STANOVISKO GENERÁLNÍ ADVOKÁTKY VERICI TRSTENJAK
přednesené dne 24. března 2010[1]

Obsah

I – Úvod ..... I - 10913

II – Právní rámec ..... I - 10914

A – Právo Společenství ..... I - 10914

B – Vnitrostátní právo ..... I - 10916

III – Skutkový stav, původní řízení a předběžné otázky ..... I - 10917

IV – Řízení před Soudním dvorem ..... I - 10918

V – Hlavní argumenty zúčastněných ..... I - 10919

A – K první předběžné otázce ..... I - 10919

B – Ke druhé předběžné otázce ..... I - 10921

VI – Právní posouzení ..... I - 10922

A – Úvodní poznámky ..... I - 10922

B – K první předběžné otázce ..... I - 10923

1. Pojem „obchodní praktiky“ v čl. 2 písm. d) směrnice 2005/29 ..... I - 10924

2. Osobní působnost směrnice 2005/29 ..... I - 10924

a) Oblast pokrytá směrnicí 2005/29 ..... I - 10925

1 — Původní jazyk: němčina.

b) Ochranný účel zákazu stanoveného v § 9a odst. 1 bodu 1 UWG .. I - 10928

i) K rozdílné důležitosti jednotlivých chráněných zájmů ..... I - 10928

ii) Přezkum příslušných vnitrostátních ustanovení a judikatury .. I - 10930

c) Výsledek ..... I - 10932

3. Přezkum struktury obou právních předpisů ..... I - 10932

a) Ustanovení směrnice 2005/29 ..... I - 10932

i) Úplná a maximální harmonizace vnitrostátních právních předpisů jakožto cíl úpravy ..... I - 10933

ii) Struktura směrnice 2005/29 ..... I - 10934

b) Ustanovení UWG ..... I - 10935

i) Popis struktury úpravy zákazu v § 9a odst. 1 bodu 1 UWG .... I - 10936

4. Slučitelnost sporné úpravy se směrnicí 2005/29 ..... I - 10937

a) Psané vnitrostátní právo ..... I - 10937

i) Obrácení systematiky úpravy ..... I - 10937

ii) Nedostatečnost výjimek stanovených v § 9a odst. 2 UWG ..... I - 10938

iii) Dílčí výsledek ..... I - 10939

b) Možnost výkladu slučitelného se směrnicí ..... I - 10940

i) Přezkoumání podle ustanovení směrnice ..... I - 10941

– Článek 5 odst. 4 a 5 směrnice 2005/29 ..... I - 10941

– Článek 5 odst. 2 směrnice 2005/29 ..... I - 10943

c) Výsledek ..... I - 10950

5. Závěr ..... I - 10953

C – Ke druhé předběžné otázce ..... I - 10954

VII – Závěry ..... I - 10956

I – Úvod

1. V tomto řízení o předběžné otázce podle článku 234 ES [2] předkládá rakouský Oberster Gerichtshof (dále jen „předkládající soud“) Soudnímu dvoru dvě předběžné otázky k výkladu směrnice 2005/29/ES o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu [3] (dále jen „směrnice 2005/29“). Podstatou otázky je přitom slučitelnost vnitrostátní úpravy s právem Společenství, podle kterého jsou oznámení, nabídky a poskytnutí bezplatných výhod k periodickým tiskovinám a oznámení bezplatných výhod k jinému zboží či službám nepřípustné, aniž by musel být v jednotlivém případě prověřen klamavý charakter této obchodní praktiky.

2 — Řízení o předběžné otázce je podle Lisabonské smlouvy pozměňující Smlouvu o Evropské unii a Smlouvu o založení Evropského společenství ze dne 13. prosince 2007 (Úř. věst. C 306, s. 1) nyní upraveno v článku 267 Smlouvy o fungování Evropské unie.

3 — Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu a o změně směrnice Rady 84/450/EHS, směrnic Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 (směrnice o nekalých obchodních praktikách) (Úř. věst. L 149, 11.6.2005).

2. Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce vychází z návrhu společnosti Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG (dále jen „žalobkyně v původním řízení“) na vydání předběžného opatření, kterým by společnosti „Österreich“-Zeitungsverlag GmbH (dále jen „žalovaná v původním řízení“) bylo uloženo zdržet se použití výhody, která je podle vnitrostátních soutěžních předpisů zásadně nepřípustná.

3. Projednávaná věc je po spojených věcech C-261/07 (VTB-VAB) a C-299/07 (Galatea) [4], jakož i věci C-304/08 (Plus) [5] již třetí v řadě žádostí, ve kterých vnitrostátní soudy Soudnímu dvoru kladou otázku slučitelnosti zákazů vázaných nabídek stanovených členskými státy se směrnicí 2005/29. Jednou z hlavních otázek, která projednávanou věc odlišuje od dřívějších věcí a která musí být pečlivě právně přezkoumána, je, zda je takový přezkum slučitelnosti možný také tehdy, když je údajným cílem dotčené právní úpravy jak ochrana plurality sdělovacích prostředků, tak ochrany soutěžitelů.

4 — Rozsudek ze dne 23. dubna 2009, VTB-VAB a Galatea (C-261/07 a C-299/07, Sb. rozh. s. I-2949).

5 — Rozsudek ze dne 14. ledna 2010, Plus (C-304/08, Sb. rozh. s. I-217).

II – Právní rámec

A – *Právo Společenství*

4. Článek 1 směrnice 2005/29 zní:

„Účelem této směrnice je přispět k řádnému fungování vnitřního trhu a dosáhnout vysoké úrovně ochrany spotřebitele sblížením právních a správních předpisů členských států týkajících se nekalých obchodních praktik, které poškozují ekonomické zájmy spotřebitelů.“

5. Článek 2 směrnice 2005/29 stanoví:

„Pro účely této směrnice se rozumí:

[…]

d) ‚obchodními praktikami vůči spotřebiteli‘ (dále také jen ‚obchodní praktiky‘) jednání, opomenutí, chování nebo prohlášení, obchodní komunikace včetně reklamy

a uvedení na trh ze strany obchodníka přímo související s propagací, prodejem nebo dodáním produktu spotřebiteli;

[…]“

6. Článek 3 odst. 1 směrnice stanoví:

„Tato směrnice se vztahuje na nekalé obchodní praktiky vůči spotřebitelům, jak je stanoveno v článku 5, před obchodní transakcí týkající se produktu, v jejím průběhu a po ní.“

7. Článek 4 směrnice zní:

„Členské státy neomezí svobodu poskytování služeb ani volný pohyb zboží z důvodů spadajících do oblasti, kterou tato směrnice sbližuje.“

8. Článek 5 směrnice s nadpisem „Zákaz nekalých obchodních praktik“ stanoví:

„(1) Nekalé obchodní praktiky jsou zakázány.

(2) Obchodní praktika je nekalá, pokud

a) je v rozporu s požadavky náležité profesionální péče

a

b) podstatně narušuje nebo je schopná podstatně narušit ekonomické chování průměrného spotřebitele, který je jejímu působení vystaven nebo kterému je určena, nebo průměrného člena skupiny, pokud se obchodní praktika zaměřuje na určitou skupinu spotřebitelů, ve vztahu k danému produktu.

(3) Obchodní praktiky, jež mohou podstatně narušit ekonomické chování pouze určité jednoznačně vymezitelné skupiny spotřebitelů, kteří jsou z důvodu duševní nebo fyzické slabosti, věku nebo důvěřivosti zvlášť zranitelní

takovou praktikou nebo produktem, který propaguje, způsobem, který může obchodník rozumně očekávat, se hodnotí z pohledu průměrného člena dané skupiny. Tím nejsou dotčeny běžné a oprávněné reklamní praktiky zveličených prohlášení nebo prohlášení, která nejsou míněna doslovně.

(4) Obchodní praktiky jsou nekalé zejména tehdy, jsou-li

a) klamavé ve smyslu článků 6 a 7

nebo

b) agresivní ve smyslu článků 8 a 9.

(5) V příloze I je uveden výčet obchodních praktik, které jsou považovány za nekalé za všech okolností. Tento jednotný výčet platí ve všech členských státech a může být změněn pouze revizí této směrnice.“

9. Oznámení, nabídky nebo poskytnutí bezplatných výhod k periodickým tiskovinám nejsou uvedeny v příloze I směrnice jako jedna z obchodních praktik, které jsou považovány za nekalé za všech okolností.

B – *Vnitrostátní právo*

10. Ustanovení § 9a odst. 1 rakouského zákona proti nekalé soutěži (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, dále jen „UWG“)[6] zní následovně:

„Po osobě, která v obchodním styku za účelem hospodářské soutěže

1. ve veřejných oznámeních nebo jiných sděleních, která jsou určena pro větší okruh osob, uvede, že spotřebitelům budou poskytnuty vedle zboží nebo služeb bezplatné výhody (prémie), nebo spotřebitelům vedle periodického tisku nabídne nebo oznámí bezplatné výhody (prémie) či je poskytne, nebo

6 — Spolkový zákon proti nekalé soutěži z roku 1984 (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG, BGBl. Nr. 448, změněn zákonem ze dne 13. listopadu 2007, BGBl. I, č. 79/2007).

2. nabídne, oznámí nebo poskytne podnikatelům vedle zboží nebo služeb bezplatné výhody (prémie), může být požadováno, aby se tohoto jednání zdržela a aby nahradila vzniklou škodu. Uvedené platí také tehdy, pokud je bezplatnost výhody zastírána prostřednictvím celkové ceny za zboží či služby, prostřednictvím fiktivní ceny za výhodu nebo jiným způsobem."

III – Skutkový stav, původní řízení a předběžné otázky

11. Podle údajů předkládajícího soudu rozhoduje tento soud o sporu dvou soutěžitelů na rakouském trhu s denním tiskem, který vznikl tím, že žalovaná v původním řízení ve svých novinách vyhlásila volbu „fotbalisty roku". V tučně vytištěném úvodníku k článku bylo uvedeno „Účast se vyplatí: vyhrajete večeři s vítězem velkého hlasování o nejlepšího fotbalistu." Vlevo od článku se nacházel „hlasovací kupón" s nápisem „Vystřihnout a odeslat". Vpravo bylo poukázáno na možnost hlasování na internetu. Podobné články vyšly v následujících devíti dnech.

12. Na návrh žalobkyně rozhodl soud prvního stupně, že oznámení představuje nepřípustnou výhodu ve smyslu § 9a odst. 1 bodu. 1 UWG, a vyhověl návrhu na uložení zdržení se oznámení předběžným opatřením. Odvolací soud oproti tomu rozhodl, že oznámení nemá na trh žádný podstatný vliv, proti čemuž žalobkyně podala u předkládajícího soudu návrh obnovit předběžné opatření vydané soudem prvního stupně. Podle předběžného posouzení předkládajícím soudem by bylo třeba na základě § 9a odst. 1 bodu 1 UWG návrhu žalobkyně vyhovět. Tento soud měl nicméně pochybnosti, zda směrnice nebrání použití § 9a odst. 1 bodu 1 UWG, což závisí na výkladu rozsahu působnosti směrnice.

13. Oberster Gerichtshof tedy přerušil řízení a položil Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1) Brání čl. 3 odst. 1 a čl. 5 odst. 5 směrnice 2005/29/ES nebo jiná ustanovení této směrnice vnitrostátní právní úpravě,

podle které jsou oznámení, nabídky a poskytnutí bezplatných výhod k periodickým tiskovinám a oznámení týkající se bezplatných výhod k jinému zboží či službám mimo taxativně stanovené výjimky nepřípustné, aniž by musel být v jednotlivém případě prověřen klamavý, agresivní či jinak nepřípustný charakter této obchodní praktiky, také tehdy, pokud tato právní úprava neslouží pouze k ochraně spotřebitele, ale také jiným cílům, které nespadají do věcné působnosti této směrnice, například k zachování plurality sdělovacích prostředků nebo k ochraně slabších soutěžitelů?

2) V případě kladné odpovědi na první otázku: Představuje možnost účasti na výherní hře, která je vázána na koupi novin, nekalou obchodní praktiku ve smyslu čl. 5 odst. 2 směrnice 2005/29/ES již z toho důvodu, že možnost účasti na této hře je přinejmenším pro část osloveného segmentu veřejnosti sice nikoliv jediným, nicméně však rozhodujícím motivem ke koupi těchto novin?“

IV – Řízení před Soudním dvorem

14. Předkládací usnesení ze dne 18. listopadu 2008 došlo kanceláři Soudního dvora dne 4. prosince 2008.

15. Písemná vyjádření předložily ve lhůtě stanovené v článku 23 statutu Soudního dvora účastnice původního řízení, vlády Rakouské republiky a Belgického království, jakož i Evropská komise.

16. Na jednání konaném dne 19. ledna 2010 přednesli zástupci účastnic původního řízení, zmocněnci vlád Rakouské republiky a Spolkové republiky Německo, jakož i zmocněnec Komise ústní vyjádření.

V – Hlavní argumenty zúčastněných

s ohledem na skutečnost, že podle jejího šestého bodu odůvodnění je jejím účelem přímá ochrana ekonomických zájmů spotřebitelů, být použita na takové právní úpravy členských států, jako je úprava dotčená v projednávané věci, jejichž prvořadý cíl je jiný, a sice ochrana spolusoutěžitelů a zachování plurality sdělovacích prostředků a jen nepřímo ochrana spotřebitelů.

A – *K první předběžné otázce*

17. Podstatou první předběžné otázky předkládajícího soudu je, zda ustanovení členského státu, které v zásadě zakazuje prodej zboží za použití výhod, spadá do rozsahu působnosti směrnice 2005/29, i když účelem tohoto ustanovení není výlučně ochrana spotřebitele.

18. *Žalobkyně v původním řízení*, jakož i *rakouská* a *belgická vláda*, navrhují Soudnímu dvoru, aby tuto otázku zodpověděl záporně.

19. Přitom jednak poukazují na to, že podpora prodeje byla předmětem návrhu nařízení, který právní režim takových opatření na podporu prodeje jasně odlišil od režimu nekalých obchodních praktik, které jsou nyní upraveny směrnicí 2005/29. Komise nicméně uvedený návrh stáhla v roce 2006, a sice rok poté, kdy byla přijata směrnice. Proto nelze říci, že podpora prodeje implicitně spadá do rozsahu působnosti směrnice. Dále nemůže směrnice

20. Pro všechny případy prohlašují *žalobkyně v původním řízení* a *rakouská vláda,* že zákaz prodeje s využitím výhod stanovený v čl. 9a odst. 1 bodu 1 UWG je v každém případě slučitelný se směrnicí.

21. Směrnice 2005/29 totiž členským státům dovoluje prohlásit na základě čl. 5 odst. 2 za nekalé a tedy zakázat takové obchodní praktiky, které jsou v rozporu s požadavky náležité profesionální péče a jsou schopny podstatně narušit ekonomické chování průměrného spotřebitele. Zákaz členského státu, který je předmětem sporu, se však použije pouze v případě, že vnitrostátní soud určí, že spotřebitel tiskovinu zakoupil z nevěcných důvodů spojených s vyhlídkou na možnost dodatečných výhod, a pokud takové výhody nespadají mezi výjimky uvedené v čl. 9a odst. 2 UWG.

Nadto je odpovídající posouzení v jednotlivých případech prováděno vnitrostátními soudy.

22. Podle názoru *žalobkyně v původním řízení* se rakouská úprava odlišuje zásadně od úprav, které byly předmětem spojených věcí C-261/07 (VTB-VAB) a C-299/07 (Galatea), jakož i věci C-304/08 (Plus) tím, že posledně uvedené úpravy obsahovaly obecné zákazy, a proto nepřihlížely ke zvláštním okolnostem konkrétního případu.

