο και μόνον ότι η ως άνω δυνατότητα συμμετοχής συνιστά, τουλάχιστον για μέρος του ενδιαφερόμενου κοινού, όχι μεν το μοναδικό, αλλά πάντως το αποφασιστικό κίνητρο για την αγορά της εφημερίδας.

101 — Βλ. επίσης Abbamonte, G., όπ.π. (υποσημείωση 57), σ. 25, ο οποίος κάνει λόγο για βελτίωση της μεθόδου ελέγχου διά προσαρμογής της, στις περιπτώσεις που πρόκειται για τα συμφέροντα ιδιαίτερων ομάδων.

102 — Ο Abbamonte, G., όπ.π. (υποσημείωση 57), σ. 25, παρέχει παραδείγματα εφαρμογής της εν λόγω ρυθμίσεως. Όταν μια εμπορική πρακτική απευθύνεται σε ορισμένη ομάδα καταναλωτών, παραδείγματος χάριν σε παιδιά ή σε μηχανικούς πυραύλων, πρέπει να λαμβάνεται υπόψη το μέσο μέλος της ομάδας αυτής. Στην περίπτωση διαφημίσεως για παιχνίδια σε μια παιδική εκπομπή, θα ληφθούν υπόψη κατά τον συγγραφέα οι προσδοκίες του και οι αναμενόμενες αντιδράσεις του μέσου παιδιού της κατηγορίας στην οποία απευθύνεται η διαφήμιση και όχι οι προσδοκίες και αντιδράσεις ενός εξαιρετικά ανώριμου παιδιού.

103 — Βλ. σημείο 93 των ανά χείρας προτάσεων.

VII — Πρόταση

135. Βάσει των προεκτεθέντων προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στα προδικαστικά ερωτήματα του Oberste Gerichtshof ως εξής:

«1. Οι διατάξεις της οδηγίας 2005/29/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 11ης Μαΐου 2005, για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές των επιχειρήσεων προς τους καταναλωτές στην εσωτερική αγορά και για την τροποποίηση της οδηγίας 84/450/ΕΟΚ του Συμβουλίου, των οδηγιών 97/7/ΕΚ, 98/27/ΕΚ, 2002/65/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου και του κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 2006/2004 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου ("Οδηγία για τις αθέμιτες εμπορικές πρακτικές") έχουν την έννοια ότι αντιτίθενται σε εθνική νομοθετική ρύθμιση όπως αυτή του άρθρου 9a, παράγραφος 1, σημείο 1, UWG, η οποία απαγορεύει την προαναγγελία, προσφορά ή χορήγηση δώρων μαζί με περιοδικώς εκδιδόμενα έντυπα και την προαναγγελία της χορηγήσεως δώρων μαζί με άλλα αγαθά ή υπηρεσίες, πλην ορισμένων εξαιρέσεων που απαριθμούνται εξαντλητικά, χωρίς να πρέπει να εξακριβώνεται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση ο παραπλανητικός, επιθετικός ή κατ' άλλον τρόπο αθέμιτος χαρακτήρας αυτής της εμπορικής πρακτικής, ακόμη και όταν η ρύθμιση αυτή δεν υπηρετεί μόνον την προστασία των καταναλωτών, αλλά και άλλους σκοπούς, που δεν εμπίπτουν στο καθ' ύλην πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, παραδείγματος χάριν τη διαφύλαξη της πολυφωνίας των μέσων μαζικής ενημέρωσης ή την προστασία ασθενέστερων ανταγωνιστών.

2. Η δυνατότητα συμμετοχής σε διαφημιστικό παίγνιο η οποία συναρτάται προς την αγορά εφημερίδας δεν αποτελεί αθέμιτη εμπορική πρακτική κατά την έννοια του άρθρου 5, παράγραφος 2, της οδηγίας 2005/29 για τον λόγο και μόνον ότι η ως άνω δυνατότητα συμμετοχής συνιστά, τουλάχιστον για μέρος του ενδιαφερόμενου κοινού, όχι μεν το μοναδικό, αλλά πάντως το αποφασιστικό κίνητρο για την αγορά της εφημερίδας.»