23. *Žalovaná v původním řízení* oproti tomu uvádí, že podle šestého bodu odůvodnění se směrnice 2005/29 nevztahuje pouze na ty vnitrostátní právní předpisy, které „pouze" poškozují ekonomické zájmy soutěžitelů nebo které se týkají obchodování mezi obchodníky. To přitom jednoznačně není případ sporné úpravy, neboť účelem čl. 9a odst. 1 bodu 1 UWG je přednostně a přímo ochrana spotřebitelů.

24. Dále zastává názor, že zákaz stanovený touto úpravou není slučitelný s konceptem regulace směrnice, neboť i když podpora prodeje prostřednictvím výhod není uvedena v příloze I ke směrnici 2005/29 v seznamu obchodních praktik, které jsou za všech okolností považovány za nekalé, podléhá obecnému zákazu stanovenému rakouským právem, jak konstatoval Oberster Gerichtshof ve svém předkládacím rozhodnutí.

25. *Německá vláda* se na jednání odvolala na věc C-304/08 (Plus) a poukázala na to, že bez ohledu na plnou harmonizaci, která byla účelem směrnice 2005/29, zůstává rozhodovací prostor členských států k provedení nedotčen. To platí právě s ohledem na provedení pojmů, které potřebují upřesnění, jak jsou obsaženy v legálních definicích směrnice 2005/29, do vnitrostátního práva. Německá vláda dále zaujala stanovisko, že směrnice 2005/29 nebrání vnitrostátní úpravě tehdy, když posledně uvedená sleduje jiný cíl než směrnice.

26. *Komise* zastává oproti tomu vlastní právní pojetí, když jednak prohlašuje, že směrnice 2005/29 brání obecnému a abstraktnímu zákazu, jako je zákaz obsažený ve sporném právním předpise, na druhou stranu ale dochází k závěru, že se na tento právní předpis směrnice nevztahuje, neboť tento předpis slouží v první řadě jiným cílům, totiž

zachování plurality sdělovacích prostředků a jen v menší míře ochraně spotřebitelů a poctivých obchodních praktik.

29. *Žalobkyně v původním řízení* se omezuje na konstatování, že sporné jednání žalované v původním řízení představuje nekalou obchodní praktiku, nijak však toto tvrzení nedokládá.

B – *Ke druhé předběžné otázce*

30. Podle názoru *Komise* neumožňuje samotná okolnost, že možnost účasti na výherní hře představuje rozhodující motiv spotřebitele pro nákup tiskoviny, závěr, že se jedná o nekalou obchodní praktiku ve smyslu směrnice 2005/29, ale představuje jen jeden z prvků, který by mohl vnitrostátní soud v rámci posouzení jednotlivého případu zohlednit.

27. Pro případ, že Soudní dvůr odpoví na první otázku kladně, táže se předkládající soud, zda prodej s použitím výhod musí být považován za nekalou obchodní praktiku ve smyslu čl. 5 odst. 2 směrnice 2005/29/ES již z toho důvodu, že možnost účasti na této hře je přinejmenším pro část osloveného segmentu veřejnosti sice nikoliv jediným, nicméně však rozhodujícím motivem ke koupi hlavního zboží.

31. *Žalovaná v původním řízení* zdůrazňuje, že pojem „obchodní praktiky" odkazuje na průměrného spotřebitele, který je v judikatuře Soudního dvora popsán jako „běžně informovaný a přiměřeně pozorný a obezřetný průměrný spotřebitel". Takto popsaný spotřebitel si je vědom skutečnosti, že účelem reklamy a podpory prodeje na svobodném trhu je získat zákazníky, a sice nikoliv pouze cenou a kvalitou výrobku, ale rovněž příslibem dalších výhod. Prodej s použitím výhod by tedy mohl pouze výjimečně představovat nekalou obchodní praktiku, a sice v případě, že je nabídka formulována tak, že by mohla spotřebitele přimět k tomu, aby hlavní výrobek koupil nikoliv po věcné úvaze, ale pouze na základě vyhlídky na dodatečnou výhodu.

28. Jelikož jak *rakouská,* tak *belgická* vláda odpověděly na první otázku záporně, nezaujímají ke druhé otázce stanovisko, zatímco *žalobkyně v původním řízení* a *Komise* pro všechny případy uvádějí svá vyjádření.

VI – Právní posouzení

A – *Úvodní poznámky*

32. Projednávaná věc je již třetí v řadě žádostí o rozhodnutí o předběžné otázce, kterými vnitrostátní soudy žádají Soudní dvůr o rozhodnutí o tom, do jaké míry mohou být ještě zákazy vázaných nabídek stanovené členskými státy slučitelné s právem Společenství v současném stavu. Relevance této otázky plyne v neposlední řadě ze skutečnosti, že účelem směrnice 2005/29 přijaté dne 11. května 2005 Evropským parlamentem a Radou je vytvořit jednotný právní rámec pro úpravu nekalých obchodních praktik vůči spotřebiteli.

33. Vzhledem ke směrnicí sledované plné harmonizaci pravidel pro nekalé obchodní praktiky mezi podniky a spotřebiteli [7] v členských státech Společenství je třeba přezkoumat slučitelnost s právem Společenství nejen těch právních předpisů, které členské státy nově vydaly za účelem provedení směrnice, ale právě i takových právních předpisů, které – jako v případě sporného ustanovení v § 9a odst. 1 UWG – sice byly již účinné před vydáním směrnice, slouží však z pohledu dotyčného členského státu také k provedení směrnice.

34. Vzhledem k úzkému prostoru pro uvážení, který plná harmonizace zpravidla členským státům při provedení směrnice ponechává, je zachování takových starších ustanovení z právního hlediska mnohdy problematické. I když tato ustanovení spadají do rozsahu působnosti dotyčné směrnice, často totiž neodpovídají požadavkům směrnice. To byl, jak ukázaly věci VTB-VAB a Galatea, jakož i věc Plus, případ provedení směrnice 2005/29 v Belgii [8] a Německu [9].

7 — Srov. rozsudky VTB-VAB a Galatea (citovaný v poznámce pod čarou 4, bod 52) a Plus (citovaný v poznámce pod čarou 5, bod 41).
Při případné další harmonizaci práva nekalých praktik a smluvního práva v Evropské unii by měly být přiměřeně zohledněny také požadavky „Draft Common Frame of Reference“ (DCFR), neboť jedno z jejich těžišť spočívá právě v ochraně spotřebitelů např. tím, že se podnikatelům ukládají zvláštní informační povinnosti ohledně hlavních vlastností zakoupeného zboží nebo služeb (viz např. II.-3:102 DCFR). Tyto „dobré obchodní praktiky“ stojí v jistém smyslu v protikladu k „zakázaným obchodním praktikám“ uvedeným v příloze I směrnice 2005/29.

8 — U sporných ustanovení se jednalo o článek 54 a násl. belgického zákona ze dne 14. července 1991 o obchodních praktikách jakož i o informování a ochraně spotřebitelů (úřední německý překlad: *Belgisches Staatsblatt* ze dne 19. ledna 1994).

9 — Přitom šlo o § 3 a § 4 bod 6 německého zákona o nekalé soutěži (deutsches Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb) (UWG) (BGBl. I S. 1414), změněného naposledy článkem 1 prvního pozměňovacího zákona ze dne 22. prosince 2008 (Erstes Änderungsgesetz vom 22. Dezember 2008) (BGBl. I S. 2949).

35. V platnost vstoupila směrnice 2005/29 podle svého článku 20 již prvním dnem po vyhlášení v *Úředním věstníku Evropské unie*, tj. dne 12. června 2005. Podle jejího čl. 19 odst. 1 byly členské státy povinny je přijmout do vnitrostátního práva přijetím nezbytných právních a správních předpisů do 12. června 2007, nicméně s další šestiletou přechodnou lhůtou pro některé přísnější vnitrostátní právní předpisy. Tyto právní a správní předpisy však musely být používány až od 12. prosince 2007.

36. Rakouská republika splnila tuto povinnost formálně přijetím spolkového zákona, kterým se mění spolkový zákon proti nekalé soutěži z roku 1984 (Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG-Novelle 2007), který nabyl účinnosti dne 12. prosince 2007 [10]. Sporné ustanovení v § 9a odst. 1 bodu 1 UWG nebylo nicméně, jak již bylo uvedeno, vydáno k provedení směrnice 2005/29, nýbrž pochází z dřívější vnitrostátní právní úpravy [11]. Ve svém předkládacím rozhodnutí vyjadřuje předkládající soud pochybnosti ohledně slučitelnosti tohoto ustanovení s právem Společenství [12].

10 — BGBl. I č. 79/2007.

11 — Zákaz výhod v § 9a UWG, který byl původně upraven zákonem o prémiích ze dne 20. července 1929 (Prämiengesetz) (BGBl. 227) a později zákonem o výhodách z roku 1934 (Zugabengesetz), byl zákonem o deregulaci hospodářské soutěže z roku 1992 (Wettbewerbs-Deregulierungsgesetz) (BGBl. 1992/147) začleněn do UWG. Ke vzniku tohoto ustanovení viz Duursma, D., in: *UWG – Kommentar* (vydavatelé Maximilian Gumpoldsberger/Peter Baumann), Vídeň 2006, § 9a, bod 1, s. 276, a Wiltschek, L., *UWG – Kommentar*, 2. vydání, Vídeň 2007, § 9a, s. 44.

12 — Viz mimo jiné s. 9 a 10 předkládacího rozhodnutí.

B – *K první předběžné otázce*

37. Nejprve je nutno připomenout, že Soudní dvůr není příslušný rozhodovat na základě článku 234 ES o slučitelnosti vnitrostátního ustanovení s právem Společenství. Může však předkládajícímu soudu poskytnout všechny prvky výkladu práva Společenství, které mu mohou umožnit posoudit otázku slučitelnosti, aby rozhodl v řízení, které je před ním vedeno [13].

38. První předběžná otázka směřuje k určení, zda směrnice 2005/29 brání takovému vnitrostátnímu ustanovení, jakým je § 9a odst. 1 bod 1 UWG. Za tímto účelem musí být zkoumáno, zda takové ustanovení vzhledem ke svému předmětu úpravy spadá do věcné a osobní působnosti směrnice 2005/29. Dále je třeba zkoumat, zda musí být směrnice 2005/29 vykládána tak, že se vztahuje i na právní následky, které stanoví rakouské právo pro porušení tohoto ustanovení.

13 — Srov. mimo jiné rozsudky ze dne 15. července 1964, Costa (6/64, Recueil, s. 1251, 1268); ze dne 29. listopadu 2001, De Coster (C-17/00, Recueil, s. I-9445, bod 23), a ze dne 16. listopadu 2003, Pansard a další (C-265/01, Recueil, s. I-683, bod 18).

1. Pojem „obchodní praktiky“ v čl. 2 písm. d) směrnice 2005/29

39. Jak uvádí předkládající soud, zakazuje § 9a odst. 1 bod 1 UWG podnikům, aby oznamovaly spotřebitelům bezplatné výhody ke zboží nebo službám. Je tedy třeba vycházet z existence zákazu vázaných nabídek.

40. Dále by se musel tento zákaz vztahovat také na obchodní praktiky ve smyslu čl. 2 písm. d) směrnice 2005/29. Toto ustanovení definuje pojem „obchodní praktiky“ zvláště široce [14] jako „jednání, opomenutí, chování nebo prohlášení, obchodní sdělení včetně reklamy a uvedení na trh ze strany obchodníka přímo související s propagací, prodejem nebo dodáním produktu spotřebiteli“.

41. Jak jsem uvedla ve svém stanovisku ve spojených věcech C-261/07 (VTB-VAB) a C-299/07 (Galatea) [15] a jak Soudní dvůr potvrdil v rozsudku v těchto věcech [16], představují vázané nabídky komerční jednání, které je jednoznačně součástí obchodní strategie obchodníka a přímo směřuje k propagaci nebo prodeji. Z toho vyplývá, že vázané nabídky představují obchodní praktiky ve smyslu čl. 2 písm. d) směrnice 2005/29, a v důsledku toho spadá zákaz vázaných nabídek v § 9a odst. 1 bodu 1 UWG do věcné působnosti této směrnice [17].

2. Osobní působnost směrnice 2005/29

42. Zda sporné vnitrostátní ustanovení § 9a odst. 1 bodu 1 UWG spadá do osobní působnosti směrnice, závisí na tom, zda je jeho účelem stejně jako v případě směrnice ochrana spotřebitele.

14 — Srov. rozsudky VTB-VAB a Galatea (citovaný v poznámce pod čarou 4, bod 49) a Plus (citovaný v poznámce pod čarou 5, body 36 a 39). Srov. Keirsbilck, B., „Towards a single regulatory framework of unfair commercial practices?“, *European business law review*, 4/2009, s. 505, podle jehož názoru se směrnice 2005/29 vyznačuje širokým rozsahem působnosti.

15 — Srov. mé stanovisko ze dne 21. října 2008 ve věcech VTB-VAB a Galatea (rozsudek uveden výše v poznámce pod čarou 4, body 68 až 70).

16 — Rozsudek VTB-VAB a Galatea (citovaný v poznámce pod čarou 4, body 48 a 50). Srov. v souvislosti s reklamní kampaní, při které byla bezplatná účast na loterii podmíněná tím, že bylo v určitém rozsahu získáno zboží nebo využity služby, rozsudek Plus (citovaný v poznámce pod čarou 5, bod 37).

17 — V tomto smyslu také Heidinger, R., „Zugabenverbot, quo vadis?“, *Medien und Recht*, 1/2009, s. 45, podle kterého byl dotčen rozsah působnosti směrnice 2005/29, neboť zákaz výhod v § 9a UWG musí být kvalifikován jako úprava nekalých soutěžních praktik vůči spotřebitelům.

a) Oblast pokrytá směrnicí 2005/29

43. Směrnice totiž upravuje pouze oblast B2C (business to consumer), tj. vztahy mezi obchodníky a spotřebiteli. To vyplývá jednak z čl. 3 odst. 1, podle kterého se tato směrnice vztahuje na nekalé obchodní praktiky *vůči spotřebitelům*, před obchodní transakcí týkající se produktu, v jejím průběhu a po ní. Zvláště zdůrazněna je tato souvislost v osmém bodě odůvodnění, podle kterého směrnice *přímo chrání pouze ekonomické zájmy spotřebitele* před nekalými obchodními praktikami vůči spotřebitelům [18].

44. Považuji nicméně za mylnou domněnku, že směrnice považuje hospodářské zájmy soutěžitelů jednajících v souladu s právem za méně hodné ochrany [19]. Na to jsem poukázala naposledy ve svém stanovisku ze dne 3. září 2009 ve věci C-304/08 (Plus) v souvislosti s takovým názorem rakouské vlády [20]. Jak jednoznačně vyplývá z osmého bodu odůvodnění, směrnice *totiž nepřímo chrání také oprávněné podniky před soutěžiteli*, kteří nedodržují pravidla této směrnice. Normativně je to vyjádřeno v čl. 11 odst. 1 směrnice, ze kterého vyplývá závazek členských států dát při chování neslučitelném se směrnicí též soutěžitelům aktivní legitimaci k podání žaloby proti používání nekalých obchodních praktik.

45. Centrální význam má výrok v šestém bodě odůvodnění, podle kterého směrnice 2005/29 sbližuje právní předpisy členských

18 — Stejně Hoeren, T., „Das neue UWG – der Regierungsentwurf im Überblick", *Betriebs-Berater*, 2008, s. 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, s. 166.

19 — V tomto smyslu také Koppensteiner, H.-G., „Grundfragen des UWG im Lichte der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken", *Wirtschaftsrechtliche Blätter*, 2006, sešit 12, s. 558, podle jehož názoru by bylo chybné upřít směrnici 2005/29 význam ve vztazích mezi podniky. Autor zakládá svou argumentaci jak na šestém, tak na osmém bodě odůvodnění, ze kterého vyplývá, že hospodářské zájmy soutěžitelů jednajících v souladu s právem jsou nepřímo chráněny, tak na čl. 11 odst. 1 směrnice, podle kterého jsou členské státy povinny poskytnout soutěžitelům aktivní legitimaci při chování v rozporu se směrnicí. Stejný autor, „Das UWG nach der Novelle 2007", *Die Europäisierung des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, Tübingen 2009, s. 86, poznámka 8, poukazuje na to, že jsou směrnicí 2005/29 nepřímo chráněni také soutěžitelé.

20 — Srov. body 35 a 64 mého stanoviska ze dne 3. září 2009 ve věci C-304/08 (Plus).

států o nekalých obchodních praktikách, jež *přímo* poškozují ekonomické zájmy spotřebitelů, a tím *nepřímo* poškozují ekonomické zájmy oprávněných soutěžitelů. Směrnice tak přihlíží k okolnosti, že zájmy spotřebitelů a soutěžitelů nelze vždy jasně oddělit, neboť se často překrývají [21]. Mnoho podnikatelských obchodních praktik má vliv jak na zájmy spotřebitelů, tak na zájmy soutěžitelů. Při vědomí této úzké souvislosti se rozhodl zákonodárce Společenství vyhovět zájmům ochrany spotřebitele úpravou z oblasti hospodářské soutěže, jaká je provedena směrnicí 2005/29 [22]. Mezi orientací směrnice na oblast hospodářské soutěže a podmínky fungování společného trhu a normativním cílem ochrany orientovaným na standardizované zájmy evropského spotřebitele neexistuje žádný metodický rozpor [23]. Např. poskytnutí aktivní

21 — 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, s. 194, poukazuje správně na to, že směrnice 2005/29 bez ohledu na svou orientaci na ochranu spotřebitele uznává skutečnost, že zájmy spotřebitelů a soutěžitelů jsou s ohledem na nekalé soutěžní praktiky shodné a že je ve společném zájmu spotřebitelů a soutěžitelů, aby všichni podnikatelé dodržovali pravidla. Büllesbach, E., *Auslegung der irreführenden Geschäftspraktiken des Anhangs I der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, Mnichov 2008, s. 16, poukazuje na to, že mnoho podnikatelských obchodních praktik má vliv jak na zájmy spotřebitelů, tak na zájmy soutěžitelů. K dosažení přiměřených výsledků posouzení obchodního jednání z hlediska práva nekalé soutěže je tedy nezbytný vícedimensionální pohled, který jednotně přihlíží k zájmům všech zúčastněných. Skutečnost, že ochrana soutěžitelů a spotřebitelů jsou zpravidla „dvěma stranami jedné mince", se ukazuje na příkladu klamavé reklamy, která se dotýká nejen hospodářských zájmů spotřebitelů, ale i zájmů soutěžitelů, pokud jsou dotčeny jejich obchodní příležitosti. Stejně je tomu u očerňování, které jednak škodí osobě neprávem kritizované, a jednak zkresluje rozhodování mylně informovaného spotřebitele. Bargelli, E., „L'àmbito di applicazione della direttiva 2005/29/CE: La nozione di pratica commerciale", *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Turin 2007, s. 80, upozorňuje na obtížnost oddělení zájmů spotřebitelů a soutěžitelů. Podle názoru Schuhmachera, W., „The Unfair Commercial Practices Directive", *Law Against Unfair Competition – Towards a New Paradigm in Europe* (vydavatelé Reto M. Hilty/Frauke Henning-Bodewig), Berlín/Heidelberg 2007, s. 132, ukazuje směrnice 2005/29 jednoznačně, že v právu hospodářské soutěže existují případy, kdy nelze oddělit ochranu soutěžitelů od ochrany spotřebitelů.

22 — Gamerith, H., „Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: bisherige rechtspolitische Überlegungen zu einer Neugestaltung des österreichischen UWG", *Lauterkeitsrecht im Umbruch*, 2005, s. 157, zastává dokonce názor, že směrnice 2005/29 ve svém rozsahu působnosti ve skutečnosti neodděluje zájmy spotřebitelů a soutěžitelů, nýbrž obsahuje „neúplný systém B2B + B2C", což hovoří pro provedení směrnice v rakouském UWG.

23 — V tomto smyslu také 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, sešit 7, s. 716. Srov. také 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*, s. 2009, s. 374, kteří prohlašují, že zákonodárce Společenství vychází ve směrnici 2005/29 z toho, že pouze svobodná soutěž na společném trhu může zajistit svobodu rozhodování spotřebitele.

legitimace stanovené v čl. 11 odst. 1 směrnice, které dotčené soutěžitele zmocňuje ke vznesení zdržovací žaloby proti nekale jednajícím soutěžitelům, může být na prospěch ochraně spotřebitele [24].

46. Bez ohledu na to rozlišuje směrnice za účelem lepšího vymezení svého rozsahu působnosti jasně jednak mezi takovými obchodními praktikami, které poškozují jak spotřebitele, tak soutěžitele, a jednak praktikami, které mohou ovlivnit zájmy pouze jedné z těchto skupin osob. Osmý bod odůvodnění např. uvádí, že je zřejmé, že mohou existovat jiné obchodní praktiky, jež sice nepoškozují spotřebitele, ale mohou poškozovat soutěžitele a zákazníky z řad podniků.

47. Tento druhý případ nespadá, jak Soudní dvůr konstatoval v rozsudku ze dne 14. ledna 2010 ve věci Plus, do rozsahu působnosti směrnice [25], neboť podle šestého bodu odůvodnění se nevztahuje na vnitrostátní právní předpisy, které se týkají nekalých obchodních praktik poškozujících *pouze* ekonomické zájmy soutěžitelů nebo které se týkají obchodování mezi obchodníky, ani se jich nedotýká. Slovu „pouze“ přísluší sémanticky, jak také vyplývá z porovnání několika jazykových verzí směrnice 2005/29 [26], typicky význam výlučnosti. Šestý bod odůvodnění tedy také uvádí,

24 — Stejně také Gamerith, H. (dílo citované v poznámce pod čarou 22), s. 157, podle jehož názoru zdržovací žaloby dotčených soutěžitelů proti jejich nekale jednajícím konkurentům zvyšují ochranu spotřebitele, pokud jde o takové zákazy, které směřují proti každému nekalému vlivu na svobodu rozhodování spotřebitelů podváděním, překvapením, sváděním, vystavováním nátlaku atd.

25 — Viz rozsudek Plus (citovaný v poznámce pod čarou 5, bod 39). Srov. Micklitz, H.-W., „Full Harmonization of Unfair Commercial Practices Under Directive 2005/29“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2009, Sešit 4, s. 373, podle jehož názoru je směrnice 2009/25 použitelná na vztahy B2B, pokud jsou splněny dvě podmínky: sporná obchodní praktika se týká přímo zájmů spotřebitelů a nepřímo zájmů soutěžitelů. Autor se obává, že toto omezení rozsahu působnosti směrnice by mohlo otevřít nové strategie obhajoby. Podniky tak mohou být v pokušení tvrdit, že jejich obchodní praktiky se dotýkají pouze vztahů B2B.

26 — Německy: „lediglich“; dánsky: „udelukkende“; anglicky: „only“; francouzsky: „uniquement“; italsky: „unicamente“; nizozemsky: „alleen“; portugalsky: „apenas“; slovinsky: „samo“; španělsky: „sólo“.

že při plném respektování zásady subsidiarity budou členské státy, pokud se tak rozhodnou, moci i nadále v souladu s právem Společenství regulovat tyto praktiky.

b) Ochranný účel zákazu stanoveného v § 9a odst. 1 bodu 1 UWG

i) K rozdílné důležitosti jednotlivých chráněných zájmů

48. Vyvstává tedy otázka, zda se u sporného zákazu vázaných nabídek v § 9a odst. 1 bodu 1 UWG jedná o takový vnitrostátní právní předpis, který chce zabránit obchodním praktikám, které poškozují *pouze* ekonomické zájmy soutěžitelů. Předkládající soud [27] a rakouská vláda [28] poukazují na to, že sporný zákaz vázaných nabídek v § 9a odst. 1 bodu 1 UWG má další cíl sledovaný zákonodárcem, který přesahuje cíl ochrany spotřebitele sledovaný směrnicí.

49. Zákaz totiž slouží kromě ochrany spotřebitele rovněž zachování fungující hospodářské soutěže, jakož i ochraně plurality sdělovacích prostředků. Zabráněním vzájemnému předhánění se soutěžitelů dalšími vedlejšími plněními by měli být chráněni především takoví soutěžitelé, kteří z důvodu svých menších hospodářských prostředků nejsou schopni podporovat odbyt svých výrobků bezplatnými výhodami. Tato ochrana je oprávněná vzhledem k významu sdělovacích prostředků jako faktoru, který utváří názory v demokratické společnosti. To již uvedla rakouská vláda ve věci C-368/95, Heinrich Bauer Verlag [29], ve které šlo o slučitelnost tohoto zákazu s volným pohybem zboží, a Soudním dvorem to také nebylo zpochybněno, vzhledem k tomu, že se jednalo o legitimní zákonodárný cíl, který v zásadě může odůvodnit omezení uvedené základní svobody.

50. Je však nutno konstatovat, že posouzení ohledně významnosti jednotlivých zájmů chráněných UWG se v jednotlivostech rozcházejí.

27 — Viz s. 10 až 12 předkládacího rozhodnutí.

28 — Viz s. 4 a 5 vyjádření rakouské vlády.

29 — Rozsudek ze dne 26. června 1997, Familiapress (C-368/95, Recueil, s. I-3689).

51. Z pohledu předkládajícího soudu slouží § 9a odst. 1 bod 1 UWG podle pravděpodobného záměru rakouského zákonodárce nikoliv převážně účelům ochrany spotřebitele, nýbrž „přinejmenším stejně“ také ochraně soutěžitelů a zachování fungujícího trhu [30]. To naproti tomu výslovně popírá rakouská vláda, která uvádí, že zákaz vázaných nabídek slouží „primárně“ ochraně fungující hospodářské soutěže v odvětví sdělovacích prostředků [31], aniž by nicméně předložila přesvědčivé důkazy pro toto právní pojetí, zvláště když ve svých vyjádřeních ke spojení časopisu s výherní hrou opakovaně varuje před nepřípustným ovlivňováním spotřebitele využitím jeho hráčské vášně [32]. Podle mého názoru lze sotva pochybovat o tom, že obava, kterou zde rakouská vláda vyjadřuje, vychází v první řadě z ochrany spotřebitele.

52. K těmto odchylným vyjádřením ohledně výkladu vnitrostátního práva je třeba uvést následující.

53. Jednak je třeba připomenout, že řízení podle článku 234 ES je založeno na spolupráci Soudního dvora a vnitrostátních soudů, v rámci které nepřísluší Soudnímu dvoru, aby se vyjadřoval k výkladu vnitrostátních ustanovení ani aby rozhodoval, zda je jejich výklad provedený předkládajícím soudem správný [33]. Soudnímu dvoru procesně spíše v zásadě přísluší, aby vzal v rámci rozdělení pravomocí mezi soudy Společenství a vnitrostátními soudy v úvahu takový skutkový a legislativní kontext, do něhož jsou předběžné otázky zasazeny, tak jak vyplývá ze zjištění předkládajícího soudu [34].

54. Mimoto se toto rozdílné posouzení ukazuje nakonec z hmotněprávního hlediska jako irelevantní, neboť je každopádně nesporné, že účelem ustanovení § 9a odst. 1 bodu 1 UWG není zakázat nekalé praktiky, které poškozují ve smyslu šestého bodu odůvodnění směrnice *pouze* ekonomické zájmy soutěžitelů nebo které se týkají obchodování mezi obchodníky. Naopak existuje shoda o tom, že účelem ustanovení § 9a odst. 1 bodu 1 UWG je zákaz nekalých obchodních praktik, které mají vždy

30 — Viz s. 10 až 12 předkládacího rozhodnutí.

31 — Viz bod 11, s. 4 vyjádření rakouské vlády.

32 — Po této stránce existuje podobnost v argumentaci s tvrzením německé vlády ve věci C-304/08 (Plus), ve které šlo o slučitelnost vnitrostátní úpravy (§ 4 bod 6 německého UWG), která zakazovala vázané nabídky v souvislosti s vypsáním cen nebo soutěží. Důvodem pro tento zákaz byly v první řadě úvahy související s ochranou spotřebitele. Srov. k argumentaci německé vlády mé stanovisko ze dne 3. září 2009 v této věci, zvláště body 93, 107.

33 — Srov. v tomto smyslu rozsudky ze dne 3. října 2000, Corsten (C-58/98, Recueil, s. I-7919, bod 24), a ze dne 29. dubna 2004, Orfanopoulos a Oliveri (C-482/01 a C-493/01, Recueil, I-5257, bod 42).

34 — Srov. rozsudky ze dne 25. října 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Recueil, s. I-8089, bod 10); ze dne 13. listopadu 2003, Neri (C-153/02, Recueil, s. I-3555, bod 34 a 35), Orfanopoulos a Oliveri (citovaný výše v poznámce pod čarou 33, bod 42), a ze dne 21. dubna 2005, Lindberg (C-267/03, Sb. rozh. s. I-3247, body 41 a 42).

vliv na oblast B2C. Ustanovení § 9a odst. 1 bodu 1 UWG spadá tedy každopádně ještě do oblasti působnosti směrnice 2005/29, aniž by bylo rozhodné, zda tento zákaz vázaných nabídek slouží primárně ochraně určitých právních zájmů, ochraně zájmů spotřebitelů, soutěžitelů nebo veřejnosti, např. v podobě zachování plurality sdělovacích prostředků. Do té míry není pro účely tohoto řízení o předběžné otázce z právního hlediska důležité, zda a v jaké míře sporná vnitrostátní úprava krom toho sleduje cíl zachování plurality médií, jak uplatnila rakouská vláda.

ii) Přezkum příslušných vnitrostátních ustanovení a judikatury

55. S ohledem na nezbytnost odpovědět užitečně předkládajícímu soudu [35] a zároveň s ohledem na povinnost generálních advokátů stanovenou článkem 222 ES, předkládat zcela nestranně a nezávisle odůvodněná stanoviska [36], poukazuji pro všechny případy na to, že přezkum dotčené úpravy včetně přípravných materiálů k UWG ukazuje, že pro rakouského zákonodárce musela být ochrana spotřebitele přinejmenším stejně důležitá jako ochrana soutěžitelů. Z důvodové zprávy k vládnímu návrhu novely UWG z roku 2007 (UWG-Novelle 2007) [37] lze například vyvodit, že UWG v podstatě neupravuje oblast B2B

35 — V rozsudku ze dne 12. července 1979, Union Laitière Normande (244/78, Recueil, s. 2663, bod 5), Soudní dvůr vysvětlil, že článek 234 ES mu sice neumožňuje hodnotit důvody pro předložení předběžné otázky, že si ale nezbytnost provést užitečný výklad práva Společenství může vyžádat vymezení právního rámce, do kterého se požadovaný výklad má začlenit. Lenaerts, K./Arts, A./Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2. vydání, s. 188, bod 6-021, se domnívají, že nic Soudnímu dvoru nebrání, aby své chápání skutečností v původním řízení a některých aspektů vnitrostátního práva uvedl jako východisko pro užitečný výklad použitelných ustanovení a zásad práva Společenství.

36 — Podle názoru generálního advokáta Ruize-Jaraba Colomera, „La función del Abogado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Problèmes d'interprétation*, Brusel 2004, s. 334 a násl., mají stanoviska sloužit soudcům jako podklad pro porady. Mají dát zpravidla odpověď na všechny právní otázky, které vyvstanou v rámci řízení, přičemž má být důkladně přezkoumána dosavadní judikatura Soudního dvora. Generální advokát zdůrazňuje také rostoucí význam právní vědy při přezkumu právních otázek.

37 — V „Erläuterungen zur Regierungsvorlage für ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG geändert wird (UWG-Novelle 2007)", uveřejněných v časopise *Recht und Wettbewerb*, 53. ročník, č. 170, prosinec 2007, s. 13, se uvádí: „Návrh upravuje jako již v platném UWG oblast B2B v zásadě stejně jako oblast B2C, neboť ochranu spotřebitelů a soutěžitelů nelze oddělit."

jinak než oblast B2C, neboť ochrana soutěžitelů a ochrana spotřebitele podle názoru rakouského zákonodárce „nejsou oddělitelné“.

56. To odpovídá převažujícímu názoru v právnické literatuře, která v neposlední řadě z tohoto důvodu v UWG spatřuje vedle ochrany zájmů soutěžitelů a veřejnosti ve stejné míře také ochranu zájmů spotřebitelů, a vychází proto z „triády cílů ochrany“ [38]. To platí také pro úpravu v § 9a odst. 1 bodu 1 UWG, která je středem pozornosti projednávané věci a jejíž povaha ochrany spotřebitele v právní literatuře není zpochybňována [39].

57. Nadto je třeba konstatovat, že také podle judikatury Oberster Gerichtshof [40] – částečně s poukazem na stanoviska zastávaná právní vědou – je účel zákazu výhod v § 9a odst. 1

38 — 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*, ročník 49, č. 161, září 2003, s. 3, se domnívá, že UWG se týká zásadně nejen aspektů ochrany spotřebitele soutěžního jednání, ale ve stejné míře aspektů soutěžitelů a veřejnosti. Reklamu nelze posuzovat jednostranně pouze z pohledu spotřebitele. Ochrana soutěžitelů a zájem veřejnosti na fungující hospodářské soutěži slouží přinejmenším nepřímo také ochraně spotřebitele, neboť zajišťuje také v zájmu spotřebitelů fungování hospodářské soutěže. Autorka z toho vyvozuje, že od sebe v hospodářské realitě nelze oddělit „hospodářskou soutěž týkající se spotřebitelů“ a „hospodářskou soutěž týkající se podniků“. Jak uvádí Wiebe, A., „Umsetzung der Geschäftspraktikenrichtlinie und Perspektiven für eine UWG-Reform“, *Juristische Blätter*, 129. ročník, sešit 2, únor 2007, s. 71, je pro Rakousko a Německo již dlouhou dobu nesporné, že UWG slouží ochraně soutěžitelů, spotřebitelů a zájmů veřejnosti, jak je to výslovně stanoveno v § 1 nového německého UWG. Imanentní překrývání účelů ochrany činí oddělení právních úprav obchodních transakcí B2B a B2C z podstaty věci nemožným. Podobně také Büllesbach, E., (dílo citované v poznámce pod čarou 21), s. 15, který poukazuje na triádu cílů ochrany (spotřebitelé, soutěžitelé, veřejnost), která je základem předpisů o nekalé soutěži v Německu a v Rakousku. Lettner, H., „Die Umsetzung der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – Eine Bilanz des UWG-Neu in Österreich und Deutschland“, *European Law Reporter*, 2009, č. 9, s. 313, rovněž poukazuje na to, že účelem rakouského UWG je zároveň ochrana zájmů podniků, zájmů veřejnosti a zájmů spotřebitelů.

39 — Například Duursma-Kepplinger, D. (dílo citované v poznámce pod čarou 11), poukazuje na to, že § 9a UWG slouží také ochraně spotřebitele (§ 16, bod 24, s. 808). Účel zákonného omezení výhod spočívá mimo jiné v ochraně nakupujících před nevěcnou a zavádějící reklamou a v zabránění vzájemnému předhánění soutěžitelů v (dalších) vedlejších plněních (§ 9a, bod 2, s. 276). Autorka zastává názor, že skutečným cílem UWG je nabídnout obecnou preventivní ochranu všeobecných zájmů spotřebitelů na zachování řádné hospodářské soutěže bez nekalých praktik (§ 16, bod 26, s. 810). Podle údajů Horaka, M., „Naht das Ende des Zugabenverbots?“, *Ecolex*, 2008, s. 1138, je spatřován účel zákazu výhod podle § 9a UWG především v ochraně spotřebitele. Autor přitom poukazuje na rozsudek Oberster Gerichtshof uvedený v poznámce pod čarou 40 tohoto stanoviska. Srov. též Kucsko, G., „Zur rechtspolitischen Begründung des Zugabenverbots“, *Ecolex*, 1992, s. 709, který popisuje vznik zákazu výhod v Rakousku od začátku 20. století. Autor poukazuje na to, že primárním účelem rakouského „zákazu výhod“ od jeho vzniku je zabránit tomu, aby byli spotřebitelé nevěcně ovlivňováni výhodami při svém rozhodování o nákupu, a že je výhodami zastírána skutečná cena hlavního zboží a zákazník je tak uváděn v omyl. Nadto by měl zabránit vzájemnému předhánění soutěžících podniků.

40 — Srov. rozsudek Oberster Gerichtshof ze dne 9. března 1999, Fini's Feinstes (č.j. 4 Ob 28/99t). Zde se uvádí: „Účel zákazu výhod je spatřován zejména v ochraně spotřebitele. Úsudek spotřebitelů – např. při umožnění účasti na výherní hře – by neměl být kalen hráčskou vášní a snahou o výhru. Rozhodnutí o koupi by mělo být provedeno s ohledem na kvalitu a cenu zboží a na základě věcného porovnání zboží, a nikoliv víceméně bez prohlédnutí jen proto, aby byla získána cena vystavená jako vnadidlo.“

UWG spatřován zejména v ochraně spotřebitele. Úsudek spotřebitelů – např. při umožnění účasti na výherní hře – by neměl být kalen hráčskou vášní a snahou o výhru.

58. Po přezkumu příslušných rakouských ustanovení a judikatury lze tedy vycházet z toho, že zákaz výhod stanovený v § 9a odst. 1 bodu 1 UWG slouží přinejmenším ve stejné míře ochraně spotřebitele.

c) Výsledek

59. Vzhledem k výše uvedeným úvahám docházím k závěru, že vnitrostátní právní úprava obsažená v § 9a odst. 1 bodu 1 UWG patří do rozsahu působnosti směrnice 2005/29. Je tedy třeba ji posuzovat s ohledem na požadavky směrnice [41].

3. Přezkum struktury obou právních předpisů

a) Ustanovení směrnice 2005/29

60. Ke zjištění, zda směrnice 2005/29 brání takovému vnitrostátnímu ustanovení, jakým je § 9a odst. 1 UWG, je nezbytné posoudit oba právní předpisy s ohledem na jejich

41 — Srov. Horak, M., „Zugabenverbot gemeinschaftsrechtswidrig?“, *Ecolex*, 2009/123, s. 341, podle jehož názoru je podstatou první otázky, zda je zákaz výhod „*per se*“, který má chránit jak spotřebitele, tak podniky, slučitelný se směrnicí 2005/29. Podle názoru autora je takový zákaz „*per se*“ v rozporu s právem Společenství, pokud není jeho oblast použití přísně ohraničena a může být omezena na nabídky, které směřují výlučně na podniky a nedotýkají se zájmů spotřebitelů. Tyto podmínky nejsou v případě § 9a odst. 1 bodu 1 UWG splněny. Podle názoru Lettnera, H., (dílo citované v poznámce pod čarou 38), bod 9, s. 317, nemůže okolnost, že zákaz vázaných nabídek v § 9a odst. 1 bodu 1 UWG neslouží pouze ochraně spotřebitele, ale též jiným účelům, které nespadají do věcného rozsahu působnosti směrnice, např. zachování plurality sdělovacích prostředků nebo ochraně slabších soutěžitelů, odůvodnit existenci zákazu „*per se*“ v oblasti B2C vedle černého seznamu. Oba autoři tedy předpokládají, že sporné vnitrostátní ustanovení patří do rozsahu působnosti směrnice 2005/29.

normativní cíle a strukturu a v návaznosti na to je porovnat.

62. Vyplývá to jednak z jedenáctého bodu odůvodnění směrnice, podle něhož má být *sbližováním* vnitrostátních právních předpisů dosaženo vysoké společné úrovně ochrany spotřebitele. Kromě toho hovoří její dvanáctý bod odůvodnění o tom, že spotřebitelé i podniky se budou moci spolehnout na *jednotný právní rámec* vycházející z jasně vymezených právních pojmů upravujících veškerá hlediska nekalých obchodních praktik v celé Evropské unii. Na metodu *sbližování* právních předpisů se znovu odkazuje v článku 1 směrnice, z něhož vyplývá, že má sloužit účelu zlepšení ochrany spotřebitelů a zdokonalení vnitřního trhu.

i) Úplná a maximální harmonizace vnitrostátních právních předpisů jakožto cíl úpravy

61. Jak bylo uvedeno výše [42], je cílem směrnice 2005/29 úplná harmonizace právních předpisů členských států týkajících se nekalých obchodních praktik. Krom toho je cílem, na rozdíl od dosavadních právních nástrojů specifických pro harmonizaci právních předpisů v oblasti ochrany spotřebitelů, nejen minimální harmonizace právních předpisů, ale i maximální sblížení vnitrostátních právních předpisů, které členským státům, až na určité výjimky, brání, aby zachovaly nebo zavedly přísnější ustanovení, a sice nezávisle na tom, zda je jejich účelem dosažení vyšší úrovně ochrany spotřebitelů [43]. Obojí vyplývá jak z preambule, tak i z obecných ustanovení této směrnice.

63. Cíl obsáhlé a maximální právní úpravy na úrovni Společenství v oblasti spadající do působnosti směrnice je opět zdůrazněn výpověďmi v jejím čtrnáctém a patnáctém bodě odůvodnění, v nichž se výslovně hovoří o *úplné harmonizaci*. Kromě toho vyplývá tato skutečnost z ustanovení o vnitřním trhu v článku 4 směrnice, podle něhož členské státy neomezí svobodu poskytování služeb ani volný pohyb zboží z důvodů spadajících do oblasti, kterou tato směrnice *sbližuje*.

42 — Viz bod 33 tohoto stanoviska.

43 — Srov. rozsudek VTB-VAB a Galatea (citovaný v poznámce pod čarou 4, bod 52).

64. Jakožto výjimku stanoví čl. 3 odst. 5 směrnice, že po dobu šesti let ode dne 12. června 2007 mohou členské státy v oblasti harmonizované touto směrnicí i nadále uplatňovat vnitrostátní předpisy, které stanoví více omezení nebo požadavků než tato směrnice. Tato výjimka je nicméně omezena na ty vnitrostátní předpisy, kterými se provádějí směrnice obsahující ustanovení o minimální harmonizaci [44]. Další výjimka z úplné harmonizace právních předpisů je konečně obsažena v čl. 3 odst. 9 ve vztahu k finančním službám vymezeným ve směrnici 2002/65/ES a k nemovitostem.

ii) Struktura směrnice 2005/29

65. Ústřední částí směrnice 2005/29 je generální klauzule v čl. 5 odst. 1, která stanoví zákaz nekalých obchodních praktik. Co je nutno konkrétně chápat pod pojmem „nekalý“, je upřesněno v čl. 5 odst. 2. Podle tohoto ustanovení je obchodní praktika nekalá, pokud je jednak v rozporu s požadavky „náležité profesionální péče“, a jednak je schopná „podstatně narušit“ ekonomické chování spotřebitele. Podle odstavce 4 jsou obchodní praktiky nekalé zejména tehdy, jsou-li klamavé (články 6 a 7) nebo agresivní (článek 8 a 9). Odstavec 5 odkazuje na přílohu I a tam uvedené obchodní praktiky, které „jsou považovány za nekalé za všech okolností“. Tento jednotný výčet platí ve všech členských státech a může být změněn pouze revizí směrnice.

66. Pro použití vnitrostátními soudy a správními orgány z toho vyplývá, že je nejprve třeba vycházet z výčtu 31 případů nekalých obchodních praktik uvedeného v příloze I. Pokud lze obchodní praktiku zahrnout pod některou z uvedených praktik, musí být zakázána; další přezkum, například jejich

44 — Ke směrnicím ve smyslu čl. 3 odst. 5 směrnice 2005/29, které obsahují ustanovení o minimální harmonizaci, patří tyto směrnice: směrnice Rady 85/577/EHS ze dne 20. prosince 1985 o ochraně spotřebitele v případě smluv uzavřených mimo obchodní prostory směrnice (Úř. věst. L 372, s. 31; Zvl. vyd. 15/01, s. 262), směrnice Rady 90/314/EHS ze dne 13. června 1990 o souborných službách pro cesty, pobyty a zájezdy (Úř. věst. L 158 ze dne 23. června 1990, s. 59; Zvl. vyd. 13/10, s. 132), směrnice Evropského parlamentu a Rady 94/47/ES ze dne 26. října 1994 o ochraně nabyvatelů ve vztahu k některým aspektům smluv o nabytí práva k dočasnému užívání nemovitostí (Úř. věst. L 280, s. 83; Zvl. vyd. 13/13, s. 315), směrnice Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES ze dne 20. května 1997 o ochraně spotřebitele v případě smluv uzavřených na dálku (Úř. věst. L 144, s. 19; Zvl. vyd. 15/03, s. 319), směrnice Evropského parlamentu a Rady 98/6/ES ze dne 16. února 1998 o ochraně spotřebitelů při označování cen výrobků nabízených spotřebiteli (Úř. věst. L 80, s. 27; Zvl. vyd. 15/04, s. 32), směrnice Rady 89/552/EHS ze dne 3. října 1989 o koordinaci některých právních a správních předpisů členských států upravujících provozování televizního vysílání (Úř. věst. L 298, s. 23; Zvl. vyd. 06/01, s. 224).

dopadů, není relevantní. Pokud konkrétní skutkový stav nespadá pod tento výčet, je nutno zkoumat, zda je dán jeden z příkladů upravených generální klauzulí – klamavé a agresivní obchodní praktiky. Pouze pokud tomu tak není, použije se přímo generální klauzule v čl. 5 odst. 1 směrnice [45].

b) Ustanovení UWG

67. Podle ustálené judikatury mají všechny členské státy, jimž je směrnice určena, povinnost ve svém vnitrostátním právním řádu přijmout veškerá opatření nezbytná k zajištění plné účinnosti směrnice v souladu s cílem, jejž sleduje [46]. S tím je spojena povinnost vnitrostátního zákonodárce provést dotyčnou směrnici řádně do vnitrostátního práva [47]. Podle svého znění ponechává čl. 249 třetí pododstavec ES volbu formy a prostředků vnitrostátním orgánům. Tato volba přísluší zvláště vnitrostátnímu zákonodárci.

68. Z tohoto důvodu je judikaturou uznáno, že řádné provedení směrnice nutně nevyžaduje doslovné převzetí ustanovení směrnice do výslovného a zvláštního právního předpisu [48]. Spíše je třeba, aby vnitrostátní právní předpis, který je uváděn v platnost při provádění směrnice, splňoval požadavky právní jasnosti a právní jistoty, aby bylo zajištěno, že při uplatňování vnitrostátního práva soudy a orgány příslušného členského státu bude uskutečněn celý program směrnice [49].

45 — Takto při analýze postupuje rovněž De Cristofaro, G., „La direttiva 2005/29/CE – Contenuti, rationes, caratteristiche", *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Turín 2007, s. 12, a Henning-Bodewig, F., „Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil*, 2005, sešit 8/9, s. 631.

46 — Viz mimo jiné rozsudky ze dne 1. února 1977, Verbond van Nederlandse Ondernemingen (51/76, Recueil, s. 113, bod 22); ze dne 26. února 1986, Marshall (152/84, Recueil, s. 723, bod 48); ze dne 24. října 1996, Kraaijeveld a další (C-72/95, Recueil, s. I-5403, bod 55); ze dne 17. června 1999, Komise v. Itálie (C-336/97, Recueil, s. I-3771, bod 19); ze dne 8. března 2001, Komise v. Francie (C-97/00, Recueil, s. I-2053, bod 9); ze dne 7. května 2002, Komise v. Švédsko (C-478/99, Recueil, s. I-4147, bod 15), a ze dne 26. června 2003, Komise v. Francie (C-233/00, Recueil, s. I-6625, bod 75).

47 — Provedení směnice je součástí dvoustupňového zákonodárného procesu, přičemž druhý stupeň je prováděn na úrovni vnitrostátního práva. Věcným provedením na úrovni vnitrostátního práva se dostává právu směrnice konkretizace [k tomu srov. Vcelouch, P., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (vydavatel Heinz Mayer)], Vídeň 2004, čl. 249, body 48 a 50, s. 17 a 18).

48 — Srov. rozsudky ze dne 28. února 1991, Komise v. Německo (C-131/88, Recueil, s. I-825, bod 6); ze dne 20. března 1997, Komise v. Německo (C-96/95, Recueil, s. I-1653, bod 35); ze dne 15. listopadu 2001, Komise v. Itálie (C-49/00, Recueil, s. I-8575, body 21 a 22); ze dne 28. dubna 2005, Komise v. Itálie (C-410/03, Sb. rozh. s. bod 60). Na to správně poukazuje Seichter, D., „Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 2005, s. 1088, v souvislosti s požadavkem provedení směrnice 2005/29 do německého práva.

49 — V tomto smyslu Ruffert, M., in: Calliess/Ruffert (vyd.), *Kommentar zu EUV/EGV*, 3. vydání, 2007, Art. 249, bod 49, s. 2135. Podle ustálené judikatury musí provedení směrnice skutečně zajistit její úplné použití. Srov. mimo jiné rozsudky ze dne 9. září 1999, Komise v. Německo (C-217/97, Recueil, s. I-5087, bod 31), ze dne 16. listopadu 2000, Komise v. Řecko (C-214/98, Recueil, s. I-9601, bod 49), a ze dne 11. července 2002, Marks & Spencer (C-62/00, Recueil, s. I-6325, bod 26).

i) Popis struktury úpravy zákazu v § 9a odst. 1 bodu 1 UWG

69. Jak uvádí předkládající soud, zakazuje § 9a odst. 1 bod 1 UWG podnikům, aby oznamovaly spotřebitelům bezplatné výhody ke zboží nebo službám. Pokud je hlavní zboží tvořeno periodickými tiskovinami (noviny, časopisy), rozšiřuje se tento zákaz i na pouhé nabízení nebo poskytování výhod. Za výhodu se považuje podle judikatury Oberster Gerichtshof [50] zvláště možnost účasti na výherní hře spojená s nabytím hlavního zboží.

70. Jak vyplývá z předkládajícího rozhodnutí [51], je toto ustanovení nicméně judikaturou vykládáno restriktivně, takže nikoliv každá bezplatná výhoda je považována za nepřípustnou. Např. použití § 9a odst. 1 bodu 1 UWG dle ustálené judikatury Oberster Gerichtshof předpokládá, že v konkrétním případě vytýkané jednání (a) bylo objektivně schopné ovlivnit rozhodnutí spotřebitelů ohledně jejich nabytí hlavního zboží (hlavního plnění) [52] a že toto jednání proto (b) mohlo vést k nikoliv pouze nepatrnému vychýlení poptávky [53]. Z tohoto důvodu v jisté míře odpadne konstitutivní prvek stanovený odst. 1 vzhledem k neexistenci nepřípustné „výhody“ ve smyslu tohoto předpisu, pokud nejsou splněny výše uvedené podmínky stanovené judikaturou [54].

71. Bez ohledu na tento restriktivní výklad v rakouské judikatuře je třeba konstatovat, že sporná úprava v § 9a UWG spočívá na principu pravidla a výjimky z pravidla, a sice tak, že spojení dvou různých výrobků nebo služeb za účelem propagace je podle odst. 1 zakázáno, pokud se nejedná o výjimky stanovené v odst. 2. Jinak řečeno zakazuje toto ustanovení spojení dvou různých výrobků nebo

50 — Viz s. 10 předkládacího rozhodnutí.

51 — Předkládající soud uvádí na s. 8 předkládacího rozhodnutí rozsudky Oberster Gerichtshof ze dne 20. října 1992, Welt des Wohnens (č.j. 4 Ob 87/92), ze dne 30. ledna 2008, ORF-Teletext (č.j. 3 Ob 273/07d), a ze dne 14. února 2008, (č.j. 4 Ob 17/08s).

52 — Předkládající soud uvádí na s. 8 předkládacího rozhodnutí rozsudek Welt des Wohnens, citovaný v poznámce pod čarou 48.

53 — Předkládající soud uvádí na s. 8 předkládacího rozhodnutí rozsudek Oberster Gerichtshof ze dne 14. prosince 1999, Tipp des Tages III (č.j. 4 Ob 290/99x).

54 — Viz též s. 4 vyjádření žalobkyně v původním řízení.

služeb za účelem propagace, a tudíž je třeba ji chápat jako zásadní zákaz vázaných nabídek, který nicméně v určitých případech připouští výjimky [55].

a) Psané vnitrostátní právo

i) Obrácení systematiky úpravy

4. Slučitelnost sporné úpravy se směrnicí 2005/29

72. Dále je třeba se věnovat otázce slučitelnosti sporné úpravy se směrnicí 2005/29, přičemž v první řadě je třeba přezkoumat strukturu vnitrostátní úpravy. Pokud by mělo být shledáno, že vnitrostátní právo, jak vyplývá ze znění zákona, je neslučitelné, je třeba dále zkoumat, zda toto ustanovení při zohlednění výše uvedeného restriktivního výkladu Oberster Gerichtshof může být přesto považováno za slučitelné se směrnicí.

73. Co se týče otázky slučitelnosti sporného ustanovení se směrnicí 2005/29, je třeba konstatovat, že sporný zákaz vázaných nabídek v § 9a odst. 1 bodu 1 UWG představuje zvláštní úpravu v rámci UWG, které neodpovídá žádné ustanovení směrnice 2005/29. Ustanovení § 9a odst. 1 bodu 1 UWG stanoví zásadní zákaz vázaných nabídek, který v samotné směrnici stanoven není.

74. Dále vykazuje toto vnitrostátní ustanovení vzhledem k principu pravidla a výjimky z pravidla, na kterém je založeno, jinou strukturu úpravy než směrnice 2005/29. Je to v první řadě právě toto obrácení systematiky úpravy, které vzbuzuje pochybnosti ohledně slučitelnosti s uvedenou směrnicí, přičemž jde méně o formální strukturu samotného ustanovení – vnitrostátnímu zákonodárci je totiž poskytnuta určitá volnost pro provedení – jako spíše o normativní obsah tohoto vnitrostátního ustanovení. Tento normativní obsah není v souladu s normativním obsahem

55 — Srov. Horak, M. (dílo citované v poznámce pod čarou 39), s. 1137, který srovnává úpravu v § 9a UWG s takzvanými „zákazy *per-se*“. Zákazy *per-se* zásadně zakazují určité abstraktně popsané obchodní praktiky, aniž by soud v jednotlivém případě mohl přezkoumat účinky na spotřebitele nebo soutěžitele. Aby byla v praxi zajištěna rovnováha, jsou takové zákazy většinou doplněny seznamem výjimek. Podle názoru autora následuje § 9a UWG zásadním zákazem výhod v odst. 1 a seznamem výjimek v odst. 2 tento model. Heidinger, R. (dílo citované v poznámce pod čarou 17), s. 45, zastává názor, že ustanovení § 9a UWG je koncipováno jako zákaz „*per-se*“, kterým se zakazují určité obchodní praktiky, aniž by byly v jednotlivém případě zkoumány účinky na spotřebitele.

směrnice 2005/29. Jak jsem již totiž uvedla ve svém stanovisku ve spojených věcech C-261/07 (VTB-VAB) a C-299/07 (Galatea), sleduje směrnice 2005/29 opačný koncept ve prospěch svobody podnikání obchodníka, který v podstatě odpovídá myšlence „*in dubio pro libertate*“ [56]. Na rozdíl od ustanovení § 9a odst. 1 bodu 1 UWG vychází směrnice z poctivosti obchodních praktik, pokud nejsou splněny blíže popsané právní podmínky zákazu [57].

75. Tento liberální koncept má konkrétní právní základ, který spočívá v tom, že je třeba zajistit, aby byl uskutečněn cíl zákonodárce Společenství stanovený ve čtvrtém a pátém bodě odůvodnění směrnice, jakož i v jejím článku 1, jednotnými pravidly na úrovni Společenství odstranit překážky pro volný pohyb služeb a zboží přes hranice a svobodu usazování, které vyplývají z různých vnitrostátních pravidel o nekalých soutěžních praktikách, a sice v takové míře, jak je to nezbytné pro řádné fungování vnitřního trhu a zajištění vysoké úrovně ochrany spotřebitele [58].

ii) Nedostatečnost výjimek stanovených v § 9a odst. 2 UWG

76. Nadto nejsou výjimky ze zásadních zákazů, jako je výjimka v § 9a odst. 2 UWG, vhodné k tomu, aby pokryly všechny případy, kdy je nutno podle ustanovení směrnice 2005/29 konstatovat nepřípustné obchodní praktiky, neboť neumožňují hodnocení jednotlivých případů příslušnými vnitrostátními

56 — Srov. mé stanovisko ve věcech VTB-VAB a Galatea (citovaný v poznámce pod čarou 15, bod 81). Souhlasně Micklitz, H.-W. (dílo citované v poznámce pod čarou 25), s. 374.

57 — 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, s. 15, proto popisuje koncept směrnice jako liberální. Podle takového konceptu je dovoleno, co není výslovně zakázáno. De Cristofaro, G. (dílo citované v poznámce pod čarou 42), s. 11, správně poznamenává, že směrnice sleduje selektivní přístup, když stanoví kritéria pro posouzení obchodních praktik jako nekalých, zatímco zcela upouští od popisu znaků poctivých obchodních praktik.

58 — Srov. 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, s. 47 a násl., která zdůrazňuje harmonizační působení směrnice 2005/29, jejíž cíl spočívá v tom, překonat značné rozdíly mezi úpravami členských států v oblasti práva nekalé soutěže, které existovaly až do vstupu směrnice v platnost. Podobně také Bargelli, E., (dílo citované v poznámce pod čarou 21), s. 79. 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, s. 137, označuje za koncept směrnice 2005/29 deregulaci při současné regulaci. Harmonizace vnitrostátních zákonů dereguluje trh, jelikož ruší legislativní různost členských států ve prospěch jednotného regulačního rámce. Podle názoru Falce, V./Ghidini, G., (dílo citované v poznámce pod čarou 20), s. 372, je cílem směrnice 2005/29 znovu uvést do rovnováhy hospodářskou soutěž na vnitřním trhu bez hranic a ochranu spotřebitele.

soudy a orgány [59]. To potvrdil Soudní dvůr také v rozsudku VTB-VAB a Galatea [60].

77. Jelikož vázané nabídky nepatří k obchodním praktikám uvedeným v příloze I, které je nutno považovat za všech okolností za nekalé, mohou být v podstatě zakázány jen tehdy, jestliže představují nekalé obchodní praktiky například proto, že jsou klamavé nebo agresivní ve smyslu směrnice. Nehledě na to přichází podle směrnice 2005/29 zákaz v úvahu jen tehdy, jestliže je nutno obchodní praktiku kvalifikovat jakožto nekalou, neboť odporuje požadavkům náležité profesionální péče nebo podstatně narušuje či je schopná podstatně narušit ekonomické chování průměrného spotřebitele.

78. Zda se jedná o tento případ ve vztahu k vázaným nabídkám, však nelze určit s obecnou platností, ale je k tomu třeba spíše hodnocení konkrétní obchodní praktiky v jednotlivém případě. To vyplývá jasně ze sedmého bodu odůvodnění směrnice, podle kterého při uplatňování této směrnice, a zejména jejích obecných ustanovení, je třeba brát plně v úvahu souvislosti daného jednotlivého případu. Slovo „zejména" ukazuje také, že hodnocení jednotlivého případu se neomezuje na uplatnění obecného ustanovení čl. 5 odst. 1, ale vztahuje se rovněž na uplatnění ustanovení článků 5 až 9 směrnice, které jej konkretizují. Z nutnosti hodnocení jednotlivých případů na základě ustanovení článků 5 až 9 směrnice pro případ, že obchodní praktika nespadá pod obchodní praktiky uvedené v příloze I, ostatně vychází i zákonodárce Společenství, jak vyplývá ze 17. bodu odůvodnění. To vyplývá z výkladu a *contrario* třetí věty 17. bodu odůvodnění, kde se uvádí, že pouze obchodní praktiky uvedené ve výčtu v příloze I „lze pokládat za nekalé, aniž by bylo třeba provádět hodnocení jednotlivých případů podle článků 5 až 9".

iii) Dílčí výsledek

79. Sporné ustanovení tak, jak vyplývá ze znění zákona, není slučitelné se směrnicí 2005/29.

59 — V tomto smyslu také Heidinger, R. (dílo citované v poznámce pod čarou 17), s. 46.

60 — Viz výše poznámka pod čarou 4, body 64 a 65.

b) Možnost výkladu slučitelného se směrnicí

80. Jak jsem uvedla ve svém stanovisku ve věci Plus [61], je při přezkumu otázky, zda je ustanovení vnitrostátního práva v rozporu s právem Společenství, rozhodné nejen znění tohoto ustanovení, ale musí krom toho být zohledněn i výklad uvedeného ustanovení vnitrostátními soudy [62]. Jelikož judikatura členského státu odráží výklad zákona závazný pro všechny právní subjekty, je nevyhnutelným měřítkem pro posouzení konformního provedení a výkladu vnitrostátního práva s právem Společenství [63].

81. Pro slučitelnost se směrnicí by tedy mohla mluvit okolnost, že Oberster Gerichtshof zpravidla provádí restriktivní výklad zásadního zákazu vázaných nabídek. Nelze vyloučit, že je takový zákaz restriktivním výkladem vnitrostátního soudu natolik zeslaben, že je nakonec uveden do souladu se směrnicí. Bez ohledu na to je třeba připomenout, že soud členského státu je podle judikatury Soudního dvora povinen vnitrostátní právo – ať již se jedná o ustanovení přijatá před nebo po přijetí směrnice – vykládat ve světle znění a účelu směrnice [64], aby dosáhl výsledku, který tato směrnice sleduje, a aby tak dosáhl souladu s čl. 249 třetím pododstavcem ES, přičemž soud tento výklad musí provést za plného využití posuzovací pravomoci přiznané mu jeho vnitrostátním právem, v souladu s požadavky práva Společenství [65]. S tím je spojena možnost omezení dotčené vnitrostátní normy, které vede ke slučitelnosti se směrnicí, nebo

61 — Viz výše poznámka pod čarou 20, bod 82.

62 — Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I. (dílo citované v poznámce pod čarou 35), body 5-056, s. 162, poukazují na to, že dosah vnitrostátních zákonů, nařízení a správních ustanovení musí být posuzován s ohledem na jejich výklad, který jim dávají vnitrostátní soudy. Výklad vnitrostátního práva v souladu s právem Společenství byl předmětem předběžné otázky německého Bundesgerichtshof ve věci C-42/95, Siemens v. Nold (rozsudek ze dne 19. listopadu 1996, Recueil, s. I-6017), a belgického Hof van beroep te Gent ve věci C-205/07, Gysbrechts (rozsudek ze dne 16. prosince 2008, Sb. rozh. s. I-9947).

63 — Srov. k tomu mé stanovisko ze dne 4. září 2008, Komise v. Španělsko (C-338/06, Sb. rozh. s. I-10139, bod 89).

64 — Rozsudky ze dne 10. dubna 1984, von Colson a Kamann v. Nordrhein-Westfalen (14/83, Recueil, s. 1891, bod 26) a Harz v. Deutsche Tradax (79/83, Recueil, s. 1921, bod 26); ze dne 15. května 1986, Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (222/84, Recueil, s. 1651, bod 53); ze dne 8. října 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Recueil, s. 3969, bod 12); ze dne 20. září 1988, Beentjes (31/87, Recueil, s. 4635, bod 39); ze dne 14. července 1994, Faccini Dori (C-91/92, Recueil, s. I-3325, bod 24); ze dne 25. února 1999, Carbonari (C-131/97, Recueil, s. I-1103, bod 48); ze dne 15. června 2000, Brinkmann Tabakfabriken (C-365/98, Recueil, s. I-4619, bod 40); ze dne 27. června 2000, Océano Grupo (C-240/98 a další, Recueil, s. I-4941, bod 30); ze dne 13. července 2000, Centrosteel (C-456/98, Recueil, s. I-6007, bod 16); ze dne 3. října 2000, Gozza (C-371/97, Recueil, s. I-7881, bod 37). Podobně rozsudky ze dne 13. listopadu 1990, Marleasing (C-106/89, Recueil, s. I-4135, bod 8); ze dne 15. května 2003, Mau (C-160/01, Recueil, s. I-4791, bod 36); ze dne 22. května 2003, Connect Austria (C-462/99, Recueil, s. I-5197, bod 38); ze dne 23. října 2003, Adidas-Salomon a Adidas Benelux (C-408/01, Recueil, s. I-12537, bod 21), a ze dne 9. března 2004, Pfeiffer (C-397/01 až C-403/01, Recueil 2004, I-8835, bod 113). Srov. Schweitzer, M./Hummer, W./Obwexer, W., *Europarecht*, Vídeň 2007, s. 82 f.

65 — Rozsudky Colson a Kamann v. Nordrhein-Westfalen (citovaný v poznámce pod čarou. 61) bod 28, a Harz v. Deutsche Tradax (citovaný v poznámce pod čarou 61), bod 28.

přímo možnost soudcovské tvorby práva, pokud jsou vnitrostátní soudy k ní oprávněny [66].

– Článek 5 odst. 4 a 5 směrnice 2005/29

82. Restriktivní výklad zastávaný Oberster Gerichtshof by nicméně musel vést k rozsáhlému sladění normativního obsahu § 9a odst. 1 bodu 1 UWG s ustanoveními směrnice.

Seznam nekalých obchodních praktik v příloze I směrnice

i) Přezkoumání podle ustanovení směrnice

84. Nejdříve je třeba konstatovat, že obchodní praktika, kterou zakazuje § 9a odst. 1 UWG, neodpovídá žádnému případu nekalých praktik uvedených v příloze I směrnice. Zvláště se nejedná o případ uvedený v bodě 16, kdy je prováděna reklama tvrzením, že produkty usnadní výhru ve hrách založených na náhodě. Týká se zvláštní formy reklamy [67], avšak nikoliv samotného užívání vázaných nabídek [68]. Bez ohledu na to žalovaná v původním řízení neprovádí reklamu tím, že pouhý nákup zboží již umožňuje výhru. Nabízena je pouze možnost účasti na výherní

83. Dále je třeba zjistit, zda je sporný zákaz vázaných nabídek v restriktivním výkladu, který mu připisuje rakouská vláda, možno považovat za slučitelný se směrnicí. Za tímto účelem je třeba při přezkoumání vycházet ze schématu popsaného v bodě 66 tohoto stanoviska.

66 — Podle názoru Streinze, R., *Europarecht*, 8. vydání., Heidelberg 2008, s. 161, bod 456, je povinnost výkladu v souladu se směrnicí omezena možnostmi výkladu vnitrostátního práva. Pokud jsou vnitrostátní soudy oprávněny též k soudcovské tvorbě práva, musely by v daném případě vnitrostátní právo také vytvořit v souladu se směrnicí.

67 — K normativnímu účelu tohoto zákazu viz Büllesbach, E. (dílo citované v poznámce pod čarou 18), s. 114. Tvrdí-li podnikatel, že výrobek může zvýšit naději na výhru při hrách založených na náhodě, tak se spotřebiteli naznačuje, že se možnost výhry dá ovlivnit v jeho prospěch koupí výrobku. Hry založené na náhodě se však vyznačují tím, že výhru rozhodujícím způsobem ovlivňuje náhoda. Na základě tohoto prvku nahodilosti je ovlivnění výhry založené na náhodě v zásadě nemyslitelné. Klame se tedy o vhodnosti výrobku k danému účelu. Jelikož toto tvrzení navazuje nepřímo na hráčskou vášeň, je spotřebitel zvláště ohrožen, neboť racionalita jeho rozhodnutí by mohla být nadějí na snadnější výhru silně ovlivněna.

68 — Srov. bod 85 mého stanoviska ve věci Plus, citovaného v poznámce pod čarou 20.

hře, která je beztak přístupná každému na internetu, aniž by kupujícímu byla slibována vyšší naděje na výhru. Spotřebitel, který se chce účastnit volby „fotbalisty roku", nemusí tedy nezbytně koupit dotčené noviny, nýbrž může se rozhodnout mezi různými možnostmi účasti. Nenaznačuje se, že by jeho naděje na výhru při jiném způsobu účasti než při nákupu dotčených novin byly nižší než naděje jiných účastníků, ani není nic takového při objektivním pohledu zřejmé.

– Klamavé a agresivní obchodní praktiky ve smyslu čl. 5 odst. 4 směrnice

85. Je sporné, zda obchodní praktika, kterou zakazuje § 9a odst. 1 UWG, může být označena za klamavou nebo agresivní ve smyslu čl. 5 odst. 4 směrnice. To tvrdí rakouská vláda, která spatřuje ve sporném ustanovení také provedení čl. 6 odst. 1 písm. d), popřípadě článků 8 a 9 směrnice [69].

69 — Viz bod 55, s. 21 vyjádření rakouské vlády.

– Klamavé obchodní praktiky ve smyslu článků 6 a 7 směrnice

86. Klamavé obchodní praktiky se vyznačují, jak dokládá výklad článků 6 a 7 směrnice, především prvkem uvedení v omyl ohledně podstatných znaků výrobku. K podstatným znakům výrobku patří podle čl. 6 odst. 1 písm. d) směrnice také cena.

87. V rozsudku Oosthoek's Uitgeversmaatschappij [70], na který se odvolává rakouská vláda ve svém vyjádření, Soudní dvůr v souvislosti se slučitelností nizozemského zákazu výhod s volným pohybem zboží konstatoval, že „nabídka prémií, jakožto nástroje propagace, může vyvolat ve spotřebitelích omyl o skutečných cenách výrobků a může zkreslit podmínku hospodářské soutěže založené na plnění". Soudní dvůr z toho vyvodil, že „právní předpisy, které takové obchodní praktiky z tohoto důvodu omezují nebo dokonce zakazují, jsou způsobilé přispět k ochraně spotřebitelů a k poctivosti obchodního styku".

88. Tato zjištění, učiněná dlouho před vydáním směrnice 2005/29, neztratila na aktuálnosti, neboť se při správném porozumění výše uvedenému úryvku z rozsudku vlastně vztahují na abstraktní nebezpečí, které

70 — Rozsudek ze dne 15. prosince 1982, Oosthoek's Uitgeversmaatschappij (286/81, Recueil, s. 4575, bod 18).

vychází z vázání nabídek, které neumožňuje dostatečně rozpoznat hodnotu jednotlivých výrobků. Na to poukazuje použití slovesa „může“ v první větě. Soudní dvůr proto implicitně vycházel z nezbytnosti posouzení jednotlivého případu, jak je též požaduje zákonodárce Společenství ve směrnici 2005/29.

89. Bez ohledu na to z uvedeného rozsudku jednoznačně vyplývá, že Soudní dvůr zaujal stanovisko pouze k otázce slučitelnosti sporného nizozemského zákazu výhod s volným pohybem zboží při zohlednění jeho specifické zákonné struktury. Použití závěrů Soudního dvora na projednávanou věc tedy není bez dalšího možné. Za těchto okolností je nepodložený argument, že každé použití výhod skrývá nezávisle na konkrétním případu klamavý potenciál.

90. V důsledku toho nelze sporné ustanovení, v restriktivním výkladu podaném rakouskou judikaturou, považovat za slučitelné s čl. 6 odst. 1 písm. d) směrnice.

Agresivní obchodní praktiky ve smyslu článku 8 směrnice

91. Obecné zařazení vázaných nabídek do kategorie agresivních obchodních praktik rovněž nepřipadá v úvahu, neboť zde je vyžadováno podle článku 8 směrnice ovlivnění svobodné volby nebo chování průměrného spotřebitele ve vztahu k produktu, mj. obtěžováním, donucováním nebo použitím fyzické síly.

92. Tento znak však není pro vázané nabídky typický ani není přítomen v projednávané věci. V důsledku toho není sporné ustanovení přes restriktivní výklad v souladu s článkem 8 směrnice.

– Článek 5 odst. 2 směrnice 2005/29

93. Podle směrnice přichází zákaz v úvahu jen tehdy, jestliže je nutno obchodní praktiku kvalifikovat jakožto nekalou, neboť odporuje požadavkům náležité profesionální péče nebo podstatně narušuje či je schopná podstatně narušit ekonomické chování průměrného spotřebitele K tomu musí být kumulativně

splněny podmínky uvedené v čl. 5 odst. 2 písm. a) a b) [71].

94. Přezkum slučitelnosti § 9a odst. 1 bodu 1 UWG s čl. 5 odst. 2 směrnice 2005/29 probíhá ve dvou krocích. Nejdříve musí být přezkoumáno, zda ustanovení § 9a odst. 1 bodu 1 UWG s ohledem na již uvedený restriktivní výklad upravuje stejné právní požadavky pro zákaz jako směrnice. V kladném případě je nutno zjistit, zda toto ustanovení členského státu zahrnuje výlučně případy, které lze zhodnotit jako nekalé ve smyslu čl. 5 odst. 2.

Schopnost podstatně ovlivnit chování průměrného spotřebitele

– Shoda rozsahu působnosti

– Shoda právních požadavků

95. Obsáhlá obsahová shoda sporného ustanovení s požadavky směrnice 2005/29 existuje v každém případě s ohledem na požadavek čl. 5 odst. 2 písm. b), neboť i podle restriktivního výkladu rakouských soudů je pro existenci nepřípustné výhody ve smyslu § 9a odst. 1 UWG požadováno, aby její oznámení, nabídka a poskytnutí bylo „objektivně schopné ovlivnit chování oslovených spotřebitelů“. Na možnost vyložit tento požadavek vytvořený rakouskou judikaturou ve smyslu čl. 5 odst. 2 písm. b) poukazuje krom toho sám předkládající soud ve svém předkládacím rozhodnutí [72]. Proti tomu nelze nic namítat, pokud tomuto v podstatě stejně znějícímu vnitrostátnímu požadavku odpovídá stejný význam jako v právu Společenství.

96. Pojem „podstatné narušení ekonomického chování spotřebitele“ ve smyslu čl. 2 písm. e) je totiž podle legální definice zde obsažené třeba chápat jako „použití obchodní praktiky, která významně zhoršuje schopnost

71 — V tomto smyslu Abbamonte, G. (dílo citované v poznámce pod čarou 57), s. 21; Massaguer, J., *El nuevo derecho contra la competencia desleal – La Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*, Cizur Menor 2006, s. 58; Maione, N., „Le pratiche commerciali sleali nella direttiva 2005/29/CE“, *Lezioni di diritto privato europeo*, 2007, s. 1068.

72 — Viz s. 10 předkládacího rozhodnutí.

spotřebitele učinit informované rozhodnutí, což vede k tomu, že učiní rozhodnutí o obchodní transakci, které by jinak neučinil“. Cílem tohoto ustanovení je ochrana svobody rozhodování spotřebitele [73].

97. I když se předkládající soud ve své předběžné otázce táže všeobecně na slučitelnost § 9a odst. 1 bodu 1 UWG se směrnicí, pro rozhodnutí v původním řízení není významná slučitelnost § 9a odst. 1 bodu 1 UWG ve všech případech, na které se vztahuje (časopisy a prémie), nýbrž pouze s ohledem na spojení časopisů a výherních her. Také zúčastněné strany se ve svých vyjádřeních zabývají v první řadě touto specifickou, z pohledu ochrany spotřebitele nikoliv neproblematickou formou vázaných obchodů. Z tohoto důvodu je třeba dále pouze bližšího pohledu na účinky této konkrétní obchodní praktiky na chování spotřebitele.

73 — Nikoliv však hospodářský zájem spotřebitele. Abbamonte, G. (dílo citované v poznámce pod čarou 57), s. 23, soudí, že tato úprava vychází ze základního předpokladu, že nekalé obchodní praktiky zpravidla zkreslují záliby spotřebitele tím, že ovlivňují jeho volnost popř. schopnost rozhodování. Důsledkem toho by spotřebitelé koupili zboží, které nepotřebují, nebo takové, které by jinak – bez tohoto ovlivnění – považovali za méněcenné. Článek 5 odst. 2 písm. b) směrnice 2005/29 nepředpokládá nicméně žádnou hospodářskou škodu pro spotřebitele. Takový požadavek by byl podle názoru autora nepřiměřený, neboť by podstatně snížil úroveň ochrany spotřebitele v Evropské unii.

98. Rakouská vláda má za to, že výše uvedený požadavek je v souvislosti s vázáním zboží a výherních her splněn [74]. Vysvětluje, že právě u periodického tisku s poměrně nízkou jednotkovou cenou jako ve věci v původním řízení by se spotřebitel na základě naděje na výhru rozhodl pro nabytí hlavního zboží z nevěcných důvodů. Právě zde by mohla vyhlídka na bezplatnou účast na výherní hře s nadějí na nepřiměřeně velkou výhru podstatně ovlivnit chování při nákupu spotřebitelů v odvětví sdělovacích prostředků.

99. Je třeba souhlasit s rakouskou vládou v tom, že použití výherní hry v reklamním průmyslu může vyvolat chuť ke hře. Jak jsem již uvedla ve svém stanovisku ve věci Plus [75], jsou tyto hry přitažlivé především kvůli možnosti získat za určitých okolností vysoké výhry. Jejich použitím má být upoutána pozornost potenciálních zákazníků, kteří jsou poté prostřednictvím zvolené reklamní strategie směřováni k určitým cílům. Proto nelze obecně odmítnout předložený argument, že

74 — Viz bod 51, s. 20 vyjádření rakouské vlády.

75 — Viz výše poznámka pod čarou 20, bod 93.

by taková obchodní praktika mohla za určitých okolností podstatně ovlivnit nákupní chování spotřebitelů v odvětví sdělovacích prostředků.

100. Je však nejisté, zda je takový zevšeobecňující pohled bez dalšího slučitelný s požadavky práva Společenství, neboť směrnice 2005/29, jak jsme již viděli, požaduje jednak rozsáhlé posouzení okolností jednotlivého případu vnitrostátními soudy a orgány, aby bylo možno dojít k závěru o nekalosti určité obchodní praktiky [76], a jednak toho se za účelem přezkumu účinků reklamního opatření odvolává na vnímání průměrného spotřebitele, popřípadě průměrného člena skupiny spotřebitelů.

101. Jak vyplývá z 18. bodu odůvodnění, odpovídá pojem „průměrný spotřebitel" použitý ve směrnici 2005/29 přesně vzoru spotřebitele, jak jej rozvinula judikatura Soudního dvora [77], který „je běžně informovaný a přiměřeně pozorný a obezřetný", přičemž musí být zohledněny „sociální, kulturní a jazykové faktory". V poslední větě 18. bodu odůvodnění se pojem „průměrný spotřebitel" blíže vysvětluje, přičemž je zdůrazněno, že „není statistickým pojmem". Dále je stanoveno, že „pro stanovení typické reakce průměrného spotřebitele v daném případě budou muset vnitrostátní soudy a orgány vycházet z vlastního úsudku, s přihlédnutím k judikatuře Soudního dvora".

102. Soudním dvorem rozvinutá metoda přezkumu účinků reklamního opatření na průměrného spotřebitele má základ v zásadě proporcionality. Jejím cílem je vytvořit přiměřenou rovnováhu mezi jednak cílem ochrany spotřebitele a jednak nezbytností podporovat pohyb zboží na vnitřním trhu, který se vyznačuje svobodnou hospodářskou soutěží. Směrnicí 2005/29 kodifikuje zákonodárce Společenství nyní tuto metodu, přičemž úkol přezkumu – v souladu s judikaturou Soudního dvora – svěřuje vnitrostátním

76 — Viz body 76 až 78 tohoto stanoviska.

77 — Srov. ke vzoru spotřebitele v judikatuře Soudního dvora rozsudky ze dne 16. ledna 1992, X (C-373/90, Recueil, s. I-131, body 15 a 16); ze dne 16. července 1998, Gut Springenheide a Tusky (C-210/96, Recueil, s. I-4657, bod 31); ze dne 4. května 1999, Windsurfing Chiemsee (C-108/97 a C-109/97, Recueil, s. I-2779, bod 29); ze dne 13. ledna 2000, Estée Lauder (C-220/98, Recueil, s. I-117, bod 27); ze dne 21. června 2001, Komise v. Irsko (C-30/99, Recueil, s. I-4619, bod 32); ze dne 24. října 2002, Linhart a Biffl (C-99/01, Recueil, s. I-9375, bod 31); ze dne 8. dubna 2003, Pippig Augenoptik (C-44/01, Recueil, s. I-3095, bod 55); ze dne 12. února 2004, Koninklijke KPN Nederland (C-363/99, Recueil 2004, I-1619, bod 77) a Henkel (C-218/01, Recueil 2004, I-1725, bod 50); ze dne 9. března 2006, Matratzen Concord (C-421/04, Sb. rozh. s. I-2303, bod 24), a ze dne 19. září 2006, Lidl Belgium (C-356/04, Sb. rozh. s. I-8501, bod 78).

soudům a orgánům. Tím má být zabráněno nebezpečí rozdílných hodnocení stejných obchodních praktik mezi jednotlivými členskými státy ve prospěch vyššího stupně právní jistoty pro spotřebitele a soutěžitele [78].

103. Odkaz na „běžně informovaného a přiměřeně pozorného a obezřetného průměrného spotřebitele“ z právního hlediska naznačuje, že k zajištění přiměřeného vztahu mezi oběma požadavky je třeba pro naplnění skutkové podstaty čl. 5 odst. 2 písm. b) klást přiměřeně vysoké požadavky. Nelze tedy každou obchodní praktiku již pouze kvůli její schopnosti ovlivnit rozhodnutí o nákupu považovat za naplňující tuto skutkovou podstatu. Z pohledu práva Společenství je spíše předpokládáno, že spotřebitel umí rozpoznat ohrožující potenciál určitých obchodních praktik a chová se vůči nim odpovídajícím způsobem racionálně [79]. To je také důsledné z hlediska legislativního, pokud nechceme každou za určitých okolností sice provokativní, ale obecně neškodnou formu reklamy považovat již za nekalou, a tedy zasluhující si zákazu [80].

104. Jak prohlašuje podle mého názoru správně žalovaná v původním řízení [81], je průměrnému spotřebiteli v současnosti zpravidla známo, že reklama a podpora prodeje ve svobodném tržním hospodářství se nesnaží získat zákazníky pouze cenou a kvalitou zboží, nýbrž slibují řadu přídatných užitků. Ty mohou být emocionální povahy, jako např. při reklamě pocitem svobody a nezávislosti nebo příslušnosti k určité společenské skupině, nebo mít přídatný užitek veskrze hospodářský, jako jsou výhody. Je tedy správné ponechat v rámci právní úpravy Společenství běžně informovanému a přiměřeně pozornému

78 — Abbamonte, G. (dílo citované v poznámce pod čarou 54), s. 25, poukazuje na to, že směrnicí 2005/29 zákonodárce Společenství tuto metodu, která soudy mnohých členských států nebyla užívána, nyní kodifikuje. Autor zastává názor, že je tím omezeno nebezpečí rozdílného posouzení stejných obchodních praktik v rámci Evropské unie a tím se zvyšuje právní jistota. Podobně také Wiebe, A. (dílo citované v poznámce pod čarou 38), s. 75, a Micklitz, H. W., „Das Konzept der Lauterkeit in der Richtlinie 2005/29/EG“, *Droit de la consommation/Konsumentenrecht/Consumer law, Liber amicorum Bernd Stauder*, Basilej 2006, s. 311. Weatherill, S. (dílo citované v poznámce pod čarou 58), s. 135, vysvětluje, že odkaz na průměrného spotřebitele ohledně rozdílného chování spotřebitelů se sice může zdát umělý, je však nepostradatelný pro fungující harmonizovaný systém úpravy.

79 — Lecheler, H.„Verbraucherschutz“, in: *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts* (vydavatel Manfred Dauses), svazek 2, Mnichov 2004, H.V, bod 27, s. 11, vykládá judikaturu Soudního dvora (uvedenou v poznámce 77 tohoto stanoviska) v tom směru, že se vychází ze v zásadě rozumného a pozorně jednajícího spotřebitele, který se dokáže orientovat a je schopen jednat uváženě.

80 — Maione, N. (dílo citované v poznámce pod čarou 68), s. 1068, poukazuj například na to, že podle vůle zákonodárce Společenství nemá být zakázána každá obchodní praktika, která má vliv na nákupní chování spotřebitele, ale pouze takové praktiky, které jsou v rozporu s profesionální péčí, jelikož ovlivňují svobodu rozhodování spotřebitele.

81 — Viz s. 10 vyjádření žalované v původním řízení.

a obezřetnému průměrnému spotřebiteli rozhodnutí, zda výrobek zakoupí na základě předností, které s ním spojuje reklama, nebo z důvodu jeho kvality nebo nízké ceny [82].

spotřebitele [83]. Zároveň by nepoměrně omezil svobodu pohybu zboží a služeb. Takový zákaz by totiž překračoval míru nezbytnou k tomu, aby byly zohledněny jak zájmy spotřebitelů, tak volný pohyb zboží a služeb.

– Dílčí výsledek

105. Předpoklad, který je podstatou každého zákonného zásadního zákazu, že každé spojení mezi zbožím a výherní hrou je bez ohledu na jeho skutečný ohrožující potenciál, jakož i zvláštnosti dotčeného okruhu adresátů nebezpečné a musí tedy být zakázáno, by však nebyl v souladu se vzorem spotřebitele podle práva Společenství. V konečném výsledku by byl vnímán jako nahrazování rozhodnutí

106. Souhrnem je třeba konstatovat, že zákaz vázaných nabídek obsažený v § 9a odst. 1 bodu 1 UWG, v restriktivním výkladu provedeným rakouskou judikaturou, spočívá na uvážení zákonodárce, které neodpovídá cílům směrnice 2005/29.

82 — V tomto smyslu také Kucsko, G. (dílo citované v poznámce pod čarou 36), s. 709, který pochybuje, že argumentace, která byla základem pro materiály k zákonu o výhodách z roku 1929 (Prämiengesetz) (na který zákaz výhod v § 9a odst. 1 Nr. 1 UWG nakonec navazuje) má v dnešní době ještě rozhodující význam. Spotřebitel je dnes podstatně kritičtější a informovanější. Také svět reklamy se v posledních desetiletích rozhodujícím způsobem změnil. Spotřebitel je v mnohem silnější míře vystaven – rozhodně ne vždy věcné – reklamě a je na ni zvyklý. „Image" určitých ochranných známek je nabyta asociacemi, které již dlouho nesouvisejí jen se skutečnými vlastnostmi výrobku. Na druhou stranu je však kritická schopnost posouzení spotřebitelů zostřena průběžným zveřejňováním objektivních srovnávacích testů, kontrolními značkami, kritickými spotřebitelskými časopisy atd., a to nejen pro příslušné testované výrobky, ale zcela všeobecně. Spotřebitel je tedy dnes mnohem spíše schopen samostatně posoudit, zda se chce nechat „nevěcně zlákat", nebo zda mu cena za hlavní zboží připadá příliš vysoká. V případě výhody obdrží navíc více než jen nehmotnou „image", obdrží skutečné zboží nebo plnění. Předkládaný argument o ochraně spotřebitele tedy dnes již není přesvědčivý.

107. I když tento závěr již postačuje k tomu, aby bylo na první předběžnou otázku odpovězeno kladně, přezkoumám dále, v odpovědi na vyjádření předkládajícího soudu

83 — Heidinger, R. (dílo citované v poznámce pod čarou 17), s. 46, a Wittmann, H., „EuGH: Zugabenverbot vor dem Fall?", *Medien und Recht*, 6/2008, s. 284, se zabývají pochybnostmi vyjádřenými předkládajícím soudem v předkládacím rozhodnutí. Poukazují na to, že obraz svéprávného spotřebitele, který je základem čl. 5 odst. 2 směrnice 2005/29, hovoří proti nekalosti v projednávané věci. Tak rozsáhlá ochrana spotřebitele je v rozporu se současným obrazem svéprávného spotřebitele, který musí v zásadě mít volnost provádět svá ekonomická rozhodnutí také na základě nevěcných úvah.

a rakouské vlády, podpůrně slučitelnost sporné úpravy s dalšími podmínkami čl. 5 odst. 2 směrnice.

Porušení profesionální péče

– Soulad právních požadavků

108. Zřejmý rozdíl oproti požadavkům směrnice lze spatřovat v tom, že sporné ustanovení i podle restriktivního výkladu zcela upouští od podstatné podmínky porušení náležité profesionální péče, jak je stanovena v čl. 5 odst. 2 písm. a).

109. Rakouská vláda v této souvislosti uvádí, že požadavek náležité profesionální péče je vlastně ve sporném ustanovení inherentně obsažen, neboť jeho účelem je ochrana hospodářské soutěže před nebezpečími využití hráčské vášně spotřebitelů. Dodržení náležité profesionální péče musí být v jednotlivém případě přezkoumáno soudem podle požadavků konkrétní profese [84]. Tomuto tvrzení je třeba rozumět v tom směru, že sporné vnitrostátní ustanovení provádí i tento požadavek, byť cestou opravného výkladu příslušným soudem.

110. Tato vysvětlení ohledně vnitrostátního práva nicméně nemohou přesvědčit, neboť předkládající soud výslovně poukazuje na to, že rakouské soudy, jinak než v případě již uvedeného požadavku podstatného vlivu na chování spotřebitele [85], nejsou schopny přezkoumat, zda oznámení, nabídky nebo poskytnutí výhody jsou nekalé také z toho důvodu, protože odporují požadavkům náležité profesionální péče [86]. Předkládající soud tedy pochybuje, že obecný zákaz výhod v dnešní podobě může být slučitelný se směrnicí 2005/29.

– Dílčí výsledek

111. Vysvětlení předkládajícího soudu tak potvrzují můj názor, že zákaz vázaných nabídek obsažený v § 9a odst. 1 bodu 1 UWG

84 — Viz bod 47, s. 19 vyjádření rakouské vlády.
85 — Viz bod 95 tohoto stanoviska.
86 — Viz s. 10 předkládacího rozhodnutí.

neodpovídá požadavkům směrnice ani s ohledem na požadavek stanovený v čl. 5 odst. 2 písm. a). V důsledku toho nelze konstatovat naplnění právních požadavků čl. 5 odst. 2 písm. a) ve sporném ustanovení. Nebylo ani doloženo, že v rakouském právu nekalé hospodářské soutěže existuje jiný požadavek, který by odpovídal právním požadavkům čl. 5 odst. 2 písm. a).

112. S ohledem na skutečnost, že toto již postačuje k závěru, že sporné ustanovení je neslučitelné s čl. 5 odst. 2 směrnice 2005/29, nepovažuji za nutné pokračovat v přezkumu ohledně tohoto ustanovení směrnice.

c) Výsledek

113. Vnitrostátní ustanovení, jako je § 9a odst. 1 bod 1 UWG, tak jak je vykládáno a které stanoví zásadní zákaz vázaných nabídek, aniž by stanovilo možnost zohlednit dostatečně všechny okolnosti dotyčného jednotlivého případu, je ve své podstatě více restriktivní a stanoví více požadavků než ustanovení směrnice 2005/29.

114. V této souvislosti je nutno uvést, že § 9a odst. 1 bod 1 UWG se týká oblasti, na kterou se vztahuje úplná harmonizace právních předpisů a pro niž neplatí přechodná ustanovení čl. 3 odst. 5 směrnice 2005/29. Žádná zúčastněná strana ani neuvedla, že sporné vnitrostátní ustanovení lze přiřadit do jedné z oblastí, které jsou uvedeny v devátém bodě odůvodnění směrnice [87]. Stejně tak není použitelná výjimka upravená v čl. 3 odst. 9 směrnice.

115. Zásadní zákaz vázaných nabídek v § 9a odst. 1 bodu 1 UWG, ve výše popsaném restriktivním výkladu, vede nakonec k tomu, že seznam zakázaných obchodních praktik obsažený v příloze I směrnice je rozšířen, což právě členským státům na základě úplné a maximální harmonizace právních předpisů, vyplývající ze směrnice 2005/29, není

87 — Jak správně poznamenává Schuhmacher, W. (dílo citované v poznámce pod čarou 21), s. 131, jsou v devátém bodě odůvodnění směrnice 2005/29 vypočtena jistá omezení úplné harmonizace. V projednávané věci žádná zúčastněná strana výslovně neuvedla, že by tato omezení byla na projednávanou věc použitelná. Při objektivním posouzení tomu také tak není.

dovoleno [88]. Jednostranná rozšíření tohoto seznamu ze strany členských států jsou zakázána s ohledem na to, že podle čl. 5 odst. 5 může být tento seznam změněn pouze revizí směrnice samotné, tedy spolurozhodovacím postupem upraveným v článku 251 ES.

116. S ohledem na výše uvedené úvahy docházím k závěru, že takové vnitrostátní ustanovení, jaké je uvedeno v § 9a odst. 1 bodu 1 UWG, přes restriktivní výklad neodpovídá požadavkům směrnice 2005/29.

Ke stažení návrhu nařízení Komise o podpoře prodeje na vnitřním trhu

117. Rakouská vláda opírá část své argumentace o jednotlivá ustanovení Komisí nakonec staženého návrhu nařízení o podpoře prodeje na vnitřním trhu [89]. Tato obsahovala mj. ustanovení ohledně nabízení bezplatných příspěvků, výhod nebo možností účastnit se soutěží o ceny a výherních her. Rakouská vláda věří, že ze stažení tohoto návrhu je možno vyvodit, že oblast úpravy, na kterou se vztahoval návrh nařízení, zůstává dále neupravena a že se na ni nevztahuje směrnice 2005/29.

118. K následkům stažení tohoto návrhu Komise pro právní zacházení s vázanými nabídkami jsem se již obšírně vyjádřila ve svých stanoviscích ve věci VTB-VAB a Galatea [90] a ve věci Plus [91]. Důvodem byla v podstatě stejně znějící argumentace belgické a německé vlády v každé z těchto věcí. Vysvětlila jsem, proč podle mého názoru nelze vyvodit z návrhu Komise nařízení o podpoře prodeje na vnitřním trhu ani z pozměňovacích návrhů předložených v rámci legislativního procesu závěry pro výklad směrnice 2005/29.

88 — Abbamonte, G. (dílo citované v poznámce pod čarou 54), s. 21, poukazuje na to, že členské státy nemohou samy rozšířit taxativní seznam zakázaných obchodních praktik obsažený v příloze I směrnice 2005/29. Pokud by jim to bylo dovoleno, následkem by bylo obcházení maximální harmonizace, která je cílem směrnice, což by ohrozilo cíl právní jistoty. Keirsbilck, B. (dílo citované v poznámce pod čarou 11), s. 522, označuje seznam zakázaných obchodních praktik uvedený v příloze I za taxativní.

89 — Návrh Komise nařízení Evropského parlamentu a Rady o podpoře prodeje na vnitřním trhu ze dne 15. ledna 2002, KOM(2001) 546 v konečném znění.

90 — Viz výše poznámka pod čarou 12, body 90 až 94.

91 — Viz výše poznámka pod čarou 20, body 106 až 111.

119. Výše uvedený návrh se totiž týká právního předpisu Společenství, který nicméně nikdy nevstoupil v platnost, a tedy nikdy nebyl součástí právního řádu Společenství. Nelze jej tedy bez dalšího použít jako předmět výkladu. To platí tím spíše, že Komise tento návrh, jako v případě uvedeného návrhu nařízení, z vlastního popudu stáhne. Je třeba připomenout, že Komise má právo legislativní iniciativy, a má tedy možnost své návrhy stáhnout. Bez ohledu na to je třeba vzít v úvahu, že tyto návrhy v rámci legislativního procesu mohou dostát mnohých změn provedených Radou a Parlamentem, takže mohou být použity jako pomoc při výkladu jen podmíněně [92]. O konečném znění takového nařízení se tedy lze pouze dohadovat. Takový návrh tedy nemůže založit legitimní očekávání.

120. Již vůbec se nemůže členský stát úspěšně dovolávat ochrany legitimního očekávání, když se značnou měrou obou legislativních procesů účastnil. Legislativní jednání ohledně nařízení a směrnice 2005/29 probíhala zčásti současně. Jakožto ústavní zástupkyně členského státu zastoupeného v Radě se rakouská vláda značnou měrou podílela na obou legislativních procesech a byla proto informována o jejich postupu. Nemůže se proto účinně dovolávat neznalosti průběhu obou legislativních procesů.

121. Soudní dvůr podtrhl zvláštní odpovědnost vlád členských států zastoupených v Radě při provádění směrnic. Z okolnosti, že se členské státy účastní přípravných prací na směrnicích, dovodil, že musejí být schopny vypracovat během stanovených lhůt texty zákonů nezbytných k jejich provádění [93].

122. Nejpozději v okamžiku stažení návrhu Komise [94] měla proto rakouská vláda případně zkoumat, do jaké míry bude zahrnovat

92 — Srov. bod 83 mého stanoviska ze dne 29. října 2009 v dosud probíhající věci C-484/08, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid. V tomto smyslu Riesenhuber, K., „Die Auslegung“, in: *Europäische Methodenlehre*, Berlín 2006, s. 257, bod 31. Autor vysvětluje, že historický výklad, který se zaměřuje na předcházející události a historii vzniku, má v evropském právu soukromém ústřední úlohu. Sleduje-li výklad cíl zprostředkování vůle zákonodárce, je nutno nejdříve určit, čí vůle je směrodatná. Demokraticky legitimovaným zákonodárcem jsou pouze zákonodárné orgány, které dotčený právní akt schválily. Různé orgány jsou oproti tomu pouze vyslechnuty, a také Komise má pouze právo legislativní iniciativy a možnost vzít návrhy zpět; její návrhy mohou být v legislativním procesu libovolně měněny. Pokud návrhy popř. přání Komise nejsou převzaty, mohou představovat (ale nikoliv nezbytně) argument a *contrario*.

93 — Rozsudky ze dne 1. března 1983, Komise v. Belgie (301/81, Recueil, s. 467, bod 11), a ze dne 23. listopadu 2000, Komise v. Francie (C-319/99, Recueil, s. I-10439, bod 10).

94 — Rozhodnutí Komise vzít návrh nařízení zpět bylo zveřejněno v Úř. věst. C 64, s. 3. Komise nicméně toto rozhodnutí oznámila již ve svém sdělení „Výsledek prověření legislativních návrhů v legislativním procesu“ KOM(2005) 462 v konečném znění, s. 10, ze dne 27. září 2005.

věcná působnost směrnice 2005/29 oblasti dosud upravené plánovaným nařízením. Nezbytnost takového postupu byla nasnadě, zvláště když byla směrnice 2005/29 podle svého původního konceptu určena k tomu, aby jednak zavedla obecné subsidiární předpisy v oblasti právních předpisů Společenství na ochranu spotřebitelů, a jednak aby dosáhla úplné harmonizace pravidel členských států týkajících se nekalých obchodních praktik [95]. Na základě skutečnosti, že stažení bylo provedeno v okamžiku, kdy ještě běžela lhůta pro provedení směrnice 2005/29, bylo povinností rakouského zákonodárce zohlednit tyto poznatky při harmonizaci vnitrostátního práva.

123. Nakonec je třeba poznamenat, že Soudní dvůr v rozsudku VTB-VAB a Galatea nepřijal v podstatě stejnou argumentaci belgické vlády, čímž implicitně vyjádřil, že nezastává tuto názorovou linii. To bylo nakonec potvrzeno v rozsudku Plus [96].

124. Z tohoto důvodu je nutno toto tvrzení odmítnout.

5. Závěr

125. Souhrnem je možno konstatovat, že proti slučitelnosti sporného vnitrostátního ustanovení s požadavky směrnice 2005/29 hovoří nejprve okolnost, že toto ustanovení, koncipované jako zásadní zákaz, má takovou strukturu, která neumožňuje hodnocení poctivosti obchodní praktiky v jednotlivém případě ve stejné míře, jako to umožňuje směrnice [97].

126. Dále je nutno konstatovat, že ve sporném vnitrostátním ustanovení – i při zohlednění restriktivního výkladu, který zastává rakouská judikatura – nelze spatřovat řádné provedení ustanovení čl. 5 odst. 2, 4 a 5 směrnice. To vyplývá z toho, že zákonné podmínky vnitrostátního práva buď neodpovídají podmínkám směrnice pro zařazení obchodní praktiky jako nekalé, nebo nemohou být vyloženy v souladu se směrnicí.

95 — Takto rovněž Stuyck, J. (dílo citované v poznámce pod čarou 18), s. 161, který vyjadřuje domněnku, že některé členské státy si zjevně nebyly vědomy toho, že ustanovení staženého návrhu nařízení, která se týkala vztahu mezi podnikatelem a spotřebitelem, byla (vzhledem k jejímu cíli úplné harmonizace) v konečném důsledku opět převzata směrnicí 2005/29.

96 — Rozsudek Plus (citovaný v poznámce pod čarou 5, bod 33).

97 — Viz body 76 až 79 tohoto stanoviska.

127. Jelikož směrnice 2005/29 brání takovému zákazu vázaných nabídek, jako je zákaz zakotvený v § 9a odst. 1 bodu 1 UWG, není nutno provést posouzení, zda byly popřípadě porušeny základní svobody [98].

128. Za těchto podmínek je na první předběžnou otázku třeba odpovědět, že ustanovení směrnice 2005/29/ES brání vnitrostátní právní úpravě, podle které jsou oznámení, nabídky a poskytnutí bezplatných výhod k periodickým tiskovinám a oznámení týkající se bezplatných výhod k jinému zboží či službám mimo taxativně stanovené výjimky nepřípustné, aniž by musel být v jednotlivém případě prověřen klamavý, agresivní či jinak nepřípustný charakter této obchodní praktiky, také tehdy, pokud tato právní úprava neslouží pouze k ochraně spotřebitele, ale také jiným cílům, které nespadají do věcné působnosti této směrnice, a sice k zachování plurality sdělovacích prostředků nebo k ochraně slabšího soutěžitele.

129. Závěrem je třeba v této souvislosti připomenout, že – jinak, než se zřejmě domnívá předkládající soud [99] – podle judikatury Soudního dvora [100] v žádném případě právo Společenství nepožaduje, aby vnitrostátní soudy neužívaly v právním sporu mezi soukromými osobami vnitrostátní právo, které není slučitelné se směrnicí.

C – *Ke druhé předběžné otázce*

130. Podstatou přiměřeně vyložené druhé předběžné otázky je, aby Soudní dvůr určil, zda určité obchodní praktiky za okolností, které předkládající soud zřejmě považuje za splněné, mohou být považovány za „nekalé“ ve smyslu čl. 5 odst. 2 směrnice 2005/29. Konkrétně vychází předkládající soud ve svých tvrzeních z předpokladu, že „možnost účasti na výherní hře, která je vázána na koupi novin, je přinejmenším pro část osloveného segmentu veřejnosti sice nikoliv jediným, nicméně však rozhodujícím motivem ke koupi těchto novin“. Tento znak je v první řadě

98 — Srov. rozsudek VTB-VAB a Galatea (citovaný v poznámce pod čarou 4, bod 67).

99 — Viz bod 2.2 na s. 13 předkládacího rozhodnutí. Zde předkládající soud sám uvádí, že je § 9a odst. 1 bodu 1 UWG „bezpředmětný“ v případě, že Soudní dvůr na první předběžnou otázku odpoví kladně.

100 — Srov. k horizontálnímu přímému účinku směrnic rozsudky Marleasing (citovaný v poznámce pod čarou 61), bod 6, Faccini Dori (citovaný v poznámce pod čarou 61), body 24 a násl., ze dne 26. září 2000, Unilever Italia (C-443/93, Recueil, s. I-7535, bod 50). Srov. k možnosti zahájit řízení podle práva Společenství o odpovědnosti státu, pokud vnitrostátní ustanovení nemohou být vyložena způsobem slučitelným se směrnicí, rozsudky ze dne 8. října 1996, Dillenkofer a další (C-178/94, C-179/94 a C-188/94 až C-190/94, Recueil, s. I-4845); ze dne 24. září 1998, EvoBus Austria (C-111/97, Recueil, s. I-5411, body 27 a 28), a ze dne 28. října 1999, Alcatel Austria (C-81/98, Recueil, s. I-7671, body 49 a 50).

relevantní pro vyjasnění otázky, zda v projednávané věci došlo k podstatnému narušení ekonomického chování průměrného spotřebitele podle čl. 5 odst. 2 písm. b) směrnice.

131. Článek 5 odst. 2 písm. b) směrnice jasně stanoví, že v první řadě záleží na účinku určité obchodní praktiky na chování průměrného spotřebitele, který je jí vystaven nebo na kterého se zaměřuje. Toto ustanovení směrnice však pouze nepřejímá přezkumnou metodu rozvinutou Soudním dvorem, ale zpřesňuje ji tím, že ji přizpůsobuje situacím, ve kterých jsou dotčeny zájmy určitých skupin [101]. Pokud se určitá obchodní praktika zaměřuje na určitou skupinu spotřebitelů, je potom směrodatné, zda tato obchodní praktika narušuje nebo je schopná podstatně narušit ekonomické chování průměrného člena této skupiny. Při tomto přezkumu je třeba vycházet z pohledu tohoto průměrného spotřebitele, přičemž musí být zohledněny mimo jiné jeho očekávání a předpokládané reakce [102].

132. Vzhledem k tomu, že výzva k účasti na výherní hře zveřejněná žalovanou v původním řízení v jejích novinách se zřejmě objevila ve všeobecných novinách, a nikoliv třeba ve sportovních novinách, přísluší vnitrostátnímu soudu přezkoumat, v jakém rozsahu je tato nabídka v okolnostech projednávané věci zaměřena na zvláštní skupinu čtenářů, a mělo by tedy být použito druhé výše uvedené posuzovací kritérium.

133. Bez ohledu na to je třeba připomenout, že aby bylo možno dojít k závěru, že obchodní praktika je nekalá ve smyslu čl. 5 odst. 2, musí být splněny kumulativně podmínky stanovené v písm. a) a b) [103]. V projednávané věci by tedy navíc muselo dojít k porušení požadavků náležité profesionální péče. Pojem „náležitá profesionální péče“ je v čl. 2 písm. h) definován jako „úroveň zvláštních dovedností a péče, kterou lze od obchodníka ve vztahu ke spotřebiteli rozumně očekávat a která odpovídá poctivým obchodním praktikám nebo obecným zásadám dobré víry v oblasti obchodníkovy činnosti“. Přezkoumání, zda k takovému porušení došlo v projednávané věci, je úkolem vnitrostátního soudu.

134. V důsledku toho je třeba na druhou předběžnou otázku odpovědět, že možnost účasti na výherní hře, která je vázána na koupi novin, nepředstavuje nekalou obchodní praktiku ve smyslu čl. 5 odst. 2 směrnice 2005/29/ES pouze z toho důvodu, že možnost účasti na této hře je přinejmenším pro část osloveného segmentu veřejnosti sice nikoliv jediným, nicméně však rozhodujícím motivem ke koupi těchto novin.

101 — V tomto smyslu také Abbamonte, G. (dílo citované v poznámce pod čarou 54), s. 25, který hovoří o zpřesnění této metody přezkumu, pokud jsou dotčeny zájmy zvláštních skupin.

102 — Abbamonte, G. (dílo citované v poznámce pod čarou 54), s. 25, uvádí příklady pro použití tohoto pravidla. Pokud se obchodní praktika zaměřuje na určitou skupinu spotřebitelů, např. na děti nebo na raketové techniky, je nutno vycházet z pohledu průměrného člena této skupiny. V případě reklamy na hračku v rámci vysílání pro děti bude podle názoru autora nutno vycházet z očekávání a předpokládaných reakcí průměrného dítěte v cílové skupině a bude třeba nepřihlédnout k očekávání a reakcím, které jsou vlastní výjimečně nezralému dítěti.

103 — Viz bod 93 tohoto stanoviska.

VII – Závěry

135. S ohledem na předchozí úvahy navrhuji Soudnímu dvoru, aby na předběžné otázky položené Oberster Gerichtshof odpověděl následujícím způsobem:

„1. Ustanovení směrnice Evropského parlamentu a Rady 2005/29/ES ze dne 11. května 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům na vnitřním trhu a o změně směrnice Rady 84/450/EHS, směrnic Evropského parlamentu a Rady 97/7/ES, 98/27/ES a 2002/65/ES a nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 (směrnice o nekalých obchodních praktikách) je třeba vykládat tak, že brání takové vnitrostátní právní úpravě, jako je § 9a odst. 1 bod 1 UWG, podle které jsou oznámení, nabídky a poskytnutí bezplatných výhod k periodickým tiskovinám a oznámení týkající se bezplatných výhod k jinému zboží či službám mimo taxativně stanovené výjimky nepřípustné, aniž by musel být v jednotlivém případě prověřen klamavý, agresivní či jinak nepřípustný charakter této obchodní praktiky, také tehdy, pokud tato právní úprava neslouží pouze k ochraně spotřebitele, ale také jiným cílům, které nespadají do věcné působnosti této směrnice, a sice k zachování plurality sdělovacích prostředků nebo k ochraně slabšího soutěžitele.

2. Možnost účasti na výherní hře, která je vázána na koupi novin, nepředstavuje nekalou obchodní praktiku ve smyslu čl. 5 odst. 2 směrnice 2005/29 pouze z toho důvodu, že možnost účasti na této hře je přinejmenším pro část osloveného segmentu veřejnosti sice nikoliv jediným, nicméně však rozhodujícím motivem ke koupi těchto novin."